



Revista da
ESMAT13
Escola Superior da Magistratura Trabalhista da Paraíba

R. da ESMAT 13. João Pessoa, ano 1, n. 1, Ago.2008.

REVISTA DA ESMAT 13

ESCOLA SUPERIOR DA MAGISTRATURA TRABALHISTA DA PARAÍBA

Criada e publicada pela Associação dos Magistrados do Trabalho da 13ª Região – AMATRA 13

CONSELHO EDITORIAL

JUIZ ADRIANO MESQUITA DANTAS

JUIZ JOSÉ ARTUR DA SILVA TORRES

JUIZ JOSÉ MARCOS DA SILVEIRA FARIAS

FOTO DA CAPA/CONTRACAPA [PÔR-DO-SOL NA PRAIA DO JACARÉ]:

JUÍZA MIRELLA D'ARC DE MELO CAHU ARCOVERDE DE SOUZA

EDITORAÇÃO ELETRÔNICA E CRIAÇÃO DE CAPA:

RICARDO ARAÚJO /MEIOS COMUNICAÇÃO

IMPRESSÃO

MOURA RAMOS - GRÁFICA EDITORA

ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS DO TRABALHO DA 13ª REGIÃO
ESCOLA SUPERIOR DA MAGISTRATURA TRABALHISTA DA PARAÍBA

Rua Dep. Odon Bezerra, 184, Centro

Shopping Tambiá - Piso E3

Salas 349, 350 e 351

CEP 58020-500 - João Pessoa - PB

Telefones (PABX-FAX) - (83) 3241.7799 - 3241.7640

e-mails: amatra13@amatra13.org.br

presidencia@amatra13.org.br / diretoria@esmat13.com.br

Direitos reservados à Escola Superior da Magistratura Trabalhista da Paraíba e à Associação dos Magistrados do Trabalho da 13ª Região. A responsabilidade dos trabalhos publicados é exclusivamente de seus autores. É proibida a reprodução parcial ou total por qualquer meio de impressão, em forma idêntica, resumida ou modificada, em língua portuguesa ou qualquer outro idioma, sem a devida autorização do Conselho Editorial da R. da ESMAT 13.

Revista da ESMAT 13 – Escola Superior da Magistratura
Trabalhista da Paraíba

Associação dos Magistrados do Trabalho da 13ª Região/Escola
Superior da Magistratura Trabalhista da Paraíba. João Pessoa: ano 1,
n.1, (agosto.2008)

Annual

450 p.

1.DIREITO – periódicos I.Escola Superior da Magistratura Traba-
lhista da Paraíba. II. Direito do Trabalho. III. Processo do Trabalho.

CDU 34(05)

ISSN 1983-3830

REVISTA DA ESMAT 13
ESCOLA SUPERIOR DA MAGISTRATURA TRABALHISTA DA PARAÍBA
Criada e publicada pela Associação dos Magistrados do Trabalho da 13ª Região

DIRETORIA DA AMATRA 13

Juiz André Machado Cavalcanti
PRESIDENTE

Juíza Ana Paula Cabral Campos
VICE- PRESIDENTE

Juiz Rômulo Tinoco dos Santos
DIRETOR FINANCEIRO

Juiz Eduardo Souto Maior B. Cavalcanti
DIRETOR SECRETÁRIO

Juiz José Marcos da Silveira Farias
DIRETOR DE INFORMÁTICA

Juíza Ana Beatriz Dias Fernandes
DIRETORA SÓCIO CULTURAL

CONSELHO FISCAL:

Juíza Maria Íris Diógenes Bezerra

Juíza Ana Beatriz Dias Fernandes

Juiz Antônio Eudes Vieira Júnior

Juiz Adriano Mesquita Dantas (suplente)

DIRETORIA DA ESMAT 13

Juiz André Machado Cavalcanti
DIRETOR

Juiz José Artur da Silva Torres
VICE-DIRETOR

Juiz Paulo Roberto Vieira Rocha
COORDENADOR DO CURSO
DE PÓS-GRADUAÇÃO

AOS COLABORADORES

A Revista da ESMAT 13 aceita propostas de artigos, mas todas as colaborações são submetidas ao Conselho Editorial, a quem cabe a decisão final sobre sua publicação. O Conselho Editorial reserva-se o direito de sugerir ao autor-colaborador modificações de forma, com o objetivo de adequar os artigos às dimensões da revista ou ao seu padrão editorial e gráfico. As notas de rodapé e referências bibliográficas devem seguir as normas técnicas da ABNT (Associação Brasileira de Normas Técnicas). A publicação de um artigo não exprime endosso do Conselho de todas as afirmações feitas pelo autor.

Tiragem desta edição: 500 exemplares

Amatra 13

ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS DO TRABALHO DA 13ª REGIÃO

ASSOCIADOS

Juíza ADRIANA SETTE DA ROCHA RAPOSO
Juiz ADRIANO MESQUITA DANTAS
Juiz AFRÂNIO NEVES DE MELO
Juiz ALEXANDRE AMARO PEREIRA
Juiz ALEXANDRE ROQUE PINTO
Juiz ALUÍSIO RODRIGUES
Juíza ANA BEATRIZ DIAS FERNANDES
Juíza ANA CLARA DE JESUS MAROJA NÓBREGA
Juíza ANA CLÁUDIA MAGALHÃES JACOB
Juíza ANA MARIA FERREIRA MADRUGA
Juíza ANA PAULA CABRAL CAMPOS
Juíza ANA PAULA DE A. SÁ CAMPOS PORTO
Juiz ANDRÉ MACHADO CAVALCANTI
Juiz ANDRÉ WILSON AVELLAR DE AQUINO
Juíza ANDRÉA LONGOBARDI ASQUINI
Juiz ANTÔNIO CAVALCANTI DA C. NETO
Juiz ANTÔNIO EUDES VIEIRA JÚNIOR
Juiz ANTÔNIO PEIXOTO DE ARAÚJO
Juiz ARNALDO JOSÉ DUARTE DO AMARAL
Juiz ARNÓBIO TEIXEIRA DE LIMA
Juiz CARLOS ANTÔNIO S. CRUZ MONTENEGRO
Juiz CARLOS HINDEMBURG DE FIGUEIREDO
Juiz CLÁUDIO PEDROSA NUNES
Juiz CLOVIS RODRIGUES BARBOSA
Juiz DAVID SÉRVIO COQUEIRO DOS SANTOS
Juiz EDUARDO SÉRGIO DE ALMEIDA
Juiz EDUARDO SOUTO MAIOR B. CAVALCANTI
Juiz EDVALDO DE ANDRADE
Juiz FRANCISCO DE ASSIS BARBOSA JÚNIOR
Juiz FRANCISCO DE ASSIS CARVALHO E SILVA
Juiz GERALDO TEIXEIRA DE CARVALHO
Juíza HERMINEGILDA LEITE MACHADO
Juiz HUMBERTO HALISON B. DE C. E SILVA
Juiz JOÃO AGRA TAVARES DE SALES
Juíza JOLIETE MELO RODRIGUES HONORATO
Juiz JOSÉ AIRTON PEREIRA
Juiz JOSÉ ARTUR DA SILVA TORRES
Juiz JOSÉ DE OLIVEIRA COSTA FILHO

Juiz JOSÉ FÁBIO GALVÃO
Juiz JOSÉ MARCOS DA SILVEIRA FARIAS
Juiz JUAREZ DUARTE LIMA
Juiz LINDINALDO SILVA MARINHO
Juiz MARCELO RODRIGO CARNIATO
Juiz MARCELO WANDERLEY MAIA PAIVA
Juíza MARGARIDA ALVES DE A. SILVA
Juíza MARIA DAS DORES ALVES
Juíza MARIA IRIS DIOGENES BEZERRA
Juíza MARIA JOSÉ DE ANDRADE MAIA
Juíza MARIA LÍLIAN LEAL DE SOUZA
Juíza MIRELLA D'ARC DE M. CAHU A. DE SOUZA
Juíza MIRTES TAKEKO SHIMANOE
Juíza NAYARA QUEIROZ MOTA DE SOUSA
Juiz NORMANDO SALOMÃO LEITÃO
Juiz PAULO AMÉRICO MAIA DE V. FILHO
Juiz PAULO HENRIQUE TAVARES DA SILVA
Juiz PAULO NUNES DE OLIVEIRA
Juiz PAULO ROBERTO VIEIRA ROCHA
Juíza RENATA MARIA MIRANDA SANTOS
Juíza RITA LEITE BRITO ROLIM
Juíza ROBERTA DE PAIVA SALDANHA
Juíza ROSIVÂNIA GOMES CUNHA
Juiz RÔMULO TINOCO DOS SANTOS
Juiz RUY ELOY
Juiz SÉRGIO CABRAL DOS REIS
Juíza SÍLVIA CERVEIRA WANDERLEY
Juíza SOLANGE MACHADO CAVALCANTI
Juíza TAIS PRISCILLA F. R. DA C. E SOUZA
Juiz UBIRATAN MOREIRA DELGADO
Juíza VERUSKA SANTANA SOUSA DE SÁ
Juiz WOLNEY DE MACEDO CORDEIRO

ASSOCIADOS PENSIONISTAS

ARTHUR BARBOSA FREIRE FERREIRA
FLORA MARIA RESENDE LIBÂNIO
JACIRA DA CONCEIÇÃO DOS SANTOS MONTE
VÂNIA CAPISTRANO DE MIRANDA MONTE

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO	7
André Machado Cavalcanti	
A PROPOSTA DE UM SISTEMA NORMATIVO PROCESSUAL COLETIVO TRABALHISTA NA PERSPECTIVA DO PROJETO DA REFORMA SINDICAL	9
Paulo Américo Maia Filho	
HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS: APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA SUCUMBÊNCIA AO PROCESSO DO TRABALHO	32
Alexandre Roque Pinto	
A EFETIVIDADE DOS DIREITOS SOCIAIS FUNDAMENTAIS DESDE A TEORIA CRÍTICA DOS DIREITOS HUMANOS	58
Luciana Caplan	
A GUINADA IDEOLÓGICA DO PROCESSO CIVIL E SUA INFLUÊNCIA NA EXECUÇÃO TRABALHISTA	68
Wolney de Macedo Cordeiro	
NOVIDADE NO CUMPRIMENTO DA SENTENÇA TRABALHISTA: A DISPENSA DE CITAÇÃO ESPECÍFICA	109
Sérgio Cabral dos Reis	
IMPOSSIBILIDADES DE APLICAÇÃO SUPLETIVA EM BLOCO DA LEI 11.232/2005, QUANTO À EXECUÇÃO DE SENTENÇA NO ÂMBITO DO PROCESSO TRABALHISTA	136
Juarez Duarte Lima	
ADMISSÃO DE PESSOAL PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA SEM A REALIZAÇÃO DE CONCURSO	151
Eduardo Sérgio de Almeida	
O DIREITO COMO VOCAÇÃO E O SEU SUJEITO COMO AGENTE DE TRANSFORMAÇÃO	163
Luciano Athayde Chaves	

A INFORMATIZAÇÃO DO PROCESSO JUDICIAL TRABALHISTA	171
Alexandre Amaro Pereira	
COMENTÁRIO À SENTENÇA Nº 197/2003, DE 30 DE OUTUBRO DE 2003, DO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DA ESPANHA	185
Cláudio Pedrosa Nunes	
CONTRATAÇÃO DE PESSOAL NO ÂMBITO DAS ENTIDADES INTEGRANTES DO DENOMINADO “SISTEMA S”	199
Carlos Eduardo de Azevedo Lima	
CABIMENTO DA INTERVENÇÃO DE TERCEIROS NO PROCESSO DO TRABALHO	207
Daniel Alves de Sousa	
CONTRATO DE TRABALHO NAS ORGANIZAÇÕES DE TENDÊNCIA	225
Jeane Almeida de Menezes	
PODER NORMATIVO COMO PODER DISCRICIONÁRIO	234
Rodrigo Costa Ferreira	
TELETRABALHO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO	247
Pollyanna Vasconcelos Correia Lima de Andrade	
SALÁRIO, BEM ABSOLUTAMENTE IMPENHORÁVEL?	263
Aryoswaldo José Brito Espínola	
ACIDENTE DO TRABALHO E RESPONSABILIDADE CIVIL	281
Pedro Aurélio Garcia de Sá	
INCONSTITUCIONALIDADES NO AUMENTO DO PRAZO PARA A OPOSIÇÃO DE EMBARGOS À EXECUÇÃO	295
Ênio Pacheco Lins	
ESCOLA SUPERIOR DA MAGISTRATURA TRABALHISTA DA PARAÍBA Corpo Docente da ESMAT 13	309

APRESENTAÇÃO

A Associação dos Magistrados do Trabalho da 13ª Região – AMATRA 13, à qual se encontra vinculada a ESMAT 13 – Escola Superior da Magistratura Trabalhista da Paraíba, apresenta com muito orgulho a sua primeira Revista Jurídica voltada aos operadores do Direito em geral.

A iniciativa não teve outra finalidade senão a de disseminar o Direito, por meio de autorizada doutrina, entre todos aqueles que o aplicam na construção de uma sociedade mais justa e solidária, valendo-se, para tanto, da valiosa contribuição de Juízes do Trabalho, membros do Ministério Público do Trabalho, Advogados, servidores da Justiça do Trabalho, além de alunos e professores da ESMAT 13.

A pronta colaboração dos autores dos artigos demonstra quão escassos são os meios de exteriorização do ideário do Direito, mas, também, a sede pelo debate sobre temas variados e instigantes, o que comprova o acerto da decisão em publicar o periódico.

Trata-se de uma singela contribuição para o mundo jurídico, fruto da integração associativa e do trabalho desenvolvido por uma Escola que nasceu grande e que tem procurado ocupar um espaço cada vez maior em nossa comunidade acadêmica.

Formadora de inúmeros Juízes e Procuradores do Trabalho que freqüentaram o seu curso, no formato original – Curso Preparatório para a Magistratura Trabalhista -, a ESMAT 13 oferece hoje um Curso

de Pós Graduação *Lato Sensu* em Direito Material e Processual do Trabalho de cujo corpo docente fazem parte alguns dos mais autorizados e renomados professores do nosso Estado, todos partícipes do processo de transformação do seu perfil, a quem somos gratos pelos resultados até hoje alcançados.

Não poderíamos deixar de mencionar a Comissão Editorial da Revista da ESMAT 13, composta pelos Juizes Adriano Mesquita Dantas, José Artur da Silva Torres (Presidente) e José Marcos da Silveira Farias, que, de forma abnegada e despretensiosa, prestaram inestimáveis serviços à AMATRA 13 e à ESMAT 13 na confecção desta Revista, e a talentosa Juíza Mirella D'Arc de M. Cahu A. de Souza que nos brindou com o trabalho que ilustra a sua capa.

Por fim, agradecemos a todos aqueles que colaboraram com trabalhos científicos e ao colaborador Ricardo Araújo pela presteza, entusiasmo e disponibilidade no processo de editoração e publicação da Revista.

André Machado Cavalcanti

Presidente da AMATRA 13/Diretor da ESMAT 13

A PROPOSTA DE UM SISTEMA NORMATIVO PROCESSUAL COLETIVO TRABALHISTA NA PERSPECTIVA DO PROJETO DA REFORMA SINDICAL

Paulo Américo Maia Filho¹

1. Introdução

A eleição de um líder sindical da classe trabalhadora para a Presidência da República fez gerar enorme expectativa em torno de eventuais modificações no contexto das relações do trabalho. Em julho de 2003, foi criado o Fórum Nacional do Trabalho, sob a coordenação do Ministério do Trabalho e Emprego, o qual tinha como objetivo o estabelecimento de metas e diretrizes de uma ampla reforma do modelo trabalhista como um todo, com reflexos nos sistemas sindical e processual vigentes.

Desses estudos e entre o consenso e o dissenso², foram encaminhadas várias propostas de reformulação legislativa ao Congresso Nacional. Uma das únicas aprovadas até hoje, no contexto da Reforma do Judiciário, pela Emenda Constitucional n° 45/2004, foi a que ensejou o atual texto do art. 114, § 2º, da Constituição Federal, o qual praticamente aboliu a jurisdição normativa trabalhista, hoje resumida a simples juízo arbitral, condicionado à prévia vontade das categorias envolvidas em conflitos coletivos.³ Ao que parece, essa decisão resultou da perspectiva da valorização da negociação coletiva, fundada em dados estatísticos que demonstravam um decréscimo do número dos dissídios coletivos no ano de 2002,⁴ embora outra realidade

¹ Juiz da Primeira Turma do TRT, da 13ª Região, Professor de Direito Processual da UFPB e mestrando em Direito Processual pela UERJ.

² VIANA, Marco Túlio. *A Reforma Sindical: Entre o Consenso e o Dissenso*. In Revista LTr., vol. 68, São Paulo, agosto de 2004, passim. A própria exposição de motivos revela que muitas das propostas não foram resultado de um consenso.

³ Edson Braz Silva faz uma retrospectiva: "As representações, tanto do segmento econômico quanto do profissional, inclusive a do governo, tencionavam a extinção pura e simples do poder normativo, deixando que patrões e empregados medissem forças livremente na defesa dos interesses de cada um, sem a intromissão direta do governo. A exceção ficaria apenas nos casos de greve em serviços essenciais com riscos para a comunidade. Porém, graças à brilhante intervenção do Juiz do Trabalho Luiz Philippe Vieira de Mello Filho, representante do Tribunal Superior do Trabalho no Fórum Nacional do Trabalho, optou-se pela extinção parcial do poder normativo, ficando condicionado o seu exercício à solicitação conjunta das partes em conflito. O poder normativo ficaria reservado às partes como uma espécie de arbitragem judicial, na modalidade *livre solução*. Aspectos Processuais e Materiais do Dissídio Coletivo Frente à Emenda Constitucional n° 45/2004, in Revista LTr, vol. 69, São Paulo, setembro de 2005, p. 1039. O então Juiz Luiz Philippe Vieira de Mello Filho é hoje Ministro do Tribunal Superior do Trabalho.

⁴ BARROS, Cássio de Mesquita. *Representatividade dos Sindicatos*, In Revista LTr., setembro de 2004, p. 1.046.

tivesse se revelado, após aquele mesmo ano, quando o Tribunal Superior do Trabalho mudou radicalmente a sua visão processual do dissídio coletivo⁵, passando a admiti-lo, mais amplamente, como expressão do princípio do acesso à justiça.

Entretanto, mesmo para estes que entenderam ser o poder normativo um instrumento autoritário e antidemocrático do sistema sindical corporativista, a supressão pura e simples dele estaria condicionada à efetiva reforma do atual modelo sindical, sob pena de se estabelecer, como se fez, um hiato normativo hoje vivenciado.⁶ Sem liberdade e autonomia das entidades sindicais em relação ao Estado, não há democracia e representatividade, pressupostos de uma legítima e adequada negociação coletiva⁷, do que se conclui que a supressão da jurisdição normativa trabalhista estaria condicionada à reforma do atual modelo sindical, o que, até agora, não ocorreu.⁸

Cássio de Mesquita Barros aponta a adoção do princípio da unicidade sindical, antes imposto pela CLT e hoje pelo art. 8º, da Constituição Federal, e a contribuição sindical, antigo imposto sindical, como empecilhos à modernização da estrutura sindical brasileira. A unicidade sindical, inclusive, impede a ratificação, pelo Brasil, da Convenção nº 87, da OIT, aprovada em 1948 e vigente desde 1950⁹, já validada por mais de cem países.¹⁰ O reflexo é um baixo índice de sindicalização, também decorrente, como aponta a OIT, de uma legislação que obriga os sindicatos a se organizarem por empresa e, às vezes, por seções de uma mesma empresa, o que leva à fragmentação, com múltiplos sindicatos minúsculos.¹¹

⁵ PEREIRA, José Luciano Castilho. *A Reforma do Poder Judiciário – O Dissídio Coletivo e o Direito de Greve*, In: *Justiça do Trabalho: Competência Ampliada*, COUTINHO, Grijalbo e FAVA, Marcos Neves (coordenadores), São Paulo: LTr, 2005, p. 248.

⁶ SILVA, Edson Braz, Op. cit. p. 1040.

⁷ Até nas negociações coletivas de iniciativa estatal, como a proposta com a edição da Lei Complementar nº 110/01, rotulada como o “maior acordo do mundo”, vê-se clara intenção de se investir contra conquistas da classe trabalhadora, em uma perspectiva neoliberal de “flexibilização das relações de trabalho”. No caso específico dessa proposta governamental e como bem colocou Carlos Eduardo Oliveira Dias, o objetivo “...foi o de eliminar as demandas a respeito dos percentuais de reajustamento das contas do FGTS, suprimidas por sucessivos planos econômicos, e que foram reconhecidos como devidos pelo Supremo Tribunal Federal.” O “Maior Acordo do Mundo” e seus Reflexos no Contrato de Trabalho, in *Revista LTr*, 67, nº 2, fevereiro de 2003, p. 157. Tanto que o art. 6º, III, do referido diploma, condicionava a celebração do acordo à prévia “declaração do titular da conta vinculada, sob as penas da lei, de que não está nem ingressará em juízo discutindo os complementos de atualização monetária.”

⁸ Tanto que a proposta de supressão estava inserida na PEC 369/05, que trata da Reforma Sindical.

⁹ O art. 2º da Convenção estabelece que: “trabalhadores e empregadores, sem distinção de qualquer espécie, terão o direito de constituir, sem prévia autorização, organizações de sua própria escolha e, sob a única condição de observar seus estatutos, a elas se filiarem.”

¹⁰ BARROS, Cássio Mesquita. *Representatividade dos Sindicatos*, In: *Revista LTr*, 68, setembro de 2004, pp. 1044/1045. Carlos Alberto Reis de Paula aponta alguns dos países que a ratificaram: Argentina, Paraguai, Uruguai, Peru, Venezuela, Bolívia, Equador e Guatemala, ao todo, mais de 112 países. Categoria como Pressuposto da Representação Sindical, in *Revista LTr*, 63, fevereiro de 1999, p. 158.

¹¹ *Ibid.*, p. 1043. Por outro lado, Ulrich Zachert, da Universidade de Hamburgo, aponta que, na Alemanha, a Constituição de 1949 adotou a liberdade sindical como princípio inserto no catálogo dos direitos fundamentais, art. 9º, § 3. Sua

Esta proposta de reforma sindical, para o Brasil, encontra-se hoje na fase de debates no âmbito do Congresso Nacional, fundamentalmente em torno da Proposta de Emenda Constitucional nº 369/05, juntamente com as de modificações infraconstitucionais do direito material e processual trabalhista, nestas, propondo-se a introdução de um micro-sistema unificado de tutela das ações coletivas.

O presente estudo, portanto, será pautado na análise de aspectos pontuais deste sistema processual unificado que se pretende introduzir para as ações coletivas trabalhistas, com enfoque específico nas previstas para a tutela de direitos individuais heterogêneos e nas que têm como objeto a prevenção e repressão à conduta anti-sindical e ao direito de greve, enfrentando-se, ainda, o sistema da coisa julgada proposto.

2. A tendência de codificação do Direito Processual Coletivo brasileiro

Ada Pellegrini Grinover aponta o Brasil como o pioneiro, dentre os países de *civil law*, na criação e na implementação dos processos coletivos, a partir da Lei da Ação Popular, passando pela Lei nº 6.938/81, que previu a titularidade do Ministério Público para as ações ambientais de responsabilidade penal e civil, depois e notadamente pela Lei nº 7.347, de 1981 — a Lei da Ação Civil Pública —, “...até que a Constituição Federal de 1988 veio universalizar a proteção coletiva dos interesses ou direitos individuais sem qualquer limitação em relação ao objeto do processo”¹².

O novo texto constitucional se apresentou como que uma convocação ao legislador ordinário à assunção do seu papel na regulamentação processual dos interesses coletivos. Não encerrava os debates relacionados com a tutela dos direitos metaindividuais, antes com eles aprofundando-se.

Como indica Rodolfo de Camargo Mancuso¹³, vieram, em seguida, várias normas processuais ampliando o hoje largo objeto da tutela coletiva, a saber:

organização sindical não está vinculada a partido político (ao contrário da Itália, Espanha e França), ou a orientação religiosa (ao contrário da Bélgica e Holanda) e, ainda assim, encontra-se estruturada em torno de uma Central Sindical, a DGB, Deutscher Gewerkschaftsbund, cujo índice de sindicalização vem se reduzindo continuamente. *Liberdade Sindical e Autonomia Coletiva na Alemanha e na Europa*, In: Fórum Internacional sobre Direitos Humanos e Direitos Sociais. Organização e realização do Tribunal Superior do Trabalho, São Paulo: LTr, 2004, pp. 67/69.

¹² GRINOVER, Ada Pellegrini. *Direito Processual Coletivo*, In: Direito Processual Coletivo e o Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos; GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro e Watanabe, Kazuo (coordenadores). São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2007, p. 11.

¹³ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação Civil Pública Em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores*, 10ª ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2007, p. 7.

erário (CF, art. 37, § 4º; Lei 8.492/92); meio ambiente (Lei 6.938/81 e textos complementares); consumidores (Lei 8.078/90 – Código de Defesa do Consumidor; patrimônio cultural, lato sensu (CF, art. 216 e § 1º; Lei 7.347/85, art. 85, art. 1º, III); ordem econômica e economia popular (Lei 8.884/94; Lei 7.347/85, art. 1º, V); deficientes físicos (Lei 7.853/89); infância e juventude (Lei 8.069/90 – Estatuto da Criança e do Adolescente); idosos (CF; art. 230; Lei 10.741/2003 – Estatuto do Idoso); comunidades indígenas (CF, art. 232); mercado de capitais (Lei 7.913/89); patrimônio genético (Lei 11.105/2005 e Dec. 5.591/2005); ordem urbanística (Lei 7.347/85, art. 1º, VI; Lei 10.257/2001 – Estatuto da Cidade); recursos hídricos (Lei 9.433/97); Lei 10.671/2003 – Estatuto do Torcedor. Ainda, de modo geral, as chamadas minorias sociais (os ditos excluídos) e as vítimas de preconceito.

No plano processual trabalhista, somaram-se às disposições da Consolidação das Leis do Trabalho — art. 856 e seguintes, que tratam do dissídio coletivo,¹⁴ e 872, relativo à ação de cumprimento de sentença normativa – a Lei nº 8.984/95, sobre a ação de cumprimento de convenção coletiva, a Lei nº 8.073/90, que consagra a substituição processual e a Lei nº 7.783/89, dispondo sobre o dissídio coletivo de greve.

O estudo doutrinário deste microsistema normativo¹⁵ de processos coletivos fomentou a criação de um novo ramo da ciência processual — o direito processual coletivo — e da perspectiva de codificação e remodelação das normas de regência na inspiração do Código-Tipo, editado em 2004, o qual vem a ser o Código Modelo de Processos Coletivos do Instituto Ibero-Americano de Direito Processual.

Foram apresentadas duas propostas: a do Anteprojeto do Código¹⁶ Brasileiro de Processos Coletivos e a da sistematização das normas

¹⁴Estas disposições são complementadas pelas da Lei nº 4.725/65, que dispõe sobre normas processuais para os dissídios coletivos.

¹⁵Gregório Assagra Almeida destaca que, no campo da pesquisa, “...dois microsistemas merecem destaque especial, pois, são relacionados com a composição do objeto formal do direito processual coletivo brasileiro. O primeiro é o *microsistema* de tutela jurisdicional coletiva comum, formado pela completa integração, legalmente existente, entre a Lei nº 7.347/85 (LACP, art. 21) e a Lei nº 8.078/90 (CDC, art. 90). O segundo é o *microsistema* de tutela jurisdicional coletiva especial (controle concentrado e abstrato da constitucionalidade), composto, no plano infraconstitucional pela Lei nº 9.868/99 e Lei n. 9.882/99.” *Codificação do Direito Processual Coletivo Brasileiro*, Belo Horizonte, Del Rei, 2007, p. 48.

¹⁶Márcio Flávio Mafra Leal coloca: “A denominação ‘código’, embora hiperbólica, acentua a necessidade de se encerrar o processo coletivo com uma visão ‘separada’ do processo civil destinado à proteção dos direitos individuais.” Anteprojeto

da tutela jurisdicional das ações coletivas trabalhistas, esta no contexto do Anteprojeto de Lei de Relações Sindicais.

A razão, provavelmente, é que tanto o Código Modelo de Processo Civil para Ibero-América¹⁷ quanto o anteprojeto do Código Brasileiro de Processos Coletivos não contemplam o trato processual das ações coletivas que tutelam as relações de trabalho, sequer cuidando das especificidades da jurisdição normativa, exercida através dos dissídios coletivos. Perde-se, assim, a principal vantagem da codificação, a qual seria a formatação concentrada do direito processual coletivo brasileiro, ordenando e uniformizando o seu objeto formal.¹⁸

Independente da aprovação dos anteprojeto de lei, preliminarmente, constata-se a exigência da especialização e da estruturação dos órgãos judiciários encarregados dos julgamentos das ações coletivas em todas as áreas. O Anteprojeto do Código Brasileiro prevê, em seu art. 40: “Sempre que possível, as ações coletivas serão processadas e julgadas por magistrados especializados.” Não há, contudo, idêntica previsão no Anteprojeto de Lei de Relações Sindicais e não precisa, pois a Lei nº 10.770/03 já autoriza os Tribunais do Trabalho a estabelecerem a jurisdição das Varas do Trabalho, por ato próprio, abrindo-se a possibilidade de que sejam criadas Varas do Trabalho especializadas na tutela jurisdicional coletiva.¹⁹

3. A estrutura da parte processual do projeto de reforma sindical. Uma proposta para as ações coletivas trabalhistas.

O projeto de lei de relações sindicais é estruturalmente formatado em oito partes, correspondentes aos oito títulos, dedicando o sétimo à tutela

de Código Brasileiro de Processos Coletivos – *Aspectos Políticos, Econômicos e Jurídicos*, In: Direito Processual Coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos, GRINOVER, Ada Pellegrini, MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro e WATANABE, Kazuo, Coordenadores. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2007, p. 72.

¹⁷ Sendo um Código Modelo, que se apresenta como fonte de princípios e regras gerais de interpretação e de inspiração para os projetos legislativos, pensamos que a jurisdição coletiva normativa devesse ser considerada.

¹⁸ ALMEIDA, Gregório Assagra, Op. cit., p. 83.

¹⁹ Art. 28. “Cabe a cada Tribunal Regional do Trabalho, no âmbito de sua Região, mediante ato próprio, alterar e estabelecer a jurisdição das Varas do Trabalho, bem como transferir-lhes a sede de um Município para outro, de acordo com a necessidade de agilização da prestação jurisdicional trabalhista.” Até o presente momento, não se verificou, no âmbito de nenhum Tribunal Regional do Trabalho, a criação de Varas do Trabalho especializadas na tutela das ações coletivas, nem mesmo na 10ª Região, cujas Varas do Distrito Federal têm competência para o julgamento de todas as ações civis públicas em que o dano seja de dimensão supra-regional ou nacional, conforme Orientação Jurisprudencial nº 130, da Sub-Seção 2, de Dissídios Individuais, do Tribunal Superior do Trabalho. Se a tendência é o exercício da jurisdição coletiva, quase de forma exclusiva, pelos órgãos de primeira instância, uma vez que foi praticamente suprimida a jurisdição normativa de competência originária dos Tribunais do Trabalho, pela Emenda Constitucional 45/04, a perspectiva é que os Tribunais criem varas especializadas, mediante resoluções administrativas.

jurisdicional. O penúltimo capítulo é composto por 77 artigos, compreendendo os artigos 137 ao 214, tendo-se uma boa compilação sistemática, tanto em seu aspecto formal quanto no material, bem como a utilização da técnica adequada de redação dos dispositivos, o que é de grande valia na sua compreensão e interpretação.

O Título VII – Da tutela jurisdicional é integrado por seis capítulos: Capítulo I – Das disposições preliminares; Capítulo II – Das ações coletivas em geral; Capítulo III – Da ação de prevenção e repressão à conduta anti-sindical; Capítulo IV – Da ação em matéria de greve; Capítulo V – Do conflito coletivo de interesses; Capítulo VI – Das ações de anulação, declaração e revisão de normas coletivas.

Esta distribuição sistemática seguiu, seqüencialmente, a lógica da teoria geral do processo e o tratamento dos institutos processuais, voltados, exclusivamente, para a tutela processual coletiva trabalhista.

Dentre estes institutos, propomo-nos a examinar duas inovações: a ação coletiva para a tutela de interesses individuais e a ação para o trato específico da prevenção e repressão à conduta anti-sindical e ao exercício ao direito de greve. Além delas, examinaremos o tratamento dispensado à coisa julgada.

4. As ações coletivas para a defesa de direitos individuais heterogêneos. O desafio da quebra de paradigmas.

Ao tratar do objeto das ações coletivas em geral, o Projeto assim dispõe:

Art. 141 – A defesa coletiva dos direitos decorrentes da relação de trabalho será exercida quando se tratar de:

I – direitos coletivos, assim entendidos os transindividuais, de natureza indivisível, de que seja titular grupo de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base;

II – direitos individuais homogêneos, assim entendidos os de natureza divisível, de que sejam titulares pessoas determinadas, que tenham origem no mesmo fato ou ato jurídico e que sejam caracterizados pela prevalência das questões comuns sobre as questões individuais;

III – direitos individuais, assim entendidos os de natureza divisível e de que sejam titulares pessoas determinadas, sempre

que apresentarem afinidade de questões por um ponto comum de fato ou de direito, nas hipóteses previstas nesta lei.

Parágrafo único: O disposto nesta lei não prejudicará as hipóteses de defesa de direitos difusos previstas no processo comum.

Com o texto proposto, torna-se possível o tratamento processual coletivo dos direitos individuais heterogêneos, hoje, restrito aos direitos difusos, coletivos *stricto sensu* e individuais homogêneos, condicionado, entretanto, à ocorrência de “afinidade de questões por um ponto comum de fato ou de direito”.

A novidade que se propõe, de todo elogiável, representa a opção pela ruptura do dualismo adotado pelo sistema normativo de tutela processual coletiva, sistematizado em duas vertentes: de um lado, na adoção de um modelo de tutela do interesse público (difuso, supra-individual ou metaindividual), e, do outro, na escolha de um modelo para a defesa de direitos inerentes a uma categoria ou de direitos simetricamente individuais, concebidos por uma origem comum (coletivos em sentido estrito e individuais homogêneos). Abre-se, portanto, a possibilidade de se tutelar, de forma processualmente coletiva, direitos assimetricamente individuais, sem a necessidade da origem comum, bastando que tenham uma mera “afinidade de questões”, por “um ponto comum”, de “fato ou de direito” ou, porque não dizer, que apresentem uma simples “afinidade”.²⁰

Da mesma forma, encerra a ruptura de paradigmas representados pelos sistemas processuais tradicionais, segundo os quais o direito individual será preferencialmente tutelado de forma individual²¹. Potencializa-se a tutela

²⁰ Marcos Neves Fava, em análise do texto, com a sua percuciência, anota: “As hipóteses limitadas do texto do anteprojeto – uma crítica *a priori* refere-se à própria limitação taxativa e reducionista – não configuram interesses heterogêneos, porque, ambas, têm os caracteres da origem comum e definição do titular. Diferença marcante deve ser feita entre a origem do prejuízo, o ato patronal padronizado para um grupo de trabalhadores (ou para todos os empregados da empresa) e a liquidação ou apuração do *quantum* devido a cada um dos interessados (divisibilidade do objeto). Afaste-se o argumento de que a apuração da insalubridade e da periculosidade depende de comprovação individual do uso de equipamentos de proteção ou da proximidade com o agente perigoso, porque tal assertiva milita em prol da fragmentação dos litígios, de toda indesejada, quando se busca a efetividade às decisões judiciais. A sentença genérica pode fixar a insuficiência do uso dos equipamentos na neutralização do agente, assim como pode mapear as funções, na empresa, nas quais os trabalhadores expõem-se aos riscos do perigo e malefícios da insalubridade. Se, no tema, não for constatado o caráter amplo que possibilite genérico mapeamento dos agentes em relação às funções, o pedido deve ser afastado – julgado extinto sem análise do mérito, por inadequação da via eleita -, porque o caso não comporta proteção por instrumentos processual coletivo.” Ação Civil Pública Trabalhista, São Paulo: LTr. 2005, p. 205.

²¹ Mesmo de *lege lata*, há tendência da doutrina processual civil na interpretação restritiva dos preceitos que autorizam a tutela coletiva de direitos individuais homogêneos, como ocorre, *v.g.*, em relação à legitimidade do Ministério Público à luz do que dispõe o art. 127, da Constituição Federal. Nesse sentido, Ada Pellegrini Grinover faz a seguinte observação: “... a jurisprudência brasileira, após algumas tergiversações, tem se firmado na posição do reconhecimento da legitimação ao Ministério Público para as ações em defesa de direitos individuais homogêneos, somente na hipótese de o juiz reconhecer a relevância social dos referidos interesses.” No plano essencialmente trabalhista, entretanto, isso não se verifica. No julgamento do RO nº 00723-2001-52-18-00-9, o TRT da 18ª Região, Relatado pela hoje Ministra do TST DORA MARIA

processual como um todo, abandonando-se a idéia de um processo formal e individualista, para o ideal de um outro, menos científico e mais efetivo, na persecução do ideal do acesso à justiça aos trabalhadores.

Se, no campo do processo civil, a regra é a da tutela individual, sendo a coletiva uma exceção, pela utilização da técnica da substituição processual, que, conforme a tradição processual brasileira, somente pode ser determinada por disposição expressa de lei (v.g. art. 1º, da Lei nº 4.717/65, art. 5º da Lei nº 7.347/85 e art. 82 da Lei nº 8.078/90),²² no processo trabalhista a situação deveria inverter-se.

A primeira razão é a da existência de um seguro e eficiente sistema de representação por categoria, pois a própria Constituição Federal expressa, em seu art. 8º, III, que: “*ao sindicato cabe a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões judiciais ou administrativas*”. O mesmo dispõe o art. 513, ‘a’, da Consolidação das Leis do Trabalho,²³ valendo notar que a hipótese prevista na Constituição não é de simples representação judicial, mas de evidente substituição processual, como vem reiteradamente proclamando o Supremo Tribunal Federal.²⁴ No Projeto, esse sistema é mantido (art. 144).

A segunda consiste na constatação de que, no curso da relação de emprego, não há acesso à justiça a um empregado que trabalha em um sistema legal que permite ao empregador demiti-lo, sem justa causa, para contratar outro, no mesmo instante, ganhando salário até inferior. As chamadas “ações sem rosto”²⁵, propostas através dos sindicatos, são fundamentais, pois

DA COSTA, utilizando o magistério de *Raimundo Simão de Melo* e tratando especificamente da legitimidade do Ministério Público para a tutela de interesse individual homogêneo, proclamou: “Qualquer ato do empregador capaz de provocar lesão de forma coletivizada aos trabalhadores constitui direito homogêneo e permite a defesa coletiva porque, embora cada um possa, em tese, defender seu direito, este, por ser decorrente de uma origem comum, pode e deve ser defendido também de forma coletiva. Aqui, não é o interesse que se classifica como coletivo; coletiva é a forma de sua defesa em nome do interesse social maior na proteção e efetivação dos direitos trabalhistas violados.” *Revista LTr.* 67, nº 7, julho de 2003, p. 870.

²² MAIA, Diogo Campos Medina. *A Ação Coletiva Passiva: O Retrospecto Histórico de Uma Necessidade Presente*. In: *Direito Processual Coletivo e o anteprojeto do Código Brasileiro de Processos Coletivos*. GRINOVER, Ada Pellegrini, MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro e Watanabe, Kazuo (organizadores), São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2007, p. 333.

Contra: MELO, Raimundo Simão, Op. cit., p. 333.

²³ Art. 513. São prerrogativas dos sindicatos: a) representar, perante as autoridades administrativas e judiciárias os interesses gerais da respectiva categoria ou profissão liberal ou interesses individuais dos associados relativos à atividade ou profissão exercida.

²⁴ Segunda Turma, RE-AgR 211866-RS, Rel. Ministro JOAQUIM BARBOSA, com a seguinte ementa: “SINDICATO. LEGITIMIDADE EXTRAORDINÁRIA. SUBSTITUIÇÃO PROCESSUAL. ART. 8º, III DA CF/88. PRECEDENTES. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. O Plenário desta Corte, ao apreciar e julgar, dentre outros, o RE 193.579 (red. p/ acórdão min. Joaquim Barbosa, j. 12.06.2006) firmou entendimento no sentido de que os sindicatos possuem legitimidade extraordinária para atuar como substitutos processuais na defesa em juízo dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria que representam. Agravo regimental a que se nega provimento.” in *Diário da Justiça da União*, 29.06.2007, p. 00123.

²⁵ FAVA, Marcos Neves. *Ação Civil Pública Trabalhista*. São Paulo: LTr., 2005, p. 204.

possibilitam que o empregado exerça direitos, no curso da avença, os quais, de outra forma, não seriam exercidos e acabariam consumidos pela prescrição²⁶.

Mesmo em se tratando de direito individual, este não se torna acessível senão coletivamente. *Leonardo Greco* coloca:

O cidadão não está mais em condições de defender-se individualmente das ameaças e lesões aos seus direitos perpetradas por pessoas ou grupos que se encontram em vantagem, nas relações econômicas e sociais.

O sindicato veio a exercer este papel, em relação ao trabalhador empregado.²⁷

Ademais, a utilização das ações de classe representativa como regra, inclusive para a tutela de direito individual heterogêneo, atende ao princípio da “acessibilidade”, propugnado por *Paulo Cezar Pinheiro Carneiro*²⁸, seja pelo acesso do trabalhador à informação (ponto de partida) e ao significado dela (ponto de chegada), seja pelo atendimento à sua legitimidade adequada, feita através do seu sindicato, e, finalmente, pela diminuição dos custos financeiros do processo, em razão da sua diluição entre os substituídos.

Sob outro aspecto ainda, pode-se dizer que o sindicato, como litigante habitual, organizacional, é o mais indicado para o embate judicial, em detrimento do trabalhador, litigante eventual, individual, que é o menos indicado. *Mauro Cappelletti e Bryant Garth*, citando *Galanter* explicam:

O professor Galanter desenvolveu uma distinção entre o que ele chama de litigantes ‘eventuais’ e ‘habituais’, baseado na frequência de encontros com o sistema judicial. Ele sugeriu que esta distinção corresponde, em larga escala, à que se verifica entre

²⁶ O Tribunal Superior do Trabalho tem vários verbetes que consagram a prescrição total no curso da relação de emprego, a partir de posição nuclear adotada na Súmula 294, que tem o seguinte enunciado: “Tratando-se de ação que envolva pedido de prestações sucessivas decorrente de alteração do pactuado, a prescrição é total, exceto quando o direito à parcela esteja também assegurado por preceito de lei.”

²⁷ GRECO, Leonardo. *O Acesso ao Direito e à Justiça, Estudos de Direito Processual, Campos dos Goytacazes*. Ed. Faculdade de Direito de Campos, 2005, p. 199.

²⁸ Paulo Cezar Pinheiro Carneiro observa: “Não podemos mais afirmar, como tradicionalmente se faz, que o titular do direito material é o mais adequado e, portanto, terá o melhor desempenho na defesa de direitos em geral, seja individual, seja coletivo. No plano individual e em especial no campo da defesa de direitos individuais homogêneos, o titular do direito material não seria, em regra, no Brasil, a pessoa mais indicada, quer para a defesa coletiva desses direitos, quer para a sua própria defesa individualmente considerada. Isto não só pela situação do nosso país, de maioria pobre e com pouquíssimo preparo, mas também pelo peso dos adversários, em regra mais fortes, mais estruturados, com maior poder econômico e, portanto, mais preparado.” Acesso à Justiça, Juizados Especiais Cíveis e Ação Civil Pública, 2ª ed., Forense, Rio de Janeiro, 2003, p. 59.

indivíduos que costumam ter contatos isolados e pouco frequentes com o sistema judicial e entidades envolvidas, com experiência judicial mais extensa. As vantagens dos ‘habituais’, de acordo com Galanter, são numerosas: 1) maior experiência com o direito possibilita-lhes melhor planejamento do litígio; 2) o litigante habitual tem economia de escala, porque tem mais casos; 3) o litigante habitual tem oportunidades de desenvolver relações informais com os membros da instância decisora; 4) ele pode diluir os riscos da demanda por maior número de casos; e 5) pode testar estratégias com determinados casos, de modo a garantir expectativa mais favorável em relação a casos futuros. Parece que, em função dessas vantagens, os litigantes organizacionais são, sem dúvida, mais eficientes que os indivíduos.²⁹

Não se trata, apenas, de se aferir a eventual superioridade da tutela coletiva frente à individual, em uma mera perspectiva de melhor desempenho e efetividade processual, em relação àquele que seria obtido com as ações individuais, inclusive no que se refere ao custo benefício³⁰. Ou a partir do trinômio concebido para as paradigmáticas *class actions* norte-americanas: *custo-tempo-benefício*, como sustenta *Owen Fiss*,³¹ e a doutrina processual civil nacional, *v.g.*, *José Rogério Cruz e Tucci*³², dentre tantos. Mas, com efeito, também da necessidade absoluta de se tutelar coletivamente direitos no curso de uma relação de trabalho através do mecanismo da substituição processual os quais, de outro modo, jamais seriam tutelados. O interesse de agir, no caso, não se apresenta como no sistema *common law*, proposto pela doutrina para a tutela das relações do direito comum,³³ fundado na superioridade das ações de classe, mas decorre *da necessidade do acesso à justiça*.

²⁹ CAPPELLETTI, Mauro e GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Tradução NORTHFLEET, Ellen Gracie, Porto Alegre, Fabris, 1988, p. 25.

³⁰ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação Civil Pública*. Em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores. 10ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 61.

³¹ FISS, Owen M., *The Political Theory of the Class Actions*. In: Washington and Lee Law Review, vol. 53, 1, Lexington, Virginia, 1993, p. 23.

³² TUCCI, José Rogério Cruz, citando GIUSSANI, Andréa. In: *Limites subjetivos da eficácia da sentença e da coisa julgada nas ações coletivas*. In: Revista de Processo, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, ano 32, janeiro de 2007, n. 143, p. 43.

³³ GRINOVER, Ada Pellegrini observa: “Não é difícil, assim, estabelecer a correlação entre a exigência de superioridade da ação de classe, em relação a outros meios de solução dos litígios (própria da *common law*). Se o provimento jurisdicional resultante da ação civil pública em defesa de direitos individuais homogêneos não é tão eficaz quanto aquele que derivaria de ações individuais, a ação coletiva não se demonstra útil à tutela dos referidos interesses. E, ademais, não se caracteriza como via adequada à sua proteção.” *Das class action for damages...* Ação civil pública – Lei 7.347/85 – 15 anos, coordenação MILARÉ, Edis, 2ª ed., 2002, p. 32, *Apud*, MANCUSO, Rodolfo de Camargo, Loc. cit.

5. A ação de prevenção e repressão à conduta anti-sindical e ao exercício do direito de greve. Um novo modelo de ação mandamental.

Dispõe o art. 173 do Projeto:

Sempre que o empregador comportar-se de maneira a impedir ou limitar a liberdade e a atividade sindical, bem como o exercício do direito de greve, o juiz do trabalho, em decisão imediatamente executiva, poderá ordenar a cessação do comportamento ilegítimo e a eliminação de seus efeitos.

À primeira vista, infere-se uma nova modalidade de provimento mandamental auto-executivo,³⁴ que prestigia a tutela específica. Conjugado com o art. 145, do Projeto, o provimento admite pedido de tutela antecipada, em cognição sumária, “sendo relevante o fundamento da demanda e havendo justificado receio de ineficácia do provimento final”.³⁵

A proposta representa a consolidação de uma tendência de ruptura metodológica do modelo clássico processual, fundado na classificação trinária das sentenças judiciais³⁶ e na idéia da reparação do dano como fórmula quase única de tutela processual frente ao ato ilícito.

Trata-se de provimento perfeitamente modulável à realidade dos conflitos a serem tutelados (comportamento ilegítimo do empregador na violação à liberdade sindical e ao direito de greve), e de suas decisões são extraídos comandos de extraordinário impacto psicológico, autorizando, nas palavras de *Cândido Dinamarco* “...o juiz, ainda no processo de conhecimento e sem necessidade de propositura ou instalação do executivo, a desencadear medidas destinadas a proporcionar ao vencedor a efetiva satisfação de seu

³⁴ No mesmo sentido, FAVA, Marcos Neves, in Op. cit., p. 205.

³⁵ Do Anteprojeto: art. 145. Sendo relevante o fundamento da demanda e havendo justificado receio de ineficácia do provimento final, é lícito ao juiz, mediante requerimento da parte, conceder a tutela liminarmente ou após justificação prévia, citado o réu. Parágrafo único. A liminar poderá ser revogada ou modificada, a qualquer tempo, em decisão fundamentada. Art. 146. Quando a ação tiver por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica ou determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento.

³⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela Inibitória, individual ou coletiva*, 4ª ed. São Paulo: RT, 2006, p. 24. Contra, Cândido Rangel Dinamarco inclui as sentenças mandamentais na classificação trinária, no contexto das condenatórias, *verbis*: “As sentenças condenatórias mandamentais são dotadas da mesma estrutura lógico-substancial das condenatórias clássicas, compondo-se portanto de um momento declaratório, onde o direito do autor é reconhecido, e de um momento sancionador, que abre caminho para a execução forçada. A sentença mandamental é título para a execução forçada, tanto quanto a condenação ordinária – e portanto é também uma condenação. A diferença está no conteúdo da sanção imposta em seu segundo momento, no qual se exarceba o fator comando, ou mandamento.” *Instituições de Direito Processual Civil*, 3ª ed., Vol. 3, São Paulo: Malheiros, 2003, pp. 242/243.

direito.”³⁷ Tal é a dimensão do seu comando, que *Barbosa Moreira* lembra que a sua obediência é dever da parte e de outros partícipes do processo, conforme regra do art. 14, V, do Código de Processo Civil, e sua violação “...constitui ato atentatório ao exercício da jurisdição e acarreta a aplicação de diversas sanções”³⁸, inclusive penais, conforme conclusão de *Edson Ribas Malachini*, por violação ao art. 330, do Código Penal – crime de desobediência³⁹.

Luiz Guilherme Marinoni, tentando explicar as razões da inexistência de um modelo semelhante no sistema processual comum, observa:

É difícil compreender a razão pela qual o Código de Processo Civil, quando editado, só estabeleceu tutelas inibitórias antecipadas nos casos de interdito proibitório (art. 932 do CPC) e nunciação de obra nova (art. 936, II, do CPC). Ora, se o legislador processual previu a necessidade da multa para dar efetividade aos preceitos emitidos *initio litis*, é porque ele estava ciente de que a prevenção requer tutela antecipada mais multa.

Por qual motivo, então, teria o Código deixado de criar uma ação preventiva genérica, à semelhança do mandado de segurança preventivo? Qual a razão que teria levado o legislador de 1973 a esquecer-se de estabelecer uma verdadeira ação preventiva contra o particular? Parece que a explicação deste fato somente pode ser encontrada através de uma investigação dos valores submersos à técnica processual.⁴⁰

Na expressão utilizada pelo texto, conferindo ao juiz a possibilidade de “ordenar a cessação do comportamento ilegítimo”, verifica-se incontestável tutela inibitória, “não fazer”, que se complementa pela utilização da expressão que se segue, “com a eliminação dos seus efeitos” — tutela reparatória⁴¹ — em uma demonstração de evidente prestígio à tutela específica, na formatação de

³⁷ *Ibid.*, p. 243.

³⁸ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Questões novas e velhas em matéria de classificação das sentenças*. In: Temas de Direito Processual. 8ª Série, São Paulo: Saraiva, 2004, pp. 136/137.

³⁹ MALACHINI, Edson Ribas. *As Ações (e Sentenças) Condenatórias, Mandamentais e Executivas*. In: Estudos de Direito Processual Civil em homenagem ao Professor Egas Dirceu Moniz de Aragão, MARINONI, Luiz Guilherme (coordenador). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 457.

⁴⁰ MARINONI, Luiz Guilherme, *Op. cit.*, p. 86.

⁴¹ DINAMARCO, Cândido Rangel, explica: “Quando já consumados os atos comissivos ou as omissões lesivas, resta dar remédio à situação criada (*repará-la*), o que o direito material manda que se faça mediante a recondução dos sujeitos, na medida do possível, ao estado precedente à transgressão. Adiante completa: “Sempre que jurídica ou materialmente a tutela específica não seja possível – e só mesmo quando não o for – tem lugar a tutela ressarcitória, que é modalidade da reparatória.” *Instituições de Direito Processual Civil*, Vol. 1, 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 153.

instrumento sincrético, eis que dispensa a utilização de um processo executivo específico, para tornar efetiva a sua decisão.

O texto representa um avanço ao paradigmático art. 461, do Código de Processo Civil e aos arts. 11, da Lei da Ação Civil Pública, e 84, do Código de Defesa do Consumidor, pois deixa claro que no contexto de “comportamento ilegítimo”, inserem-se não só as obrigações de fazer e não fazer, mas também os deveres.⁴² Ao condicionar o cabimento da medida à ocorrência pretérita de comportamento do empregador, consubstanciado no impedimento ou limitação “a liberdade e a atividade sindical, bem como o exercício do direito de greve”, deixa a tutela preventiva para o art. 146 do Projeto, este sim, quase cópia fiel do já citado art. 461, do Código de Processo Civil⁴³, tendo a seguinte redação: “Quando a ação tiver por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica ou determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento.”

Como analisa *Luiz Guilherme Marinoni*: “O art. 461 quebra o princípio das formas executivas, prevendo a possibilidade de o juiz determinar a medida executiva adequada ao caso concreto”⁴⁴, concluindo que: “Buscar uma tutela jurisdicional adequada aos ‘novos direitos’ e, mais que isso, encontrar fundamento normativo-processual da tutela inibitória no Código de Processo Civil, são deveres da doutrina...”⁴⁵

Por outro lado, é bastante difundida a idéia de que todo sistema processual que prestigie a tutela específica, no plano concreto e não meramente formal, notadamente a relacionada com os deveres e obrigações de fazer e não fazer, deve dispor, não apenas das técnicas amplas e avançadas de tutela,

⁴² José Carlos Barbosa Moreira já incluía, antes mesmo da nova redação do art. 461, do Código de Processo Civil, no contexto das obrigações negativas, os “deveres de abstenção”. A tutela específica do credor nas obrigações negativas. *Temas de Direito Processual*, 2ª Série, São Paulo, Saraiva, 1980, p. 30.

⁴³ Guilherme Puchalski Teixeira ressalta “os principais aspectos e inovações geradas pela nova técnica de tutela, a saber: a) a consagração de um modelo sincrético de ação, por dispensar a necessidade de instauração de processo subsequente de execução para a efetivação do comando substancial; b) tutela jurisdicional que privilegia a obtenção do resultado específico da obrigação, seja pelo cumprimento específico, seja através do resultado prático equivalente; c) autorização para a utilização de mecanismos sancionatórios coercitivos, com vistas a reforçar a executoriedade dos provimentos *ex art. 461*; d) cominação de multa processual coercitiva, alterável em sua periodicidade e valor acaso venha a revelar-se inadequada ou insuficiente; e) imposição de mecanismos executivos de sub-rogação, gerados através da aplicação de medidas capazes de reproduzir o resultado específico da obrigação, independentemente da vontade do réu; f) antecipação dos efeitos da sentença (tutela antecipada específica), visando preservar a utilidade da prestação jurisdicional específica (§ 3º, art. 461 *c/c* art. 273), cumulável com a aplicação de mecanismos coercitivos e sub-rogatórios para a efetivação da decisão; g) subsidiariedade da solução indenizatória (tutela ressarcitória), reservada às hipóteses de simples opção pelo credor e em casos de impossibilidade da reprodução do resultado específico ou prático equivalente da obrigação.” O art. 461 do CPC e a ruptura do paradigma conhecimento-execução, in *Revista de Processo*, RePro 147, maio de 2007, Ed. Revista dos Tribunais, p. 68.

⁴⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela Inibitória individual e coletiva*. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 90.

⁴⁵ *Loc. cit.*

inclusive liminares, mas, igualmente, de um eficiente sistema de sanções pecuniárias.

No particular, o Projeto não apresenta a melhor opção, pois, embora nos §§ 1º ao 6º, estejam disponibilizadas amplas e avançadas técnicas, com vistas a alcançar a tutela específica⁴⁶, inclusive pela possibilidade de se aplicar sanções pecuniárias, notadamente multas (§§ 5º e 6º), em relação a estas, a previsão é de destinação do correspondente valor a um “fundo público”, “cuja finalidade guarde conexão com o objeto da demanda (§ 7º).”⁴⁷.

Esse inusitado *fluid recovery*, integrado com os recursos advindos do retardamento da prestação jurisdicional — multas, tal como proposto —, não se justifica, pois, nessa sistemática, os recursos angariados devem ter co-relação com os danos causados a um bem indivisivelmente considerado, obtida nas chamadas ações “ontologicamente” coletivas, tanto que, no atual sistema da ação civil pública, o art. 13, da Lei nº 7.437, é claro, quando dispõe que os seus recursos serão “destinados à reconstituição dos bens lesados”.⁴⁸

Nessas ações trabalhistas, entretanto, são tutelados direitos substancialmente individuais e só processualmente coletivos (tutelam conduta concreta do empregador na violação à liberdade sindical e ao exercício do direito de greve), sendo perfeitamente identificada, de forma concreta, a extensão do dano, provocado pelo retardamento no cumprimento de decisão judicial, restrito, conforme o caso, a um contexto de categoria profissional, ou a um grupo, ou todos os empregados de determinada empresa ou até em relação a determinado dirigente sindical.⁴⁹

Como bem coloca *Ives Gandra da Silva Martins Filho*:

⁴⁶ Não de forma exaustiva, mas exemplificativa.

⁴⁷ § 1º A conversão da obrigação em perdas e danos somente será admissível se por elas optar o autor ou se for impossível a tutela específica ou a obtenção de um resultado prático correspondente.

§ 2º A indenização por perdas e danos será definida sem prejuízo da multa de que trata este artigo.

§ 3º O juiz poderá, na liminar ou na sentença, impor multa diária ao réu, independentemente de pedido do autor, se for suficiente ou compatível com a obrigação, fixando prazo razoável para o cumprimento do preceito.

§ 4º Para a tutela específica ou para a obtenção do resultado prático correspondente, o juiz poderá determinar as medidas necessárias, tais como busca e apreensão, remoção de coisas e pessoas, desfazimento de obra, impedimento de atividade nociva, além de requisição de força policial.

§ 5º O juiz poderá, de ofício, modificar o valor ou a periodicidade da multa, caso verifique que ela se tornou insuficiente ou excessiva, bem como providenciar a imediata execução da quantia já vencida.

§ 6º A multa será exigível desde o dia em que se houver configurado o descumprimento à ordem e ficará depositada, em instituição de crédito, até o trânsito em julgado da decisão.

§ 7º O valor da multa será destinado a fundo público cuja finalidade guarde conexão com o objeto da demanda.

⁴⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini. Parecer, Ação civil pública. Proteção de consumidores e não consumidores. Os interesses objeto da demanda: interesses difusos e individuais homogêneos. Impossibilidade da destinação da indenização ao fundo. Incongruência entre pedido e causa de pedir e impossibilidade jurídica do pedido indenizatório. O termo inicial para o cálculo da indenização. Inquérito civil não contraditório: imprestabilidade das provas e impossibilidade de inversão do seu ônus. Da ilegitimidade passiva da União e do deslocamento da competência. Caráter punitivo da liminar e sua extensão. *O Processo em Evolução*, 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998, p.

⁴⁹ Tanto é assim, que o próprio Anteprojeto, no art. 173, confere legitimidade ativa concorrente ao “trabalhador prejudicado”.

...a própria fixação da indivisibilidade do objeto (cuja lesão afeta toda a coletividade) como elemento caracterizador dos interesses difusos e coletivos (Lei 8.078/90, art. 81, parágrafo único, I e II), não se adequaria perfeitamente às relações trabalhistas, na medida em que, no caso de determinados procedimentos genéricos das empresas, contrários à ordem jurídica trabalhista, eles se concretizam como lesão em *momentos distintos* para cada empregado e podem não atingir efetivamente a todos, como no caso de orientação normativa interna da empresa, relativa a medidas discriminatórias a serem adotadas contra empregado que ajuíze reclamação contra a empresa. O procedimento, na hipótese, é genérico, mas a lesão se materializa em relação a cada empregado que ajuizar a reclamatória postulando direitos.⁵⁰

Assim, a proposta do Projeto não considera que os prejuízos são sofridos por aqueles que se apresentam atingidos pela postergação da solução da ação, exatamente pela incapacidade do processo de transformar a situação existente naquela ordenada pelo provimento jurisdicional. Não diz respeito a toda a coletividade de trabalhadores brasileiros, mas apenas àqueles materialmente atingidos por um determinado empregador recalcitrante no cumprimento de decisão judicial. Então, a previsão de destinação da multa a um fundo, além de inadequada, vem a configurar lesão material a direitos subjetivos dos empregados atingidos com o ilícito patronal.

6. A sistemática da coisa julgada utilizada no Projeto

Um único dispositivo se propõe a regular a matéria:

Art. 170. Nas ações coletivas previstas neste Título, o conteúdo da sentença fará coisa julgada:

I – ‘ultra partes’, mas limitadamente ao grupo, quando se tratar da hipótese prevista no inciso I do art. 141 desta Lei;

II – ‘erga omnes’, apenas no caso de procedência do pedido, para beneficiar todos os integrantes do grupo, na hipótese do inciso II do art. 141 desta Lei;

III – ‘erga omnes’, no caso de procedência ou improcedência

⁵⁰ *Processo Coletivo do Trabalho*. São Paulo: LTr., 1994, p. 160.

do pedido, para beneficiar ou prejudicar o autor da demanda e o titular da relação jurídica controvertida, na hipótese do inciso III do art. 141 desta Lei, bem como na liquidação coletiva de direitos individuais homogêneos.

Embora o Projeto não trate, de forma específica, das ações coletivas passivas⁵¹, elas estão previstas em vários dos seus dispositivos. Tomemos como exemplo o art. 178 — que contempla a legitimidade concorrente, ativa e passiva, dos sindicatos e empregadores, para a ação em matéria de greve — e o do art. 206 — que trata da legitimidade de qualquer dos sujeitos do contrato coletivo ou das partes em processo judicial ou arbitral ou ainda do Ministério Público, para as ações de anulação de norma coletiva, sem mencionar as inúmeras hipóteses de ocorrência de ações em que sindicatos possam figurar em posições contrapostas, tanto no pólo ativo como no passivo.

Salvo em relação ao trato das ações que tutelam os direitos individuais heterogêneos, cujas sentenças atuarão *erga omnes*, sem restrições, o tratamento dispensado à coisa julgada leva, de imediato, à presunção de uma demanda em que figura, no pólo ativo, uma coletividade substituída processualmente e, no passivo, um demandado individual, projetando-se em uma perspectiva equivocada de proteção ao demandante, deixando de considerar que, nem sempre, a coletividade encontra-se a demandar.

Assim, quando uma ação envolve a tutela de direitos individuais homogêneos, a coisa julgada se efetivará, *erga omnes*, mas *secundum eventum litis*. Como bem destaca Ada Pellegrini Grinover, comentando semelhante disposição do vigente no art. 103, III, do CDC: “Esta solução, que só aproveita a coisa julgada *in utilibus*, objetiva não prejudicar os direitos subjetivos individuais, resguardando-os do resultado favorável do processo coletivo.”⁵² A insigne autora, entretanto, desconsidera a coletividade como ré, perdendo

⁵¹ Diferentemente da outra proposta, Diogo Campos Medina Maia destaca: “A necessidade da tutela coletiva passiva se destaca na proposta de Código Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América do Instituto Ibero-Americano de Direito Processual e, especialmente, nos recentes anteprojetos de Código Brasileiro, elaborados e estudados, dentre outros, pelos professores Ada Pellegrini Grinover na Universidade de São Paulo (USP) e Aluisio Gonçalves de Castro Mendes, nas Universidades do Estado do Rio de Janeiro (UERJ) e Estácio de Sá (Unesa). A Ação Coletiva Passiva: O Retrospecto Histórico de Uma Necessidade Presente, in Direito Processual Coletivo e o anteprojeto do Código Brasileiro de Processos Coletivos, GRINOVER, Ada Pellegrini, MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro e Watanabe, Kazuo (organizadores), São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 2007, p. 322. No Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos, a previsão consta do art. 38 – “Ações contra o grupo, categoria ou classe – Qualquer espécie de ação pode ser proposta contra uma coletividade organizada, mesmo sem personalidade jurídica, desde que apresente representatividade adequada (art. 20, I, a, b e c), trate-se de tutela de interesses ou direitos difusos e coletivos (art. 4º, incisos I e II) e a tutela se revista de interesse social.” Última Versão, janeiro de 2007, *Ibid.*, p. 461.

⁵² GRINOVER, Ada Pellegrini. *Ações coletivas ibero-americanas: novas questões sobre a legitimação e a coisa julgada*. Revista Forense, Vol. 361. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 24.

uma excelente oportunidade de acabar com o hiato normativo sobre o tema, fator motivador de propostas de soluções doutrinárias, como a que propõe: “... em se tratando de ação movida contra a classe, a proteção especial a esta pela lei deve ser mantida, bastando inverter, para tanto, os termos da questão.”⁵³

Não nos parece, contudo, uma solução adequada à tutela das ações coletivas passivas trabalhistas, pois, como já explicitado, a representação sindical passiva é perfeitamente eficaz na tutela jurisdicional, seja no pólo ativo, seja no passivo.

Como bem coloca *Eduardo von Adamovich*:

A extensão do tratamento originário dos efeitos das decisões coletivas do trabalho e o da coisa julgada nesta matéria às novas ações civis assimiladas pelo ramo trabalhista do processo, como é o caso da ação civil pública, seria, então, intuitiva, ainda que em homenagem à persistência daquelas preocupações do legislador acima ressaltadas, que de certo modo permitiriam, em síntese, invocar-se a velha máxima latina *ubi eadem ratio ibi eadem legis dispositio*. Encontra-se, de fato, abalizada doutrina defendendo que as peculiaridades do processo coletivo do trabalho não autorizam a assimilação do tratamento da matéria no art. 103, do CDC, argumentando-se que a representação sindical não teria os mesmos defeitos e riscos que a genérica do consumidor, o que permitiria alcançar a coisa julgada tanto a esfera coletiva quanto a individual, seja em direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos e mesmo ao Ministério Público do Trabalho nas ações propostas pelos sindicatos, ressalvados apenas aqueles trabalhadores que, cientes da ação coletiva nos termos do art. 94, do CDC, manifestassem seu desejo de não serem por ela atingidos (*right to opt out*).

O Projeto, portanto, deveria ter caminhado para um tratamento simétrico, isonômico, seguindo o modelo das *class actions* norte-americanas, pois estas, no regramento do art. 23, do sistema processual ali vigente (*Federal Rules of Civil Procedure*), não faz qualquer distinção entre o autor e o réu.⁵⁴ Aqui, essa situação já está com base legal própria, construída a

⁵³ Loc. cit.

⁵⁴ FISS, Owen; BRONSTEEN, John, no original: “Rule 23 is perfectly symmetrical: No distinction is made between plaintiffs and defendants in class actions.”. The class action rule, in Notre Dame law review n° 78, ago. 2003, p. 1.422.

partir da constatação da existência de um sistema de formação integrado entre a CLT, através do seu art. 836, segundo o qual: “É vedado aos órgãos da Justiça do Trabalho conhecer de questões já decididas, excetuados os casos expressamente previstos neste Título e a ação rescisória...” e o CPC, fundado na técnica da coisa julgada com efeitos *erga omnes*, em preterição clara aos critérios estabelecidos no art. 103, do CDC, seguidos quase que literalmente pelo texto do Projeto.

Também andou mal o Projeto, ao propor a atuação da coisa julgada nas ações que tutelam direitos coletivos em sentido estrito e individuais homogêneos, “limitadamente ao grupo” (art. 170, I e II), em sistemática, como observa *Marcos Neves Fava*, comentando o texto: “...faz desaparecer o ‘sujeito oculto’ da demanda, na medida em que expõe o trabalhador às pressões do empregador, para que se exclua da proteção da lide transindividual.”⁵⁵

Há ainda equívoco sistêmico do Projeto, ao propugnar que a coisa julgada nele concebida se aplique a todas as sentenças proferidas nas ações que regula, pois, quando o art. 170, *caput*, dispõe que: “Nas ações coletivas previstas neste Título, o conteúdo da sentença fará coisa julgada”, inclui a sentença proferida na ação normativa, que se apresenta como sucessora do dissídio coletivo, prevista na Seção II, do mesmo Título VII. Esse entendimento é reforçado pelo que dispõe o art. 190, parágrafo único, inserido no Capítulo V, que tutela o conflito coletivo de interesses, estabelecendo: “A entidade sindical que não participar da instauração do processo não ficará vinculada à ‘coisa julgada’”.

Essa proposta é manifestamente incompatível com a natureza dos provimentos jurisdicionais normativos. Na atual sistemática e conforme pronunciamentos do Tribunal Superior do Trabalho, “a sentença normativa não faz coisa julgada material, uma vez que não torna imutável a solução dada à lide, pois tem natureza jurídica de fonte formal de direito, sujeita, portanto, às regras do direito intertemporal (LICC, art. 2º), sendo limitada sua vigência no tempo (CLT, arts. 868, parágrafo único, e 873), passível de revisão até mesmo antes desse período (Lei nº 7.783/89, art. 14, parágrafo único, II⁵⁶), bem como de cumprimento antes do trânsito em julgado (Súmula nº 246 do TST⁵⁷), sem a

⁵⁵ FAVA, Op. cit., p. 205.

⁵⁶ Art. 14. Constitui abuso do direito de greve a inobservância das normas contidas na presente Lei, bem como a manutenção da paralisação após a celebração de acordo, convenção ou decisão da Justiça do Trabalho. Parágrafo único. Na vigência de acordo, convenção ou sentença normativa não constitui abuso do exercício do direito de greve a paralisação que: II - seja motivada pela superveniência de fatos novos ou acontecimento imprevisto que modifique substancialmente a relação de trabalho.

⁵⁷ Súmula 246 com o seguinte enunciado: Ação de cumprimento. Trânsito em julgado da sentença normativa. É dispensável o trânsito em julgado da sentença normativa para a propositura da ação de cumprimento. (Res. 15/1985, DJ 09.12.1985).

possibilidade de repetição do indébito em caso de sua reforma (Lei 4.725, art. 6, § 3).”⁵⁸

Isso não muda a sistemática proposta, pois a sentença normativa, tal como prevista, continua a ser fonte formal do direito, a ter vigência limitada no tempo (art. 191, I e II)⁵⁹, a estar sujeita às normas de direito intertemporal e poder ser “anulada” (art. 206)⁶⁰, sem a possibilidade de repetição do indébito (art. 212)⁶¹, ou “revisada” (art. 214)⁶², nas situações em “que sobrevier modificação no estado de fato ou de direito, por fato superveniente e imprevisível”, portanto, submetida ao regime daquelas que tutelam relações jurídicas continuativas. Continuará não fazendo coisa julgada material.

Também se apresenta incompatível com o sistema da identificação de “grupo”, pois a jurisdição normativa é caracterizada pela indeterminação dos indivíduos sobre os quais a respectiva sentença vai se projetar abstratamente, como norma a ser observada no âmbito das relações individuais de trabalho, nos limites das categorias envolvidas e atingidas, a partir de suas integrações à respectiva relação processual, em sistemática preservada no Projeto – art. 190, parágrafo único.⁶³

7. Conclusões

Como resultado dessa breve exposição, pode-se afirmar:

1) A retirada do poder de intervenção do Estado nos conflitos coletivos de trabalho, com a supressão da jurisdição normativa da Justiça do Trabalho,

⁵⁸ Seção de Dissídio Individual 1, proc. TST-AR-676072/00.3, Rel. Min. IVES GANDRA MARTINS FILHO, in DJU de 24.10.2003. Contra: TST-RR-214.981/95.9, Rel. Min. ARMANDO DE BRITO, in CARRION, Valentin, *Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho*, 31a ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 715. Também em posição contrária: MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito Processual do Trabalho*, 27ª ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 608.

⁵⁹ Art. 191. A sentença atingirá todos os representados pelas entidades sindicais e produzirá efeitos:

I – a partir da data de sua publicação, quando o processo for instaurado após o prazo previsto no § 2º do art. 105 desta Lei

II – a partir do dia imediato ao termo final de vigência da norma coletiva, quando o processo for instaurado dentro do prazo previsto no § 2º do art. 105 desta Lei.

⁶⁰ Art. 206. A demanda de anulação de norma coletiva poderá ser ajuizada pelos sujeitos do contrato coletivo, pelas partes do processo, judicial ou arbitral, ou pelo Ministério Público do Trabalho, nos termos do art. 83 da Lei Complementar nº 75, de 20 de maio de 1993.

⁶¹ Art. 212. O acolhimento da pretensão de impugnação à norma coletiva não importará na restituição das vantagens já recebidas pelos trabalhadores.

⁶² Art. 214. As entidades dotadas de personalidade sindical, no âmbito de sua representação, o Ministério Público do Trabalho ou qualquer outra entidade que tenha participado da celebração da norma coletiva ou da instauração do processo, judicial ou arbitral, poderão ajuizar demanda de revisão de cláusula de contrato coletivo sempre que sobrevier modificação no estado de fato ou de direito, por fato superveniente e imprevisível.

⁶³ Art. 190, Parágrafo único – A entidade sindical que não participar da instauração do processo não ficará vinculada à coisa julgada.

pela Emenda Constitucional nº 45/04, hoje dependente de prévia concordância dos litigantes, estava condicionada a uma prévia ou concomitante reforma sindical que proporcionasse legitimidade e efetividade à negociação coletiva, como via de pacificação desses conflitos. Sem a reforma sindical, estabeleceu-se o paradoxo de mudar, para piorar;

2) O sistema normativo de tutela processual coletiva trabalhista proposto pelo Projeto de Lei de Relações Sindicais, fundado nas vertentes do Código Modelo de Processos Coletivos do Instituto Ibero-Americano de Direito Processual, afinado com as particularidades do processo laboral, tem boa sistematização, utiliza-se de técnicas avançadas e aprimoradas de tutela coletiva, traz inovações e se apresenta como protótipo de um eficaz instrumento para o exercício de uma necessidade crescente na realidade contemporânea da classe trabalhadora, o que vem a ser o realce à dimensão processual do direito;

3) As inovações trazidas com as propostas de um modelo mandamental auto-executivo para a tutela do direito à liberdade sindical e à greve e para a tutela coletiva de direito individual heterogêneo representam avanço na utilização das técnicas processuais, com o escopo de se proporcionar acesso à justiça e efetividade na prestação jurisdicional;

4) O contraste entre o que se propõe e o vigente sistema normativo processual coletivo autoriza o exame e a revisão das propostas relacionadas à coisa julgada.

8. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Gregório Assagra, *Codificação do Direito Processual Coletivo Brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rei, 2007.

BARROS, Cássio de Mesquita, *Representatividade dos Sindicatos*. In: Revista LTr., setembro de 2004.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos, *Questões novas e velhas em matéria de classificação das sentenças*. In: Temas de Direito Processual, 8ª Série. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. *Temas de Direito Processual*, Segunda Série. São Paulo: Saraiva, 1980.

CAPPELLETTI, Mauro e GARTH, Bryant, *Acesso à Justiça*. Tradução NORTHFLEET, Ellen Gracie. Porto Alegre: Fabris, 1988.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. 3. ed. Vol. 3. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. *Instituições de Direito Processual Civil*, Vol. 1, 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

FAVA, Marcos Neves. *Ação Civil Pública Trabalhista*. São Paulo: LTr. 2005.

FISS, Owen M., *The Political Theory of the Class Actions*. In: Washington and Lee Law Review, vol. 53, 1, Lexington, Virginia, 1993.

_____. *The class action rule*, in Notre Dame Law Review nº 78, ago. 2003.

GRECO, Leonardo. *O Acesso ao Direito e à Justiça, Estudos de Direito Processual, Campos dos Goytacazes*. Ed. Faculdade de Direito de Campos, 2005.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *Direito Processual Coletivo*. In: *Direito Processual Coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*. Ada Pellegrini Grinover, Aluísio Gonçalves de Castro Mendes e Watanabe, Kazuo (coordenadores), São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2007.

_____. *O Processo em Evolução*, 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998.

_____. *Ações coletivas ibero-americanas: novas questões sobre a legitimação e a coisa julgada*. Revista Forense, Vol. 361. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

MAFRALEAL, Márcio Flávio. *Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos – Aspectos Políticos, Econômicos e Jurídicos*. In: *Direito Processual Coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*. Ada Pellegrini Grinover, Aluísio Gonçalves de Castro Mendes e Kazuo Watanabe, Coordenadores. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2007.

MAIA, Diogo Campos Medina. *A Ação Coletiva Passiva: O Retrospecto Histórico de Uma Necessidade Presente*. In: *Direito Processual Coletivo e o anteprojeto do Código Brasileiro de Processos Coletivos*. Ada Pellegrini Grinover, Aluísio Gonçalves de Castro Mendes e Kazuo Watanabe (organizadores). São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2007.

MALACHINI, Edson Ribas. *As Ações (e Sentenças) Condenatórias, Mandamentais e Executivas*, In: *Estudos de Direito Processual Civil em homenagem ao Professor Egas Dirceu Moniz de Aragão*. MARINONI, Luiz Guilherme (coordenador). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação Civil Pública Em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores*. 10. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2007.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela Inibitória, individual ou coletiva*. 4. ed. São Paulo: RT, 2006.

PEREIRA, José Luciano Castilho. *A Reforma do Poder Judiciário – O Dissídio Coletivo e o Direito de Greve*. In: *Justiça do Trabalho: Competência Ampliada*, Grijalbo Coutinho e Marcos Neves Fava (coordenadores). São Paulo: LTr. 2005.

PINHEIRO CARNEIRO, Paulo Cezar. *Acesso à Justiça, Juizados Especiais Cíveis e Ação Civil Pública*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense. 2003, p. 59.

REIS DE PAULA, Carlos Alberto, aponta alguns dos países que a ratificaram: a Argentina, Paraguai, Uruguai, Peru, Venezuela, Bolívia, Equador e Guatemala,

ao todo mais de 112 países. Categoria como Pressuposto da Representação Sindical, in Revista LTr., 63, fevereiro de 1999.

SILVA, Edson Braz. *Aspectos Processuais e Materiais do Dissídio Coletivo Frente À Emenda Constitucional nº 45/2004*. In: Revista LTr, vol. 69. São Paulo: setembro de 2005.

TEIXEIRA, Guilherme Puchalski. Revista de Processo nº 147. maio de 2007, Ed. Revista dos Tribunais.

TUCCI, José Rogério Cruz, citando GIUSSANI, Andréa. In: *Limites subjetivos da eficácia da sentença e da coisa julgada nas ações coletivas*. In: Revista de Processo. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, ano 32, janeiro de 2007, n. 143.

VIANA, Marco Túlio. *A Reforma Sindical, Entre o Consenso e o Dissenso*. In: Revista LTr., vol. 68, São Paulo: Agosto de 2004.

ZACHERT, Ulrich. *Fórum Internacional sobre Direitos Humanos e Direitos Sociais, 2004, Anais*. São Paulo: LTr. 2004.

HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS: APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA SUCUMBÊNCIA AO PROCESSO DO TRABALHO

Alexandre Roque Pinto^{1*}

1. Introdução

Justiça é a vontade constante e perpétua de dar a cada um o que é seu. Este é o conceito de Ulpiano. Não é tão fácil definir a idéia de Justiça. Flóscolo da Nóbrega, poeticamente, apresenta-a como “o horizonte na paisagem do direito”. A Justiça é um valor inerente ao homem. Uma idéia a permear nossa existência.

Ainda que nem sempre se possa dizer com exatidão o que é o Justo – e nisto consiste o drama maior do magistrado –, existem regras e princípios jurídicos postos à disposição dos aplicadores do Direito para tentar a Justiça possível. Um destes princípios é o da restituição integral (“restitutio in integro”), segundo o qual a reparação de um dano deve ser feita de forma completa. Se a restituição num caso concreto não for integral, é intuitivo que não houve Justiça.

Quando alguém precisa despende recursos para pleitear judicialmente a reparação de direitos violados, só se faz Justiça quando esta reparação é feita integralmente. Isto implica em dizer que a reparação deve abranger não só o próprio direito violado como também os recursos que foram despendidos para se obter a reparação daquele direito. Isto vale para as despesas processuais de modo geral e para os honorários advocatícios, devidos pela sucumbência.

O princípio da sucumbência apóia-se na idéia de que a atuação da lei no processo não pode resultar em prejuízo de quem tinha razão. Neste sentido é a lição de Humberto Theodoro Júnior:

Adotou o Código, assim, o princípio da sucumbência, que consiste em atribuir à parte vencida na causa a responsabilidade por

¹ Juiz do Trabalho da 13ª Região. Ex-Juiz do Trabalho da 6ª Região. E-mail: arpinto@trt13.jus.br.

todos os gastos do processo.

Assenta-se ele na idéia fundamental de que o processo não deve redundar em prejuízo da parte que tinha razão. Por isso mesmo, a responsabilidade financeira decorrente da sucumbência é objetiva e prescinde de qualquer culpa do litigante derrotado no pleito judiciário. Para sua incidência basta, portanto, o resultado negativo da solução da causa, em relação à parte (THEODORO JÚNIOR, 2001, p. 79).

Todavia, não é assim que pensam os aplicadores decisivos do Direito do Trabalho. Justamente num ramo do Poder Judiciário que aplica um Direito de caráter alimentar, não prevalece a regra da “restitutio in integro”, pois o trabalhador lesado é obrigado a arcar com os honorários do advogado que contratou, ficando a empresa condenada livre de ressarcir esta despesa, salvo nas hipóteses bem restritas da Súmula 219 do TST. Isso permanece assim, não obstante várias e importantes mudanças legislativas e constitucionais que serão apresentadas a seguir.

Neste artigo, pretendo abordar a questão do cabimento dos honorários advocatícios pela mera sucumbência na Justiça do Trabalho, sobretudo à luz das recentes alterações na legislação civil, na CLT e na Constituição.

2. Do cabimento dos honorários advocatícios na Justiça do Trabalho: uma abordagem crítica da jurisprudência dominante

A maioria dos juízes e tribunais do trabalho nega os honorários de sucumbência com fundamento nas Súmulas 219 e 329 do C. TST, que estão assim redigidas:

Nº 219 HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. HIPÓTESE DE CABIMENTO (incorporada a Orientação Jurisprudencial nº 27 da SBDI-2) - Res. 137/2005, DJ 22, 23 e 24.08.2005

I - Na Justiça do Trabalho, a condenação ao pagamento de honorários advocatícios, nunca superiores a 15% (quinze por cento), não decorre pura e simplesmente da sucumbência, devendo a parte estar assistida por sindicato da categoria profissional e comprovar a percepção de salário inferior ao dobro do salário mínimo ou encontrar-se em situação econômica que não lhe per-

mita demandar sem prejuízo do próprio sustento ou da respectiva família. (ex-Súmula nº 219 – Res. 14/1985, DJ 26.09.1985)

II - É incabível a condenação ao pagamento de honorários advocatícios em ação rescisória no processo trabalhista, salvo se preenchidos os requisitos da Lei nº 5.584/1970. (ex-OJ nº 27 da SBDI-2 - inserida em 20.09.2000)

Nº 329 HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. ART. 133 DA CF/1988 (mantida) – Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003
Mesmo após a promulgação da CF/1988, permanece válido o entendimento consubstanciado na Súmula nº 219 do Tribunal Superior do Trabalho.

Pelo que podemos extrair destas Súmulas, os honorários advocatícios na Justiça do Trabalho não decorrem pura e simplesmente da sucumbência; eles só são devidos se a parte, concomitantemente: a) estiver assistida por sindicato e b) ganhar menos que o dobro do salário mínimo ou ser economicamente incapaz de custear as despesas do processo.

De onde se tirou esta conclusão? Analisemos algumas decisões do C. TST sobre o tema:

(...) HONORARIOS ADVOCATICIOS.

Consoante a jurisprudência pacificada no verbete 329 do TST, o artigo 133 da Carta Magna não alterou o “jus postulandi” conferido às partes no processo do trabalho, restando incólume a Lei 5.584/70, que prevê os requisitos de cabimento da verba honorária, os quais estão alinhados na orientação cristalizada no Enunciado 219 desta Corte.

Não cabem, pois, honorários advocatícios com esteio apenas na sucumbência da parte, em face da disciplina da matéria na Lei precitada.

Revista conhecida em parte e provida. (TST, Acórdão nº 883, decisão em 12.03.1997, proc. RR 145387, ano 1994, Região 17, órgão julgador: 5ª Turma, fonte DJ 16.05.1997, p. 20434, Relator Ministro Nelson Antonio Daiha)

(...) Honorários advocatícios - Necessidade de assistência do sindicato – Na Justiça do Trabalho é indispensável de acordo com a

legislação específica (Leis 1.060/50, 5.584/70 e 7.115/83), que o empregado esteja de forma presumida ou declarada, em situação de insuficiência econômica e, também, devidamente assistido por Sindicato de sua categoria profissional. Este é o entendimento que tem prevalecido e que não foi alterado pelo artigo 133 da Constituição Federal. (PROCESSO: RR NÚMERO: 357108 ANO: 1997 PUBLICAÇÃO: DJ – 12/05/2000)

DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS O art. 133 da Constituição Federal não acabou com o jus postulandi na Justiça do Trabalho, nem alterou os pressupostos legais para a concessão dos honorários advocatícios nesta Justiça Especializada. Tenha-se em vista a existência de lei especial, no caso a Lei nº 5.584/70, que dispõe sobre honorários advocatícios na Justiça do Trabalho, bem como o Enunciado nº 219, do TST.

Revista conhecida (por divergência) quanto aos honorários advocatícios, todavia, no mérito, não-provida. (PROCESSO: RR NÚMERO: 359263 ANO: 1997 PUBLICAÇÃO: DJ – 12/05/2000)

Pelo que se pode extrair das decisões acima, os honorários advocatícios na Justiça do Trabalho não seriam devidos pelos seguintes motivos: a) existência de “lei específica” ou “legislação especial” regulando a matéria no âmbito do processo do trabalho, sobretudo a Lei 5.584/70; e b) existência do “jus postulandi” da própria parte na Justiça do Trabalho.

Analisaremos estes argumentos, procurando demonstrar que eles não justificam a tese exposta nas citadas súmulas.

2.1 Da ausência de regulação da matéria no Processo do Trabalho

O primeiro argumento para não acolher o princípio da sucumbência no processo do trabalho (existência de legislação específica regulando a matéria) é certamente baseado no art. 769 da CLT, que dispõe: “Nos casos omissos, o direito processual comum será fonte subsidiária do direito processual do trabalho, exceto naquilo em que for incompatível com as normas deste Título”. O raciocínio é o seguinte: Se há norma específica na legislação processual trabalhista tratando do tema “honorários advocatícios”, não se invoca o

direito processual comum como fonte subsidiária, por ausência de omissão na legislação trabalhista.

De fato, pela sistemática de aplicação subsidiária do processo civil ao processo do trabalho, existindo norma específica que regulasse inteiramente a matéria no processo do trabalho, não haveria por que invocar disposições do processo civil.

Assim, o raciocínio acima pode estar correto se a Lei 5.584/70, de fato, regula inteiramente o cabimento dos honorários advocatícios na Justiça do Trabalho. Mas será que essa premissa é verdadeira?

A parte da Lei 5.584/70 que interessa ao nosso estudo está nos artigos 14 a 19, que estão topograficamente sob o título “Da Assistência Judiciária”. Transcrevo os mencionados artigos:

Art. 14. Na Justiça do Trabalho, a assistência judiciária a que se refere a Lei nº 1.060, de 5 de fevereiro de 1950, será prestada pelo Sindicato da categoria profissional a que pertencer o trabalhador.

§ 1º A assistência é devida a todo aquele que perceber salário igual ou inferior ao dobro do mínimo legal, ficando assegurado igual benefício ao trabalhador de maior salário, uma vez provado que sua situação econômica não lhe permite demandar, sem prejuízo do sustento próprio ou da família.

§ 2º A situação econômica do trabalhador será comprovada em atestado fornecido pela autoridade local do Ministério do Trabalho e Previdência Social, mediante diligência sumária, que não poderá exceder de 48 (quarenta e oito) horas.

§ 3º Não havendo no local a autoridade referida no parágrafo anterior, o atestado deverá ser expedido pelo Delegado de Polícia da circunscrição onde resida o empregado.

Art. 15. Para auxiliar no patrocínio das causas, observados os arts. 50 e 72 da Lei nº 4.215, de 27 de abril de 1963, poderão ser designados pelas Diretorias dos Sindicatos Acadêmicos, de Direito, a partir da 4ª Série, comprovadamente, matriculados em estabelecimento de ensino oficial ou sob fiscalização do Governo Federal.

Art. 16. Os honorários do advogado pagos pelo vencido revertirão em favor do Sindicato assistente.

Art. 17. Quando, nas respectivas comarcas, não houver Juntas de Conciliação e Julgamento ou não existir Sindicato da catego-

ria profissional do trabalhador, é atribuído aos Promotores Públicos ou Defensores Públicos o encargo de prestar assistência judiciária prevista nesta lei.

Parágrafo único. Na hipótese prevista neste artigo, a importância proveniente da condenação nas despesas processuais será recolhida ao Tesouro do respectivo Estado.

Art. 18. A assistência judiciária, nos termos da presente lei, será prestada ao trabalhador ainda que não seja associado do respectivo Sindicato.

Art. 19. Os diretores de Sindicatos que, sem comprovado motivo de ordem financeira, deixarem de dar cumprimento às disposições desta lei ficarão sujeitos à penalidade prevista no art. 553, alínea a da Consolidação das Leis do Trabalho.

Analisando-se atentamente estes dispositivos legais, percebe-se que o intuito da norma é regular na Justiça do Trabalho a assistência judiciária gratuita a que se refere a Lei 1.060/50. Só se fala em honorários advocatícios uma única vez, para dizer que eles reverterão ao sindicato assistente. Estaria este dispositivo disciplinando inteiramente os honorários advocatícios em toda e qualquer situação no processo do trabalho ou apenas nos casos em que o autor é assistido pelo sindicato? Parece-me claro que a segunda resposta é a correta. A norma em questão não trata de honorários advocatícios de forma genérica e completa, mas apenas diz que, nos casos em que o autor está assistido por sindicato, os honorários advocatícios (que forem devidos pela sucumbência) reverterão em favor do sindicato assistente. Apenas isso.

Longe de restringir o cabimento dos honorários advocatícios, a norma deixa implícito que eles existem e são devidos pelo vencido ao vencedor, pela sucumbência. E diz que, se o vencedor estiver assistido por sindicato, os honorários advocatícios reverterão em favor deste.

Ora, se esta é a única norma trabalhista que trata de honorários advocatícios, é evidente que há omissão a exigir a integração do processo comum, pois a matéria não foi disciplinada de forma completa.

2.2. Da inexistência de incompatibilidade do princípio da sucumbência com as normas que regem o Processo do Trabalho

Não há qualquer incompatibilidade entre a regra da sucumbência e o processo do trabalho. Pelo contrário. Os honorários advocatícios devidos pela

mera sucumbência representam a restituição integral daquilo que é devido ao trabalhador. Sem a sucumbência, ele só recebe parte do que lhe é devido, pois terá que custear, com sua verba alimentar, os honorários do advogado que contratou.

É certo que a aplicação da regra da sucumbência no processo do trabalho pode exigir adaptações. Em caso de sucumbência parcial, por exemplo, poder-se-ia defender a inaplicabilidade da regra da sucumbência recíproca do art. 21 do CPC, porque no processo do trabalho as despesas processuais são pagas integralmente pelo vencido, mesmo nos casos de acolhimento parcial do pedido (CLT, 789, § 1º). Estas questões pontuais, entretanto, não representam incompatibilidade que não possa ser contornada com as devidas adaptações, que são, aliás, bastante comuns no processo de aproveitamento das normas adjetivas civis.

Também não vejo qualquer incompatibilidade entre o princípio da sucumbência e o “jus postulandi”, ou seja, o direito de empregados e empregadores a “reclamar pessoalmente perante a Justiça do Trabalho e acompanhar as suas reclamações até o final” (art. 791 da CLT). O argumento da corrente contrária é interessante, à primeira vista: Se existe o “jus postulandi” da parte, é opcional a contratação do advogado. E se o advogado é opcional, não há por que obrigar a parte contrária a pagar os honorários advocatícios. Tal argumento, entretanto, não resiste a uma análise mais profunda.

Primeiro porque, na prática, a contratação do advogado, via de regra, não é opcional. O Direito do Trabalho é cada vez mais complexo. O mundo do trabalho também se complica. Dizer que um trabalhador está livre para demandar sem advogado é uma quimera. Como imaginar um trabalhador semi-analfabeto defendendo-se pessoalmente de uma exceção de pré-executividade ou de uma denúncia da lide ou formulando quesitos para uma perícia judicial ou apresentando artigos de liquidação?

Antônio Lamarca, ministro aposentado do TST, ressalta que foi juiz durante vinte e oito anos e

sabe, como ninguém, das imensas desvantagens atribuídas aos trabalhadores por essa legislação dita futurista. Aliás, perguntava-me eu, na ocasião, qual o empregador que compareceria na Justiça do Trabalho sem advogado?! Bem, sejamos práticos: as reclamações por termo nos autos não resultavam em nada, absolutamente nada. Eram redigidas por funcionários (bravos funcionários nossos!) despreparados para o mister. Resultado:

preliminares e mais preliminares na contestação do reclamado patrão, este sim, sempre com o seu advogado ‘trabalhista’ ao lado... (LAMARCA, 1989, p. 56).

Vejamos também a lição de Francisco Antonio de Oliveira:

A capacidade postulatória das partes na Justiça do Trabalho é ranço pernicioso originário da fase administrativa e que ainda hoje persiste em total discrepância com a realidade atual. O Direito do Trabalho constitui hoje, seguramente, um dos mais, senão o mais, dinâmico dentro do ramo do Direito e a presença do advogado especializado já se faz necessária.

Pretender-se que leigos penetrem nos meandros do processo, que peticionem, que narrem fatos sem transformar a lide em desabafo pessoal, que cumpram prazos, que recorram corretamente, são exigências que não mais se afinam com a complexidade processual, onde o próprio especialista, por vezes, tem dúvidas quanto à medida cabível em determinados momentos. E é a esse mesmo leigo a quem, em tese, é permitido formular perguntas em audiência, fazer sustentação oral de seus recursos perante os tribunais. Na prática, felizmente, a ausência do advogado constitui exceção e ao leigo não se permite fazer perguntas em audiência, mesmo porque sequer saberia o que perguntar (OLIVEIRA, 1999).

O juiz do trabalho André Araújo Molina, da 23ª Região, lembra que

nos dias hodiernos, cada vez mais, as reclamações vem sendo patrocinadas por advogado – indispensável à administração da justiça (artigo 133 da CF/88) -, fruto principalmente do aumento da complexidade das ações cabíveis na seara laboral e da chamada ‘processualização’ do procedimento laboral, entre outras tantas questões. Admitir formalmente o maior acesso do jurisdicionado à Justiça Especializada com amparo no jus postulandi e ao mesmo tempo não lhe dar condições técnicas de litigar em condições de igualdade com a parte ex adversa, patrocinada por advogado, é materialmente muito mais grave que exigir-lhe o patrocínio de advogado para ingressar com a ação, que em

condições de pobreza jurídica, poderá ser-lhe ofertado pelo sindicato da categoria, escritórios modelos das universidades e até pela Defensoria Pública (...). É fechar os olhos para a realidade admitir o cabimento na Justiça do Trabalho das ações cautelares, nominadas e inominadas, da tutela antecipada, da execução provisória, da tutela inibitória, da ação civil pública, do mandado de segurança, habeas corpus e habeas data (inciso IV do artigo 114 da CF/88), entre tantos outros institutos jurídicos, sem pensar no patrocínio técnico à parte litigante. Que o processo do trabalho deve estar aberto a incidência de todas estas normas, não há dúvida. O que não se pode admitir é oferecer a faculdade de utilização dos remédios jurídicos adrede elencados à parte que não tem o mínimo conhecimento técnico, quiçá num país de analfabetos e miseráveis (MOLINA, Acesso em: 15 abr. 2008).

Na mesma linha é o pensamento do juiz do trabalho da 4ª Região Francisco das C. Lima Filho:

Com efeito, e antes de tudo, cumpre anotar que embora não seja obrigatória no âmbito da Justiça do Trabalho a presença de advogado, pois as partes por força do art. 791 da CLT têm o jus postulandi, não é menos verdadeiro que tanto ao trabalhador como ao empregador é garantido o direito subjetivo de contratarem os serviços do profissional de sua confiança para patrocinar seus interesses no âmbito do processo laboral. Tal direito, vale anotar, integra o núcleo essencial do direito fundamental de acesso à justiça que pressupõe uma defesa efetiva como constitucionalmente garantido no inciso XXXV, do art. 5º, do Texto de 1988. (...) Desse modo, e embora a norma consolidada visando precipuamente garantir ao trabalhador e ao empresário, especialmente o pequeno e micro-empresário o efetivo acesso à justiça através de um processo informal onde não se exige, ao contrário do processo comum o patrocínio do advogado como pressuposto de validade da relação processual (art. 36/38 do CPC), não se pode deixar de lembrar, e a experiência diária comprova isso, que na grande maioria dos casos submetidos a julgamento da Justiça do Trabalho a presença e a assistência do profissional do direito se revela mesmo indispensável, máxime quando em jogo

questões intrincadas de fato ou de direito que o trabalhador e o empregador ou empresário, especialmente aquele, sem a devida assistência de um profissional competente jamais terá condições de entender e, como conseqüência, de discutir, o que na prática pode redundar em injusto prejuízo para a defesa de seu direito, e não raro terminar violando a garantia fundamental inserta no inciso LV, do art. 5º do Texto de 1988, qual seja, o direito à ampla defesa. Desse modo, tem o trabalhador (e também o empresário ou empregador) o constitucional direito de contratar o profissional de direito da sua confiança para postular e defender seus direitos e interesses no âmbito da Justiça Laboral não se podendo obrigá-lo a deduzir sua pretensão por atermção ou sob a assistência sindical nem sempre a mais eficaz, máxime porque após o advento da Lei 10.537/02 é bastante discutível a obrigação de o sindicato da categoria prestar assistência judiciária gratuita ao trabalhador. A partir do momento em que para melhor defender seus interesses a parte lança mão da contratação do profissional de sua confiança, exercitando o fundamental direito de acesso à justiça que inclui o direito de defesa em seu sentido amplo, deve ser ressarcida por aquela que deu causa a essa contratação das despesas que tiver feito, inclusive é claro, os honorários pagos ao seu advogado (LIMA FILHO, Acesso em: 15 abr. 2008).

Por outro lado, alguns fóruns sequer têm setor de tomada de reclamação trabalhista, o que praticamente inviabiliza o exercício do “jus postulandi” pela parte. O TRT da 6ª Região, por exemplo, em março de 2000, resolveu não mais admitir a propositura de reclamações verbais (Resolução Administrativa 04/2000).

Na verdade, a capacidade postulatória, quando exercida pela própria parte, tem sido uma verdadeira armadilha para o trabalhador, que comparece desassistido diante de uma empresa acompanhada de um competente advogado.

Ao meu ver, o “jus postulandi” somente se justificaria em causas de valor inexpressivo, que não despertam o interesse dos advogados. Neste sentido, a lei dos juizados especiais cíveis, muito sabiamente, limitou o “jus postulandi” às causas de até 20 salários mínimos (Lei 9.099/95, art. 9º) e deu à parte que comparece sem advogado o direito de assistência prestada por órgão instituído junto ao Juizado se a outra parte comparecer acompanhada de

advogado, equilibrando, assim, a relação processual.

Mas o fato é que o “jus postulandi” está previsto na lei, tornando teoricamente facultativa a contratação de advogado para o ajuizamento de demanda trabalhista. Ocorre que a faculdade teórica da contratação do advogado trabalhista não é incompatível com a regra da sucumbência. Veja-se que um advogado que é parte numa ação tem a faculdade de contratar outro advogado para defendê-lo, mas pode perfeitamente advogar em causa própria. Em ambos os casos, os honorários de sucumbência são devidos, como se vê na parte final do art. 20 do CPC: “A sentença condenará o vencido a pagar ao vencedor as despesas que antecipou e os honorários advocatícios. Esta verba honorária será devida, também, nos casos em que o advogado funcionar em causa própria”. Neste exemplo, os honorários advocatícios são devidos mesmo quando o autor não teve despesas com advogados e numa situação em que a contratação de um advogado não era obrigatória pelo fato de o autor ser advogado e ter capacidade postulatória.

É evidente que não se trata de uma analogia perfeita para o processo do trabalho, mas ilustra como o princípio da sucumbência não deve estar necessariamente ligado à *obrigatoriedade* de contratação de um advogado.

Na verdade, não há nada que vincule uma coisa à outra. O “jus postulandi” da própria parte pode coexistir pacificamente com a regra da sucumbência. Estas regras não são logicamente excludentes, pois a norma que determina o pagamento dos honorários de sucumbência não condiciona este pagamento à *obrigatoriedade* de contratação do advogado.

Neste sentido é a lição de João de Lima Teixeira Filho:

Assim, independentemente da controvérsia quanto à sobrevivência do jus postulandi das partes, após o advento da Carta vigente e do novo Estatuto da OAB, é lícito ao procurador da parte vencedora cobrar do vencido honorários por sua atuação no processo. A condenação em honorários advocatícios tem fulcro na singela constatação de atividade efetivamente despendida nos autos por advogado, o que nada tem que ver com o dissenso sobre ser obrigatório ou não o patrocínio das partes litigantes por profissional a tanto habilitado (TEIXEIRA FILHO, 1999, p. 1383).

Não há nenhuma razão lógica ou jurídica para se concluir que a coexistência dos honorários de sucumbência e do “jus postulandi” seja

inviável. Ora, se o “jus postulandi” fosse incompatível com os honorários de sucumbência, seria impossível a condenação em honorários advocatícios mesmo quando o autor estivesse assistido por sindicato, pois neste caso o autor também tinha a possibilidade de demandar pessoalmente – a assistência sindical também é facultativa. Das duas uma: ou a Lei 5.584/70, ao instituir a assistência sindical, revogou o art. 791 da CLT (que confere o “jus postulandi”), por incompatibilidade (Lei de Introdução ao Civil, art. 2º, § 2º), ou ela é uma prova incontestável da possibilidade de coexistência dos dois institutos.

Neste sentido é a decisão a seguir:

ADVOGADO - HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS – SUCUMBÊNCIA

RECURSO ORDINÁRIO (HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS)

- A condenação do vencido no pagamento de honorários advocatícios decorre do princípio da sucumbência, consagrado no art. 20, do CPC, e com o qual não é incompatível a lei n. 5.584/70. Tanto que seu art. 14 admite o princípio, designando, apenas, o destinatário do aludido acréscimo, nas condições nele previstos. Como já entendido pelo Colendo STF, na edição da Súmula n. 234, a sucumbência independe da situação patrimonial do vencedor da causa, não sendo limitada pelo chamado “jus postulandi”. Recurso parcialmente provido. (TRT da 1ª Região, decisão em 14.03.1990, RO 12460/1988, 3ª turma, DORJ, III, de 03.05.1990, Rel. Roberto José Amarante Davis)

Valentin Carrion, embora defendesse que os honorários de advogado são indevidos no processo trabalhista, também reconheceu que isso nada tinha a ver com a indispensabilidade da atuação do advogado no processo:

Os honorários de advogado são indevidos no processo trabalhista, tanto a favor do autor como do réu. A CLT não os disciplina e as leis específicas só os prevêm para a assistência judiciária (CLT, art. 789, nota 11). Assim é, mesmo que fosse indispensável a atuação do causídico. Um tema nada tem com o outro (CARRION, 2000, p. 579, grifo nosso).

Este também é o pensamento de André Araújo Molina:

O que estou a defender não é o fim do jus postulandi, este já declarado constitucional pelo e. STF, mas sim a sua aplicação excepcional, somente nas lides genuinamente entre empregados e empregadores e, mesmo nestas hipóteses, se os litigantes quiserem valer-se do patrocínio profissional do advogado, poderão fazê-lo com a condenação da verba honorária da parte sucumbente. Se, por outro lado, o empregado ou empregador, litigar sem patrocínio técnico, não haverá condenação honorária, salvo se aqueles forem advogados e estiverem litigando em causa própria (artigo 20, caput, do CPC) (op. cit.).

A faculdade teórica da contratação do causídico, assim, não impede a aplicação do princípio da sucumbência. Este só não poderia ser aplicado se houvesse norma específica no processo do trabalho vedando o pagamento de honorários de sucumbência.

Deste modo, com um pouco de boa vontade e visão interpretativa aberta, pode-se perfeitamente concluir que não há incompatibilidade entre o “jus postulandi” da parte e o princípio da sucumbência, sendo devidos os honorários advocatícios quando o trabalhador “optar” pela contratação do profissional.

Alguns ainda chegam a vislumbrar incompatibilidade entre a regra da sucumbência e o acesso amplo do hipossuficiente ao Judiciário e até mesmo daquela com o princípio da proteção.

Trata-se de visão equivocada. O princípio da sucumbência não impede nem dificulta o acesso ao Judiciário. Se o trabalhador tem sua pretensão rejeitada, ele não terá que arcar com os honorários advocatícios da parte contrária se for beneficiário da justiça gratuita (Lei 1.060/50, art. 3º, V), o que pode ser obtido pela simples declaração de não poder arcar com as despesas processuais sem prejuízo do sustento próprio e de sua família. E isso é o que ocorre na esmagadora maioria dos casos.

O acesso ao Judiciário, na verdade, seria facilitado, e não dificultado, pela adoção do princípio da sucumbência pelos tribunais do trabalho, exatamente pela possibilidade de restituição integral do dano.

Tampouco há qualquer incompatibilidade com o princípio da proteção, muito pelo contrário. O princípio da proteção diz que a interpretação da norma deve ser a que mais favorece o trabalhador. E no caso em análise, a adoção do princípio da sucumbência, com a possibilidade de restituição integral, é muito mais favorável ao trabalhador que a simples negação dos honorários

advocatícios.

Pelo que se disse até agora, pode-se ver que a Súmula 219 do TST, invocada no indeferimento dos honorários advocatícios, é equivocada em suas premissas, desde sua edição. Há outros fatores, porém, que tornam inviável, nos dias atuais, a manutenção do entendimento traduzido nessa Súmula. Se ela era equivocada desde sua edição, tornou-se anacrônica após as alterações constitucionais e legislativas que passaremos a estudar a seguir.

3. Da não-recepção da Lei 5.584/70 pela Constituição de 1988

A Constituição de 1988 libertou os sindicatos das amarras estatais, vedando a interferência e a intervenção do Poder Público na organização sindical (art. 8º, I). O texto constitucional veio, com isso, corrigir a situação absurda anterior de interferência estatal na organização sindical.

Comentando o art. 8º, I, da Constituição, Sérgio Pinto Martins diz que a maior modificação introduzida pelo dispositivo

é que o sindicato não exerce mais função delegada de poder público, não estando ligado umbilicalmente ao Estado. Na verdade, hoje o sindicato é uma entidade de direito privado, exercendo com autonomia seu mister. Essa realmente é a grande inovação da Constituição de 1988, que não repetiu as anteriores no ponto em que dizia que o sindicato exercia função delegada de poder público (MARTINS, 2001, p. 627).

Por outro lado, o texto constitucional dispõe que a assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos será prestada pelo Estado (art. 5º, LXXIV).

Ora, a Lei 5.584/70, na parte em que trata da assistência judiciária, obriga o sindicato a prestá-la até mesmo ao trabalhador não sindicalizado, sob pena de multa ao diretor que se recusar a fazê-lo sem justificativa. É evidente que esse procedimento é manifestamente incompatível com a atual ordem constitucional, que impõe ao Estado (não ao sindicato) o dever de prestar assistência judiciária e, por outro lado, veda a interferência estatal na organização do sindicato, não podendo mais o Poder Público obrigar o sindicato a prestar a assistência judiciária.

É certo que o sindicato, sendo livre para se organizar, pode decidir prestar assistência aos seus filiados, seja de ordem jurídica, médica, odontológica,

psicológica ou qualquer outra. Trata-se de serviços que o sindicato, *querendo*, pode prestar. Mas não pode ser *obrigado* a prestar assistência jurídica, nem mesmo por lei, ainda que o imposto sindical tenha sido mantido pela Constituição.

Note-se que o art. 8º, III, da Constituição, ao estabelecer que “ao sindicato cabe a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões judiciais ou administrativas”, não está obrigando o sindicato a prestar serviço de assistência jurídica, o que seria incongruente com o disposto no inciso I do mesmo artigo. Está apenas dando ao sindicato a prerrogativa de atuar como substituto processual ou representante da categoria nas matérias de seu interesse. Apenas isso.

Neste sentido, Maurício Godinho Delgado, tratando das funções e prerrogativas dos sindicatos, ensina que a ordem jurídica reconhece a sua função assistencial, que consiste na prestação, aos associados, de serviços educacionais, médicos, jurídicos e diversos outros. Entretanto, o renomado autor ensina que estes serviços não podem ser impostos como dever pela legislação:

Alguns desses serviços são tidos pela CLT como *deveres* dos sindicatos. Por exemplo, manter serviços assistenciais de caráter jurídico, promover a fundação de cooperativas de consumo, fundar e manter escolas de alfabetização e pré-vocacionais (art. 514). Entretanto, nesta extensão (*dever* e não mera função potencial), o diploma celetista não foi recebido pela Carta de 1988; é que tais atividades não são, exatamente, *deveres*, mas somente funções e prerrogativas que podem ser, naturalmente, assumidas pelas entidades sindicais (DELGADO, 2006, p. 1339).

O artigo 16 da Lei 5.584/70, que trata dos honorários advocatícios na Justiça do Trabalho, está inserido exatamente no contexto das normas que cuidam da assistência judiciária, obrigando o sindicato a prestar serviços jurídicos, e que não foram recepcionadas pela Constituição de 1988. Não faz sentido defender que todo o resto não foi recepcionado e apenas este artigo foi. O artigo 16 está inserido num conjunto de dispositivos legais que constituem um sistema lógico. Há uma pertinência de suas disposições com todo o resto. A destinação dos honorários advocatícios ao sindicato assistente é uma consequência da obrigatoriedade da prestação da assistência judiciária aos integrantes da categoria, sindicalizados ou não. Trata-se de

uma compensação pela obrigação de desempenhar uma tarefa imposta pelo Estado. Desaparecendo, todavia, esta obrigação a partir de 05.10.1988, perdeu eficácia a norma que estabelecia a compensação e destinava os honorários advocatícios ao sindicato. Com isso, caiu por terra o argumento de que não se podia aplicar o princípio da sucumbência ao processo do trabalho porque a matéria era regulada pela Lei 5.584/70.

Note-se que a Súmula 329 do TST manteve o entendimento da Súmula 219 analisando a questão apenas sob a ótica do art. 133 da Constituição, que dispõe ser o advogado indispensável à administração da justiça. Aqui a matéria está sendo analisada sob os aspectos da incompatibilidade da Lei 5.584/70 com as regras da liberdade sindical e da obrigatoriedade da assistência judiciária pelo Estado – o legislador ordinário não pode transferir para o sindicato uma obrigação que é do Estado, interferindo indevidamente em sua organização.

No sentido da incompatibilidade da Lei 5.584/70 com o art. 5º, LXXIV, da Constituição, encontramos a seguinte decisão do TRT da 4ª Região:

(...) ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA. HONORÁRIOS. São devidos os honorários assistenciais pela aplicação da Lei nº 1.060/50, porquanto a manutenção do monopólio sindical da assistência judiciária, nos termos da Lei nº 5.584/70, afronta a disposição do artigo 5º, inciso LXXIV, da CF. Declaração de insuficiência econômica juntada com a petição inicial. Recurso desprovido. (...) (Processo 00203-2006-761-04-00-5 (REO/RO), Rel. Maria Helena Mallmann, publicado em 21.05.2007)

Por isso, é equivocada a Súmula 329 do TST, pois o entendimento contido na Súmula 219 é incompatível com a atual ordem constitucional.

Para efeito de argumentação, passo a analisar a questão da incompatibilidade do art. 16 da Lei 5.584/70 e da Súmula 219 do TST com a legislação infraconstitucional posterior ao advento da atual Constituição.

4. Da revogação do Artigo 16 da Lei 5.584/70 pela legislação ordinária

Pode parecer contraditório e dispensável falar em revogação do art. 16 da Lei 5.584/70 pela legislação ordinária quando eu defendi, linhas atrás, que este artigo sequer foi recepcionado pela Constituição de 1988. Vamos admitir, porém, para efeito de argumentação, que o mencionado artigo tenha sido

recepcionado pela Constituição. Como visto acima, o artigo dispõe que “os honorários do advogado pagos pelo vencido reverterão em favor do Sindicato assistente”.

Ocorre que, em 1994 entra em vigor a Lei 8.906, dispondo, em seu art. 23, que “os honorários incluídos na condenação, por arbitramento ou sucumbência, pertencem ao advogado, tendo este direito autônomo para executar a sentença nesta parte, podendo requerer que o precatório, quando necessário, seja expedido em seu favor”. Ora, uma lei de 1970 diz que os honorários reverterão em favor do sindicato e outra, de 1994, diz que os honorários pertencem ao advogado. São, portanto, incompatíveis. Qual delas prevalece? É óbvio que a de 1994, por força do disposto no art. 2º, § 1º, da Lei de Introdução ao Código Civil. Houve, claramente, revogação do art. 16 da Lei 5.584/70 pelo art. 23 da Lei 8.906/94.

Este é o entendimento do jurista Sérgio Pinto Martins:

De acordo com a Lei nº 8.906/94, haverá honorários de advogado em todo processo, sendo que o art. 16 da Lei nº 5.584/70 restou revogado, pois o art. 23 da primeira norma informa que os honorários são do advogado e não do sindicato. Assim, a regra de honorários de advogado no processo do trabalho passa a ser a do art. 20 do CPC (MARTINS, 2003, p. 228).

No mesmo sentido é a tese da advogada gaúcha Vivian Kanan Ruffini:

A percepção dos honorários de sucumbência é direito legalmente garantido pelo Código de Processo Civil e pelo Estatuto da Advocacia. Mesmo se a Lei 5.584/70 vedasse a obtenção dessa verba pela simples sucumbência - como quer fazer crer o Enunciado 219 do TST -, pelo disposto no artigo 2º, parágrafo 1º, da Lei de Introdução ao Código Civil, estaria esse dispositivo revogado em face da incompatibilidade com a Lei 8.906, de 1994, já que lei posterior.

Em que pese a Carta Magna de 1988, em seu art. 133, dispor que o advogado é indispensável à administração da justiça, o enunciado 329 do TST entendeu válido o entendimento consubstanciado na Súmula de nº 219. Porém, urge lembrar que a súmula 329 foi editada em 1993, portanto, antes do regramento

específico da Lei 8.906/94.

Ditas súmulas não possuem força vinculante, tampouco de lei, no entanto, vêm sendo aplicadas pelos julgadores da justiça do trabalho e de seus Tribunais insistentemente, atrelados a um entendimento arcaico, sem o cuidado de debruçarem-se sobre um foco mais atento acerca das Leis, que certamente não amparam o disposto naqueles enunciados.

Assim, pela praticidade da acomodação e receio da inovação, tolhem diariamente o direito legalmente previsto a todos os advogados de perceberem os honorários sucumbenciais nos processos em que atuam na justiça do trabalho.

A situação é agravada se analisarmos a natureza dos honorários sucumbenciais, que mesmo ante a incerteza de sua percepção, por estarem atrelados ao sucesso da ação, não deixam de possuir caráter alimentar.” (RUFFINI, acesso em: 15 abr. 2008.)

Mas vamos mais além. Admitamos, apenas para efeito de argumentação, que a Lei 8.906/94 não revogou o art. 16 da Lei 5.584/70.

No ano de 2001, a Lei 10.288 introduziu um parágrafo no art. 789 da CLT, nos seguintes termos: “§ 10. O sindicato da categoria profissional prestará assistência judiciária gratuita ao trabalhador desempregado ou que perceber salário inferior a cinco salários mínimos ou que declare, sob responsabilidade, não possuir, em razão dos encargos próprios e familiares, condições econômicas de prover à demanda. (NR)” A mencionada lei tem a seguinte ementa: “Altera a Consolidação das Leis do Trabalho, dispondo sobre o jus postulandi, a assistência judiciária e a representação dos menores no foro trabalhista”. A parte referente ao “jus postulandi” foi vetada pela Presidência da República.

Ora, a nova lei regulou integralmente a prestação de assistência judiciária gratuita ao trabalhador, substituindo, portanto, os arts. 14 e 16 da Lei 5.584/70, que foram tacitamente revogados (art. 2º, § 1º, da Lei de Introdução ao Código Civil).

Mas há quem ainda dirá que apenas o art. 14 foi revogado. O art. 16, que destinaria ao sindicato os honorários advocatícios nas lides em que ele assistiu o trabalhador, teria permanecido incólume.

Ocorre que o § 10 do art. 789 da CLT, que passou a estabelecer e regular a assistência judiciária ao trabalhador no âmbito do processo do trabalho, foi expressamente revogado pela Lei 10.537/2002, que deu nova

redação ao art. 789 da CLT. A Lei 5.584/70, é óbvio, não teve sua eficácia restaurada, pois o efeito repristinatório não existe no ordenamento jurídico pátrio (Lei de Introdução ao Código Civil, art. 2º, § 3º).

A nova redação dada ao artigo 789 da CLT não estabeleceu qualquer previsão de assistência judiciária pelo sindicato. Em setembro de 2002, portanto, com a entrada em vigor da Lei 10.537/2002, o ordenamento jurídico pátrio deixou de prever a assistência judiciária pelo sindicato. Ela será prestada pelo Estado, tal como previsto na Constituição.

Com isso, o art. 16 da Lei 5.584/70, se ainda estava em vigor, caiu no vazio jurídico. Com efeito, se não há mais assistência sindical prevista no ordenamento, não faz mais qualquer sentido falar em reverter para o sindicato assistente os honorários advocatícios.

Nesse sentido é a decisão a seguir:

HONORÁRIOS DE ADVOGADO NA JUSTIÇA DO TRABALHO - A verba de honorários de advogado é devida nos termos da Constituição Federal em vigor (art. 133) e legislação infraconstitucional, como art. 20 do CPC e Estatuto da OAB (art. 22). Não há se cogitar na incidência da orientação contida nos enunciados 219 e 329 do TST, que somente admitem honorários advocatícios na hipótese de assistência judiciária gratuita prevista na Lei nº 5.584/70, já que esta teve os dispositivos referentes à assistência judiciária gratuita revogados pela Lei nº 10.288/01. Nosso Ordenamento Jurídico não admite o fenômeno da repristinação (LICC) e a Lei nº 1.060/50, nem o §3º do art. 790 da CLT, que atualmente regem a matéria, não fazem nenhuma referência à assistência sindical, não havendo, portanto, sentido algum em vincular-se o pagamento de honorários advocatícios no processo do trabalho a esta hipótese. Recurso conhecido e parcialmente provido. (TRT da 7ª Região, Acórdão n. 2034, decisão em 23.05.2006, RO n. 1619-2005-026-07-00-9, Turma 1, DOE/CE 04.07.2006, Rel. Manoel Arízio Eduardo de Castro)

Mas ainda haverá quem insista na tese de que a assistência judiciária monopolizada pelo sindicato persiste e os honorários advocatícios na Justiça do Trabalho só são devidos nesta hipótese.

Eis que em janeiro de 2003 entra em vigor o novo Código Civil, com inegável ênfase no princípio da restituição integral, comentado no início deste

texto.

Com efeito, o art. 389 do novo Código Civil, tratando do inadimplemento das obrigações, dispõe que “não cumprida a obrigação, responde o devedor por perdas e danos, mais juros e atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e **honorários de advogado**” (grifo nosso). Se compararmos este dispositivo ao seu equivalente no Código revogado, veremos que a alusão aos honorários de advogado constituiu uma inovação. De fato, o art. 1.056 do Código de 1916 dispunha: “Não cumprindo a obrigação, ou deixando de cumpri-la pelo modo e no tempo devidos, responde o devedor por perdas e danos”, sem fazer referência aos honorários de advogado.

O intuito do novo Código, inegavelmente, é propiciar a restituição integral, que ficaria comprometida se o devedor não tivesse que pagar os honorários advocatícios quando o credor fosse obrigado (na prática) a contratar advogado para obter a indenização devida. Neste sentido, o novo Código refere-se aos honorários advocatícios também nos artigos 395, 404, 418 e 450, III, sempre visando a concretização do ideal da restituição integral.

Ora, o direito comum será fonte subsidiária do direito do trabalho, naquilo em que não for incompatível com os princípios fundamentais deste (art. 8º, parágrafo único, da CLT). Seria o princípio da restituição integral incompatível com os princípios fundamentais do direito do trabalho? Claro que não. Logo, não há qualquer impedimento para se transportar do Código Civil para o direito do trabalho a necessidade de incluir os honorários advocatícios nas indenizações trabalhistas dos empregados forçados a acionar.

O novo Código Civil, destarte, sepulta qualquer possibilidade de se afirmar validamente que os honorários advocatícios só seriam devidos nos casos de assistência sindical, pois a necessidade de restituição integral faz com que os honorários advocatícios transponham a barreira do direito processual e passem a integrar o próprio direito material, como parcela acessória da indenização, havendo ou não a assistência do sindicato.

Na verdade, os honorários advocatícios previstos no Código Civil, segundo muitos doutrinadores, não estão fundamentados no princípio da sucumbência, mas no da restituição integral. Sequer dependem do ajuizamento de ação para se tornarem devidos, bastando que o credor tenha tido a necessidade de serviços jurídicos profissionais para a cobrança da dívida. Neste sentido pensa o juiz Francisco das C. Lima Filho:

Desse modo, e após uma atenta e refletida leitura dos arts. 389 e 404 do Código Civil, chega-se a conclusão de que os honorários neles

previstos a bem da verdade independem mesmo do ajuizamento de qualquer tipo de ação sendo devidos do simples fato de que, para conseguir o cumprimento da obrigação por parte do devedor, o credor teve que se valer da contratação de advogado. (...) Pode-se, pois concluir, inclusive reformulando posicionamento anteriormente adotado, que os honorários advocatícios previstos nos arts. 389 e 404 do Código Civil decorrem do princípio da restitutio integrum. Por conseguinte, são devidos inclusive no campo do processo laboral (arts. 8º e 769 da CLT) pelo simples fato de que para poder receber o seu crédito a parte (na Justiça do Trabalho em regra o trabalhador é o autor da ação) exercendo o fundamental direito de ação tenha que se valer da assistência de profissional do direito da sua confiança obrigando o devedor ao cumprimento da obrigação, afinal reconhecida na sentença (Ob. cit.).

De uma maneira ou de outra, seja pela sucumbência, seja pelo direito à restituição integral, o trabalhador forçado a demandar terá direito a ver incluído em sua sentença o ressarcimento dos honorários advocatícios.

A despeito de tudo isso, certamente haverá quem mantenha a tese de que os honorários advocatícios no processo do trabalho só são devidos com assistência sindical.

Vamos além.

5. Da situação dos honorários advocatícios na Justiça do Trabalho diante da Emenda Constitucional nº 45

A Emenda Constitucional nº 45 reformou o Poder Judiciário e ampliou sobremaneira a competência da Justiça do Trabalho, que passou a julgar as ações oriundas da relação de trabalho, de forma ampla, incluindo o trabalho subordinado e o não subordinado.

Prevido as inúmeras decisões contraditórias acerca da aplicação do direito processual nas novas lides, o TST cuidou de editar a IN (Instrução Normativa) 27, de 16 de fevereiro de 2005, dispondo sobre as normas procedimentais aplicáveis ao processo do trabalho em decorrência da ampliação da competência da Justiça do Trabalho pela Emenda Constitucional nº 45/2004. Referida instrução dispõe que “exceto nas lides decorrentes da relação de emprego, os honorários advocatícios são devidos pela mera sucumbência” (art. 5º). Com isso, o TST reafirmou as disposições da Súmula

219, restringindo-a, porém, às lides decorrentes da relação de emprego. Nas lides decorrentes da relação de trabalho autônomo, aplica-se o princípio da sucumbência, fazendo jus o vencedor aos honorários advocatícios.

Tal interpretação cria um paradoxo. Se a secretária de um médico bem-sucedido ingressa com ação para pleitear de seu patrão verbas trabalhistas que deixaram de ser pagas na época própria, não terá direito aos honorários advocatícios. Mas se o mesmo médico entra com ação, na mesma Justiça do Trabalho, pleiteando de um cliente o pagamento dos honorários médicos, ele obterá os honorários advocatícios, alcançando a restituição integral. Trata-se de interpretação que certamente atenta contra os princípios da igualdade e da razoabilidade. O TST perdeu a oportunidade de, finalmente, mudar sua interpretação acerca da matéria e estender para todos os trabalhadores o direito à restituição integral. Mas o que fez foi privilegiar alguns e desprestigiar os mais necessitados.

Neste sentido é a observação de Renato Saraiva, comentando a IN 27/2005:

Não podemos concordar com o entendimento do Tribunal Superior do Trabalho, visto que a limitação da condenação em honorários de sucumbência nas lides decorrentes da relação de emprego apenas beneficia o empregador mau pagador, onerando ainda mais o trabalhador, o qual, além de não ter recebido seus créditos trabalhistas no momento devido, ainda é obrigado a arcar com o pagamento de honorários advocatícios ao seu patrono, diminuindo, ainda mais, o montante das verbas a receber.

A IN 27/2005 só veio a agravar ainda mais a situação, podendo ocasionar injustiças. Imaginemos a hipótese de duas ações trabalhistas distribuídas na Justiça do Trabalho sem a assistência sindical. Uma ação promovida por um arquiteto autônomo, famoso e rico, cobrando eventuais honorários não recebidos por um cliente. Outra lide, distribuída por um trabalhador desempregado e que foi dispensado sem receber suas verbas trabalhistas. A ação movida pelo arquiteto ensejará a condenação do vencido em honorários advocatícios. Já a reclamação trabalhista do trabalhador não ensejará o pagamento de quaisquer honorários.

Em outras palavras, entendemos que a condenação em honorários não deve estar condicionada à assistência judiciária prestada pelo sindicato profissional, mas sim deve decorrer da simples

sucumbência, conforme já ocorre nas outras esferas do Poder Judiciário (SARAIVA, 2005, p. 221).

Com a Emenda 45, a Justiça do Trabalho alcançou sua “maioridade”. Deixou para trás qualquer traço original de órgão administrativo. Não me parece razoável que, no estado atual das coisas, ainda se continue defendendo a anacrônica tese da Súmula 219 do TST.

6. Algumas conclusões

O entendimento contido na Súmula 219 do TST não só é incompatível com a atual Constituição e a legislação que lhe é posterior, como presta um enorme desserviço à necessidade de quitação rápida dos créditos trabalhistas. Com efeito, para o empregador, a dívida mais barata é a trabalhista, pois além de ser corrigida com juros simples, não terá a integração dos honorários advocatícios caso o empregado resolva demandar o seu pagamento na Justiça. Para o empresário, é financeiramente preferível, assim, pagar primeiro o banco e os fornecedores, deixando para o final o crédito trabalhista. Trata-se de uma inversão de valores que a inclusão dos honorários advocatícios nas condenações ajudaria a reverter.

Em suma, diante de tudo o que foi exposto, pode-se concluir o seguinte:

- a) a legislação processual trabalhista não tem norma específica que trate dos honorários advocatícios em todas as situações, mas apenas nos casos de assistência sindical (Lei 5.584/70), e tão-somente para estabelecer o destinatário dos honorários; esta omissão leva à aplicação subsidiária do princípio da sucumbência do processo civil, plenamente compatível com o processo do trabalho, inclusive com o “jus postulandi” das partes; com isso, tem-se por equivocado o entendimento contido na Súmula 219 do C. TST, desde a sua edição;
- b) o entendimento contido na Súmula 219 do C. TST não se coaduna com a atual ordem constitucional, que não recepcionou a assistência sindical estabelecida pela Lei 5.584/70, incompatível com a liberdade sindical e a obrigação do Estado, não do sindicato, de prestar assistência jurídica aos necessitados;
- c) o referido entendimento também é incompatível com a legis-

lação ordinária posterior à atual Constituição, mais precisamente as leis 8.906/94, 10.288/2001 e 10.537/2002 e o Código Civil;

d) com o advento da Emenda Constitucional nº 45 e a ampliação da competência da Justiça do Trabalho, a jurisprudência cristalizada na Súmula 219 tornou-se ainda mais insustentável;

e) o pagamento dos honorários de sucumbência pelo vencido tem a nobre função de possibilitar um julgamento justo, com a reparação integral do dano, evitando que o trabalhador tenha que retirar uma parte de seu crédito alimentar para pagar os honorários de seu advogado; além disso, a ausência dos honorários de sucumbência faz com que o crédito trabalhista seja o mais barato de todos, desestimulando o seu adimplemento e fazendo com que o empregador dê preferência à quitação de dívidas de outra natureza, que são acrescidas de honorários advocatícios quando cobradas.

O pensamento defendido neste artigo é o mesmo da maioria dos juízes do trabalho brasileiros, como ficou claro na histórica 1ª Jornada de Direito Material e Processual na Justiça do Trabalho, realizada pelo TST em novembro de 2007. Dentre os enunciados aprovados naquela jornada, destacam-se os seguintes:

67. JUS POSTULANDI. ART. 791 DA CLT. RELAÇÃO DE TRABALHO. POSSIBILIDADE. A faculdade de as partes reclamarem, pessoalmente, seus direitos perante a Justiça do Trabalho e de acompanharem suas reclamações até o final, contida no artigo 791 da CLT, deve ser aplicada às lides decorrentes da relação de trabalho.

79. HONORÁRIOS SUCUMBENCIAIS DEVIDOS NA JUSTIÇA DO TRABALHO.

I – Honorários de sucumbência na Justiça do Trabalho. As partes, em reclamatória trabalhista e nas demais ações da competência da Justiça do Trabalho, na forma da lei, têm direito a demandar em juízo através de procurador de sua livre escolha, forte no princípio da isonomia (art. 5º, caput, da Constituição da República Federativa do Brasil) sendo, em tal caso, devidos os honorários de sucumbência, exceto quando a parte sucumbente

estiver ao abrigo do benefício da justiça gratuita.

II – Os processos recebidos pela Justiça do Trabalho decorrentes da Emenda Constitucional 45, oriundos da Justiça Comum, que nesta esfera da Justiça tramitavam sob a égide da Lei nº 9.099/95, não se sujeitam na primeira instância aos honorários advocatícios, por força do art. 55 da Lei 9.099/95 a que estavam submetidas as partes quando da propositura da ação.

Como se vê nos enunciados acima, o entendimento hoje prevalecente na base da magistratura trabalhista é o de que, mesmo sendo uma faculdade das partes reclamar pessoalmente perante a Justiça do Trabalho, elas têm direito a demandar através de advogado de sua livre escolha, sendo, nestes casos, devidos os honorários de sucumbência, salvo quando a parte sucumbente for beneficiária da justiça gratuita. É esta a tese que se defende no presente trabalho.

O abismo formado entre a base da magistratura e sua cúpula quanto a este tema e a ausência de argumentação sólida que justifique, nos dias atuais, a manutenção do entendimento refletido na Súmula 219 do TST devem levar a uma discussão mais profunda sobre a matéria, a fim de que as decisões judiciais sejam mais adequadas à realidade presente.

É o que espero.

7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CARRION, Valentin. *Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho*. São Paulo: Saraiva, 2000.

DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 5. ed. São Paulo: LTr, 2006.

LAMARCA, Antônio; BERNARDES, Hugo Gueiros (Coord.). *Processo do Trabalho: Estudos em memória de Coqueijo Costa*. São Paulo: LTr, 1989.

LIMA FILHO, Francisco das C. *O direito aos honorários advocatícios no processo do trabalho: exegese dos arts. 389 e 404 do Código Civil*. Disponível em <<http://www.amatra4.org.br/Comunicacao/Artigos/1067>>. Acesso em: 15 abr. 2008.

MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito do Trabalho*. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

_____. *Direito Processual do Trabalho*. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

MOLINA, André Araújo. *Honorários advocatícios na Justiça do Trabalho: nova análise após a Emenda Constitucional nº 45/2004*. Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 740, 15 jul. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7000>>. Acesso em: 15 abr. 2008.

NÓBREGA, J. Flóscolo da. *Introdução ao Direito*. 7. ed. São Paulo: Sugestões Literárias, 1987.

OLIVEIRA, Francisco Antonio de. *O processo na Justiça do Trabalho: doutrina, jurisprudência, enunciados e súmulas*. 4. ed. Revista e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

RUFFINI, Vívian Kanan. *Os honorários na Justiça do Trabalho: uma análise dos Enunciados 219 e 329 do TST em face do ordenamento jurídico*. Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 1317, 8 fev. 2007. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9475>>. Acesso em: 15 abr. 2008.

SARAIVA, Renato. *Curso de Direito Processual do Trabalho*. 2. ed. São Paulo: Método, 2005.

TEIXEIRA FILHO, João de Lima. et al. *Instituições de Direito do Trabalho*. Vol. II. São Paulo: LTr, 1999.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. I. 36. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

A EFETIVIDADE DOS DIREITOS SOCIAIS FUNDAMENTAIS DESDE A TEORIA CRÍTICA DOS DIREITOS HUMANOS

Luciana Caplan¹

1. Introdução

Desde a Revolução Francesa e o início do chamado “Constitucionalismo Social”, surgiu a preocupação com a efetividade dos chamados direitos sociais, ou seja, direitos do ser humano enquanto integrante da sociedade, em busca da igualdade material, em complemento aos direitos de índole liberal, conhecidos como direitos civis e políticos.

De 1789 até nossos dias, a efetivação destes direitos ocorreu, no mundo, de forma absolutamente desigual, demonstrando um grande paradoxo: a observação da igualdade, formal e material ocorreu, e vem ocorrendo, de forma desigual em relação à humanidade.

No Brasil, apesar das inúmeras promessas advindas da promulgação da Carta Constitucional de 1988, a chamada “Constituição Cidadã”, pouco se observou em termos concretos de alteração da realidade social. Os avanços vêm, mas em passos de tartaruga.

2. A Teoria Crítica de Direitos Humanos

Há vários fatores que colaboram para tanto. A teoria clássica dos direitos humanos, impeditiva de reflexão realista sobre o tema é uma delas. Em decorrência desta construção teórica que busca existir isolada da realidade, temos a desconsideração de fatores sociais, econômicos e éticos do contexto no qual se desenvolvem as relações que impedem o êxito do objetivo do constituinte brasileiro.

A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão foi o primeiro

¹ Juíza do Trabalho Substituta do TRT da 15ª Região. Doutora em Direitos Humanos e Desenvolvimento pela Universidad Pablo de Olavide (Sevilha, Espanha). Coordenadora do Curso Semipresencial em Teoria Crítica dos Direitos Humanos da Universidad Pablo de Olavide. E-mail: luciana@amatra15.org.br.

documento a prever direitos hoje denominados “positivos”. Mais de duzentos anos depois, quatro quintos da humanidade não tem acesso a bens materiais e imateriais assegurados pelas normas de direitos humanos e fundamentais.

Bobbio² nos diria que para a solução desta questão, deveríamos parar de buscar a fundamentação dos direitos humanos e passar a trabalhar em prol de sua efetividade. É neste pensamento, no entanto, segundo Herrera Flores³, que reside um dos principais problemas.

Tratar os direitos humanos desde a perspectiva da teoria clássica (jusnaturalista) é vê-los como uma categoria pronta e acabada, pura, isolada da realidade e dos contextos nos quais estes direitos passaram a ser reconhecidos e são, constantemente, cumpridos ou não.

Para o professor espanhol, no entanto, a compreensão dos direitos humanos não ocorre senão através da contaminação de contextos⁴, motivo pelo qual realiza profunda crítica ao essencialismo analítico e às construções jusnaturalistas.

Afinal, se é verdade que o fundamento jusnaturalista, no passado, colaborou para que se firmassem as teorias sobre os direitos humanos, em especial num plano de legitimidade, extrair o elemento político desta categoria acaba por permitir que seja relegada ao plano de um direito internacional não coercitivo que simplesmente indica princípios a serem observados pelas Nações.

No entanto, aceita esta fundamentação, na prática, os direitos humanos acabam sendo invocados apenas quando atendem a interesses do capital. Nestes momentos, fala-se em universalidade, olvidando-se que os direitos humanos não são universais em sua origem, falácia advinda da modernidade que se pretendia detentora da única racionalidade.

Fossem os direitos humanos universais em sua origem e não teria ocorrido o massacre dos negros no Haiti⁵, em 1791, por terem se acreditado livres, cidadãos de colônia francesa, logo após a Revolução Francesa.

Também não teria sido guilhotinada Olimpe de Gouges por ter ousado propor a extensão dos direitos previstos na Declaração às mulheres, fossem universais os direitos humanos desde sua origem...

Assim, embora a modernidade tenha pretendido apresentar a

² BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. 18ª tir. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

³ HERRERA FLORES, Joaquín. *Los derechos humanos como productos culturales: crítica del humanismo abstracto*. Madri, Los Libros de la Catarata, 2005. págs. 68-69

⁴ HERRERA FLORES, Joaquín. “Hacia una visión compleja de los derechos humanos”. HERRERA FLORES, Joaquín (ed.). *El Vuelo de Anteo: derechos humanos y crítica de la razón liberal*. Bilbao, Desclée de Brouwer, 2000. [págs. 19-78].

⁵ Cf. SADER, Emir. *A grande revolução negra*. In: <http://www.consciencia.net/2004/mes/01/sader-haiti.html>.

razão ocidental européia como única, a universalidade destes direitos nos documentos que inicialmente os asseguraram não apenas não se estendia aos que não fossem homens, brancos e proprietários, como não se preocupava com os anseios de culturas distintas, motivo de críticas no século XX durante as negociações de inúmeros Pactos no âmbito das Nações Unidas, em especial os Pactos Internacionais de 1966.

Pouco a pouco, os direitos humanos passam a ser reconhecidos como direitos pertencentes também a outros grupos sociais que, uma vez vitimizados, lutam por seu reconhecimento e pela garantia do acesso aos bens. No entanto, não há dúvidas de que a universalidade não é característica *a priori* destes direitos, mas finalidade a ser perseguida na prática cotidiana, sempre com o devido respeito às diversas necessidades humanas nas diferentes partes do planeta.

Não se trata de defender o relativismo cultural que tudo admite em nome do respeito integral à cultura alheia, mas de censurar a pretensão de imposição do modo de viver ocidental a todos os povos.

Afinal, os direitos humanos não são manifestação universal de todos os povos, mas categoria construída pela modernidade ocidental a partir de preceitos jusnaturalistas. Ora, desta forma, fundam-se numa pretensa razão única que deveria conduzir o ser humano à verdade. Este argumento serviu para justificar inúmeras atrocidades na história da humanidade⁶, inclusive com a adoção de práticas de absoluto desrespeito aos direitos humanos ao argumento de sua proteção⁷.

Inexistindo uma razão única inerente ao ser humano pura e simplesmente em decorrência de sua qualidade de ser humano, os direitos humanos devem ser reconhecidos como produtos culturais e, como tal, só podem ser compreendidos, como já dito acima, se contaminados por seus contextos. A teoria pura é incapaz de cumprir seu intento de fundamentá-los porque os pretende isolados da realidade que os condiciona.

E mais: os direitos humanos não apenas são produtos culturais como são resultados de processos de lutas muito específicos. No plano jurídico, refletem garantias normativas de respeito a direitos reconhecidos em decorrência de lutas empreendidas por grupos vitimizados em busca de condições de vida dignas.

⁶ A respeito, ver HINKELAMMERT, Franz J. "La inversión de los derechos humanos: el caso de John Locke" en HERRERA FLORES, J. (ed.), *El vuelo de Anteo: derechos humanos y crítica de la razón liberal*. Bilbao, Desclée de Brouwer, 2000. [págs. 79-113].

⁷ Veja-se o que está ocorrendo em Guantánamo, por exemplo, no tratamento dispensado aos "suspeitos" de terrorismo, bem como a prática autoritária adotada pelos Estados Unidos no pós-11 de setembro, em que as liberdades individuais, mesmo dos cidadãos americanos, deixam de ser garantidas e respeitadas.

3. A efetividade dos direitos sociais

Por estarmos inseridos num contexto social, político, econômico e cultural no qual os direitos humanos são – ou deveriam ser – pensados e praticados, devemos considerar a influência da ideologia hegemônica sobre a práxis objeto de nosso estudo. Ainda que consideremos que o mundo não é feito das idéias, tal como pretendia Hegel, mas que as idéias surgem a partir do mundo real (Marx)⁸, não podemos olvidar da relação íntima estabelecida entre a prática e a teoria a partir do sistema de valor hegemônico em cada sociedade. Assim, não há dúvidas de que a forma como os direitos humanos são pensados acaba por refletir na forma como são (ou não são) levados à efetividade prática.

Ocorre que as teorias sustentadas pelos grupos que detêm o poder hegemônico acabam por ser mais aceitas que as teorias defendidas pelos grupos excluídos ou vitimizados. Este processo pode ocorrer em diferentes graus. É certo que os teóricos sustentam, na maior parte das vezes, a neutralidade de seu pensamento e seu compromisso com a produção de idéias “verdadeiras” que não estão, de maneira nenhuma, contaminadas pelo contexto da existência histórica e social de seu pensador. Mas, como nos ensina Marilena Chauí⁹:

Um dos traços fundamentais da ideologia consiste, justamente, em tomar as idéias como independentes da realidade histórica e social, de modo a fazer com que tais idéias expliquem aquela realidade, quando na verdade é essa realidade que torna compreensíveis as idéias elaboradas.

A ideologia predominante quanto ao objeto de nosso estudo é a liberal burguesa, nascida na modernidade. Evidencia-se sua prevalência diante da hegemonia¹⁰

⁸ MASCARO, Alysson Leandro. *Introdução à Filosofia do Direito: dos modernos aos contemporâneos*. São Paulo: Atlas, 2002. págs. 71-124.

⁹ CHAUI, Marilena. *O que é ideologia*. 29ª ed. São Paulo: Brasiliense, 1989. págs. 10-11.

¹⁰ “O termo *hegemonia* deriva do grego *eghestai*, que significa ‘conduzir’, ‘ser guia’, ‘ser líder’; ou também do verbo *eghemonuo*, que significa ‘ser guia’, ‘preceder’, ‘conduzir’, e do qual deriva ‘estar à frente’, ‘comandar’, ‘ser o senhor’. Por *eghemonia*, o antigo grego entendia a direção suprema do exército. Trata-se, portanto, de um termo militar. Hegemônico era o chefe military, o guia e também o comandante do exército. Na época das guerras do Peloponeso, falou-se de cidade hegemônica para indicar a cidade que dirigia a aliança das cidades gregas na luta entre si”. GRUPPI, Luciano. *O Conceito de Hegemonia em Gramsci*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Graal, 1978, pág. 1. Estamos trabalhando com o termo hegemonia a partir da compreensão gramsciana, ou seja, do ponto de vista do filósofo que mais insistiu sobre este conceito. Para ele, a hegemonia do proletariado importava em uma transformação, com a construção de uma nova sociedade com uma nova estrutura econômica e uma nova organização política, mas também uma nova orientação ideológica e cultural. Segundo Gruppi: “[...] o conceito de hegemonia é apresentado por Gramsci em toda sua amplitude, isto é, como algo que opera não apenas sobre a estrutura econômica e sobre a organização política da sociedade, mas também sobre o modo de pensar, sobre as orientações ideológicas e inclusive sobre o modo de conhecer”. *Ibidem*, págs. 2-3.

burguesa conquistada a partir do sucesso da Revolução Francesa¹¹. Daí o lugar de destaque aos direitos civis e políticos – direitos eminentemente individuais¹² – sobre os demais direitos humanos. Ainda que não estejam consolidados e efetivados em todo o globo, é inquestionável, do ponto de vista teórico, seu pertencimento a todos seres humanos, sua exigibilidade e seu enquadramento em todas as demais características atribuídas aos direitos humanos como tal. Tudo isto enquanto se debate até mesmo se os direitos sociais, por exemplo, são direitos humanos!

Como constataam Abramovich e Courtis¹³, não é raro que seja negado valor jurídico aos direitos sociais, que restam caracterizados como meras declarações de boas intenções, de compromisso político ou de engano tranqüilizador¹⁴. As normas legais que prevêm estes direitos são tidas como de natureza política e programática e não como catálogos de obrigações jurídicas para o Estado, ao contrário do que ocorre com os direitos civis e políticos, considerados como únicos passíveis de serem exigidos judicialmente.

Para José Afonso da Silva¹⁵, embora não haja norma constitucional destituída de eficácia, de forma que todas irradiam efeitos, inovando a ordem jurídica com sua entrada em vigor, a eficácia não se manifesta de maneira uniforme, podendo não ser constatada na plenitude dos efeitos jurídicos pretendidos pelo constituinte, em especial quando ausente normatividade infraconstitucional prevista ou requerida. Sua teoria é uma das maiores justificativas teóricas para a não efetivação dos direitos sociais no país. A superação de suas idéias tem permitido, aos poucos, que se recupere o tempo perdido na concretização dos ideais dos constituintes de 1988, no tocante à construção de um Estado de Bem Estar Social.

Nela, ele classifica as normas constitucionais, segundo sua eficácia, em três grupos: I – normas constitucionais de eficácia plena, que são as

¹¹ Para Gramsci, a Revolução Francesa, tal como a reforma protestante – e ao contrário do *Risorgimento* italiano – envolveu estratos profundos da sociedade, inclusive as massas camponesas, operando não apenas na estrutura econômica, social e política, mas também na orientação cultural e ideológica da sociedade francesa. Ver *Ibidem*, pág. 3.

¹² Embora os direitos civis e políticos tenham forte impacto nas relações sociais, não há dúvidas de que são pensados pela ideologia dominante exclusivamente a partir do prisma individualista, sem consideração de seu efeito do ponto de vista coletivo.

¹³ ABRAMOVICH, Víctor e COURTIS, Christian. *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Madri: Trotta, 2002. pág. 19.

¹⁴ Também Pérez Luño registra a negação de caráter jurídico aos direitos sociais ao fundamento de que os direitos civis e políticos dirigem-se a assegurar a atuação livre dos indivíduos, enquanto que os direitos sociais pretendem a intervenção do Estado para satisfação de exigências. Ver PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*. 9ª ed. Madrid: Tecnos, 2005., pág. 87.

¹⁵ SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 1998. págs. 81-82.

normas constitucionais que, desde a entrada em vigor da constituição, produzem todos os seus efeitos essenciais, porque criada pelo legislador normatividade suficiente; II – normas constitucionais de eficácia contida, que também incidem imediatamente, mas prevêm meios ou conceitos que permitem manter sua eficácia contida em certos limites e circunstâncias; e III – normas constitucionais de eficácia limitada ou reduzida, que não produzem com a entrada em vigor pura e simples seus efeitos porque o legislador não estabeleceu normatividade bastante para isso, ficando a tarefa para o legislador ordinário¹⁶.

Estas últimas dividem-se entre normas declaratórias de princípios institutivos ou organizativos e as declaratórias de princípios programáticos¹⁷, sendo estas últimas¹⁸:

[...] aquelas normas constitucionais através das quais o constituinte, em vez de regular, direta e imediatamente, determinados interesses, limitou-se a traçar-lhes os princípios para serem cumpridos pelos seus órgãos (legislativos, executivos, jurisdicionais e administrativos), como programas das respectivas atividades, visando à realização dos fins sociais do Estado.

Esta compreensão aliada ao entendimento de que os direitos sociais – aqui compreendidos os direitos econômicos, sociais e culturais – são normas programáticas, como já dito, acabou por fornecer o aporte teórico necessário a realização de práticas inibidoras da efetividade dos direitos humanos e fundamentais econômicos, sociais e culturais.

Carlos Miguel Herrera ressalta que¹⁹:

[...] si se encuentran enunciados normativos sobre los “derechos sociales” en la mayor parte de las constituciones occidentales redactadas en los últimos treinta años, la doctrina dominante en la mayoría de los países europeos se muestra siempre dispuesta a sostener que ellos no serían auténticos derechos, exigibles en el

¹⁶ Ibidem, págs. 82-83.

¹⁷ Ibidem, págs. 86.

¹⁸ Ibidem, págs. 138.

¹⁹ HERRERA, Carlos Miguel. “Estado, constitución y derechos sociales”. *Revista Derecho del Estado*, Bogotá, n.15, 2003. pág. 75.

sentido técnico-jurídico del término, sino más bien “objetivos”, “fines”, “principios”, no justiciables ante (y por) los tribunales.

Dois são os principais argumentos para este tratamento diferenciado entre direitos civis e políticos e direitos econômicos, sociais e culturais: a natureza de prestação positiva dos chamados direitos sociais e a insuficiência do regramento constitucional quanto a eles.

Em primeiro lugar, portanto, está a compreensão de que os direitos civis e políticos geram exclusivamente obrigações negativas ou de abstenção enquanto que os direitos econômicos, sociais e culturais importam em obrigações positivas ou de prestação, comprometedoras do erário e, portanto, dependentes da disponibilidade de recursos para tanto²⁰. O Estado não poderia ser obrigado por uma autoridade judicial a fazer algo, embora possa ser compelido a deixar de fazer²¹.

Este argumento é, no entanto, falacioso. Como ressaltam Abramovich e Courtis²², é possível reconhecer que a faceta mais visível dos direitos econômicos, sociais e culturais diga respeito a obrigações de fazer. No entanto, não é difícil verificar também a existência de obrigações de não-fazer. Por outro lado, a efetividade dos direitos civis e políticos importa, muitas vezes, em obrigações de fazer e onera ao erário²³. Portanto, só podemos concluir que tanto os direitos civis e políticos como os direitos econômicos, sociais e culturais constituem complexos de obrigações positivas e negativas²⁴.

Todos os direitos, sejam civis e políticos, sejam econômicos, sociais e culturais, ao demandar atuação estatal mediante adoção de políticas públicas ou de medidas jurisdicionais, importam em custos.

O segundo argumento²⁵ a respaldar a negação de efetividade e

²⁰ ABRAMOVICH, Víctor e COURTIS, Christian. *Los derechos sociales como derechos exigibles...*, págs. 21 e 32.

²¹ HERRERA, Carlos Miguel. “Estado, constitución y derechos sociales”..., pág. 75.

²² ABRAMOVICH, Víctor e COURTIS, Christian. *Los derechos sociales como derechos exigibles...*, pág. 25.

²³ Interessantes os exemplos mencionados em PIOVESAN, Flávia, GOTTI, Alessandra Passos e MARTINS, Janaina Senne. “A Proteção Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais” in: PIOVESAN, Flávia. *Temas de Direitos Humanos*. 2ª ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Max Limonad, 2003. págs. 105-106: “Cabe ainda realçar que tanto os direitos sociais, econômicos e culturais, como os direitos civis e políticos demandam do Estado prestações positivas e negativas, sendo equivocada e simplista a visão de que os direitos sociais só demandariam prestações positivas, enquanto que os direitos civis e políticos demandariam prestações negativas, ou a mera abstenção estatal. A título de exemplo, cabe indagar qual o custo do aparato de segurança, mediante o qual se assegura direitos civis clássicos, como os direitos à liberdade e à propriedade, ou ainda qual o custo do aparato eleitoral, que viabiliza os direitos políticos, ou, do aparato de justiça, que garante o direito ao acesso ao Judiciário. Isto é, os direitos civis e políticos não se restringem a demandar a mera omissão estatal, já que a sua implementação requer políticas públicas direcionadas, que contemplam também um custo”.

²⁴ ABRAMOVICH, Víctor e COURTIS, Christian. *Los derechos sociales como derechos exigibles...* pág. 32.

²⁵ PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución...*, pág. 94.

exigibilidade aos direitos sociais repousa na alegação de que apenas os direitos civis e políticos encontram-se positivados integralmente nas Constituições, enquanto que os direitos econômicos, sociais e culturais demandariam regulação por legislação infraconstitucional para poderem ser diretamente exigíveis, passando a contar com plena garantia²⁶.

Também esta afirmação não resiste a uma análise mais minuciosa. Muitas são as experiências constitucionais em que os direitos sociais não dependem de atuação legislativa para efetividade e, por outro lado, uns tantos direitos de liberdade demandam a intervenção do legislador²⁷.

Qual a razão destes argumentos? Ora, os direitos humanos, enquanto produtos culturais, vão sendo criados em determinados entornos de relações, respondendo às exigências da forma de relação hegemônica, a metodologia de ação social. Ocorre que os direitos humanos estão imersos naquilo que Herrera Flores²⁸ chama de “circuito de reação cultural”. Quando os circuitos estão abertos, os produtos culturais não assumem mera função passiva de adaptação aos sistemas de relações, mas podem intervir sobre eles, construindo novas metodologias de ação social, ou seja, novas relações hegemônicas, em processos culturais propriamente ditos. Quando estão fechados, e não é permitida a ação social sobre a metodologia hegemônica, são chamados de processos ideológicos.

Segundo Piovesan²⁹, esta alegada não acionabilidade de direitos sociais é ideológica, carecendo de amparo científico, eis que se encontram – tal como os direitos civis e políticos – assegurados em tratados internacionais, caracterizando-se como verdadeiros direitos fundamentais e devendo ser implementados à luz do princípio da indivisibilidade dos direitos, conforme reafirmado pela ONU na “Declaração de Viena” de 1993³⁰.

²⁶ Ver o posicionamento de Carl Schmitt neste sentido, no estudo de BERCOVICI, Gilberto. *Constituição e Estado de Exceção Permanente: atualidade de Weimar*. Rio de Janeiro: Azougue, 2004. pág. 32.

²⁷ PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución...*, Pág. 94.

²⁸ HERRERA FLORES, Joaquín. *Los derechos humanos como productos culturales...*, pág. 99.

²⁹ PIOVESAN, Flávia, GOTTI, Alessandra Passos e MARTINS, Janaina Senne. “A Proteção Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais”..., pág. 94.

³⁰ *Ibidem*, pág. 96.

4. Conclusão

A superação das “armadilhas ideológicas” existentes nas teorias acerca dos direitos sociais é fundamental para sua efetivação. Para tanto, faz-se necessária a recuperação da categoria dos direitos humanos, reconhecendo-os na história da humanidade como categorias produzidas culturalmente a partir de lutas empreendidas por grupos de seres humanos vitimizados em busca de respeito à dignidade da pessoa humana.

Uma vez resgatada a categoria, é possível pensar a práxis dos direitos humanos e, em especial, dos direitos sociais, desde um prisma emancipador e garantidor da dignidade dos seres humanos.

5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABRAMOVICH, Víctor e COURTIS, Christian. *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Madri: Trotta, 2002.

BERCOVICI, Gilberto. *Constituição e Estado de Exceção Permanente: atualidade de Weimar*. Rio de Janeiro: Azougue, 2004

BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. 18ª tir. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

CHAUÍ, Marilena. *O que é ideologia*. 29ª ed. São Paulo: Brasiliense, 1989.

GRUPPI, Luciano. *O Conceito de Hegemonia em Gramsci*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Graal, 1978

HERRERA, Carlos Miguel. “Estado, constitución y derechos sociales”. *Revista Derecho del Estado*, Bogotá, n.15, 2003.

HERRERA FLORES, Joaquín. “Hacia una visión compleja de los derechos humanos”. HERRERA FLORES, Joaquín (ed.). *El Vuelo de Anteo: derechos humanos y crítica de la razón liberal*. Bilbao, Desclée de Brouwer, 2000. [págs. 19-78].

_____. *Los derechos humanos como productos culturales: crítica del humanismo abstracto*. Madri, Los Libros de la Catarata, 2005.

HINKELAMMERT, Franz J. “La inversión de los derechos humanos: el caso de John Locke” en HERRERA FLORES, J. (ed.), *El vuelo de Anteo: derechos humanos y crítica de la razón liberal*. Bilbao, Desclée de Brouwer, 2000. [págs. 79-113].

MASCARO, Alysson Leandro. *Introdução à Filosofia do Direito: dos modernos aos contemporâneos*. São Paulo: Atlas, 2002.

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*. 9. ed. Madrid: Tecnos, 2005.

PIOVESAN, Flávia, GOTTI, Alessandra Passos e MARTINS, Janaína Senne. “A Proteção Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais” in: PIOVESAN, Flávia. *Temas de Direitos Humanos*. 2. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Max Limonad, 2003.

SADER, Emir. *A grande revolução negra*. In: <http://www.consciencia.net/2004/mes/01/sader-haiti.html>.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

A GUINADA IDEOLÓGICA DO PROCESSO CIVIL E SUA INFLUÊNCIA NA EXECUÇÃO TRABALHISTA

Wolney de Macedo Cordeiro¹

1. Delimitação do tema

A sistematização normativa do direito processual do trabalho já é uma realidade há mais de sessenta anos. A promulgação da Consolidação das Leis do Trabalho, em 01 de maio de 1943, fez com que, pela primeira vez na história do direito brasileiro, fossem agrupadas normas procedimentais específicas para a solução judicial dos conflitos individuais e coletivos de trabalho. É certo que, mesmo antes do advento da Consolidação das Leis do Trabalho, havia normas esparsas destinadas ao regramento de alguns conflitos de índole laboral². No entanto, a adoção de um sistema normativo específico, embora marcado pela incompletude, só foi possível com o advento da norma consolidada.

Ressalte-se, por outro lado, que o sistema originalmente concebido pela Consolidação contemplava um conjunto de normas processuais representativas de um grande avanço, diante das características do direito processual civil da época. Mesmo sem ostentar fundamentos doutrinários específicos, a gênese do processo do trabalho foi marcada por posições extremo de vanguardismo. A coragem dos *consolidadores* da legislação processual fez aflorar em nossa sistemática processual institutos viabilizadores de uma prestação jurisdicional rápida, flexível e efetiva. Esse papel inovador da CLT foi sempre destacado pela doutrina juslaboralista, conforme prelecionava o eminente José Martins Catharino: “...a CLT – que também codificou – é o mais importante texto trabalhista no Brasil. Divisor de águas, entre a fase encachoeirada das leis

¹ O autor é Juiz do Trabalho da 13ª Região, mestre em Direito e Professor do UNIPÊ - Centro Universitário de João Pessoa e da ESMAT - Escola Superior da Magistratura Trabalhista da Paraíba.

² A própria Justiça do Trabalho, embora sem integrar inicialmente a estrutura do Poder Judiciário, foi primitivamente organizada por meio do Decreto-lei n.º 1.237, de 02 de maio de 1939. Mesmo antes da referida data já haviam sido criadas as Juntas de Conciliação e Julgamento por meio do Decreto n.º 22.132, de 25 de novembro de 1932. A estruturação normativa do processo do trabalho, entretanto, só se concretizou com o advento da Consolidação das Leis do Trabalho.

*esparsas e a do seu represamento sistemático. É um marco do progresso técnico-legislativo brasileiro. Ainda hoje, apesar de retalhada, permanece como o texto básico, e, a partir do seu advento, a produção doutrinária brasileira aumentou consideravelmente, e foi ganhando consistência e elevação.”*³

Ora, sendo direito instrumental de um ramo jurídico ontologicamente protecionista, o novo processo do trabalho assimilou um conjunto de regramentos que, durante várias décadas, possibilitou uma prestação jurisdicional trabalhista bem mais efetiva que a cível. O tempo e as acomodações legiferante e doutrinária, entretanto, foram implacáveis com o vetusto direito processual do trabalho. Concebido antes do término da Segunda Grande Guerra Mundial, o nosso sistema normativo de índole trabalhista passou incólume por mais de cinquenta anos de evolução de direito processual civil e, com uma certa posição de arrogância, permaneceu “deitado em berço esplêndido” durante todas essas décadas. Não apenas a letargia no processo legislativo contribuiu para a acomodação do processo trabalhista. Nossa doutrina, talvez louvando-se de um *vanguardismo cronologicamente deslocado*, ignorou de forma solene os grandes avanços do direito processual civil.

Essa situação verdadeiramente paradoxal restou ainda mais nítida diante das inúmeras alterações promovidas na legislação processual civil desde o ano de 1994. Quando direcionamos a análise do problema para o campo da tutela executiva, podemos vislumbrar quão anacrônico e ultrapassados restaram os regramentos processuais laborais se comparados aos avanços da Lei n.º 11.232/2005 e 11.382/2006. Ignorar essas indiscutíveis discrepâncias normativas é desconhecer a importância de um direito processual do trabalho ágil o suficiente para concretizar uma prestação jurisdicional efetivamente concreta.

Demonstraremos nessa breve exposição a importância de se estabelecer uma aproximação dos avanços do processo civil com a dogmática do processo laboral, mesmo sem perder as características estruturais deste ramo do direito. É relevante mencionar que, as atualizações legislativas havidas na execução civil, não foram resultado de uma *geração espontânea* ou *acidental*. Pelo contrário, foram produto de um aprimoramento doutrinário e ideológico da execução cível que agora, mais do que nunca, se encontra explicitamente comprometida com a efetividade da prestação jurisdicional.

Promover o encontro das novas diretrizes ideológicas da tutela

³ In: *Compêndio de direito do trabalho*, 2ª ed. São Paulo, Saraiva, 1981, p. 26.

executiva civil com o processo laboral talvez seja o grande desafio dos juslaboralistas do século 21. O apego arrogante a um passado de glória e de ineditismo não pode significar o avanço do processo de execução trabalhista que sofre, hoje em dia, de uma síndrome de desapego à realidade. Resolver esse grande impasse, portanto, significa promover a inserção na execução trabalhista dos avanços ideológicos havidos no processo civil.

Nesse sentido, analisaremos o aprimoramento da tutela executiva cível e seus principais avanços normativos, para depois demonstramos a possibilidade de assimilação desses aprimoramentos ao processo do trabalho, mesmo sem qualquer alteração legislativa específica.

2. A nova diretriz ideológica da execução civil

A questão relacionada com a implementação da tutela executiva no âmbito do direito processual nunca foi questão pacífica. Modificando estruturas construídas ainda no período medieval, os sistemas processuais modernos, especialmente aqueles estruturados na vertente romano-germânica, assimilaram a tese de que as sentenças condenatórias apenas declaram a vontade concreta e específica da norma. Tornava-se indispensável a realização de uma nova provocação jurisdicional destinada a autorizar a prática de atos executivos típicos.

Liebman, após realizar uma análise pormenorizada da evolução da chamada *actio judicati* e da posição dos glosadores medievais, finalmente concluiu que: “...o processo pode satisfazer a pura e simples missão de declarar direitos ou relações jurídicas incertas. Nesse caso, o só pronunciamento do juiz proporcionou a quem tinha razão a proteção jurídica invocada, e a esta não corresponde, conforme a opinião preponderante, eficácia executória.”⁴

Esse posicionamento doutrinário, embora emanado de um dos grandes expoentes do direito processual do século XX, revela uma clara influência do pensamento liberal-burguês na estrutura ideológica das sentenças condenatórias. Ora, ao negar a eficácia direta e imediata da sentença condenatória, o processo moderno criou uma barreira de proteção para o indivíduo e uma verdadeira relativização da submissão ao poder jurisdicional. Impunha-se, portanto, a necessidade de se aguardar a manifestação da vontade do réu, para só assim autorizar a prática de determinados e limitados atos de força. “*Essa sistemática*

⁴ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Embargos do executado – Oposição de mérito no processo de execução*. Campinas, Bookseller, 2003, p. 139.

– que privilegiava a eficácia condenatória dos provimentos – dentre outros aspectos negativos, afastava o alcance do julgador de qualquer mecanismo ou instrumento apto a gerar satisfatividade ao titular do direito em meio ao processo de conhecimento. A impossibilidade de influir sobre a vontade do devedor retirava qualquer margem de executoriedade às decisões proferidas no processo de conhecimento.”⁵

Nesse sentido, a noção de sentença condenatória pressupunha o cumprimento das obrigações de forma voluntária por parte do devedor. A atuação do Juiz, portanto, só se justificaria diante da recusa do réu no cumprimento da determinação judicial. Constatada essa inércia, o titular do direito disporia de uma nova provocação jurisdicional, inspirada na vetusta *actio iudicati*, destinada exclusivamente ao cumprimento das sentenças condenatórias.

A estrutura processual, portanto, era construída sob dois sistemas fundamentais, entretanto, absolutamente incommunicáveis. Inicialmente teríamos uma sentença condenatória representativa de uma mera declaração específica quanto à titularidade do bem da vida. Diante do quase sempre inevitável descumprimento da determinação jurisdicional, desencadeava-se a possibilidade de outra tutela jurisdicional destinada a canalizar o cumprimento da obrigação reconhecida em juízo.

Essa característica do direito processual positivado na realidade representava uma postura ideológica de cunho excessivamente liberal, na medida em que tornava o patrimônio do indivíduo quase inexpugnável diante da tutela jurisdicional. Ou seja, essa forma de estruturar o processo, portanto, trazia ínsita a idéia de prevalência dos interesses individuais e patrimoniais em detrimento da concretização da prestação jurisdicional. Aliás, essa é a percuciente conclusão a que chegou Luiz Guilherme Marinoni, mesmo antes das recentes reformas do processo civil: “Como é fácil perceber, há uma associação muito íntima e evidente entre a ‘descoberta da verdade’, realização plena do princípio do contraditório, declaração, coisa julgada material e título executivo judicial. Atrás do princípio da **nulla executio sine titulo** está escondida a idéia de que a esfera jurídica do devedor não pode ser atingida sem a realização plena do princípio do contraditório.”⁶

Na medida em que a atuação sobre o patrimônio do devedor só fosse

⁵ TEIXEIRA, Guilherme Puchalski. O art. 461 do CPC e a ruptura do paradigma conhecimento-execução. In: *Revista de Processo*, v. 137 – Ano 32. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2007, p. 57.

⁶ In: *Tutela antecipatória, julgamento antecipado e execução imediata da sentença*, 3ª ed. São Paulo, Revista do Tribunais, 1999, p. 23.

justificada diante da prestação de uma tutela cognitiva, estabelecia-se uma verdadeira blindagem em relação aos recalcitrantes do cumprimento das decisões jurisdicionais. O direito processual, portanto, agregando uma já sofisticada estrutura formal, distanciava-se da realidade. Criava uma estrutura lógica, fundada apenas diante da estruturação dos institutos de direito processual, sem uma preocupação efetiva e concreta com o resultado dessa prestação. Mais uma vez seguindo a perspectiva doutrinária de Marinoni: “... a limitação dos poderes de execução tem um significado que ultrapassa o da intangibilidade da vontade humana. Se o art. 1.142 do Code Napoléon constitui uma evidente consagração da garantia da liberdade e da defesa da personalidade, característicos ao jusnaturalismo e ao racionalismo iluminista, não se pode esquecer o vínculo entre a ideologia liberal e a transformação do processo econômico, ou, em outras palavras, da estreita ligação entre a concepção liberal de contrato, a igualdade formal das pessoas e o ressarcimento do dano como sanção expressiva de uma determinada realidade de mercado, que necessitava simplesmente de meios de execução por sub-rogação.”⁷

É nítida, portanto, a influência do pensamento liberal na formatação da execução cível. Essa inserção ideológica no âmbito da tutela executiva exerceu um papel bem abrangente no âmbito do processo civil brasileiro. A compartimentalização da tutela de execução trouxe problemas adicionais na concretização de uma prestação jurisdicional rápida e integral. O mito da satisfação por meio da sentença condenatória, fez com que naturalmente fossem esmorecidos os meios de pressão ao devedor contidos no antigo processo de execução. Nesse sentido, a execução cível poderia ser vislumbrada como um mero apelo formal e educado para o devedor cumprir as obrigações reconhecidas no âmbito do comando jurisdicional.

A mudança na perspectiva ideológica do direito processual tem início já na segunda metade do século XX, quando afloraram as primeiras idéias de concretização do acesso ao judiciário e de vinculação do exercício do direito de ação à própria relação jurídica tutelada. Essa tentativa de obter-se uma garantia de acesso efetivo ao judiciário impôs a criação de mecanismos que possibilitassem não apenas a presença dos litigantes perante os órgãos jurisdicionais, mas também o oferecimento de mecanismos concretos de solução dos conflitos. Assim, a partir das conclusões referenciais de Mauro

⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. Controle do poder executivo do juiz. In: *Revista de processo*, v. 127 – Ano 31. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2005, p. 56.

Cappelletti, o processo passa a ser observado sob a ótica de seus resultados efetivos, e não pelo seu conteúdo meramente formal. “*O conceito de acesso à justiça tem sofrido uma transformação importante, correspondente a uma mudança equivalente no estudo e ensino do processo civil. Nos estados liberais ‘burgueses’ dos séculos dezoito e dezenove, os procedimentos adotados para a solução dos litígios civis refletiam a filosofia essencialmente individualista dos direitos então vigente... 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.*”⁸

Finalmente, chegou-se à conclusão de que, a despeito de construções lógico-formais primorosas, o nosso processo civil não cumpria sua tarefa basilar, ou seja, a concreta e rápida composição dos conflitos inter-subjetivos. Essa conclusão, embora aparentemente simples, significou uma verdadeira ruptura com os dogmas tradicionalmente construídos no âmbito do secular direito processual civil.

A migração dessas construções lógicas para o direito positivado, entretanto, não é uma tarefa fácil. Os meandros e as vicissitudes do processo legislativo nem sempre facilitam a modernização da legislação processual. No caso do direito processual civil, muito embora tenhamos presenciado na última década uma verdadeira *fúria legiferante*, as alterações só foram viabilizadas por que foram tópicas e sucessivas. Abandonou-se o projeto de alteração integral do Código de Processo Civil e optou-se por modificações legislativas pontuais e intensas. Conforme lição de Humberto Theodoro Júnior: “*Sem embargo de todos esses propósitos e mecanismos do CPC de 1973, o ideal de celeridade processual continuou inatingido e o clamor social contra a morosidade da justiça se avolumou, levando o legislador a inovar tanto por meio de alterações do Código como pela criação de outros remédios processuais disciplinados em leis extravagantes.*”⁹

De fato, desde o ano de 1994, foram promulgadas dezenas de leis

⁸ CAPPELLETTI, Mauro e GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Porto Alegre, Sérgio Antônio Fabris, 2002, p. 9-11.

⁹ In: Celeridade e efetividade da prestação jurisdicional. Insuficiência da reforma das leis processuais. In: *Revista de processo*, v. 125, Ano 30. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2005, p. 67

ordinárias modificadoras do Código de Processo Civil as quais alteraram de maneira contundente a feição do nosso direito instrumental. É óbvio que essas alterações legislativas só foram possíveis porque houve uma modificação estrutural da maneira de visualizar o papel do direito processual na sociedade contemporânea. Abandonou-se, por conseguinte, a visão tradicional e formalista fortemente influenciada pelos ditames liberais e assimilou-se uma visão mais pragmática do modo de concretizar a prestação jurisdicional. De fato, sem prejudicar as diretrizes básicas do devido processo legal, criou-se um ambiente normativo mais receptivo para uma prestação jurisdicional mais sintonizada com as demandas dos novos tempos.

Como o objeto de nosso estudo é a tutela executória, vamos concentrar nossos esforços na análise de três normas jurídicas básicas representativas da guinada ideológica por que passou a execução civil. Nesse sentido, as Leis n.º 10.444, de 07 de maio de 2002; 10.252, de 22 de dezembro de 2005; e 11.382, de 06 de dezembro de 2006 alteraram de forma contundente os instrumentos de pressão e efetivação dos comandos jurisdicionais. Algumas dessas características podem ser citadas, apenas como demonstração da alteração da estrutura ideológica do processo civil, como as que se seguem.

a) Eliminação da relação processual autônoma destinada ao cumprimento dos comandos condenatórios constantes dos títulos judiciais. Nesse caso, as sentenças¹⁰ passaram a ser dotadas de eficácia executiva plena¹¹, não sendo necessária a concretização de uma relação processual autônoma (CPC, art. 461, 461-A e 475-I).

b) Ampliação do rol de títulos executivos judiciais e extrajudiciais mediante a criação de novas hipóteses de documentos dotados de eficácia executiva (CPC, art. 475-N, 585).

c) Relativização do efeito suspensivo para os meios de impugnação utilizados pelo devedor em face da prestação da tutela jurisdicional executiva. (CPC, art. 475-M, 739-A).

¹⁰ Nesse aspecto as reformas foram paulatinas. Primeiro conferiu-se às sentenças condenatórias de obrigação de fazer, não-fazer e de entregar coisa a eficácia executiva *latu sensu* (CPC, arts. 461 e 461-A, alterados pela Lei n.º. 10.444/2002). Posteriormente essa característica foi migrada para as sentenças condenatórias de obrigações de pagar (CPC, art. 475-J e segs., incluído pela Lei n.º 11.232/2005).

¹¹ Há uma séria controvérsia doutrinária no sentido de se admitir a eficácia executiva direta das sentenças condenatórias, a partir das últimas reformas processuais. José Carlos Barbosa Moreira pontifica que: "...A exigência capital, a que não nos podemos furtar, está em não enfiar no mesmo saco, sob a etiqueta despistadora e equívoca de 'sentenças executivas lato sensu', figuras substancialmente díspares como são as sentenças do tipo previsto no art. 641 do CPC, que se bastam a si mesmas como instrumento de tutela, e outras que ainda reclamam, para satisfação concreta do vencedor, atividade jurisdicional complementar, a realizar-se – pouco importa aqui – por esta ou aquela forma, no mesmo processo ou em processo subsequente." (In: Sentença executiva. In: *Revista de processo*, v. 114, ano 29. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2004, p. 162).

d) Aprimoramento dos meios de pressão destinados ao cumprimento de obrigações reconhecidas nos títulos judiciais, sejam concernentes a obrigações de fazer e não fazer (CPC, art. 461, §§ 4º e 5º), de entregar coisa (CPC, art. 461-A, §§ 2º e 3º) ou de pagar (CPC, art. 475-J).

e) Ampliação dos limites da execução provisória, com a atenuação das exigências para continuidade das atividades executivas mesmo sem o trânsito em julgado da decisão exequenda (CPC, art. 475-O).

f) Diversificação dos meios e forma de atos de expropriação, com a criação da alienação por iniciativa do credor e a possibilidade de adjudicação preliminar (CPC, art. 685-A e 685-C).

A enumeração acima obviamente é exemplificativa, tendo em vista a grande quantidade de modificações havidas no CPC em relação à aplicação da tutela de execução. A listagem, por outro lado, é capaz de demonstrar a alteração do norte ideológico da execução civil, pois a tessitura normativa encontra-se agora comprometida com a rápida solvabilidade das obrigações inseridas nos títulos executivos.

Abandonou-se definitivamente a postura abstencionista e pouco incisiva adotada pelo sistema anterior, tornando o pragmatismo executivo marca indelével da nova regulamentação. De fato, o cumprimento imediato das obrigações deixou de ser excepcionalidade ou deferência do devedor. O descumprimento dos comandos jurisdicionais passa a ser sancionado de forma indireta, por meio da imposição de multas, seja nas obrigações de pagar, seja nas obrigações de fazer e não fazer.

O juiz da execução abandona o papel tradicional de letargia e equidistância e passa a uma postura verdadeiramente proativa e de compromisso com a solvabilidade das obrigações reconhecidas em juízo. Deixando de ser um procedimento autônomo, as tutelas de execução passam a representar uma atividade jurisdicional teleologicamente definida como uma mera conseqüência ou complemento da tutela de cognição.

Ainda mais clara fica essa verdadeira guinada ideológica quando se observa a força que, indiretamente, adquiriu a sentença condenatória após as reformas acima citadas. Ao eliminar-se a necessidade de uma nova relação processual para dar cumprimento aos comandos condenatórios, as sentenças passaram a ter uma maior eficácia e concretude, tendo em vista serem dotadas genericamente ou de eficácia mandamental ou executiva *lato sensu*.

Há de se concluir, por conseguinte, que as alterações legislativas promovidas pelas sucessivas ondas de reforma, não significaram apenas

modificações cosméticas ou pontuais do direito positivo. O papel que as reformas vêm exercendo no âmbito da processualística cível, especialmente em matéria de execução, é bem mais profundo e abrangente, pois significa uma verdadeira ruptura com o sistema anteriormente construído.

3. A absorção da guinada ideológica ao Processo do Trabalho mediante a releitura dos métodos de aplicação subsidiária do processo comum.

A evolução doutrinária e legislativa do processo civil, entretanto, não foi observada por nosso processo laboral. Sem nenhuma alteração legislativa mais audaciosa desde sua edição, a CLT contempla basicamente a mesma regulamentação processual de mais de sessenta anos. Essa postura letárgica do legislador teve reflexos diretos na doutrina que, especialmente em relação à tutela de execução, não foi capaz de fugir do discurso fácil do eterno e intocável vanguardismo. O temor de que o direito processual do trabalho seja *contaminado* pelo formalismo do processo civil não pode mais existir. É relevante a menção feita pelo grande mestre Mozart Victor Russomano no sentido de que “...desde que se reconheça, como reconhecemos, a especificidade do processo do trabalho, submetido a uma série de princípios doutrinários originais, não se pode, igualmente, deixar de reconhecer que essas remissões ao direito processual comum se podem tornar perigosas.”¹²

Com efeito, toda a norma reguladora da aplicação subsidiária do direito processual civil ao direito processual do trabalho sempre foi edificada visando à preservação da autonomia da disciplina laboral. Partiu-se da premissa básica de que o texto da CLT, embora diminuto, enfeixava uma série de características passíveis de instrumentalizar o direito material de maneira bem mais efetiva que o direito processual civil. Via-se, portanto, a inserção do processo civil no âmbito da disciplina laboral, apenas como uma necessidade de ordem prática, tendo em vista o já reconhecido laconismo da codificação trabalhista.

Essa preocupação era ainda mais acentuada quando se vivenciava o problema da execução, pois o legislador celetista quis preservar a influência da execução civil e orientou pela observância da estrutura normativa mais incisiva em matéria de execução, ou seja, a lei dos executivos fiscais (CLT, art. 889).

Embora de forma absolutamente empírica, o sistema normativo

¹² In: *Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho*, v. 2, 15ª ed. Rio de Janeiro, Forense, 1993, p. 850.

da CLT, em relação ao direito processual, foi construído de forma aberta, admitindo a interação com outros sistemas normativos, todavia preservando alguns princípios básicos e fundamentais. Na confecção desses fundamentos imutáveis, o legislador de 1943 não poderia antever a evolução do direito processual civil, daí porque preservou a integridade do sistema normativo trabalhista, asseverando a aplicação do direito comum apenas diante da omissão expressa.

As bases ideológicas, nas quais foram construídas as regras de subsidiaridade, levaram em conta algumas premissas até então inquestionáveis no âmbito do direito processual civil, como por exemplo, a autonomia funcional do processo de execução e a necessidade de citação do devedor para o cumprimento das obrigações contidas no título judicial (CLT, art. 880). Esses conceitos, portanto, foram assimilados porque não havia elementos dogmáticos necessários para edificação de um sistema normativo mais eficaz e incisivo do ponto de vista do credor trabalhista. Acomodou-se o sistema normativo trabalhista com algumas premissas forjadas no âmbito do direito processual civil e inovou em outras questões pontuais, sempre na busca incessante por uma estrutura procedimental mais acessível para os trabalhadores.

A estrutura normativa das regras de subsidiaridade, portanto, foi edificada no âmbito de uma postura defensiva da autonomia do direito processual trabalhista e de um processo mais eficaz para a materialização das garantias do direito material respectivo. Ao se utilizar a expressão “... *exceto naquilo em que for incompatível com as normas deste Título*” (CLT, art. 769, parte final), buscou o legislador preservar os elementos pontuais de otimização do processo e evitar uma invasão do formalismo típico do direito processual civil. Ora, cotejando o tradicional direito processual civil com o direito processual do trabalho, podemos verificar que essa preocupação era procedente. Os institutos trabalhistas apresentaram-se ao longo de décadas bem mais efetivos que os instrumentos processuais contemplados pelos Códigos de Processo Civil de 1939 e de 1973, e a intromissão de direito processual, eivado de formalismo, certamente implicaria em um retrocesso incomensurável para o processo laboral¹³. A defesa da “purificação” do direito processual do trabalho apresentava-se, portanto, justificada na época, e a

¹³ Essa distância abissal entre os dois ramos da processualística pode muito bem ser ilustrada com a assimilação de muitos institutos do processo do trabalho ao processo civil. Por exemplo, a estrutura procedimental dos chamados Juizados Especiais Cíveis (Lei nº. 9.099, de 29 de setembro de 1995), segue fielmente as disposições trabalhista em matéria de processo, com a concentração dos atos em audiência, comunicações impessoais dos atos processuais, simplificação na representação das pessoas jurídicas, entre outras medidas.

inserção das normas de direito processual civil não teria o condão de acelerar ou simplificar o trâmite processual.

Essa situação, no entanto, não existe mais. A dualidade representada por um processo civil formal, inflexível e obsoleto, e um processo laboral informal, flexível e vanguardista deixou de existir com o início da onda de reformas processuais a partir do ano de 1994. A postura do intérprete da norma de direito processual, portanto, não pode se afastar dessa premissa, bem como deve ser pautada nas bases sócio-políticas nas quais foram construídas as normas de subsidiaridade, como preleciona o eminente magistrado e professor Luciano Athayde Chaves: *“Deixar de considerar tal aspecto metodológico apenas se escudando na blindagem retórica do princípio da especialidade é posição que, a meu ver, pode comprometer o prestígio da jurisdição trabalhista, em razão do possível descompasso entre o Direito Judiciário do Trabalho e o processo comum em relação a diversos aspectos procedimentais.”*¹⁴.

Certamente se a Consolidação das Leis do Trabalho fosse aprovada nos dias atuais, as regras de subsidiaridade não seriam edificadas em termos idênticos aos atuais art. 8º, 769 e 889. A evolução do chamado “direito comum” fez com que alguns “avanços” trabalhistas perdessem todo o seu “encanto”. Exemplo eloqüente dessa assertiva podemos encontrar no próprio direito do consumidor (capitaneado pelo Código de Defesa do Consumidor – Lei nº. 8.078, de 11 de setembro de 1990), que contempla institutos protecionistas sofisticados e, verdadeiramente, impensáveis na época da promulgação da Consolidação.

Quebrou-se, por conseguinte, a visão maniqueísta entre o ordenamento trabalhista moderno e efetivo e um “direito comum” naturalmente conservador. Relativizada a postura vanguardista do direito processual do trabalho, altera-se a idéia de aplicação subsidiária do direito processual comum. É certo que todos os operadores do direito do trabalho almejam a criação e sistematização de normas procedimentais mais modernas e sintonizadas com a realidade vigente. No entanto, enquanto essas inovações legislativas se perdem no emaranhado do tormentoso caminho de nossas casas legislativas, não pode o intérprete permanecer inerte diante dessa situação verdadeiramente paradoxal.

O fascínio do homem pelas normas positivadas fez com que criássemos em nosso subconsciente a ilusão da completude dos sistemas normativos. Em favor de uma “segurança jurídica”, construímos os sistemas modernos de

¹⁴ In: *A recente reforma no processo comum e seus reflexos no direito judiciário do trabalho.*, 2ª ed. São Paulo, LTr, 2006, p. 33.

codificação na ilusão de que conseguiríamos todas as respostas para os nossos problemas. Nesse sentido, o apego exagerado ao texto explícito da norma escrita pode apresentar resultados verdadeiramente desastrosos em relação à efetivação do direito, tendo em vista que a antevisão do legislador não é capaz de abranger todas as variáveis do fenômeno jurídico. Daí porque os sistemas normativos são naturalmente incompletos e incapazes de fornecer todas as respostas para as demandas sociais. Nesse sentido é a clássica lição de Claus-Wilhelm Canaris, *verbis*: “*De facto a formação de um sistema completo numa determinada ordem jurídica permanece sempre um objectivo não totalmente alcançado. Opõe-se-lhe, invencivelmente, a natureza do Direito e isso a dois títulos. Por um lado, uma determinada ordem jurídica positiva não é uma ratio scripta, mas sim um conjunto historicamente formado, criado por pessoas, apresentado como tal, de modo necessário, contradições e incompletudes, inconciliáveis com o ideal da unidade interior e de adequação e, assim, com o pensamento sistemático. Mas por outro lado, há na própria idéia do Direito um elemento imanente contrário do sistema e, designadamente a chamada ‘tendência individualizadora’ da justiça que contracenando com o pensamento sistemático – assente na tendência generalizadora! – tem como conseqüência o surgimento de normas que a priori se opõem à determinação sistemática. ‘Quebras no sistema’ e ‘lacunas no sistema’ são, por isso, inevitáveis.*”¹⁵.

Ora, como magistralmente expõe Canaris, as rupturas e as lacunas representam uma realidade natural de qualquer sistema normativo, não sendo possível conceber qualquer conjunto regrador isento de falhas ou omissões. Sendo inerente ao sistema normativo, portanto, cai por terra a noção de completude, não sendo justificável a postura de repulsa do hermeneuta em conferir um sentido mais amplo do que aquele semanticamente apostado na norma escrita. Diante da constatação de que o sistema jurídico é incompleto, a atividade do intérprete não pode ser escravizada diante do contexto meramente gramatical da norma escrita. A solução da incompletude inata dos sistemas normativos passa por uma atitude proativa do intérprete, buscando contextualizar a norma jurídica no âmbito das demandas sociais apresentadas. “*O processo interpretativo/hermenêutico tem (deveria ter) um caráter produtivo, e não, meramente reprodutivo. Essa produção de sentido não pode, pois, ser guardada sob um hermético segredo, como se sua holding fosse uma abadia do medievo. Isto porque o que rege o processo de interpretação do*

¹⁵ *In: Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito, 3ª ed.* Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 2002, p. 199-200.

texto legal são as suas condições de produção, as quais, devidamente difusas e ocultas(da)s, aparecem – no âmbito do discurso jurídico dogmático permeado pelo respectivo campo jurídico – como se fossem provenientes de um ‘lugar virtual’, ou de um ‘lugar fundamental’.”¹⁶.

Libertando-se o intérprete das amarras do conteúdo semântico da norma escrita, deverá nutrir sua atividade com a mensuração das alterações sociais havidas após a concretização da atividade do legislador. Busca-se, portanto, harmonizar o texto legal com as necessidades correntes da sociedade, mesmo que a conclusão final possa parecer, em um primeiro momento, contrária ao “texto escrito”. Não se trata de alterar a significação e a amplitude da norma jurídica, mas apenas contextualizá-la no âmbito das vigentes necessidades sociais.

A completude formal do texto normativo pode até servir de desculpa ou justificativa para frear a evolução dos institutos jurídicos, posto que se delegam integralmente ao parlamento as imperfeições do sistema normativo. Escudado na alegação da imperfeição inata da norma jurídica, o intérprete justifica sua omissão e letargia, aguardando que as “soluções” das incongruências do sistema sejam resolvidas por intermédio de um incerto e tormentoso processo legislativo. Essa árdua tarefa de adequação é conferida, de maneira mais contundente, aos intérpretes finais da norma, que são os Juízes e Tribunais. Nesse diapasão, o Poder Judiciário desempenha o papel de buscar a correção das inadequações do sistema normativo e sua atualização diante das novas demandas sociais. Com efeito, o superado dogma da completude do sistema normativo é, a nosso ver, uma mera desculpa para eximir do desempenho da função criadora do direito. Ao julgador é exigida a função de edificar o direito, estabelecendo um ambiente propício para a concretização da harmonia social. “...a função jurisdicional, quer seja ela de ‘subsunção’ do fato à norma, quer seja de ‘integração’ da lacuna, não é passiva, mas ativa, contendo uma dimensão nitidamente ‘criadora’, uma vez que os juízes dispõem se for necessário, os tesouros de engenhosidade, para elaborar uma justificação aceitável de uma situação existente, não aplicando os textos legais ao pé da letra, atendo-se, intuitivamente, sempre às suas finalidades, com sensibilidade e prudência, condicionando e inspirando suas decisões às balizas contidas no sistema jurídico, sem ultrapassar, por um instante, os

¹⁶ STRECK, Lênio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise – uma exploração hermenêutica da construção do Direito*, 2ª ed. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2000, p. 79-80.

limites de sua jurisdição.”¹⁷.

Essa “interpretação criadora” também pode ser identificada em sede de direito processual. As normas procedimentais também envelhecem e podem ser revigoradas pelo intérprete, mediante a busca de um sentido mais próximo da realidade vigente. As construções dogmáticas do direito processual se avultam, não sendo crível que o processo não seja dinamizado pela atividade do intérprete. A idéia de não completude dos sistemas também incide sobre as normas de caráter processual, sendo possível a utilização das técnicas e mecanismos de colmatação das normas em geral. Observe-se, por outro lado, que essa constatação não é recente ou mesmo vanguardista. Um dos maiores processualistas do século XX, Eduardo J. Couture, já preconizava: “*Se chegarmos, entretanto, à conclusão de que os princípios são extraídos de uma harmonização sistemática de todos os textos, levando em consideração suas sucessivas repetições, suas obstinadas e constantes reaparições, a tarefa interpretativa, nesse caso, deverá realizar-se mediante o predomínio do princípio, já que ele constitui a revelação de uma posição de caráter geral, assumida ao longo de um conjunto consistente de soluções particulares.*”¹⁸.

Esse choque do princípio com a norma de direito processual, muito bem ilustrado por Couture na transcrição acima, acontece, como já afirmamos anteriormente, em relação às regras de subsidiaridade do processo trabalhista. Essas normas (CLT, art. 769 e 889) foram construídas com fito de se evitar a aplicação do formalismo inerente ao direito processual civil, mediante a fixação de barreiras protetoras dos regramentos mais flexíveis e dinâmicos do direito processual do trabalho. Acontece que, ao longo de décadas de imobilismo do processo laboral, a situação fática sofreu modificações contundentes e, em muitos aspectos, o Código de Processo Civil apresenta uma regulação bem mais benéfica das normas de procedimento.

Sendo o objetivo da regulação processual da CLT criar um sistema eficaz e dinâmico para o processo laboral, não é razoável impedir a aplicação das normas de direito comum que atinjam esse objetivo perseguido. Do ponto de vista ideológico é inconcebível um processo civil mais simples que o processo laboral, tendo em vista que este ramo da processualística foi construído para concretizar um direito material de índole tuitiva. A atividade criadora do intérprete, portanto, deve incidir para afastar essa inaceitável contradição reinante em nossos dias.

¹⁷ DINIZ, Maria Helena. *As lacunas no direito*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1981, p. 256.

¹⁸ *In: Interpretação das leis processuais, 3ª ed.* Rio de Janeiro, Forense, 1993, p. 44.

Por outro lado, essa imposição não se pauta exclusivamente em relação às exigências e características internas do próprio direito processual do trabalho. A partir da edição da Emenda Constitucional nº. 45, de 08 de dezembro de 2004, o texto constitucional passou a ostentar como direito fundamental a garantia de uma “... *razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.*” (CF, art. 5º, LXXVIII). Nesse sentido, a busca pela celeridade processual passa a integrar de forma essencial o nosso ordenamento constitucional, sendo, pois, diretriz obrigatória para o intérprete.

A busca por um processo rápido e efetivo não mais se resume às formulações de índole acadêmica e passa a integrar nosso ordenamento como diretriz ideológica básica e influenciadora de todos os ramos da processualística. Tratando-se, pois, de direito fundamental, a garantia da celeridade de tramitação do processo, vincula a atividade jurisdicional em todos os seus níveis. Como bem acentua o constitucionalista português J.J. Gomes Canotilho, *verbis*: “*Os diferentes tribunais (civis, laborais, constitucionais) devem considerar os direitos e liberdades e garantias como medidas de decisão dos casos concretos em primeira linha pela mediação legal dos direitos, liberdades e garantias, devem também dar operatividade prática à função de protecção (objectiva) dos direitos, liberdades e garantias.*”¹⁹. Quando o mestre de Coimbra se refere ao termo *medidas de decisão*, deixa clara a idéia de que a atividade jurisdicional não se reporta apenas ao texto normativo explicitado na ordem jurídica, mas, principalmente, aos direitos fundamentais reconhecidos pelo sistema político-jurídico vigente. Sem a atuação concreta do poder judiciário, os direitos fundamentais resumem-se a uma peça estritamente retórica, desprovida de concretude.

Ora, se o texto constitucional vigente impõe a busca de um processo célere e mais efetivo, porque o juiz do trabalho deve recusar a aplicação de uma norma de processo civil mais dinâmica e flexível? Admitir a inflexibilidade do conteúdo formal do art. 769 da CLT, significa, nos dias atuais, negar a própria eficácia de um direito fundamental. Essa negação, muitas vezes, pode ser justificada pela observância cega do princípio da legalidade²⁰, consubstanciando-se na assertiva segunda a qual a lei regula

¹⁹ In: *Direito constitucional e teoria da constituição*, 3ª ed. Coimbra, Almedina, 1999, p. 1.210-1.211.

²⁰ Infelizmente o discurso de prevalência da norma de processo do trabalho, mesmo que flagrantemente anacrônica, é vindicado por juslaboralistas de escol. É o caso do eminente Manoel Antônio Teixeira Filho que asseverou o seguinte: “*Uma coisa, portanto, é adotar-se, ocasionalmente, em caráter, supletivo, normas do processo civil para suprir omissões existentes no do trabalho; outra, substituir-se, por meio de construção doutrinária ou jurisprudencial, as disposições da CLT (concernentes ao procedimento da liquidação e ao processo de execução) por outras, componentes do sistema do*

integralmente determinada matéria.

Essa pretensa ditadura do texto normativo infraconstitucional nunca teve prestígio entre os constitucionalistas. A prevalência dos direitos fundamentais é característica de todos os ordenamentos contemporâneos, inclusive o brasileiro. O regramento processual, portanto, deve ser norteado pela incidência direta e vinculadora dos direitos fundamentais, principalmente na interpretação de suas normas. “*O Estado passa a aparecer, assim, como o devedor de postura ativa, no sentido de uma postura integral e global dos direitos fundamentais, deixando de ocupar – na feliz formulação de Vieira de Andrade – a posição de ‘inimigo público’, ou pelo menos, não mais de inimigo número um (ou único) da liberdade e dos direitos dos cidadãos, como poderíamos acrescentar.*”²¹.

Estabelece o texto constitucional apenas o direito a um processo célere e efetivo, não disciplinando de maneira expressa os caminhos para a concretização dessa garantia. Se assim o fosse, os direitos fundamentais se dirigiam apenas aos legisladores, que estariam encarregados de modernizar todo o arcabouço normativo infraconstitucional. Essa constatação, além de equivocada esbarraria na própria impossibilidade material de se modernizar periódica e rotineiramente as normas legais. Essa tarefa de adequação é precipuamente atribuída ao poder judiciário que, nesse aspecto, se apresenta como o verdadeiro devedor (utilizando a expressão de Ingo Sarlet) da efetivação dos direitos fundamentais.

Sob todas as óticas possíveis, é viável concluir que as regras tradicionais de aplicação subsidiária das normas de direito processo civil se revelam anacrônicas. A premissa básica de superioridade finalística das normas de processo do trabalho não é mais verificável e afigura-se, em muitos casos, absolutamente inverídica. Todo o ambiente sócio-jurídico atual conspira contra a vedação expressa da aplicação das normas de processo civil ao processo do trabalho, tendo em vista que aquelas, em muitas situações tornaram-se mais aptas para resolver os litígios de índole trabalhista.

Nessa situação, a comparação entre as normas de processo civil e processo laboral não leva em consideração apenas a expressa previsão textual,

processo civil. No primeiro caso, há integração legal; no segundo, arbitrariedade manifesta.”(In: As novas leis alterantes do processo civil e sua repercussão no processo do trabalho. Revista LTr, Ano. 70, n°. 03, São Paulo, LTr, março de 2006, p. 274-299 (275).

²¹ SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais e direito privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. In: Ingo Wolfgang Sarlet (org.) *A constituição concretizada – construindo pontes com o público e o privado*. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2000, p. 107-164 (118).

mas sim o grau de eficiência dentro do sistema processual. A ponderação leva em conta, por conseguinte, o resultado final da aplicação dos marcos normativos, e não apenas sua existência formal. Como bem observa Luciano Athayde Chaves, debruçando-se sobre o tema: “*Os valores cultivados pela ciência jurídica, bem como a clara resistência da sociedade à continuidade de concessão dos privilégios a que ainda faz jus o Poder Público, em agressão permanente ao princípio da isonomia (de raiz constitucional), são elementos que indicam, claramente, a quebra da isomorfia que deve imperar entre os subsistemas que formam um dado ordenamento jurídico (fato, valor e norma), caracterizando, assim, quadro ontologicamente lacunoso no sistema processual do trabalho, passível, pois, de heterointegração.*”²²

O contexto acima descrito, portanto, exige uma verdadeira reconstrução do método de aplicação subsidiária do processo comum ao processo do trabalho. Tal método, portanto, não é construído exclusivamente na análise formal da omissão legislativa, mas sim na aferição da possibilidade de a norma de processo comum apresentar-se mais adequada para promover uma tutela executiva mais rápida e efetiva. Nesse sentido é que propusemos de fato uma verdadeira releitura do sistema de aplicação subsidiária das normas de direito processual comum ao processo do trabalho.

Como vimos que a mera existência de norma trabalhista regulando as questões processuais não impede a aplicação do processo comum, resta-nos esmiuçar o método próprio para se proceder a esta aplicação. Nesse sentido, a atividade do intérprete não é mais norteadada pela simples aferição formal da existência da norma, mas sim pela comparação das normas em relação à concretização da prestação jurisdicional. Esse método, portanto, envolve um número maior de operações por parte do intérprete, que se desapega da análise superficial da norma e vincula-se ao seu aspecto teleológico diante das necessidades modernas da sociedade por uma prestação jurisdicional rápida e efetiva.

A implementação desse método pressupõe a identificação de três situações decorrentes do confronto com as normas de direito processual comum. Na primeira situação, não existe regramento próprio da norma processual trabalhista. Trata-se da hipótese clássica das regras de subsidiariedade, que, para efeito deste estudo, vamos denominar de hipótese de *regulamentação inexistente*.

Na segunda situação, o processo do trabalho limita-se a identificar o

²² *Op.cit.* p. 249.

instituto processual, sem conferir-lhe uma regulamentação específica. Nesse caso, o direito processual do trabalho, embora não sendo omissivo quanto ao instituto, não é capaz de estabelecer um regramento autônomo. Vamos denominar essa situação de hipótese de *regulamentação referencial*.

Na última situação, o direito processual do trabalho regula de forma sistematizada o instituto, em concorrência com o processo comum. Denominemos essa hipótese de *regulamentação concorrente*.

Passemos à análise individualizada das hipóteses acima enumeradas.

3.1. Hipóteses de regulamentação inexistente

Nessa situação, conforme já afirmamos acima, o direito processual do trabalho não se debruça sobre o instituto processual, revelando-se formalmente omissivo em relação ao tema. Trata-se de hipótese clássica regulada de forma direta pelos artigos 769 e 889 da CLT.

Essas situações corriqueiras demandam uma solução simples do ponto de vista teórico, mas de difícil operacionalização do ponto de vista prático. A inserção das normas de direito processual não se aperfeiçoa de forma automática, posto que pressupõe a compatibilidade ideológica com o processo do trabalho. Essa aferição de compatibilidade, no entanto, é que causa os grandes problemas de construção do direito processual do trabalho no âmbito jurisprudencial.

Exemplos de hipóteses de regulamentação inexistente são as questões relativas à intervenção de terceiros, reconvenção, antecipação genérica dos efeitos da tutela jurisdicional, processo cautelar, ação de consignação em pagamento, entre outras situações recorrentes no cotidiano forense. Em todas elas a legislação processual trabalhista apresenta-se absolutamente omissiva, restando a absorção, quando possível, das diretrizes normativas próprias do direito processual, desde que compatíveis com os fundamentos ideológicos da disciplina laboral. O método para a colmatação dessa modalidade de lacunas não é objeto de maiores controvérsias entre os autores, mas sim as soluções apontadas para cada uma das hipóteses.

3.2. Hipóteses de regulamentação referencial

Tradicionalmente a doutrina não se debruça sobre a situação na qual a norma trabalhista, embora se refira expressamente ao instituto processual,

não nos oferece um regramento sistematizado. Nessa situação não existe uma omissão formal da legislação trabalhista, mas, tão-somente, a inexistência de um regramento próprio.

Tomemos como exemplo, para fins de esclarecimento da hipótese, o problema da liquidação no âmbito do processo trabalhista. O *caput* do art. 879 da CLT faz referência expressa a três modalidades de liquidação: por cálculos, por arbitramento e por artigos. Os parágrafos subsequentes regulamentam apenas a liquidação por cálculos, inexistindo qualquer tratamento sistêmico para as liquidações por arbitramento e por artigos. Nessa situação não há uma omissão formal da CLT, no entanto o instituto carece de regulamentação específica, demandando a absorção das normas de direito processual.

É lógico que a assimilação dessas normas de direito processual comum pressupõe uma adequação ideológica com o direito laboral, posto que esse é o requisito indispensável para a aplicação subsidiária. É imperioso, entretanto, demonstrar que, nessas situações, as remissões feitas pela norma de direito processual do trabalho são meramente referenciais, caracterizando a incompletude do sistema normativo.

Várias são as situações que podem ser tipificadas como hipóteses de regulamentação referencial: ação rescisória (CLT, art. 836), conexão e continência (CLT, art. 842), litisconsórcio (CLT, art. 843, *caput* – denominado de *reclamações plúrimas*), execução provisória (CLT, art. 899)²³, adjudicação de bens pelo devedor (CLT, art. 888, § 3º), entre outros.

Nesse caso, a concretização do método pressupõe a identificação da falha no sistema normativo trabalhista e sua solução por intermédio da absorção das normas de direito processual comum. Essa transposição, é óbvio, respeita as bases ideológicas do direito processual do trabalho.

É óbvio que, pelas dimensões do presente trabalho, não se busca exaurir todas as situações de adequação procedimental nas hipóteses de regulamentação referencial. Entretanto, é indispensável destacar que, em tais hipóteses, a postura do intérprete não se resume a identificar topologicamente a remissão feita pela norma trabalhista, mas sim caracterizá-la como de índole meramente referencial e promover a colmatação da lacuna mediante a

²³ Quanto à execução provisória, diversos doutrinadores defendem a idéia de que a CLT estabelece limites para a atuação do credor. Não é aceitável, portanto, partir-se da premissa de que o diploma consolidado apresenta-se auto-suficiente quanto à regulação da execução provisória. De fato, o contido no art. 899 da CLT resume-se a identificar no âmbito do direito processual do trabalho a possibilidade de manejo do instituto da execução provisória. Ao se reportar à locução “*até a penhora*”, não se estabelece um limite intransponível para a continuidade do procedimento executório. O texto limitou-se a adotar a sistemática vigente quando de sua edição, não sendo possível visualizar, no nosso entender, a fixação de qualquer elemento normativo definidor ou limitador da prática dos atos relativos à execução provisória.

aplicação das normas de processo comum, observada a construção ideológica do processo laboral.

3.3. Hipóteses de regulamentação concorrencial.

Pode acontecer que, embora a legislação processual trabalhista regule integral e sistemicamente a matéria, a norma de direito processual civil se apresente mais apta a promover uma prestação jurisdicional rápida e efetiva. Pela aplicação da literalidade do disposto na CLT, arts. 769 e 889, a existência de norma trabalhista expressa implicaria na impossibilidade de se transpor o normativo comum ao processo laboral. Ao longo de nosso trabalho, pontificamos a tese de que a interpretação meramente gramatical dos textos referenciados não exprime de forma clara a real vocação do direito processual trabalhista.

Esse ramo da processualística deve ser célere, posto que é instrumental em relação a um direito de caráter protecionista. A autonomia do processo do trabalho só se justifica diante da possibilidade de implementar um trâmite processual mais dinâmico e efetivo do que aquele previsto pelas normas de direito comum. Como bem assevera Guillermo Cabanellas: *“La lentitud de la justicia ordinária y lo costoso de los procesos seguidos ante ella son argumentos de plena eficacia para um poder judicial laboral distinto, que resuelve com la urgencia precisa los problemas de carácter alimentario que se plantean em los más de los pleitos del trabajo para el trabajador, que se vê disminuidos arbitrariamente sus derechos salariales o se encuentra privado em absoluto de su fuente de ingresos, por um despido sin causa.”*²⁴.

A situação em que a norma de direito processual civil se afigure mais simples e efetiva do que a de processo do trabalho não foi cogitada pela doutrina tradicional. Sempre se partiu da premissa de que a normatização trabalhista, embora lacônica, seria mais acessível do que aquele contida no processo comum. Nos dias atuais, conforme exaustivamente exposto, essa assertiva não é necessariamente verdadeira. Ou seja, é possível o confronto das normas processuais, com uma nítida vantagem para o processo comum. São, portanto, situações desse jaez que traduzem o dilema do intérprete nas hipóteses de regulamentação concorrencial. Nesse caso seria muito cômoda a posição de apenas lamentar o anacronismo da legislação trabalhista e recomendar a adoção das soluções *de lege ferenda*. De fato, o próprio direito processual do

²⁴ In: *Compendio de derecho laboral, tomo II, 4ª ed.* Buenos Aires, Heliasta, 2001, p. 762.

trabalho nos fornece elementos necessários para a transposição dessa situação paradoxal. Basta que se reconheça a superioridade do processo comum na comparação com o processo do trabalho, e se adaptem os normativos daquela disciplina aos ambientes deste ramo da ciência do direito.

Nesse sentido, o método proposto para as chamadas hipóteses de regulamentação concorrencial envolve uma atividade cognitiva adicional do intérprete. Enquanto nas outras hipóteses, a atividade inicial do intérprete se limitava à aferição topológica da omissão, na regulamentação concorrencial, a análise preliminar pressupõe uma ponderação de ordem valorativa. Em outras palavras, no cotejo entre as normas apresentadas, o hermeneuta deve avaliar o “envelhecimento” da norma trabalhista e eventual preponderância da norma de processo civil. Essa análise deve ser procedida de forma a se projetarem os efeitos concretos da norma no âmbito da dinâmica processual. Afigurando-se o processo civil mais apto para disciplinar os conflitos de índole laboral, abre-se a possibilidade de sua aplicação subsidiária ao processo laboral.

Vejam os de maneira mais detalhada o exemplo decorrente da aplicação da Lei nº. 11.232/2005. Como já dissemos, a referida norma criou um sistema regulador da tutela executiva proveniente de títulos judiciais, onde se dispensou a formação de nova relação processual executiva e a expedição de mandado citatório, além de cominar pena pecuniária para o cumprimento de obrigação de pagar (CPC, art. 475-J). No confronto com o direito processual do trabalho, vê-se que a mesma matéria é referenciada e regulamentada pela consolidação nos seus artigos 880 e seguintes. Ou seja, o direito processual do trabalho positivo permaneceu, pelo menos do ponto de vista formal, com a obrigatoriedade da formação de nova relação processual e, conseqüentemente, a necessidade de expedição de mandado de citação e abertura de prazo para indicação de bens a penhora. Utilizando-se do método tradicional, poderíamos afirmar que não existe lacuna a ser suprida, sendo inaceitável a aplicação do direito processual comum.

No entanto, observando o problema à luz dos fundamentos do direito processual do trabalho, vê-se que o objetivo maior do regramento laboral não foi atingido. Nesse sentido, a comparação valorativa entre os dois ordenamentos jurídicos conduz à conclusão inequívoca de que a norma de processo comum prepondera, sob o ponto de vista de dinâmica e efetividade, sobre a norma de direito processual do trabalho.

Trata-se, portanto, da primeira operação a ser implementada pelo intérprete, que, no entanto, não prescinde das demais etapas destinadas a analisar

as hipóteses de regulamentação. Ou seja, não basta apenas a realização da análise valorativa da norma. Deverá o intérprete verificar se todos os aspectos desse conjunto normativo adaptam-se ao direito processual do trabalho, tendo em vista a necessidade de respeito de suas diretrizes ideológicas.

No âmbito da regulação da tutela executiva, a concretização das hipóteses de regulação concorrencial se apresenta de forma mais visível e concreta. Conforme já afirmamos, o direito processual do trabalho não foi capaz de formular uma dogmática própria da tutela executiva, limitando-se a adaptar as normas processuais já em vigor no âmbito do Código de Processo Civil de 1939. Por outro lado, o processo do trabalho sempre se revestiu do caráter tutelar, na medida em que se apresenta como instrumento de realização de um subsistema jurídico de índole inegavelmente tuitiva.

Ora, não tendo o direito processual do trabalho uma estrutura dogmática própria da tutela de execução, não existe qualquer justificativa lógica para que se defenda a manutenção de um sistema ideológico que o próprio processo civil rejeita. Nesse sentido, em grande parte dos regramentos relacionados com a tutela executiva trabalhista, encontram-se inegavelmente em posição de inferioridade quando comparados aos seus congêneres cíveis.

No âmbito da tutela de execução, portanto, vislumbramos um terreno extremamente fértil para a aplicação concorrencial das normas de processo comum. Reiteramos que essa aplicação, por outro lado, não implica na eliminação da autonomia epistemológica do direito processual do trabalho, mas sim no realce dos princípios basilares e na simplicidade, efetividade e rapidez que sempre nortearam essa disciplina jurídica.

4. Da casuística da aplicação das inovações do Processo Civil à execução trabalhista

Assimilar todos os aspectos da guinada ideológica do direito processual civil significa, em última análise, a verdadeira reconstrução da execução trabalhista. É a completa releitura das bases dogmáticas e a apresentação de um novo roteiro da execução laboral, mediante a eliminação da maior parte de seus entraves formais. É óbvio que, diante das dimensões do presente estudo, essa hercúlea tarefa se apresente inexecutável. Por tal motivo, destacamos apenas quatro eixos centrais na análise casuística do tema, que, entretanto têm a capacidade de apresentar uma visão geral da importância da inserção das novas diretrizes ideológicas do processo civil. Os quatro eixos centrais

da temática são, portanto, os seguintes: a) execução provisória; b) citação, nomeação de bens à penhora e aplicação de multa nas execuções de obrigações de pagar; c) relativização da suspensividade dos meios de impugnação do devedor; d) diversificação dos meios de expropriação.

Passemos à análise de cada um dos eixos dogmáticos propostos.

4.1. Execução provisória

Restringiu-se a Consolidação a referenciar a possibilidade de ocorrência da execução provisória no âmbito da normatização relativa aos recursos feita no art. 899, afirmando laconicamente que é “...*permitida a execução provisória até a penhora*”.

Trata-se, portanto, da única menção que a Consolidação das Leis do Trabalho fez em relação ao instituto da execução provisória. Não há qualquer tipo de regulamentação do instituto nos tímidos limites da legislação processual trabalhista. Observe-se que o laconismo da consolidação nesse assunto é, de certa forma, justificável, tendo em vista que o diploma regulador do direito processual civil, na época da aprovação da Consolidação, pouca importância dispensava ao tema da execução provisória. O Código de Processo Civil de 1939 dispunha, no seu art. 883, III, que, no âmbito da execução provisória, era proibida a prática de atos de “...*alienação de domínio*”, sendo condicionado o levantamento de dinheiro à prestação de caução idônea. Como a prestação de caução para a prática de atos processuais não é procedimento facilmente acomodável na realidade do direito processual do trabalho, deve-se supor que o regramento previsto na parte final do art. 899 da CLT parecesse suficiente.

Nesse sentido, pelo menos na vigência do CPC de 1939, a execução provisória trabalhista encontrava-se circunscrita aos atos de apreensão do patrimônio do devedor, sendo remotas as possibilidades de transferência patrimonial. Essa situação perdurou com o advento do Código de Processo Civil vigente que, em sua redação original, manteve praticamente a mesma sistemática adotada pela legislação anterior²⁵.

²⁵ Assim dispunha o Código de Processo Civil em sua redação vigente

Art. 588. *A execução provisória da sentença far-se-á do mesmo modo que a definitiva, observados os seguintes princípios:*

I - corre por conta e responsabilidade do credor, que prestará caução, obrigando-se a reparar os danos causados ao devedor;

II - não abrange os atos que importem alienação do domínio, nem permite, sem caução idônea, o levantamento de depósito em dinheiro;

III - fica sem efeito, sobrevindo sentença que modifique ou anule a que foi objeto da execução, restituindo-se as coisas no estado anterior.

A partir da edição da Lei nº. 10.444, de 07 de maio de 2002²⁶, a regulação da execução provisória no âmbito do processo civil modificou de maneira contundente os impedimentos outrora expostos, trazendo: a) a possibilidade de desencadeamento da execução provisória sem a necessidade de caucionamento; b) a exigência do caucionamento apenas para a prática de atos de transferência de domínio; c) a possibilidade de dispensa da prestação de caução quando a obrigação, objeto da execução, fosse inferior a sessenta salários mínimos e o exequente demonstrasse se encontrar em “*estado de necessidade*”.

As mudanças, no entanto, não pararam por aí. A nova sistemática da tutela de execução trazida pela Lei nº. 11.232/2005, manteve os avanços da norma anterior e possibilitou a dispensa de caução para as transferências de domínio pendente agravo de instrumento em face de recurso extraordinário ou especial (CPC, art. 475-O, § 2º, II).

Vê-se, portanto, que a sistemática da execução provisória vigente difere substancialmente daquela em curso quando do advento da consolidação de 1943. Não é aceitável, portanto, partir-se da premissa de que o diploma consolidado apresenta-se auto-suficiente quanto à regulação da execução provisória. De fato, o contido no art. 899 da CLT resume-se a identificar no âmbito do direito processual do trabalho a possibilidade de manejo do instituto da execução provisória. Ao se reportar à locução “*até a penhora*”, não se estabelece um limite intransponível para a continuidade do procedimento executório. O texto limitou-se a adotar a sistemática vigente quando de sua edição, não sendo possível visualizar, no nosso entender, a fixação de qualquer elemento normativo definidor ou limitador da prática dos atos relativos à execução provisória. Trata-se inegavelmente de uma hipótese de regulação referencial que deve ter seu conteúdo preenchido pelas normas de direito

Parágrafo único. No caso do n.º III, deste artigo, se a sentença provisoriamente executada for modificada ou anulada apenas em parte, somente nessa parte ficará sem efeito a execução.

²⁶ Com a edição da mencionada lei, o art. 588 do CPC passou a ter a seguinte redação:

“Art. 588. A execução provisória da sentença far-se-á do mesmo modo que a definitiva, observadas as seguintes normas:

I - corre por conta e responsabilidade do exequente, que se obriga, se a sentença for reformada, a reparar os prejuízos que o executado venha a sofrer;

II - o levantamento de depósito em dinheiro, e a prática de atos que importem alienação de domínio ou dos quais possa resultar grave dano ao executado, dependem de caução idônea, requerida e prestada nos próprios autos da execução;

III - fica sem efeito, sobrevindo acórdão que modifique ou anule a sentença objeto da execução, restituindo-se as partes ao estado anterior;

IV - eventuais prejuízos serão liquidados no mesmo processo.

§ 1º No caso do inciso III, se a sentença provisoriamente executada for modificada ou anulada apenas em parte, somente nessa parte ficará sem efeito a execução.

§ 2º A caução pode ser dispensada nos casos de crédito de natureza alimentar, até o limite de 60 (sessenta) vezes o salário mínimo, quando o exequente se encontrar em estado de necessidade.”

processual civil.

A expressão “*até a penhora*” teve apenas a finalidade de esclarecer o conteúdo da execução provisória e a impossibilidade, na época, de permitir a prática de atos de transferência patrimonial. Nesse sentido, o marco normativo a ser observado é aquele presente na legislação processual civil, fonte subsidiária do processo do trabalho. É lógico que a observância desse marco normativo não afasta as peculiaridades próprias do direito processual do trabalho, o que significa dizer que o disposto no CPC, art. 475-O é plena e totalmente aplicável ao direito processual do trabalho, ressaltando apenas as diretrizes ideológicas próprias.

Nessa estruturação interpretativa da execução provisória trabalhista, entretanto, algumas adaptações devem ser promovidas. Em primeiro lugar, nada impede que a execução provisória seja iniciada de ofício pelo próprio Juiz do Trabalho. No âmbito do direito processual civil, a execução provisória tem início pela provocação da parte interessada, não sendo possível a provocação de ofício pelo juiz (CPC, art. 475-O, I). Esse viés procedimental, no entanto, não pode ser transmitido ao direito processual do trabalho. É característica marcante e indelével do processo do trabalho a postura inquisitorial do Juiz do Trabalho, podendo adotar as medidas que entenda necessárias para a concretização da tutela jurisdicional (CLT, art. 765). Esse caráter dinâmico e proativo da prestação jurisdicional trabalhista apresenta-se de maneira ainda mais contundente quando nos deparamos com a tutela executiva. É que, em se tratando de desencadeamento dessa fase procedimental, há previsão expressa de atuação de ofício do Juiz, não só para iniciar o procedimento de liquidação (CLT, art. 879), como também da própria prática dos atos executivos (CLT, 878). Segundo preleciona Manoel Antônio Teixeira Filho, “...quando a norma processual trabalhista (CLT, art. 878, caput) atribui ao juiz o poder-faculdade de promover a execução, não se deve pensar que essa iniciativa judicial se esgota no ato de dar início a esse processo, se não se estende ao conjunto dos atos integrantes do procedimento executivo – exceto se, em dado momento, a atuação da parte for indispensável.”²⁷

Por outro lado, as alterações mais contundentes promovidas no âmbito da execução provisória podem ser assimiladas sem qualquer problema. A legislação processual civil descreve duas situações em que, a despeito da provisoriedade da execução, é possível concretizarem-se integralmente os atos executórios, mesmo sem garantia dada pelo credor.

²⁷ In: *Execução no processo do trabalho*, 7ª ed. São Paulo, LTr, 2001, p. 141-142.

Trata-se de medida extremamente lúcida e sintonizada com uma realidade processual que necessita se apresentar dinâmica e efetiva. Ao se impedir a implementação integral dos atos executórios com a finalidade de se aguardar o pleno exaurimento das instâncias recursais, estar-se-ia atribuindo exclusivamente ao credor o ônus pelo retardo processual. O direito processual contemporâneo busca, de certa forma, ratear entre o autor e o réu os contratempos pela demora na prestação jurisdicional que, na maioria das vezes, ocorre pelo manejo desnecessário de medidas defensivas.

Assim, ao se tornar relativa a exigência de garantia para a continuidade da execução provisória, o direito processual faz com que o retardo na obtenção da coisa julgada não seja situação beneficiadora apenas do executado. Distribuem-se, de forma equânime, entre credor e devedor os resultados indesejados da manipulação excessiva e irracional dos meios recursais. Generalizar essa possibilidade é, portanto, medida que visa a integralizar o ideal de efetividade da prestação jurisdicional em relação a todos os envolvidos na relação processual. Essa constatação ganha ainda mais pujança quando nos defrontamos com a tutela executiva decorrente de título judicial, já devidamente referendado pelo poder judiciário. Permitir que apenas venham a ser prevenidos os danos causados ao devedor é, no mínimo, solapador do princípio da isonomia tão eloqüentemente descrito no *caput* do art. 5º da CF.

Nesse sentido, a legislação processual civil permite que sejam praticados todos os atos executivos de desapossamento e de conversão quando o devedor prestar caução (CPC, art. 475-O, III). No entanto, admite a legislação processual civil que, mesmo sem a garantia oferecida pelo exeqüente, os atos executivos possam envolver ações relativas à alienação do patrimônio penhorado, bem como o próprio levantamento, por parte do exeqüente, dos valores depositados. Essa dispensa do caucionamento só poderá ser observada em duas situações bem delimitadas pelo legislador (CPC, art. 475-O, §2º).

A primeira hipótese diz respeito à própria natureza do crédito objeto da condenação. Tratando-se de obrigações de caráter alimentar ou decorrentes da reparação de atos ilícitos, é dispensada a prestação da caução para continuidade da execução provisória. Nessa situação não é bastante que a natureza do crédito seja alimentar, devendo ainda não ultrapassar o montante de sessenta salários mínimos e demonstrar que o exeqüente se encontra em *situação de necessidade* (CPC, art. 475-O, §2º, I).

A segunda hipótese apresenta-se bem mais simples e objetiva. Basta que a execução provisória seja promovida na pendência de agravo de

instrumento no qual se discute a admissibilidade de recurso extraordinário e especial (CPC, art. 475-O, § 2º, II).

A assimilação, portanto, dessas duas hipóteses autorizadoras para a continuidade da execução, mesmo na pendência do trânsito em julgado permitem combater de forma inteligente a avalanche de recursos manejados pelo devedor e, que, de certa forma invertem o ônus do tempo processual.

4.2. Citação, nomeação de bens à penhora e aplicação de multa nas execuções de obrigações de pagar

Mesmo na época em que prevalecia na processualística comum a obrigatoriedade da formação de uma relação processual executiva autônoma, a ocorrência e a obrigatoriedade da citação do devedor apresentava-se como uma anomalia. Com efeito, a ficção criada pelo sistema moderno de desmembrar a tutela executiva da tutela de conhecimento, fez com que surgisse a necessidade da realização de uma nova citação do devedor. Nesse sentido, a existência da citação na execução apresentava-se como necessidade de índole puramente formal, tendo em vista que o devedor, integrando a relação processual cognitiva, já tinha pleno conhecimento da obrigação que lhe fora imputada. É certo que a citação do devedor ainda se apresenta indispensável no âmbito da execução fundada em títulos extrajudiciais (CPC, art. 652; CLT, art. 876, *caput, in fine*), bem como em algumas modalidades de execução de títulos judiciais, preconizados pelo CPC, art. 475-N, II a VII. Nessas situações, a operacionalização do mandado citatório afigura-se indispensável tendo em vista que o devedor não tem conhecimento, pelo menos oficial, de que o aparato do poder judiciário foi movimentado para fazer cumprir as obrigações preconizadas no título. Sem a citação nas hipóteses anteriormente elencadas, não se abriria a possibilidade de o devedor cumprir voluntariamente a obrigação contida no título.

No caso da execução da sentença, a utilização do instituto da citação não apresenta qualquer justificativa de ordem prática para sua utilização. É certo que devemos destacar a vetusta construção doutrinária, que nos legou uma execução de título judicial como procedimento autônomo e independente, integrador de outra relação processual. Consagramos em nosso direito processual moderno a idéia de que as sentenças condenatórias não poderiam ser efetivadas no âmbito de uma mesma relação processual, sendo necessária a formulação de nova ação, agora de feição executiva. Com bastante precisão,

a questão é resumida pelo processualista Humberto Theodoro Júnior: “Assim, depois de séculos e séculos de informalidade no cumprimento das sentenças, voltava este a se submeter à velharia ultrapassada e injustificável da *actio iudicati*. Tal como há quase dois mil anos antes, a parte voltou a submeter-se à inexplicável obrigação de propor, sucessivamente, duas ações para alcançar um único objetivo: a realização do crédito inadimplido pelo réu; ou seja, uma ação cognitiva, que terminava pela sentença, e outra executiva, que começava depois da sentença e nela se fundava.”²⁸ .

Com efeito, apenas anos de acomodação e letargia da processualística poderiam justificar a permanência por tanto tempo de um instrumento de comunicação dos atos processuais destinado exclusivamente a “pedir” ao devedor para cumprir a obrigação perfeitamente delimitada no âmbito de um exaustivo processo de conhecimento. Frise-se que a citação executiva nunca representou uma forma de se abrir ou estabelecer o contraditório em favor do devedor. Pelo contrário. A única finalidade palpável da citação executória consistia na comunicação do devedor para o cumprimento da obrigação e a possibilidade de oferecimento da garantia da execução para o manejo dos meios de tutela respectivos.

A chamada “integração” da relação processual executiva sempre soou como algo artificial e desprovido de finalidade prática. De fato, todos aqueles que militam no âmbito do Poder Judiciário sempre tiveram a constatação empírica da total inutilidade da citação executória. No caso do direito processual do trabalho essa incômoda adaptação da citação ao processo executório ainda se apresentava com mais pujança. Com efeito, o processo de execução trabalhista fundado em título judicial nunca foi autônomo, mas apenas adaptou-se à sistemática da execução civil vigente à época da promulgação da Consolidação das Leis do Trabalho. Frise-se que a referida opinião já foi defendida com brilhantismo (embora posteriormente tenha modificado seu ponto de vista), pelo eminente processualista Manoel Antônio Teixeira Filho: “Sob certo aspecto, a situação ora trazida à balha nos fornece razoáveis subsídios em prol da opinião – pela qual estamos a bater-nos desde as primeiras linhas deste livro – de que a execução trabalhista, de acordo com as disposições legais que a estruturam, foi projetada para servir como simples fase subsequente ao processo de conhecimento, destituída, por isso, de autonomia ontológica, embora não se lhe possa negar independência

²⁸ In: *As vias de execução do Código de Processo Civil brasileiro reformado*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2006, p. 294 (284-329)

finalística. No plano de sua realização prática, essa execução não se dispõe de maneira diversa da que foi legalmente idealizada."²⁹

É até estranho pensar em uma citação com a finalidade de integralizar a relação processual executiva, que é iniciada de ofício pelo próprio Poder Judiciário (CLT, art. 878). Inexiste, por conseguinte, justificativa plausível para defender a tese de que o devedor precisa ser comunicado para cumprir a obrigação expressamente contida no título judicial. Mesmo quando se parte da necessidade de se defender a autonomia da relação processual executiva, podemos ver que a citação não é elemento indispensável para concretizar essa citada independência.

O advento da Lei nº. 11.232/2005 afastou da sistemática processual civil esse entulho burocrático, que nunca contribuiu para o aperfeiçoamento da prestação jurisdicional. Desapareceu, por conseguinte, a base ideológica para a manutenção da citação dentro do processo do trabalho. O art. 880 da CLT contempla norma processual trabalhista que destoa com o objetivo de uma prestação jurisdicional rápida e flexível, devendo, portanto, ser admitida a aplicação subsidiária da norma de processo comum, consubstanciando-se assim em hipótese de regulamentação concorrencial.

Transcorrido o prazo para o cumprimento voluntário da obrigação preconizada no título judicial, o devedor, na forma do CPC, art. 475-J, incorrerá em uma multa de dez por cento sobre o valor executado, independentemente de prévia cominação na sentença. Essa alteração, isoladamente, não garante o sucesso das execuções³⁰, no entanto significa um rompimento importante de uma tradição no âmbito da tutela executiva. Normalmente, as execuções de obrigações de pagar eram baseadas em atos sub-rogatórios, tendo em vista única e precipuamente o patrimônio do devedor. Essa modalidade executória sempre se operou por intermédio de meios diretos de ataque ao conjunto patrimonial de devedor. Os meios indiretos de execução buscando o cumprimento das obrigações por parte do devedor, sempre foram utilizados para a efetivação de obrigações de fazer, de não fazer e de entregar coisa.

Conforme lição de Araken de Assis: "*Os meios que abstraem a participação do executado, genericamente designados de 'sub-rogatórios', e a execução em que atuam, chamada de direta, ostentam, todavia determinadas*

²⁹ In: *Execução no processo do trabalho*, 2. ed. São Paulo, LTr, 1991, p. 80.

³⁰ O cotidiano forense tem demonstrado que não é o aumento do montante da execução que garante a efetividade dos atos executórios. O devedor contumaz e inescrupuloso lança mão de atitudes ardilosas para descumprir as obrigações, pouco importando o montante da dívida. A alternativa implementada pelo atual art. 475-J do CPC é apenas mais uma medida em busca da efetividade da execução.

diferenças no modo de penetração na esfera patrimonial do devedor."³¹. A diferença entre a execução direta e a indireta, repousa apenas na possibilidade ou não de responsabilização do patrimônio do devedor, no entanto, o direito brasileiro, no regime anterior ao da Lei nº. 11.232/2005, optou pela adoção quase que exclusiva dos meios sub-rogatórios para a concretização das execuções de obrigação de pagar³². Essa opção do legislador, por outro lado, não significa a exclusão *a priori* dos meios indiretos para a concretização dos comandos jurisdicionais consistente em obrigações de pagar. Trata-se apenas de opção do sistema normativo e não incompatibilidade dogmática dos institutos.

Com efeito, o que se busca da tutela executiva em relação às sentenças condenatórias é a obtenção de um resultado prático que possa concretizar a determinação contida no título judicial. A natureza da obrigação executada não é elemento determinante da natureza das medidas a serem adotadas pelo Poder Judiciário para a concretização de seus comandos. *"...a execução por coerção é modalidade de tutela jurisdicional executiva, nada impedindo que esta modalidade de execução ocorra em decorrência da sentença condenatória. Não é a modalidade de sentença que permite distinguir a medida executiva que será realizada, mas sim, o bem devido que se pretenda obter com tal atividade jurisdicional."*³³.

O sistema normativo vigente é que colocará à disposição do magistrado e dos credores os meios executórios destinados à obtenção do resultado prático e objetivo da tutela executiva. A atividade jurisdicional, portanto, deverá ser operada no âmbito da autorização legal para a prática das medidas de força, sejam elas de caráter coercitivo ou sub-rogatório. Existe, por conseguinte, uma postura finalística da atividade executiva, que só será exaurida mediante a entrega ao credor do bem reconhecido no plano material. Segundo Teori Albino Zavaski: *"A atividade jurisdicional executiva consiste, assim, em efetivar, coativamente, no plano dos fatos, o resultado previsto no ordenamento jurídico, exigível em razão do fenômeno da incidência, que deveria ter sido alcançado, mas não foi, pelo atendimento espontâneo por parte do sujeito*

³¹ In: *Manual do processo de execução*, 5.ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1998, p. 111.

³² Tradicionalmente o direito processual prevê uma medida de pressão específica para as obrigações de pagar alimentos, onde se corrompeu moderadamente o sistema de prevalência das medidas sub-rogatórias nessas modalidades de execução. Trata-se, portanto, da prisão civil do devedor, preconizada exclusivamente para o descumprimento involuntário de pensão alimentícia (CF, art. 5º, LXVII ; CPC, art. 733).

³³ MEDINA, José Miguel Garcia. *Execução civil – teoria geral e princípios fundamentais*, 2. ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2004, p. 403.

obrigado.”³⁴.

As medidas para se obter a concretização da prestação jurisdicional, portanto, representam, tão-somente, o caminho e não a finalidade da tutela executiva. Desde que referendadas pelo ordenamento jurídico, revelam-se aptas para a concretização das obrigações reconhecidas jurisdicionalmente. Essa mudança de enfoque pode muito bem ser detectada no âmbito da previsão da multa de dez por cento preconizada pelo art. 475-J do CPC. É, indubitavelmente, o meio de pressão indireto infligido ao devedor, com o escopo de cumprir voluntariamente a obrigação. Serve como instrumento cominatório e sancionatório pelo descumprimento, sem integrar, por outro lado, o núcleo da obrigação executada.

Nesse caso, o legislador modificou a postura habitualmente ostentada para a execução de obrigação de pagar e atribuiu ao juiz uma forma adicional de pressão para o seu cumprimento. A medida, portanto, não pode ser taxada de ilegal, inconstitucional ou incongruente do ponto de vista dogmático, mas sim uma salutar inovação legislativa que amplia o espectro de instrumentos de pressão à disposição do Poder Judiciário. Revela-se, por conseguinte, um meio adicional de pressão em face do devedor, a fim de tornar não atraente o descumprimento das obrigações reconhecidas no título judicial. Como preleciona Athos Gusmão Carneiro: “*A multa de dez por cento, prevista no texto legal, incide de modo automático caso o devedor não efetue o pagamento no prazo concedido em lei. Visa, evidentemente, compeli-lo ao pronto adimplemento de suas obrigações no plano de direito material, desestimulando as usuais demoras ‘para ganhar tempo. Assim, o tardio cumprimento da sentença, ou eventuais posteriores cauções, não livram o devedor da multa já incidente...*”³⁵

O caráter instrumental da multa preconizada pelo CPC, art. 475-J facilita sobremaneira a sua aplicabilidade ao direito processual do trabalho. Embora a vetusta legislação processual trabalhista não traga nenhuma disposição acerca do tema, não se pode afastar a sua aplicabilidade. Com efeito, conforme exposto anteriormente, a penalidade em análise visa a pressionar o cumprimento das obrigações reconhecidas pelo órgão jurisdicional. Não se trata da imposição de qualquer tipo de conduta ao devedor, mas sim da utilização de um instrumento de pressão adicional para a concretização da tutela jurisdicional.

³⁴ In: *Processo de execução – parte geral*, 3. ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2004, p. 29.

³⁵ In: *Do “cumprimento da sentença”, conforme a Lei nº. 11.232/2005. Parcial retorno ao medievalismo? Por que não?* São Paulo, Revista dos Tribunais, 2006, p. 69 (51-91).

Observe-se que a utilização dessas medidas coercitivas por parte do direito processual do trabalho sempre foi assimilada de maneira unânime por parte da doutrina e da jurisprudência. Nunca se questionou a aplicação das penas pecuniárias diárias (*astreintes*) para o descumprimento das obrigações de fazer e não fazer, conforme preceituado pelo art. 461 do CPC. No caso das obrigações de fazer e de não fazer, assimilou-se integralmente todo o conjunto normativo concernente aos instrumentos de pressão do devedor. Não se impôs ao devedor trabalhista de obrigação de fazer ou não-fazer nenhum tipo de dever não previsto em lei, mas apenas municiou-se o judiciário trabalhista de mais um instrumento de pressão para o cumprimento de tais obrigações.

Atualmente vamos nos deparar com situação idêntica àquela motivada pela assimilação *astreintes* no âmbito do direito processual do trabalho. Ou seja, o direito processual civil criou novos mecanismos de pressão em face do devedor, objetivando o cumprimento das obrigações. Quebrou-se, como já foi afirmado anteriormente, o monopólio das medidas sub-rogatórias como meios executivos das obrigações de pagar. Inexiste, por conseguinte, qualquer óbice legal ou dogmático para absorção de tais medidas no âmbito do direito processual do trabalho.

É certo que a doutrina trabalhista não tem se apresentado muito receptiva à assimilação da multa preconizada pelo atual art. 475-J do Código de Processo Civil. O argumento basilar dos opositores da assimilação dessa regra ao direito processual do trabalho reside no fato de inexistir previsão legal de multa na nossa legislação, sendo, portanto, inviável sua oposição sob pena de ferimento do princípio da legalidade³⁶. Na verdade é necessário que seja estabelecida a natureza jurídica do instrumento imposto pela norma processual civil, para só assim ser avaliada a compatibilidade ao direito processual do trabalho. Tratando-se de simples medida de coerção, proveniente da atividade executiva do juiz, não se pode dar ao referido instituto a pecha de verdadeira “pena” a ser prevista de forma expressa pela legislação.

Como já expusemos, a assimilação das normas de direito processual comum ao processo do trabalho revela-se em função, principalmente, do seu grau de concretização de uma prestação jurisdicional rápida e flexível. Não há dúvidas de que esta medida de pressão estatuída pela legislação processual

³⁶ Trata-se de orientação propugnada por Manoel Antônio Teixeira Filho (vide Processo do trabalho – embargos à execução ou impugnação à sentença? - A propósito do art. 475-J, do CPC. In: *Revista LTr*; v.70, n.º 10, p. 1179-1182. São Paulo, LTr, out. 2006); Edilton Meireles (vide A nova execução cível e seus impactos no processo do trabalho. In: *Revista LTr*; v. 70, n.º 03, p. 347-351. São Paulo, LTr, mar. , 2006); José Augusto Rodrigues Pinto (vide *Execução trabalhista*, 11. ed. São Paulo, LTr, 2006, p. 39); entre outros.

civil cumpre nobremente esta finalidade, sendo plenamente possível sua aplicação ao direito processual do trabalho.

Observe-se que, com a eliminação do mandado de citação, subtrai-se igualmente a possibilidade de o devedor proceder à indicação de bens à penhora. A dicção do art. 475-J do CPC é extremamente clara, no sentido de que, constatada a relutância do devedor em cumprir voluntariamente a obrigação, “...expedir-se-á mandado de penhora e avaliação.”

A opção trazida pela Lei nº. 11.232/2005 foi no sentido de vedar o atraso ou prolongamento da prática dos atos executivos, determinando a expedição automática da ordem de expropriação. Desapareceu de nosso direito a esdrúxula prerrogativa de nomeação de bens à penhora, que tantos dissabores trouxe para a atividade executiva. Surge, portanto, prerrogativa inversa, ou seja, de o próprio devedor proceder à indicação dos bens do devedor que deseja que sofram a penhora (CPC, art. 475-J, § 3º). Como ressalta, Athos Gusmão Carneiro: “*Se o devedor não paga, porque não quer ou porque não pode satisfazer seu débito, a atual citação ‘para, no prazo de 24 horas, pagar ou nomear bens à penhora’, é substituída pela expedição, desde de logo, de mandado de penhora e de avaliação, a requerimento do credor (guarda-se o princípio dispositivo, cuja observância é conveniente pois o credor pode, inclusive, não ter interesse na imediata constrição de bens do devedor).*”³⁷.

Nesse ponto, é imperioso destacar a existência de forte resistência por parte da doutrina em assimilar a eliminação da possibilidade de nomeação de bens à penhora por parte do devedor. O argumento principal (e, no entender de muitos, mais avassalador) reside no fato de que a legislação processual trabalhista trata da questão de forma expressa e preconiza no âmbito da CLT, art. 880: a) a obrigatoriedade da expedição de mandado de citação; b) a concessão de prazo de quarenta e oito horas para o cumprimento da obrigação prevista no título; c) a possibilidade de indicação de bens à penhora, segundo a ordem preferencial do CPC, art. 655³⁸ (CLT, art. 882).

Conforme expusemos, as regras de subsidiariedade do processo do trabalho apresentam-se extremamente anacrônicas, sendo incapazes de acompanhar a velocidade do aprimoramento das normas de direito processual civil. Nesse sentido, dentro das diretrizes estabelecidas para as hipóteses de

³⁷ *Op. cit.* p. 69.

³⁸ É relevante a menção de que a redação originária do art. 655 do CPC endereçava a ordem preferencial de indicação de bens ao devedor. Como eliminação da prerrogativa de nomeação por parte do devedor, inclusive nas execuções fundadas em títulos extrajudiciais, por força da Lei nº. 11.382, de 06 de dezembro de 2006, a ordem preferencial é dirigida ao juízo da execução.

regulamentação concorrencial, é forçoso concluir que o critério básico para formatação do processo lógico de aferição de compatibilidade da norma de processo comum, não é apenas o vazio normativo do direito processual do trabalho. A busca por um processo do trabalho mais dinâmico e flexível faz com que a atividade de intérprete passe necessariamente pela aferição ideológica da compatibilidade, sempre analisando qualitativamente as inovações do direito comum. Nesse sentido, utilizando-se de nosso processo lógico de aplicação subsidiária da norma de processo comum, devemos analisar, em primeiro lugar, se existe compatibilidade lógica em relação aos fundamentos ideológicos do direito processual do trabalho.

Na hipótese vertente, a eliminação da expedição de mandado de citação e do incidente de nomeação de bens à penhora por parte do devedor adequa-se perfeitamente à busca de uma norma processual de caráter flexível e dinâmico. Por outro lado, o contido no CPC, art.475-J não fere nenhum dos fundamentos ideológicos sob os quais foi construído o nosso direito processual do trabalho. Pensando de maneira mais crítica, do ponto de vista sistêmico, o regramento do CPC, art. 475-J é bem mais compatível com um modelo de execução que se inicia por provocação do próprio juiz, do que pelo vetusto e insólito art. 880 da CLT.

Não há qualquer racionalidade em se manter um sistema de manejo da tutela executiva, simplesmente pelo fato de que não houve o competente procedimento de atualização legislativa em relação à CLT. Vislumbra-se, por conseguinte, a plena compatibilidade de todas as medidas executivas preconizadas pelo artigo acima mencionado. Embora se vindique a assimilação desses instrumentos ao direito processual do trabalho, é imperioso que se promova a competente adaptação do referido instituto aos paradigmas daquela disciplina.

Como se sabe, o direito processual do trabalho apresenta como uma das suas diretrizes ideológicas a postura inquisitorial do juiz, conforme eloqüentemente estatui a CLT, art. 878, em se tratando de tutela executiva. Nesse ponto, há uma nítida discrepância entre o normativo do processo civil que estabelece, de maneira expressa, a necessidade de provocação do credor para o início da prática dos atos de expropriação. Essa condição é inequivocamente considerada diante da expressão “...a requerimento do credor...” contemplada no âmbito *caput* do art. 475-J.

A transposição da referida normatização para o direito processual do trabalho elimina a necessidade de requerimento do credor para se desencadear

a prática dos atos de natureza executiva. Independentemente de provocação da parte, o juiz condutor da execução trabalhista deverá determinar os atos próprios necessários à concretização dos atos sub-rogatórios.

Observe-se que a lei determina a expedição de mandado de penhora e avaliação, no entanto não se pode conceber essa remissão legal como imperativa no sentido de se expedir a respectiva ordem judicial. Como se sabe, o poder judiciário, nos dias atuais, dispõe de mecanismos alternativos de incursão no patrimônio do devedor, sem que seja necessária a expedição de qualquer mandado formal. Um exemplo eloqüente desses novos mecanismos é a possibilidade de bloqueio de contas-correntes dos devedores por intermédio do sistema BACEN-JUD³⁹, atualmente referendado por nosso direito positivo na forma do CPC, art. 655-A. Sendo assim, a expedição do mandado de penhora só ocorrerá quando for absolutamente necessária a atuação do oficial de justiça na busca de bens integrantes do patrimônio do devedor.

Frise-se, por outro lado, que na nova diretriz processual o devedor poderá indicar patrimônio do credor que seja objeto da penhora, conforme diretriz estabelecida no CPC, art. 475-J, § 3º e 652, § 2º. Trata-se, portanto, de uma mera faculdade a ser exercida pelo credor que não fere o caráter inquisitorial da execução trabalhista. Tendo conhecimento o credor de que existe patrimônio do devedor passível de ser penhorado, poderá ele indicá-lo ao juiz, a fim de que se prossiga na prática dos atos expropriatórios.

4.3. Relativização da suspensividade dos meios de impugnação do devedor

No período anterior à vigência da Lei nº. 11.232/2005, a interposição dos embargos do devedor implicava na automática suspensão do curso do processo executivo. Era irrelevante o conteúdo da matéria trazida nos embargos, pois, enquanto não fossem julgados, não poderia a execução seguir o seu curso normal. Tratava-se de regra cruel, mas eloqüentemente prevista na antiga redação do CPC, art. 739, § 1º. O direito processual do trabalho, como não dispunha de regra específica sobre a questão, acomodou-se placidamente à idéia de suspensão automática do curso da execução quando do ajuizamento

³⁹ O sistema BACEN-JUD nada mais é do que uma forma de centralizar as solicitações de bloqueio de ativos financeiros emitidos pelos juizes. Adotando um mecanismo ágil de comunicação e distribuição das ordens judiciais, o sistema, disponível para todo o poder judiciário, permite o bloqueio de qualquer ativo financeiro do devedor, mediante a veiculação do Cadastro Nacional de Pessoas Jurídicas – CNPJ ou do Cadastro de Pessoas Físicas – CPF. Nesse caso, não há a necessidade de expedição de qualquer tipo de mandado ou ofício, bastando a utilização de senha pelo juiz devidamente cadastrado.

dos extintos embargos do devedor.

Hoje em dia, no entanto, não mais prevalece a regra da suspensividade *ope legis*, tendo em vista que o direito processual não mais a estabelece para nenhuma das modalidades de execução. Em todas as hipóteses de execução, a suspensão em decorrência do manejo dos embargos depende de deliberação judicial, conforme se vê do CPC, arts. 475-M e 739-A. Inexiste, portanto, em nosso ordenamento jurídico qualquer norma prevendo a suspensão imediata da execução em função do manejo da impugnação ou dos embargos⁴⁰.

Essa alteração, promovida no âmbito da processualística brasileira, representou um dos mais significativos avanços em nosso direito instrumental. A relativização do efeito suspensivo da impugnação e dos embargos é instrumento de inibição do manejo de incidentes desnecessários e procrastinatórios na execução.

No caso do direito processual do trabalho, mesmo para aqueles mais apegados à literalidade da norma processual, não existe qualquer fundamento dogmático que impeça a relativização da suspensão da execução em face do ajuizamento da impugnação. Aplicar-se-á, por conseguinte, integralmente no contido no CPC, art. 475-M.

Para que possa se cogitar a suspensão da execução é indispensável que o juiz declare, de forma expressa, no despacho que recebe a impugnação com esse efeito. A concessão do efeito suspensivo à impugnação não decorre da mera discricionariedade do juiz, sendo indispensável a existência do perigo concreto que a continuidade da execução possa ocasionar “...ao executado grave dano de difícil ou incerta reparação.”. Sem a demonstração inequívoca de que sérias seqüelas possam advir da prática dos atos executórios, não se concederá a suspensão da execução.

Acrescente-se, por outro lado, que não é simplesmente a possibilidade de ocorrência de danos ao devedor que determinará a concessão do efeito suspensivo. Deverá existir um mínimo de plausibilidade nas alegações formuladas pelo devedor para que se cogite a concessão do efeito suspensivo. “Os requisitos estabelecidos pelo art. 475-M do CPC para a atribuição de efeito suspensivo à impugnação são os seguintes: a relevância da fundamentação e risco de dano grave de difícil ou incerta reparação. Ambos os requisitos devem estar presentes para que se atribua efeito suspensivo à impugnação.”⁴¹.

⁴⁰ No caso dos embargos à execução em face da Fazenda Pública, a suspensividade é subentendida em função da atipicidade dos meios executórios utilizados contra o Estado devedor, mas inexistente dispositivo que se refira a tal técnica de forma expressa.

⁴¹ MEDINA, José Miguel Garcia; WAMBIER, Luiz Rodrigues; e WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Op. cit.* p. 412.

Sendo assim, a análise concreta dos potenciais danos atribuíveis ao devedor depende da aferição da plausibilidade das alegações formuladas no âmbito da impugnação. Caso os fundamentos apresentados pelo devedor não se afigurem plausíveis, sequer o juiz se debruçará sobre as alegações de ocorrência de dano irreparável ou de difícil reparação.

Mas como aquilatar a nocividade da execução em face do devedor? As expressões utilizadas pela norma processual foram dotadas de um alto grau de subjetividade na avaliação. Mesmo assim, a probabilidade de dano a ser causado ao executado deve ser mensurada exclusivamente em função da probabilidade de êxito no âmbito da impugnação. Não se trata de aferir a possibilidade concreta de reversibilidade prática do julgado, mas sim verificar se existe um mínimo de procedência nas alegações formuladas pelo devedor. Observe-se que, embora a norma estabeleça critérios aparentemente subjetivos para a concessão do efeito suspensivo da impugnação, não existe discricionariedade na análise do juiz quanto à concessão do benefício ao devedor. Conforme assevera Araken de Assis: *“Perante conceitos jurídicos indeterminados, na verdade, a atividade do juiz não se afigura discricionária no sentido exato e preciso do termo, mas vinculada à única resolução correta que lhe cabe tomar em razão do seu ofício: ou bem se verificam os elementos de incidência, hipótese em que suspenderá a execução; ou não se verificam tais elementos, caso em que a lei proíbe suspender a marcha da execução.”*⁴².

A decisão de deferimento da suspensão da execução, portanto, deverá ser fundamentada com a indicação do cumprimento dos requisitos expressos na legislação. Não se admite, diante dessa nova dinâmica processual implementada, que o juiz suspenda a execução apenas por cautela ou receio da ocorrência de um dano. A possibilidade do dano deverá ser concreta, sob pena da decisão do juiz ferir direito líquido e certo do credor à continuidade da execução.

4.4. Diversificação dos meios de expropriação

A fase de expropriação é a mais importante na condução da execução de obrigação de pagar. Nela os bens penhorados são retirados de maneira definitiva do patrimônio do devedor e convertidos em dinheiro ou entregues ao devedor. Tradicionalmente a fase de expropriação envolvia diversas fases não necessariamente subsequentes: a penhora, a arrematação, adjudicação, o

⁴² In: *Cumprimento da sentença*. Rio de Janeiro, Forense, 2006.

usufruto de bem ou empresa e a entrega de dinheiro ao devedor. Conforme assevera Araken de Assis: “...expropriar, a teor do art. 647, significa individualizar bens, no patrimônio, para em seguida, na hipótese de apreensão de bens diversos de dinheiro, dar-lhes justo preço e convertê-los em moeda na alienação coativa (art. 647, I). Incidentalmente, na contingência de a alienação frustrar-se, o próprio credor poderá adquirir o bem adjudicando-o (art. 647, III).”⁴³.

Sendo assim, o processo civil fundamentou a concretização do procedimento de expropriação com o oferecimento público dos bens penhorados, por intermédio da arrematação, e sendo esta infrutífera, admitir-se-ia a quitação da obrigação pelo recebimento *in natura* do bem penhorado.

Essa estrutura básica é adotada pelo direito processual do trabalho, onde, embora de maneira extramente resumida, existe previsão da arrematação e adjudicação dos bens penhorados (CLT, art. 888). Mesmo com diferenças pontuais, o regramento trabalhista quanto aos atos de expropriação segue as mesmas diretrizes do processo civil. Conforme assevera José Augusto Rodrigues Pinto: “*Dentro de um estudo sistemático da estrutura da execução trabalhista, os atos de alienação são todos os abrangentes do preparo e da efetivação da transferência de patrimônio tornado indisponível ao devedor, através da garantia direta ou da penhora, para satisfazer, com o produto da venda, a obrigação imposta pela sentença exequenda.*”⁴⁴.

Nesses dois ramos da processualística, vamos encontrar o ápice da fase de expropriação vinculado à prática de dois atos: a alienação judicial, por intermédio de procedimento formalizado por solenidade pública (arrematação) e, facultativamente, a entrega do bem penhorado como quitação da obrigação executada (adjudicação). Os dois ramos regulam essa respectiva fase de maneira quase que idêntica, sendo que a principal diferença consiste na concretização da fase adjudicatória. Enquanto a adjudicação no processo civil só se implementava diante do insucesso da arrematação (CPC, art. 714, redação anterior à Lei nº. 11.382/2006⁴⁵), no processo do trabalho o ato adjudicatório é praticado durante a própria arrematação (CLT, art. 888, § 1º).

O advento da Lei nº. 11.382/2006, entretanto, modificou essa estrutura lógica até então construída na processualística. Em primeiro lugar, afastou-se a obrigatoriedade da realização de hasta pública para a conversão em dinheiro

⁴³ In: *Manual do processo de execução*, 5. ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1998, p. 432.

⁴⁴ In: *Execução trabalhista – Estática – Dinâmica – Prática*, 11. ed. São Paulo, LTr, 2006, p. 296.

⁴⁵ Assim dispunha o revogado art. 714 do CPC: “*Finda a praça sem lançador, é lícito ao credor, oferecendo preço não inferior ao que consta do edital, requerer lhe sejam adjudicados os bens penhorados.*”

do bem penhorado. É possível que se proceda imediatamente à adjudicação do bem penhorado pelo devedor, nos precisos termos do CPC, art. 647, I; 685-A, *caput*. Nesse caso, é suficiente que o devedor requeira ao Juiz a adjudicação do bem penhorado, que sempre será deferida pelo valor não inferior ao da avaliação (CPC, art. 685-A, *caput*). No âmbito do direito processual do trabalho, observando a preponderância da postura inquisitorial do juiz, é plausível não se aguardar a iniciativa do exeqüente quanto à adjudicação. Nesse caso, poderá o juiz intimar o credor a fim de questionar quanto ao seu interesse de adjudicar o bem penhorado.

Quando não houver interesse do exeqüente na adjudicação, é possível adotar-se o instituto da *alienação por iniciativa particular*. Essa modalidade de expropriação é novidade em nosso direito processual, que certamente contribuirá para o aprimoramento dos métodos de alienação judicial dos bens penhorados. Nela não há a necessidade de formalização de hasta pública ou mesmo da expedição de editais. Trata-se de procedimento flexível e dinâmico no qual o juiz “...fixará o prazo em que a alienação deve ser efetivada, a forma de publicidade, o preço mínimo (art. 680), as condições de pagamento e as garantias, bem como, se for o caso, a comissão de corretagem.” (CPC, art. 685-C, § 1º). Em termos práticos, poderá o próprio exeqüente angariar adquirentes para os bens penhorados, ou mesmo terceiro que possa intermediar a venda respectiva (CPC, art. 685-C, *caput*). De toda forma, a proposta será apresentada ao juiz, que, se acolhê-la, determinará a expedição da *carta de alienação* ou do mandado de entrega ao adquirente (CPC, art. 685-C, § 3º). É lícito aos Tribunais a expedição de provimentos para detalhar o procedimento de alienação por iniciativa particular, bem como o credenciamento de corretores para a intermediação da venda (CPC, art. 685-C, § 3º).

A novidade apresentada é de extrema importância para o aprimoramento dos processos de alienação judicial de bens perante o judiciário brasileiro. A possibilidade de intermediação da alienação por pessoas conhecedoras do mercado, certamente tornará a execução mais efetiva e aproximará o poder judiciário da realidade e o do dinamismo do mercado. Nesse sentido, é possível vaticinar que esse procedimento, no futuro, venha a substituir quase que integralmente nosso vetusto e ineficaz procedimento de arrematação judicial.

Muito embora essa arrematação seja absolutamente anacrônica, permanece regrada perante o nosso direito processual. Diante da nova normatização, no entanto, só haverá a arrematação judicial nos moldes tradicionais caso seja inviável a adjudicação e a alienação por iniciativa

particular, conforme enuncia de forma eloqüente o CPC, art. 686.

A Lei nº. 11.382/2006, entretanto, impôs ao procedimento de alienação judicial de bens uma feição mais moderna, admitindo sua realização por meios eletrônicos (CPC, art. 689-A, *caput*), de conformidade com procedimentos a serem regulados pelos próprios Tribunais de Justiça ou pelo Conselho da Justiça Federal. Embora não exista regramento próprio para o processo do trabalho, não é difícil inferir que essa regulação, no âmbito da Justiça do Trabalho, possa ser feita por intermédio do Conselho Superior da Justiça do Trabalho (CF, art. 111-A, § 2º, II).

5. Síntese conclusiva

É inegável que o direito processual civil passa por um momento de profunda alteração de suas bases ideológicas. Nesse sentido, as recentes alterações legislativas promovidas no âmbito do Código de Processo Civil não podem ser vistas de maneira isolada ou pontual. Devem ser entendidas como uma mudança radical em toda a base teórica na qual foram construídos os postulados da ciência processual nos primórdios do século XX.

Mais importante do que as modificações no âmbito do direito positivo, a alteração da mentalidade dos processualistas cíveis fez com que montássemos um sistema dogmático extremamente sintonizado com as demandas sociais de uma prestação jurisdicional rápida, efetiva e abrangente. É certo que a eliminação do problema da dificuldade de concretizar a tarefa do Poder Judiciário não se concretiza pela simples alteração do perfil ideológico do processo, tendo em vista envolver variáveis de cunho social, econômico e também político. A mudança de mentalidade dos juristas, entretanto, é condição *sine qua non* para o atingimento desse objetivo.

Esse debate, infelizmente, não se instaurou no âmbito do direito processual do trabalho que, mesmo sem vivenciar alterações legislativas profundas nos últimos sessenta anos, não apresenta um movimento verdadeiramente destinado à adequação da prestação jurisdicional às novas demandas sociais. É urgente, portanto, que sejam assimiladas as novas diretrizes ideológicas formatadas pelo processo civil, principalmente em matéria de tutela de execução. O fato é que o nosso processo do trabalho não acompanhou os novos tempos e não foi capaz de formular novas soluções trazidas por esses paradigmas emergentes.

Embora ostentemos um credor hipossuficiente, manuseamos uma

legislação processual bem mais anacrônica do que aquela que pode ser utilizada pelos grandes credores na esfera cível. A inserção da *nova ideologia* da tutela execução cível é, portanto, indispensável para que o processo do trabalho resgate seu papel de inovador e vanguardista, enquanto aguarda uma reforma legislativa (ainda sem agenda definida) mais profunda e estrutural.

NOVIDADE NO CUMPRIMENTO DA SENTENÇA TRABALHISTA: A DISPENSA DE CITAÇÃO ESPECÍFICA

Sérgio Cabral dos Reis¹

1. Introdução

O presente ensaio constitui, com pequenos aperfeiçoamentos, parte integrante de trabalho publicado anteriormente². Destina-se, entretanto, a enfocar e questionar a respeito da necessidade da citação específica na etapa de cumprimento da sentença trabalhista. Em outras palavras, com a consagração definitiva do princípio do sincretismo processual, existe realmente necessidade de citação para a fase executória trabalhista? O art. 880 da CLT, no que se refere ao mandado de citação para o cumprimento da sentença, é compatível com o atual estágio evolutivo da legislação processual comum? O art. 769 da CLT, no que se refere à temática, constitui óbice intransponível aos operadores do processo do trabalho? Na atual fase pós-moderna, o art. 769 da CLT deve receber interpretação meramente literal e “dogmática”? São essas e outras indagações a que se pretende responder neste artigo.

2. A consagração do princípio do sincretismo processual

A Lei n. 11.232, de 22.12.2005, com entrada em vigor seis meses após a sua publicação (ocorrida em 23.12.2005), estabeleceu, para obrigações de pagar quantia, um sistema de concentração da atividade jurisdicional em processo único, seguindo e aprofundando, portanto, a tendência legislativa já verificada em relação às obrigações de prestação pessoal (fazer e não fazer) e

¹ Ex-Juiz do Trabalho no Paraná (9ª Região). Ex-Juiz do Trabalho em Sergipe (20ª Região). Juiz do Trabalho na Paraíba (13ª Região). Mestre em Direito Processual e Cidadania pela UNIPAR (Universidade Paranaense). Professor de Direito Processual do Trabalho na Universidade de João Pessoa (UNIPÊ). Professor da Escola Superior da Magistratura do Trabalho da 13ª Região (EMATRA 13).

² REIS, Sérgio Cabral dos. **Breves comentários à nova execução civil e sua repercussão no processo do trabalho.** *Direito Processual do Trabalho: reforma e efetividade / Luciano Athayde Chaves, organizador.* São Paulo: LTr, 2007, p. 208-248.

de entrega de coisa.

Humberto Theodoro Júnior já advertia, em sua tese de doutoramento, que

[...] o bom senso não exige a manutenção da atual dualidade de relações processuais (conhecimento e execução) quando a pretensão contestada é daquelas que, deduzidas em juízo, reclamam um provimento condenatório. A obrigatoriedade de se submeter o credor a dois processos para eliminar um só conflito de interesses, uma só lide conhecida e delineada desde logo, parece-nos complicação desnecessária e perfeitamente superável, como, aliás, ocorre em sistemas jurídicos como anglo-saxônico.³

A respeito, João Batista Lopes relata o seguinte:

No processo contemporâneo, assistimos à superação do binômio cognição-execução, isto é, não se deve falar em processo de conhecimento e processo de execução como compartimentos estanques. Do mesmo modo que, no processo de conhecimento, é possível praticar atos executivos ou coativos (v.g., medidas liminares), também na execução não se exclui a prática de atos cognitivos (v.g., decisão sobre penhorabilidade de bens ou sobre impugnação à avaliação).⁴

Na mesma linha de raciocínio, observa Teori Albino Zavascki que a

[...] repartição estanque das atividades jurisdicionais em demandas e processos separados (em “ações” distintas, segundo linguagem forense) não é imposição constitucional, nem decorrência necessária da natureza das coisas, nem exigência de

³ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **A execução de sentença e a garantia do devido processo legal**. Rio de Janeiro: Aide, 1987, p. 193. Na mesma linha de pensamento, manifesta-se Ovídio A. Baptista da Silva: “Quanto ao interesse prático em estabelecer-se uma forma de tutela jurisdicional que preste satisfatividade final e definitiva a determinados direitos materiais, sem a exigência irracional e mortificante de ter o litigante vitorioso de percorrer o árduo caminho do *procedimento executivo autônomo*, com todos os percalços e inconvenientes da defesa (embargos) do executado, parece, ao menos aos juristas familiarizados com nossa experiência forense, assunto que dispensa maiores justificações” (**Jurisdição e execução na tradição romano-canônica**. – 2. ed. rev. – São Paulo: RT, 1998, p. 10-11).

⁴ LOPES, João Batista. **Curso de Direito Processual Civil: parte geral**. São Paulo: Atlas, 2005, vol. 1, p. 243.

ordem científica. Trata-se, simplesmente, de opção legislativa, visando a melhor atender aos dois grandes valores que dominam a formatação dos modelos processuais: a segurança jurídica e a efetividade da prestação jurisdicional pelo Estado. São notórias as dificuldades de atender simultânea e integralmente aos dois postulados. Não é de estranhar, assim, que o legislador, atento a novas circunstâncias e a novas exigências, promova alterações no modelo estabelecido, como ocorreu entre nós, na busca do seu aperfeiçoamento.⁵

Trata-se, pois, de mais uma manifestação do princípio do sincretismo processual⁶. Esse princípio ganhou *evidência* com a implantação formal do instituto da antecipação dos efeitos da tutela de mérito e restou consagrado na reforma processual em comento.

A aglutinação, na mesma relação processual, entre as atividades cognitivas e executivas impõe uma *relativização* ou *mitigação* ao princípio da autonomia⁷, que, sob certo aspecto, exige a presença de citação específica para a prática dos atos executórios.

É preciso compreender, entretanto, sobretudo na área trabalhista, em que as verbas possuem natureza jurídica alimentar, que o princípio do sincretismo – *interpenetração* das duas espécies de atividade jurisdicional⁸,

⁵ ZAVASCKI, Teori Albino. **Defesas do executado**. A nova execução de títulos judiciais: comentários à lei 11.232/05 / Coordenadores Sérgio Rabello Tamm Renault, Pierpaolo Cruz Bottini. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 131.

⁶ Com a didática peculiar, ensina José Miguel Garcia Medina: “A doutrina arrola o princípio da autonomia dentre os princípios do processo de execução, fazendo crer que, ainda hoje, este é o princípio que revela a relação existente entre processo de conhecimento e processo de execução. A modificação das estruturas processuais propugnadas pelas reformas, no entanto, realçou a existência de situações em que cognição e execução se realizam na mesma relação jurídico-processual, que antes figuravam como mera exceção ao princípio da autonomia da execução perante a execução”. E conclui o seu raciocínio o jovem processualista do Paraná: “Reconhece-se hoje, assim, que as atividades cognitivas e executivas podem ser realizadas no mesmo processo. Como se verá adiante, esta situação tende a se tornar preponderante, de modo que já se pode falar, atualmente, na existência de um princípio que representa esta nova configuração da relação entre cognição e execução, a que denominaremos de *princípio do sincretismo entre cognição e execução*” (**Execução civil: teoria geral: princípios fundamentais**. – 2 ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: RT, 2004, p. 264).

⁷ Os princípios do sincretismo e da autonomia não são excludentes entre si, pois *coexistem* no ordenamento processual. Diante da expansão das ações executivas “lato sensu” e mandamentais, porém, sobretudo em função da relevância da tutela inibitória, há forte tendência na predominância do princípio do sincretismo.

⁸ Ensina Humberto Theodoro Júnior que, “[...] embora integradas ao mesmo fenômeno da jurisdição, as atividades de cognição e execução acham-se estruturadas de maneira independente, no sentido de que nem sempre uma depende da outra, e tampouco uma é preliminar ou antecedente necessária da outra. Muitas vezes, o conhecimento exaure totalmente a prestação jurisdicional, sem que haja necessidade de usar a coação estatal prática (sentenças declaratórias e constitutivas, ou adimplemento voluntário da parte após a condenação). Outras vezes, a execução forçada é instaurada sem que antes tenha havido qualquer acerto jurisdicional acerca do direito do credor (títulos executivos extrajudiciais)”. Por consequência, conclui o notável processualista mineiro: “Não obstante possam ser autonomamente manejados o processo de conhecimento e o de execução, registra-se no direito moderno uma tendência muito acentuada a neutralizar ou minimizar a rígida dicotomia de medidas como a antecipação de tutela e a ação monitoria permitem que numa só relação processual se realizem tanto as funções cognitivas como as executivas. O processo civil moderno assume com essa roupagem a

cognição e execução –, observado em diversos institutos processuais⁹, tem como finalidade atingir a plenitude da efetividade na prestação jurisdicional, mormente tendo em vista a necessidade de reaproximação do binômio (cognição-execução) às peculiaridades do direito material a ser tutelado.

Nesse contexto, vale repetir: similar ao que ocorre com as tutelas dos deveres de fazer ou de não fazer (art. 461 do CPC), bem como de entregar coisa (art. 461-A do CPC), o certo é que a efetivação da sentença condenatória ocorrerá *na mesma relação jurídica processual* que disciplinou a situação de direito material em crise (art. 475-I do CPC)¹⁰. Em razão desse fato, corrigindo-se uma tautologia, alterou-se o conceito legal de sentença, o qual deverá ser examinado não mais pelo seu efeito, mas sim pelo seu conteúdo¹¹.

3. Existe distinção entre a etapa de cumprimento da sentença e o processo autônomo de execução trabalhista?

De logo, esclarecemos que, para efeito deste trabalho, utilizamos as expressões *fase executiva* e *cumprimento da sentença* como sinônimas¹². Na realidade, essa *continuidade entre as fases de conhecimento e de execução* não elimina as diferenças *essenciais* que sempre existiram na distinção entre as atividades de *conhecimento* e de *execução*. Em outras palavras, *ontologicamente*, essa distinção é imutável¹³. Cumpre enfatizar que, sob

natureza interdital e o Juiz, então, pode decretar medidas satisfativas do direito material da parte mesmo antes de proferida a sentença definitiva sobre o mérito da causa” (**Execução das medidas cautelares e antecipatórias**. *Processo de execução / Coordenação Sérgio Shimura, Tereza Arruda Alvim Wambier*. São Paulo: RT, 2001, p. 469-470).

⁹ Segundo pensamos, são exemplos do princípio do sincretismo processual: *a*) a antecipação dos efeitos da tutela de mérito (art. 273 do CPC); *b*) a tutela específica dos deveres de fazer, de não fazer e/ou de entregar coisa (arts. 461 e 461-A do CPC); *c*) a ação monitória (art. 1.102^a do CPC); *d*) as ações cautelares; *e*) as ações mandamentais (v.g., o mandado de segurança); *f*) as ações executivas *lato sensu* (v.g., ação de despejo).

¹⁰ Sandro Gilbert Martins afirma que “[...] o esboço da reforma adota o chamado *processo sincrético* para o cumprimento forçado da sentença condenatória de obrigação de quantia certa. Ou seja, a execução forçada será feita como etapa final do processo, depois de um *tempus iudicati* concedido para o cumprimento espontâneo, sem necessidade de um *novus* e *autônomo* processo de execução” (**Apontamento sobre a defesa do executado no “cumprimento da sentença”**. *Revista de Processo*, São Paulo, RT, n.º 116, jul./ago. 2004, p. 171).

¹¹ Reza o art. 162, § 1º, do CPC: “Sentença é o ato do juiz que implica alguma das situações previstas nos arts. 267 e 269 desta lei”.

¹² Dentre outros autores de nomeada, é o entendimento de Cassio Scarpinella Bueno: “Particularmente, não vejo mal nenhum nisto. Para todos os fins, a palavra ‘execução’ e a expressão ‘cumprimento da sentença’ podem e *devem* ser tidas como *sinônimas*, pelo menos para evitar, a todo o custo, discussões que, embora interessem – e muito – para a academia, não têm maior utilidade para o dia-a-dia forense. É disto, tomo liberdade de ser enfático neste ponto, que precisamos nos valer em busca de um processo mais efetivo. Um pouco mais de senso prático não faria mal a ninguém. Assim, ‘execução’ e ‘cumprimento’ devem ser entendidos como sinônimos, e a maior prova disto é o *caput* do art. 475-I” (**A nova etapa da reforma do Código de Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 2006, vol. 1, p. 68-69).

¹³ SANTOS, Evaristo Aragão. **Breves notas sobre o “novo” regime de cumprimento da sentença**. *Processo e Constituição: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira / Coordenação Luiz Fux, Nelson Nery Jr. e Teresa Arruda Alvim Wambier*. São Paulo: RT, 2006, p. 320.

o ponto de vista terminológico, *execução*, *efetivação*¹⁴ e *cumprimento* são termos sinônimos¹⁵, pois, tanto na teoria quanto na prática, expressam o mesmo fenômeno fático-jurídico: realização ou concretização de um negócio jurídico¹⁶.

Com razão, explica Arruda Alvim:

A modificação teórica principal e que diz respeito à lei toda é a de que se passou a estabelecer que o procedimento destinado ao cumprimento das sentenças condenatórias em dinheiro é uma *fase* sucessiva ao processo de conhecimento, não se reconhecendo nesta a *autonomia* que precedentemente existia em relação ao processo de execução de título judicial. Esta intenção do legislador, todavia, como se sublinhou, não alterará determinadas realidades, e, dentre essas, a de que com o cumprimento da sentença o que se tem é uma execução, como, ainda, a de que há um pedido, ainda que denominado requerimento.¹⁷

Preconiza Alexandre Freitas Câmara:

Execução não é o nome de um tipo de processo, mas a denominação de uma atividade jurisdicional. Nos casos em que se

¹⁴ Prescreve o § 3º do art. 273 do CPC: “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”. Essa regra, como se percebe, faz referência ao termo “efetivação”. Corretamente, Flávio Luiz Yarshell observa, entretanto, que “[...] na atuação prática do comando contido na decisão antecipatória há ‘execução’ no sentido de atuação da sanção secundária, isto é, de atos materiais de invasão patrimonial do devedor, para, contra sua vontade, satisfazer o credor. Daí por que o emprego da palavra ‘efetivação’ pelo legislador, como já dito, parece muito mais destinado a deixar claro – o que não era necessário, diga-se de passagem – que na atuação prática da decisão antecipatória não há instauração de novo e autônomo processo de execução e que, portanto, não cabem embargos do devedor. Contudo, é preciso ressaltar: não há um processo autônomo de execução, embora seja perfeitamente correto e possível dizer que há execução”. E arremata sua lapidar lição com penada de mestre: “Confundir execução, de um lado, e processo (autônomo) de execução é cientificamente inaceitável e pragmaticamente um erro. A confusão somente prejudica a tendência de superação da idéia de execução mediante a instauração de nova relação processual” (**Efetivação da tutela antecipada: uma nova execução civil?**. *Processo e Constituição: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira / Coordenação Luiz Fux, Nelson Nery Jr. e Teresa Arruda Alvim Wambier*. São Paulo: RT, 2006, p. 335).

¹⁵ SANTOS, Evaristo Aragão. **Breves notas sobre o “novo” regime de cumprimento da sentença**. *Processo e Constituição: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira / Coordenação Luiz Fux, Nelson Nery Jr. e Teresa Arruda Alvim Wambier*. São Paulo: RT, 2006, p. 321.

¹⁶ Araken de Assis entende o seguinte: “O emprego de outra palavra, em lugar do termo clássico ‘execução’, como cumprimento, efetivação ou atuação, em muito pouco altera a natureza da respectiva operação. Ela se opera no mundo real e, portanto, padece das respectivas contingências” (**Cumprimento da sentença**. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 4).

¹⁷ ARRUDA ALVIM NETO, José Manoel de. **Cumprimento da sentença condenatória por quantia certa – Lei 11.232, de 22.12.2005 – anotações de uma primeira impressão**. *Processo e Constituição: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira / Coordenação Luiz Fux, Nelson Nery Jr. e Teresa Arruda Alvim Wambier*. São Paulo: RT, 2006, p. 290-291.

faz necessário instaurar um processo para que tal atividade seja exercida, ter-se-á *processo de execução*. Pela nova sistemática do CPC, não haverá mais processo executivo, mas continuará a existir *atividade executiva*. Poder-se-ia, então, continuar a falar em *execução de sentença*. Aliás, é o que diz o art. 475-I, ao dizer que o cumprimento da sentença que condena a pagar dinheiro se faz por execução.¹⁸

É preciso esclarecer, todavia, que o processo *autônomo* de execução não desapareceu do ordenamento jurídico. Antes, e bem pelo contrário, apesar da tendência de desestruturação à luz de sua concepção clássica¹⁹, o processo autônomo de execução possui relevância fundamental na efetividade dos créditos embutidos nos *títulos executivos extrajudiciais* e nas *sentenças proferidas fora do processo civil estatal* (sentença penal condenatória, laudo arbitral, sentença estrangeira homologada pelo STJ, acordo extrajudicial homologado)²⁰.

Demais disso, para a *Fazenda Pública*, seja na forma de precatório ou na modalidade de requisição de pequeno valor (art. 100, § 3º, da CF)²¹, a Lei n. 11.232/2005 não estabeleceu a dicotomia entre “cumprimento da sentença” e “processo de execução”²². Nesse caso, seja como pressuposto de existência, seja como condição de eficácia em relação ao executado, a citação revela-se extremamente necessária.

Na seara trabalhista, além do TAC firmado junto ao MPT e do termo de conciliação firmado perante a CCP (art. 876 da CLT), são títulos executivos extrajudiciais todos aqueles que, obedecendo ao princípio da tipicidade legal, decorrem *diretamente* de uma relação de trabalho (art. 114, I, da CF). Nesse caso, sem dúvida, como não houve discussão judicial anterior a respeito do provável crédito, existe a necessidade de se concretizar a citação, para *formar* o processo de execução e, por conseqüência, *informar* ao executado sobre a pretensão estatal executória, *possibilitando-lhe*, nos limites estabelecidos

¹⁸ CÂMARA, Alexandre Freitas. *A nova execução de sentença*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 90.

¹⁹ BAUMÖHL, Debora Ines Kran. *A nova execução civil: a desestruturação do processo de execução*. São Paulo: Atlas, 2006, p. 79-82; CARMONA, Carlos Alberto. *Novidades sobre a execução civil: observações sobre a lei 11.232/2005. A nova execução de títulos judiciais: comentários à lei 11.232/05 / Coordenadores Sérgio Rabello Tamm Renault, Pierpaolo Cruz Bottini*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 55-58.

²⁰ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Cumprimento da sentença*. *A nova execução de títulos judiciais: comentários à lei n. 11.232/05 / Coordenadores Sérgio Rabello Tamm Renault e Pierpaolo Cruz Bottini*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 126-127.

²¹ SANTOS, Ernane Fidélis dos. *As reformas de 2005 do Código de Processo Civil: execução dos títulos judiciais e agravo de instrumento*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 104.

²² BUENO, Cassio Scarpinella. *A nova etapa da reforma do Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2006, vol.1, p. 187.

pela ordem jurídica, o exercício do direito de defesa. Em outras palavras, na execução de título executivo extrajudicial trabalhista e na execução contra a Fazenda Pública, a observância teleológica ao disposto no art. 880 da CLT é uma condição de *existência* e de *eficácia* do processo em relação ao executado²³.

A situação, como se verá, é diferente na etapa de cumprimento da sentença trabalhista.

4. A etapa de cumprimento da sentença e a desnecessidade da citação específica para a realização dos atos executivos

Metodologicamente, convém estabelecer uma visão geral da sistemática do cumprimento da sentença, para, em seguida, definir sobre a conveniência ou não da citação executória no processo do trabalho.

Dispõe o art. 475-J do CPC:

“Caso o devedor, condenado ao pagamento de quantia certa ou já fixada em liquidação, não o efetue no prazo de quinze (15) dias, o montante da condenação será acrescido de multa no percentual de dez por cento e, a requerimento do credor e observado o disposto no art. 614, inciso II, desta Lei, expedir-se-á mandado de penhora e avaliação”²⁴.

Inicialmente, convém esclarecer que o cumprimento da sentença, ao contrário do que possa parecer, possui “certa autonomia”. A realização dos atos executivos, a começar pela penhora, depende de requerimento do credor, logo, não sendo possível a iniciativa oficial, como ocorre na Justiça do Trabalho (art. 878 da CLT), pode haver solução de continuidade entre as fases

²³BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Efetividade do processo e técnica processual**. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 460-480.

²⁴ O artigo é resultante de anteprojeto elaborado pelo Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP). Athos Gusmão Carneiro, de maneira acertada, afirma que “através deste artigo concretiza-se a nova sistemática, de ação ‘sincrética’, ficando dotada a sentença de procedência, nos casos de prestação de quantia líquida (valor já fixado na sentença de procedência, ou arbitrado em procedimento de liquidação), não só da eficácia ‘condenatória’ como também de eficácia ‘executiva’”. Adiante, conclui o seguinte: “Face à nova sistemática, a sentença *condenatória* não terá apenas eficácia *declaratória* – no afirmar a existência da relação jurídica que impõe ao réu uma prestação –, e eficácia *constitutiva* – porquanto a sentença é uma ‘novidade’ jurídica, apresenta-se como um ‘título executivo’ antes inexistente. A sentença condenatória, pelo Projeto, será também dotada de prevalecente *eficácia executiva*, ou seja, autoriza o emprego imediato dos meios adequados à efetiva ‘satisfação’ do credor, sem que a parte vencedora necessite ajuizar um ‘novo’ processo, autônomo e sucessivo” (**Nova execução. Aonde vamos? Vamos melhorar**. *Revista de Processo*, São Paulo, RT, n.º 123, maio de 2005, p. 117 e 120, respectivamente).

decisória (sentença) e satisfativa (cumprimento da obrigação que dá conteúdo à sentença).

A rigor, a bem da verdade, existe realmente uma *unificação procedimental* entre a ação condenatória e a ação de execução, mas a fase satisfativa, no processo comum, depende da provocação da parte interessada. Sendo assim, mesmo porque os atos executivos estão vinculados ao princípio da tipicidade, a sentença continua possuindo a natureza jurídica condenatória, e não executiva *lato sensu*²⁵. Em virtude de possibilitar, de logo, a aplicação de uma penalidade pecuniária, entretanto, pode-se dizer que essa sentença preponderantemente condenatória possui duas eficácias executivas distintas: “[...] é sentença *imediatamente executiva*, no que respeita à incidência da medida coercitiva; é sentença *meramente condenatória*, logo, *mediatamente executiva*, em relação à realização da execução por expropriação”²⁶. Enfim, considerando a sua concepção tradicional, trata-se de uma sentença condenatória peculiar²⁷.

Como se percebe, as sentenças que condenam em obrigações de pagar, fazer, não fazer e dar coisa possuem identidade na circunstância de que o cumprimento da ordem judicial, pouco importando se imposta em provimento antecipatório ou final, desenvolve-se na mesma relação processual originária. Diferenciam-se, contudo, por dois motivos: a) a execução da obrigação de pagar está subordinada ao *princípio da tipicidade*; b) a execução da obrigação de pagar, no processo comum, *depende de requerimento* expresso do credor.

Essa última conclusão é deveras importante, pois, de certo modo, tem reflexos nas despesas processuais. A doutrina que defende que o cumprimento da sentença constitui mera fase do procedimento entende que as verbas

²⁵ Guilherme Rizzo Amaral explica: “Descabe, assim, definir a sentença do art. 475-J como executiva *lato sensu*, pois resta ausente naquela o imediatismo característico desta última espécie, consistente na iniciativa do juiz para a satisfação do credor, independentemente de novo requerimento deste” (A nova execução civil: comentários à lei n° 11.232, de 22 de dezembro de 2005 / Coordenador Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 107).

²⁶ WAMBIER, Luiz Rodrigues Wambier. *Sentença civil: liquidação e cumprimento*. – 3. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: RT, 2006, p. 42.

²⁷ Para Guilherme Rizzo Amaral, “[...] a sentença prevista na Lei n° 11.232/05 não guarda total identidade com a tradicional sentença condenatória, pois, se é *mediata* no sentido de obter a satisfação do credor (demanda requerimento deste para instauração do procedimento executivo), possui *mediato* conteúdo coercitivo, consubstanciado na multa – tímida e limitada, é bem verdade – aplicável ao devedor que permanece inadimplente”. Pouco adiante, conclui que “[...] a sentença de que trata o art. 475-J pode ainda ser designada de ‘sentença condenatória’, muito embora agregue, de forma limitada, ferramenta típica da técnica de tutela mandamental (multa), e concentre um efeito executivo em estado de inércia. Para tanto, devemos admitir que não é a *autonomia* da execução (leia-se, um processo autônomo de execução) que se segue à condenação, uma nota essencial desta última, mas, sim, o caráter *mediato* dos atos executivos, dependentes de requerimento do autor (credor), após o juízo de reprovação da sentença condenatória e manutenção do estado de inadimplemento do réu (devedor)” (A nova execução civil: comentários à lei n° 11.232, de 22 de dezembro de 2005 / Coordenador Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 108 e 110, respectivamente).

da sucumbência são indevidas²⁸. Aqueles, como nós, que entendem que existe alguma autonomia na etapa de cumprimento da sentença defendem a condenação do executado em custas. Para corroborar esse posicionamento, observa-se que, na Justiça do Trabalho, onde a execução de título judicial possui a natureza jurídica de simples fase de um mesmo procedimento, existem as custas inerentes à atividade executiva (art. 789-A da CLT). Da mesma forma, entendemos ser cabível a condenação em novos honorários advocatícios²⁹. É inegável que a etapa de satisfação do crédito tem um objeto específico, sendo a sua concretização iniciada logo após o esgotamento do prazo legal para o cumprimento *voluntário* da obrigação. Assim, os honorários arbitrados a favor do exequente se subordinam a essas contingências posteriores dos trâmites executivos³⁰. “A situação decorre do princípio da causalidade, considerando o maior desgaste e tempo gasto para o cumprimento da obrigação em desfavor do credor”³¹. Deve-se observar que o art. 20, § 4º, do CPC não faz menção a “processo de execução”, comportando interpretação mais ampla, para incidir todas as vezes em que se fizerem necessárias “atividades *executivas*”³².

Araken de Assis entende que o *requerimento* do credor para a prática dos atos executivos, na essência, quanto à forma e ao conteúdo, possui natureza jurídica de uma autêntica *petição inicial*. Assim, segundo pensa o ilustre processualista gaúcho, o exequente, na elaboração do requerimento executivo, deve zelar pela observância do roteiro traçado no art. 282 do CPC, sob pena de emenda no prazo de dez dias³³. É preciso compreender, todavia, que não se trata de nova ação³⁴. Neste caso, não existe mais a ação de execução em sentido

²⁸ Eis a lição de Humberto Theodoro Júnior: “As despesas processuais do cumprimento da sentença, naturalmente, correm por conta do executado, como consectário do inadimplemento. Não há, porém, como imputar-lhe nova verba advocatícia, uma vez que não há mais uma ação distinta para executar a sentença. Tudo se passa sumariamente como simples fase do próprio procedimento condenatório. E, sendo mero estágio do processo já existente, não se lhe aplica a sanção do art. 20, mesmo quando se verifique o incidente da impugnação (art. 475-L). Sujeita-se este a mera decisão interlocutória (art. 475-M, § 3º), situação a que não se amolda a regra sucumbencial do art. 20, cuja aplicação sempre pressupõe sentença” (As novas reformas do Código de Processo Civil. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 139). Para Luiz Rodrigues Wambier, “[...] como as atividades jurisdicionais correspondentes a estas ações realizam-se na mesma relação jurídico-processual, não mais se justifica a cobrança de custas para a execução da sentença, sendo desnecessária, também, nova citação do réu/executado” (Sentença civil: liquidação e cumprimento. – 3. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: RT, 2006, p. 421).

²⁹ Nesse sentido: BUENO, Cassio Scarpinella. *Variações sobre a multa do caput do art. 475-J do CPC na redação da Lei 11.232.2005. Aspectos polêmicos da nova execução, 3: de títulos judiciais, Lei 11.232/2005 / Coordenação Teresa Arruda Alvim Wambier*. São Paulo: RT, 2006, p. 158-161.

³⁰ ASSIS, Araken de. *Cumprimento da sentença*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 263-264.

³¹ SHIMURA, Sérgio. *A execução da sentença na reforma de 2005 (Lei 11.232.2005)*. Aspectos polêmicos da nova execução, 3: de títulos judiciais, Lei 11.232/2005 / Coordenação Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: RT, 2006, p. 568.

³² BUENO, Cassio Scarpinella. *Variações sobre a multa do caput do art. 475-J do CPC na redação da Lei 11.232.2005. Aspectos polêmicos da nova execução, 3: de títulos judiciais, Lei 11.232/2005 / Coordenação Teresa Arruda Alvim Wambier*. São Paulo: RT, 2006, p. 159.

³³ ASSIS, Araken de. *Cumprimento da sentença*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 242-245.

³⁴ Acertadamente, manifesta-se Humberto Theodoro Júnior: “De maneira alguma o requerimento de expedição do mandado

estrito. Com efeito, o requerimento de realização dos atos executivos, na feliz expressão de Ernane Fidélis dos Santos, é uma “condição de prosseguimento do processo”³⁵. Assim, atendendo aos desígnios de informalidade e celeridade, pode ser formulado por simples petição ou por termo nos autos.

De todo modo, vale observar que o requerimento previsto no art. 475-J do CPC, *embora admitido, não é necessário* no processo do trabalho, em virtude da iniciativa executória oficial (art. 878 da CLT). Se essa faculdade processual for exercida, em procedimento similar ao que ocorre no processo comum, o exequente trabalhista poderá indicar, em seu requerimento de cumprimento da sentença, os bens a serem penhorados (art. 475-J, § 3º, do CPC).

Se o autor não requerer o cumprimento da sentença no prazo de seis (6) meses, o Juiz mandará arquivar os autos, sem prejuízo de seu desarquivamento a pedido da parte (art. 475-J, § 5º, do CPC). Uma vertente doutrinária entende que esse prazo deve ser contado da data do trânsito em julgado da decisão³⁶. Não concordamos com essa tese, entretanto. O marco inicial deve ser contado *a partir do dia subsequente ao término do prazo para o cumprimento da sentença*³⁷, quando se deflagra o estado de inadimplência do devedor, tornando-se exigível a prática dos atos executivos. Segundo pensamos, daí também se inicia o marco temporal da prescrição intercorrente, visto que, ao arrepio do princípio da segurança jurídica, a relação processual encontra-se em aberto, dependendo, apenas, da provocação da parte interessada, ou seja, trata-se, em princípio, de injustificável inércia do exequente.

de penhora pode ser visto como uma petição inicial, já que, se inexistente ação de execução de sentença, não se pode conceber uma petição inicial na espécie. Trata-se de simples petição com que se provoca o ofício do juízo, dentro de um processo que, enquanto não for cumprida a condenação, não estará findo. O requerimento da medida executiva da obrigação de quantia certa é, em tudo, igual ao pedido de expedição do mandado de despejo, quando o inquilino não desocupa o imóvel dentro do prazo que a sentença lhe assinou” (**As novas reformas do Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 143). Da mesma forma, Misael Montenegro Filho entende que “o requerimento do credor, a que a norma processual se refere, não é qualificado como petição inicial, mas como *peça avulsa*, que não se submete ao preenchimento de qualquer requisito relacionado às iniciais, tão-somente demonstrando o interesse do credor no prosseguimento do processo, a fim de que sejam desencadeados os atos de execução, necessários à expropriação judicial, como única forma de garantir o adimplemento da obrigação prevista na sentença monocrática” (**Cumprimento da sentença e outras reformas processuais**. São Paulo: Atlas, 2006, p. 63).

³⁵ SANTOS, Ernane Fidélis dos. *As reformas de 2005 do Código de Processo Civil: execução dos títulos judiciais e agravo de instrumento*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 56.

³⁶ CÂMARA, Alexandre Freitas. **A nova execução de sentença**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 116.

³⁷ É a lição de Guilherme Rizzo Amaral: “É importante notar que o prazo de 6 (seis) meses não deve ser contado do trânsito em julgado da sentença, pois mesmo após tal ocorrência o credor ainda está impedido de requerer a execução, ao menos pelos 15 (quinze) dias de que trata o art. 475-J. Assim, para que o credor possa usufruir da integralidade do prazo prescrito no § 5º do mesmo artigo, deve-se contá-lo justamente do momento em que poderia o credor requerer a execução, ou seja, do dia seguinte ao término do prazo para cumprimento voluntário da sentença” (**A nova execução civil: comentários à lei nº 11.232, de 22 de dezembro de 2005 / Coordenador Carlos Alberto Alvaro de Oliveira**. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 118).

Como o procedimento é unificado, não há necessidade de apresentação do título executivo. Ressalvam-se, contudo, os seguintes casos: a) *execução provisória* (art. 475-O, § 3º, I, do CPC); b) *sentença penal condenatória* (art. 475-N, II, do CPC), pois o original se encontra preso aos autos do processo-crime; c) *sentença civil proveniente do processo penal* (ilustrativamente: sentença proferida em embargos de terceiro opostos contra seqüestro penal, que é exequível relativamente ao capítulo acessório da sucumbência); d) *sentença arbitral* (art. 475-N, IV, do CPC); e) *sentença estrangeira* (art. 475-N, VI, do CPC), após a homologação pelo STJ³⁸; f) sentença condenatória, *oriunda de ação coletiva*, que tenha por objeto o ressarcimento de danos a direitos individuais homogêneos (arts. 97 e 98 do CDC); g) *pedido de falência*, lastreado em insolvência (art. 94 da Lei n. 11.101/2005)³⁹.

Embora reconheçamos a existência de autorizada doutrina em sentido contrário⁴⁰, já nos manifestamos anteriormente sobre a aplicabilidade da multa prevista no art. 475-J do CPC ao processo trabalhista⁴¹. A matéria é nova, comportando, por isso, dúvidas e incompreensões na doutrina e na jurisprudência. É preciso compreender, entretanto, que esse estágio de perplexidade sucumbe após uma interpretação sistemática da ordem jurídica. Não há violação ao disposto no art. 769 da CLT, visto que existe lacuna legislativa, e a matéria é perfeitamente compatível com os princípios do processo do trabalho, mormente em função de contribuir para uma mais rápida concretização de créditos alimentares, sabidamente pleiteados através da maioria das ações que tramitam perante a Justiça do Trabalho. O prazo de incidência, a despeito de respeitável entendimento em sentido contrário⁴²,

³⁸ ASSIS, Araken de. **Cumprimento da sentença**. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 201.

³⁹ SHIMURA, Sérgio. **A execução da sentença na reforma de 2005 (Lei 11.232.2005)**. Aspectos polêmicos da nova execução, 3: de títulos judiciais, Lei 11.232/2005 / Coordenação Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: RT, 2006, p. 560-561.

⁴⁰ José Augusto Rodrigues Pinto possui entendimento contrário. Na sua opinião, por se tratar de “[...] norma impositiva de coerção econômica, há que ter aplicação restrita, forçando a caracterização do silêncio da legislação a ser suprida como impeditivo e não omissivo – e só esta última hipótese autorizaria o suprimento” (**Compreensão didática da Lei n. 11.232, de 22.12.2005**. *Revista LTr*, São Paulo, ano 70, v. 3, mar. 2006, p. 313). A tese, com todo merecido respeito, não convence. E a razão é muito simples: diversas normas previstas no CPC que prevêm de coerção econômica, como as que tratam da imposição de astreintes (arts. 461 e 461-A do CPC) e as que aplicam penalidades por litigância de má-fé (arts. 14, par. ún., 18, 538 e 601 do CPC), são ordinariamente aplicadas no processo do trabalho. As medidas processuais que têm por fim melhorar a prestação jurisdicional devem ser imediatamente importadas da legislação comum em razão da urgência na satisfação dos créditos alimentares.

⁴¹ REIS, Sérgio Cabral dos. **Breves comentários à nova execução civil e sua repercussão no processo do trabalho**. *Direito Processual do Trabalho: reforma e efetividade* / Luciano Athayde Chaves, organizador. São Paulo: LTr, 2007, p. 222-224.

⁴² Luciano Athayde Chaves entende que devem ser os 15 dias fixados no art. 475-J do CPC (**A recente reforma no processo comum e seus reflexos no direito judiciário do trabalho**. São Paulo: LTr, 2006, p. 46). No mesmo sentido, opina Francisco Antonio de Oliveira: “Decorridos quinze dias, sem que a obrigação seja liquidada, aplicar-se-á de forma subsidiária complementar a multa” (**A nova reforma processual – reflexos sobre o processo do trabalho – Leis ns.**

deve ser o de 48h após a decisão ou da fixação definitiva da liquidação (art. 880 da CLT)⁴³. A aparente contradição com o art. 475-J do CPC desaparece, a partir do momento em que se interpreta a finalidade da multa em consonância com os princípios do processo do trabalho. De pronto, recorda-se que, como regra, os créditos alimentares, em razão da sua própria natureza, carecem de uma satisfação mais rápida do que os demais. Em consonância com esse fato, relembra-se que a multa prevista no art. 475-J do CPC tem dupla finalidade: estimular a rapidez no adimplemento da obrigação e, caso isso não venha a acontecer, punir o devedor voluntariamente recalcitrante. Quando a decisão reúne todos os elementos necessários ao seu cumprimento, a penalidade em apreço torna-se exigível. Ora, no processo comum, isso ocorre no prazo de 15 dias, a contar da publicação da sentença ou da fixação do valor na fase de liquidação (art. 475-J do CPC). No processo do trabalho, tratando-se de decisão contendo obrigação *liquidada*, o prazo é de 48h após a intimação (art. 880 da CLT). Se a obrigação determinada na sentença, por outro lado, ainda não estiver liquidada, o prazo de 48h deve ser contado a partir da definição do valor a ser executado.⁴⁴

Segundo pensamos, a interpretação que prima pela utilização de prazos distintos (15 dias, 08 dias e/ou 48h) favorece a criação de uma “burocracia processual”, acarretando, inevitavelmente, o surgimento de novos incidentes e, por conseqüência, de mais atos processuais, em detrimento da efetividade do processo. Como não existe violação à ampla defesa e ao contraditório, deve-se buscar a interpretação que melhor atinja o valor efetividade, evitando-se, assim, a prática de atos processuais desnecessários e valorizando a maior eficácia das decisões de primeiro grau.

A doutrina ainda é divergente no que se refere à contagem do prazo (15 dias) fixado no *caput* do art. 475-J do CPC. Uma vertente defende, a ferro e fogo, com base no princípio do devido processo legal, que o termo inicial

11.232/2005 e 11.280/2006. *Revista LTr*, São Paulo, ano 70, v. 12, dez. 2006, p. 1424-1425). Júlio César Bebbler, por sua vez, entende que o prazo deve ser de 8 dias, por analogia aos prazos destinados aos recursos no processo do trabalho (arts. 1º e 6º da Lei n.º 5.584/1970) (**Reforma do CPC – processo sincrético e repercussões no processo do trabalho.** *Revista LTr*, São Paulo, ano 70, v. 2, fev. 2006, p. 143). No mesmo sentido, manifesta-se Carlos Henrique Bezerra Leite: “Destarte, ao ser intimado da sentença (ou do acórdão) que veicula obrigação de pagar líquida (ou da decisão que homologar a liquidação) o devedor já estará ciente de que terá prazo de oito dias para, querendo, efetuar o pagamento da quantia devida. Caso não o faça no octódió, incidirá automaticamente a multa de 10% (dez por cento) sobre o total da dívida” (**Cumprimento espontâneo da sentença (lei 11.232/2005) e suas repercussões no processo do trabalho.** *Revista LTr*, ano 70, v. 9, set. 2006, p. 1046).

⁴³ Edilton Meireles e Leonardo Dias Borges também entendem que o prazo deve ser de 48 (quarenta e oito) horas previsto na CLT (**A nova reforma processual e seu impacto no processo do trabalho.** São Paulo: LTr, 2006, p. 48).

⁴⁴ No sentido do texto: SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. **Reflexos das alterações do Código de Processo Civil no processo do trabalho.** *Revista LTr*, São Paulo, ano 70, v. 8, ago. 2006, p. 922.

é a *intimação pessoal do devedor*⁴⁵, para pagar a quantia fixada na decisão, a qual poderá operar-se por correio⁴⁶. O raciocínio, em suma, seria o seguinte: se o cumprimento da obrigação é pessoal, da mesma forma deverá sê-lo a intimação, abrindo-se prazo, para que o demandado a cumpra. Outra corrente doutrinária, todavia, enfatizando os aspectos técnicos e práticos do processo, a fim de afastar insegurança jurídica na aplicação da penalidade em tela, posiciona-se no sentido de que basta a *intimação do advogado* do devedor⁴⁷ (por meio de publicação na imprensa oficial). Preferimos, particularmente, o entendimento de que o marco inicial do prazo em tela é o momento em que a obrigação reúne todas as condições de exigibilidade. Isso normalmente ocorre após a publicação da sentença, quando liquidada ou após a definição irreversível da liquidação⁴⁸. Para não gerar dúvida, é impositivo que se defina a questão *no dispositivo* da sentença. Assim, como regra, *a incidência da multa é automática, dispensando-se nova intimação*. Vale observar que esse entendimento converge para os objetivos da reforma processual, não havendo que se falar em violação ao princípio do devido processo legal, pois decorre de uma *interpretação sistemática* da ordem jurídica⁴⁹, cujos ditames o executado

⁴⁵ CÂMARA, Alexandre Freitas. **A nova execução de sentença**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 113-115; MONTENEGRO FILHO, Misael. **Cumprimento da sentença e outras reformas processuais**. São Paulo: Atlas, 2006, p. 58.

⁴⁶ SANTOS, Evaristo Aragão. **Breves notas sobre o “novo” regime de cumprimento da sentença**. Processo e Constituição: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira / Coordenação Luiz Fux, Nelson Nery Jr. e Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: RT, 2006, p. 326-327.

⁴⁷ BUENO, Cassio Scarpinella. **Variações sobre a multa do caput do art. 475-J do CPC na redação da lei 11.232/2005. Aspectos polêmicos da nova execução, 3: de títulos judiciais, Lei 11.232/2005 / Coordenação Teresa Arruda Alvim Wambier**. São Paulo: RT, 2006, p. 138-144; NEVES, Daniel Amorim Assupção *et al.* **Reforma do CPC**. São Paulo: RT, 2006, p. 211-218; JÚNIOR, Antonio Notariano; BRUSCHI, Gilberto Gomes. **Os prazos processuais e o cumprimento da sentença. Execução civil e cumprimento da sentença / Coordenação Gilberto Gomes Bruschi**. São Paulo: Método, 2006, p. 46-49. Vale a pena observar os respeitáveis argumentos de Carlos Alberto Carmona: “Não creio que se possa imaginar que o devedor precise acompanhar diariamente o andamento do feito para saber se houve ou não embargos de declaração que possa gerar suspensão do processo (e do prazo para cumprir a sentença); também não parece razoável que, julgado o recurso em última instância, esteja o devedor desde logo obrigado a cumprir a decisão (sem que os autos retornem à instância de origem, com a sua disponibilização para eventual consulta, até mesmo para correta elaboração de cálculo e de guia de depósito judicial). Tudo leva a acreditar, portanto, seja mais interessante a intimação do devedor (*rectius*, de seu advogado, via publicação na imprensa) para que cumpra a sentença no prazo legal, sob pena de incidência de multa” (**Novidades sobre a execução civil: observações sobre a lei 11.232/2005. A nova execução de títulos judiciais: comentários à lei 11.232/05 / Coordenadores Sérgio Rabello Tamm Renault, Pierpaolo Cruz Bottini**. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 64).

⁴⁸ Para José Roberto dos Santos Bedaque, a incidência da multa prevista no art. 475-J do CPC ocorrerá “[...] a partir do momento em que o réu saiba qual o valor do título (liquidez do crédito), independentemente do trânsito em julgado, desde que eficaz a decisão”. No correto entendimento do ilustre professor da USP, “[...] se a sentença condena em quantia certa, a multa incide imediatamente após a intimação, se o recurso cabível não tiver efeito suspensivo. Caso contrário, como a atribuição desse efeito implica a suspensão da eficácia da sentença, a fixação da multa também permanece ineficaz. Julgado o recurso e mantida a decisão, a quantia será exigível de plano, sendo desnecessária intimação para esse fim específico (art. 475-B). O não-cumprimento em quinze dias importa aplicação da multa. A sanção subsiste mesmo se o devedor realizar espontaneamente o pagamento após o término do prazo” (**Algumas considerações sobre o cumprimento da sentença condenatória, Revista do Advogado**, São Paulo, AASP, n. 85, maio 2006, p. 73).

⁴⁹ Para Juarez Freitas, “[...] a interpretação sistemática deve ser entendida como uma operação que consiste em atribuir,

não pode alegar desconhecimento. Se não quiser sofrer a incidência da multa, o executado deve ser previdente, acompanhando o processo, a fim de cumprir, de logo, a obrigação⁵⁰. Exigir esse encargo do Poder Judiciário, atribuindo, por consequência, o ônus do tempo do processo, desnecessariamente, ao exequente, constitui uma inadmissível inversão de valores.

O raciocínio também deve ser adotado em relação à dispensa da citação⁵¹. Em outras palavras, *com exceção das execuções contra a Fazenda Pública*, impõe-se perceber que, tratando-se de *sentença civil condenatória*, inclusive as prolatadas na Justiça do Trabalho⁵², não há mais a necessidade de citação do executado⁵³, pois as atividades jurisdicionais inerentes à condenação e à satisfação do crédito (execução) realizam-se na mesma relação jurídica processual⁵⁴. “Considerando, então, que o processo agora é sincrético, realizada a citação na fase de conhecimento tem-se por nele integrado o réu (*cognição-integração*), sendo desnecessário repetir esse ato”⁵⁵.

A Lei n. 9.099/1995, que instituiu os Juizados Especiais Cíveis e Criminais, já estabelece essa regra:

“Art. 52. A execução da sentença processar-se-á no próprio Juizado, aplicando-se, no que couber, o disposto no Código de Processo Civil, com as seguintes alterações:

topicamente, a melhor significação, dentre várias possíveis, aos princípios, às normas estritas (ou regras) e aos valores jurídicos, hierarquizando-os num todo aberto, fixando-lhes o alcance e superando antinomias em sentido amplo, tendo em vista bem solucionar os casos sob apreciação” (**A interpretação sistemática do direito**. – 4. ed. rev. e ampl. – São Paulo: Malheiros, 2004, p. 80).

⁵⁰ Como ensina José Antônio R. de Oliveira Silva, [...] nem se objete que há violação dos princípios do contraditório e da ampla defesa, haja vista que o réu pode interpor seu recurso contra a sentença, mas com o risco de, não obtendo sucesso, ter de pagar o valor da dívida a que tinha sido condenado, acrescido da multa de 10%. Há, pois, uma repartição dos riscos do processo e o réu pensará com mais cuidado sobre a viabilidade de modificação da sentença pelo tribunal, o que, certamente, desestimulará os recursos protelatórios” (**As recentes alterações do CPC e sua aplicação no processo do trabalho**, *Revista LTr*, São Paulo, ano 70, v. 12, dez. 2006, p. 1486).

⁵¹ Para Luciano Athayde Chaves, dentre as importantes modificações ocorridas com a reforma processual, uma delas “[...] diz respeito à desnecessidade de citação do devedor para que se inicie o procedimento executivo relativamente às obrigações estampadas em títulos judiciais” (**A recente reforma no processo comum e seus reflexos no direito judiciário do trabalho**. São Paulo: LTr, 2006, p. 53).

⁵² Com absoluta razão, entende Luciano Athayde Chaves que “[...] não faz sentido algum se manter o intérprete fiel ao disposto no art. 880 da CLT enquanto o processo comum dispõe, agora, de uma estrutura que superou a exigência de nova citação para que se faça cumprir as decisões judiciais, expressando, assim, maior sintonia com as idéias de celeridade, economia e efetividade processuais. É a hipótese mais do que evidente de lacuna ontológica do microsistema processual trabalhista (**A recente reforma no processo comum e seus reflexos no direito judiciário do trabalho**. São Paulo: LTr, 2006, p. 55). Curiosamente, em sentido oposto: LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Cumprimento espontâneo da sentença (lei 11.232/2005) e suas repercussões no processo do trabalho**. *Revista LTr*, São Paulo, ano 70, v. 9, set. 2006, p. 1046.

⁵³ ASSIS, Araken de. **Cumprimento da sentença**. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 291; GRINOVER, Ada Pellegrini. **Cumprimento da sentença**. *A nova execução de títulos judiciais: comentários à Lei n. 11.232/05 / Coordenadores Sérgio Rabello Tamm Renaut e Pierpaolo Cruz Bottini*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 121.

⁵⁴ WAMBIER, Luiz Rodrigues. **Sentença civil: liquidação e cumprimento**. – 3. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: RT, 2006, p. 421.

⁵⁵ BEBBER, Júlio César. **Cumprimento da sentença no processo do trabalho**. São Paulo: LTr, 2006, p. 76.

IV – não cumprida voluntariamente a sentença transitada em julgado, e tendo havido solicitação do interessado, que poderá ser verbal, proceder-se-á desde logo a execução, *dispensada nova citação*⁵⁶.

Observe-se que a citação é um instituto cuja essência é formada pela *informação* e pela *possibilidade de reação*. A informação a respeito do cumprimento do débito já está concretizada na intimação da sentença, quando esta é líquida, ou na intimação da fixação do valor na fase de liquidação. O prazo de adimplemento e suas conseqüências jurídicas já estão previstos na legislação – cujo desconhecimento o executado não pode alegar – e até mesmo nas mencionadas intimações. No que se refere à possibilidade de reação, o raciocínio é idêntico. Da interpretação sistemática do art. 884 da CLT e do art. 475-J, § 1º, do CPC, infere-se que o executado, após a intimação – preferencialmente na pessoa de seu advogado – sobre os atos de constrição patrimonial, tem o prazo de 05 (cinco) dias para apresentar impugnação ao cumprimento da sentença, inclusive com ampla possibilidade de dilação probatória. O executado pode também, desde que observados os limites cognitivos da execução, apresentar a defesa endoprocessual executiva⁵⁷.

A interpretação do art. 769 da CLT⁵⁸, resgatando a sua concepção histórica, deve sempre ser realizada à luz do princípio da proteção do trabalhador⁵⁹. É essa, e somente essa, a *mensagem ideológica* contida no texto normativo do art. 769 da CLT. A interpretação crítica do Direito, fundamental na consolidação da justiça social, recomenda que o direito processual comum seja utilizado no processo do trabalho, inclusive na fase recursal ou de execução, naquilo em que permitir maior celeridade ou efetividade na prestação jurisdicional⁶⁰, *ainda que*

⁵⁶ Sem destaque no original.

⁵⁷ REIS, Sérgio Cabral dos. **Breves comentários à nova execução civil e sua repercussão no processo do trabalho.** *Direito Processual do Trabalho: reforma e efetividade / Luciano Athayde Chaves, organizador.* São Paulo: LTr, 2007, p. 231-235.

⁵⁸ Art. 769 da CLT: “Nos casos omissos, o direito processual comum será fonte subsidiária do direito processual do trabalho, exceto naquilo em que for incompatível com as normas deste Título”.

⁵⁹ A seguinte lição de Jorge Luiz Souto Maior, segundo pensamos, revela-se perfeita: “Notoriamente, o que se pretendeu (daí o aspecto teleológico da questão) foi impedir 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 um 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” (**Reflexos das alterações do Código de Processo Civil no processo do trabalho.** *Revista LTr*, São Paulo, ano 70, v. 8, ago. 2006, p. 920).

⁶⁰ Jorge Luiz Souto Maior é enfático: “O juízo trabalhista, portanto, apenas se valerá das normas do processo civil quando estas, sendo compatíveis com o espírito do processo do trabalho, como dito, puderem melhorar a prestação jurisdicional, no sentido da efetividade da prestação jurisdicional” (**Reflexos das alterações do Código de Processo Civil no processo**

*exista regra jurídica previamente estabelecida em sentido contrário*⁶¹. Trata-se de uma nova hermenêutica constitucional, calcada na realização dos direitos fundamentais, notadamente quanto ao princípio da adequada prestação da tutela jurisdicional.

Pontifica Wolney de Macedo Cordeiro:

Admitir a inflexibilidade do conteúdo formal do art. 769 da CLT, significa, nos dias atuais, negar a própria eficácia de um direito fundamental. Essa negação, muitas vezes, pode ser justificada pela observância cega do princípio da legalidade, consubstanciando-se na assertiva que a lei regula integralmente determinada matéria.

Pouco adiante, arremata o culto processualista paraibano:

Sob todas as óticas possíveis, é viável concluir que as regras tradicionais de aplicação subsidiária das normas de direito do processo civil revelam-se anacrônicas. A premissa básica de superioridade finalística das normas de processo do trabalho não é mais verificável e afigura-se, em muitos casos, absolutamente inverídica. Todo o ambiente sóciojurídico atual conspira contra a vedação expressa da aplicação das normas de processo civil ao processo do trabalho, tendo em vista que aqueles, em muitas situações, tornaram-se mais aptas para resolver litígios de índole trabalhista.⁶²

Eis aí, portanto, a premissa metodológica do intérprete, na análise da aplicabilidade ou não, ao processo do trabalho, das regras oriundas das reformas legislativas do processo comum. Aplica-se, por analogia, o disposto no art. 265-A do CPC português: “Quando a tramitação processual prevista na lei não se adequar às especificidades da causa, deve o juiz oficiosamente,

do trabalho. *Revista LTr*, São Paulo, ano 70, v. 8, ago. 2006, p. 920).

⁶¹ Para Carlos Henrique Bezerra Leite, “[...] as normas do processo civil, desde que impliquem maior efetividade à tutela jurisdicional dos direitos sociais trabalhistas, devem ser aplicadas nos domínios do processo do trabalho como imperativo de promoção do acesso do cidadão-trabalhador à jurisdição justa” (**Cumprimento espontâneo da sentença (lei 11.232/2005) e suas repercussões no processo do trabalho.** *Revista LTr*, São Paulo, ano 70, v. 9, set. 2006, p. 1042).

⁶² CORDEIRO, Wolney de Macedo. **Da releitura do método de aplicação subsidiária das normas de Direito Processual comum ao Processo do Trabalho.** *Direito Processual do Trabalho: reforma e efetividade / Luciano Athayde Chaves, organizador.* São Paulo: LTr, 2007, p. 35 e 36, respectivamente.

ouvidas as partes, determinar a prática dos atos que melhor se ajustem ao fim do processo, bem como as necessárias adaptações”. A natureza jurídica alimentar das verbas reclama, ainda que inexista lacuna legislativa, a aplicação dos novos dispositivos que permitam uma justa aceleração na entrega da prestação jurisdicional⁶³. Afinal, a técnica processual deve realizar os valores constitucionais, tutelando o direito material segundo as suas peculiaridades. Em outras palavras, faz-se mister compreender que não adianta a regularidade formal do processo, se o mesmo, substancialmente, encontra-se em desacordo com os valores constitucionais que o regem.

José Roberto dos Santos Bedaque, com a clareza de sempre, explica:

A técnica constitui fator essencial à idéia de processo. Concebido este como instrumento de que a função jurisdicional do Estado se serve para colocar fim às crises existentes no plano do direito material, necessário regular a maneira como ele opera. É fundamental que o instrumento atue segundo técnica adequada e apta a possibilitar que os fins sejam atingidos. Esta é a função das formas e formalidades processuais, cuja razão de ser encontra explicação fundamentalmente em fatores externos ao próprio processo.

E conclui:

Mas *processo* não é, e nem poderia ser, somente forma. Toda a organização e a estrutura desse mecanismo encontram sua razão de ser nos valores e princípios constitucionais por ele incorporados. A técnica processual, em última análise, destina-se a assegurar o justo processo, ou seja, aquele desejado pelo legislador ao estabelecer o modelo constitucional ou devido processo

⁶³ Revela-se pertinente a seguinte lição de Plauto Faraco de Azevedo: “Não pode o juiz ignorar ou descurar os preceitos do ordenamento jurídico ao dirimir os litígios que lhe são submetidos. Pode, todavia, ocorrer que, valorizando os dados peculiares a cada um destes, conclua, por vezes, que a regra de direito positivo que lhe seria aplicável por mera subsunção, ocasionaria efeitos indesejáveis ou inaceitáveis. Nestas situações, por obediência ao direito, deve afastar essa regra ou descobrir-lhe novo sentido, buscando dar ao caso tratamento consentâneo com as exigências da justiça”. E arremata: “Não se trata das exigências da justiça abstrata. Trata-se das exigências da justiça perceptíveis na sociedade e compatíveis com a dignidade humana, de tal sorte que ignorá-las, para dar prevalência a lei ou leis em descompasso com o processo histórico-cultural, importa em negação da justiça e conseqüente frustração das expectativas sociais, impedindo a normal evolução do direito e a superação das contradições sociais pela via pacífica e criativa da jurisprudência” (**Crítica à dogmática e hermenêutica jurídica**. Porto Alegre: Fabris, 1989, p. 70).

constitucional.⁶⁴

Para Jorge Luiz Souto Maior,

[...] o art. 880 da CLT, que determina que o juiz mande expedir “mandado de citação ao executado” merece uma leitura atualizada, para que seja dispensada a citação pessoal do executado, bastando sua intimação, por carta registrada, no endereço constante dos autos, para que pague a dívida constante no título, no prazo de 48 horas (o CPC estabelece 15 dias, mas este prazo para a lógica do processo do trabalho é excessivo e, ademais, o art. 880 é claro neste aspecto), sob pena de se efetivar a imediata penhora sobre seus bens.⁶⁵

O ilustre professor paulista exemplifica o absurdo da exigência de citação pessoal do reclamado que descumpriu acordo firmado em audiência. Ora, não há necessidade de se comunicar a respeito da existência de uma demanda judicial, pois, ao firmar o acordo perante o Juiz do Trabalho, o reclamado já sabe, com antecedência, quando se tornará inadimplente e quais serão as consequências desse fato jurídico⁶⁶. Trata-se, pois, de formalismo desnecessário, que viola o princípio da economia processual e, quiçá, o princípio constitucional da duração razoável do processo (art. 5º, LXXVIII, da CF). Assim, interessa saber apenas se a decisão já tem condições fáctico-jurídicas de ser cumprida, já que o prazo de exigibilidade, como visto acima, encontra-se fixado na legislação.

Devem-se afastar, portanto, o formalismo excessivo, a passividade em relação à legislação, o culto exacerbado à segurança jurídica e a ausência de senso crítico herdados do liberalismo clássico e do paradigma da modernidade. Fábio Luiz Gomes explica:

Os ideais modernos da obtenção de um direito exato, perfeitamente previsível, com o fito de garantir a segurança da liberdade civil e impedir o arbítrio judicial, foram elementos decisivos

⁶⁴ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 26.

⁶⁵ SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. *Reflexos das alterações do Código de Processo Civil no processo do trabalho*. *Revista LTr*, São Paulo, ano 70, v. 8, ago. 2006, p. 922.

⁶⁶ SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. *Reflexos das alterações do Código de Processo Civil no processo do trabalho*. *Revista LTr*, São Paulo, ano 70, v. 8, ago. 2006, p. 922.

para a redução da atividade judicial à pura aplicação do texto legal, o qual deveria ser suficientemente preciso a ponto de impedir a atividade criadora do juiz, sob pena deste transformar-se em legislador, violando a doutrina da separação dos poderes.

E complementa sua lapidar lição o mestre gaúcho:

De se referir também, como idéia nascida do racionalismo a influenciar intensamente a continuidade das antigas estruturas procedimentais, o predomínio absoluto do valor segurança sobre o valor justiça na composição da idéia de Direito e a avassaladora conquista do espírito científico moderno de todos os territórios culturais do Ocidente, o que determinou a sujeição do pensamento jurídico aos métodos e princípios das ciências da natureza.⁶⁷

Na atual fase pós-moderna, deve-se compreender que a atividade jurisdicional é essencialmente criativa. O Juiz, no paradigma pós-modernidade, *sem desprezar as mensagens ideológicas contidas nos textos normativos*, mas ciente da hegemonia normativa dos princípios constitucionais e do seu papel “político” na sociedade contemporânea, deve procurar desempenhar uma hermenêutica crítica em relação à realidade sócio-econômica, com a finalidade de realizar os valores consagrados na Constituição da República. O compromisso da Justiça do Trabalho, nesse contexto, é com a realização dos direitos fundamentais – especialmente os sociais tão carentes de eficácia – e com o respeito à dignidade da pessoa humana do trabalhador (art. 1º, III e IV, da CF). A efetividade da tutela jurisdicional trabalhista, naturalmente com a observância do princípio do devido processo legal, converge para o alcance dessa missão constitucional.

No particular, impõe-se observar, na lição de Eduardo C. B. Bittar, que

o direito pós-moderno privilegia o conteúdo e despreza a forma (ao contrário da lógica moderna), quando ele for dispensável, de modo que é crítico dos métodos de coerção e restrição de acesso-condicionado-pela-burocracia, do direito que está em tese

⁶⁷ GOMES, Fábio Luiz. Responsabilidade objetiva e antecipação de tutela: a superação do paradigma da modernidade. São Paulo: RT, 2006, p. 11-12.

dado a todos, mas que só é acessível àqueles que sobrevivem às armadilhas em artimanhas do sistema organizado de rituais de acesso às armadilhas e artimanhas do sistema organizado de rituais de acesso às decisões de interesse social; o direito pós-moderno rejeita a negação de direitos por critérios de forma, e, portanto, considera deletérias as regras arbitrárias da legalidade estrita.⁶⁸

Para melhor compreensão do pensamento atual, vale a pena também conferir a lição de Antonio Carlos Wolkmer:

O magistrado, portanto, não se limita à atividade de natureza meramente interpretativa ou dedutiva daquilo que lhe é dado, mas sua tarefa consiste na revelação de uma forma jurídica mais adequada, mas equânime e mais justa. Conseqüentemente, a sentença judicial emanada do Juiz adquire, não só validade formal como também preceituação obrigatória e legitimação eficaz. Faz-se necessário, sem dúvida, assinalar que tais disposições judiciais são inegavelmente parte do Direito estatal na medida em que tanto são respeitadas pelos litigantes e acatadas pelos tribunais, quanto reiteradamente incorporadas pelo legislador do Direito positivo. O papel do Juiz é acertadamente marcante, não só como recriador através do processo hermenêutico, mas também como adaptador das regras jurídicas às novas e constantes condições da realidade social. É contribuindo para a transformação e democratização contínua da ordem jurídica positiva que o Juiz, em seu mister interpretativo, insere a semente vivificadora e inspiradora do Direito justo.

E arremata:

Como se pode verificar, o Juiz não se atém somente à interpretação da legalidade oficial ou a formulações provenientes de codificações, pois, como símbolo que pode ser transgressor de um órgão que resume em si o espírito da estrutura jurídica dominante, compete-lhe alternativamente adequar a satisfação das necessidades fundamentais de novos sujeitos sociais aos recen-

⁶⁸ BITTAR, Eduardo C. B.. *O Direito na pós-modernidade*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005, p. 432.

tes pressupostos de valoração jurídica emancipadora.⁶⁹

Na seara trabalhista, assim, a interpretação das normas deve sempre convergir para a busca da efetividade do processo, especialmente em razão de o mesmo contemplar, como regra, a satisfação de créditos alimentares. Na lição de Luciano Athayde Chaves,

[...] mostra-se plenamente defensável a tese do reconhecimento do anciloso normativo, por incompatibilidade com o tronco constitucional, de normas processuais trabalhistas que conspirem, numa relação comparativa com a processualística comum ou com outro subsistema processual especializado, contra o espírito da celeridade e efetividade processuais almejados pela Carta Política, notadamente em se tratando de Processo do Trabalho, cuja existência, como ramo especial da processualística, está teleologicamente vinculada aos conceitos de simplicidade e rapidez de seu *iter* procedimental.⁷⁰

Por conseqüência, no que se refere à etapa de cumprimento da sentença, como bem anota Francisco Antonio de Oliveira, não se pode duvidar que o art. 880 da CLT

[...] está anciloso no que diz respeito à exigência de citação e no tocante à multa, daí a possibilidade de o intérprete valer-se da lacuna ontológica para dar prestígio à norma frente à realidade. Existe também a possibilidade de vislumbrar a lacuna axiológica, pois embora existe a norma legal, está tão envelhecida que não condiz com a realidade; prova disso é que o processo civil tão renitente em adotar normatização mais avançada, está na dianteira do processo trabalhista, não mais exigindo a citação e aplicando multa a devedor renitente.⁷¹

Segundo pensamos, na realidade, estando o devedor ciente do prazo para o cumprimento da obrigação⁷², vencido este, deve-se passar imediatamente

⁶⁹ WOLKMER, Antonio Carlos. **Ideologia, Estado e Direito**. – 4. ed. ver., atual. e ampl. – São Paulo: RT, 2003, p. 188.

⁷⁰ CHAVES, Luciano Athayde. **Lacunas no Direito Processual do Trabalho**. *Direito Processual do Trabalho: reforma e efetividade* / Luciano Athayde Chaves, organizador. São Paulo: LTr, 2007, p. 94.

⁷¹ OLIVEIRA, Francisco Antonio de. A nova reforma processual – reflexos sobre o processo do trabalho – Leis ns. 11.232/2005 e 11.280/2006. *Revista LTr*, São Paulo, ano 70, v. 12, dez. 2006, p. 1425.

⁷² Normalmente, os prazos são estabelecidos da seguinte forma: I – na intimação da sentença líquida; II – na intimação da decisão que fixa o valor do débito (fase de liquidação, que também é realizada na mesma cadeia procedimental); III – no acordo judicial.

aos atos executivos, sem se falar, como pressuposto, na realização prévia de atos de comunicação processual. Afinal, no processo do trabalho, a execução, como regra, é realizada *ex officio* (art. 878 da CLT), inclusive no cumprimento provisório da sentença, na mesma cadeia procedimental, de modo que se deve prestigiar a decisão prolatada nas Varas do Trabalho.

5. Considerações finais

Ainda que seja comum que se faça uma lista de conclusões ao fim de um estudo deste porte, tal procedimento é por demais superficial, para ter alguma valia, e pode apresentar, como conseqüência, uma simplificação da argumentação desenvolvida. Demais disso, nosso objetivo aqui defendido já foi exposto no limiar do trabalho. Retomamo-lo, nesta oportunidade, apenas como fecho da investigação.

O processo do trabalho sempre adotou a sistemática do cumprimento da sentença, ou seja, sempre houve a interpenetração dos atos preponderantemente de cognição e de execução na mesma relação processual. Sendo assim, por não vislumbrar violação ao princípio do contraditório, entendemos que, para a realização dos atos executivos, torna-se dispensável nova citação do devedor.

O art. 769 da CLT deve receber interpretação favorável ao trabalhador. Ao contrário de outrora, a legislação processual comum vem convergindo para a busca da efetividade do processo, enquanto que o processo trabalhista, nessa onda de desvalorização do trabalho humano, em alguns pontos, permanece anacrônico. Na atividade interpretativa, o Juiz do Trabalho, preocupado com a realização da justiça social, deve sempre importar as disposições normativas que confirmam maior satisfação dos créditos alimentares. Nessa empreitada, o art. 769 da CLT deve ser um aliado e não uma “cláusula de barreira”. “Daí, por que, a atividade do intérprete não deve ser resumida à constatação tópica da omissão legislativa, mas sim do eventual anacronismo em relação aos avanços do processo civil”⁷³.

⁷³ CORDEIRO, Wolney de Macedo. **Da releitura do método de aplicação subsidiária das normas de Direito Processual comum ao Processo do Trabalho**. *Direito Processual do Trabalho: reforma e efetividade / Luciano Athayde Chaves, organizador*. São Paulo: LTr, 2007, p. 51.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMARAL, Guilherme Rizzo *et al.* *A nova execução civil: comentários à Lei nº 11.232, de 22 de dezembro de 2005.* (Coord.) Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

ARRUDA ALVIM NETO, José Manuel de. Cumprimento da sentença condenatória por quantia certa – Lei 11.232, de 22.12.2005 – anotações de uma primeira impressão. *Processo e Constituição: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira.* (Coord.) Luiz Fux, Nelson Nery Jr. e Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: RT, 2006.

ASSIS, Araken de. *Manual da execução.* – 9. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: RT, 2004.

_____. *Cumprimento da sentença.* Rio de Janeiro: Forense, 2006.

AZEVEDO, Plauco Faraco de. *Crítica à dogmática e hermenêutica jurídica.* Porto Alegre: Fabris, 1989.

BAUMÖHL, Debora Ines Kran. *A nova execução civil: a desestruturação do processo de execução.* São Paulo: Atlas, 2006.

BEBBER, Júlio César. *Cumprimento da sentença no processo do trabalho.* São Paulo; LTr, 2006.

_____. Reforma do CPC – processo sincrético e repercussões no processo do trabalho. *Revista LTr.* Ano 70, v. 2. São Paulo: Fev. 2006.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Algumas considerações sobre o cumprimento da sentença condenatória. *Revista do Advogado.* AASP, n. 85. São Paulo: Maio 2006.

_____. *Efetividade do processo e técnica processual.* São Paulo: Malheiros, 2006.

BITTAR, Eduardo C. B.. *O Direito na pós-modernidade.* Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005.

BORGES, Leonardo Dias; MEIRELES, Edilton. *A nova reforma processual e seu impacto no processo do trabalho.* São Paulo: LTr, 2006.

BRUSCHI, Gilberto Gomes; JÚNIOR, Antonio Notariano. *Os prazos processuais e o cumprimento da sentença*. Execução civil e cumprimento da sentença. (Coord.) Gilberto Gomes Bruschi. São Paulo: Método, 2006.

BUENO, Cassio Scarpinella. *A nova etapa da reforma do Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2006, vol. 1.

_____. *Variações sobre a multa do caput do art. 475-J do CPC na redação da lei 11.232.2005*. Aspectos polêmicos da nova execução, 3: de títulos judiciais, Lei 11.232/2005. (Coord.) Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: RT, 2006.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *A nova execução de sentença*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

CARMONA, Carlos Alberto. *Novidades sobre a execução civil: observações sobre a lei 11.232/2005*. A nova execução de títulos judiciais: comentários à lei n. 11.232/05. (Coord.) Sérgio RabelloTamm Renault, Pierpaolo Cruz Bottini. São Paulo: Saraiva, 2006.

CARNEIRO, Athos Gusmão. *Nova execução. Aonde vamos? Vamos melhorar*. *Revista de Processo*, n.º 123. São Paulo: RT. Maio de 2005.

CHAVES, Luciano Athayde. *A recente reforma no processo comum e seus reflexos no direito judiciário do trabalho*. São Paulo: LTr, 2006.

_____. *Lacunas no Direito Processual do Trabalho*. Direito Processual do Trabalho: reforma e efetividade. Luciano Athayde Chaves (Org.). São Paulo: LTr, 2007.

CORDEIRO, Wolney de Macedo. *Da leitura do método de aplicação subsidiária das normas de Direito Processual Comum ao Processo do Trabalho*. Direito Processual do Trabalho: reforma e efetividade. Luciano Athayde Chaves (Org.). São Paulo: LTr, 2007.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Nova era do processo civil*. São Paulo: Malheiros, 2003.

FREITAS, Juarez. *A interpretação sistemática do direito*. – 4. ed. rev. e ampl. – São Paulo: Malheiros, 2004.

GOMES, Luiz Fábio. *Responsabilidade objetiva e antecipação de tutela: a superação do paradigma da modernidade*. São Paulo: RT, 2006.

GRECO, Leonardo. Primeiros comentários sobre a reforma da execução oriunda da lei 11.232/05. *Revista Dialética de Direito Processual*. v. 36. São Paulo: Dialética. Mar. 2006.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *Cumprimento da sentença. A nova execução dos títulos judiciais: comentários à lei n. 11.232/05*. Sérgio Rabello Tamm Renault e Pierpaolo Cruz Bottini (Coords). São Paulo: Saraiva, 2006.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. Cumprimento espontâneo da sentença (lei 11.232/2005) e suas repercussões no processo do trabalho. *Revista LTr*. Ano 70, v. 9. Set. 2006.

LOPES, João Batista. *Curso de Direito Processual Civil: parte geral*. São Paulo: Atlas, 2005, vol. 1.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Eficácia das decisões e execução provisória. São Paulo: RT, 2000.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela antecipatória e julgamento antecipado: parte incontroversa da demanda*. – 5. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: RT, 2002.

_____. *A antecipação da tutela*. – 8. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Malheiros, 2004.

MARTINS, Sandro Gilbert. Apontamento sobre a defesa do executado no “cumprimento da sentença”. *Revista de Processo*, São Paulo, n.º 116, jul./ago. 2004.

MEDINA, José Miguel Garcia. *Execução civil: teoria geral: princípios fundamentais*. – 2. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: RT, 2004.

MONTENEGRO FILHO, Misael. *Cumprimento da sentença e outras reformas processuais*. São Paulo: Atlas, 2006.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção *et al.* *Reforma do CPC*. São Paulo: RT, 2006.

OLIVEIRA, Francisco Antonio de. A nova reforma processual – reflexos sobre o processo do trabalho – Leis ns. 11.232/2005 e 11.280/2006. *Revista LTr*, ano 70, v. 12, dez. 2006.

PINTO, José Augusto Rodrigues. Compreensão didática da lei n. 11.232, de 22.12.2005. *Revista Ltr*, ano 70, v. 3, mar. 2006.

REIS, Sérgio Cabral dos. *Breves comentários à nova execução civil e sua repercussão no processo do trabalho*. Direito Processual do Trabalho: reforma e efetividade. Luciano Athaide Chaves (Org.). São Paulo: LTr, 2007.

RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. *A execução provisória diante da Lei 11.232/2005*. Execução civil e cumprimento da sentença. Gilberto Gomes Bruschi (Coord.). São Paulo: RT, 2006.

SANTOS, Ernane Fidélis dos. *Reformas de 2005 do Código de Processo Civil: execução dos títulos judiciais e agravo de instrumento*. São Paulo: Saraiva, 2006.

SANTOS, Evaristo Aragão. *Breves notas sobre o “novo” regime de cumprimento da sentença*. Processo e Constituição: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira. Luiz Fux, Nelson Nery Jr. e Teresa Arruda Alvim Wambier (Coords). São Paulo: RT, 2006.

SHIMURA, Sérgio Seiji. *A execução da sentença na reforma de 2005 (Lei 11.232.2005)*. Aspectos polêmicos da nova execução, 3: de títulos judiciais, Lei 11.232/2005 / Teresa Arruda Alvim Wambier (Coord.). São Paulo: RT, 2006.

SILVA, José Antônio R. de Oliveira. As recentes alterações do CPC e sua aplicação no processo do trabalho. *Revista Ltr*, São Paulo, ano 70, v. 12, dez. 2006.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Jurisdição e execução na tradição romano-canônica*. – 2. ed. rev. – São Paulo: RT, 1998.

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. Reflexos das alterações do Código de Processo Civil no processo do trabalho. *Revista LTr*, ano 70, v. 8, ago. 2006.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *A execução de sentença e a garantia o devido processo legal*. Rio de Janeiro: Aide, 1987.

_____. *Execução das medidas cautelares e antecipatórias*. Processo de execução. Sérgio Shimura e Tereza Arruda Alvim Wambier (Coords). São Paulo: RT, 2001.

_____. *As novas reformas do Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. *Sentença civil: liquidação e cumprimento*. – 3. ed. ver., atual. e ampl. – São Paulo: RT, 2006.

WOLKMER, Antonio Carlos. *Ideologia, Estado e Direito*. 4. ed. ver., atual. e ampl. – São Paulo: RT, 2003.

YARSHELL, Flávio Luiz. *Efetivação da tutela antecipada: uma nova execução civil?*. Processo e Constituição: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira. Luiz Fux, Nelson Nery Jr. e Teresa Arruda Alvim Wambier (Coords.). São Paulo: RT, 2006.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Defesas do executado*. A nova execução de títulos judiciais: comentários à lei 11.232/05. Sérgio Rabello Tamm Renault, Pierpaolo Cruz Bottini (Coords.). São Paulo: Saraiva, 2006.

IMPOSSIBILIDADES DE APLICAÇÃO SUPLETIVA EM BLOCO DA LEI 11.232/2005, QUANTO À EXECUÇÃO DE SENTENÇA NO ÂMBITO DO PROCESSO TRABALHISTA

Juarez Duarte Lima¹

1. Introdução

O tema a respeito do qual se abre espaço para discussão é atualmente de grande relevância. Sobre ele tem-se debruçado parte da doutrina trabalhista e Juízes Trabalhistas, quanto à aplicação supletiva ao processo do trabalho das últimas reformas que ocorreram no âmbito do processo civil.

A Lei nº. 11.232, de 23/12/2005, que alterou o regime da liquidação e da execução de sentença, pôs fim com a separação entre processo de conhecimento e de execução. As atividades destinadas à declaração e à satisfação do direito passam a se realizar na mesma relação processual. Com efeito, tornou-se dispensável tanto a iniciativa do credor para o início da execução quanto à citação do executado.

Essa norma legal substituiu os tradicionais embargos do devedor privado, na execução por quantia certa, fundada em título judicial, pelo “cumprimento da sentença”. Essa substituição - que não abrange a Fazenda Pública - decorreu do fato de haver trazido a referida execução (arts. 475-I a 475-R), assim como a liquidação (arts. 475-A a 475-H), para o processo de conhecimento.

Mais ainda, após a fixação do valor da obrigação, o devedor é intimado para pagamento em 15 dias, com cominação de multa de 10% em caso de descumprimento da ordem.

A defesa do devedor passa a ser feita na própria relação processual destinada ao cumprimento da sentença, por meio de simples impugnação, sem efeito suspensivo, e não mais por ação autônoma de embargos do devedor, que ficou limitada às hipóteses de execução contra a Fazenda

¹ Juiz titular da Vara do Trabalho de Areia (PB) e Professor de Direito Processual do Trabalho.

Pública e fundada em título extrajudicial.

O grande debate que se aflora, na seara trabalhista, é a aplicação em bloco da Lei em referência, já que temos um capítulo específico no texto celetário, quanto à execução de título executivo judicial.

Pretendo, com a minha singela participação, fomentar o debate e ser mais um elemento a estabelecer o contraditório, sempre salutar ao Direito, que se mantém vivo e inovador por força da dialética que naturalmente dele faz parte.

Ressalto, no entanto, de longe pretendo desmerecer aqueles que vêm adotando posicionamento divergente, por sinal, bem intencionados, em almejar uma justiça célere e que responda aos anseios da sociedade.

De logo, manifesto minha discordância quanto à aplicação em bloco da referida Lei 11.232/2005, que para alguns atende o princípio da efetividade da jurisdição, como se esse princípio fosse novidade para os que fazem uso do processo do trabalho.

A necessidade de concretização do princípio da efetividade da jurisdição, por si só, não autoriza desconsiderar outros princípios constitucionais igualmente aplicáveis ao processo, inclusive, que servem de garantia da existência do próprio princípio da efetividade, isto é, o Princípio do Estado Democrático de Direito, Princípio da Legalidade, Princípio da Segurança Jurídica e o Princípio do Devido Processo Legal.

A aplicação em bloco da Lei, ora objeto de estudo, constitui, na minha ótica jurídica, grave violação aos princípios constitucionais mencionados no item precedente, razão pela qual, exigem de todos mais cautelas com adoção de medidas que pareçam a solução para muitos casos, não podendo aplicar o “maquiavelismo jurídico”, ou seja, de que os fins justificam os meios, pois, se assim fosse, ficariam os jurisdicionados a mercê do subjetivismo e criaria-se um caos para a ordem processual.

Impende destacar que, no passado, surgiram defensores da proposta do “Direito Alternativo”, mas não vingou em nosso País, ainda bem!

Urge, de início, fazer um confronto da aplicação da Lei nº. 11.232, de 23/12/2005, como instrumento norteador da execução de sentença no âmbito do processo do trabalho, com os princípios constitucionais reportados acima, depois, examinarei a adoção do princípio da efetividade da jurisdição e os critérios legais para aplicação supletiva do CPC no processo do trabalho.

2. A aplicação em bloco da Lei 11.232/2005 no âmbito do Processo do Trabalho em confronto com alguns princípios constitucionais

2.1. Do Princípio do Estado Democrático de Direito

O Direito emerge da inarredável conclusão de que é necessário estabelecer parâmetros de comportamento, regras de conduta que possam viabilizar a convivência social, dentro de uma perspectiva de cada um respeitar o outro e viver pacificamente.

A nossa Carta Constitucional em seu art. 1º, acolhe o Estado Democrático de Direito, como um conceito-chave do regime adotado, afastando-se, por completo, qualquer iniciativa ditatorial. Dele decorrem todos os princípios fundamentais do Estado brasileiro.

No Estado Democrático de Direito, o poder da autoridade e a liberdade do cidadão são regradados por normas constitucionais e por normas infraconstitucionais. Para que a ordem jurídica tenha estabilidade, exige-se o respeito às regras constitucionais e às regras legais em vigor aplicáveis a cada situação correspondente.

Nesse quadrante, também há de se afirmar quanto a regular ordem processual, ou seja, através de ordenação racional, vinculativamente prescrito, de regras, formas e procedimentos que excluem o arbítrio e a prepotência.

O juiz, segundo o texto da LOMAN, tem o dever de cumprir a lei e fazer cumprir a lei (Lei Complementar no. 35/1979 – art. 25, I) e no caso em exame não cabe ao mesmo, dentro do universo de normas processuais destinadas à execução de sentença, escolher na sua ótica jurídica a que melhor atende aos interesses da jurisdição, passando por cima de leis processuais especiais que servem de instrumento de aplicação também de direito material especializado.

Ora, estariam revogados tacitamente ou expressamente os arts. 876 *usque* 892, da CLT, com o advento da Lei nº. 11.232, de 23/12/2005? Decerto que não. E como pode o julgador desprezar um texto legal por outro, senão por expressa reforma legislativa em resposta ao Princípio do Estado Democrático de Direito, que assegura a divisão formal do exercício das funções derivadas do poder, entre os órgãos executivos, legislativos e judiciários, como forma de evitar a concentração de poder e combater o arbítrio.

Nesse diapasão e em respeito ao Princípio em referência, convém

lembrar o projeto de lei no. 7.152/06, da lavra do Deputado Federal Fleury (PTB-SP), que acrescenta um parágrafo ao artigo 769 da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), segundo o qual “O direito processual comum também poderá ser utilizado no processo do trabalho, inclusive na fase recursal ou de execução, naquilo em que permitir maior celeridade ou efetividade de jurisdição, ainda que existente norma previamente estabelecida em sentido contrário”.

Por corolário, só com alteração do texto atual da CLT, permite-se a aplicação em bloco da Lei 11.232/2005, do contrário, estar-se-á negando vigência ao acervo de normas do texto consolidado aplicável à execução de título executivo judicial, com flagrante quebra de garantias estabelecidas na Constituição Federal decorrentes do Princípio do Estado Democrático de Direito.

2.2. Do Princípio da Legalidade

O Princípio da Legalidade é um dos pilares do Estado Democrático de Direito. É nele que os indivíduos encontram o fundamento das suas prerrogativas, assim como a fonte de seus deveres. É, pois, princípio genérico de nosso Direito, insculpido como direito fundamental quando escreve no art. 5º, II, que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”.

Através desse Princípio se tem a garantia vital de que o cidadão ou mesmo uma pessoa jurídica não está presa às vontades particulares, pessoais, de quem está no poder, seja no executivo, legislativo ou judiciário.

A CLT trata exhaustivamente de todo procedimento referente ao processo de execução de sentença em seu Capítulo V – Da execução – arts. 876 *usque* 892 e, portanto, o exequente e executado estão obrigados a fazer ou deixar de fazer, quanto à prática de atos processuais, conforme os parâmetros definidos por esses artigos, de forma que fere o princípio da legalidade exigir das partes, e em particular do executado, que se submeta às regras do CPC que tratam do cumprimento de sentença.

2.3. Do Princípio da Segurança Jurídica

O postulado da segurança jurídica está situado no art. 5º, caput, da Constituição Federal, ao determinar: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros residentes no

País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes (...).”

A segurança garantida pelo texto constitucional é genérica, razão pela qual, compreende a segurança jurídica, de conotação de direito fundamental, posto que detém a função de garantir, tutelar e proteger os direitos conferidos aos sujeitos de direito.

O sistema jurídico está estruturado para obstacular que os cidadãos, destinatários da norma, sejam alcançados de surpresa, por medidas tomadas repentinamente, de forma que, a interferência do Estado na sociedade civil, nas relações jurídicas entre particulares, tem de está pautado na segurança jurídica traduzida como uma norma jurídica que seja estável, certa e previsível.

Formalmente o princípio da segurança jurídica se manifesta, dentre outros direitos, o de assegurar e garantir aos sujeitos da relação jurídica a irretroatividade da lei, coisa julgada, respeito aos direitos adquiridos, respeito ao ato jurídico perfeito, outorga de ampla defesa e contraditório aos acusados em geral, presunção do conhecimento obrigatório da lei, prévia lei para a configuração de crimes e transgressões e cominação de penas, declarações de direitos e garantias individuais, justiça social, devido processo legal, independência do Poder Judiciário, vedação de tribunais de exceção, vedação de julgamentos parciais, etc.

Desse modo, o Princípio da Segurança Jurídica obsta que o Juiz do Trabalho, dentre os normativos previstos para a execução: CLT, LEI DE EXECUÇÃO FISCAL e CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL, escolha os atos processuais que na sua visão sejam mais efetivos.

Se a Lei no. 11.232/2005 não revogou o capítulo que trata da execução na CLT, constitui direito adquirido das partes que integram a relação jurídica processual ativa e passiva, bem assim, garantia do devido processo legal, o cumprimento das normas procedimentais vigentes no texto consolidado para execução de sentença, do contrário, violado estará o Princípio da Segurança Jurídica erigido à categoria constitucional.

2.4. Do Princípio do Devido Processo Legal

No artigo 5º, LIV, da Constituição Federal, tem-se que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.

Tal qual o próprio Princípio da Legalidade, o Princípio do Devido Processo Legal tem a característica de ser tanto um direito quanto uma

garantia. Também aqui a preocupação maior é proteger o cidadão contra as possíveis arbitrariedades do Poder.

Há situações em que o Estado deve privar alguém de sua liberdade ou de seus bens. O primeiro caso é o das infrações tipificadas como crime, o segundo o da desapropriação, da penhora para garantia de dívidas, entre outras. Não se obsta que assim seja, exige-se, entretanto, que isso se dê de forma tal que o cidadão tenha assegurado o “devido processo legal”, respeitando-se, por óbvio, o procedimento legal preexistente e aplicável.

O princípio do devido processo legal é dirigido especialmente ao Estado enquanto responsável pela atividade jurisdicional, impõe sujeição a procedimento especificado em lei. É uma garantia do indivíduo contra o Poder Judiciário. É que só será válida a decisão que for proferida após um processo válido e regular, na forma procedimental correspondente.

É de bom alvitre não olvidar que o exercício do direito de ação está condicionado ao atendimento das condições da ação, entre as quais, o interesse processual caracterizado pela necessidade e adequação procedimental. Tal condição não se atende quando se adota um procedimento outro que não é o adequado para o caso, que é adoção da Lei 11.212/2005 em substituição ao previsto no texto consolidado.

Doutrina com maestria Mauro Schiavi que “o devido processo legal consiste no direito que tem o cidadão de ser processado por regras já existentes e que sejam devidamente observadas pelo Judiciário”.²

O Devido Processo Legal é uma das mais importantes manifestações do Princípio da Legalidade. É, sem dúvida, um princípio basilar de Direito.

E, num Estado Democrático de Direito, os fins — por mais justos e louváveis — nem sempre justificam os meios. Não pode o Judiciário escolher, dentre os procedimentos em vigor, o que mais atenderia a celeridade processual, fazendo “tabua rasa” do procedimento preestabelecido legalmente, para situação posta nos autos.

O pilar fundamental do Estado democrático de Direito está na existência da proteção jurídica ao jurisdicionado, que se expressa na garantia do devido processo legal, como definiu nossa Constituição Federal.

A observância ao Princípio sob análise está na adoção das normas previamente estabelecidas na CLT para execução de sentença (Capítulo V – Da execução – arts. 876 usque 892), perfeitamente vigentes e produzindo efeitos processuais, que servem de instrumento de efetivação do direito

² SHIAVI, Mauro. Manual de Direito Processual do Trabalho. São Paulo: LTr, 2008, p. 59.

material reconhecido na sentença trabalhista. Adotar de forma global o da Lei 11.232/2005 fere o Princípio em referência.

3. Princípio da efetividade da jurisdição há tempo é adotado no Processo do Trabalho

Um dos fundamentos defendidos quanto à aplicação completa da Lei 11.232/2005, na execução de título executivo judicial (sentença, termo de conciliação) é que ela faz cumprir o princípio da efetividade da jurisdição alçado a categoria constitucional.

Há muito tempo que o processo do trabalho vem adotando tal princípio. Atente, em se tratando de procedimento ordinário, que no processo cognitivo ao se ingressar com uma ação trabalhista (que pode ser proposta inclusive de forma oral, reduzida posteriormente a termo, à exceção quanto à ação inquérito judicial para apuração de falta grave, que a forma é escrita), tão logo recebida e protocolada, o escrivão ou Diretor de Secretaria, dentro do prazo de 48 horas, promoverá a notificação (citação), de regra feita através dos Correios em registro postal, que por sua vez tem o prazo de 48 horas para cumprir (CLT – 841 e parágrafo 1º.) e em função da adoção do princípio da impessoalidade na comunicação dos atos processuais, presume-se notificado 48 horas após a postagem da notificação, incumbindo ao destinatário o ônus de provar o seu não-recebimento ou a entrega após o decurso desse prazo (Súmula 16 do TST). Entre a notificação do reclamado e a realização da audiência intermediará um prazo mínimo de 5 dias (CLT- art. 841). Por outro lado, em função do princípio da concentração dos autos processuais recepcionado pelo art. 849 da CLT, é possível a jurisdição resolver a lide em uma só audiência (audiência-una), portanto, sem fracionamento. Prolatada a decisão que nada impede ser a sentença líquida, dispõe a parte do prazo de 8 dias para voluntariamente cumprir a sentença ou dela recorrer, fazendo uso do recurso ordinário que tem efeito meramente devolutivo, o que permite sua execução até a penhora (CLT – arts. 895, a, 899 “caput”), diferentemente no processo civil que de regra a apelação tem efeitos devolutivo e suspensivo (CPC – art. 520). Dentre os pressupostos objetivos do recurso cumpre à empresa sucumbente, em se tratando de sentença condenatória de pagar quantia certa, não só recolher as custas processuais, mas também efetuar o depósito recursal (recurso ordinário), atualmente no valor de R\$ 4.993,78. Com o trânsito em julgado da decisão o juiz promoverá a execução da sentença de ofício e, uma vez citado o executado, dispõe do prazo de 48

horas para pagar ou garantir a execução e ao escolher a última terá de nomear bens obedecendo à ordem estabelecida no art. 655 do CPC, por força do art. 882 da CLT. Se o executado não pagar ou indicar bens à penhora, seguir-se-á o bloqueio “on line” (BACEN JUD) e, se infrutífero, o oficial de justiça efetuará a penhora em tantos bens quanto suficientes forem à satisfação do crédito exequendo e lavrado o respectivo auto de penhora, avaliação e depósito, dela as partes serão intimadas, dispondo o executado do prazo de cinco para querendo embargar à execução e, uma vez rejeitados, prosseguirão os demais atos processuais até a expropriação final dos bens que foram objeto de constrição judicial.

Impende destacar, repito, o caráter suspensivo da apelação, que impossibilita a execução provisória da sentença no âmbito do processo civil, o prazo de quinze dias para interposição do referido recurso, entre outras diferenças, para se inferir, que não se tem tamanha vantagem processual, a adoção do modelo previsto no direito processual comum.

4. Dos critérios legais para aplicação de normas do CPC à execução de sentença no âmbito trabalhista

O legislador ordinário não deixou ao livre arbítrio, ou poder discricionário do Judiciário Trabalhista, aplicar o CPC ou a CLT quanto ao procedimento a ser adotado na execução de título executivo judicial. Ao contrário, elegeu critérios a serem observados para adoção das normas processuais do direito processual comum, isto é, os critérios da omissão e compatibilidade.

Sempre oportuno registrar o entendimento do jurista de escol Manoel Antonio Teixeira Filho:

Todos sabemos que o art. 769, da CLT, permite a adoção supletiva de normas do processo civil, desde que: a) a CLT seja omissa quanto à matéria; b) a norma do CPC não apresente incompatibilidade com a letra ou com o espírito do processo do trabalho. Não foi por obra do acaso que o legislador trabalhista inseriu o requisito da omissão antes da compatibilidade: foi, isto sim, em decorrência de um proposital critério *lógico-axiológico*. Desta forma, para que se possa cogitar da compatibilidade, ou não, de norma do processo civil com a do trabalho é absolutamente necessário, *ex vi legis*, que, antes disso, se

verifique se a CLT se revela omissa a respeito da matéria. Inexistindo omissão, nenhum intérprete estará autorizado a perquirir sobre a mencionada compatibilidade. Aquela constitui, portanto, pressuposto fundamental desta.³

A observância de tais critérios está intimamente ligada ao Princípio da Legalidade ou da reserva legal, esculpido no inciso II, do art. 5º, da Constituição Federal, que constitui, sem dúvida, como já afirmado alhures, a viga mestra de sustentação do Estado Democrático de Direito, em que se funda a República Federativa do Brasil (CF, art. 1º, *caput*).

4.1. Critério da omissão

Conforme Francisco e Jouberto ao tratarem de forma conjunta acerca da legislação aplicável à execução trabalhista:

A respeito da legislação aplicável à execução trabalhista, tem-se: a) a princípio aplicam-se as normas expressas e peculiares da CLT; b) no caso de lacuna, a primeira invocação subsidiária é a Lei dos Executivos Fiscais (Lei no. 6.830/80), de acordo com o art. 889 da CLT; c) se a Lei no. 6.830/80 não resolver a omissão legal, as regras de processo civil serão aplicadas (art. 769, CLT).⁴

Como se vê, o legislador ordinário ressaltou a supremacia das normas processuais trabalhistas sobre as do CPC, de forma que não é possível a aplicação “em bloco” da nova execução civil no processo do trabalho, porquanto, há regulação expressa da matéria na CLT no tocante à execução de sentença (artigos. 876 a 892), Lei n. 5.584/70 (artigos 12 e 13), além da remissão preferencial, em caráter subsidiário, à Lei n. 6.830/80 (CLT – art. 889). Logo, só têm aplicação ao processo trabalhista aqueles preceitos do CPC que não têm correspondência na Consolidação, na Lei n. 5.584/70 ou na Lei de Executivos Fiscais.

4.2. Critério da compatibilidade

³ TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio. Processo do Trabalho – Embargos à execução ou impugnação à sentença? In: Revista LTr 70-10/1180.

⁴ NETO, Francisco Jorge. CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa. Direito Processual do Trabalho. 3ª. Edição. São Paulo: Livraria e Editora Lúmen Júris Ltda., 2007, p. 1117.

Também não vislumbro haver compatibilidade para a aplicação «em bloco» da nova execução civil no processo do trabalho, porquanto, são flagrantes as incompatibilidades.

Analiso especificamente a aplicação do novo art. 475-J do Código de Processo Civil, introduzido pela Lei 11.232/2005, às execuções trabalhistas, cujo “caput” é transcrito abaixo:

Caso o devedor, condenado ao pagamento de quantia certa ou já fixada em liquidação, não o efetue no prazo de quinze dias, o montante da condenação será acrescido de multa no percentual de dez por cento e, a requerimento do credor e observado o disposto no art. 614, inciso II, desta Lei, expedir-se-á mandado de penhora e avaliação.

Mais ainda, o parágrafo primeiro do aludido dispositivo estatui que “do auto de penhora e de avaliação será de imediato intimado o executado, na pessoa de seu advogado (arts. 236 e 237), ou, na falta deste, o seu representante legal, ou pessoalmente, por mandado ou pelo correio, podendo oferecer impugnação, querendo, no prazo de quinze dias.

Os artigos 880 e 884 da CLT, por sua vez, assim estabelecem:

Requerida a execução, o juiz ou presidente do tribunal mandará expedir mandado de citação do executado, a fim de que cumpra a decisão ou o acordo no prazo, pelo modo e sob as cominações estabelecidas ou, quando se tratar de pagamento em dinheiro, inclusive de contribuições sociais devidas à União, para que o faça em 48 (quarenta e oito) horas ou garanta a execução, sob pena de penhora.

Garantida a execução ou penhorados os bens, terá o executado 5 (cinco) dias para apresentar embargos, cabendo igual prazo ao exequente para impugnação.

Destarte, no caso de execução de reclamatória trabalhista, o juízo deve citar pessoalmente o executado para pagar a dívida em 48 horas ou garantir a execução, sob pena de penhora (exceção ao princípio da impessoalidade

na comunicação dos atos processuais, adotado pelo processo do trabalho). Garantida a execução, o executado poderá suspendê-la com a apresentação de embargos.

De outra parte, de acordo com a nova legislação civil, caso o executado não pague o valor devido no prazo de 15 dias, a condenação será acrescida de multa de 10%, sendo conseqüentemente expedido o mandado de penhora e avaliação. Do auto de penhora e avaliação o procurador do executado será intimado, podendo oferecer impugnação, a qual, em regra, não recebe o efeito suspensivo, no prazo de 15 dias.

Diante do exposto, parece de clareza solar que o contido no art. 475-J do Código de Processo Civil não pode ser aplicado à execução trabalhista. Há previsão específica no texto celetário acerca da forma de cumprimento das sentenças judiciais. Ademais, as regras civis são também incompatíveis com as regras trabalhistas. Por exemplo, o executado será intimado para pagar em 15 dias, na forma do art. 475-J do CPC ou em 48 horas na forma do art. 880 da CLT?

4.3. Do entendimento dos Tribunais (TRTs e TST)

Pelo levantamento feito no site de diversos Tribunais Regionais do Trabalho e do Tribunal Superior do Trabalho, percebo já se consolidar uma tendência majoritária em rechaçar a aplicação em bloco da Lei nº. 11.232, de 23/12/2005, quando se rejeita especificamente a aplicação do art. 475-J do CPC.

No âmbito do Colendo Tribunal Superior do Trabalho, tem-se o registro de duas decisões das 3ª e 6ª Turmas contra a aplicação do artigo mencionado no item precedente:

AGRAVO DE INSTRUMENTO EXECUÇÃO INAPLICABILIDADE DO ARTIGO 475-J DO CPC AO PROCESSO DO TRABALHO. Ante possível violação ao artigo 5º, inciso LIV, da Constituição da República, dá-se provimento ao Agravo de Instrumento para determinar o processamento do apelo denegado. II - RECURSO DE REVISTA EXECUÇÃO INAPLICABILIDADE DO ARTIGO 475-J DO CPC AO PROCESSO DO TRABALHO I. Segundo a unânime doutrina e jurisprudência, são dois os requisitos para a aplicação da norma processual comum ao Processo do Trabalho: i) ausência de disposição na

CLT exigir o esforço de integração da norma pelo intérprete; ii) compatibilidade da norma supletiva com os princípios do processo do trabalho. 2. A ausência não se confunde com a diversidade de tratamento: enquanto na primeira não é identificável qualquer efeito jurídico a certo fato a autorizar a integração do direito pela norma supletiva na segunda se verifica que um mesmo fato gera distintos efeitos jurídicos, independentemente da extensão conferida à eficácia. 3. O fato juridicizado pelo artigo 475-J do CPC não-pagamento espontâneo da quantia certa advinda de condenação judicial possui disciplina própria no âmbito do Processo do Trabalho (art. 883 da CLT), não havendo falar em aplicação da norma processual comum ao Processo do Trabalho. 4. A fixação de penalidade não pertinente ao Processo do Trabalho importa em ofensa ao princípio do devido processo legal, nos termos do artigo 5º, inciso LIV, da Constituição da República. Recurso de Revista conhecido e provido. (TST, 3ª. Turma, NÚMERO ÚNICO PROC: RR - 765/2003-008-13-41, Relatora Ministra Maria Cristina Iri-goyen Peduzzi - PUBLICAÇÃO: DJ -22/02/2008).⁵

RECURSO DE REVISTA. MULTA DO ART. 475-J DO CPC. INCOMPATIBILIDADE COM O PROCESSO DO TRABALHO. REGRA PRÓPRIA COM PRAZO REDUZIDO. MEDIDA COERCITIVA NO PROCESSO TRABALHO DIF E RENCIADA DO PROCESSO CIVIL O art. 475-J do CPC determina que o devedor que, no prazo de quinze dias, não tiver efetuado o pagamento da dívida, tenha acrescido multa de 10% sobre o valor da execução e, a requerimento do credor, mandado de penhora e avaliação. A decisão que determina a incidência de multa do art. 475-J do CPC, em processo trabalhista, viola o art. 889 da CLT, na medida em que a aplicação do processo civil, subsidiariamente, apenas é possível quando houver omissão da CLT, seguindo, primeiramente, a linha traçada pela Lei de Execução fiscal, para apenas após fazer incidir o CPC. Ainda assim, deve ser compatível à regra contida no processo civil com a norma trabalhista, nos termos do art. 769 da CLT, o que não ocorre no caso de cominação de multa no prazo de

⁵ <http://www.tst.gov.br>

quinze dias, quando o art. 880 da CLT determina a execução em 48 horas, sob pena de penhora, não de multa. Recurso de revista conhecido e provido para afastar a multa do art. 475-J do CPC”. (TST, 6ª. Turma, NÚMERO ÚNICO PROC: RR - 668/2006-005-13-40, Relator Ministro ALOYSIO CORRÊA DA VEIGA - PUBLICAÇÃO: DJ -28/03/2008).⁶

Ante a impossibilidade de transcrição de todas as ementas, faço menção apenas dos Tribunais Regionais do Trabalho que adotaram, em julgamentos de recurso ordinário ou agravo de petição, entendimento pela inaplicabilidade do art. 475-J do CPC, em função do processo do trabalho ter sistema próprio quanto ao procedimento para execução de sentença, com suas peculiaridades, o que diferencia do processo civil, conforme informações extraídas do respectivo site de cada Tribunal: **TRT da 2ª. Região** – 7ª. Turma (Processo 01821.1994.002.02.00-4);⁷ **TRT da 3ª. Região** – 5ª. Turma (Processo 02634.199.075.03.00.7-AP) e 6ª. Turma (Processo 00916.2006.058.03.00-4);⁸ **TRT da 4ª. Região** – 1ª. Turma (Processo 00998.2000.801.04.00.0-AP), 2ª. Turma (Processo 01174.2004.026.04.00-AP) e 7ª. Turma (Processo 00381.009.04.00.1-AP);⁹ **TRT da 5ª. Região** – 3ª. Turma (Processos 01091.2006.012.05.00.7-RO e 01143.2005.014.05.00.7-RO);¹⁰ **TRT da 6ª. Região** – 1ª. Turma (Processo 00100.2007.271.06.00.1) e 3ª. Turma (Processo 00498.2007.022.06.00.0-RO);¹¹ **TRT da 8ª. Região** – 3ª. Turma (Processo 612.2006.110.08.00.8);¹² **TRT da 9ª. Região** – 1ª. Turma (Processo 0680.2006.014.09.00.9-ACO-14426.2008), 2ª. Turma (Processo 00533.2006.872.09.00.5-ACO-35382.2007) e 4ª. Turma (Processo 00225.2006.562.09.00.8-ACO-22463.2007);¹³ **TRT da 11ª. Região** (Processos AP-16099.2006.004.11.00 e RO-00562.2007.011.11.00);¹⁴ **TRT da 12ª. Região** – 2ª. Turma (Processo 03486.2003.039.12.85.5-AP) e 3ª. Turma (Processo 00827.2005.025.12.00.7);¹⁵ **TRT da 14ª. Região** – (Processo 00475.2006.031.14.00.1-RO);¹⁶ **TRT**

⁶ <http://www.tst.gov.br>

⁷ <http://www.trt02.gov.br>

⁸ <http://www.trt3.jus.br>

⁹ <http://www.trt4.gov.br>

¹⁰ <http://www.trt05.gov.br>

¹¹ <http://www.trt6.gov.br>

¹² <http://www.trt8.jus.br>

¹³ <http://www.trt9.gov.br>

¹⁴ <http://www.trt11.gov.br>

¹⁵ <http://www.trt12.jus.br>

¹⁶ <http://www.trt14.gov.br>

da 17ª. Região (Processo 00662.2005.009.17.01.0-AP);¹⁷ TRT DA 18ª. Região (Processo 01228.2004.141.18.01.7); TRT da 20ª. Região (Processos 00729.2006.005.20.00.2-RO e 01491.2006.006.20.00.9).¹⁸

Como se vê, diante de uma tendência dos pretórios trabalhistas acerca da inaplicabilidade em bloco da Lei nº. 11.232, de 23/12/2005, é de bom alvitre fazer uma reflexão, se é bom para o trabalhador proporcionar uma expectativa de receber a multa de 10% prevista no art. 475-J do CPC, quando em sede de Recurso de Revista, há uma probabilidade de ser reformada a decisão, retardando o recebimento efetivo das verbas rescisórias e salariais ali contempladas.

5. Conclusões

5.1. A aplicação em bloco da Lei nº. 11.232, de 23/12/2005, no que diz respeito à execução da sentença, no âmbito do processo do trabalho, afronta o Princípio do Estado Democrático de Direito, Princípio da Legalidade, Princípio da Segurança Jurídica e o Princípio do Devido Processo Legal.

5.2. A Lei em referência não revogou tacitamente ou expressamente os arts. 876 **usque** 892, da CLT. Sua aplicação ao processo do trabalho só ocorrerá se houver reforma legislativa aos artigos 769 e/ou 889 da CLT.

5.3. O processo do trabalho, mesmo com o avanço da legislação processual civil, ainda prima pela efetividade da jurisdição e duração razoável do processo.

5.4. Há regulação expressa da matéria na CLT no tocante à execução de sentença (artigos. 876 a 892), Lei n. 5.584/70 (artigos 12 e 13) e em caráter subsidiário, à Lei n. 6.830/80 (CLT – art. 889) de forma que só têm aplicação ao processo trabalhista aqueles preceitos do CPC que não têm correspondência na Consolidação, na Lei n. 5.584/70 ou na Lei de Executivos Fiscais.

5.5. A aplicação supletiva do CPC ocorre desde que atendidos os critérios da omissão e da compatibilidade, e no caso a CLT não é omissa quanto ao regramento da execução de sentença e há incompatibilidade em relação à aplicação completa da Lei nº. 11.232, de 23/12/2005.

5.6. Finalmente, há uma tendência sedimentada nos Tribunais (TST e na maioria dos Tribunais Regionais), no sentido de não permitirem

¹⁷ <http://www.trt17.gov.br>

¹⁸ <http://www.trt18.jus.br>

a aplicação do art. 475-J do CPC, que é a viga mestra do “cumprimento da sentença” ali normatizado, exigindo-se de todos uma melhor reflexão quanto à manutenção do entendimento em sentido contrário, com vistas a evitar o prolongamento da entrega efetiva do bem jurídico ao trabalhador demandante.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

NETO, Francisco Jorge. CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa. *Direito Processual do Trabalho*. 3. ed. São Paulo: Lumen Juris, 2007.

SHIAVI, Mauro. *Manual de Direito Processual do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2008.

TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio. *Processo do Trabalho – Embargos à execução ou impugnação à sentença?* In: Revista LTr 70-10/1180.

ADMISSÃO DE PESSOAL PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA SEM A REALIZAÇÃO DE CONCURSO

Eduardo Sérgio de Almeida¹

1. Introdução

A admissão de pessoal pela administração pública, sem obediência ao comando legal contido no inciso II do art. 37 da Constituição Federal, isto é, sem que tenha havido prévio concurso público para o ingresso do servidor no serviço público, constitui um problema ainda a ser adequadamente resolvido no Brasil. Tanto os órgãos fiscalizadores do Poder Executivo, como também os Tribunais de Contas – órgãos auxiliares do Poder Legislativo – do mesmo modo que o Poder Judiciário, não têm conseguido impedir a violação da norma legal mencionada anteriormente, infringida impunemente pelos administradores públicos, sobretudo pelos prefeitos dos pequenos municípios brasileiros, mas não apenas por estes. Também os prefeitos dos grandes municípios e até os governadores dos Estados Federados contratam servidores sem o requisito da realização de prévio concurso público.

A solução mais comum e a maior parte das vezes única, no âmbito administrativo, consiste na determinação, dirigida ao administrador público, para que seja providenciada a demissão do pessoal irregularmente admitido. A determinação referida origina-se dos Tribunais de Contas. Tribunais estes que como órgãos auxiliares do poder legislativo têm a função de exercer o controle da administração pública.

O § 2º do art. 37 da CF, contem dispositivo expresso prevendo punição à autoridade responsável pela irregularidade, isto é, pela admissão de pessoal sem concurso público. Apesar de tal previsão legal esta autoridade, em regra, não é punida. Na esfera do Poder Judiciário, os trabalhadores admitidos sem terem sido submetidos a concurso, após serem despedidos, buscam assegurar, perante a Justiça do Trabalho, algum benefício decorrente do tempo de serviço

¹ Juiz do Trabalho, titular da Vara do Trabalho de Itabaiana/PB, do TRT da 13ª Região. É Pós-graduado em Filosofia e Mestre em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco. Atualmente faz o curso de doutorado na Universidade Castilla La-Mancha em Ciudad Real, Espanha. Foi Professor de Introdução ao Direito na FIR – Faculdades Integradas do Recife.

trabalhado para a administração, uma vez que são afastados do trabalho sem o recebimento de quaisquer títulos, muitas vezes sem o recebimento, sequer, de parte dos salários do período trabalhado.

Quando em virtude de eleição um novo prefeito assume a administração de um dos muitos municípios do país, como regra, encontra inúmeros servidores admitidos irregularmente e quando o novo administrador pertence a algum partido ou grupo de oposição ao administrador anterior geralmente demite esses servidores, muitas vezes alegando estar cumprindo determinação legal. Na verdade o afastamento daqueles irregularmente admitidos se dá, na maior parte das ocasiões, por mesquinha perseguição política, uma vez que os admitidos pelas administrações anteriores são, de fato ou supostamente, eleitores do grupo político derrotado. Feitas as demissões o novo administrador de ordinário contrata, sem obediência ao requisito legal da previa realização de concurso público, outros servidores, obviamente, dentre seus partidários e eleitores.

Em razão do grande número de ações perante a Justiça do Trabalho, de ex-trabalhadores da administração pública admitidos com desobediência à lei, houve grande dissenso interpretativo entre os Tribunais inferiores, o que levou a matéria a ser objeto de uniformização da jurisprudência trabalhista e de edição de súmula por parte do TST.

A Súmula 363 do TST estabelece que a contratação de servidor público sem a realização de prévio concurso público, exigido pelo art. 37, inciso II da Constituição Federal, gera nulidade, só sendo devidos ao contratado a remuneração pactuada e os valores relativos ao FGTS – Fundo de Garantia do Tempo de Serviço. O STF é ainda mais restritivo. No julgamento do agravo regimental em agravo de instrumento, processo N.º 488.991-0, firmou entendimento de que “Ao empregado admitido no serviço público sem concurso, em caso de nulidade do contrato de trabalho, só é devido o saldo de salários”². Muito embora tenhamos a maior consideração à máxima instância trabalhista brasileira e respeito pelas decisões da nossa Corte Suprema, não só por questão de ordem funcional, mas sobretudo pela qualidade dos seus julgados e a capacidade dos seus membros, discordamos desse posicionamento por entender que o mesmo fere o princípio da dignidade da pessoa humana, contido no art. 1.º, inciso III da Constituição Federal, considerado como um dos fundamentos da nossa república, pelo próprio texto constitucional.

² Disponível em www.stf.gov.br.

2. Dos fundamentos da Súmula 363 do TST e dos direitos e garantias fundamentais

No Direito do Trabalho brasileiro é aplicada a teoria das nulidades originária do Direito Civil de uma forma um pouco modificada. Os efeitos dessa nulidade variam, dependendo de quem sejam as partes contratantes. No caso de contrato de trabalho firmado com menor de 16 anos, por exemplo, ao qual é vedado o trabalho, pelo art. 7º, inciso XXXIII, da Constituição Federal, considera-se que a proibição do trabalho e a conseqüente nulidade do pacto laboral são instituídas em favor do menor, lhes sendo deferidos todos os direitos decorrentes de um contrato de trabalho válido. Em se tratando de contrato de trabalho pactuado com a administração pública se considera que o contrato de trabalho é nulo e que só são devidos ao trabalhador os salários do período trabalhado, sob o argumento, nesse aspecto absolutamente correto, que não se pode repor a força de trabalho despendida pelo trabalhador. Com base nessa teoria, um pouco mais mitigada, o TST editou a Súmula 363. A não contagem do tempo de serviço do trabalhador admitido irregularmente pela administração pública, porém, é um contra-senso, posto que não há possibilidade de retorno ao *status quo ante*, isto é, não se pode restituir ao trabalhador o tempo trabalhado. É, porém com base nesse argumento, o da impossibilidade de restituição do tempo gasto pelo trabalhador, que se lhe defere o pagamento da remuneração pactuada.

Pensamos que a teoria civilista das nulidades, adotada no Direito do Trabalho, mesmo mitigada pelo TST quando do julgamento das ações envolvendo trabalhadores e a administração pública, não é adequada aos fins desta disciplina, pois deixa praticamente sem proteção o trabalhador hipossuficiente admitido no serviço público sem ter sido submetido previamente a concurso. Ora a maioria dos Direitos concedidos ao trabalhador, pela legislação trabalhista, tem em vista não apenas o interesse do trabalhador individualmente considerado, senão também o interesse de toda a sociedade. É o caso do descanso semanal remunerado e das férias anuais remuneradas, que permitem ao trabalhador repor as suas energias e permanecer saudável; também é o caso do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço – FGTS, consistente em um depósito no percentual de 8% da remuneração do trabalhador, efetuado mensalmente pelo empregador em uma conta bancária especial, aberta em nome do empregado, que não pode ser livremente movimentada, exceto em determinadas circunstâncias, definidas normativamente. Os depósitos efetuados em tal conta bancária proporcionam ao trabalhador a formação de um

patrimônio para aquisição de moradia, ou para fazer face ao tratamento de determinadas moléstias, ou garantir a sua sobrevivência e de sua família em face do desemprego, etc.

É interesse do todo social a manutenção da higidez e da segurança do trabalhador, com o que se mantém o bem-estar não só do indivíduo, senão também o bem estar da coletividade e, por conseqüência, a paz social. Igualmente, de importância capital para o trabalhador, individualmente considerado, e para toda a coletividade social, é a filiação e contribuição à Previdência Social. Fazer parte de um sistema de previdência social garante o trabalhador contra as adversidades e o protege na velhice, permitindo que ele e sua família estejam resguardados contra doenças que o incapacitem temporária ou permanentemente para o trabalho, ou garantam um rendimento na idade avançada, quando este, após ter trabalhado por várias décadas, não mais tem energias suficientes para continuar laborando. A alternativa é a indigência, indubitavelmente um dos maiores males sociais.

Quando o Judiciário considera nulo um contrato de trabalho entre a administração pública e um trabalhador, por não ter este se submetido a concurso para ingresso no serviço público e só lhe defere a remuneração do período trabalhado, implicitamente está pressupondo a igualdade entre as partes contratantes. Nessa presunção há o entendimento subjacente de que o trabalhador é co-autor da nulidade, co-autoria esta tal como previsto no art. 29 nosso Código Penal, assim redigido: “Quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida da sua culpabilidade”.

Está, no entanto, na origem do Direito do Trabalho inicialmente, e depois de todo Direito Social, a constatação de que na realidade efetivamente vivida há grande contingente de pessoas em situação de vulnerabilidade social frente a outras com enorme poder. Enquanto as primeiras não têm maior liberdade de contratar ou não contratar, sobretudo no que diz respeito a aceitar ou não um trabalho remunerado, as últimas dispõem de grande poder social, político e/ou econômico. É o caso das administrações públicas. Em muitos dos pequenos municípios brasileiros a maior, e às vezes praticamente única, fonte de trabalho assalariado é a administração municipal. A liberdade contratual e decorrente igualdade formal dos contratantes, propalada pelo liberalismo econômico, historicamente se revelou uma mera ilusão, tendo sido fonte de enormes injustiças e havendo causando grande sofrimento às pessoas mais vulneráveis.

A contratação irregular de trabalhadores pelas administrações públicas, sobretudo pelas administrações municipais, é bastante freqüente e em muitos

casos os serviços prestados pelos admitidos, em desobediência às normas legais, são fundamentais para a população. É o caso, por exemplo, dos agentes de saúde, tanto médicos como dentistas, enfermeiros e pessoal auxiliar, que trabalham nos denominados Programas de Saúde da Família. Tais programas mantêm alguns destes profissionais por vários anos. Também é freqüente a admissão de professores para atender necessidade de docentes nos serviços de educação fundamental e média, de responsabilidade dos Municípios e Estados federados. Estas contratações irregulares satisfazem a fins espúrios. Têm motivação política e eleitoreira, mas são também usadas para rebaixar gastos mediante a precarização das relações de trabalho. O Estado de Pernambuco, por exemplo, paga a um professor contratado por prazo determinado a mísera quantia de pouco mais de dois reais por hora aula, enquanto gasta mais do dobro com a remuneração e encargos sociais daqueles admitidos regularmente através de concurso público.

Os profissionais irregularmente admitidos habitualmente são mantidos por muitos anos no serviço público. É justo ou sequer razoável suprimir garantias básicas concedidas aos trabalhadores em geral, como férias ou gratificação natalina a esses profissionais? A resposta só pode ser negativa. Interessa-nos, como sociedade que se pretende democrática, a consagração de tais injustiças? Iguamente pensamos que não, pois estamos de acordo com o pensamento de Rawls quando este afirma: “A justiça é a primeira virtude das instituições sociais, como a verdade o é dos sistemas de pensamento”³. Uma sociedade intrinsecamente injusta gera enormes disfunções sociais, fragilizando o pacto social e provoca apatia ou violência.

Quando se suprime garantias mínimas do trabalhador, tais como as mencionadas retro, acaso não se está ferindo a sua dignidade? Também não se está ferindo a dignidade da pessoa humana em geral?

Apesar de a **dignidade humana** ser algo difícil de definir, uma vez que não é um dado, algo inerente ao ser humano enquanto tal, à sua natureza como qualidade inata, mas algo historicamente construído incumbe à sociedade, em cada momento dado, imprimir-lhe conteúdo concreto. Para Rabenhorst, “dignidade humana é um princípio prudencial, sem qualquer conteúdo pré-fixado, um seja, uma cláusula aberta que assegura a todos os indivíduos o Direito à mesma consideração e respeito”.⁴ Relaciona-se tanto com a liberdade e valores espirituais, como com as condições materiais de subsistência,⁵

³ Rawls, 1997, p.03.

⁴ Rabenhorst, 2001, p. 48.

⁵ Barroso e Barcelos, 2005, p. 310.

que inclui, entre outros Direitos, o acesso à saúde, moradia digna, educação, proteção contra infortúnios, proteção à velhice e proteção ao desempregado. A jurisprudência sumulada do TST, que vimos criticando, e o entendimento do STF, ainda mais rigoroso com os trabalhadores admitidos sem concurso pela administração pública, asseguram consideração e respeito esse trabalhador? Respeita a sua intrínseca dignidade? Pensamos que não, pois, atualmente, repugna a consciência social deixar-se sem um mínimo de proteção humildes e honestos trabalhadores que procuram, tão somente, ganhar o sustento para si e para seus familiares.

A situação não é simples, ao contrário, é muito complexa e grave, tendo despertado o interesse da imprensa, que lhe dispensa um tratamento, do ponto de vista social, completamente diverso do que lhe vem dando o Judiciário. Um periódico de importância, O Jornal do Comércio de Recife, o mais lido de Pernambuco, na sua edição de 29 de outubro de 2007, publicou extensa matéria a respeito. Na referida reportagem consta, entre outras coisas, que o Município de Caruaru, o maior do interior do Estado de Pernambuco, com cerca de trezentos mil habitantes, no período que vai da promulgação da atual Constituição Federal, em 05 de outubro de 1988, até à data da reportagem, tinha admitido 246 servidores mediante prévio concurso público e 4.065 sem concurso. O trabalho periodístico mostra situações dramáticas, como o caso de uma servidora do Município de Abreu e Lima, região metropolitana do Recife, agente comunitária contratada sem concurso há 12 anos que afirma trabalhar mais de que um servidor concursado e com o salário de R\$ 480,00 sustentar o marido desempregado, a mãe, uma filha e um neto. José Gonçalves da Silva, servidor do mesmo município, contratado há 06 anos, diz ficar muito nervoso com a situação de insegurança por conta da contratação irregular porque tem 03 filhos. No Município do Recife, segundo a mesma reportagem, há 18.221 funcionários efetivos e 17.194 servidores contratados, sendo 5.201 comissionados, 4.275 contratados temporariamente e 7.718 servidores terceirizados⁶. De acordo com o IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística existem 5.561⁷ municípios no Brasil. Supondo-se, numa estimativa conservadora, que cada um desses municípios tenha, em média, 200 servidores em situação irregular, teremos mais de um milhão de pessoas trabalhando irregularmente, às quais não se proporciona qualquer proteção trabalhista ou social em função de tal trabalho, de acordo com a orientação jurisprudencial do TST e do STF. Os estados federados, em número de 26, também admitem servidores sem

⁶ Jornal do Commercio, 29/10/2007, p. 4/5.

⁷ Disponível em www.ibge.gov.br

obediência ao princípio legal do prévio concurso. Os números de servidores admitidos irregularmente, referentes aos municípios pernambucanos aludidos no texto, não são exceção, muito ao contrário, constituem a regra e autorizam supor quantidades consideravelmente superiores as que estimamos. O tipo de entendimento jurisprudencial que vimos criticando implica em grave violação aos direitos fundamentais previstos na constituição brasileira. Aos trabalhadores deixados ao desamparo e em completa situação de vulnerabilidade resta apenas a caridade privada quando virem a cair doentes ou, na velhice, não mais tiverem forças necessárias para trabalhar.

O Direito contemporâneo, no entanto, ao menos nas sociedades ocidentais, percorreu o caminho oposto ao pensamento que considerava natural a ordem social darwinista regulada pela vulnerabilidade, desproteção e semi-indigência dos trabalhadores⁸. Cuidou-se de criar mecanismos de proteção aos que vivem do trabalho, mediante a limitação da jornada; por meio do estabelecimento de descansos semanais e anuais obrigatórios e remunerados. Com a criação de sistemas de seguridade social, buscou-se proteger o trabalhador contra os infortúnios e a velhice. No Brasil o Judiciário Trabalhista, em decisões e nos pronunciamentos públicos dos seus membros mais representativos, sempre se posicionou contra a precarização das relações de trabalho, que se dão por meio de terceirizações inadequadas ou simples fraude à legislação protetora do trabalhador hipossuficiente. As decisões judiciais que negam qualquer direito ao trabalhador da administração pública admitido sem concurso, exceto a percepção de remuneração, entretanto, nada fazem contra essa precarização abominável, praticada pela administração pública. Ao contrário a reforça.

O Direito não deve ser concebido como algo absoluto, manifestação de uma justiça abstrata ou da razão encarnada, nem tampouco como mera expressão da vontade do legislador, seja este o legislador real ou racional, senão como a “expressão de consensos sociais e políticos sobre soluções razoáveis em uma sociedade em rápida transformação”⁹. Nós os juizes não podemos perder a dimensão social e humana dos conflitos de interesses submetidos à apreciação do Judiciário. Se não cuidamos de olhar em volta, se não nos preocupamos em mirar a sociedade onde se desenvolvem os mencionados conflitos, corremos o risco de limitarmos-nos a abstrações, usando a dogmática não como um instrumento de realização do Direito, porém como mera forma sem conteúdo. Ao decidir uma causa devemos ter em conta que não lidamos

⁸ Alonso, 2007, p. 217.

⁹ Perelman, 1996, p. 463.

apenas com autores e réus, senão com seres humanos concretos dotados de intrínseca dignidade. Quando, no entanto, aplicamos irrefletidamente determinado texto de lei, sem atentar para as demais normas do ordenamento jurídico, em especial para as normas que asseguram Direitos Fundamentais, podemos cometer graves injustiças pensando estar realizando o Direito e defendendo o interesse público.

3. Interesse público e interesse privado

O interesse público não é algo contraposto ao interesse privado. Interesse público é o interesse da coletividade, interesse do todo social. No dizer de Bandeira de Melo “o interesse público, ou seja, o interesse do todo é função qualificada dos interesses das partes”¹⁰. A sociedade brasileira, por sua elite bem pensante, compartilha a idéia de que a impessoalidade e a racionalidade da administração são valores positivos a ser defendidos. Consequentemente é interesse do todo social que o princípio de moralidade administrativa e o princípio de impessoalidade norteiem a admissão de pessoal para o serviço público. Também é uma idéia compartilhada pela inteligência nacional a de que devem ser adotadas políticas e posto em prática procedimentos que objetivem diminuir o enorme abismo existente entre as camadas mais privilegiadas e as classes oprimidas da população brasileira. Assim também é interesse do todo social que seja respeitado o princípio de dignidade da pessoa humana e que o trabalho e a pessoa do trabalhador mesma, sejam protegidos.

Para Barroso é necessário distinguir entre “interesse público I - primário, o interesse da sociedade sintetizado em valores como justiça, segurança e bem-estar social e II – secundário, que é o interesse da pessoa jurídica de Direito público (União, Estados e Municípios)”.¹¹ A nossa Constituição, no caput do art. 5º, assegura a todos a **garantia de segurança**. Há aqui, evidentemente, uma colisão de normas de igual hierarquia e que visam a proteger o interesse público primário. A admissão de servidores pela administração pública, sem obediência a exigência legal do prévio concurso público, viola princípios como o da justiça quando não adota critérios impessoais e baseados no mérito dos candidatos aos empregos públicos. A não atribuição de quaisquer direitos aos trabalhadores irregularmente admitidos no serviço público também viola princípios como o de justiça, de segurança e bem-estar social. Entre esses princípios, constitucionalmente previstos, há que ser efetuada uma va-

¹⁰ Bandeira de Melo, 2004, p. 51.

¹¹ Barroso, 2006, p. 60.

loração, uma ponderação entre valores consubstanciados em normas. O aplicador das normas em conflito deverá fazer concessões recíprocas aos valores protegidos e no limite deverá fazer a escolha, decidindo qual norma será aplicada, mediante o princípio instrumental da **razoabilidade**¹². Tal ponderação deve se dar pela prevalência do princípio da dignidade da pessoa humana, em detrimento da absolutização dos princípios administrativos referidos acima, pois como afirma Sarmiento, “O princípio da dignidade da pessoa humana representa o epicentro axiológico da ordem constitucional irradiando efeitos sobre todo o ordenamento jurídico...”¹³.

4. Solução mais justa

Com base nos argumentos acima pensamos a mera subsunção não dá conta do problema que vimos tratando, pois diversamente do entendimento tanto do TST quanto do STF, não estamos diante de um caso simples, solucionável por mera subsunção a uma norma específica. Estamos, verdadeiramente, diante de um caso complexo, diante do que a doutrina americana denomina *hard case*.

A solução para o caso de admissão de pessoal no serviço público, sem que tenha havido previa aprovação em concurso público do admitido de **boa-fé**, isto é, daquele que efetivamente tenha prestado serviços para a administração pública¹⁴, deve ser diferente. O ato admissional deve ser considerado inválido, uma vez que a própria Constituição, no § 2º do art. 37, estabelece esse efeito, com o conseqüente dever da administração de afastar o trabalhador. Não se discute, por conseguinte, a nulidade do contrato de trabalho, mas sim os efeitos dessa nulidade. Tais efeitos não devem ficar limitados ao pagamento da remuneração do período trabalhado, mas devem ir além, para garantir aos demitidos Direitos básicos conferidos a todo trabalhador pela legislação brasileira. Os Direitos mínimos a ser assegurados a tais trabalhadores devem ser: remuneração pactuada, respeitado o salário mínimo legal; gratificação natalina; descanso semanal e férias anuais remuneradas; fundo de garantia do tempo de serviço; contribuição à Previdência Social. Todos esses Direitos estão constitucionalmente garantidos e encontram-se insertos no capítulo dos

¹² Barroso, 2006, p. 37.

¹³ Sarmiento, 2006, p. 85.

¹⁴ A boa-fé do trabalhador deve ser apurada concretamente em cada caso. Alguns trabalhadores admitidos pela administração pública, principalmente pelas administrações municipais, não prestam qualquer serviço ou trabalham em favor dos interesses eleitoreiros do administrador que os admitiu. Nestes casos não devem ter Direito a receber qualquer valor da administração.

Direitos Sociais da Constituição Federal, e, como diz Sarlet, “No âmbito do sistema de Direito Constitucional positivo nacional, todos os Direitos sociais são fundamentais”¹⁵.

Nesses casos os Direitos decorrentes da rescisão sem justa causa não são devidos, uma vez que o afastamento do servidor irregularmente admitido é uma imposição legal.

A solução aqui proposta respeita o princípio de dignidade da pessoa humana, Direito fundamental consagrado em nosso ordenamento constitucional e é consentânea com os princípios do Direito do Trabalho, nomeadamente com o princípio protetor, fundamento básico desta disciplina jurídica.

A solução acima, que entendemos ser mais justa, é baseada na interpretação do Direito do Trabalho à luz da Constituição, observados os critérios de ponderação, contrariamente a interpretação tradicional das nulidades, no Direito do Trabalho, de cunho civilista, mesmo que um pouco modificada. Em outros casos o TST já vem aplicando a interpretação constitucional das normas trabalhistas, a exemplo do que ocorre quando considera discriminatória a despedida de trabalhador portador do vírus HIV, conforme exemplificado com o acórdão seguinte:

EMPREGADA PORTADORA DO VÍRUS HIV. DISPENSA DISCRIMINATÓRIA. A SDI-I do TST firmou posicionamento no sentido de que, ainda que não exista, no âmbito infraconstitucional, lei específica asseguradora da permanência no emprego do empregado portador do vírus HIV, a dispensa de forma arbitrária e discriminatória afronta o caput do art. 5º da CF/88 ¹⁶.

Por outro lado, o entendimento consolidado na Súmula 363 está em desacordo com o entendimento materializado na Súmula 331, ambas do TST. Enquanto pela primeira só é conferido ao trabalhador, admitido irregularmente, o direito à remuneração e ao fundo de garantia do tempo de serviço, pela segunda, na hipótese de trabalhador admitido por empresa interposta, àquelas que prestam serviços de vigilância ou limpeza, ou empresas de trabalho temporário, a administração pública, beneficiária do serviço, está obrigada subsidiariamente pelo pagamento de todas as obrigações trabalhistas. Esta subsidiariedade, na prática, significa que o pagamento das obrigações fica a cargo da administração, uma vez que as empresas intermediárias de mão de obra, em regra, não têm idoneidade financeira

¹⁵ Sarlet, 2006, p. 560.

¹⁶ Acórdão da 5ª T. Proc: RR Nº: 726101 ano: 2001, Publicado no: DJ - 06/02/2004, Rel. Min. Rider Nogueira de Brito.

para fazer face à maioria de suas obrigações relacionadas aos contratos de trabalho mantidos com os trabalhadores que intermedeiam. Quando a admissão irregular é feita diretamente pelo ente público, o trabalhador sofre o peso da irregularidade, é o único punido com o não reconhecimento dos seus direitos trabalhistas, ficando sem punição o administrador que agiu em desacordo com a lei, muito embora o mencionado parágrafo 2º do artigo 37 da Constituição, ao cominar de nulidade o ato admissional de servidor que não tenha sido submetido a concurso público, também estabeleça a punição da autoridade responsável, nos termos da lei, havendo, no ordenamento jurídico brasileiro, legislação específica para responsabilizar penalmente o administrador público pela admissão irregular de trabalhadores, que é o Decreto-Lei 201/1967. No caso da contratação por empresa interposta, todos os Direitos do trabalhador são assegurados, mesmo sabendo-se que em muitos casos estas empresas funcionam como meros biombos para encobrir a ação dos administradores públicos, quando tencionam admitir pessoal sem obediência às regras cogentes contidas no art. 37 da Constituição Federal.

5. Conclusão

O Judiciário não pode ficar alheio às relações sociais na aplicação das normas legais. A contratação irregular de servidores, pela administração pública, não cessará até que os administradores responsáveis sejam efetivamente punidos pela transgressão das leis que obrigam a prévia realização de concurso público para admissão de pessoal. Muito embora o STF, apreciando habeas-corpus impetrado por ex-prefeita de município pernambucano, para trancamento de ação penal decorrente da admissão de servidor sem concurso público, tipificada como crime de responsabilidade pelo Decreto-Lei 201/1967, em julgamento da segunda turma, tendo como relator o Ministro Marco Aurélio, tenha concedido a ordem para trancar a ação penal, fundamentado no argumento básico seguinte: “Uma vez verificada a insignificância jurídica do ato apontado como delituoso, impõe-se o trancamento da ação penal por falta de justa causa”¹⁷.

A punição a que estamos nos referindo, entretanto, poderá ser de natureza não penal, como seria, por exemplo, a responsabilização dos administradores públicos que contrataram ou mantiveram trabalhadores nos serviços públicos, sem que estes houvessem sido submetidos à prévia seleção pública, pela pelo pagamento das verbas trabalhistas decorrentes da rescisão do contrato de trabalho¹⁸. Enquanto isto

¹⁷ Habeas Corpus número 77003, julgado em 16/06/1998 e publicado no DJ de 11/09/1998. Disponível em www.stf.gov.br.

¹⁸ Em Admissão de servidores públicos sem prévio concurso – nulidade – uma outra solução possível - artigo publicado na Revista do TRT da 13ª Região v. 10, 2002, e parcialmente reproduzido pela Revista Synthesis, do TRT da 2ª Região, Nº 37, 2003, p. 19/24, defendemos a responsabilização trabalhista do administrador público que admitiu pessoal sem obediência ao disposto no art. 37 da Constituição Federal.

não ocorre não se deve deixar ao desamparo milhões de pessoas, seres humanos que estão, como tantos outros, apenas em busca de uma atividade cuja remuneração permita a sua sobrevivência e a dos seus familiares com um mínimo de dignidade, sob pena de malferir os fundamentos básicos de organização do Estado brasileiro.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Eduardo Sérgio. *Admissão de servidores públicos sem prévio concurso – nulidade – uma outra solução possível*. Revista do TRT 13, v. 10, 2002, p. 19 – 24, e parcialmente reproduzido pela Revista Synthesis, do TRT da 2ª Região, N° 37, 2003, p.197 – 199.

ALONSO, Luis Enrique. *La crisis de la ciudadanía laboral*, Barcelona, Anthopos, 2007.

BANDEIRA DE MELO, Celso Antônio. *Curso de Direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2004.

BARROSO, Luiz Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito*. Revista da Escola Nacional de Magistratura. Brasília, ano I, N° 2, p. 26 – 72. Outubro de 2006.

BARROSO, Luis Roberto e BARCELOS Ana Paula. *O começo da história: a nova interpretação constitucional*. In: Virgílio Afonso da Silva (Org.) *Interpretação constitucional*. São Paulo, Malheiros Editores, 2005, p. 271 – 316.

PERELMAN, Chain. *Ética e Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

RABENHORST, Eduardo Ramalho. *Dignidade humana e moralidade democrática*. Brasília: Brasília Jurídica, 2001.

RAWLS, Jonh. *Uma Teoria da justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

SARLET, Ingo Wolfgang, *Direitos sociais, “Mínimo existencial” e Direito privado: breves considerações sobre alguns aspectos da possível eficácia dos Direitos sociais nas relações entre particulares*. In: Daniel Sarmento e Flávio Galdino. (Org.) *Direitos Fundamentais: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres*. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2006, p. 551 -602.

SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e Relações privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

JORNAIS - Jornal do Commercio de Recife, edição de 29 de outubro de 2007.

O DIREITO COMO VOCAÇÃO E O SEU SUJEITO COMO AGENTE DE TRANSFORMAÇÃO¹

Luciano Athayde Chaves²

1. Preâmbulo

Mesmo correndo o risco do clichê, confesso – em eloqüente sinceridade – que não esperava receber de todos vocês esta homenagem, da qual desconfio não ser merecedor.

Várias são as razões para assentar que recebi com indisfarçável surpresa e emoção a gentil comunicação da comissão de formatura quanto à escolha do meu nome para o batismo da turma de bacharelados.

Sou um jovem professor, que este ano completa apenas quinze anos de magistério na Escola de Direito da Universidade Federal da Paraíba, que também foi a minha escola, minha casa por quatro anos.

Sentindo-me, portanto, ainda muito precoce para esse tipo de homenagem, recebi-a muito mais como gesto de bondade de todos e como um ato simbólico da sintonia que houve entre os meus sonhos e os de vocês.

Sim! O processo de aprendizagem, tal como o vejo, não dispensa a capacidade de fazer projeções daquilo que queremos para nós, e, mais do que isso, para os outros.

De certa forma, penso que sonhamos um sonho comum: sermos pessoas boas no que fazemos e melhores ainda no que sonhamos.

Como a capacidade de projetar realizações e sonhar parece ter, em alguma medida, desaparecido de nossas escolas, a homenagem que me prestam vocês, com a oportunidade desta última aula na graduação, não pode deixar de ser uma surpresa.

E como o magistério tem se constituído uma porção importante

¹ O presente texto representa, com algumas adaptações, o conteúdo da Aula da Saudade proferida em 15 de maio de 2008 aos alunos concluintes do curso de Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Paraíba, *Turma Professor Luciano Athayde Chaves*.

² Professor de Direito Processual do Trabalho da Universidade Federal da Paraíba, Mestre em Ciências Sociais pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Juiz do Trabalho da 21ª Região e Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual – IBDP.

da minha vida... Penso que, às vezes, tem sido a função de professor mais importante para mim do que para os meus alunos.

Foi ensinando que mais aprendi. Fui me fazendo aos poucos o professor que hoje sou, em parte por minha culpa, em outra parte por conta daqueles que também me fizeram: meus alunos.

Já se disse que o magistério é uma das mais intrigantes atividades humanas. Isso porque o professor jamais saberá em que extensão atua a sua influência sobre a vida e a trajetória de seus pupilos.

Se isso é verossímil, digo eu: os alunos também não se dão conta da enorme contribuição que dão aos seus mestres.

Os professores, tal como sinto, são constantemente desafiados a superarem seus propósitos, seus métodos e sua forma de lidar com a mais difícil das matérias: o ser humano.

Nas tensões do dia-a-dia da sala de aula, vamos nos construindo, num processo de sedimentação que jamais acaba.

Uma outra surpresa digna de nota tem relação direta com a disciplina que leciono.

De ordinário, os saberes relacionados com o Mundo do Trabalho têm sido marginalizados dentro e fora das escolas de Direito.

O pré-conceito (separado, assim mesmo!) de que se trata de um ramo de simples cognição e de fácil manejo, não raro produz a sensação de que a disciplina de Direito Processual do Trabalho não exigirá dos discentes muito esforço, muito estudo, muita dedicação.

A distinção que recebo de vocês hoje, desejo compartilhar de todo o coração com a minha ciência processual do trabalho, talvez a grande homenageada aqui.

Foi ela que, apenas por meu intermédio, fez-se maior entre vocês.

Mais do que isso: vocês perceberam a importância que um estudo metodologicamente orientado pode produzir em prol de um ramo estratégico da jurisdição social brasileira, tão carente de profissionais qualificados.

A Justiça do Trabalho também se encontra aqui homenageada. Não porque um Professor-Juiz recebe a honraria da aula derradeira e do nome da turma, mas porque, em última instância, é para ela que nossos olhos estiveram voltados nesse último ano... É o palco de nossas atenções fenomenológicas.

Nos nossos estudos, porém, tivemos sempre a preocupação de destacar que essa jurisdição não começa quando se pratica os atos processuais.

Como lembra **Mauro Cappelletti**, o conceito de acesso à justiça antecede ela própria, na medida em que temos de perceber fatores que limitam

a participação igualitária de todos no jogo democrático da Justiça.

As condições econômicas, sociais e culturais não são alheias aos problemas da Justiça, devendo o profissional estar atento a promover justiça sem esquecer que nem todos são materialmente iguais.

Na equidade de nossos atos estará, sempre, o valor da justiça que praticamos.

Pois bem!

Indicadas, nessas breves palavras, as condições pelas quais me sinto chegar a oportunidade de estar aqui entre vocês, desejo apresentar, como último suspiro de minha condição de educador entre vocês, algumas aspirações que gostaria que fossem incorporadas nos seus projetos de vida.

Como disse, são aspirações de mim para vocês. Logo, a concretização disso em suas vidas não depende da minha vontade, mas da vossa.

Antecipo-lhes, contudo, que se trata de idéias que hoje ocupam uma posição central na minha vida, em especial como cidadão de um país carente de tantas coisas, inclusive de valores e de gente com determinação para transformá-los em ações em benefício do bem-comum.

2. O direito é vocação em constante construção

É de **Erasmus de Roterdã**, tido como o pai do ‘humanismo’, a seguinte frase: “os homens não nascem, eles fabricam-se”.

Essa idéia é importante, porque expõe que a formação do homem – enquanto sujeito societal – é fruto de sua própria construção, de sua própria cultura. Não é, pois, algo dado, definitivo, inexorável.

A percepção dessa ‘fabricação’ de si mesmo é, no terreno da cultura, um desafio não somente individual, senão que coletivo.

Uma dada sociedade é vista e admirada pela capacidade de se desenvolver sobre o que lhe ofereceu a natureza; pela capacidade de desenvolvimento de seu povo; que nada mais é do que um feixe de desenvolvimentos individuais.

Não é por outra razão que a educação tem merecido reiteradas referências no contexto dos diagnósticos sobre os níveis de desenvolvimento humano das sociedades contemporâneas.

Mas o que é a educação de um povo senão a soma dos esforços individuais?

Chamo a atenção para isso apenas para identificar que não podemos apenas pautar nossas ações intelectuais pensando no próprio progresso. O nosso crescimento profissional e intelectual se projeta, em sinergia com os

demais, para fora de nós, numa construção meta ou transindividual.

Daí a responsabilidade que repousa no colo de cada um de nós: construirmos a nós mesmos para ajudar na construção do país.

E não se trata de missão das mais fáceis para todos nós que decidimos manejar um objeto histórico e cultural que é o Direito.

3. O direito não é uma revelação, é um produto da história

De certo modo, as escolas de Direito foram se acostumando a incorporar uma percepção e uma reprodução do Direito como uma *revelação*, isto é, algo em grande medida imutável e que existiria apenas na forma dos códigos e das leis, bastando aos mestres e seus discípulos a tarefa de encontrá-los o sentido.

Não que as leis e os códigos não tenham sua importância. Por suposto que eles são importantes, mas, como assinala **Boaventura de Sousa Santos**, “*é necessário partir da idéia de que a dogmática jurídica é apenas um dos saberes jurídicos que vigoram na sociedade e de que todos merecem ser estudados nas faculdades para que se possa avaliar o seu relativo valor*”.

A rigor, estou mesmo convencido que esse positivismo do Direito nunca existiu, a não ser nos bancos das escolas de Direito. O exame do comportamento do Judiciário, a par da própria natureza do processo judicial, *revela que a práxis judiciária sempre proclamou um Direito mais dúctil e modulado às necessidades da vida do que tentou nos convencer a retórica positivista*.

Essa é a lição que colhemos das palavras de **Benjamim Nathan Cardozo**, destacado Juiz da Suprema Corte dos Estados Unidos na década de 30 do séc. XX, que ficou marcado na história do Direito pelo realismo de suas lições acerca da *natureza do processo judicial*.

Conquanto tenha aquela corrente de pensamento – o positivismo – se esforçado para reduzir o conhecimento do Direito ao estudo da regra, hoje temos a clara percepção que esse modelo de compreensão da fenomenologia do Direito se encontra esgotado.

Numa sociedade cada vez mais complexa, a atividade legislativa foi perdendo o fôlego para dar conta das necessidades de regulação das relações frequentemente em conflito.

Nesse ponto, os *princípios do Direito*, até então confinados na sua função meramente interpretativa e normogenética, ou seja, inspiradora para a

compreensão e construção das leis, e, excepcionalmente integradora da ordem jurídica, passam a assumir a atual função normativa, sendo eles próprios, os princípios jurídicos, a fonte jurídica a orientar e plasmar as decisões judiciais.

Sucedem que, por sua natureza indefinida e conceitualmente aberta e genérica, os princípios exigem um outro tipo de profissional para a sua correta compreensão e aplicação.

Exigem um intérprete complexo. Que tenha em mira não somente a dogmática, mas também as demais dimensões do fenômeno jurídico. Valores e fatos se somam às normas (regras e princípios) para formarem um método de interpretação e aplicação do Direito mais consentâneo com os nossos dias.

Há que se buscar a refundação de nossas escolas de Direito, na direção apontada por **Boaventura de Sousa Santos**: “*as novas faculdades de Direito deverão pautar os seus programas pela ecologia dos saberes jurídicos*”.

Um juiz, um advogado, um promotor, enfim, um profissional do Direito que pretenda ignorar essa complexidade certamente falhará na árdua tarefa de distribuir justiça.

4. É preciso perseverar no estudo do Direito, que é uma ciência de maturidade reflexiva

Aqui, um problema quebra o silêncio e se manifesta: como atingir um grau aceitável de preparação profissional para esse desafio?

Na sua famosa *Oração aos Moços* – texto sempre lembrado nesses momentos de despedida dos bacharelados de sua fase inicial de formação acadêmica – **Rui Barbosa** advertiu sobre a necessidade de se dedicar às leituras e à pesquisa do Direito *mesmo antes do nascer do sol*, como uma espécie de ritual monástico de concentração plena com o objeto de sua valorosa profissão.

Por óbvio, o grau de dedicação à profissão deve observar o tempo de cada um, um momento de cada profissional e a qualidade do espaço reservado para os estudos e a investigação do mundo do Direito.

Vejo, contudo, no conselho do Mestre baiano uma preocupação de procurar uma relação entre o tempo que dispomos para o estudo e o tamanho de nossa tarefa.

Se na época de **Rui** conhecer razoavelmente o Direito impunha uma dedicação de relevo, hoje esta missão se apresenta em cores amplificadas, mercê do desenvolvimento dos ramos já conhecidos e o nascimento de

ramificações inteiramente novas, como o próprio Direito e Processo do Trabalho, disciplinas inexistentes naquela época.

Eis, pois, a questão fundamental aqui: nossa ciência exige um grau importante de dedicação, desafio para o qual devemos todos nos preparar, hoje, amanhã e sempre.

Estão vocês dispostos a se entregar aos estudos, à pesquisa e às inquietudes que a ciência jurídica vos desafia?

Estão vocês prontos a fazer dessa escolha, cujas comemorações da formatura representam apenas ritos de passagem entre o estudante e o profissional, uma vocação?

Como alguém que busca alcançar o horizonte, deve o profissional do Direito permanecer em constante estado de aprendizagem, aberto para as novas idéias, para os novos métodos, para a nova vida.

A postura fechada, pronta e arrogante somente produzirá incompreensões e manifestas injustiças.

É por isso que tenho sustentado que o Direito é uma ciência de maturidade. De maturidade, mas não necessariamente de idade.

Uma atitude aberta para os influxos do tempo sobre o conhecimento jurídico e para o constante estudo produzirá, como resultado, uma reflexão mais consistente e mais madura sobre os institutos do Direito, dando ao devoto dessa obra maior autoridade e segurança sobre os saberes que absorveu.

Um conhecimento epitelial e de pouco pensar produzirá, em geral, falsas e simplificadas percepções da ordem jurídica e dos fenômenos sociais, limitando a capacidade emancipadora e socialmente democrática da atuação profissional.

Fugir do comodismo e do isolamento, com progressiva dedicação ao estudo e à pesquisa é, portanto, uma das aspirações que manifesto para vocês nessa derradeira aula.

5. Sejam sujeitos de Direito...

Tenho ainda que expressar um outro desejo a vocês: não se limitem a traçar seus caminhos profissionais pensando unicamente na meritocracia individual, sempre próxima do egoísmo.

A verdadeira condição humana, deixou-nos como ensinamento **Hannah Arendt**, é a *ação política*.

Possivelmente em razão disso, **Antoine Garapon**, importante nome da sociologia jurídica francesa da atualidade, exorta a comunidade aberta dos

intérpretes do Direito (Peter Häberle) a agirmos como sujeitos **de** Direito e não apenas como sujeitos **do** Direito.

Com isso, o Juiz **Garapon** quer dizer: não podem os atores sociais do palco jurídico reduzir sua atuação à busca da interpretação do Direito dado. Precisam, para além disso, serem sujeitos ativos no pensamento e na formulação desse Direito, participando dos grandes debates sociais e políticos para os quais os juristas estão não somente preparados, mas legitimados como cidadãos que são, nem melhores nem menores que os demais, mas rigorosamente iguais em direitos e, mais importante, em responsabilidades.

Agir como sujeitos **de** Direito é organizar-se, associar-se e pronunciar-se em benefício do desenvolvimento do nosso sistema político e social, de nossas instituições, de nossa democracia.

Até mesmo os Juizes brasileiros – *amordaçados durante tanto tempo pelo dogma do silêncio obsequioso fora dos limites dos autos processuais* – expressam hoje suas opiniões no espaço público, individualmente ou através de suas associações de classe, com o registro de importantes contribuições para o fortalecimento institucional de nosso país.

Temas como o combate ao nepotismo no Judiciário, a reforma do Poder Judiciário, a reforma das leis processuais, dentre tantos outros, foram objeto da ação política e legítima dos Juizes, enquanto sujeitos **de** Direito.

Também os advogados e os membros do Ministério Público têm históricos registros nesse esforço de transcender às fronteiras de suas mesas, de seus escritórios, de seus ofícios.

A cidadania espera, e espera muito de todos vocês! Em especial, pelo fato de que vivemos num país de muitas desigualdades sociais e econômicas e que a grande massa de brasileiros não é atendida, na inteireza de suas demandas, apenas através do sistema político-representativo.

Por conta desses anônimos, devemos todos ter a consciência de nosso papel social.

A tarefa, portanto, de produção das leis e dos paradigmas de regulação de nosso país (por exemplo: controle concentrado de constitucionalidade) não pode ficar confinada à democracia representativa, exigindo, da parte de todos nós, uma atitude politicamente mais ativa.

E esse fenômeno ultrapassa a barreira formal dos mecanismos de participação direta previstos originalmente na Constituição (referendo, plebiscito, eleições, etc.). Estão hoje estampados na figura do *amicus curiae* nas ações constitucionais (ADIN, ADC e ADPF) e nos espaços para a legislação participativa no Congresso Nacional, que aceita sugestões diretas de projetos

de lei.

Afora tudo isso, creio que também podemos agir como sujeitos de Direito dentro da própria arena judiciária, buscando uma interpretação da ordem jurídica mais próxima dos mais elevados postulados constitucionais, como a dignidade da pessoa humana, a preservação dos valores sociais do trabalho, a igualdade, a proporcionalidade na aplicação das leis de restrição a direitos, dentre tantos outros.

Preservar a máxima efetividade desses postulados numa sociedade cuja tessitura legal infraconstitucional muitas vezes os nega, não deixa de ser uma bela atitude de aproximação com esse conceito de sujeitos de Direito.

6. Agora, vem a saudade propriamente dita...

Essas, meus caríssimos alunos, são as aspirações e reflexões que eu gostaria de apresentar no dia de hoje.

Cabe a vocês, a partir de agora, a decisão dos seus destinos, de suas trajetórias, de seus caminhos...

Em mim, restará a profunda gratidão pela gentil homenagem que me prestam com essa oportunidade da aula de encerramento. Espero que ela tenha cumprido fielmente o seu propósito de deixar alguma medida de saudade.

Igualmente espero reencontrá-los em breve e sempre, porque com vocês acredito ter construído laços de identidade que não são fruto do mero acaso, mas do destino, destino que nos trouxe até aqui e provavelmente nos guiará pelas paixões da nossa ciência e pelo desejo de sermos melhores pessoas na busca de dois grandes objetivos para o ser humano: *felicidade e justiça*.

Até breve e boa sorte a todos!!

A INFORMATIZAÇÃO DO PROCESSO JUDICIAL TRABALHISTA

Alexandre Amaro Pereira¹

1. Introdução

Predominava na Justiça do Trabalho, não faz muito tempo, a utilização de máquinas de escrever e carimbos na realização de atos e termos processuais.

Com o avanço tecnológico, as máquinas de escrever e os carimbos foram substituídos por computadores, os quais passaram a ser utilizados como simples máquinas de escrever sofisticadas, porquanto os programas de edição de textos possibilitavam o aproveitamento de escritos previamente digitados, bem como a correção de textos sem a necessidade de nova digitação.

Na fase seguinte, cada tribunal passou a desenvolver seus sistemas de informatização processual, visando à racionalização dos procedimentos praticados pelos serventuários da justiça e a prestação de serviços aos jurisdicionados, colocando à disposição de qualquer interessado a tramitação atualizada dos processos na rede mundial de computadores.

Atualmente, a grande maioria dos Tribunais que compõem a Justiça do Trabalho possuem sistemas informatizados que permitem às partes interessadas obterem informações relativas à movimentação processual, aos despachos publicados, às atas de audiência e ao inteiro teor de sentenças e acórdãos. É possível, ainda, o envio eletrônico de petições e o recebimento do último andamento processual (*push*), agilizando, significativamente, a tarefa de controlar os prazos processuais, seja para responder as requisições do juízo, seja para obter as últimas tramitações ocorridas no processo.

O atual estágio informático alcançado pelos tribunais trabalhistas, bastante expressivo, principalmente quando comparado com outros ramos do Judiciário, está longe de ser caracterizado como um sistema completo de

¹ Juiz do Trabalho Substituto da Vara do Trabalho de Santa Rita-PB e membro do Comitê de Segurança da Informação do TRT da 13ª Região.

informatização do processo judicial.

Em razão disso, uma nova etapa na informatização do processo judicial está por vir. Trata-se do processo judicial eletrônico, também chamado de processo judicial telemático, virtual ou digital.

2. Normatização

As normas que permitem a informatização do processo civil, penal e trabalhista, bem como aos juizados especiais², foram introduzidas pela Lei 11.419/2006. A Lei 11.419/2006 também alterou vários artigos do Código de Processo Civil, a fim de adequá-los a nova sistemática do processo judicial eletrônico.

O Tribunal Superior do Trabalho, por sua vez, publicou a Instrução Normativa nº 30/2007, no DOE de 18.09.2007, visando regulamentar, no âmbito da Justiça do Trabalho, a Lei 11.419/2006, a fim de possibilitar a utilização do meio digital na tramitação de processos, comunicação de atos e transmissão de peças processuais.

Além dessas normas, acrescenta-se a Lei 9.800/1999, que permite às partes a utilização de sistema de transmissão de dados e imagens tipo fac-símile ou outro similar para a prática de atos processuais que dependam de petição escrita, e a Medida Provisória 2.200-2/2001³, que instituiu a Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil, além de outros regulamentos infra-legais.

3. O processo eletrônico e a tramitação de atos judiciais

Em apertada síntese, o processo eletrônico pode ser entendido como a substituição do meio físico tradicional, consubstanciado nos papéis que formam os autos do processo, por um meio virtual, eletrônico, que somente pode ser visualizado com computadores e sistemas cibernéticos.

O meio eletrônico é justamente o local onde os arquivos e os dados digitais são guardados e por onde trafegam as informações enviadas e recebidas pelas partes, serventuários e magistrados. Trata-se, em verdade, de todo aparato

² A Lei 10.259/2001, que dispõe sobre a instituição dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais no âmbito da Justiça Federal, possibilitou a informatização do processo perante os órgãos especiais da Justiça Federal muito antes do advento da Lei 11.419/2006.

³ A Resolução Conjunta STJ/CJF/AC/JUS nº 4, de 28.09.2005, alterou a Resolução Conjunta STJ/CJF nº 1, de 20.12.2004, criando a Autoridade Certificadora da Justiça (AC-JUS) vinculada à Autoridade Certificadora Raiz da Infra-estrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil, para englobar os diversos tribunais superiores e permitir que outros órgãos participem da AC-JUS.

tecnológico, incluindo meios de armazenamento, transmissão eletrônica de dados, programas (*softwares*) e sistemas de segurança da informação, necessários à viabilização de atos processuais por meio eletrônico, utilizando preferencialmente a rede mundial de computadores (art. 1º, §2º, incisos I e II, Lei 11.419/2006).

Já a tramitação de atos processuais por meio eletrônico consiste em oferecer às partes e aos advogados determinados serviços, por meio da Internet, que possibilitem a prática de determinados atos do processo sem a necessidade de comparecimento ao foro. É o caso das consultas processuais, do peticionamento eletrônico e da publicação de despachos e decisões no diário oficial eletrônico.

O processo eletrônico, por outro lado, além de abranger a prática de atos processuais das partes, envolve também atos processuais dos agentes da jurisdição e de terceiros intervenientes, ou seja, envolve todo o conjunto de atos e fatos cronologicamente seqüenciados que compõem a relação jurídica processual.

4. Credenciamento de partes e advogados

Nos termos da Instrução Normativa nº 30/2007 do Tribunal Superior do Trabalho, a prática de atos processuais pelas partes por meio eletrônico depende de prévio cadastramento do interessado, devendo ser realizada com assinatura eletrônica, na forma cadastrada ou digital.

A assinatura cadastrada é aquela requerida pessoalmente pela parte ou pelo advogado diretamente ao respectivo Tribunal Superior do Trabalho ou Tribunal Regional do Trabalho, mediante procedimento no qual esteja assegurada a adequada identificação do usuário (art. 2º, § 1º, Lei 11.419/2006). Será necessário, portanto, que o interessado compareça pessoalmente em uma unidade judiciária com jurisdição sobre a cidade em que tenha domicílio e, mediante o preenchimento de formulário eletrônico, disponível no Portal da Justiça do Trabalho (Portal-JT), solicite o seu credenciamento. Uma vez identificado e cadastrado, receberá uma assinatura eletrônica capaz de permitir o acesso aos serviços disponíveis via rede mundial de computadores. Ao credenciado será atribuído um *login* e uma senha de acesso, de modo a preservar o sigilo (mediante criptografia de senha), a identificação e a autenticidade de seus acessos, assumindo, dessa forma, a responsabilidade pelo uso indevido de sua assinatura eletrônica (art. 2º, § 2º, Lei 11.419/2006).

As assinaturas digitais em conjunto com os certificados digitais, por

sua vez, servem para garantir que uma informação enviada por seu proprietário não tenha sido adulterada, bem como para identificar o responsável por seu envio, utilizando criptografia com chave pública.⁴ De forma bastante simples, podemos afirmar que as assinaturas digitais são uma espécie de autenticação de documento e reconhecimento de firma virtuais.

Para tanto, faz-se necessário adquirir um certificado digital padrão ICP-Brasil,⁵ identificando-se presencialmente perante uma Autoridade Certificadora, mediante a apresentação de documentos pessoais e comprovante de residência, além de efetuar o pagamento da assinatura, normalmente de periodicidade anual, à empresa prestadora do serviço.

A Autoridade Certificadora funciona como uma espécie de cartório cibernético. Quando uma pessoa “assina” digitalmente um documento é criado um outro documento eletrônico formado por uma combinação algorítmica das informações digitais constantes no documento “assinado”, garantido que o conteúdo do documento não foi alterado. Junto com a assinatura digital segue o certificado digital do proprietário do documento eletrônico, a fim de possibilitar à Autoridade Certificadora, em meio digital (Internet), atestar a identidade do titular do documento.

A certificação digital somente terá validade se realizada com certificado digital padrão ICP-Brasil, obtido perante uma Autoridade Certificadora credenciada junto à Autoridade Certificadora Raiz da Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileira (ICP – Brasil), conforme estabelece a Medida Provisória 2.200-2, de 24 de agosto de 2001. A Autoridade Certificadora Raiz é o Instituto Nacional de Tecnologia da Informação (ITI), autarquia federal vinculada à Casa Civil da Presidência da República.

A assinatura eletrônica, ao contrário da assinatura digital, possui a vantagem de ser fornecida gratuitamente pelo respectivo órgão do Poder Judiciário. A sua desvantagem é somente poder ser utilizada no órgão do

⁴ A criptografia com chave pública utiliza duas chaves diferentes, uma para codificar a mensagem (chave pública) e outra para decodificá-la (chave privada).

⁵ Conforme consta no *site* do TST: “A Certificação Digital é um arquivo eletrônico que acompanha um documento assinado digitalmente e cujo conteúdo é criptografado. Ela contém informações que identificam a empresa e/ou pessoa com quem se está tratando na Internet. Um documento eletrônico que possui Certificação Digital tem garantia de autenticidade de origem e autoria, de integridade de conteúdo, de confidencialidade e de irrevocabilidade, ou seja, de que a transação, depois de efetuada, não pode ser negada por nenhuma das partes. Certificação Digital é o equivalente eletrônico de carteiras de identidade, passaportes e cartões de associados. Você pode apresentar uma Identificação Digital eletronicamente para provar sua identidade ou seu direito a acessar informações ou serviços on-line. Identificações Digitais, também conhecidas como Certificados Digitais, vinculam uma identidade a um par de chaves eletrônicas que pode ser usado para criptografar e assinar informações digitais. Uma Identificação Digital torna possível verificar o direito de alguém utilizar determinada chave, ajudando a evitar a falsificação de chaves para uso por impostores. Usadas com a criptografia, Identificações Digitais fornecem uma solução de segurança mais completa, garantindo a identidade de todos os envolvidos em uma transação.” Disponível em : “<http://www.tst.gov.br/>”. Acesso em: 13.05.2008.

Judiciário que o interessado efetuou o cadastro, comparecendo pessoalmente. Objetivando minorar esse problema, o § 3º do art. 2º da Lei 11.419/2006 possibilita a criação de um cadastro único de credenciamento de partes e advogados em praticar atos processuais, o qual poderá ser implementado pelo Tribunal Superior do Trabalho e os Tribunais Regionais do Trabalho interessados.

Para aqueles que possuem assinatura digital, o credenciamento perante o órgão do Tribunal será feito mediante simples identificação do usuário por meio de seu certificado digital e a remessa do formulário eletrônico devidamente preenchido, sendo desnecessário o comparecimento pessoal, uma vez que a identificação presencial foi realizada perante a Autoridade Certificadora.

5. Peticionamento eletrônico (e-Doc)

As partes, advogados e peritos podem enviar peças processuais por meio eletrônico para praticar atos nos processos que tramitam nas Varas do Trabalho, Tribunais Regionais e Tribunal Superior do Trabalho, utilizando o Sistema Integrado de Protocolização e Fluxo de Documentos Eletrônicos do Tribunal Superior do Trabalho – e-Doc, disponível nas páginas Internet dos tribunais trabalhistas⁶.

Na Justiça do Trabalho, o e-Doc é de uso facultativo, porém é vedada a sua utilização para o envio de petições destinadas ao Supremo Tribunal Federal⁷ (§ 1º e 2º do art. 5º da IN 30/2007 do TST).

Utilizando a sua assinatura eletrônica⁸, o interessado enviará a peça processual (inicial, requerimento, recurso, *et cetera*), digitalizada no formato PDF (*Portable Document Format*)⁹, por meio do sistema e-Doc, sendo dispensado o envio dos originais da petição ou de fotocópias autenticadas, inclusive aqueles destinados à comprovação de pressuposto de admissibilidade do recurso (art. 7º da IN 30/2007 do TST).

Observe-se que a peça processual, caso tenha sido produzida em

⁶ Conforme consulta ao site do TST (<http://www.tst.gov.br/>, acesso em 13.05.2008), o serviço de peticionamento eletrônico está disponível no Tribunal Superior do Trabalho e nos Tribunais Regionais do Trabalho da 2ª (SP), 3ª (MG), 4ª (BA), 5ª (RS), 6ª (PE), 7ª (CE), 8ª (PA), 9ª (PR), 10ª (DF/TO), 13ª (PB), 14ª (RO/AC), 15ª (Campinas-SP), 16ª (MA), 17ª (ES), 18ª (GO), 19ª (AL), 20ª (SE), 21ª (RN), 22ª (PI), 23ª (MT) e 24ª (MS).

⁷ A Resolução STF nº 350, publicada no DJ de 03.12.2007, regulamenta no âmbito do Supremo Tribunal Federal o recebimento de petição eletrônica por meio de certificação digital.

⁸ É necessário que o usuário do serviço faça o seu credenciamento prévio, obtendo uma assinatura digital ou uma assinatura cadastrada.

⁹ Segundo o art. 6º da IN 30/2007 do TST, as petições e seus anexos, digitalizados no formato PDF, não poderão ultrapassar o tamanho máximo de 2 Megabytes, nem poderão ser fracionadas para fins de transmissão.

programa de editoração de texto com formato tipo DOC¹⁰, deverá ser obrigatoriamente convertida para o formato PDF. Os documentos originais deverão ser digitalizados no formato PDF, utilizando-se um *scanner*.¹¹

No momento do envio da petição eletrônica, o e-Doc expedirá um recibo ao remetente com data e hora do recebimento da petição pelo respectivo Tribunal, contendo o número do protocolo, número do processo e nome das partes e do remetente da petição. Esse recibo servirá de comprovante de entrega da petição e dos documentos que a acompanham.

Nos termos do art. 3º da Lei 11.419/2006, os atos processuais por meio eletrônico são considerados realizados no dia e hora de seu envio ao e-Doc, sendo considerada tempestiva a petição eletrônica enviada para atender um prazo processual transmitida até às 24 horas de seu último dia.

Observe-se que o horário de conexão à Internet, o horário de acesso ao *site* do Tribunal e o horário assinalado no computador do remetente ou da unidade destinatária não são considerados para efeito definição da tempestividade da prática do ato processual, mas apenas o de recebimento no órgão da Justiça do Trabalho (§ 3º do art. 12 da Lei 11.419/2006). Para tanto, o sistema e-Doc utiliza como referência o horário do Observatório Nacional¹², devendo a parte ficar atenta para as diferenças de fuso horário existentes no país.

Se o sistema ficar indisponível, ou ocorrer eventuais defeitos de transmissão ou recepção de dados, a parte prejudicada arcará como ônus da utilização do sistema, caso não haja tempo suficiente para a prática do ato processual na forma tradicional (§ 1º do art. 5º c/c § 1º do art. 10, ambos da IN 30/2007 do TST).

Para o caso de recebimento de uma petição inicial, o e-Doc deverá ser capaz de identificar os casos de ocorrência de prevenção, litispendência e coisa julgada (art. 14, parágrafo único, Lei 11.419/2006).

A teor do art. 15 da Lei 11.419/2006, salvo no caso de comprometimento do acesso à justiça, a parte deverá informar, no momento do envio da petição inicial da ação trabalhista, o número no cadastro de pessoas físicas ou jurídicas, conforme o caso, perante a Secretaria da Receita Federal.

¹⁰ O formato DOC é produzido por editores de texto do tipo *Microsoft Word* e *OpenOffice*.

¹¹ Equipamento utilizado para digitalizar documentos, transformado a imagem física do documento em informações eletrônicas reconhecíveis pelos sistemas informáticos.

¹² “O Observatório Nacional - ON, a mais antiga instituição de Pesquisa do País, criada pelo imperador D. Pedro I, em 1827, tem como atribuição legal a geração, conservação e disseminação da Hora Legal Brasileira. Rastreado ao Bureau International des Poids et Mesures na França, participa do Tempo Universal Coordenado, juntamente com os órgãos disseminadores de tempo e frequência dos demais países.” Informação disponível em: <http://pcdsh01.on.br/>. Acesso em: 13.05.2008.

6. Comunicação eletrônica dos atos processuais

A comunicação eletrônica dos atos judiciais poderá ser feita de duas formas: a) publicação de atos judiciais no Diário da Justiça do Trabalho Eletrônico – DJT; b) recebimento da intimação por meio do Portal da Justiça do Trabalho para usuários credenciados com assinatura eletrônica que optarem por essa modalidade de comunicação.

a) Diário da Justiça do Trabalho Eletrônico

A publicação eletrônica no DJT substitui qualquer outro meio legal de publicação oficial, excetuando, apenas, os casos que exijam intimação ou vista pessoal (§ 2º do art. 4º da Lei 11.419/2006).

Para o fim de contagem do prazo, a data da publicação será considerada como o primeiro dia útil seguinte após a informação ficar disponível no Diário da Justiça Eletrônico, iniciando-se o prazo processual no primeiro dia útil seguinte à data da publicação.

Consoante o disposto no § 5º do art. 5º da Lei 11.419/2006, a criação do Diário da Justiça do Trabalho Eletrônico deverá ser acompanhada de ampla divulgação, e o ato administrativo correspondente deverá ser publicado durante trinta dias no diário oficial em uso.

Esclareça-se que, para o caso da parte que postula desacompanhada de advogado, em face do *jus postulandi* da Justiça do Trabalho, não poderá ser intimada por publicação eletrônica (DJT), porquanto esta é de uso restrito aos advogados constituídos (art. 236, §§ e 237, parágrafo único, CPC).

b) Portal da Justiça do Trabalho

A parte ou o advogado que possuir assinatura eletrônica, na forma do art. 5º da Lei 11.419/2006, receberá as intimações em portal próprio do órgão judicial, dispensando-se a publicação no órgão oficial, inclusive no Diário da Justiça do Trabalho Eletrônico.

Considerar-se-á realizada a intimação, com certificação nos autos, no dia em que o intimando efetivar a consulta eletrônica ao teor da intimação, se for dia útil, caso contrário, a intimação será considerada como realizada no primeiro dia útil seguinte. Se o intimado não realizar a consulta ao portal para verificar a existência de uma intimação, em até dez dias corridos contados

da data do envio, a consulta será tida como realizada na data do término do decêndio.

Para os que manifestarem o interesse, o órgão do Judiciário Trabalhista poderá, em caráter informativo, após o prazo de dez dias corridos da postagem da intimação no Portal da Justiça do Trabalho, enviar uma correspondência eletrônica (*e-mail*) à parte, comunicando o envio da intimação e a abertura automática do prazo processual.

A teor do § 5º do art. 5º da Lei 11.419/2006, nos casos urgentes em que a intimação feita por meio do portal na Internet possa causar prejuízo a quaisquer das partes ou nos casos em que for evidenciada qualquer tentativa de burla ao sistema, o ato processual será realizado por outro meio que atinja a sua finalidade, consoante as determinações do juiz.

Importante inovação da Lei 11.419/2006, introduzida pelo § 6º do art. 5º, foi considerar como pessoais as intimações feitas na forma de consulta por meio do portal na Internet, inclusive quando a Fazenda Pública for parte (art. 236, § 2º, CPC).

7. O processo eletrônico

Ao contrário dos serviços oferecidos às partes e advogados, relativos à tramitação de ações judiciais e prática de atos processuais, caracterizados por serem sistemas informáticos parcialmente digitais de acesso facultativo, o acesso aos autos do processo eletrônico, que inclui a prática de atos judiciais (*lato sensu*) e atos postulatórios das partes (inclusive de terceiros inteventos), serão feitos exclusivamente por computadores da Vara do Trabalho ou das partes, desde que interligados à Internet, exigindo o prévio cadastramento de senha eletrônica.

Os autos do processo eletrônico serão totalmente digitais com todos os atos do processo assinados de forma eletrônica¹³, ficando totalmente acessível aos interessados preferencialmente na rede mundial de computadores (art. 8º, *caput* e parágrafo primeiro, Lei 11.419/2006).

Se a parte assim o desejar, poderá encaminhar eletronicamente sua petição inicial, sem a necessidade de comparecer à Vara do Trabalho, utilizando o sistema e-Doc, com autuação automática dos autos, ocasião em que lhe será fornecido um protocolo eletrônico com a designação do dia e hora da audiência. Se a parte não proceder dessa forma, ao receber a petição inicial,

¹³ Com senha cadastrada ou assinatura digital (*rectius*, certificação digital).

o serventuário da Vara deverá digitalizá-la, para, em seguida, autuar os autos do processo eletrônico, devolvendo a exordial protocolizada e os documentos apresentados à parte postulante.

Todas as citações, intimações e notificações, inclusive à Fazenda Pública, serão feitas por meio eletrônico¹⁴ e consideradas como vista pessoal ao interessado para todos os efeitos legais, pois restará viabilizado o acesso à íntegra do processo (art. 9º, caput e § 1º, Lei 11.419/2006). Porém, na impossibilidade de utilização do meio eletrônico para a prática desses atos, eles serão praticados segundo as regras ordinárias, devendo ser procedida a digitalização do documento físico com sua posterior destruição (§ 2º do art. 9º da Lei 11.419/2006). Os atos judiciais *lato sensu*, praticados por juízes e servidores, estão investidos de fé pública¹⁵, tornando-se desnecessária a guarda do termo que originou o ato processual.

Na grande maioria dos casos, não será possível a citação da parte por meio eletrônico, na forma estabelecida no art. 221, IV, CPC, por ausência de credenciamento prévio. Como já foi dito anteriormente, para que a parte seja citada na forma eletrônica terá que possuir uma senha eletrônica ou então, deverá ser citada por meio do Diário Oficial Eletrônico, desde que esteja representada por procurador. Se não estiver credenciada ou não possuir advogado constituído, como geralmente ocorre, obrigatoriamente terá que ser citada na forma prevista na CLT¹⁶, para posteriormente o documento físico ser digitalizado e introduzido no processo eletrônico.

A partir de seu comparecimento em Juízo, normalmente com a realização da primeira audiência, caso ainda não possua credenciamento, a parte poderá cadastrar-se para ter acesso externo aos autos do processo, ocasião em que os demais atos processuais serão realizados levando em consideração esse credenciamento. Caso a parte não se cadastre, somente poderá ter acesso aos autos do processo eletrônico na Secretaria da Vara¹⁷, e os atos processuais

¹⁴ Por meio de intimação no Portal da Justiça do Trabalho ou publicação no Diário da Justiça do Trabalho Eletrônico.

¹⁵ A título de comparação, o art. Art. 372 do Código de Processo Penal Militar (DL 1002/1969) dispõe: “O documento público tem a presunção de veracidade, quer quanto à sua formação quer quanto aos fatos que o serventuário, com fé pública, declare que ocorreram na sua presença.”

¹⁶ Art. 841 da CLT. “Recebida e protocolada a reclamação, o escrivão ou chefe de secretaria, dentro de 48 horas, remeterá a segunda via da petição, ou do termo, ao reclamado, notificando-o, ao mesmo tempo, para comparecer à audiência de julgamento, que será a primeira desimpedida, depois de cinco dias.

§ 1º. A notificação será feita em registro postal com franquia. Se o reclamado criar embaraços ao seu recebimento, ou não for encontrado, far-se-á a notificação por edital, inserto no jornal oficial ou no que publicar o expediente forense, ou, na falta, afixado na sede da Junta ou Juízo.

§ 2º. O reclamante será notificado no ato da apresentação da reclamação ou na forma do parágrafo anterior.”

¹⁷ O § 3º do art. 10 da Lei 11.419/2006 estabelece: “Os órgãos do Poder Judiciário deverão manter equipamentos de digitalização e de acesso à rede mundial de computadores à disposição dos interessados para distribuição de peças processuais.”

de intimação ou notificação serão realizados na forma tradicional, com a posterior digitalização para inclusão nos autos eletrônicos.

As petições em geral e os recursos, todos em formato PDF, deverão ser encaminhados por meio do e-Doc para juntada aos autos do processo eletrônico. Observe-se que, apenas para a hipótese do processo eletrônico, se o sistema tornar-se indisponível por motivo técnico, o prazo para a prática do ato fica prorrogado automaticamente para o primeiro dia útil seguinte ao seu restabelecimento (§ 2º do art. 10 da Lei 11.419/2006).

À teor do art. 11 da Lei 11.419/2006, os documentos produzidos eletronicamente e juntados aos autos do processo eletrônico com garantia da origem e de seu signatário, na forma estabelecida na lei, serão considerados originais para todos os efeitos legais.¹⁸ Porém, isso não impedirá a arguição de incidente de falsidade motivado por adulteração antes ou durante o processo de digitalização¹⁹. A garantia da origem e subscrição será conferida por quem juntar os documentos (eletronicamente) aos autos, ou seja, pelos órgãos da Justiça e seus auxiliares, pelo Ministério Público e seus auxiliares, pelas procuradorias, pelas autoridades policiais, pelas repartições públicas em geral e por advogados públicos e privados.

Por ocasião da realização primeira audiência, a parte ré deverá previamente protocolizar eletronicamente a sua defesa e documentos ou então apresentá-los em formato digital²⁰ na própria sessão, ocasião em que serão imediatamente introduzidos nos autos do processo eletrônico. Nessa hipótese, no caso de a audiência ser una, a parte contrária terá acesso à contestação e aos documentos por meio de computadores instalados na sala de audiência, para que possa manifestar-se sobre seu teor, caso contrário haverá necessidade de bipartição da audiência, abrindo prazo para o contraditório.

Se a parte comparecer à sessão com sua defesa e documentos em meio físico (papel), a audiência ocorrerá na forma costumeira, cabendo ao diretor de Secretaria, posteriormente, providenciar a digitalização da defesa e dos documentos acostados. Se a quantidade de documentos for pequena, entendemos que a digitalização deverá ser imediatamente realizada, devolvendo-se os documentos à parte, caso contrário, na sessão seguinte, o juiz devolverá os documentos, evitando seu arquivamento na Secretária da Vara. Se a audiência for una, o diretor de Secretaria, em ato ordinatório, de mero expediente, notificará o réu para vir buscar os documentos, evitando o

¹⁸ Idêntica previsão consta no art. 365, IV, CPC.

¹⁹ O incidente terá que ser processado eletronicamente, conforme dispõe o § 2º do art. 11 da Lei 11.419/2006.

²⁰ Apresentando o arquivo em mídia CD/DVD ou *pendriver*.

arquivamento de papéis, a fim de preservar um dos principais objetivos do processo eletrônico.

Mesmo assim, haverá casos em que será tecnicamente inviável a digitalização dos documentos, seja devido ao seu grande volume, seja em razão de sua legibilidade, quando deverão ficar retidos na Vara do Trabalho e devolvidos à parte após o trânsito em julgado (§ 5º do art. 11 da Lei 11.419/2006).

Quando o volume de documentos for considerável, torna-se interessante a manutenção deles na Secretaria da Vara em pasta apropriada, porquanto nem sempre a consulta ao arquivo digital no sistema de informática costuma ser tão ágil quanto a realizada diretamente no documento físico.

Os originais dos documentos digitalizados, juntados aos autos do processo eletrônico, deverão ser preservados pelo seu respectivo detentor até o trânsito em julgado da sentença ou, quando admitida, até o final do prazo para interposição de ação rescisória (§3º do art. 11 da Lei 11.419/2006, com idêntica previsão no art. 365, § 1º, CPC).

Registre-se que o magistrado a qualquer momento da instrução processual poderá determinar que sejam realizados por meio eletrônico a exibição e o envio de dados e de documentos necessários à instrução do processo (art. 13, *caput*, Lei 11.419/2006).

Quanto ao termo de audiência, no rito ordinário, este deverá ser obrigatoriamente assinado pelo Juiz, pelas partes intervenientes e pelos advogados (art. 772 da CLT). Observe-se que *caput* do art. 169 do CPC, aplicado subsidiariamente ao processo do trabalho em face do disposto no art. 769 da CLT, estabelece a necessidade de os atos e termos do processo serem assinados pelas pessoas que neles intervieram.

No rito sumaríssimo, a exigência de subscrição das partes na ata de audiência é desnecessária, porquanto o art. 852-F da CLT determina apenas que o termo deverá conter um registro resumido dos atos essenciais, as afirmações fundamentais das partes e as informações úteis à solução da causa trazidas pela prova testemunhal.

Por se tratar de ato complexo, porquanto praticado pelo juízo e pelas partes, após a digitalização a ata deverá ser arquivada na Secretaria da Vara. Com o fito de evitar o arquivamento físico da ata, ao concluir a audiência, o juiz fará constar no termo que o mesmo foi produzido e armazenado integral e exclusivamente de modo digital em arquivo eletrônico inviolável, sendo em seguida assinado digitalmente pelo magistrado, pelo diretor de secretaria e pelos advogados das partes (§ 2º do art. 169 do CPC, acrescentado pela Lei nº

11.419/2006). Caso contrário, os termos de audiência deverão ser digitalizados e guardados na forma do § 3º do art. 11 da Lei 11.419/2006.

A norma foi demais rígida, nesse particular, porquanto bastaria que o juiz assinasse a ata com certificação digital, ao final da sessão, na presença das partes e advogados, eliminando a chancela de partes, intervenientes e procuradores. A assinatura digital, por si só, garante que o documento eletrônico, após a sua criação, não foi violado ou adulterado.

No caso de eventuais contradições nas transcrições realizadas no termo de audiência, as partes terão que se manifestar oralmente até o momento em que forem colhidas as assinaturas do juiz e advogados, sob pena de preclusão, devendo o juiz decidir de plano, registrando a alegação e a decisão no termo (§ 3º do art. 160 do CPC, introduzindo pela Lei 11.419/2006).

8. Publicidade dos autos do processo eletrônico

Por força do § 6º do art. 11 da Lei 11.419/2006, os documentos digitalizados juntados aos autos do processo eletrônico somente estarão disponíveis para acesso por meio da rede externa para suas respectivas partes processuais e respectivos procuradores, bem como para o Ministério Público, respeitado o disposto em lei para as situações de sigilo e de segredo de justiça.

Embora os atos processuais sejam públicos (art. 155, *caput*, CPC), porquanto realizados na presença de qualquer pessoa, exceto nos casos de segredo de justiça, os autos do processo não o são. Assim, o direito de consultar os autos e pedir certidões de seus atos é restrito às partes e seus procuradores (parágrafo único do art. 155 do CPC). O art. 778 da CLT proíbe o acesso aos autos por pessoas estranhas à lide, somente permitindo a saída dos autos da secretaria por solicitação de procurador regularmente constituído pela parte. A ampla consulta aos autos fica limitada, portanto, as partes ou seus procuradores (art. 779 da CLT).

Por força do art. 7º, inciso XIII, da Lei 8906/94, os advogados, mesmo sem procuração, têm direito de examinar autos de processos findos ou em andamento, desde que não sujeitos a sigilo, podendo tomar apontamentos e realizar cópias de peças processuais.

Correta foi a restrição imposta pela lei, limitando o acesso aos autos do processo eletrônico às partes e aos procuradores, bem como ao Ministério Público.²¹

²¹ Em 13.05.2008, sob o título “Conselho disciplina acesso à íntegra de processos eletrônicos”, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) publicou a seguinte notícia: “Somente as partes, seus advogados formalmente constituídos e o Ministério

Informações de interesse exclusivo das partes, como cópias de documentos de identidade, extratos de contas bancárias, recibos de pagamento de salários *etc.*, digitalizadas e colocadas na rede mundial de computadores, para serem acessadas por qualquer pessoa, sem restrição, podem provocar sérios prejuízos às partes do processo.

É comum ser noticiado pela imprensa vários tipos de golpes em que criminosos conseguem informações pessoais para lesar pessoas. Hodiernamente, o simples conhecimento do número de uma conta bancária, o nome e o CPF de uma pessoa pode provocar estrago no extrato bancário, pois muitas empresas vendem serviços e produtos pela Internet solicitando essas informações.

9. Conclusão

O processo eletrônico será, sem dúvida, a próxima revolução do Judiciário, porquanto trará mais celeridade e facilidade às partes, procuradores, membros do Ministério Público e magistrados, contribuindo com a efetividade da norma insculpida no inciso LXXVIII do art. 5º da Constituição Federal que garante ao cidadão o direito fundamental a uma razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

Os autos do processo ficarão disponíveis a todos os sujeitos envolvidos na relação processual, em qualquer momento e lugar, facilitando a prática dos atos processuais.

Todos os prazos deferidos às partes serão comuns, ante o acesso simultâneo, evitando o extravio e a formação suplementar dos autos. Nenhuma parte conseguirá lançar cotas marginais ou interlineares nos autos, pois seu conteúdo será seguro e inviolável.

As grandes empresas e aqueles que rotineiramente costumam ser demandados na Justiça do Trabalho receberão a notificação inicial na forma de mensagem eletrônica, dispensando a notificação por correio, porquanto estarão previamente cadastrados no sistema de processo eletrônico.

Público poderão ter acesso à íntegra das informações dos processos judiciais eletrônicos. O assunto foi disciplinado pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) na sessão desta terça-feira (13/05) por meio de Enunciado.

O texto aprovado pela maioria dos conselheiros é baseado na Lei de Processo Digital que prevê expressamente a restrição. De acordo com o conselheiro relator do Enunciado, Antonio Umberto de Souza Júnior, o objetivo da medida adotada pelo CNJ é proteger as partes envolvidas. Isso porque, os processos trazem informações pessoais tais como valores de patrimônio e endereços residenciais.

Com a facilidade de divulgação própria da internet, a divulgação desse tipo de informação poderia comprometer a integridade moral e física dos envolvidos no processo. 'O que não podia era o Conselho aprovar uma norma contrária ao que a Lei prevê expressamente', assinalou o relator Antonio Umberto." Disponível em: <http://www.cnj.gov.br/>.

Na fase de efetivação da decisão judicial, os bens penhorados serão alienados em hasta pública realizada por meio da rede mundial de computadores, na forma de leilão virtual (art. 689-A do CPC).

Haverá benefícios econômicos e ecológicos, uma vez que os custos com a aquisição e a utilização de papel serão extraordinariamente reduzidos.

Enfim, as vantagens serão grandes, como também o empenho e a dedicação de todos os atores envolvidos com a nova era do processo digital.

10. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVIM, Arruda. *Manual de direito processual civil*, v.1: parte geral. 9. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Curso de direito processual do trabalho*. 6. ed. São Paulo: LTr, 2008.

REINALDO FILHO, Demócrito. “A informatização do processo judicial. Da Lei do Fax à Lei nº 11.419/06: uma breve retrospectiva legislativa.” *Jus Navigandi*, Teresina, ano 11, n. 1295, 17 jan. 2007. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9399>. Acesso em: 13 maio 2008.

TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. “*Certificados Digitais*”. Disponível em: “<http://tst.gov.br>”. Acesso em: 13.05.2008.

**COMENTÁRIO À SENTENÇA Nº 197/2003,
DE 30 DE OUTUBRO DE 2003,
DO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DA ESPANHA**

Cláudio Pedrosa Nunes¹

1. Introdução

O presente estudo objetiva levar a debate questão interessante relativa ao entendimento do Tribunal Constitucional Espanhol a respeito das condições de concessão do benefício previdenciário de aposentadoria por invalidez permanente, considerando a arguição de inconstitucionalidade de dispositivo da lei securitária espanhola que impunha limitações ao gozo do benefício.

Assim é que nos debruçamos sobre um caso específico ocorrido a partir da sentença nº 197/1993 daquele Tribunal Constitucional², porquanto tem sido considerado paradigmático em relação a todos os outros casos em que se postula revisão e conseqüente majoração do benefício em foco (invalidez permanente).

2. Delimitação da questão

Trata-se de arguição de inconstitucionalidade material do artigo 143.2, especialmente apartado 1, do Real Decreto Legislativo nº 1/1994, de 20.06.1994 (Regime Geral de Seguridade Social)³, por violação do disposto

¹ Claudio Pedrosa Nunes é Juiz do Trabalho Substituto da 13ª Região e Doutor em Direito do Trabalho e Seguridade Social pela Universidade de Salamanca (Espanha).

² Na Espanha, o acórdãos do Tribunal Constitucional recebem a denominação de sentença.

³ O artigo 143.2 do Real Decreto Legislativo nº 1/1994 (Regime Geral de Seguridade Social Espanhol) tem o seguinte texto: *“Toda resolución, inicial o de revisión, por la que se reconozca el derecho a las prestaciones de incapacidad permanente, en cualquiera de su grado, o se confirme el grado reconocido previamente, hará constar necesariamente el plazo a partir del cual se podrá instar la revisión por agravación o mejoría del estado invalidante profesional, en tanto que el incapacitado no haya cumplido la edad mínima establecida en el artículo 161 de esta ley, para acceder al derecho a la pensión de jubilación. Este plazo será vinculante para todos los sujetos que puedan promover la revisión. No obstante lo anterior, se el pensionista por invalidez permanente estuviera ejerciendo cualquier trabajo, por cuenta ajena o propia, el Instituto Nacional de la Seguridad Social podrá, de oficio o al instancia del propio interesado, promover la revisión, con independencia de que haya o no transcurrido el plazo señalado en la resolución. Las revisiones fundadas en error de diagnóstico podrán llevarse a cabo en cualquier momento en tanto el interesado no haya cumplido la edad a que se refiere el primer párrafo de este número”*. Por sua vez, o artigo 161, a, da mesma lei prescreve: *“Tendrán derecho a la pensión de jubilación, en su modalidad contributiva, las personas incluidas en este Régimen General que, además de la*

no artigo 14 da Constituição da Espanha (princípio da igualdade)⁴.

O cerne da contenda diz respeito a alegada discriminação, por motivo de idade, daquele dispositivo normativo (artigo 143.2, especialmente apartado 1, do Real Decreto Legislativo nº 1/1994, de 20.06.1994), ao excluir a possibilidade de revisão por agravação de grau de invalidez de segurado que tenha completado a idade de sessenta e cinco anos.

No caso vertente, o segurado pretende acesso ao grau de grande invalidez, tendo sua postulação sido negada pelo INSS sob o fundamento de haver ele (segurado) completado dita idade de sessenta e cinco anos, limite para jubilação, em que pese haver-se constatado que após essa idade o segurado tenha sido considerado inválido na categoria grande invalidez.

3. Alegações do suscitante

As ponderações do Juizado Social nº 3, de Barcelona, suscitante acerca da inconstitucionalidade em questão (nº 1836/97), são, resumidamente, as seguintes:

1. Há manifesta discriminação por motivo de idade, na medida em que o artigo 143.2, apartado 1, em foco, impede que os maiores de sessenta e cinco (65) anos de idade ou, precisamente, os que tenham atingido essa idade, ascendam ao grau de grande invalidez, mesmo que estejam reunidas todas as exigências fáticas e jurídicas para tal, enquanto que tal impedimento não se aplica aos segurados com idade inferior a sessenta e cinco (65) anos;

2. A situação de grande invalidez se caracteriza pela necessidade permanente do segurado estar sempre acompanhado de terceira pessoa, dada sua absoluta incapacidade para realizar as tarefas pessoais mais elementares do dia-a-dia por si só (comer, vestir, locomover-se, necessidades fisiológicas etc.).

Em razão dessa circunstância, a grande invalidez não se vincula essencialmente à diminuição ou anulação da capacidade laborativa ou à idade, mas, tão-só, como visto, no fato da dependência de terceira pessoa que, por sua vez, precisa ser remunerada, sendo a majoração do benefício securitário, neste caso, destinado a cobrir tais despesas adicionais do segurado (remuneração de terceira pessoa).

general exigida en el apartado 1 del artículo 124, reúnan las siguientes condiciones: a) Haber cumplido sesenta y cinco años de edad”.

⁴ O artigo 14 da Constituição da Espanha tem a seguinte redação: “Igualdad ante la ley. Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”.

Desta forma, a grande invalidez se prende a motivo que transcende à mera escala de idades, não sendo isonômico, e, portanto, inconstitucional, o tratamento legal que retira do segurado a possibilidade de majoração do benefício somente pelo critério de idade (sessenta e cinco anos);

3. Há, ainda, discriminação no texto do citado artigo 143.2, apartado 1, do Real Decreto Legislativo nº 1/1994, na medida em que admite que os menores de sessenta e cinco (65) anos, inválidos, possam ascender automaticamente ao grau de grande invalidez, atendidos os pressupostos dos artigos 137.6 e 139.4 da Lei Geral de Seguridade Social, entre os quais está a situação de o segurado necessitar constantemente de assistência de terceira pessoa.

4. Alegações do INSS, do Ministério Fiscal, do Advogado do Estado e do Fiscal Geral do Estado

4.1. Alegações do INSS

O INSS espanhol, parte interessada na demanda, insurge-se contra a proclamada inconstitucionalidade ancorando-se fundamentalmente na jurisprudência do Tribunal Supremo (sentenças nºs 997/93, de 15.12.93; 1255/93, de 15.04.94; 226/94, de 18.07.94; 219/94, de 21.07.94; 898/93, de 09.05.95) e, em suma, nos seguintes argumentos: a) as leis reguladoras dos benefícios da Seguridade Social sempre consideraram a grande invalidez como grau diferenciado em relação aos demais graus de invalidez permanente; b) é tradição legislativa na Espanha a exclusão de revisão de incapacidades para quem já tenha atingido a idade para recebimento de pensões de jubilação; c) o fator idade opera sempre como critério de diferenciação em matéria de Seguridade Social, razão pela qual há falar-se em discriminação violadora do princípio da igualdade constitucional; d) o sistema securitário é limitado em termos de recursos, sendo lícito estabelecer prioridades de situações e necessidades a proteger, criando-se inclusive diferenças entre os distintos regimes de proteção social.

4.2. O Ministério Fiscal não se opôs ao processamento da questão de inconstitucionalidade.

4.3. Alegações do Advogado do Estado

O Advogado do Estado, por sua vez, manifesta-se pela desconsideração

da questão de inconstitucionalidade em comento, ante os seguintes fundamentos principais: a) reafirma que o sistema jurídico espanhol sempre considerou a idade como critério de estabelecimento de distinções entre categorias e grupos de pessoas, especialmente em matéria de seguridade social, lembrando que a jurisprudência constitucional espanhola assim se tem manifestado através de julgados que especifica (SSTC 134/87, 137/87, 361/93 e 184/93); b) no caso em debate, contesta que a limitação prescrita no artigo 143.2 da Lei Geral de Seguridade Social espanhola seja arbitrária ou irrazoável, conquanto sem tal limitação a situação de grande invalidez cairia em uma espécie de “vala comum”, na qual passaria a abranger todas as pessoas que alcançassem os requisitos comuns estabelecidos em lei, o que afetaria rapidamente o equilíbrio financeiro das prestações econômicas da seguridade. E isso transformaria a grande invalidez em prestação de natureza universal, similar às de assistência social, esta que concentra indistintamente todos os cidadãos, trabalhadores ou não; c) acrescenta que os graus de invalidez reconhecidos no sistema de seguridade social espanhol são fixados com base na idade de aposentadoria porque nesta situação (jubilação) presume-se o término da atividade laboral do segurado, máxime quando a partir daí deixa de contribuir para o sistema securitário. Disso deflui que, havendo-se encerrado o período laborativo legal do trabalhador, através da jubilação, não se pode falar em “limitação ou supressão da capacidade laborativa do segurado” para efeito de ascensão ao grau de grande invalidez; d) registra, ademais, que a prestação securitária concedida em qualquer dos graus de invalidez não é suspensa ou cancelada quando o segurado alcança a idade de sessenta e cinco (65) anos, mas, em verdade, aumenta em relação ao valor da prestação a que teria jus o segurado somente pela concessão da aposentadoria regular. E isto obviamente revela o esforço do sistema em não prejudicar o segurado que ao tempo da jubilação foi vitimado por infortúnio laborativo mais grave; e) reconhece que a grande invalidez tem um viés assistencial que a desvincula, de certo modo, da só capacidade laborativa do segurado. Porém, ressalta que esta característica não é essencial nem define por si só o grau de invalidez nem a qualidade da prestação. O diferencial em que se sustentam as prestações de invalidez permanente está, fundamentalmente, na alteração continuada da saúde que impossibilite ou limite a capacidade do segurado para o desempenho de atividade profissional.

Ipsa facto, o regime geral de seguridade social espanhol procura adotar um critério uniforme de prestações de invalidez permanente, cuja base é, em substância, a perda ou a diminuição da capacidade laborativa do

obreiro. É, portanto, plenamente razoável a instituição do critério de idade para identificação do nível de prestação securitária.

4.4. Argumentos do Fiscal Geral do Estado

Os argumentos do Fiscal Geral do Estado são, em síntese, os seguintes: a) o sistema de prestações sociais da seguridade conferidas pela legislação ordinária constitui a regulamentação do disposto no artigo 41 da Constituição da Espanha⁵. Assim, compete ao legislador ordinário estabelecer os mecanismos de execução desse sistema securitário, considerando o contexto factual que envolve a realidade de cada segurado, assim como a necessidade de preservação do equilíbrio financeiro de todo o sistema. Para isso, pode o legislador infraconstitucional considerar as disponibilidades financeiras do momento e a situação particular dos diversos grupos sociais. Cita, em apoio de suas ponderações, sentenças do tribunal constitucional (184/93, 359/93, 38/95, 77/95). Com tais ilações, o Fiscal Geral do Estado realça ser plenamente possível que a lei estabeleça critérios de distinção em torno da concessão de benefícios, tanto previdenciários quanto assistenciais, não se podendo considerar que haja aí discriminação vedada constitucionalmente; b) confirma o critério segundo o qual o benefício postulado não pode ser concedido a quem já tenha implementado as condições de aposentadoria, condições entre as quais se inclui a idade, característica esta indispensável para avaliar-se o grau de incapacidade que constitui o fato gerador das prestações de invalidez permanente. Assim, o critério a que alude o artigo 143.2 do regime geral de seguridade é razoável e racional, inexistindo discriminação ofensiva à Constituição; c) preconiza que o argumento do suscitante no tocante à inconstitucionalidade planteada não é senão pretensão de que o Tribunal Constitucional adote interpretação diversa daquela em que se pautou o intento do legislador para concessão dos benefícios securitários (artigo 139, LGSS)⁶, criando, com isto, novos requisitos para viabilidade de prestações de

⁵ O artigo 41 da Constituição da Espanha tem o seguinte texto: “*Seguridad Social. Los poderes públicos mantendrán un régimen público de Seguridad Social para todos los ciudadanos que garantice la asistencia y prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad, especialmente, en caso de desempleo. La asistencia y prestaciones complementarias serán libres*”.

⁶ O artigo 139 da Lei Geral de Seguridade Social espanhola (Real Decreto Legislativo nº 1/1994) está assim prescrito: “*Prestaciones. 1. La prestación económica correspondiente a la incapacidad permanente parcial para la profesión habitual consistirá en una cantidad a tanto alzado. 2. La prestación económica correspondiente a la incapacidad permanente total consistirá en una pensión vitalicia, que podrá excepcionalmente ser substituida por una indemnización a tanto alzado cuanto el beneficiario fuese menos de sesenta años. Los declarados afectos de incapacidad permanente total para la profesión habitual percibirán la pensión prevista en el párrafo anterior incrementada en el porcentaje que reglamentariamente se determine, cuando por su edad, falta de preparación general o especializada y circunstancias*

invalidez permanente, ao mesmo tempo em que exclui os pressupostos legais ora estabelecidos pela lei e autorizados pela Constituição (artigo 41, CE). Isto, segundo revela, constituiria usurpação de competência, assumindo o Tribunal Constitucional competência legislativa que não lhe pertence.

5. A decisão do Tribunal Constitucional

O Tribunal Constitucional espanhol rejeitou a arguição de inconstitucionalidade em comento, fulcrando-se, inicialmente, nos precedentes decisórios pertinentes ao princípio da igualdade e sua aplicação ao sistema público de Seguridade Social, assim como nos seguintes fundamentos:

I. Trilhando a doutrina do Tribunal Constitucional Europeu de direitos humanos em matéria de tratamento isonômico, não há violação ao artigo 14 da Constituição espanhola, conquanto o princípio da igualdade não pode ser compreendido como uma idéia abstrata tal que suplante elementos de notória relevância jurídica que traduzem razoáveis diferenças entre os beneficiários de determinada prestação ou bem da vida.

Desta maneira, nem toda desigualdade normativa de determinada matéria pressupõe discriminação malfazeja ou negativa, mas somente aquelas cuja diferenciação de tratamento venha a exorbitar as características de razoabilidade e conveniência exigíveis em torno de determinada conduta que regularmente deva ser tratada de forma isonômica.

Expõe ainda a Corte Constitucional espanhola ser constitucionalmente lícitas as distinções legais de tratamento quando se tem em evidência também as conseqüências jurídicas e fáticas em que se assentam as finalidades perseguidas pela norma, de modo a evitar resultados perniciosos para a sociedade;

II. Referindo-se expressamente aos artigos 41 e 50 da Constituição espanhola e ao artigo 7 da Diretiva Comunitária nº 2000/78, de 27 de novembro, que dispõem sobre a Seguridade Social, o Tribunal Constitucional

sociales e laborales del lugar de residencia, se presume la dificultad de obtener empleo en actividad distinta de la habitual anterior. 3. La prestación económica correspondiente a la incapacidad permanente absoluta consistirá en una pensión vitalicia. 4. Se el trabajador fuese calificado de gran inválido, tendrá derecho a la pensión a que se refiere el apartado anterior, incrementándose su cuantía en un 50 por 100, destinado a que el inválido pueda remunerar a la persona que le atienda. A petición de gran inválido o de sus representantes legales, podrá autorizarse, siempre que se considere conveniente en beneficio del mismo, la sustitución del incremento a que se refiere el párrafo anterior por su alojamiento y cuidado en régimen de internado en una institución asistencial pública del Sistema de la Seguridad Social, financiada con cargo a sus presupuestos. 5. En los casos en que el trabajador, con sesenta y cinco o mas años, acceda a la pensión de incapacidad permanente, derivada de contingencias comunes, por no serle de aplicación lo establecido en el párrafo segundo, apartado 1, del artículo 138, la cuantía de la pensión de incapacidad permanente será equivalente al resultado de aplicar a la correspondiente base reguladora el porcentaje que corresponda al periodo mínimo de cotización que esté establecido, en cada momento, para el acceso a la pensión de jubilación. 6. Las prestaciones a que se refiere el presente artículo se harán efectivas en la cuantía y condiciones que se determinen en los Reglamentos generales de la presente Ley”.

expõe ser lícito ao legislador estabelecer critérios de prestações securitárias levando em consideração fatores de ordem econômica e condições pessoais de cada segmento social, que se destinem a atender a situações peculiares e disponibilidades do momento, tendo em vista as necessidades gerais de todo o grupo social. Assim, a instituição de regimes de Seguridade Social e conseqüente concessão de benefícios com base no critério de idade não constituem violação ao princípio da igualdade;

III. A Constituição espanhola destina-se a proteger a instituição Seguridade Social numa perspectiva segundo a qual sua existência pressupõe o atendimento de situações decorrentes da própria dinâmica social da vida dos cidadãos, resultantes sobretudo do trabalho, cuja finalidade essencial é protegê-los das intempéries causadas por aquele (o trabalho) e das próprias circunstâncias do viver.

Tal proteção constitucional, entretanto, não veda a modificação dos sistemas de Seguridade, sua evolução e desenvolvimento capazes de adaptar-se e atualizar-se com os acontecimentos transitórios do viver social. O que a Constituição proíbe é a inserção de mecanismos que desnaturem a essência da Seguridade Social, impedindo-a de executar as missões a que se obrigou em sua estrutura fundamental.

O estabelecimento de critérios de prestação de benefícios com base na viabilidade do sistema, entre os quais os critérios de idade, em conjunto com os demais, não menospreza o intento do constituinte nem o alcance exegético da norma constitucional. As alterações da legislação para estabelecimento de novos critérios de prestações securitárias, nomeadamente critérios de idade, compreendem-se como possíveis em termos de viabilidade constitucional;

IV. Considera o Tribunal que a norma cuja constitucionalidade se questiona não estabelece distinções de prestações somente pelo critério isolado da idade cronológica do beneficiário, mas fundamentalmente tendo em consideração a idade como fator de diferenciação entre grupos de pessoas de situação laboral ativa ou inativa, obedecendo, por isso, a fundamentos diversos;

V. No sistema geral de previdência social, a aposentadoria representa o estágio final da vida laboral e se baseia em critérios objetivos e subjetivos, cuja idade é marco fundamental. Desta forma, o fator idade prepondera em regime de jubilação sobre o critério patológico caracterizador da invalidez, constituindo-se então duas categorias distintas autorizadas de tratamento diferente pela lei;

VI. Fica, portanto, o legislador autorizado a fixar uma idade razoável

de aposentadoria, considerando um estágio presumível relativo à perda da capacidade laborativa. Trata-se de uma opção que concentra uma espécie de compensação pelo trabalho realizado anteriormente na vida ativa, além de considerar, em todo este contexto, a perda da capacidade plena de auferir meios próprios de sustento. Esses aspectos conferem ao legislador ampla margem de discricionariedade para estabelecer diferentes critérios de aposentadoria, entre eles, distintamente, idade e invalidez;

VII. Por fim, invocando fundamentos do advogado do Estado, o Tribunal Constitucional espanhol considera que se considerar-se o critério de idade fixado legalmente para aposentadoria definitiva em razão de posterior grande invalidez, estaria a descoberto todo e qualquer critério de aposentadoria com base em determinada idade, conquanto o avanço desta conduziria fatalmente a um estágio de vida similar ao de grande invalidez.

6. Comentários

6.1. Controle Difuso de Constitucionalidade. Inexistência Formal no Sistema Constitucional Espanhol

Preliminarmente, constata-se a inexistência, no Direito Constitucional espanhol, do controle de constitucionalidade pela via difusa, ou seja, sistema no qual qualquer Juiz ou Tribunal pode declarar a inconstitucionalidade dos atos normativos. É que o artigo 163 da Constituição da Espanha parece conferir somente ao Tribunal Constitucional a competência para dizer, com voz exaustiva, da inconstitucionalidade de uma lei ordinária⁷.

Trata-se de previsão desalinhada da tradição dos sistemas constitucionais modernos, inclusive de parte da Europa continental. Conforme sugere *Gomes Canotilho*, o permissivo de declaração de inconstitucionalidade pela via difusa representa a concretização da independência do Poder Judiciário.

Desde que o texto constitucional ampare a soberania dos veredictos judiciais (conseqüência primeira da observância do princípio da independência dos poderes), entende-se implícito o poder de qualquer de seus órgãos declarar a inconstitucionalidade de dispositivos de lei ordinária em meio à apreciação de determinados casos concretos, mecanismo a que o mestre português reputa

⁷ O artigo 163 da Constituição da Espanha tem o seguinte texto: "(Cuestión de inconstitucionalidad). Cuando un órgano judicial considere, en algún proceso, que una norma con rango de ley, aplicable al caso, de cuya validez dependa el fallo, pueda ser contraria a la Constitución, planteará la cuestión ante el Tribunal Constitucional en los supuestos, en la forma y con los efectos que establezca la ley, que en ningún caso serán suspensivos".

como de “acesso direto do Juiz à Constituição”⁸.

No caso espanhol, entretanto, tal não se revela possível porque a própria Lei das Leis ressalva competência somente ao Tribunal Constitucional em tal matéria (artigo 163), em que pese o artigo 117, apartado 1, da Carta Constitucional espanhola consagrar o princípio da independência do Judiciário⁹, ao tempo em que prescreve aos magistrados a garantia de que estão submetidos tão-só ao império da lei.

No mesmo sentido está o artigo 106, apartado 1, do mesmo diploma constitucional¹⁰, o qual estabelece competência ao Judiciário para exercer controle sobre os atos da administração pública, de forma a debelar ilegalidades e inconstitucionalidades, não excetuando os atos legislativos de que a lei é exemplo típico¹¹.

6.2. Discriminação no Contexto do Princípio da Igualdade

A controvérsia central gira em torno da alegada discriminação por motivo de idade. Com esse assento, argui-se violação do princípio da igualdade previsto no artigo 14 da Constituição espanhola, e, conseqüentemente, inconstitucionalidade do artigo 143.2, especialmente em seu apartado 1, do Real Decreto Legislativo nº 1/1994, que atualiza o Regime Geral de Seguridade

⁸ GOMES CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 3ª ed., Coimbra: Almedina, 1999, p. 617, 618, 625, 627 e 921. Ao referir-se ao Estado de Direito democrático e à independência do Poder Judiciário, assim se manifesta o conhecido constitucionalista português: “A independência funcional é uma das dimensões tradicionalmente apontadas como constituindo o núcleo duro do princípio da independência. Significa ela que o Juiz está apenas submetido à lei – ou melhor – às fontes de direito jurídico-constitucionalmente reconhecidas – no exercício da sua função jurisdicional. A independência dos juízes tem uma dimensão externa e uma dimensão interna. A independência externa aponta para a independência dos juízes em relação aos órgãos ou entidades estranhas ao poder judicial. A independência interna (que alguns autores identificam com independência funcional) significa a independência perante os órgãos ou entidades pertencentes ao poder jurisdicional (...). O princípio da separação e independência dos órgãos de soberania tem, assim, uma função de garantia da constituição, pois os esquemas de responsabilidade e controlo entre os vários órgãos transformam-se em relevantes factores de observância da constituição (...). À ideia de controlo anda geralmente associado um ‘pensamento negativo’: o juiz ordinário controla a constitucionalidade dos actos normativos, desaplicando as normas eventualmente não conformes com a constituição (...). Uma norma em desconformidade material, formal ou procedimental com a constituição é nula, devendo o juiz, antes de decidir qualquer caso concreto de acordo com esta norma, examinar (‘direito de exame’, ‘direito de fiscalização’) se ela viola as normas e princípios da constituição. Desta forma, os juízes têm ‘acesso directo à constituição’, aplicando ou desapplicando normas cuja inconstitucionalidade foi impugnada”.

⁹ O texto do artigo 117, apartado 1, da Constituição da Espanha é o seguinte: “Independencia de la justicia. Inamovilidad de los Jueces y Magistrados. Unidad jurisdiccional. 1. Independencia de la justicia. La justicia emana del pueblo y se administra en nombre del Rey por Jueces y Magistrados integrantes de poder judicial, independientes, inamovibles, responsables u sometidos únicamente al imperio de la ley”.

¹⁰ O artigo 106, apartado 1, reza: “Control judicial de la administración. 1. Los Tribunales controlan la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa, así como el sometimiento de ésta a los fines que la justifican”.

¹¹ A propósito da importância do controle difuso e sua adoção pela quase totalidade dos países da Europa Continental, remetemos o leitor ao nosso *Controle Difuso de Constitucionalidade em Matéria Trabalhista*, págs. 26-32.

Social espanhol;

É certo que o princípio da igualdade jurídica não está desarraigado da noção geral de igualdade pronunciada com grande maestria por *Aristóteles*¹². Em sua singular *Ética a Nicômaco*, o jusfilósofo grego já distinguia a igualdade como um critério consistente em tratar de igual modo os iguais e de modo desigual os desiguais. E, nisto, inovou no tocante à noção de igualdade então proclamada por *Platão*, seu mestre, que considerava a igualdade em termos absolutos, ou seja, num padrão rigorosamente retilíneo¹³.

A noção aristotélica de igualdade permanece ainda hoje praticamente intacta, tendo grande influência no meio jurídico, especialmente porque a missão do Direito consiste exatamente em disciplinar a convivência social em termos de promoção da igualdade e da justiça, máxime quando se observa uma grande diversidade de comportamentos humanos, considerando as peculiaridades de cada subgrupo social no tempo e no espaço. Portanto, é inolvidável que o princípio da igualdade tem grande utilidade no desate das celeumas que envolve a Segurança Social.

6.3. Suporte Jurídico e Equilíbrio Econômico do Sistema de Segurança Social

No caso em foco, o Tribunal Constitucional espanhol considerou constitucional o texto do artigo 143.2 do Real Decreto Legislativo nº 1/1994 fazendo referência exatamente ao alcance e natureza do princípio da igualdade jurídica, em especial no trato de questões de seguridade social, cujas premissas fundamentais dependem de situações pessoais, econômicas e de estimativas de risco em um determinado tempo e em determinado lugar.

Tais premissas se têm de considerar para efeito de concessão de benefícios que atendam aos infortúnios característicos de cada caso estudado, de modo a não comprometer a viabilidade econômica e de cobertura do sistema em termos de promoção social de abrangência universal para toda a sociedade.

Como bem leciona *Alonso Olea e Tortuero Plaza*, o sistema de seguridade pressupõe uma conduta de solidariedade social, ou seja, concentra

¹² A respeito das lições de Aristóteles sobre a igualdade, ver nosso artigo *O Conceito de Justiça em Aristóteles*, publicado na Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 13ª Região, edição de outubro/2000, disponível também na Internet, site www.amatra13.org.br (artigos doutrinários).

¹³ Sobre o princípio específico da igualdade jurídica e sua relação com o Direito do Trabalho e com a Segurança Social, ver nossa obra *Controle Difuso de Constitucionalidade em Matéria Trabalhista: Uma Abordagem sob o Prisma do Princípio da Igualdade*, Editora LTR, 2003, p. 64-84.

a ajuda de uns, que hoje se encontram em plena capacidade produtiva, para com outros que, por infortúnio, tenham necessidade de receber prestações (sobretudo econômicas), do conjunto da sociedade, esta que o faz por meio de contribuições pecuniárias¹⁴.

Assim é que compete ao Estado administrar a coleta e distribuição dessas prestações segundo orientações também de natureza econômica, de modo a poder garantir que sempre haja meios suficientes para atendimento dos inúmeros riscos, eventos e enfermidades presentes e futuros.

Impõe-se ainda salientar, trilhando-se os ensinamentos de *Cruz Villalón*, que as prestações de grande invalidez socorrem todos os cidadãos que preencham os requisitos legais e não apenas os vitimados por infortúnio no trabalho (enfermidade ou acidente em serviço), especialmente empregados¹⁵.

E isto evidentemente acresce sobremodo as despesas da Seguridade com os casos de invalidez. Por isso, merecem guarida as medidas de economia que atendam eficientemente ao critério de cobertura universal, de modo a garantir a estabilidade financeira e atuarial do sistema securitário;

A constitucionalidade proclamada pelo Tribunal assenta-se sobretudo em dois aspectos fundamentais: a) o estabelecimento de uma idade mínima como critério de aposentadoria definitiva, mesmo no caso de invalidez agravada posteriormente, é razoável, nomeadamente em sede de seguridade

¹⁴ ALONSO OLEA, Manuel; TORTUERO PLAZA, José Luiz. *Instituciones de Seguridad Social*, 13ª ed., Madrid: Editorial Civitas, 1992, p. 22-23. São suas as palavras: “*Toda sociedad, enmarcándolos dentro de su filosofía de la vida y del ethos de su era, ha arbitrado siempre medios, con gran relieve los prestados en el seno de la familia, en amplia medida aún subsistentes – pese a la reducción drásticas de las familias como unidades de producción y al aumento de ‘hogares unipersonales’, hombres e mujeres que viven solos – como deberes de la protección y mutua ayuda de sus miembros incluidos el derecho y el deber de prestarse entre sí alimentos, también los de instituciones amistosas, vecinales, religiosas y gremiales para asistir al enfermo (el hospital gratuito para el enfermo, sostenido por el patrono preindustrial, el gremio, las iglesias, o los entes públicos generales, por ejemplo, es de origen remoto) o al anciano, o para mantener a la viuda o al huérfano, al inválido, probablemente porque la ayuda al ‘dependiente’ forma parte de la trama misma de la vida social, de la que constituye no ya una regla moral, sino un presupuesto lógico, en el sentido de que se extinguiría sin ella, lo que explica que incluso se haya hablado del altruismo como ingrediente genético de la especie humana o, al menos, de un sistema complejísimo de intercambios sociales del que el sostén del necesitado es parte esencial, porque el cuidado que hoy le presta quien puede será el mismo que éste reciba cuando no pueda y el que ya ha recibido cuando no ha podido. Quiere decir esto que la diferencia específica de la seguridad social no está ni en la existencia de un riesgo económico individual, en el sentido ya analizado, ni siquiera en la atención del mismo, sino en un modo especial de proveer a su cobertura*”.

¹⁵ CRUZ VILLALÓN, Jesus. *Estatuto de los Trabajadores Comentado*, Madrid: Editorial Tecnos, 2003, p. 567. Assim se pronuncia o autor ao comentar o artigo 45.1, c, do Estatuto dos Trabalhadores: “*La incapacidad temporal aparece definida en el artículo 128 LGSS como la situación que impide la ejecución de la prestación laboral debido a enfermedad y accidente, sean o no de trabajo en los términos contemplados en la legislación de la Seguridad Social; su duración máxima es de doce meses, si bien es prorrogable por otros seis cuando se presume que durante ellos pueda el trabajador ser dado de alta médica por curación (art. 128.1, a, LGSS). Además, en el supuesto de que concluya la incapacidad temporal y se declare la incapacidad permanente en los grados de incapacidad permanente total para la profesión habitual, absoluta para todo trabajo o gran invalidez, cuando, a juicio del órgano de calificación, la situación de incapacidad del trabajador vaya a ser previsiblemente objeto de revisión por mejoría que permita su reincorporación al puesto de trabajo, subsistirá la suspensión de la relación laboral, con reserva del puesto de trabajo, durante un período de dos años a contar desde la fecha de la resolución por la que se declare la invalidez permanente (art. 48.2 ET y art. 131 LGSS)*”.

social. Entende a Corte que o fator idade contempla presunção de limitação ou supressão da capacidade laborativa, de modo que o agravamento do infortúnio invalidez permite considerar que já se encontrava previsível pelo implemento da idade da aposentadoria¹⁶; b) é lícito, ademais, ao legislador infraconstitucional considerar a idade como elemento razoável de fixação de aposentadoria definitiva, considerando as circunstâncias e/ou o nível de vida (inclusive aumento de longevidade) dos cidadãos de determinado país e as situações sócio-econômicas da comunidade como um todo.

O que o Tribunal firmou, com convicção, foi o alcance do nível de razoabilidade presente no caso concreto em discussão para autorizar o legislador ordinário a fixar uma idade mínima, em definitivo, para os casos de invalidez permanente absoluta. Expõe, porém, que o ideal seria, em termos de avanço social, desconsiderar-se o fator idade como critério para impedir-se prestações de grande invalidez, conquanto esta se caracteriza pela necessidade permanente do segurado quanto a cuidados e acompanhamento de terceira pessoa, o que logicamente acarreta despesas adicionais antes não contempladas na cobertura por incapacidade permanente total. Sem embargo, é lícito ao legislador estabelecer o critério ora hostilizado, ante a situação jurídica atual do sistema securitário espanhol;

Não se pode olvidar que o argumento do órgão suscitante é assaz sólido e congruente. O sistema de previdência espanhol, conforme se extrai de sua norma disciplinadora, tem considerado a grande invalidez pelos critérios de agravamento do estado de invalidez permanente absoluta e, principalmente, pelo fato do agravamento da invalidez (grande invalidez) exigir o auxílio permanente de pessoa que permita ao segurado realizar os mais elementares atos do dia-a-dia.

¹⁶ Não obstante esse entendimento, o Tribunal Constitucional, ao enfrentar a Questão de Inconstitucionalidade nº 223/1980, DOE de 20 de Julho de 1981, considerou inconstitucional o texto do artigo 49.6 do Estatuto dos Trabalhadores, que previa a extinção do contrato de trabalho em razão de aposentadoria do trabalhador. Trata-se, portanto, de entendimento que inadmita a ocorrência de diminuição ou perda da capacidade laborativa do trabalhador pelo advento da aposentadoria. Isto destoa, de certo modo, dos fundamentos adotados na questão de inconstitucionalidade ora debatida (nº 197/2003). O mencionado artigo 49.6 ET estava assim prescrito: *“La capacidad para trabajar, así como la extinción de los contratos de trabajo tendrá el límite máximo de edad que fije el gobierno en función de las disponibilidades de la seguridad social y del mercado de trabajo. De cualquier modo, la edad máxima será la de sesenta e nueve años, sin perjuicio de que puedan completarse los períodos de carencia para la jubilación”*. Veja-se o enfoque dado pelo Tribunal Constitucional ao citado artigo: *“El artículo 49.6, conforme al cual «el contrato de trabajo se extinguirá... por jubilación del trabajador» es inútil e irrelevante en la tautología misma de su formulación, y oculta el tema esencial de si la jubilación en cuestión es voluntaria o forzada”*. Tal conjuntura mereceu o seguinte comentário de Alonso Olea: *“El fallo de la sentencia se formula de modo que refiere al bloque, a los dos párrafos, de la norma transcrita declarando: que es inconstitucional la disposición adicional 5ª del estatuto de los trabajadores, interpretada como norma que establece la incapacitación para trabajo a los sesenta e nueve años, y de forma directa e incondicionada la extinción de la relación laboral a esa edad”* (Cf. ALONSO OLEA, Manuel. **Jurisprudencia Constitucional sobre Trabajo y Seguridad Social: Elenco y Estudio de las Sentencias del Tribunal Constitucional – 1981 a 1983** -, Tomo I, Madrid: Civitas, 1984, p. 31-32).

Em nenhum momento a caracterização do estado de grande invalidez refere-se à idade como critério diferenciador para concessão do benefício. O Tribunal Constitucional, entretanto, inovou ao considerar razoável e compatível com o princípio da igualdade jurídica a invocação, pelo Estado, de critério distinto dos legalmente previstos para a grande invalidez, ancorando-se no entendimento de que a idade de sessenta e cinco (65) anos abrange todas as situações em que o agravamento do estado de saúde do segurado já deveria manifestar-se até aquela idade.

Em outras palavras, a idéia da Corte é de que o agravamento do estado de saúde do segurado deverá ocorrer até a idade de sessenta e cinco (65) anos, de modo a que se possa legalmente requerer alteração do grau de invalidez para recebimento de benefício de valor superior.

Assim, proclama que é razoável estabelecer-se, por lei, critério de idade definitiva para abrangência de todos os infortúnios e para pagamento do correspondente benefício, bem como é possível interpretar a norma desse modo, considerando a necessidade de preservação da viabilidade econômica do sistema¹⁷.

¹⁷ Ao comentar o sistema constitucional espanhol de proteção social, Luis Enrique de la VILLA GIL esclarece não haver coibição de redução de benefícios da Seguridad Social, possibilitando-se assim ao legislador criar diretrizes que signifiquem modificações nas prestações sociais, contributivas ou não. Ressalta que o sistema espanhol diverge do adotado em países como Alemanha e Portugal, cujas cortes constitucionais consideram o sistema de proteção social como direito adquirido da população, não se admitindo retrocesso no particular. Acompanhem suas ilações: “*Ante todo, há precisado que la obligación estatal de mantener un sistema público de seguridad social no predetermina el contenido del sistema, sino que la ley ordinaria puede incrementar o reducir los niveles de cobertura vigentes en el momento de la promulgación de la CE (SS.TC.65 y 134/87, 126/94, 38/95, etc.); se afirma, pues, que el art. 41, pº 2º no consagra el principio de irreversibilidad social (SS.TC. 38/95) y sólo la supresión o la desvirtuación del sistema público significaría la violación constitucional por invadir entonces el legislador un reducto indisponible (SS.TC. 37/94 y 206/97). Algunos Tribunales Constitucionales, como los de la República Federal Alemana y Portugal, se han pronunciado en ocasiones en defensa de la irreversibilidad, entendiendo que el retroceso en el nivel de cobertura requiere la reforma de los principios constitucionales, con las enormes dificultades políticas que ello ha de suponer en el seno de un Estado social del Derecho, porque los derechos sociales son derechos adquiridos u cuasi de propiedad, un verdadero freno para el legislador, que exige plantear las reformas sociales como reformas consensuadas a fin de buscar la neutralización de los retrocesos con avances equivalentes*” (Cf. **El Modelo Constitucional de Protección Social**, in **El Modelo Social en la Constitución Española de 1978**, Madrid: edição do Ministerio do Trabalho e Assuntos Sociais, 2003, p. 75-76). Importa registrar que, no Brasil, a recente reforma da Previdência Social adveio por meio de emenda constitucional, tendo havido, com ela, redução de direitos previdenciários então consagrados sobretudo aos servidores públicos. Mesmo que tais alterações tenham ocorrido através de emenda, já se anuncia o ajuizamento de várias ações diretas de inconstitucionalidade, haja vista que alguns consagrados juristas entendem que os direitos securitários se encontram dentre aqueles considerados imodificáveis mesmo por emenda constitucional. Em outras palavras, são direitos considerados cláusulas pétreas da Constituição Federal de 1988.

7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALONSO OLEA, Manuel. *Jurisprudencia Constitucional sobre Trabajo y Seguridad Social: Elenco y Estudio de las Sentencias del Tribunal Constitucional – 1981 a 1983 -*, Tomo I, Madrid: Civitas, 1984.

ALONSO OLEA, Manuel; TORTUERO PLAZA, José Luiz. *Instituciones de Seguridad Social*, 13ª ed., Madrid: Editorial Civitas, 1992.

CRUZ VILLALÓN, Jesus. *Estatuto de los Trabajadores Comentado*, Madrid: Editorial Tecnos, 2003.

GOMES CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 3ª ed., Coimbra: Almedina, 1999.

PEDROSA NUNES, Claudio. O Conceito de Justiça em Aristóteles. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 13ª Região*, v. 8, n. 5, João Pessoa, 2000.

PEDROSA NUNES, Claudio. *Controle Difuso de Constitucionalidade em Matéria Trabalhista: uma abordagem sob o prisma do princípio da igualdade*, São Paulo: LTr, 2003.

VILLA GIL. Luis Enrique de la. El Modelo Constitucional de Protección Social, in *El Modelo Social en la Constitución Española de 1978*, Madrid: edição do Ministerio do Trabalho e Assuntos Sociais, 2003.

CONTRATAÇÃO DE PESSOAL NO ÂMBITO DAS ENTIDADES INTEGRANTES DO DENOMINADO “SISTEMA S”

Carlos Eduardo de Azevedo Lima¹

Buscar-se-á, aqui, analisar a questão alusiva à contratação de pessoal pelas entidades que compõem o denominado “Sistema S”, notadamente no que tange à necessidade, ou não, de prévia submissão e aprovação em concurso público quando da realização de tais contratações.

Prefacialmente, entende-se pertinente tecer algumas breves considerações acerca do denominado “Sistema S”.

Como é cediço, a formação básica da Administração Pública é aquela que a subdivide em Administração Direta e Indireta. Não obstante, existem algumas outras pessoas jurídicas – denominadas por JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO² de “pessoas de cooperação governamental” – que prestam algum tipo de colaboração ao Poder Público, o que se dá por meio da execução de alguma atividade caracterizada como “serviço de utilidade pública”.

A maior parte dos administrativistas chamam tais entidades de **serviços sociais autônomos**, que são aquelas pessoas jurídicas de direito privado, embora exerçam atividades que produzem algum benefício para grupos sociais ou categorias profissionais.

Consoante entendimento de HELY LOPES MEIRELLES³, são os serviços sociais autônomos

todos aqueles instituídos por lei, com personalidade de Direito Privado, para ministrar assistência ou ensino a certas categorias

¹ Procurador do Trabalho – Procuradoria Regional do Trabalho da 13ª Região (Ofício de Campina Grande); Vice-Coordenador Nacional da CONAP (Coordenadoria Nacional de Combate às Irregularidades Trabalhistas na Administração Pública); Membro do Núcleo de Estudos para Apoio às Decisões da Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público do Trabalho

² CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo, 11ª edição, Lúmen Júris editora, Rio de Janeiro, 2004, páginas 431-437.

³ MEIRELLES, HELY LOPES. Direito Administrativo Brasileiro, 26ª edição, Malheiros Editores, São Paulo, 2001, páginas 353-354

sociais ou grupos profissionais, sem fins lucrativos, sendo mantidos por dotações orçamentárias ou contribuições para-fiscais. São entes paraestatais, de cooperação com o Poder Público, com a administração e patrimônio próprios, revestindo a forma de instituições particulares convencionais (fundações, sociedades civis ou associações) ou peculiares ao desempenho de suas incumbências estatutárias.

A título ilustrativo, citam-se como exemplos de tais entidades o SESI (Serviço Social da Indústria) e o SESC (Serviço Social do Comércio), destinados à assistência social a empregados dos setores industrial e comercial, respectivamente; o SENAI (Serviço Nacional de Aprendizagem Industrial) e o SENAC (Serviço Nacional de Aprendizagem Comercial), destinados à formação profissional e educação para o trabalho, também com vistas, respectivamente, à indústria e ao comércio; o SEBRAE (Serviços Brasileiro de Apoio às Micro e Pequenas Empresas), que se destina à execução de programas de auxílio e orientação a empresas de pequeno porte; o SENAR (Serviço Nacional de Aprendizagem Rural), com o objetivo de organizar, administrar e executar o ensino da formação profissional rural e a promoção social do trabalhador rural; o SEST (Serviço Social do Transporte) e o SENAT (Serviço Nacional de Aprendizagem do Transporte), que têm por escopo fins idênticos aos antes referidos, dirigidos especificamente aos serviços de transporte, seja como empresa, seja como trabalhador autônomo; dentre outros exemplos.

Não se discute que as entidades que compõem o “Sistema S” – ou seja, os serviços sociais autônomos – têm personalidade jurídica de direito privado, não integrando a Administração direta nem indireta. Como ressalta MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO⁴, *“Essas entidades não prestam serviço público delegado pelo Estado, mas atividade privada de interesse público (serviços não exclusivos do Estado); exatamente por isso, são incentivadas pelo Poder Público. A atuação estatal, no caso, é de fomento e não de prestação de serviço público.”*

Por outro lado, apresenta-se também indiscutível o fato de que os recursos pelas mesmas utilizados são provenientes de contribuições para-fiscais, recolhidas compulsoriamente pelos contribuintes que as diversas leis estabelecem, para enfrentarem os custos decorrentes de seu desempenho, sendo vinculadas aos objetivos da entidade.

⁴ DI PIETRO, MARIA SYLVIA ZANELLA. *Direito Administrativo*, 15ª edição, editora Atlas, 2003, São Paulo, páginas 415-416.

Convém lembrar, por oportuno, que parafiscalidade consiste em uma delegação da capacidade tributária ativa de um tributo a um ente com gestão própria, de modo que se atribui a titularidade de certos tributos a certas pessoas, que não são o próprio Estado, em benefício das próprias finalidades daquelas.

Observe-se, nesse sentido, que a Constituição Federal refere-se expressamente às contribuições parafiscais no seu art. 240, nesse caso pagas por empregadores sobre a folha de salários, “*destinadas às entidades privadas de serviço social e de formação profissional vinculadas ao sistema sindical*”.

Indubitável, portanto, que se tais recursos podem ser caracterizados como “dinheiro público”, mesmo porque não se está tratando de contribuições facultativas, mas sim compulsórias, sendo ainda de se frisar que tais recursos estão vinculados aos objetivos institucionais definidos na lei, constituindo desvio de finalidade quaisquer dispêndios voltados para fins outros que não aqueles.

Em resumo, está-se a tratar de uma entidade de direito privado, que não integra a Administração Pública nem direta nem tampouco indiretamente, mas que gere recursos públicos. Conforme se demonstrará, esse ponto tem extrema relevância!

Como é cediço, não constitui novidade pessoas jurídicas de direito privado que se submetem ao regramento constitucional alusivo ao concurso público. Isso o que acontece, por exemplo, com as sociedades de economia mista. Estas, todavia, integram a Administração Indireta, ao contrário das entidades que compõe o “Sistema S”.

Vê-se, portanto, que não se encontra uma solução para o caso ora posto sob análise tomando-se por base a questão da personalidade jurídica da instituição envolvida.

Por outro lado, mais chances há de se lograr êxito quando se passa a analisar a questão sob o prisma da origem dos recursos. Para um melhor entendimento de tal afirmação, convém observar o que prescreve o parágrafo único do art. 17 da Instrução Normativa nº 01/97 da Secretaria do Tesouro Nacional (IN/STN nº 01/97), *in verbis*:

Art. 17. (...)

Parágrafo único – Sendo o conveniente entidade privada, não sujeita à Lei nº 8.666/93, deverá, na execução das despesas com os recursos recebidos em transferência, adotar procedimentos análogos aos estabelecidos pela referida lei.

O que o dispositivo quer deixar claro é que, quando houver envolvimento de recursos públicos, ainda que estes recursos sejam geridos por pessoa jurídica de direito privado – como se dá no caso de um convênio celebrado entre um determinado Ministério e uma entidade privada, a exemplo de uma associação, situação aqui mencionada a título meramente ilustrativo –, será obrigatória a realização de licitação.

Conclui-se, assim, que todo aquele que gere recursos públicos submete-se, por dever constitucional, à obrigação de demonstrar o seu correto emprego, inclusive no que pertine à observância dos princípios que regem a Administração Pública, definidos no art. 37 da Constituição Federal, sendo este o entendimento já pacificado no âmbito da jurisprudência do Tribunal de Contas da União (TCU). Senão, observe-se:

Tomada de Contas Especial. Contratação de empresas de propriedade do presidente da associação conveniente. **Considerações sobre a obrigatoriedade de as empresas privadas, ao gerirem recursos públicos, realizarem licitação segundo as disposições da Lei nº 8.666/93. Entendimento já firmado mediante o Acórdão 353/2005, do Plenário, segundo o qual ‘a aplicação de recursos públicos geridos por particular em decorrência de convênio, acordo, ajuste ou outros instrumentos congêneres, deve atender, no que couber, às disposições da Lei de Licitações, ex vi do art. 116 da Lei 8.666/93’. A participação, na licitação, de dirigente da entidade contratante constitui ofensa basilar aos princípios licitatórios, em especial os da impessoalidade e da igualdade. Rejeição das alegações de defesa. Multa. Autorização para cobrança judicial da dívida.” (TCU, Acórdão 82/2006 – Primeira Câmara, Processo nº 010.661/2003-7, Rel. Augusto Nardes) [grifos e negritos ausentes no original]**

Mutatis mutandis, o mesmo raciocínio pode ser empregado no que tange à contratação de pessoal.

Ora, se ao realizarem despesas com recursos públicos, as pessoas jurídicas de direito privado precisam observar o que prescreve a Lei de Licitações, mostra-se lógico concluir que, ao contratar trabalhadores que serão pagos com recursos públicos, as entidades privadas, sejam elas quais forem, também precisarão observar a obrigatoriedade de prévio certame.

Assim, como já restou amplamente demonstrado que a origem dos recursos utilizados pelas entidades que compõem o “Sistema S” é pública, decorrente de tributos denominados de “contribuições parafiscais”, não há porque se admitir que os trabalhadores contratados por tais entidades sejam admitidos de forma direta, ou seja, sem concurso público.

Esse, aliás, o entendimento do TCU, o qual vem rejeitando as contas de gestores de entidades como SESC e SENAI que insistem em promover a contratação de trabalhadores sem observância dos princípios constitucionais da impessoalidade, da finalidade, da isonomia, da igualdade, da moralidade, bem como sem utilizar critérios objetivos na seleção.

Veja-se bem: não se está deixando de aprovar as contas apenas naqueles casos em que não há qualquer processo seletivo, mas também nas hipóteses em que, mesmo havendo algum tipo de seleção, esta não é dotada de critérios objetivos.

A título ilustrativo, cita-se o caso em que a Administração Regional do SESC no Estado da Paraíba promoveu a admissão de algumas dezenas de empregados, no qual aduziu o TCU (AC-0513-07/07-1, Processo TC 011.370/2005-0) que

não teria havido ampla publicidade do certame e cujo prazo para inscrição fora extremamente curto (...), eis que contratou 36 empregados mediante processo de seleção cuja divulgação foi deveras restrita (publicação do edital apenas três dias antes do dia de inscrição) e ao qual concedeu-se um único para que os candidatos interessados se inscrevessem, implicando restrição indevida ao princípio da ampla acessibilidade aos cargos públicos, fato esse que se confirma pelo pequeno número de pessoas inscritas, apenas 71.

Na mesma oportunidade, fora ressaltado que se estaria diante de “*inobservância dos postulados constitucionais pertinentes ao concurso público*”, o que já representa uma evolução do entendimento da Corte Federal de Contas, uma vez que, até bem recentemente, dizia-se que não se aplicava a obrigatoriedade de concurso público prevista no art. 37, II, da Carta Magna, aos serviços sociais autônomos, por não integrarem a Administração Pública Indireta (Decisão nº 272/97 – Plenário, Ata nº 17/97), muito embora, frise-se, desde essa época, sempre tenha sido ressaltado que a admissão de pessoal deveria ser precedida de “processo seletivo público” com ampla publicidade.

Veja-se, nesse sentido, a seguinte passagem do voto condutor do Acórdão nº 2.142/2005 – Segunda Câmara:

4. (...) pacífico no âmbito desta Corte o entendimento da inaplicabilidade do concurso público para admissão de pessoal, previsto no art. 37, inciso II, da Constituição Federal, visto não pertencer a Entidade em questão à estrutura da Administração Pública direta ou indireta (Decisão n. 272/97 - Plenário, Ata n. 17/97; Acórdão 17/1999 - Plenário). Todavia, é reconhecida a necessidade de que as admissões de pessoal efetuadas pela entidade deveriam ser precedidas de processo seletivo público.

Outra evolução no entendimento do TCU que não pode ser olvidada diz respeito ao fato de que, há muito pouco tempo, entendia a Corte de Contas que, ainda que se desse a contratação de pessoal em entidades do “Sistema S” sem prévio processo seletivo realizado nos moldes preconizados pela Carta Magna, não haveria, desde que se desse a efetiva prestação dos serviços, elementos suficientes para macular as contas a ponto de considerá-las irregulares, uma vez que, de acordo com tal entendimento, não havia dano ao Erário⁵.

Diversamente, o entendimento atual da Corte de Contas vem se firmando no sentido de que as contratações decorrentes de processo seletivo irregular, em desacordo com os princípios constitucionais da publicidade, impessoalidade, finalidade, igualdade e moralidade, devem ser anuladas, incidindo na hipótese o mandamento contido no § 2º do art. 37 da Constituição Federal.

Exatamente esse o posicionamento que encontramos no recente – e já supramencionado – AC-0513-07/07-1, Processo TC 011.370/2005-0, no qual fora relator o Min. Marcos Bemquerer:

PRESTAÇÃO DE CONTAS. EXERCÍCIO DE 2004. DESCUMPRIMENTO DE DETERMINAÇÃO DO TCU. CONTRATAÇÃO DE EMPREGADOS MEDIANTE PROCES-

⁵ Vide, nesse sentido, o AC-2842-42/03-1, Processo nº 001.124/2002-9, Rel. Min. Lincoln Magalhães da Rocha, além do mais recente AC-0009091/07-1, Processo nº 010.300/2005-1, Rel. Min. Marcos Bemquerer. Este último julgado, embora frise “a necessidade de que as entidades do denominado Sistema ‘S’ observem, nas admissões de pessoal, os princípios constitucionais relativos à Administração Pública em geral” ressalta, ainda em sua ementa, que devem ser julgadas “regulares com ressalvas as contas anuais de gestor público, quando evidenciarem impropriedade ou qualquer outra falha de natureza formal de que não resulte dano ao Erário”.

SO SELETIVO SEM DIVULGAÇÃO ADEQUADA E COM INOBSERVÂNCIA DOS PRINCÍPIOS DA ISONOMIA, DA IMPESSOALIDADE, DA MORALIDADE E DA AMPLA ACESSIBILIDADE AOS CARGOS PÚBLICOS. NULIDADE DAS RESPECTIVAS CONTRATAÇÕES. CONTAS DO GESTOR DA ENTIDADE IRREGULARES. CONTAS DOS DEMAIS RESPONSÁVEIS REGULARES COM RESSALVA.

1. Julgam-se irregulares as contas do responsável por falhas graves na contratação de empregados e em descumprimento a determinação do TCU, aplicando-se a multa do art. 58, § 1º, da Lei n. 8.443/1992.
2. Devem ser anuladas as contratações de empregados efetivadas mediante concurso público eivado de vícios, a teor do art. 37, § 2º, da Constituição Federal. [grifos e negritos nossos]

Em suma, não há como se admitir a contratação de pessoal pelas entidades que compõem o “Sistema S” de forma direta, haja vista estarem as mesmas submetidas ao regramento alusivo à Administração Pública, dada a origem dos recursos por elas geridos, que também são utilizados para pagar os salários dos trabalhadores que contratam.

Visando demonstrar a consonância do entendimento ora esposado com o que já vem sendo afirmado pelos administrativistas pátrios há bastante tempo, reputa-se pertinente transcrever os seguintes ensinamentos de MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO⁶, ao se referir aos serviços sociais autônomos:

(...) pelo fato de administrarem verbas decorrentes de contribuições parafiscais e gozarem de uma série de privilégios próprios dos entes públicos, estão sujeitas a normas semelhantes às da Administração Pública, sob vários aspectos, em especial no que diz respeito à observância dos princípios da licitação, à exigência de processo seletivo para seleção de pessoal, à prestação de contas, à equiparação dos seus empregados aos servidores públicos para fins criminais (art. 327 do Código Penal) e para fins de improbidade administrativa (Lei

⁶ Ob. cit. p. 416.

nº 8.429, de 2-6-92)”.
[grifos ausentes no original]

Conclui-se, portanto, ser indubitável a obrigatoriedade de realização, por parte das entidades que compõem o denominado “Sistema S”, de processo seletivo dotado de critérios objetivos, respeitados os princípios constitucionais que regem a Administração Pública, quando da contratação de pessoal por parte das mencionadas entidades, sob pena de serem nulas tais contratações, sem se olvidar da responsabilização daqueles que tenham concorrido para a concretização da irregularidade, conforme previsto no § 2º do art. 37 da Constituição Federal.

Quanto à questão terminológica, entende-se ser irrelevante que se chame tal seleção de concurso público, processo seletivo público, ou qualquer outra nomenclatura que venha eventualmente a ser utilizada, desde que obedecido tudo que prescreve a Carta Magna para admissão de pessoal – ou seja: desde que, de fato, sejam observados os requisitos inerentes a um regular concurso público, ainda que chamado por outro nome –, haja vista se estar a tratar de trabalhadores contratados e pagos com recursos públicos, provenientes das contribuições parafiscais.

Conforme já fora supra aduzido, se ao realizarem despesas com recursos públicos, as pessoas jurídicas de direito privado precisam observar o que prescreve a Lei de Licitações, mostra-se lógico concluir que, ao contratar trabalhadores que serão pagos com recursos públicos, as entidades privadas, sejam elas quais forem, também precisarão observar a obrigatoriedade de prévio certame.

Registra-se, por fim, que essa questão vem sendo devidamente enfrentada pelo Ministério Público do Trabalho, tendo tal matéria sido exaustivamente discutida em reunião, realizada no primeiro semestre de 2007, da sua Coordenadoria Nacional de Combate às Irregularidades Trabalhistas na Administração Pública (CONAP), a qual conta com representantes de todos os Estados da Federação, na qual foram aprovadas, por unanimidade, as conclusões supra expostas, culminando com a deliberação no sentido de serem apresentadas Representações em TODAS as Procuradorias Regionais do Trabalho do país, a fim de que o *Parquet*, em âmbito nacional, passasse a atuar no sentido de combater irregularidades na contratação de pessoal, também, nas entidades integrantes do denominado “Sistema S”.

Justamente por tais razões, já vem se dando, nesse sentido, a atuação do Ministério Público do Trabalho nas várias Regionais, inclusive, evidentemente, no âmbito da 13ª Região.

CABIMENTO DA INTERVENÇÃO DE TERCEIROS NO PROCESSO DO TRABALHO

Daniel Alves de Sousa¹

1. Noções de Intervenção de Terceiros

1.1. Definição

O conceito de “terceiro” é obtido por negação. Terceiro é aquele que não é parte. Assim todas as demais pessoas que não são partes no processo são terceiros.

As partes de um processo são as pessoas que possuem interesse jurídico ou moral na lide. O terceiro é aquele que, não estando no processo, pode ter interesse nele, relacionando-se de alguma forma com as partes envolvidas, podendo integrar a relação processual, não com o título de parte, mas como terceiro interessado.

Desde que o direito de alguém possa ser alcançado pela sentença, cabe a sua inserção no processo, passando a fazer parte dele, como se fosse parte.

Nessas situações, a sistemática processual admite a utilização do instituto da intervenção de terceiros, em que este sujeito pode se tornar parte ou coadjuvante dela na demanda em curso.

Esse é o entendimento do professor Alexandre Freitas Câmara, abaixo delineado:

É de se observar que o terceiro torna-se parte no momento em que intervém. Relembre-se, aqui, que há dois conceitos distintos de parte com relevância para o Direito Processual: os de parte da demanda e de parte do processo. O terceiro, que não é parte da demanda, torna-se – com a intervenção – parte do processo. (CÂMARA, 2007, p. 189).

¹ Advogado, especialista em Direito Material e Processual do Trabalho pela ESMAT/FESP, professor da ASPER – Associação Paraibana de Ensino Renovado, assessor jurídico do Sindicato dos Trabalhadores da ECT na Paraíba – SINTECT/PB.

Desse modo, dá-se a intervenção de terceiro quando alguém passa a integrar o processo por ter um interesse jurídico ou moral vinculado com aquele postulado no processo.

Na definição de Carlos Henrique Bezerra Leite, a intervenção de terceiros ocorre “quando uma pessoa ou ente, não sendo, originariamente parte na causa, nela ingressa para defender seus próprios interesses ou os de uma das partes primitivas da relação processual”.

O fenômeno da intervenção de terceiros viabiliza o ingresso no processo de pessoa não contemplada na petição inicial no momento de sua formação, podendo ser voluntário (o terceiro ingressa no processo por iniciativa sua) ou forçado (o terceiro ingressa no processo por ter sido convocado por uma das partes).

É de se notar que as intervenções forçadas não podem ser determinadas de ofício pelo juiz, sendo necessariamente provocadas por alguma das partes.

1.2. Espécies

No grupo das intervenções voluntárias ou espontâneas temos a *assistência* e a *oposição*. Quanto ao grupo de intervenções forçadas ou coactas temos a *nomeação à autoria*, *denúnciação da lide* e *chamamento ao processo*.

a) Assistência simples (adesiva) e litisconsorcial (arts. 50 a 55 do CPC)

Na assistência, como gênero, observamos o ingresso de um terceiro para coadjuvar a uma das partes, torcendo pelo seu êxito processual, sendo espécie de intervenção espontânea. O terceiro deve demonstrar um interesse jurídico na vitória do autor ou do réu, não se admitindo o mero interesse econômico.

Exemplo clássico refere-se à assistência prestada pelo sublocatário em favor do locatário em ação de despejo contra ele intentada, sendo cediço que o resultado da demanda pode surtir efeitos em relação ao contrato estabelecido entre o assistente e o assistido.

Na assistência simples, não obstante o terceiro tenha interesse jurídico a preservar, o direito em litígio é de titularidade do assistido. Na assistência litisconsorcial, anotamos que o terceiro tem direito a defender em litígio, tanto assim que poderia ter proposto a ação em seu nome, assumindo a condição de

parte principal.

É evidente que, na prática, a assistência litisconsorcial se confunde com um litisconsórcio facultativo ulterior, na medida em que o assistente poderia, desde o início do processo, ter sido litisconsorte facultativo-unitário da parte assistida.

Na assistência simples, o terceiro não é titular da relação deduzida no processo, não mantendo relação jurídica com o adversário do assistido. Assim é que, na assistência simples, a intervenção não impede o assistido de praticar atos dispositivos, como renúncia, desistência e outros equiparados (art. 53 do CPC). Ainda nesse tipo de assistência o terceiro não pode assumir posição distinta da do assistido.

Na outra espécie de assistência, a litisconsorcial, o terceiro tem relação jurídica com o adversário do assistido, haja vista que nessa espécie de assistência o terceiro interveniente também é titular da relação jurídica deduzida no processo, embora não tenha sido parte na demanda. Desse modo, na assistência litisconsorcial, a intervenção obsta o assistido de praticar os atos previstos no art. 53 do CPC (reconhecimento da procedência do pedido, desistência da ação, transigência sobre direitos controvertidos). O assistente litisconsorcial pode divergir do assistido.

No que se refere à dinâmica da assistência, em qualquer de suas espécies, registramos que, após a manifestação do terceiro e a ouvida das partes, defere-se o pedido do assistente, não havendo oposição, ou promove-se a autuação do pedido do assistente em apenso aos autos da ação principal, em vista da discordância manifestada por qualquer das partes, formando incidente processual, sem operar a suspensão do processo.

b) Oposição (arts. 56 a 61 do CPC)

Ao contrário da assistência, em que um terceiro migra para o processo para torcer pela vitória de uma das partes, na oposição, a participação do terceiro tem por escopo repudiar as pretensões tanto do autor quanto do réu. O oponente, “terceiro em relação à demanda originária, vai a juízo manifestando pretensão de ver reconhecido como seu o direito (ou a coisa) sobre que controvertem autor e réu”. (CÂMARA, 2007, p. 196).

Desse modo, se Y propõe ação reivindicatória contra X, e Z considera-se verdadeiro proprietário da coisa, poderá manifestar sua oposição em face de Y e X, a fim de que seja reconhecido como seu o direito controvertido em questão.

Na oposição, forma-se litisconsórcio entre autor e réu da demanda originária, estes ocupando o pólo passivo da pretensão externada na espécie de intervenção analisada.

A oposição é uma nova e verdadeira ação, com pretensão e partes diferentes da que inicialmente se ajuizou entre os opostos. A pretensão do oponente é também diversa e contrária à de ambos os litigantes e visa uma sentença que pode ser declaratória ou condenatória, conforme pedir apenas o reconhecimento do direito ou também a entrega da coisa em poder de um dos opostos.

A oposição é prejudicial em relação ao julgamento da ação principal, visto que pode influir no seu desfecho, razão pela qual deve o magistrado dela primeiro conhecer, para somente depois desatar a demanda originária.

c) Nomeação à autoria (arts. 62 a 69 do CPC)

“Consiste a nomeação à autoria no incidente pelo qual o mero detentor, quando demandado, indica aquele que é proprietário ou possuidor da coisa litigiosa, visando a transferir-lhe a posição de réu (art. 62).” (THEODORO JÚNIOR, 2000, p. 108).

A espécie é típica das ações possessórias, na situação que envolve a propositura do processo contra o denominado fâmulos da posse, ou seja, contra o funcionário da pessoa responsável pela turbação ou pelo esbulho da coisa disputada entre as partes.

A medida também é cabível nas ações de indenização, quando o réu, causador do dano, “alega que praticou o ato por ordem, ou em cumprimento de instruções de terceiro” (art. 63).

Observa-se que a nomeação à autoria se restringe aos casos previstos nos arts. 62 e 63 do CPC, tratando-se de direitos reais sobre coisas alheias e de indenização de danos causados aos bens.

É pressuposto do incidente o ajuizamento da ação de demanda da coisa ou de indenização contra o detentor ou preposto, como se este fosse o titular da posse da coisa reivindicada ou responsável pelos danos.

d) Denúncia da lide (arts. 70 a 76 do CPC)

Esta espécie pode ser manifestada tanto pelo autor quanto pelo réu, embora seja mais comum no segundo caso. Tem por escopo o exercício do direito de regresso nos próprios autos da ação originária. Consiste em chamar

o terceiro (denunciado), que mantém um vínculo de direito com a parte (denunciante), para vir responder pela garantia do negócio jurídico, caso o denunciante saia vencido do processo.

Com a denunciação da lide, objetiva-se sejam resolvidas duas relações jurídicas, a saber: a) uma do autor com o réu; b) outra do réu com o litisdenunciado. Não há substituição ou sucessão de partes na espécie, mas sim cumulação de partes, incluindo-se o terceiro no processo, com a manutenção das partes originárias.

A denunciação da lide é em princípio facultativa, já que a sua não manifestação não retira da parte o direito de exercitar a pretensão de regresso nos autos de outra demanda judicial, após o desfecho da relação processual primitiva. Contudo, inclina-se a doutrina para verberar que é obrigatória na situação que envolve a evicção (art. 450 e seguintes do CC).

Os casos em que tem cabimento a denunciação da lide, nos termos do art. 70, são: I – o de garantia da evicção; II – o da posse indireta; III – o do direito regressivo de indenização.

A primeira hipótese se refere ao chamamento do alienante, quando o adquirente a título oneroso sofre reivindicação da coisa negociada por parte de terceiro.

A segunda hipótese do art. 70 se refere à denunciação da lide ao proprietário ou possuidor indireto quando a ação versar sobre bem em poder do possuidor direto e só este for demandado.

A terceira e última hipótese do art. 70 se refere a denunciação da lide àquele que estiver obrigado, por lei ou contrato, a indenizar o denunciante, em ação regressiva, pelo prejuízo que eventualmente advier da perda da causa.

De qualquer forma, manifestada a denunciação da lide, haverá a suspensão do processo, operando-se a citação do litisdenunciado, a fim de a ele permitir-se o aditamento da inicial (quando a denunciação é feita pelo autor), ou a apresentação da defesa, quando feita pelo réu.

A sentença dada no processo resolverá as duas relações processuais, reconhecendo (ou não) o direito do litisdenunciante de receber em regresso o valor da condenação contra si imposta, dispensada a propositura de nova ação de conhecimento contra o terceiro.

e) Chamamento ao processo (arts. 77 a 80 do CPC)

Esta espécie de intervenção é marcada pela pretensão de se trazer co-devedores ao processo, que tenham sido excluídos da postulação por decisão

exclusiva do autor, sendo freqüente a sua repetição nas lides inquilinárias exclusivamente propostas contra o fiador ou inquilino, tratando o coobrigado remanescente de trazer ao processo o outro devedor solidário.

Nas palavras de Alexandre Freitas Câmara, o chamamento ao processo:

Está diretamente ligado às situações de garantia simples, isto é, aquelas hipóteses em que alguém deve prestar ao credor, perante quem é pessoalmente obrigado, o pagamento de um débito que, afinal, não é ele o verdadeiro devedor, mas tão-somente o garante. Em outros termos, na garantia simples, que está sempre ligada a idéia de coobrigação, situação em que mais de uma pessoa se apresentam responsáveis pelo cumprimento de uma prestação perante terceiro, pode este exigir de qualquer delas o pagamento integral. (CÂMARA, 2007, p. 218).

Conforme o art. 77 do CPC, é admissível o chamamento ao processo: I – do devedor, na ação em que o fiador for réu; II – dos outros fiadores, quando para a ação for citado apenas um deles; III – de todos os devedores solidários, quando o credor exigir de um ou de alguns deles, parcial ou totalmente, a dívida comum.

A espécie não opera a substituição ou a sucessão processual, a ponto de permitir a retirada do réu primitivo da demanda. Com a sua materialização, dá-se ao réu a prerrogativa de cobrar do chamado a sua cota na obrigação, na hipótese de pagá-la como um todo.

2. A intervenção de terceiros no Processo de Trabalho

A aplicação da intervenção de terceiros no processo trabalhista é um tema bastante polêmico, que divide a doutrina nos mais diversos entendimentos.

O tema torna-se mais complexo pelo fato de que as normas processuais trabalhistas em nada referem à intervenção de terceiros. Desse modo, toda a regulamentação dessa figura deve ser extraída do Código de Processo Civil, cuja aplicação subsidiária requer, além da omissão das leis do trabalho, a compatibilidade com os propósitos de celeridade e de simplificação procedimental que informam os processos trabalhistas.

Um dos fatores que levam a não aplicação, pelos operadores

do direito laboral, da maior parte das normas relativas a intervenção de terceiros é a complexidade dos procedimentos específicos para cada figura da interveniência, impostos pelo CPC, com muitos detalhes e especificações que são incompatíveis com aquela simplicidade característica do processo trabalhista.

Poderia se dizer aqui que o ingresso de terceiros na relação processual trabalhista evitaria a multiplicação do número de processos, o que seria sinônimo de economia processual. No entanto, se no processo civil, essas regras se destinam, exatamente, à economia processual, com a supressão de várias ações independentes e das delongas do procedimento ordinário, permitindo ao juiz apreciar e decidir várias pretensões de uma só vez, quando colocadas para o processo trabalhista, tais regras só tendem a produzir um efeito contrário, de desaceleração da prestação jurisdicional.

Por outro lado, a aplicação do direito processual civil para sanar omissões do direito processual do trabalho — princípio da subsidiariedade contido no artigo 769 da CLT — não constitui obrigação para o juiz, que poderá suprir lacunas da lei com criatividade e bom senso, com respaldo amplo do disposto no artigo 765 da CLT, que lhe garante a maior autonomia na direção do processo, desde que cuide do bom andamento das causas, podendo, para isso, determinar qualquer diligência necessária ao esclarecimento delas.

No entanto, não há dúvidas que certas espécies de intervenção de terceiros, como a assistência simples ou litisconsorcial, não retardam a solução do litígio nem prejudicam o procedimento célere. Contudo os outros tipos, como a oposição, a nomeação à autoria, a denunciação da lide e o chamamento ao processo podem e de fato complicam o procedimento, causando atraso na solução da causa. Dessa forma, a aplicação dessas figuras encontraria o óbice preliminar da incompatibilidade com os princípios do Direito Processual do Trabalho.

2.1. Da assistência

Como já foi dito anteriormente, a assistência é cabível quando alguém tem interesse jurídico em que a sentença seja favorável a uma das partes litigantes e intervém no processo para assisti-la.

A assistência pode ocorrer nos processos trabalhistas, como de fato ocorre, com alguma frequência. É admitida pela Súmula n. 82 do TST, que assim dispõe: “A intervenção assistencial, simples ou adesiva, só é admissível se demonstrado o interesse jurídico e não o meramente econômico perante a

Justiça onde é postulada”.

Por exemplo, aquele que vendeu uma empresa, colocando no contrato de venda e compra que ficaria responsável pelas reclamações trabalhistas quanto ao período em que esteve naquela, se não demonstrar seu interesse jurídico no processo, não será admitido como assistente. Nesse exemplo, o suposto assistente tem apenas interesse econômico no desfecho da demanda, qual seja, o pagamento das verbas trabalhistas no período em que foi sócio da empresa, faltando-lhe, dessa forma, interesse jurídico, não podendo ser admitido como assistente.

A hipótese mais comum de assistência no processo trabalhista é a que envolve a participação do sindicato, na assistência do empregado em juízo. Para tanto, cite-se o exemplo narrado pelo Professor Wagner Giglio, em sua obra *Direito Processual do Trabalho*, abaixo transcrito:

O sindicato, por exemplo, pode ingressar como assistente dos trabalhadores, na ação movida por estes para obter do empregador diferenças de salário decorrentes de decisão normativa que concedeu reajustes salariais. É comum a previsão, em norma coletiva, de cláusula determinando que, do primeiro salário majorado pago aos empregados, uma parte será descontada, em favor do sindicato, para ser utilizada em serviços prestados pela entidade de classe a seus associados, tais como a criação ou ampliação de colônias de férias, de gabinetes médicos e dentários etc. É evidente, nesses casos, o interesse do sindicato em que a ação dos empregados tenha êxito, a fim de que possa receber a referida parcela. (GIGLIO, 2007, p. 143 e 144).

O procedimento para o processamento da figura da assistência aplicável no processo do trabalho é o mesmo do processo comum, que vem descrito no art. 51 do CPC: não havendo impugnação dentro de cinco dias, o pedido de assistência será deferido. Se qualquer das partes alegar, no entanto, falta de interesse jurídico para intervir, o juiz determinará a autuação em apenso da petição e da impugnação, autorizará a produção de provas e decidirá, no prazo de cinco dias.

Na lição de Manoel Antônio Teixeira Filho que “no processo do trabalho a assistência terá cabimento em todos os procedimentos aqui admissíveis”, neles incluídos os procedimentos especiais, como os embargos de terceiro e a consignação em pagamento, “e nos processos de conhecimento

e cautelar. No processo de execução, em princípio, essa intervenção deve ser rechaçada, tolerando-se apenas, por exceção, a assistência nos embargos do devedor” (*Litisconsórcio, assistência e intervenção de terceiros no processo do trabalho*, LTr, p. 143).

Portanto, a assistência não encontra óbice na seara trabalhista, não havendo maiores cizânias na doutrina e na jurisprudência, haja vista que tal instituto é compatível com a essência do processo laboral, não possuindo maiores complexidades, nem afronta aos princípios que norteiam a rápida solução dos litígios no âmbito trabalhista.

2.2. Da oposição

Ocorre a oposição, ou intervenção *ad excludendum*, quando o terceiro pretende para si, no todo ou em parte, a coisa ou o direito sobre o qual discutem autor e réu.

Dessa forma, na oposição existem duas ações do oponente: uma contra o autor e outra contra o réu, visando excluir ambos da pretensão à coisa litigiosa.

Amauri Mascaro Nascimento defende a tese da aplicação da oposição no processo do trabalho, nos seguintes termos:

Se empregado e empregador discutem direitos sobre invenção de empregado no curso do contrato de trabalho, terceiro que se julga com direitos sobre a invenção pode ingressar no processo. (NASCIMENTO, 2001, p. 356).

Ora, no exemplo citados, teríamos uma ação do oponente contra o réu - empregado x empregador - e outra ação do oponente contra o autor - empregado x empregado. A segunda ação foge da competência da Justiça do Trabalho, pois consiste em um litígio entre dois empregados, duas pessoas físicas prestadoras de serviço. Como há incompetência em razão da matéria no tocante a uma das ações manifestadas na oposição, torna-se impossível a intervenção do terceiro no exemplo citado.

Esse é o entendimento da mais moderna doutrina processual trabalhista amparada pela indispensável colaboração de Carlos Henrique Bezerra Leite, que sustenta que mesmo após a edição da Emenda Constitucional n. 45/2004, a competência da Justiça do Trabalho continua sendo em razão da matéria e das pessoas e, tanto a relação de trabalho quanto a relação de emprego pressupõe

sujeitos em posições antagônicas.

O art. 114 da Constituição Federal estabelece a competência da Justiça do Trabalho para apreciar os litígios oriundos da relação de trabalho e outras controvérsias decorrentes da relação de trabalho'. Desse modo, na relação jurídica processual trabalhista haverá, sempre, em um dos pólos, ativo ou passivo, um prestador de serviço *lato senso* (empregado, pequeno empreiteiro, trabalhador avulso) - pessoa física - e, no outro pólo, um tomador de serviço - pessoa física ou jurídica. E o conteúdo da relação jurídica de direito material litigiosa deverá ser decorrente de uma relação de trabalho, sob vínculo de emprego, ou não (pequeno empreiteiro, trabalhador avulso).

Nas palavras de Bezerra Leite: “Logo, não há previsão constitucional ou infraconstitucional para a JT processar e julgar ações entre dois tomadores de serviço, pois em ambas as hipóteses não há relação de trabalho ou relação de emprego entre eles”.

Por outro lado, o contrato de trabalho, pela sua própria natureza individual, dificilmente se configuraria a legitimidade de terceiro na oposição contra autor ou réu, fundado no ajuste, tanto mais que se repudia de plano, a possibilidade de se criar uma demanda entre dois empregados ou dois empregadores, o que descaracterizaria a razão de ser da própria Justiça Especializada do Trabalho.

Comentando tais posições, entende Manoel Antônio Teixeira Filho ser incabível a oposição, nos processos trabalhistas. Nas palavras desse eminente professor:

repelimos a possibilidade de oposição no processo do trabalho em virtude de ela acarretar, invariavelmente, a incompetência dessa Justiça Especializada, no que tange à solução do conflito de interesses que acaba se estabelecendo entre trabalhadores. Se, em certo caso, essa incompetência não aflorar é porque estaremos diante de uma falsa oposição (Litisconsórcio, cit., p. 163).

Essas são as razões pelas quais entendemos ser inaplicável a figura da oposição no processo do trabalho, sofrendo grande resistência por parte de juizes e juristas do Direito Processual do Trabalho, por se tratar de um instituto incompatível com a Justiça do Trabalho, que mesmo após a EC 45/2004, a sua competência continua sendo, repita-se, em razão da matéria e das pessoas e, tanto a relação de emprego quanto a relação de trabalho pressupõe sujeitos em posições antagônicas.

2.3. Da nomeação à autoria

A nomeação à autoria está prevista em dois casos no CPC. Na primeira hipótese a referida modalidade de intervenção de terceiros é definida como o ato pelo qual o possuidor ou o detentor da coisa demandada nomeia ao autor o proprietário ou o possuidor indireto da mesma, a fim de afastar de si as conseqüências da demanda (art. 62).

Na segunda hipótese, ocorre nomeação à autoria de terceiro pelo demandado em ação de indenização proposta pelo proprietário ou pelo titular de um direito sobre a coisa quando a ela tenha causado prejuízos agindo em nome de outrem (art. 63).

Observa-se que, em ambas as hipóteses a nomeação à autoria restringe-se às ações que versem acerca de direitos sobre bens móveis ou imóveis - direitos reais sobre coisas alheias e de garantia, propriedade, posse ou indenização de danos aos bens causados.

Apesar de alguns doutrinadores defenderem a aplicação do instituto em alguns casos, como por exemplo, a possibilidade de o executado nomear à autoria o proprietário dos bens penhorados, entendemos ser incabível tal instituto no processo do trabalho, *que é fundado no direito obrigacional*. A nomeação à autoria refere-se exclusivamente as ações originadas em direitos reais, que são estranhos e inconciliáveis com as ações trabalhistas.

No exemplo acima citado, o referido instituto também seria incabível pelo fato de que no processo de execução, a parte legítima - o executado - já estará corretamente indicado no título executivo e a simples penhora de bem detido por terceiro não tornará este último integrante da lide. Finalmente a nomeação à autoria se aplica apenas à fase cognitiva e que, de qualquer sorte, caberia ao terceiro defender seus bens indevidamente penhorados com embargos de terceiro, ação incidente, na execução, na qual é parte e não interveniente.

Ademais, tal instituto é rechaçado por grande parte da doutrina. Manoel Antônio Teixeira Filho, argumenta, em síntese, que “a Justiça do Trabalho não possui competência para apreciar ações *reais* ou que visem a obter reparação de prejuízos acarretados a certa *coisa*”, nem tem a nomeação à autoria o propósito de solucionar problemas de ilegitimidade *ad causam*. Além disso, o processo do trabalho visa a discussão de direitos trabalhistas, e não daqueles derivados da coisa (*Litisconsórcio*, cit., p. 176-7).

Assim, direitos sobre coisas móveis ou imóveis - posse, propriedade, direitos reais sobre coisas alheias ou de garantia - são matérias excluídas

da competência da Justiça do Trabalho, motivo pelo qual discordamos da aplicação do instituto em comento na seara trabalhista.

2.4. Da denunciação da lide

A denunciação da lide é hipótese interventiva com pretensão de garantia e/ou indenização, proposta por quem é parte no processo principal em face de terceiro, ou, excepcionalmente, perante quem ali já é litigante.

O art. 70 do Código de Processo Civil possibilita a denunciação da lide em três hipóteses: I) para exercício do direito decorrente da evicção; II) ao possuidor indireto quando for demandado apenas o possuidor direto; e III) para postulação do direito de regresso. Em qualquer dos casos, o objetivo do denunciante é obter do denunciado indenização na hipótese de perda da demanda.

De longe, é indubitoso que os incisos I e II são incabíveis na Justiça do Trabalho, por se tratar de direitos sobre coisas móveis ou imóveis - posse, propriedade, direitos reais sobre coisas alheias ou de garantia - matéria excluída da competência da Justiça do Trabalho, como já foi demonstrado no tópico anterior.

A divergência na doutrina e jurisprudência está pautada na hipótese do inciso III do art. 70 do CPC, o direito de regresso. As hipóteses mais citadas de aplicação do referido instituto são as do art. 455 da CLT, que responsabiliza subsidiariamente o empregador pelos débitos trabalhistas não adimplidos pelo subempregador e do art. 486, referente ao denominado *factum principis*.

À primeira vista, o art. 455 e seu parágrafo único da CLT estabelecem hipótese de denunciação da lide em função do direito de regresso do empregador principal em face do subempregador. Admitida a denunciação da lide, teríamos duas demandas: uma entre empregado e empresa, outra, uma ação incidental entre duas empresas. Entretanto, a sentença que julgar a ação terá que decidir a situação entre o denunciante e o denunciado, quanto à responsabilidade por perdas e danos, sendo a Justiça do Trabalho incompetente para dirimir essa demanda paralela, pois a questão será entre duas empresas e não entre empregador e empregador.

A ação regressiva a ser proposta pelo empregador principal em face do subempregador é, portanto, de competência originária da Justiça Comum.

Nesse mesmo sentido, Bezerra Leite assevera:

Pensamos ser incabível a denunciação da lide em tal hipótese,

pois a JT é incompetente para processar e julgar a segunda lide, ou seja, aquela que surge entre o denunciante (empreiteiro) e o denunciado (subempreiteiro), pois ambos se encontram na relação processual na qualidade de co-responsáveis pelas obrigações trabalhistas, isto é, como empregadores.

Como se vê, tal hipótese de denunciação da lide contempla uma ação entre dois empregadores – empreiteiro e subempreiteiro - o que, certamente, não é da competência da Justiça do Trabalho apreciar.

Quanto ao *factum principis*, previsto na CLT, no art. 486 e seus parágrafos, teceremos alguns comentários. A CLT refere-se ao *factum principis*, ou fato do príncipe, ao definir a responsabilidade do poder público — ou da autoridade pública como seria mais adequado — pela interrupção da atividade empresarial implicando a dissolução do contrato.

Alguns autores consideram a expressão “*chamada à autoria*” prevista no final do §1º do art. 486 da CLT como sendo o mesmo que “*chamamento à autoria*” termo previsto no CPC de 1939, correspondendo, exatamente, à que o Código atual considera como “Denunciação da Lide”. Dessa forma, a pessoa de direito público apontada como responsável pela paralisação do trabalho seria denunciada da lide, assim passando a figurar no processo. No entanto, esse entendimento é equivocado.

Quando o preceito da CLT fala em “*chamada à autoria*”, refere-se ao tratamento que deve ser dispensado à pessoa jurídica de direito público e não ao procedimento a ser adotado.

Por outro lado, admitindo-se que houve o *factum principis* do Poder Público, a responsabilidade pela indenização de estabilidade seria da Administração Pública e não mais da empresa, sendo automaticamente incompetente a Justiça do Trabalho para analisar a questão, razão pela qual os autos serão remetidos à Vara da Fazenda Pública, de acordo com o § 3º do art. 486 da CLT. Logo não estaremos diante da figura interventiva da denunciação da lide.

Ademais, as hipóteses de cizânia acima apontadas caem por terra pelo fato de que com a EC 45/2004, a competência da Justiça do Trabalho continua vinculada à matéria e às pessoas, não havendo previsão para a apreciação de lides entre tomadores de serviço ou entre trabalhadores, sendo por isso a denunciação da lide incompatível com o processo do trabalho.

Esse é o entendimento dos Juízes do Trabalho do Tribunal Regional do Trabalho da Décima Nona Região, através do enunciado n. 2 da Carta de

Maceió, abaixo reproduzido:

Enunciado n. 2 – CHAMAMENTO AO PROCESSO. DENUNCIÇÃO DA LIDE. AÇÕES DECORRENTES DA RELAÇÃO DE EMPREGO. Apesar do cancelamento da OJ n. 227 da SDI-1 do C. TST, a denúncia da lide e o chamamento ao processo permanecem incompatíveis com o processo do trabalho, nas ações decorrentes da relação de emprego.

Por outro lado, a prática tem demonstrado que a denúncia da lide, quando aplicada, vem sendo empregada com intuito meramente protelatório. Comumente o demandado pretende trazer aos autos aquele que entende ser o verdadeiro responsável pelos créditos postulados, quando o correto seria, simplesmente, alegar sua ilegitimidade passiva.

Esses são alguns motivos pelos quais entendemos ser inaplicável a denúncia da lide no processo do trabalho.

2.5. Do chamamento ao processo

Consiste o chamamento ao processo no ato pelo qual o réu, citado como devedor, chama ao processo o devedor principal, ou os co-responsáveis ou os co-obrigados solidários para virem responder pelas suas respectivas obrigações. Tem ele como objetivo ampliar a demanda, trazendo para o processo outros responsáveis pelo débito não acionados pelo autor. Consoante o art. 77 do CPC, é possível sua utilização pelo fiador contra o devedor, pelos fiadores contra os demais e pelos devedores solidários em relação aos não demandados.

Os incisos I e II do mencionado dispositivo legal envolvem questões sobre fiador, que incorrem na Justiça do Trabalho, sendo nestes casos indubitosa a incompatibilidade do instituto com o processo do trabalho.

Resta saber se a hipótese do inciso III do art. 77, que menciona o caso de devedores solidários, seria cabível na Justiça do Trabalho.

Parte da doutrina entende que esta seria a única hipótese plausível de cabimento do instituto. Os exemplos mais citados são: 1) aplicação do § 2º do art. 2º da CLT, (caso da solidariedade do grupo de empresas); 2) ação movida contra condômino de condomínio não regularizado, em que admite como possível o chamamento ao processo dos demais condôminos; 3) o caso da sociedade de fato irregularmente constituída e 4) no caso de consórcio de

empregadores rurais.

Ao nosso ver, apesar de ser a forma de intervenção de terceiro que menor resistência deve oferecer à aplicabilidade, entendemos que a Justiça do Trabalho também seria incompetente para resolver a questão surgida entre o chamado ao processo e quem o chamou, pois seria uma questão entre duas empresas.

Comungamos com o entendimento do Professor Sérgio Pinto Martins, que assim se manifesta sobre o tema:

(...) não se pode fazer um temperamento ou adaptação do instituto do chamamento ao processo previsto no CPC para o processo do trabalho, sob pena de termos de fazê-lo também em relação à nomeação à autoria, à oposição e a denunciação da lide, o que desnaturaria os referidos institutos previstos no processo civil. Daí, a dificuldade de adaptação de certos institutos do processo civil no processo do trabalho, que tem condições e circunstâncias, muitas vezes, totalmente distintas. Na verdade, a sentença trabalhista proferida não valerá como título executivo em relação ao chamado e a quem o chamou no processo, pois será preciso que a ação de regresso seja ajuizada na Justiça Comum (...) (MARTINS, 2001, p. 215).

Ademais, como dito anteriormente, esse também é o entendimento dos Juizes do Trabalho do Tribunal Regional do Trabalho da Décima Nona Região, através do enunciado n. 2 da Carta de Maceió, que dispõe: “Apesar do cancelamento da OJ n. 227 da SDI-1 do C. TST, a denunciação da lide e o chamamento ao processo permanecem incompatíveis com o processo do trabalho, nas ações decorrentes da relação de emprego”.

Assim como a denunciação da lide e a nomeação à autoria, o chamamento ao processo é incabível no processo trabalhista. Cumpre ao reclamado apenas negar a existência de relação de emprego, e, ao empregado, prová-la, mesmo porque a Justiça do Trabalho é incompetente para dirimir litígio entre dois ou mais empregadores.

3. Integração “*iussu iudicis*”

A integração *iussu iudicis* é um instituto típico do litisconsórcio necessário, previsto no CPC, art. 47, parágrafo único que assim dispõe: “O juiz

ordenará ao autor que promova a citação de todos os litisconsortes necessários, dentro do prazo que assinar, sob pena de declarar extinto o processo”.

Levando a integração *iussu iudicis* ao processo do trabalho, observa-se o estabelecimento de um liame com o art. 765 da CLT, haja vista que a determinação para a formação do litisconsórcio ocorrerá todas as vezes que o Juiz se convencer da necessidade de integração do terceiro.

Ressalte-se que, não está se tratando aqui de uma espécie de intervenção de terceiros do processo civil aplicada ao processo do trabalho, mas da possibilidade de formação de um litisconsórcio, por meio do ingresso (integração) de um terceiro que, originariamente, não participava da causa, através do poder de direção do magistrado, ao velar pelo rápido andamento das causas trabalhistas, conforme o art. 765 da CLT, e não com base nos arts. 62, 70 e 77 do CPC.

É o que explica o professor Wolney Cordeiro, nos seguintes termos:

Nesse sentido, a determinação para a formação do litisconsórcio ocorrerá todas as vezes que o Juiz se convencer da necessidade de integração do terceiro, mesmo considerando que, como já afirmado anteriormente, não há litisconsórcio necessário no processo do trabalho (CORDEIRO, 2005, p. 162).

Assim, a oralidade, o inquisitório, a concentração dos atos processuais, a celeridade e a economia processual, mais ainda, — e principalmente, a instrumentalidade das formas dos atos processuais, devem ser predominantes, tanto mais que o juiz tem o respaldo amplo do disposto no artigo 765 da CLT, que lhe garante a maior autonomia na direção do processo, desde que cuide do bom andamento das causas, podendo, para isso, determinar qualquer diligência necessária ao esclarecimento delas.

Dessa forma, o magistrado deve proceder numa causa trabalhista de forma a não cair na armadilha do sistema de burocracia e complexidade do processo civil, sem deixar, contudo, de prestar-se a inteira tutela jurisdicional.

4. Considerações finais

A intervenção de terceiros como prevista no CPC é incompatível com o processo trabalhista, eis que, em qualquer de suas modalidades, suscita litígios que são estranhos à estritamente delimitada competência da Justiça

do Trabalho em razão da matéria e das pessoas, *ex vi* o art. 114 da CF, mesmo após a EC 45/2004. Apenas a assistência, que, para alguns, não é instituto de intervenção de terceiros não se conflita com a competência da Justiça do Trabalho, não havendo maiores divergências na doutrina e na jurisprudência sobre a sua aplicação.

Assim, direitos sobre coisas móveis ou imóveis - posse, propriedade, direitos reais sobre coisas alheias ou de garantia - são matérias excluídas da competência da Justiça do Trabalho, bem como as demandas entre dois empregados ou dois empregadores, o que descaracterizaria a razão de ser da própria Justiça Especializada do Trabalho.

Além da incompatibilidade técnica, devem ser indeferidos quaisquer requerimentos de intervenção de terceiros no processo trabalhista também com a finalidade de preservar sua celeridade e simplicidade. É que os institutos da intervenção de terceiros são incompatíveis com a essência do processo laboral, possuindo características e complexidades que afrontam os princípios que norteiam a rápida solução dos litígios no âmbito trabalhista.

Por outro lado, a inadmissibilidade da intervenção de terceiros no processo trabalhista não obsta que o interessado promova ação autônoma perante o Juízo competente relativa à mesma matéria.

Ademais, a aplicação do direito processual civil para sanar omissões do direito processual do trabalho não tem cunho obrigacional por parte do julgador, eis que este poderá suprir lacunas da lei com criatividade e bom senso, respaldado no disposto no artigo 765 da CLT, que lhe garante a maior autonomia na direção do processo, desde que cuide do bom andamento do processo, podendo, para tanto, determinar qualquer diligência que achar necessária ao esclarecimento dele.

5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. 16. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, v. 1.

CORDEIRO, Wolney de Macedo. *Fundamentos do Direito Processual do Trabalho Brasileiro*. São Paulo: LTr, 2005.

GIGLIO, Wagner D. *Direito Processual do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2007.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Curso de Direito Processual do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2007.

MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito Processual do Trabalho*. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de Direito Processual do Trabalho*. São Paulo: Saraiva, 2001.

TEIXEIRA FILHO, Manoel Antônio. *Litisconsórcio, assistência e intervenção de terceiros no processo do trabalho*. São Paulo: LTr, 1991.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. 35. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, v. 1.

CONTRATO DE TRABALHO NAS ORGANIZAÇÕES DE TENDÊNCIA

Jeane Almeida de Menezes¹

1. Introdução

O ordenamento jurídico brasileiro não trata, explicitamente, de tais organizações, mas, elas existem. A Lei 10825, de 22 de dezembro de 2003, definiu as organizações religiosas e os partidos políticos como pessoas jurídicas de direito privado, contudo não avançamos o suficiente ao ponto de elevar essas organizações a um status de auto definição, sendo necessária uma lei específica para tanto.

Sabe-se que o empregador de uma entidade detentora de uma organização de tendência tem, na ocasião da concepção do contrato de trabalho, o direito de conhecer as convicções e crenças do aspirante ao exercício de atividades com apropriadas características, conferindo a este um dever de revelá-las.

Esta realidade depreca um tratamento jurídico específico do ponto de vista dos princípios e regras que gerem as relações de trabalho, não podendo as relações de trabalho que se desenvolvem no seio de organizações de tendência ser tratadas como as relações de trabalho no âmbito de uma tradicional organização de trabalho.

A necessidade de atenção à temática das relações de trabalho no seio de organizações de tendência surge das exigências, por vezes excessivas, por parte destes aludidos entes empregadores, que anseiam submeter o conjunto dos seus trabalhadores às opções ideológicas ou religiosas que as caracterizam, dando ordens ou instruções que se inserem em áreas muito individuais da vida privada do trabalhador, pelo que, têm motivos autênticos para sujeitar as relações de trabalho, que se desenvolvem nas organizações de tendência, a um regime específico relativamente ao regime aplicável à comum relação de trabalho.

¹ Pós-graduanda em Direito Material e Processual do Trabalho pela ESMAT-13.

2. Conceitos

O conceito de organizações de tendência surgiu inicialmente no ordenamento jurídico alemão, para afastar ou restringir os direitos de informação e consulta. A Lei dos Conselhos de Empresa, de 04 de fevereiro de 1920, foi a primeira referência à carência de tutelar ou regular o funcionamento de certas empresas, na qual se reconheceu que as guias políticas dos jornalistas podiam influenciar a gestão dos diretores e causar um abuso à liberdade de imprensa.

A doutrina alemã, em geral, definiu essas organizações de tendência como aquelas organizações cuja intenção é desempenhar programas ideológicos ou de crença; as empresas com fins políticos, religiosos, sindicais ou culturais, ou cuja atividade é indissociável de um determinado postulado ideológico; as empresas ou atividades que implicam a defesa ou, pelo menos, o respeito por determinados princípios ideológicos; as empresas criadoras ou portadoras de uma determinada ideologia em função da qual existem e cuja estrutura organizativa não é senão uma forma de manifestação daquela; as empresas privadas que prestam bens ou serviços de componente quase exclusivamente ideológico, etc.

O ordenamento jurídico Português tutela as atividades orientadas segundo uma ideologia ou uma religião, sendo individualizáveis em alguns grupos intermédios, como partidos políticos, associações sindicais, igrejas e comunidades religiosas, estabelecimentos de ensino, hospitalares e de solidariedade social pertencentes a igrejas e comunidades religiosas e órgãos de comunicação social de natureza doutrinária ou confessional, entre outros, sinais de ideologia e religião organizada, que integram as atividades que aí se desenvolvem no quadro das organizações de tendência.

Entretanto, não existe no edifício jurídico português qualquer definição do conceito de tendência nem se encontra determinado quem deva ser titular do mesmo. Do mesmo modo não se localiza no ordenamento jurídico brasileiro qualquer menção a este respeito, não se conceitua nem se determina a sua titularidade.

A expressão organização de tendência, em primeira análise, se refere às entidades (individuais ou coletivas, empresariais ou não empresarias) que têm como características comum desenvolverem uma atividade em que a fidelidade a determinados princípios ideológicos ou religiosos tem um papel fundamental, destinando-se, diretamente, à pública manifestação de uma determinada ideologia ou de uma determinada religião.

O termo ideologia é associado a um conjunto de idéias sobre o homem,

o mundo e a vida com conotações de facilitação ou de modificação pelo menos residual, que incorpora em si elemento de radicalidade e de dogmatismo, com aspirações hostis ao pragmatismo e ao compromisso.

Ideologia, segundo Edward Shils, significa uma das formas que podem revestir os diversos modelos integradores de convicções morais e cognitivas sobre o homem, a sociedade e o universo que florescem nas sociedades modernas e que apresenta características específicas que a distinguem de outros modelos integradores, tais como um alto grau de clarificação na formulação, um nível relativamente alto de sistematização e integração à volta de um ou vários princípios supremos e, como características mais relevantes, uma intensa e contínua observância dos seus imperativos no comportamento dos seus aderentes.

Não se pode elucidar o conceito de ideologia da mesma forma que se entende o conceito de pensamento ou de opinião, necessitando adotar uma noção mais taxativa do termo, limitando àquelas convicções que implicam um certo compromisso com os comportamentos externos seguidos pelo sujeito.

Não se confunde tendência, ou caráter próprio, com interesse de empresa, ou com linha de orientação das empresas, devendo a tendência ir além do interesse da empresa e ser portadora de um peculiar interesse coletivo. Só devendo se pensar em organizações de tendência quando a atividade desenvolvida em uma organização seja institucionalmente expressiva de uma específica e bem assentada compreensão de vida, do homem e do mundo, gerada em idéias externa e abertamente reconhecíveis.

Parte da doutrina distingue as crenças religiosas propriamente ditas, vistas como comandos ou imperativos de consciência, das restantes crenças, de procedência ideológica ou filosófica, que são vistas como meras convicções pessoais, contestando que tanto a religião como a ideologia comportem uma determinada concepção do homem, do mundo e da vida e um sistema ético e moral e que ambos consubstanciem dois modos distintos de se referir a uma mesma coisa, à ideologia.

A Alemanha inflige o caráter de empresa a estas organizações. A doutrina italiana tem elegido o termo organização em vez de empresa. Em Portugal o direito do trabalho só se preocupa com a expressão organizatória e coletiva da prestação do trabalho, e preferem usar o termo organizações de tendências a empresa, pois, uma entidade empresarial pode ser titular de uma organização de tendência. No Brasil, empresa é a atividade econômica organizada para a produção ou circulação de produtos ou de serviços, em aspectos trabalhistas pode-se dizer que é organização do trabalho alheio, sob

regime de subordinação hierárquica, que busca obter lucros correspondente à remuneração do empregador.

Para caracterizar uma organização como de tendência, são irrelevantes as modalidades ou as formas jurídicas de sua constituição, sendo importante somente o caráter principal, conseqüencial ou complementarmente ideológico ou religioso da atividade desenvolvida no âmbito da organização, não devendo a ausência de empresariedade e de fim lucrativo constituir uma condição necessária para a aplicação do regime especial que deve disciplinar as relações de trabalho que desenvolvem.

Discute-se a respeito da influência dos fins ideológicos ou religiosos, seguidos pela entidade possuidora da organização de tendência, na conformação dos ensejos comprovantes da cessão do contrato de trabalho em virtude da despedida e, em conseqüência, o campo de aplicação da matéria restritiva dos despedimentos sem justa causa, ou por motivos discriminatórios a estas apontas entidades empregadoras.

Na carência de regulamentação específica, as organizações de tendência devem assentar num preciso e claro fundamento constitucional, que torne cabível certas especialidades relativamente ao direito comum, no sentido de que é a própria Constituição Federal deve possibilitar a existência de tais organizações no nosso ordenamento jurídico, e imprimir um tratamento jurídico especial no que diz respeito às relações de trabalho que desenvolvem.

Para Ricciardone a organização de tendência faz-se portadora do interesse coletivo de todos aqueles que dela fazem parte e que com ela se identificam e o comportamento do trabalhador, que quiçá manifestou a sua adesão à tendência no momento da constituição da relação de trabalho, resulta conflitante não só com organização. Com também com os interesses de todos aqueles que a ele aderiram.

3. Tipos de Organizações de Tendência

Não se encontra legalmente definido o conceito de tendência nem identificados os sujeitos que são titulares do mesmo. Mas, a razão de ser das organizações de tendência é a ascensão de uma real opção ideológica ou religiosa, em função da qual existem, aplicando-se tal qualificativo, aos partidos políticos, aos sindicatos e às igrejas e comunidades religiosas.

Os trabalhadores de partidos políticos devem atender aos requisitos de militância e de identificação com a ideologia política, considerando-se justa causa de despedimento o fato de um funcionário se desfiliar ou fazer

propaganda contra o partido que o emprega ou a favor de um candidato concorrente.

A respeito dos sindicatos, atendendo os mesmo requisitos de militância e de identificação com os interesses da classe exigíveis aos trabalhadores dirigentes e à autonomia dos sindicatos face ao Estado, seria mais conveniente se o próprio estatuto interno do sindicato previsse algo similar ao estabelecimento legal de leis próprias aos trabalhadores de partidos políticos.

Em relação às igrejas e comunidades religiosas, é complexa a sua posição jurídica, pois, parte da doutrina tem a intenção de qualificar, restritivamente, como organizações de tendência as igrejas e comunidades religiosas em si mesmas, sem se determinar o alcance da expressão. Ou, fazem referências genéricas às organizações de tendência sem abalizar limites, todas as organizações religiosas. Outra posição, considera que as igrejas e comunidades religiosas, em si mesmas, enquanto cumprem a sua missão evangelizadora, se diferenciam das organizações de tendência.

Desta forma vê-se que o mais acertado seria atribuir às igrejas e comunidades religiosas o epíteto de organização de tendência, cujo a relação de trabalho é tida como especiais, desde que verifique a subordinação jurídica concreta entre trabalhador individual à representante da igreja ou comunidade religiosa empregadora, tendo apenas os problemas comuns a qualquer grupo que se funde de acordo com assentadas normas internas conduzidas à tutela da disciplina do grupo.

Assim, os estabelecimentos de ensino, hospitais e instituições particulares de solidariedade social pertencentes a igrejas e comunidades religiosas devem também ser classificadas como organizações de tendência, bastando que tenha ligação direta, estreita ou íntima, em termos consequenciais ou complementares, com o escopo religioso que identifica a igreja e comunidade religiosa que os detém, não sendo a falta do lucro em elemento indicante de uma organização de tendência.

No estatuto dos jornalistas, trabalhadores de órgãos de comunicação social de natureza doutrinária ou confessional, é apresentado como especialidade, a não intervenção por parte deles na concernente orientação editorial. Porém, gozam dos restantes direitos gerais dos jornalistas, compreendendo a liberdade de expressão e informação e a liberdade de imprensa, incluindo o direito de elegerem conselhos de redação, ainda que estes não possam intervir na orientação ideológica ou religiosa dos órgãos de comunicação social nem possam ser ouvidos antecipadamente à instituição dos diretores.

4. O contrato de trabalho do trabalhador de tendência

Nas organizações de tendência a maioria das pessoas desenvolve préstimos desinteressados ou gratuitos, mas, nem sempre o trabalho realizado nestas organizações é marcado pela gratuidade. Tendo em vista, que toda atividade legal e capaz para atender o interesse do credor, digno de tutela jurídica, pode compor o objeto de um contrato de trabalho, não fundando a natureza da prestação devida a um critério de qualificação do contrato de trabalho. O que distingue e caracteriza o contrato de trabalho é a contorno da efetivação da prestação devida, ou mais concretamente, a circunstancia de esta ser devida sob a autoridade e direção de outrem, em regime de subordinação jurídica. Ou seja, os requisitos para o contrato de trabalho é pessoalidade, onerosidade, não-eventualidade e subordinação.

A obediência do trabalhador para com a sua entidade empregadora deve ser apenas em relação ao tipo de funções que exerce, sendo considerado função o que concretamente o trabalhador desempenha, determinando assim, se deve qualificar-se como de tendência, no sentido de tarefas intrinsecamente atreladas a ideologia ou a religião da entidade empregadora, ou como neutras, ou ainda como descomprometidas relativamente da ideologia ou da religião seguida, estas submetidas, sem alterações, ao regime ordinário, que coíbe a discriminação por motivos ideológicos ou religiosos.

A sujeição jurídica, do trabalhador de tendência ao seu instituto empregador, avoca contornos individualmente intensos, sendo reiterada a valorização da sua vida privada, com o conseqüente estreitamento das fronteiras entre a vida profissional, enquanto trabalhador, e a vida privada, enquanto pessoa titular de um conjunto de direitos fundamentais. Ocasionalmente, essa especificidade, a permissão de circunstâncias particulares, referentes à esfera pessoal do trabalhador, que contrariem a específica finalidade ideológica ou religiosa, prosseguida pela entidade empregadora, e impossibilitem a continuidade da relação de trabalho, um tratamento diferenciado aplicável ao contrato de trabalho do trabalhador de tendência.

Ou seja, a liberdade das partes, entidade empregadora e trabalhador, permite indiscutivelmente limites nas organizações cujo objeto e a defesa é a promoção de uma palpável ideologia ou religião. É a abordagem de um fato de intensa fundação social, que supõe uma ressalva ao regime comum da irrelevância para a relação de trabalho das convicções e das crenças do aspirante, ou do trabalhador, e da conduta da sua vida privada ligado

ao exercício dos direitos fundamentais pessoais que a ordem jurídico-constitucional lhe reconhece. Este regime de vantagem, das organizações de tendência, não deve ser aplicado, a generalidade dos trabalhadores ao seu serviço, apenas ligado a certos tipos de funções, ou tarefas, que não podem ser realizados sem uma distinta consideração pela ideologia ou pela religião que quadram.

Apesar do ordenamento jurídico brasileiro não versar a respeito dessa modalidade de trabalho, elas existem mesmo sem possuírem uma denominação própria. Existindo alguns julgados, que entendem como atividade laborativa, distinta da intrinsecamente ligada a ideologia ou religião, as realizadas não diretamente ligadas as de cunho espiritual ou ideológico.

Dessa maneira:

VÍNCULO EMPREGATÍCIO. CARACTERIZAÇÃO. PASTOR EVANGÉLICO. *Em princípio, a função de pastor evangélico é incompatível com a relação de cunho empregatício, pois visa a atividades de natureza espiritual, e não profissional. Porém, quando desvirtuada passa a submeter-se à tipificação legal. Provado o trabalho do reclamante de forma pessoal, contínua, subordinada e mediante retribuição pecuniária, tem-se por caracterizado o relacionamento empregatício nos moldes do art. 3º da CLT. (RO-27789/2002-002-11-00 – TRT 11ª Região – Relator Juiz Eduardo Barbosa Penna Ribeiro – Publicado no DJAM em 10.12.2003)*

PASTOR-CONTRATAÇÃO TAMBÉM COMO MÚSICO-VÍNCULO DE EMPREGO-POSSIBILIDADE. *A atividade de gravação de CD's em estúdio da igreja não se insere no espectro das funções eclesiais, razão pela qual, uma vez caracterizados os requisitos do art. 3º da CLT, não há obstáculo ao reconhecimento de vínculo de emprego entre o pastor e sua igreja no trabalho como músico. (ACO-08298-2004 – TRT 9ª Região – Relatora Juíza Sueli Gil El-Rafihi – Publicado no DJPR em 14.05.2004)*

5. Conclusão

Em virtude do presente e acima exposto, buscou-se trazer elementos convincentes à mudança da mentalidade estrutural que se tem acerca do trabalho realizado em instituições ligadas a entidades religiosas, ainda que de forma sucinta, mas objetiva, direta e clara.

Mostrou-se que, o juízo crítico de denominação de uma assentada organização como organização de tendência é o da ligação direta, em termos principais, consequenciais ou complementares, da atividade desenvolvida aos fins ideológicos ou religiosos que particularizam a entidade detentora da organização, devendo esta ligação ser direta, íntima ou muito próxima, não podendo a atividade desenvolvida no âmbito da organização a qualificar ser apenas instrumental da finalidade ideológica ou religiosa da entidade que a detém.

Portanto, o que indica a existência, ou não, de vínculo direto da organização de trabalho aos fins ideológicos ou religiosos, que marcam a entidade empregadora, é o da sujeição dos trabalhadores a regras de preservação do caráter próprio da entidade empregadora, constantes no relativo regulamento interno ou de cláusulas contratuais.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de Direito do Trabalho*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2006.

_____. *Relação de emprego: Trabalho Voluntário e Trabalho Religioso*. Síntese Trabalhista. São Paulo, 130, p.11-27, abr.2000

BULOS, Uadi Lammêgo. *Constituição Federal anotada*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

CARBONNIER, J. *Théorie des obligations*. Paris: PUF, 1969. n. 86.

CARRION, Valentin. *Comentários à consolidação das leis do trabalho*. 30. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2005.

DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 4. ed. São Paulo: LTr, 2004.

DOLE, Georges. *La Liberté d'opinion et de conscience em droit compare Du travail*. Paris: Droit européen et droit français, LGDJ, 1997.

GUANTER, Salvador Del Rey. *Libertad de Expression e Information y Contrato de Trabajo: um analisis jurisprudencial*. Madrid: Editorial Civitas, 1994.

MACHADO, Jónatas. *Liberdade Religiosa numa Comunidade Constitucional Inclusiva*. Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Studia Iuridica, 18, Coimbra: Editora Coimbra, 1996.

MARTINS, Sergio Pinto. *Direito do Trabalho*. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de Direito do Trabalho*. 17. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2001.

PINTO, José Augusto Rodrigues. *Curso de direito individual do trabalho*. 5. ed. São Paulo: Editora LTr, 2003.

REIS, Raquel Tavares dos. *Liberdade de Consciência e de Religião e Contrato de Trabalho do Trabalhador de Tendência*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

RICCIARDONE, A. de Sanctis. *Las Empresas Ideológicas: aproximacion al concepto y supuestos a los que se extiende*.

SAAD, Eduardo Gabriel; SAAD, José Eduardo Duarte; BRANCO, Ana Maria Saad C. *CLT Comentada*. 39. ed. São Paulo: Editora LTr, 2006.

SARAIVA, Renato. *Direito do trabalho*. 5. ed. São Paulo: Editora Método, 2006.

SILVA NETO, Manoel Jorge. *Proteção Constitucional a Liberdade Religiosa*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008.

PODER NORMATIVO COMO PODER DISCRICIONÁRIO

Rodrigo Costa Ferreira¹

1. Introdução

Na primeira seção aduzimos alguns conceitos técnicos e dogmáticos² pertencentes ao *Direito do Trabalho*, tais como o de *direito individual e coletivo*; *dissídio coletivo*; *autocomposição* e *heterocomposição* (especificados na subseção 2.1); *sentença normativa* e *poder normativo* (especificados na subseção 2.2). Na segunda seção, discutiremos a idéia do *poder discricionário* na filosofia de Hans Kelsen, Herbert Hart e Ronald Dworkin. Ao final, traçaremos um paralelo entre a atuação do *Poder Normativo* nos conflitos de natureza econômica e a tese do *Poder Discricionário em sentido Forte* presente na filosofia do direito de Ronald Dworkin.

2. Dogmática do Direito do Trabalho

2.1. Dissídio Coletivo: modalidades de resolução

São dois os dissídios reconhecidos pela dogmática do *Direito do Trabalho Brasileiro*: (1) *individual* e (2) *coletivo*. Dar-se (1) no plano das obrigações laborais contratuais de caráter individual, enquanto (2) ocorre no plano dos vínculos estabelecidos entre entes coletivos de empregados e empregadores (ou empregador)³.

O *Direito Individual do Trabalho* regula o contrato de emprego entre empregado e empregador, fixando direitos, deveres e obrigações; podendo, ainda, por exceção, regular outras relações laborativas determinadas em lei⁴.

¹ Advogado, Professor Universitário catedrático da cadeira de *filosofia jurídica* na UNESC, Especialista em direito e processo do trabalho pela UGF e pela ESMAT13, Especialista em filosofia pela UFPB, Mestre em lógica jurídica pela UFPB.

² A dogmática não questiona os problemas fundamentais ou os pressupostos básicos de toda ciência. Assim, o jurista dogmático não se pergunta sobre *o que o direito é*, nem sobre que circunstâncias, com que extensão e de que modo existe o conhecimento jurídico. No entanto, isso não significa que a dogmática jurídica proceda acriticamente; já que pode proceder criticamente, por exemplo, ao examinar uma norma legal. Infelizmente, essa análise parece ocorrer apenas na imanência de determinado sistema normativo (Para mais detalhes: KAUFMANN, Arthur. *Filosofia do Direito*. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2004: 12).

³ Para mais detalhes: DELGADO, M. G. *O Curso de Direito do Trabalho*, São Paulo: LTr, 2005.

⁴ Ver, por exemplo, a lei de nº. 6.019/74 que regula o labor do empregado temporário.

Assim, ao direito individual do trabalho é imputado o *dissídio individual*.

O *Direito Coletivo do Trabalho*, por sua vez, está associado ao *dissídio coletivo*, já que regula as relações laborais entre organizações coletivas de empregados e empregadores (ou empregador), tal como ocorre nos dissídios em que estão envolvidos sindicatos dos empregados (categoria profissional) e sindicatos das empresas (categoria econômica).

Os conflitos trabalhistas coletivos de caráter jurídico, ou de caráter econômico, basicamente, solucionam-se por duas fórmulas: (1) as *autocompositivas* e (2) as *heterocompositivas*.

Ocorre (1) quando as partes coletivas contrapostas ajustam suas divergências de modo autônomo, diretamente, por força e atuação próprias, celebrando documento pacificatório. Trata-se, pois, da *negociação coletiva trabalhista*. A fórmula *autocompositiva* da negociação trabalhista pode receber certos impulsos ou estímulos, caracterizados por mecanismos de *autotutela*, tal como a *greve*, ou por outros próximos à heterocomposição, tal como a *mediação*. Entretanto, a presença desses diferentes mecanismos não desnatura a autocomposição que se celebra autonomamente pelas partes.

Já (2), manifesta-se quando as partes coletivas contrapostas, não conseguindo ajustar, autonomamente, suas divergências, entregam a um terceiro o encargo da resolução do conflito; ocorre também a heterocomposição quando as partes não conseguem impedir, dado um impasse, que o terceiro intervenha. São fórmulas heterocompositivas a *arbitragem* e a *resposta judicial* própria do sistema trabalhista brasileiro (*dissídio coletivo*).

Das funções atribuídas ao *Direito Coletivo do Trabalho*, próprias em razão de suas características, cumpre-se destacar: a (1) *produção de normas jurídicas* e o (2) *poder de solucionar os conflitos coletivos trabalhistas*. Em (1), o direito coletivo do trabalho, como produtor de normas, tem a aptidão de criar, por meio da *negociação coletiva* ou, ainda, por *sentença normativa*, produzida no decorrer do *processo judicial*, direitos e obrigações que atingem diretamente os contratos de trabalho. Soluções alternativas aos conflitos coletivos de trabalho, em (2), podem ser produzidas através de outros instrumentos próprios do direito coletivo do trabalho, são eles: a *convenção* e *acordo coletivo*.

2.2. Poder Normativo em Sentido Dogmático

2.2.1 Breve história

O instituto do Poder Normativo, em regra, mostrou-se restrito a países

cujas ordens jurídicas trabalhistas tiveram formação doutrinária e legal autoritárias, de inspiração partidária ou corporativista, como próprio às experiências autocráticas de natureza fascista do século XX. No Brasil, a inspiração para este instituto veio com a *Carta Del Lavoro*, pertencente ao regime fascista italiano, na qual se conferia à magistratura do trabalho italiana a possibilidade e o poder de dirimir conflitos coletivos de trabalho mediante a fixação de novas condições laborais. Na Europa, suplantadas as experiências autoritárias no continente europeu, a fórmula normativa judicial de solução de conflitos coletivos trabalhistas tendeu a ser extirpada das respectivas ordens jurídicas⁵.

No Brasil, o Poder Normativo da justiça do trabalho, criado no autoritarismo dos anos de 1937⁶, ano marcado também pela criação da justiça do trabalho, e de 1946⁷, resistiu e resiste, ainda hoje, mesmo após a promulgação da Constituição Federal Brasileira de 1988⁸, aos movimentos políticos e jurídicos.

2.2.2 Poder Normativo: conceitos

Em sentido amplo, o *Poder Normativo* é a faculdade conferida por lei a órgãos não integrantes do Legislativo, para que possam estabelecer enlacs jurídicos espontâneos ou decidir conflitos coletivos submetidos à jurisdição⁹. Em sentido estrito, diz-se o *Poder Normativo* como poder constitucionalmente conferido aos tribunais trabalhistas para dirimirem os conflitos coletivos trabalhistas mediante criação de novas regras jurídicas, bem como o estabelecimento de condições de trabalho mais benéficas ao trabalhador. Por outras palavras, este poder, em sentido estrito, é o exercício da competência de proferir sentenças aos dissídios coletivos.

No Brasil, em termos técnicos, o *Poder Normativo* está previsto no artigo 114, § 2º da C.F./88. Por ocasião destes dispositivos legais, há a possibilidade do exercício do *Poder Normativo* pelos tribunais do trabalho diante de *dissídios coletivos*. Os juízes, por meio desta prerrogativa, podem, portanto, fixar normas gerais, jurídicas ou econômicas, de caráter obrigatório, aos contratos individuais de trabalho, respeitado, evidentemente, o prazo de vigência da norma coletiva.

⁵ Para mais detalhes históricos: HINZ, H. Macedo. *O poder normativo da justiça do trabalho*. São Paulo: LTr, 2000:50-54.

⁶ Para mais detalhes: artigo 137 da Constituição Federal Brasileira de 1937.

⁷ Para mais detalhes: artigo 123 da Constituição Federal Brasileira de 1946.

⁸ Para mais detalhes: artigo 114, § 2º da Constituição Federal Brasileira de 1988.

⁹ Para mais detalhes: NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de Direito do Trabalho*. São Paulo: Saraiva, 2005:95.

2.2.3 Sentença Normativa: aplicação

A *Sentença Normativa* é expressão viva do poder judiciário trabalhista de produzir as regras jurídicas, bem como de estabelecer condições de trabalho (regras econômicas) no âmbito dos *dissídios coletivos*. Este instrumento do direito coletivo, composto por uma coleção de regras gerais, abstratas, impessoais e obrigatórias, é submetido a um processo jurídico coletivo específico. Após as minudências desse fim preciso, o tribunal trabalhista, de forma atípica, por meio de sentença normativa, impõe novas regras de direito do trabalho aos contratantes.

A *Sentença Normativa* não traduz a aplicação da norma jurídica existente sobre a relação fático-jurídica como verificado nas “sentenças clássicas”, já que, na verdade, esta expressa a criação de regras jurídicas gerais, abstratas, impessoais e obrigatórias, que incidirão sobre as relações laborais *ad futurum*. Por essa razão, a sentença normativa, do ponto de vista material, isto é, em função do seu conteúdo, equipara-se a lei em sentido material.

Sua aplicação, na prática, dá-se no processo judicial, que é o dissídio coletivo, instaurado perante os tribunais regionais ou perante o Tribunal Superior do Trabalho, observada a base territorial das categorias litigantes. Este procedimento judicial é previsto no Capítulo IV, Título X da Consolidação das Leis do Trabalho, nos artigos 856 a 875.

Os dissídios coletivos podem ser classificados como sendo de *natureza econômica* (1) ou de (2) *natureza jurídica*. Por meio de (1), há a criação de novas normas que regulamentarão dos contratos individuais de trabalho. Têm, portanto, nestes, as *sentenças normativas* natureza constitutiva.

Em (2), também denominados *dissídios coletivos de direito*, por força da atividade jurisdicional, há uma interpretação da “regra preexistente”, legal, costumeira ou decorrente da autonomia privada coletiva das partes, tal como as oriundas de *convenção* ou de *acordo coletivo* de trabalho. Nestes, a *sentença normativa* tem natureza predominantemente declaratória.

Neste sentido, admite-se que a atividade criativa normativa exercida pelos tribunais laborais no dissídio coletivo, só seria possível naqueles de natureza estritamente econômica, posto que nos de natureza jurídica o tribunal exerce a função jurisdicional propriamente dita (essa é a visão clássica positivista).

2.2.4 Limites

A polêmica em torno do alcance do Poder Normativo, com efeito, res-

tringe-se a discussão dos conteúdos de caráter (1) *mínimo* e (2) *máximo* presentes nas *sentenças normativas*. No que se refere a (1), a justiça do trabalho ao estabelecer normas, ou condições de trabalho, em regra, deve respeitar as disposições convencionais anteriormente firmadas, bem como as hipóteses legais mínimas referentes à proteção do trabalhador (Art. 114, § 2º da C.F./88.). O *conteúdo máximo* (2), ou limite máximo, é entendido em dois aspectos: primeiro, de *forma restritiva*, ao se supor que o poder normativo apenas limita-se às hipóteses previstas em lei; e, por conseguinte, de *forma ampliativa*, ao entender-se que o judiciário trabalhista pode exercer o poder normativo sem qualquer restrição legal, dado o caráter eminentemente econômico da controvérsia, no qual pode o juiz agir como se legislador fosse.

3. Filosofia Jurídica do Poder Discricionário

3.1. Poder Normativo em Sentido Filosófico Jurídico

3.3.1. Filosofia do Direito de Hart

O professor de Oxford, Herbert Hart, em seu livro *The concept of Law* (1961)¹⁰, revolucionou a filosofia do direito do seu tempo. Na ocasião, o jusfilósofo descreveu o direito como uma espécie de *sistema*¹¹ jurídico parcialmente completo; contra o que pensava Hans Kelsen, em sua *Reine Rechtslehre* (1960)¹². Esta incompletude do direito, afirma Hart, dar-se por ser esse expresso através de textos que são frequentemente vagos ou ambíguos, portanto, há uma “textura aberta”¹³. O texto legal do código penal brasileiro, por exemplo, exhibe a curiosa expressão “mulher honesta”¹⁴, a qual cabe a pergunta: o que é “mulher honesta”? Este tipo de indagação ocorre porque

¹⁰ Ver: HART, Herbert L.A.. *O Conceito do Direito*. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1994.

¹¹ O jurista tem uma expressão sinônima para sistema: ordenamento. O sistema é um conjunto ordenado de coisas que pressupõe um determinado axioma (indemonstrável). A partir deste axioma (ou princípio) eu posso demonstrar o que desejo desde que seguidas algumas regras impostas a esse sistema. A idéia de sistema remonta ao racionalismo do século XVI (Grócio e Pufendorf) que advogava a tese de que o direito poderia ser deduzido de princípios básicos de direito natural (derivado da razão) que funcionariam como axiomas. Os pensadores do século XIX mantêm a idéia de um sistema, mas substituí os princípios de direito natural por normas de direito positivo.

¹² Para Hans Kelsen o direito é um sistema completo, portanto livre de “lacunas”; neste sentido, o ordenamento jurídico que não veda determinada conduta, permite essa conduta. Por outras palavras, para Kelsen “o que não é proibido é permitido” (Para mais detalhes: KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. São Paulo, Martins Fontes, 2006: 273-277).

¹³ Para mais detalhes: HART, Herbert L.A.. *O Conceito do Direito*. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1994:138-148.

¹⁴ O antigo código penal brasileiro de 1940, no seu artigo 215, assim dispõe:

Ter conjunção carnal com *mulher honesta*, mediante fraude:

Pena: reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos.

Parágrafo único. Se o crime é praticado contra mulher virgem, menor de 18 (dezoito) e maior de 14 (catorze) anos:

Pena: reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos.

nos textos jurídicos há uma “textura aberta” que dá margem, na maioria dos casos, a uma interpretação, ora, necessária à “desambiguação” da norma. Assim, quando há uma zona de penumbra, com termos vagos ou ambíguos, o juiz pode vir a completar o sistema jurídico, por meio do *Poder Discricionário* que lhe permite criar a regra jurídica.

À época de Hart existiam duas grandes teorias sobre a aplicação do direito: (1) *formalista* e (2) *realista*. A escola exegetica, na qual (1) foi fundamentada, pretendia realizar o objetivo que se propuseram os homens da revolução francesa: reduzindo o direito à lei¹⁵. Neste sentido, o poder judiciário diz o direito, mas não o elabora. Segundo esta concepção, o juiz limita-se de modo restritivo a uma única função: a de aplicar a lei, de forma intacta, elaborada pelo parlamento. Por conseguinte, para esta corrente, o juiz não passa de um “mero aplicador da lei”, a qual deve proferir sempre mecanicamente, sendo, assim, este a “boca da lei”, como expressou Montesquieu em sua conhecida obra *L'Esprit des Lois* (1748). Esta concepção, sem dúvida, nos conduz a uma visão demasiadamente legalista do direito, na qual a passividade do juiz, para alguns, satisfaz a necessidade de uma *segurança jurídica*.

Esta visão fria do direito tenta aproximar o direito com as ciências. Quer o consideremos um sistema dedutivo, quer o assimilemos a um ato de distribuir justiça, o juiz parece tomar parte de uma operação de “natureza impessoal”. Mas, para que o julgamento, ou aplicação do direito, seja feita de modo imparcial, desprovido de paixão, o que ora quer dizer, sem temor, sem ódio ou, mesmo, sem piedade, é necessário que a justiça tenha os olhos vendados; não observando, portanto, as conseqüências dos seus atos: *dura lex, sed lex* (Será isto mesmo possível?). Temos, aqui, uma tentativa de aproximar o direito a um cálculo cuja tranqüilizadora exatidão deveria proteger-nos contra os abusos de uma justiça corrompida. Isso nos daria a idéia de que não estamos à mercê dos homens, mas abrigados pelas instituições relativamente impessoais.

Uma vez estabelecidos os fatos, bastava ao juiz formular o *silogismo judiciário*, cuja *premissa maior* seria a regra jurídica fornecida e a *premissa menor* as condições previstas nesta regra, ou seja, pelo caso concreto tipificado, sendo, em seguida, logicamente, dada a *conclusão* do silogismo. Portanto, para os formalistas o direito deveria ser baseado numa espécie de *sistema formal*, a um só tempo completo e coerente (dogma da completude). Assim, o sistema formalista é completo ou completável (estamos, aqui, diante de um

¹⁵ Para mais detalhes: PERELMAN, Chaïm. *Lógica Jurídica*. São Paulo, Martins Fontes, 2006:31.

*sistema suspensivo*¹⁶).

A lei produzida pelo parlamento, defende (2), fruto do sistema jurídico inglês, deve ser filtrada, ou seja, reinterpretada pelo juiz para, ao fim, chegar à sociedade. O juiz, para tal corrente, é um verdadeiro “criador do direito”, tornando-se, assim, detentor do *Poder Discricionário*, pois passa a conduzir toda uma realidade, determinando a validade ou invalidade da lei que será aplicada ou não ao caso concreto; estabelecendo, ainda, as diretrizes de sua aplicabilidade, bem como criando parâmetros para esta. Desta forma, o sistema realista é incompleto (estamos, aqui, diante de um *sistema integrativo*¹⁷).

Para a filosofia do direito de Herbert Hart, o juiz atuaria de forma bivalente, ora como se realista fosse, ora como se formalista fosse, dado o caso concreto a ser julgado. Hart afirma existir dois tipos de casos jurídicos: (1) *casos simples* e (2) *casos difíceis* (hard cases)¹⁸. Segundo Hart, (1) é aquele para o qual *existe uma regra* ou um *preceito jurídico aplicável* (texto, jurisprudência, etc.), na qual o seu texto é muito *clara*, não possuindo qualquer problema de ambigüidade e, por fim, *há fatos que* não são polêmicos, ou seja, não apresentam nenhuma controvérsia. Portanto, se há a lei, a lei é clara e os fatos são reconhecidos como simples, então estamos diante de um *caso simples*¹⁹, mas se quaisquer destas características não estiverem presentes, então dizemos que o caso é difícil. Por conseguinte, em (1), o juiz aplicará a lei como fora produzida pelo parlamento, agindo como um “mero aplicador da lei” ou técnico. Já em (2), o juiz filtrará a lei, ou seja, rearranjando-a, ou mesmo criando-a, para, em seguida, repassá-la à sociedade. Portanto, é nos *casos difíceis* que o juiz exercerá o *Poder Discricionário*, de forma a completar o sistema jurídico.

3.3.2. Filosofia do Direito de Dworkin

Para Ronald Dworkin o direito, assim como pensava Hart, é um composto de normas primárias e secundárias²⁰, ou seja, é um *sistema* ou *ordena-*

¹⁶ No *Sistema Suspensivo* o intérprete suspende o andamento do feito e, conseqüentemente, suspende a decisão para a relação jurídica, comunicando o legislativo da ausência de norma regulamentadora, para fins de edição.

¹⁷ No *Sistema Integrativo*, ante a ausência de lei aplicável à relação jurídica sob decisão, o intérprete não pode se furtar à sentença, devendo fazer uso da analogia, dos costumes e dos princípios gerais de Direito. Esse é o sistema adotado por no ordenamento jurídico brasileiro (Decreto-Lei n°. 4657/42, artigo 4°).

¹⁸ Para o jurista espanhol Manuel Antienza, no fenômeno jurídico, além do *caso fácil* e do *caso difícil* há, ainda, uma terceira classificação: o *caso trágico*. Neste sempre nos depararemos com duas possibilidades igualmente boas ou igualmente ruins. Na tragédia, qualquer solução que se adota é igualmente ruim (para mais detalhes: ANTIENZA, M. Los límites de la interpretación constitucional *in* Isonomia, 6, 1997).

¹⁹ Por exemplo, o divórcio consensual pode ser considerado um caso simples no nosso ordenamento, já que a lei que o regula existe, é clara e os fatos são simples, já que já existe um consenso entre as partes.

²⁰ O direito, afirma Hart, em sua teoria das *rules of recognition*, é essencialmente composto de normas de conduta (as quais

mento jurídico, mas, acrescenta ele, além das normas o direito contempla algo fundamental: os *princípios*.

Pode-se dizer que há vários tipos de princípios no sistema jurídico²¹, sendo poucos os que não estão neste plano. São estes “princípios raros” que serão explorados por Ronald Dworkin em sua filosofia do direito. Na verdade, o jusfilósofo está evocando princípios que estão subjacentes à própria comunidade: princípios morais e políticos. Estes têm um papel fundamental na teoria do direito de Dworkin, já que atuam no sentido de “completar” o sistema jurídico. Para Ronald Dworkin, o direito é um sistema completo, uma vez que na ausência da regra jurídica, há sempre um princípio com que se possa contar. Não, necessariamente, um princípio fundamental, como o princípio da dignidade humana, ou, mesmo, um princípio setorial, com o da proteção do trabalhador, mas *princípios morais e políticos* que podem estar ou não positivados.

O juiz ao enfrentar um *caso difícil*, acredita Dworkin, pode não ter em mãos uma regra ou mesmo um precedente, mas, certamente, terá uma *norma*²². Lembremos que a lacuna está relacionada ao texto e não à norma, pois a norma é uma construção do juiz a partir de um princípio. Assim, mesmo o juiz não tendo um bom texto que lhe proporcione resolver o caso prático, não deixará, por ora, de ter um princípio no qual se apóie para proferir a sua decisão acerca do caso prático, portanto, conclui-se que para Dworkin o sistema jurídico é completo.

No famoso caso *Riggs contra Palmer*²³, citado por Ronald Dworkin, um tio-avô fez um testamento deixando toda a herança para o sobrinho-neto. Quando o sobrinho descobriu a existência deste testamento, matou o tio. O as-

podemos também chamar de normas primárias) e normas de organização as quais podemos também chamar de normas secundárias. Essas normas de conduta são dirigidas aos indivíduos, dizendo o que eles devem ou não fazer. Já as normas de organização não são dirigidas aos indivíduos, mas sim aos órgãos produtores e aplicadores das normas de conduta. (Para mais detalhes: HART, Herbert L.A.. *O Conceito do Direito*. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1994: 170.)

²¹ Os (1) *princípios gerais do direito* não estão positivados, mas encontra-se referência a eles em quase todo texto jurídico. Exemplo: boa-fé se presume, má-fé não. Os (2) *princípios estruturais* do direito estão positivados, mas não de forma explícita. Na verdade eles são subjacentes ao próprio modelo de organização política, à própria forma de governo adotada. Por exemplo, na C.F./88 encontramos a idéia de que o Brasil é uma República Federativa e um Estado Democrático de Direito, já que existem princípios como o da legalidade, da irretroatividade das leis, do devido processo legal, etc. Observamos, portanto, que há um conjunto de princípios que são subjacentes à própria idéia de Estado Democrático de Direito. Existem, ainda, (3) os *princípios fundamentais* do qual são exemplos: o princípio da dignidade humana, da cidadania, do pluralismo político, do valor social do trabalho etc. Diferentemente da categoria anterior os princípios fundamentais são explicitamente enumerados e, portanto, positivados. Os *princípios setoriais* (4) são princípios aplicados a partes específicas do Direito, ou ramos do direito. (Para mais detalhes: REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. São Paulo: Saraiva, 1999:305-321.)

²² Ninguém interpreta normas, mas sim textos para a obtenção de normas. Na verdade, a norma não é objeto da interpretação, mas, sim, o resultado do processo interpretativo. Lê-se um texto (significante) e a partir dele infere-se um significado (norma ou significado).

²³ Para mais detalhes: DWORKIN, Ronald. São Paulo, Martins Fontes, 2002:37.

sassino tinha em mente ir preso, responder o processo penal, cumprir a pena e, ao final, receber a herança. Para tanto, o réu alegou que o crime e o testamento não eram conexos e que, portanto, não estavam subordinados um ao outro; eram independentes. O ocorrido foi levado aos tribunais americanos. Os juízes, na ocasião, na total ausência de lei e de precedente judicial, decidiram o caso, de forma surpreendente, com base no seguinte princípio: *a ninguém é possível beneficiar-se de um ato ilícito*, conseqüentemente o tribunal negou-lhe a herança. Eis aí, a completude do ordenamento que não deixou o caso ficar sem solução!

Quais são as conseqüências da idéia de Ronald Dworkin? A imediata é que nega a existência do *Poder Discricionário*. Para Dworkin o juiz não *cria* direito, mas apenas o *reconhece* nos textos, na jurisprudência, nos princípios, portanto, afirmará o jusfilósofo não ser possível, em sua *teoria da discricionariedade*, o exercício do *Poder Discricionário em Sentido Forte*.

O *Poder Discricionário* seria uma espécie de contra-senso do ponto de vista da Democracia. Num sistema democrático há o clássico princípio que afirma a *separação dos poderes*. A tarefa de criar direito é uma prerrogativa do legislativo. Dworkin sustenta que se admitirmos a tese de um *Poder Discricionário* do juiz, isso quebrará um outro aspecto do Estado Democrático de Direito: a *irretroatividade da lei*. Ora, se diante de um caso para o qual o juiz não disponha de previsão legal, este passa a inventar uma norma na ocasião, então este passa a ferir o *princípio da irretroatividade* (um dos princípios basilares desse Estado). Em suma, para Ronald Dworkin a idéia de *Poder Discricionário* é antidemocrática e fere o *princípio da separação dos poderes*, bem como fere o *princípio de irretroatividade da lei*, dado que a criação judicial das normas jurídicas equivale a legislar *ex post facto*.

No intuito de combater a *teoria do poder discricionário nos hard cases*, Dworkin desenvolveu uma *teoria da discricionariedade*²⁴, que identifica três níveis para o conceito: (1) *no sentido fraco*, (2) *no sentido menos fraco* e (3) *no sentido forte*, não podendo o juiz jamais exercê-la neste último sentido.

Ocorre (1) quando exercida na apreciação de determinados parâmetros previamente fornecidos. A liberdade deixada ao agente comporta apenas a escolha dos critérios que irão orientar o julgamento dos parâmetros fornecidos. O próprio autor fornece um exemplo: esta seria a discricionariedade exercida pelo militar ao qual fosse atribuída a tarefa de escolher os três homens mais fortes para realizar uma determinada missão. Já está determinado que, para

²⁴ Para mais detalhes: DWORKIN, Ronald. São Paulo, Martins Fontes, 2002:50-53.

aquela missão, devem ser escolhidos os três homens mais fortes. Contudo, os critérios para avaliar quais os homens mais fortes podem variar. Cabe ao aplicador decidir se mais forte é aquele que levanta o maior peso, que suporta um maior peso por mais tempo, ou que tem o soco mais potente. A escolha envolve certa liberdade no julgamento dos parâmetros fornecidos. No ordenamento o juiz exerce esta discricionariedade quando está diante dos conceitos jurídicos indeterminados, tal como o de “mulher honesta”²⁵.

Em (2), a discricionariedade é exercida com a escolha dos próprios parâmetros. Voltando ao exemplo do militar, fornecido por Dworkin, isto ocorreria na hipótese em que a sua função fosse escolher os três homens, no seu entender, mais qualificados para a missão. A liberdade do aplicador, agora, vai além de simplesmente avaliar os parâmetros previamente fornecidos. Neste caso é ele próprio quem deve escolher os parâmetros. Fica livre para decidir se a qualificação mais importante para a missão é, mesmo, a força, a agilidade, o conhecimento técnico ou a inteligência. Depois de escolhidos os parâmetros, deverá avaliá-los de acordo com seu próprio julgamento, como no exemplo anterior. Seu ato, porém, está sempre vinculado à idéia de que o escolhido deve ser o mais qualificado. Na atividade judicial, este nível de discricionariedade está presente nos casos em que se decide por *equidade*²⁶. O juiz além de ter liberdade na escolha dos critérios de avaliação, tem liberdade na própria escolha dos parâmetros.

A discricionariedade (3) envolve a total liberdade de escolha. De volta exemplo do militar, a discricionariedade em sentido forte será exercida se a missão que lhe determinarem for a de escolher quaisquer três homens para uma dada missão. Este nível de discricionariedade é raro, em função do enorme campo deixado ao exercício do poder. Exemplo emblemático no direito brasileiro do trabalho é o da produção de normas no dissídio coletivo de ordem econômica, pois não há nenhuma condição estabelecida *a priori* que vincule a decisão judicial, impondo-lhe, portanto, limites. No entanto, mesmo nestes casos, em que a discricionariedade é exercida no sentido forte, alguns afirmam que pode, sim, a decisão estar submetida a padrões de bom-senso, justiça e racionalidade. Mas, afinal, de que forma? Quais parâmetros devem ser seguidos? Se resolvermos encarar este de forma justa; de que forma devemos agir? Dando a cada um o que é seu²⁷, ainda sim, restar-nos-ia a questão: como? A questão, ao que parece, ainda, estar em aberto.

Ainda assim, Dworkin entende que não há esta *discricionariedade no*

²⁵ Ver nota 12.

²⁶ Ver no ordenamento jurídico brasileiro: artigo 127 do C.P.C. e o artigo 852-I, § 1º. Da C.L.T., como exemplos.

²⁷ “iuris praecepta sunt haec: honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere” (Ulpiano).

sentido forte na atividade judicial. O juiz não tem a liberdade irrestrita de escolha. Se, afirma o jusfilósofo, o juiz ao deparar-se com aquelas situações que envolvem uma problemática tão inédita que não possam ser resolvidas nem mesmo pelos recursos de interpretação ou analogia, o jurista deve fazer uma nova lei para aplicar ao caso. Desde que, sustenta Dworkin, como irão legislar, os juízes devem agir como parlamentares, criando as normas necessárias para a solução do caso concreto, levando em consideração o que supõe que seria a vontade do legislador. Este tipo de subordinação é ainda mais profunda, pois obriga o juiz a agir como se legislador fosse. Desta forma, o juiz ao criar a lei não transgrediria o clássico *princípio da separação dos três poderes*, já que agiria como se legislador fosse.

Antecipando-se a seus críticos, Dworkin enumera dois pontos delicados desta teoria que reconhece aos juízes o poder de produzir normas.

O primeiro diz respeito à ausência de legitimidade dos juízes, já que estes não são eleitos, a que responde afirmando que os juízes, nestes casos, devem agir como supõe que fariam os legisladores. Desta forma estariam subordinados de forma bem mais intensa à vontade popular.

O segundo ponto levantado diz respeito ao perigo de se produzir normas em face do caso concreto, as quais terão, forçosamente, efeitos retroativos (*princípio do ex post facto*). Sua resposta é simples: se a decisão está baseada em princípios, não há contradição com a Democracia. Os direitos e obrigações correspondentes já existiam, só não haviam sido enunciados. Portanto, não há criação, mas há o *reconhecimento* do direito já existente.

4. Conclusão

Os *conflitos de natureza jurídica* dizem respeito à divergência de interpretação sobre regras ou princípios jurídicos, já existentes, quer presentes ou não em diplomas coletivos negociados, já nos *conflitos de natureza econômica* há divergência acerca de condições objetivas que envolvem o ambiente laborativo e os contratos de trabalho, sobretudo em relação às cláusulas salariais. Cabe ao juiz, afirmam alguns, diante dos *conflitos de natureza jurídica*, reconhecer o direito sobre certos parâmetros, tais como uma jurisprudência ou mesmo um princípio, não cabendo, portanto, ao juiz togado criá-lo ao seu deleite, o que caracterizaria, na filosofia do direito de Ronald Dworkin, agir com uma discricionariedade forte, algo que parece ser impossível no Estado Democrático de Direito.

Diante os *conflitos de natureza econômica*, presentes no dissídio co-

letivo do trabalho, no qual a divergência abrange reivindicações econômico-profissionais por parte dos trabalhadores, visando alterar condições existentes na respectiva empresa ou categoria, o juiz terá a missão de *criar* o direito e não, necessariamente, de reconhecê-lo em algum outro parâmetro; há, com efeito, aqui, a possibilidade de se exercer o *Poder Discricionário em Sentido Forte*. Se imaginarmos, por exemplo, certo dissídio coletivo econômico no qual cabe ao juiz decidir entre o uso do uniforme de cor azul ou vermelho ou pelo aumento ou não do salário de certa categoria, caberia a pergunta: qual critério regulador vincularia decisão do juiz deste dissídio? A resposta é simples: nenhum! Mas como isso é possível num Estado Democrático de Direito, cuja premissa é legislar *ex post factor* (máxima da *segurança jurídica*) e cuja competência para legislar é do legislativo? Será que os discursos proferidos pelo positivista Hans Kelsen ou, mesmo, pelo monista Ronald Dworkin não passam de uma mera retórica que tenta camuflar uma verdade evidente: a que afirma que os juízes podem e devem produzir, sim, normas jurídicas, estando esta possibilidade positivada ou não no ordenamento, já que é impossível que seja de outra forma?

O discurso positivista de Kelsen é um discurso útil do ponto de vista lógico-jurídico, ou seja, sistemático. É importante ao direito à idéia de *sistema*, no entanto o direito não pode se limitar a esta. O direito deve ir além da mera sistemática, estrutura, conjunto de regras, ele deve ser também *justo*. Portanto, a idéia de completude de Ronald Dworkin, trazendo a tona os princípios como guias às decisões jurídicas, mesmo aqueles não positivados, parece ser importante do ponto de vista axiológico.

Ao juiz cabe categoricamente encontrar a justiça, mesmo que para isso seja necessário produzi-la, mediante *Poder Discricionário*, quando na ocasião dos *casos difíceis*, ou mesmo *trágicos*, como bem colocou Herbert Hart e Manuel Antienza, mesmo quando de forma forte (equitativa). Deste modo, mesmo em sentido forte, é imprescindível à Justiça o poder de criar a norma como condição de “*sum cuique tribuere*”.

O *Poder Discricionário* sempre será possível e necessário, já que, em certo sentido, o juiz não pode se eximir de exercê-lo. Nos *casos difíceis*, principalmente, naqueles ditos *trágicos*, por exemplo, mesmo os *princípios* não são capazes de podar o momento da criação das normas jurídicas, pois a estes casos podem-se apresentar diferentes princípios, concorrentes, igualmente importantes, nos quais o juiz, especialmente se pertencente ao sistema integrativo, terá que escolher entre estes, optando por aquele que considera ser a melhor resposta ao caso concreto.

Será que o juiz poderá recorrer a um *metaprincípio* que lhe orientasse no

conflito entre princípios, o que lhe proporcioná-lo-ia *reconhecer* o direito, mas não *criá-lo*? Tais coisas existem? E se existem, como decidir um conflito entre metaprincípios? Existem sistemas de decisão desse tipo? Acreditamos que não! Tal raciocínio é uma aporia que nos leva ao infinito que, por conseguinte, cai no nada! Portanto, o próprio ato da escolha e a falta de um sistema predeterminado, já possibilitam o exercício de uma criação, seja ela reconhecida como forte ou não. Neste sentido, admitimos, com efeito, a existência do *Poder Discricionário em Sentido Forte*, tanto na teoria, como no ordenamento jurídico brasileiro, a exemplo, do que ocorre nos *dissídios coletivos econômicos*.

5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANTIENZA, M. Los límites de la interpretación constitucional *in* Isonomia, 6, 1997.

DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2005.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério (Taking Rights Seriously)*. São Paulo, Martins Fontes, 2002.

HART, Herbert L.A.. *O Conceito do Direito (The Concept of Law)*. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1994.

HINZ, H. Macedo. *O poder normativo da justiça do trabalho*. São Paulo: LTr, 2000.

KAUFMANN, Arthur. *Filosofia do Direito (Rechtsphilosophie)*. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2004.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito (Reine Rechtslehre)*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. São Paulo: Saraiva, 1999.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de Direito do Trabalho*. São Paulo: Saraiva, 2005.

PERELMAN, Chaïm. *Lógica Jurídica*. São Paulo, Martins Fontes, 2006:31.

TELETRABALHO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Pollyanna Vasconcelos Correia Lima de Andrade¹

1. Introdução

A partir do sistema de informação e de comunicação ocupando a distância física entre funcionários, clientes e empresa, verifica-se que o lugar onde tradicionalmente se trabalhava não tem mais fronteiras bem definidas, baseadas em regras e controle visual dos processos gerenciais. As empresas baseiam-se no trabalho remoto, eletronicamente gerenciado, remodelando sua dinâmica na busca de melhores mercados.

Pode-se definir o teletrabalho como aquele exercido em lugar distinto do estabelecimento central de produção, no qual o trabalhador não mantém contato pessoal com seu empregador, mas dispõe de condições de se comunicar com ele por meio de tecnologias de informação e telecomunicação, chegando a situações de ele ser executado sem que haja domicílio certo.

Portanto, o teletrabalho consiste no fato de que o trabalhador não presta sua atividade em um centro de trabalho convencional. Trata-se de exercer atividades que podem ser realizadas ou em domicílio ou em local intermediário, mas distante do seio da empresa, visando a competitividade e flexibilidade nos negócios.

Além dessa deslocalização do trabalhador, é necessário também que sejam utilizados meios de informática e telecomunicações que permitam o contato entre a empresa e o trabalhador, tornando possível o poder de direção do empresário. Assim, não é qualquer meio informático que caracteriza o teletrabalho, mas sim aquele que forma uma conexão entre empregado e empregador, permitindo o exercício das faculdades empresariais diretivas.

¹ Advogada, especializanda em Direito Material e Processual do Trabalho pela Escola Superior da Magistratura Trabalhista da 13ª Região (ESMAT 13)

2. Tipologia

São várias as modalidades de teletrabalho, divididas conforme o critério adotado.

Quanto ao critério locativo, as principais modalidades de teletrabalho são: teletrabalho em domicílio, teletrabalho em telecentros, teletrabalho nômade e teletrabalho transnacional.

No teletrabalho em domicílio, o trabalhador realiza sua atividade em seu próprio domicílio ou em ambiente familiar, com ajuda de mecanismos telemáticos². No campo normativo, o teletrabalho em domicílio equipara-se ao trabalhador em domicílio normal, regulamentado pelo artigo 6º da nossa Consolidação das Leis Trabalhistas (In: VADE MECUM, 2006).

Por sua vez, o telecentro é uma forma de organização das atividades em um espaço devidamente preparado para o desempenho do teletrabalho. Pinho Pedreira (2000, p.584) assenta que “os telecentros são locais da empresa, porém situados fora da sua sede central”. Em verdade, os telecentros podem ser locais pertencentes à empresa ou não. Existem empresas que são apenas proprietárias de telecentros e que cobram daquelas para quem os trabalhadores exercem suas funções.

Os telecentros se dividem em Centro Satélite e Centro Local de Teleserviço. O Centro Satélite é um edifício, ou parte de um edifício, pertencente à própria empresa, separado da sede central, mas que com ela está em permanente comunicação eletrônica. Já o Centro Local de Teleserviço, também chamado de Telecentro Compartilhado ou Telecentro Comunitário, que é denominado pelos ingleses e americanos de “ABC” (*Advance Business Center*), é um local pertencente a um grupo que loca esse serviço para várias empresas onde coexistem trabalhadores vinculados a vários empregadores ou até a profissionais independentes. Ou, ainda, um local pertencente ao Estado, onde os funcionários de muitas empresas compartilham o mesmo edifício. Nesse caso, o Estado apenas estrutura os locais, sem estabelecer vínculo algum com os empregados ou com a empresa.

O teletrabalho nômade, também denominado móvel ou itinerante, caracteriza-se pelo fato de que o posto de trabalho não se situa em lugar determinado. O empregado realiza sua atividade em qualquer lugar, desde que disponha de equipamentos telemáticos que lhe permitam realizar o trabalho onde quer que esteja.

² Telemática é a utilização da informação através do uso combinado de computador e meios de comunicação.

Há, ainda, o teletrabalho transnacional, quando o trabalho é desenvolvido em partes, por trabalhadores de outros países. Ocorre com maior incidência nos países em desenvolvimento, onde os trabalhadores prestam tarefas administrativas e de tratamento de textos aos empregadores dos países desenvolvidos, servindo-se de ligações eletrônicas.

Importante ressaltar que, por ser o teletrabalho uma modalidade flexível, poderá haver a simultaneidade de espaços de trabalho, podendo o teletrabalhador intercalar suas atividades entre o seu domicílio e a empresa, entre o telecentro e a empresa ou, ainda, entre a empresa e qualquer lugar em que haja a possibilidade da execução do serviço utilizando-se dos meios telemáticos.

Portanto, poderá haver o teletrabalho permanente, que é aquele cujo tempo de trabalho no mesmo local excede 90% (noventa por cento) do total trabalhado na semana; o teletrabalho alternado, quando o teletrabalhador consome mais de um dia da semana, mas menos de 90% (noventa por cento) da carga horária no mesmo local; ou ainda, o teletrabalho suplementar, em que o teletrabalhador executa a atividade de forma ocasional no domicílio, telecentro ou local escolhido, por menos de um dia completo de trabalho durante a semana.

Quanto ao critério comunicativo, o teletrabalho pode ser dividido em trabalho *off line* ou desconectado e trabalho *on line* ou conectado.

Teletrabalho *off line* ou desconectado ocorre quando o trabalhador realiza sua atividade sem manter vinculação telemática direta alguma com o computador central da empresa, apenas envia ao empregador os dados através do correio eletrônico ou correio convencional.

Para muitos doutrinadores, nesse caso não existe teletrabalho, pois o trabalhador não está submetido a uma comunicação telemática com a empresa, o que seria imprescindível para a configuração da subordinação na relação laboral.

De outra banda, o trabalho *on line* ou conectado se realiza quando o trabalhador se utiliza das tecnologias informáticas e de telecomunicações para receber ordens sobre a execução do trabalho, bem como o resultado da sua realização.

No teletrabalho conectado, essa comunicação entre a empresa e o trabalhador pode ser unidirecional – quando a conexão entre os computadores é rudimentar, não sendo possível a intervenção direta da empresa – ou bidirecional – quando a conexão permite interação entre o computador da empresa e o do trabalhador, fazendo com que aquela exerça seu poder de direção sobre este, determinando, inclusive, a jornada de trabalho e os tempos de descanso do trabalhador.

3. O contrato de trabalho tradicional e o teletrabalho

A nossa legislação consolidada caracteriza a relação de emprego como uma relação decorrente da conjugação dos sujeitos empregado e empregador, na qual o primeiro presta atividade em função do segundo.

O artigo 3º da CLT define o empregado como “toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário” (2006). Por sua vez, o artigo 2º dispõe que empregador é “a empresa, individual ou coletiva, que assumindo os riscos da atividade econômica, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviços” (2006). Portanto, tomando por base a legislação consolidada, concluímos que para ser empregado é necessário, antes de mais nada, que seja pessoa física prestando serviços de natureza pessoal, contínua – não-eventual – mediante remuneração do empregador, estando subordinado a este.

Nesse diapasão, cabe traçar um paralelo entre a relação de emprego tradicional e o teletrabalho, analisando as diferenças e as particularidades desse novo modelo de relação de emprego.

Ab initio, a distinção entre ambas as relações de emprego se estabelece em seus elementos específicos:

- a distância dos sujeitos envolvidos no contrato de trabalho, tendo em vista que, diferentemente do contrato de emprego tradicional, o teletrabalhador, o teleempregador e o cliente se encontram em espaços diversos, mas interligados;
- o emprego da tecnologia, capaz de permitir que o trabalhador se mantenha em contato com a empresa, como também que torne possível o exercício do poder de direção do empregador, porque é a utilização da tecnologia que permite a descentralização da atividade laboral;
- a flexibilidade no contexto organizacional da empresa, na forma de emprego e na subordinação.

Na realidade, o teletrabalho

Subverte a idéia de uma dependência hierárquica do obreiro à entidade patronal, retirando da empresa a concepção do local de trabalho, em face do desaparecimento da figura do estabelecimento enquanto espaço físico. Nesta modalidade, à semelhança do trabalho a domicílio, inexistente um contato direto entre as partes, uma vez que a maior parte das diretrizes seguidas pelo teleempregado são oriundas dos programas de computação utili-

zados por ele. Na realidade, o controle do empregador sobre a atividade do teleempregado limita-se a posterior avaliação de sua produção e, em certos casos, a uma conexão indireta, via sistema de telecomunicações, surgindo assim a telessubordinação. (TEIXEIRA, apud WINTER, 2005, p.85-86)

Finda essa análise preliminar, passemos ao exame dos requisitos essenciais anteriormente examinados que, embora sofram algumas variações, todos continuam a ser exigidos para a caracterização do vínculo empregatício.

a) **Pessoalidade.** Indubitavelmente, da análise desse requisito surge a questão: como resguardar a pessoalidade se o serviço é prestado fora da empresa?

Sendo o teletrabalho uma atividade realizada fora do espaço físico da empresa, a prestação de serviços poderia ser feita por qualquer outra pessoa igualmente capacitada. Essa falta de pessoalidade torna-se mais grave em razão do risco de divulgação de segredos da empresa ou, até mesmo, de prática de concorrência desleal. Sendo assim, é de extrema cautela a utilização de senhas, o que por si só não resguarda a pessoalidade do serviço prestado, tendo em vista que o teletrabalhador poderá informar a senha a alguém para execute o serviço.

A solução mais acertada é responsabilizar pessoalmente o empregado por qualquer divulgação de segredo da empresa, enquadrando-o na hipótese de justa causa para o rompimento do contrato de trabalho, conforma as alíneas “c” e “g” do artigo 482 da Consolidação das Leis do trabalho. O que deve ser resguardado é que, no caso de uma eventual substituição, haja a autorização expressa do empregador, sob pena de descaracterizar o vínculo. Assim, permanece necessária a pessoalidade, embora de modo mais flexível, podendo ser admitida substituição ocasional e consentida, salvo se interferir na própria segurança da empresa.

b) **Continuidade.** No teletrabalho, nem sempre há a exigência da continuidade diária da prestação de serviços, mas sim a ligação direta destes aos fins da empresa. Abre-se a possibilidade de mudança do controle de jornada para o controle de resultado. Assim, esse novo modelo de trabalho admite como não-eventual o serviço ligado à atividade-fim da empresa que, embora intermitente, seja regular. Nesse caso, a continuidade se caracteriza por um vínculo obrigacional pelo qual o teletrabalhador se encontra pessoal e materialmente obrigado a realizar a atividade contratada.

c) **Onerosidade.** Tendo por base o caráter sinalagmático da relação

de emprego, subsiste para o tomador o dever de pagar remuneração pelos serviços prestados, apenas a forma e o meio de pagamento são alterados no teletrabalho, dada a especificidade de sua realização. Sendo assim, a forma de pagamento, muitas vezes, é substituída pelo sistema de salário por produção e salário por tarefa. Essas formas de pagamento são tidas como incentivo à produção, podendo a empresa eliminar os teletrabalhadores sem qualificação necessária, pois quem tiver o maior rendimento causará a busca de melhores resultados para manter o emprego.

d) Finalmente, cabe abordar o mais importante requisito da relação de emprego, a subordinação e suas repercussões dentro do novo modelo de relação de trabalho. Na teoria clássica do Direito do Trabalho, a subordinação é o elemento fundamental para diferenciar a relação de emprego da relação de trabalho. De acordo com o artigo 3º da legislação consolidada, é considerado empregado a pessoa física que presta serviços de natureza não-eventual, sob a dependência do empregado e mediante remuneração deste. O estudo da natureza e do grau da subordinação é de considerável importância para a caracterização do contrato de trabalho e para esclarecer possíveis dúvidas quanto à existência de subordinação do teletrabalho.

Existem muitas correntes que explicam a natureza jurídica da subordinação, sendo a teoria da subordinação jurídica, em que o empregado se sujeita ao empregador por meio de um contrato contendo direitos e deveres, a mais aceita. As demais – subordinação econômica, técnica, hierárquica e social – servem apenas para ajudar a confirmar a subordinação, nos casos de dúvidas que porventura possam vir da relação jurídica.

O teletrabalho, como já abordado anteriormente, pode ocorrer de forma autônoma ou subordinada. Na forma autônoma, é prestado de modo eventual e se extingue com a entrega do serviço executado, assemelhando-se à prestação de serviço tradicional.

Como assevera Pinho Pereira (2000, p.585),

tudo vai depender da forma como se realiza a prestação de serviços, que tanto pode assumir a fisionomia de autônoma como de subordinação, em relação a todas as modalidades do teletrabalho

Reveste-se de importância, na configuração da autonomia ou subordinação o elemento risco. Se o trabalhador utiliza sua força de trabalho na construção de algo e assume inteiramente o risco da atividade, estamos diante

de um trabalhador autônomo. Se, por outro lado, o risco da produção é do empregador, temos o trabalho subordinado.

Muito se discutiu a respeito da subordinação perante às novas formas de emprego, surgidas com os avanços tecnológicos. Houve quem dissesse que esses avanços reduziriam ou, mesmo, extinguiriam o requisito subordinação como um dos principais caracterizadores da relação de emprego, como a existência de pessoa física, habitualidade, pessoalidade e remuneração.

Na atual fase da evolução dos sistemas das relações entre capital e trabalho, o dever de sujeição do empregado ao empregador se transforma, impulsionado pelo impacto da tecnologia, pela reestruturação produtiva, pela competitividade e pela própria globalização. De todas essas alterações tecnológicas, surgiu a necessidade de um treinamento altamente sofisticado e qualificado profissionalmente. Desse modo, as tarefas que antes eram fragmentadas passaram a ser realizadas por um empregado fora da sede da empresa, com poder de decisão mais forte, a exemplo da jornada de trabalho, que, em regra, é cumprida como melhor convir ao teletrabalhador, limitada apenas ao prazo final estipulado pelo empregador.

Assim, a tecnologia traz uma nova forma de subordinação, em que o empregado fica apenas indiretamente ligado ao empregador. Trata-se da parassubordinação, que é o intermédio entre a subordinação e a autonomia, tendendo a ser muito utilizada por empregados altamente especializados e muito valorizados no mercado, por isso conseguem um contrato de trabalho em que assumem a posição de subordinados, mas com grandes concessões, peculiares ao trabalho autônomo. A parassubordinação surge justamente na tentativa de explicar uma certa autonomia vista nos novos meios de trabalho, advindos do avanço tecnológico e da flexibilização.

Dessa maneira,

a noção de subordinação clássica se transmuda, pois o empregador quer empreendedores autônomos, que introduzam melhorias nos processos e nos produtos. A própria qualidade do relacionamento intersubjetivo entre ambos mudou e muito, em virtude do imenso aporte de conhecimento, do aumento da complexidade e das profundas mudanças nas organizações... . Em suma, mudaram os paradigmas do mundo do trabalho. (PROSCURCIN, 2000, apud WINTER, 2005, p.91)

Em contrapartida, alguns autores defendem que o teletrabalho não faz desaparecer ou diminuir a subordinação, mas sim tende a tornar até mais amplo o poder diretivo, verificando-se uma maior carga de subordinação imposta pelos empregadores que, com a ajuda de *softwares*, podem precisar quantas horas e em qual momento se estava trabalhando, as pausas e descansos, tornando-se um fator limitativo na nova fenomenologia do trabalho.

Em conseqüência desses entendimentos, cabe ao Direito do Trabalho adaptar-se às transformações para uma perfeita adequação aos novos contratos. Assim, a modernização das relações de trabalho, especialmente pelo aumento da implantação do teletrabalho, gera uma mudança radical não no rol dos requisitos configuradores do contrato de emprego, mas na própria realidade laboral sobre a qual incide a legislação trabalhista, fazendo-se necessária uma interpretação mais apta às alterações provocada pelas inovações tecnológicas.

Os Tribunais têm entendido que estará presente o vínculo empregatício se os equipamentos de informação e de comunicação forem fornecidos pela empresa e não pelo teletrabalhador. Este, estaria sujeito às ordens e diretrizes da empresa, principalmente se os equipamentos determinassem a sua permanência certas horas do dia ou em turnos determinados de horas em contato com a empresa. O pressuposto mais marcante para a configuração do vínculo na necessidade de o teletrabalhador estar ou não em ininterrupto contato com a sede da empresa durante o tempo em que os tomadores estiverem em atividade (trabalho *on line*). Caso o trabalho seja realizado *off line*, não há que se falar em vínculo de emprego.

Em conseqüência da subordinação, surge o direito de direção inerente ao empregador, o qual merece algumas considerações a respeito.

O poder de direção decorre da lei, do artigo 2º da CLT, ao conceituar empregador como aquele que “assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviços” (2006).

Rodrigues Pinto (2000, apud WINTER, 2005, p.101) define o poder de direção como “a faculdade que tem o empregador de ditar normas de natureza técnica e de caráter geral e permanente, que devem ser observados pelos empregados”.

Para alguns autores, o poder de direção seria um direito potestativo ao qual o empregado não poderia se opor. No entanto, esse poder não é ilimitado, pois a própria Constituição Federal, em seu artigo 5º, veda ao empregador discriminar o empregado.

Sendo assim,

Deve ficar bem claro que a discricionariedade reconhecida ao empregador não o exime da obrigação implícita de exercer o poder disciplinar com moderação, buscado o equilíbrio entre a gravidade da falta punida e a intensidade da pena aplicada. Esta moderação é tão mais aconselhável uma vez que seu ato administrativo está sujeito a exame e invalidação pelo Poder Judiciário. (PINTO, 2000, apud WINTER, 2005, p.102)

O poder de direção é tripartite, compreendendo o poder organizacional, o poder de controle e o poder disciplinar. Pelo poder organizacional, o empregador estrutura sua atividade empresarial, dirige e administra o empreendimento; pelo poder de controle, o empregador fiscaliza a atividade de seus empregados, verificando se as metas estão sendo cumpridas; e pelo poder disciplinar, o empregador estabelece penalidades aos empregados que descumprem as ordens, prejudicando o andamento da empresa.

Dessa forma, conclui-se que o poder diretivo decorre naturalmente de um poder discricionário de organizar a atividade empresarial e fiscalizar os serviços desenvolvidos pelos empregados, impondo o cumprimento das obrigações contratuais e aplicando as sanções admitidas pelo Direito do Trabalho.

Com o surgimento da tecnologia nas relações de trabalho, o poder diretivo passou a interagir com o teleempregador no controle das determinações a serem cumpridas. A tecnologia não passou a ser um fator negativo ao exercício desse controle.

A tecnologia em si é neutra, sua aplicação é que pode ser positiva ou negativa, dependendo da visão e da capacidade gerencial da empresa. Na adoção de novas tecnologias, portanto, torna-se indispensável casar a modernidade tecnológica com a gerencial. Quando esses dois vetores estão apontados na mesma direção, os benefícios são enormes. (XIMENES, 1996, apud WINTER, 2005, p.103)

Nesse norte, analisando o poder diretivo no teletrabalho, podemos nos deparar com a seguinte situação: quando o empregado utiliza a *internet* durante o trabalho, no horário de descanso ou fora do horário de trabalho.

Sob o ponto de vista do empregador, essa utilização – bem como a

utilização de outros meios de informação – poderá ser vista por três esferas:

1. Utilização positiva, em que o teletrabalhador utiliza a *Internet* buscando maiores informações para os melhoramentos dos negócios da empresa;

2. Utilização negativa, quando o teletrabalhador usa a *Internet* para finalidades pessoais, como jogos, e-mails, bate-papos etc;

3. Utilização neutra, quando a *internet* é acessada para uso pessoal, porém em casos necessários, como uma consulta de saldo bancário, não havendo prejuízo para a empresa, pois o empregado não precisa se ausentar do trabalho para resolver seus problemas.

Assumindo os riscos do negócio, o teleempregador poderá utilizar o seu poder diretivo para definir normas proibindo o uso do computador para assuntos externos, seja através de avisos na tela, seja monitorando as atividades do teletrabalhador ou através de *softwares* que permitam o controle do tempo despendido, sem que essa fiscalização caracterize violação de privacidade.

Por conseqüência, não configura violação de correspondência se o teleempregador verifica as mensagens recebidas e enviadas, vez que se presume serem enviadas em função do serviço. O conhecimento dessas mensagens, contudo, não confere ao empregador o direito de divulgar o conteúdo, pois tal atitude afrontaria o direito à intimidade do teletrabalhador.

Portanto, se o empregado fornece o equipamento para o trabalho, pode exigir que seja utilizado apenas para o uso da empresa. A utilização indevida dos equipamentos de informação durante o trabalho, nos horários de descanso ou após o término do trabalho, caracteriza o uso inadequado, restando configurada justa causa para a rescisão contratual.

4. A ausência de regulamentação do teletrabalho e sua compatibilidade com as normas vigentes

No Brasil, ainda não há uma legislação específica para o teletrabalho. Nesse norte, utiliza-se a analogia ou ampliam-se os efeitos das leis vigentes para enquadrar essas novas formas de trabalho, crescentes na história do Direito do Trabalho moderno.

No caso do teletrabalhador autônomo, além do contrato de empreitada e do contrato de prestação de serviços, poderá ser enquadrado como trabalhador eventual ou trabalhador avulso, pois em todos os casos não se configura relação de emprego.

Já para o teletrabalhador em domicílio, podem ser usadas as normas referentes ao trabalho em domicílio tradicional, tendo por base o artigo 6º da

CLT (In: VADE MECUM, 2006, p.831), que diz *in verbis*: “Não se distingue entre o trabalho realizado no estabelecimento do empregador e o executado no domicílio do empregado, desde que esteja caracterizada a relação de emprego”. Desse modo, havendo subordinação e configurada a relação de emprego, a lei equipara os locais de trabalho. Nesse mesmo diapasão, o artigo 83 (CLT, In: VADE MECUM, 2006, p.838) também regulamenta essa modalidade de teletrabalho: “É devido o salário mínimo ao trabalhador em domicílio, considerado este como o executado na habitação do empregado ou em oficina de família, por conta de empregador que o remunere”.

No plano internacional, a Convenção nº 177 de 1996 da OIT deu cobertura ao teletrabalhador subordinado em domicílio, obtendo um relevante papel nos estudos sobre o tema.

Dúvidas podem surgir quanto aos teletrabalhadores em telecentros. Os telecentros de centro satélite são propriedades da própria empresa ou prolongamento desta, não existindo problema em defini-los como estabelecimentos do empregador. Já os telecentros compartilhados ou comunitários, por serem locais pertencentes a grupos que os locam para várias empresas, ou, ainda, locais pertencentes ao Estado, não são de propriedade da empresa. Nesse caso, a lei é omissa, não tratando como deveria essa forma de emprego.

De igual sorte, a lei também não se reporta ao teletrabalhador nômade, havendo total carência de proteção jurídica para essa forma de teletrabalho.

Há entendimentos no sentido de que, na omissão da lei, não há que se falar em equiparação do teletrabalho ao trabalho em domicílio. No entanto, é preciso levar em consideração que talvez a legislação pertinente ao trabalho em domicílio seja a única forma de proteger os teletrabalhadores, não havendo dúvida de que deve haver a aplicação dos artigos 6º e 83 da CLT, ante a falta de legislação específica.

Veja-se que a Constituição Federal de 1988, no seu artigo 7º, inciso XXVII (In: VADE MECUM, 2006), assegura a proteção ao trabalhador em face da automação. Trata-se de uma norma de eficácia contida, havendo necessidade de regulamentação posterior para ter aplicabilidade. Até o presente momento, o referido dispositivo ainda não foi regulamentado.

É evidente que há uma série de questões ainda não respondidas de forma satisfatória, como a responsabilidade pelos custos dos equipamentos, o controle de jornada e o pagamento de horas extras, a possibilidade de inspeção do ambiente de trabalho, o monitoramento dos equipamentos de trabalho etc.

Uma das questões mais polêmicas diz respeito ao controle de jornada e o pagamento ou não de horas extras. Tratando-se do teletrabalho, essas horas

são mais difíceis de serem reconhecidas pelo fato de o funcionário trabalhar fora do alcance do empregador. Deverá, pois, ser analisado o caso concreto, verificando se a empresa utiliza mecanismos de controle da jornada ou não.

Se, mesmo exercendo atividades externas, o empregado estiver subordinado a horário, fará jus ao recebimento de horas extras. Estas também serão devidas caso a produção mínima exigida pelo empregador não possa ser satisfeita se não ultrapassada a jornada normal. Não havendo, por parte da empresa, controle real da jornada empreendida, não há que se falar em remuneração por horas extraordinária, aplicando-se, extensivamente, o artigo 62, inciso I da CLT.

O fato é que, mesmo não havendo o controle da jornada, os empregadores vêm se preocupando com possibilidade de os teletrabalhadores tentarem provar eventual sobrejornada utilizando-se da apresentação de *e-mails*, chamadas de celular, *pager* etc

Uma outra questão importante diz respeito ao gozo de férias pelo teletrabalhador. Tendo por base a equiparação do teletrabalhador ao trabalhador em domicílio, e este, por sua vez, equiparado ao trabalhador normal, a solução encontrada pela doutrina foi a de considerar integral a frequência do empregado, concedendo 30 dias de férias, salvo prova de períodos de inatividade, repudiados pela lei.

No entanto, os pontos mencionados ainda são controvertidos e precisam de um estudo mais aprofundado dos doutrinadores e, principalmente, do legislador.

No mais, em complementação a eventuais lacunas da legislação, dadas as especificidades do teletrabalho, o instrumento mais eficaz é, sem dúvida, a negociação coletiva, mediante intervenção sindical. À medida que forem se implementando as negociações, conforme as necessidades surgidas para essa nova categoria de trabalhadores, certamente surgirão novos mecanismos para solucionar ou minimizar as questões controvertidas.

Por fim, provada a relação de emprego, deve ser estendido ao teletrabalhador todos os direitos dos trabalhadores que laboram sob a égide do sistema clássico, sendo, inclusive, de responsabilidade do empregador o fornecimento de equipamentos, bem como a obrigação de proporcionar boas condições de trabalho, pois, quer esteja o teletrabalhador no estabelecimento da empresa, quer esteja fora dele, subsiste o dever de dotar o posto de trabalho de condições mínimas indispensáveis a um correto desempenho da função, prezando pela saúde e segurança do trabalho.

5. Foro competente

No que concerne à determinação do foro competente para dirimir os conflitos trabalhistas, o teletrabalho pode suscitar alguns problemas.

O primeiro deles diz respeito à aplicação da lei quando se tratar de trabalho transnacional, quando uma empresa localizada em um determinado país contrata trabalhador de outro país para realizar as atividades laborais, por meio de recursos telemáticos.

Nesse caso, se o trabalhador contratado cumpre sua atividade laboral no Brasil, não há dúvida de que a legislação a ser aplicada para a resolução de conflitos é a brasileira, por expressa determinação do artigo 651 da CLT.

Problema maior ocorre na hipótese de uma empresa brasileira contratar trabalhador estrangeiro para realizar atividade laboral, por meios telemáticos, em seu país de origem, visto que ainda inexistente tratado internacional regulamentando o assunto.

Em princípio, e de acordo com o artigo 651 da CLT (In: VADE MECUM, 2006), não se aplicaria a legislação brasileira nessas hipóteses, sempre e quando o teletrabalhador cumprir atividade laboral em seu país de origem e este não seja o Brasil. No entanto, resta detectar em que local o contrato laboral foi firmado, tendo em vista que, dependendo do caso concreto, essa aplicabilidade poderá sofrer mutação.

Nesse norte, tendo a empresa brasileira contratado o teletrabalhador em terra nacional para a prestação de serviços no estrangeiro, competente é a Justiça Brasileira para dirimir os conflitos trabalhistas. De outra banda, tendo a empresa brasileira contratado o teletrabalhador fora do território nacional para prestar serviços no estrangeiro, não há que se falar em aplicabilidade da lei brasileira ao caso.

No caso do teletrabalho nacional, a CLT deixa claro que a competência das varas trabalhistas é determinada de acordo com o local de prestação dos serviços.

Para o teletrabalho em domicílio, será competente para dirimir o litígio a Vara trabalhista do lugar onde o trabalhador se encontre domiciliado, pois é nessa localidade que o serviço é prestado. Tratando-se de teletrabalho realizado em telecentros, a competência será da Vara trabalhista do lugar onde estiver situado o telecentro, visto que, do mesmo modo, esse é o local onde o trabalho é realizado.

Na hipótese de teletrabalho nômade, deve-se aplicar a norma do parágrafo 1º do artigo 651 da CLT (In: VADE MECUM, 2006), a qual prescreve

que quando o trabalhador é agente ou viajante comercial, será competente para solucionar os dissídios entre empregado e empregador a Vara trabalhista do lugar onde a empresa tenha domicílio, ou, ainda, da localidade mais próxima. Veja-se que na redação do parágrafo, somente poderá o empregado reclamar seus direitos trabalhistas na Vara da localidade em que tenha domicílio se na localidade da agência ou filial a que está subordinado não houver vara trabalhista.

Importante observar que o parágrafo 3º do artigo 651 da CLT (In: VADE MECUM, 2006) traz uma faculdade em favor do empregado ao assegurar que este poderá eleger entre o foro da celebração do contrato e o da prestação dos serviços sempre que realize atividades fora do lugar em que o contrato de trabalho foi celebrado. Tal dispositivo aplica-se às hipóteses de teletrabalho, inclusive ao trabalho transnacional, sempre que o empregado desempenhe atividade em local distinto daquele em que o contrato foi celebrado, abrindo espaço para que o trabalhador eleja o foro em que o contrato foi firmado ou o foro em que houve a prestação de serviços.

De qualquer forma, a autonomia da vontade para determinação da jurisdição competente limita-se ao princípio da boa-fé, que deve reger as relações contratuais, e ao princípio da proteção ao trabalhador, parte hipossuficiente na relação de emprego.

É importante frisar que boa parte das normas laborais que determinam os direitos do trabalhador têm caráter imperativo, não podendo ser afastadas ou suprimidas pela vontade das partes. Assim, em caso de dúvida quanto à lei que determinará os direitos laborais do trabalhador, deve-se levar em conta sempre o princípio protecionista.

6. Considerações finais

A revolução dos meios de comunicação leva o trabalhador a prestar serviços em sua residência ou em outros locais que não a sede da empresa, como ocorria antigamente. É o fenômeno do teletrabalho, realidade laboral emergente no mundo moderno.

Ao lado do trabalho tradicional, em que o empregado fica diretamente subordinado ao empregador, surgiram outras prestações de serviço, alheias até mesmo ao ambiente da empresa, fazendo com que sejam desenvolvidos de forma mais livre, trazendo vantagens tanto para o prestador de serviços, que não precisa se deslocar até a empresa, quanto ao próprio empregador, que se desonera de várias despesas.

Sendo assim, consideramos que o teletrabalho pode configurar-se como um elemento de importante transformação no mundo do trabalho, porém este tipo de trabalho tem de ser amparado pela legislação laboral com as peculiaridades que ele apresenta. Apenas com essa proteção, poderá ser o teletrabalhador resguardado de possíveis abusos a serem cometidos pelas empresas. Além disso, imprescindível se faz a criação de uma legislação específica a fim de evitar a carência do teletrabalhador, a mercê dos divergentes entendimentos dos nossos julgadores.

Espera-se que, com a implantação cada vez maior do teletrabalho se obtenha um maior grau de segurança jurídica, pois a finalidade maior do Direito do Trabalho é a valorização do trabalhador.

7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGNOLETI, Michelle Barbosa. Teletrabalho em domicílio. *Revista do TRT – 13ª Região*. João Pessoa, n. 13, pp 384-395, 2005.

ALMEIDA, Lucilde D’Ajuda Lyra de. Trabalho em domicílio: histórico e perspectivas. *O Teletrabalho. O Trabalho*. Curitiba, n 91, pp.2320-2341, set. 2004.

BRASIL. *Vade Mecum*: Constituição Federal, Códigos, CLT, Estatutos, Legislação complementar, Súmulas, Índices. São Paulo: Saraiva, 2006.

CORDEIRO, Wolney de Macedo. *A regulamentação das relações de trabalho individuais e coletivas no âmbito do Mercosul*. São Paulo: LTR, 2000.

DUARTE, Juliana Bracks. O trabalho no domicílio do empregado: controle da jornada e responsabilidade pelo custeio dos equipamentos envolvidos. *O Trabalho*. Curitiba, n. 101, pp.28-24-2830, jul. 2005.

JARDIM, Carla Carrara da Silva. *O teletrabalho e suas atuais modalidades*. São Paulo: LTR, 2004.

LONGE DO ESCRITÓRIO. Disponível em <http://www.vencer.com.br/materia_completa.asp?cadedition=20&pagernumber=21>. Acesso em 30 out. 2006.

MAÑAS, Christian Marcello. A externalização da atividade produtiva: o impacto do teletrabalho na nova ordem socioeconômica. *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*. [s/l], v. 39, p.125, 2003.

OLIVEIRA, Flávia de Paiva Medeiros de. Uma Nova Maneira de Trabalhar – Teletrabalho: conceito e lei aplicável. *Síntese Trabalhista*. [s/l], n. 171, p.145, set. 2003.

PEDREIRA, Pinho. O Teletrabalho. *Legislação do Trabalho*. [s/l], n. 05, v. 64, pp.583-587, 2000.

SCHWEITZER, Orly Miguel. *Teletrabalho: uma proposta para a legislação brasileira*. Dissertação (Pós-Graduação em engenharia de produção) – UFSC, Florianópolis, 2003.

SILVA, Frederico Silveira. *O teletrabalho como novo meio de laborar e sua compatibilidade com o ordenamento jurídico*. Disponível em: <<http://www.cjf.gov.br/revista/numero27/artigo13.pdf>>. Acesso em: 01 ago. 2006.

WINTER, Vera Regina Loureiro. *Teletrabalho: uma forma alternativa de emprego*. São Paulo: LTR, 2005.

SALÁRIO, BEM ABSOLUTAMENTE IMPENHORÁVEL?

Aryoswaldo José Brito Espínola¹

1. Introdução

Ultimamente, a sociedade vinha cobrando do Poder Judiciário maior efetividade na entrega da prestação jurisdicional, que, por regra, durava anos para se obter apenas a conclusão da primeira fase (conhecimento) com a entrega da sentença, e mais alguns anos para, quando possível, se conseguir a satisfação do que fora sentenciado. Por força dessa cobrança, inúmeras foram as tentativas no sentido de solucionar o problema, não só da morosidade dos processos, mas também da eficácia das decisões.

Quanto à morosidade, não se pode negar que aconteceram avanços, o Poder Judiciário se aparelhou melhor, aumentaram-se os cargos de Juízes, criaram-se procedimentos sumários para as causas de menor valor, priorizaram-se os processos que envolvem os idosos etc.

Todavia, não adianta o Judiciário ser ágil, se não for eficaz. Não adianta entregar uma sentença (título executivo judicial), sem dar a seu destinatário, efetivamente, o bem jurídico que se busca. Em suma, este tem sido o maior problema encontrado nas execuções judiciais deste país, a eficácia.

Também nessa vertente, aconteceram alguns avanços. Vários convênios foram e estão sendo realizados entre o Poder Judiciário e os demais Órgãos da Administração. Cito como exemplos os já firmados entre os Tribunais e: Banco Central (BACEN-JUD), por meio do qual é possível, com rapidez, descobrir se os executados possuem ativos financeiros que possam ser bloqueados para a garantia da execução; DETRANS e recentemente o DENATRAN, através do qual será possível a pesquisa de veículos em todos os DETRANS, no intuito de descobrir e bloquear veículos em nome dos executados; além de outros convênios como os existentes com as Juntas Comerciais para a pesquisa dos cadastros das empresas, inclusive com a descoberta dos nomes dos sócios etc.

¹ Bacharel em Direito, pós-graduando em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho, 2007. Assistente de Juiz na 8ª Vara do Trabalho de João Pessoa/PB.

E, aqui, especificamente em relação ao convênio com o Banco Central (BACEN-JUD) é que se encontra o problema foco deste trabalho, a penhora de dinheiro em conta corrente. É que, na maioria das vezes, os únicos ativos financeiros existentes nas contas dizem respeito aos salários depositados. E, comumente, após o bloqueio dos valores existentes na conta do devedor, vem alegação da impenhorabilidade absoluta dos salários, baseando-a no comando legal do artigo 649, IV do CPC², in verbis:

Art. 649. São absolutamente impenhoráveis: IV - os vencimentos, subsídios, soldos, salários, remunerações, proventos de aposentadoria, pensões, pecúlios e montepios; as quantias recebidas por liberalidade de terceiro e destinadas ao sustento do devedor e sua família, os ganhos de trabalhador autônomo e os honorários de profissional liberal, observado o disposto no § 3º deste artigo.

Pergunto: há realmente uma impenhorabilidade absoluta dos salários (salários em sentido lato)?

Em princípio, destaco que a própria regra contida no art. 649 do CPC traz uma exceção expressa quanto à penhorabilidade para pagamento de verba alimentícia, vejamos: “§2º *O disposto no inciso IV do caput deste artigo não se aplica no caso de penhora para pagamento de prestação alimentícia.*”.

Acrescento, ainda, que na redação original dada ao artigo 649 do CPC pela Lei 11.382/2006, havia um parágrafo, o terceiro, que dizia expressamente o seguinte:

§3º Na hipótese do inciso IV do caput deste artigo, será considerado penhorável até 40% (quarenta por cento) do total recebido mensalmente acima de 20 (vinte) salários mínimos, calculados após efetuados os descontos de imposto de renda retido na fonte, contribuição previdenciária oficial e outros descontos compulsórios.

Dessa forma, fica claro que havia intenção do legislador em dar maior efetividade às cobranças de dívidas, resguardando, contudo, a dignidade do devedor, vez que permitia a penhora de salários apenas do valor que ultrapas-

² BRASIL, legislação Código de Processo Civil. Disponível em www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5869.htm. Acesso em 18 fev.2008.

sasse os 20 (vinte) salários mínimos líquidos. Porém, tal parágrafo foi vetado pelo Excelentíssimo Senhor Presidente da República, sob argumentos contraditórios e risíveis.

2. Veto presidencial ao §3º do Artigo 649 do CPC

Chamo atenção, aqui, para o fato de que não havendo o veto do Presidente, talvez esse tema perdesse ou tivesse seu valor diminuído, pois o próprio ordenamento jurídico estaria embasando as penhoras de salário para a satisfação dos créditos judiciais.

No entanto, necessário se faz o aprofundamento sobre qual teria sido o motivo que levou o Presidente a vetar importante dispositivo legal.

Diz textualmente o veto³:

O Projeto de Lei quebra o dogma da impenhorabilidade absoluta de todas as verbas de natureza alimentar, ao mesmo tempo em que corrige discriminação contra os trabalhadores não empregados ao instituir impenhorabilidade dos ganhos de autônomos e de profissionais liberais. Na sistemática do Projeto de Lei, a impenhorabilidade é absoluta apenas até vinte salários mínimos líquidos. Acima desse valor, quarenta por cento poderá ser penhorado.

A proposta parece razoável porque é difícil defender que um rendimento líquido de vinte vezes o salário mínimo vigente no País seja considerado como integralmente de natureza alimentar. Contudo, pode ser contraposto que a tradição jurídica brasileira é no sentido da impenhorabilidade, absoluta e ilimitada, de remuneração. Dentro desse quadro, entendeu-se pela conveniência de opor veto ao dispositivo para que a questão volte a ser debatida pela comunidade jurídica e pela sociedade em geral.

Assim, salta aos olhos que a razão invocada pelo Excelentíssimo Presidente foi de que o projeto de Lei quebraria o dogma da impenhorabilidade absoluta de todas as verbas de natureza alimentar, contrapondo-se à tradição jurídica brasileira. E, finaliza com a necessidade de se abrir espaço para a discussão pela comunidade jurídica e pela sociedade em geral.

³ BRASIL. **Legislação**. Disponível em <www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Msg/Vep/VEP-1047-06.htm>. Acesso em 18 fev.2008.

Ora, vejo claramente que faltaram ao Excelentíssimo Senhor Presidente melhores argumentos para vetar tão importante dispositivo. Primeiro, porque de fato o que se queria era a quebra de dogmas arcaicos, atrasados e que apenas beneficiavam o devedor; segundo porque em gritante contradição, no final da mensagem de veto, o próprio Presidente aponta como argumento para vetar o prazo da *vacatio legis*, o seguinte:

O conteúdo do presente Projeto de Lei foi 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. 8º da Lei Complementar nº 95, de 1998.

Assim, observo que não foram estes, de fato, os argumentos que o levaram a vetar a mudança proposta para o artigo 649 do CPC. Quem sabe, teria ele uma própria convicção de resguardar o patrimônio dos devedores contumazes.

Explico.

Não houve qualquer problema em se convalidar o que ficou prescrito no inciso X do mesmo artigo, vejamos “**Art. 649. São absolutamente impenhoráveis:**” (...) ”X - até o limite de 40 (quarenta) salários mínimos, a quantia depositada em caderneta de poupança”.

Pois bem, além de vetar importante ferramenta para satisfazer os créditos decorrentes das decisões judiciais, ainda achou por bem aumentar a proteção dada ao devedor, chancelando de absolutamente impenhoráveis as finanças guardadas em caderneta de poupança até o limite de 40 vezes o salário mínimo. Pergunto: alguém tem dúvida que os maus pagadores irão distribuir suas reservas em várias poupanças com limites de até 40 salários mínimos?

Esqueceu-se, também, o Excelentíssimo Senhor Presidente do tratamento que é dado aos servidores da União que possuam débitos com a administração pública. Diz a Lei nº 8.112/90, textualmente⁴:

Art. 46. As reposições e indenizações ao erário, atualizadas até 30 de junho de 1994, serão previamente comunicadas ao servidor ativo, aposentado ou ao pensionista, para pagamento, no prazo máximo de trinta dias, podendo ser parceladas, a pedido

⁴ BRASIL. **Legislação**. Disponível em <www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8112cons.htm> . Acesso em 18 fev.2008.

do interessado.

§ 1º O valor de cada parcela não poderá ser inferior ao correspondente a dez por cento da remuneração, provento ou pensão.

§ 2º Quando o pagamento indevido houver ocorrido no mês anterior ao do processamento da folha, a reposição será feita imediatamente, em uma única parcela.

§ 3º Na hipótese de valores recebidos em decorrência de cumprimento a decisão liminar, a tutela antecipada ou a sentença que venha a ser revogada ou rescindida, serão eles atualizados até a data da reposição.

Digam-me! O que é isso senão penhora administrativa dos salários dos funcionários?

De toda sorte, houve o veto presidencial, e restou a redação que está descrita no artigo 649 do CPC. E, mais uma vez pergunto: havendo prescrição legal, em ordenamento infraconstitucional, proibindo a penhora de salários, exceto para pagamento de dívidas de natureza alimentar, pode o Juiz decidir pela penhora de tais valores; notadamente para pagamento também de salários? Onde fica a dignidade do trabalhador contratado por devedor insolvente, sendo este possuidor apenas do salário a garantir suas dívidas?

3. Interpretação judicial e o Pós-positivismo

Abro espaço nesse momento para demonstrar que a época do positivismo, da vinculação exacerbada ao texto legal, de muito que está ultrapassada. Ensina o Mestre Luis Roberto Barroso⁵ que:

Na trajetória que os conduziu ao centro do sistema, os princípios tiveram de conquistar o *status* de norma jurídica, superando a crença de que teriam uma dimensão puramente axiológica, ética sem eficácia jurídica ou aplicabilidade direta e imediata. (...)

(...) Regras são, normalmente, relatos objetivos, descritivos de determinadas condutas e aplicáveis a um conjunto delimitado de situações. Ocorrendo a hipótese prevista no seu relato, a regra deve incidir, pelo mecanismo tradicional de *subsunção*: enquadram-se os fatos na previsão abstrata e produz-se uma conclu-

⁵ BARROSO, L. R. Interpretação e aplicação da Constituição: Fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. São Paulo: Saraiva, 2004, 6. ed. Ver. atual. E ampl.

são. A aplicação de uma regra se opera na modalidade tudo ou nada: ou ela regula a matéria em sua inteireza ou é descumprida. Na hipótese do conflito entre duas regras, só uma será válida e irá prevalecer. Princípios, por sua vez, contêm relatos com maior grau de abstração, não especificam a conduta a ser seguida e se aplicam a um conjunto amplo, por vezes indeterminado, de situações. Em uma ordem democrática, os princípios freqüentemente entram em tensão dialética, apontando direções diversas. Por essa razão, sua aplicação deverá ocorrer mediante ponderação: à vista do caso concreto, o intérprete irá aferir o peso que cada princípio deverá desempenhar na hipótese, mediante concessões recíprocas, e preservando o máximo de cada um, na medida do possível. Sua aplicação, portanto, não será no esquema tudo ou nada, mas graduada à vista das circunstâncias representadas por outras normas ou por situações de fato. (...)

(...) É bem de ver, no entanto, que o sistema jurídico ideal se consubstancia em uma distribuição equilibrada de regras e princípios, nos quais as regras desempenham o papel referente à segurança jurídica – previsibilidade e objetividade das condutas – e os princípios, com sua flexibilidade, dão margem à realização da justiça do caso concreto. (p 350, 353).

Resta claro que ao julgar o caso concreto, deve o Juiz, não só fazer a subsunção dos fatos ao ordenamento jurídico existente, aplicando-lhe a regra que rege a matéria, mas, deve também utilizar-se dos princípios maiores existentes no nosso ordenamento, para que sua decisão seja, além de legal, justa.

Importante a lição de Paulo Roberto Soares Mendonça, que estudando a Teoria da Argumentação de Chaïm Perelman faz uma abordagem da atuação dos juízes quanto à aplicação da legislação e o conteúdo de justiça de suas decisões. Diz o autor⁶:

Deve o Juiz buscar uma significação própria para determinados conceitos jurídicos, a partir das condições materiais do momento em que a lei é aplicada. A vinculação do juiz à lei deve ser concebida dentro da perspectiva de uma sociedade em acelerado processo de mudança e não sob uma visão inerte, estática. É

⁶ MENDONÇA, Paulo Roberto Soares: A argumentação nas decisões judiciais. 3 ed. Revista e Atualizada de acordo com a EC 45/2004 (“Reforma do Poder Judiciário”). – Rio de Janeiro: Renovar, 2007

importante que se diga que o juiz não age arbitrariamente, tendo sua esfera de atuação delimitada pelo direito positivo. A esfera onde a lei não penetra é precisamente aquela em que a atividade judicial é puramente decisória, na qual o magistrado se utiliza de uma lógica própria para analisar os fatos e as provas.

O papel criativo da jurisprudência de modo algum afeta a segurança do direito, mas de modo contrário, é capaz de legitimá-lo perante a sociedade; pois o juiz representa um ente personalizado, em meio a um sistema essencialmente impessoal. Portanto, em realidade não há conflito entre a esfera construtiva de atividade judicante e a legalidade, mas apenas uma complementação de papéis, em que a lei fornece o eixo básico, a partir do qual, no momento da aplicação do direito, o juiz formulará uma tese, a fim de solucionar o litígio. (p 17,18).

Continua o autor a citar um outro papel importante da decisão do juiz, qual seja a criação do Direito:

Além da função declaratória, há estudiosos, como Bülow, Gény, Ehrlich, Stammler, Kantorowicz, entre outros, ligados ao “Movimento do Direito Livre”, que identificam um caráter criador na sentença. Isto se dá porque a lei muitas vezes é pouco clara, lacunosa, ou simplesmente se tornou incompleta, devido ao avanço tecnológico e às modificações sociais aceleradas. Em tal circunstância, a decisão prolatada pelo juiz representa não uma mera declaração de direito, mas uma verdadeira criação de direito novo. Esta função da sentença aflora, sobretudo quando o juiz decide a lide por equidade, que consiste na noção de justiça aplicada a um caso em particular. (ib idem, p, 35/36)

Para o autor, o processo argumentativo que existe ao se prolatar uma sentença não é um jogo de “soma-zero”, em que um lado ganha por ser detentor da verdade e outro perde. Sustenta que o processo argumentativo é dinâmico e instável, no qual não existiria um argumento “correto” e sim um argumento “predominante”. Chega, inclusive, a afirmar que não haveria um argumento “incorreto”, mas apenas uma fundamentação deficiente, o que não impediria que em determinada época, futura, viesse esta tese a se tornar dominante.

Na mesma obra, aborda o autor a existência de lei teórica e lei prática,

sendo que:

A primeira é uniforme e verdadeira, tendo seu fundamento na comprovação material dos fatos, através de um processo demonstrativo, nos moldes das leis da física e da química, por exemplo. Já a segunda é arbitrária, apurada não por via demonstrativa, mas por juízos de valor. As normas jurídicas, segundo Perelman são essencialmente práticas, podendo ser objeto de uma avaliação subjetiva, quanto ao seu caráter de normas justas ou não, exatamente por resultarem da vontade humana. (p, 121).

Destaco, ainda, desta obra as seguintes passagens em que o autor nos alerta:

A principal consequência desse caráter arbitrário da justiça se verifica no momento da aplicação do direito, quando aquele que julga deve levar em conta os princípios formadores de determinado ordenamento. As normas jurídicas podem até ser internamente coerentes entre si, preenchendo as exigências de uma lógica formal. Por outro lado, poderão elas ser fundadas em parâmetros incompatíveis com a realidade social, cabendo então ao julgador a tarefa de dar às normas uma interpretação que venha a compatibilizá-la com os princípios do ordenamento jurídico no qual estão inseridas. (p. 126)

Cabe destacar o potencial inovador que possui a jurisprudência, uma vez que a dinâmica do direito se manifesta, de modo mais intenso, no âmbito do processo. Nele são postas em exame novas situações de fato e novos tipos de conflito jurídicos, além de formuladas novas interpretações das normas jurídicas vigentes. Perelman inclusive destaca que a discussão jurídica propriamente dita toma lugar de forma mais acentuada nos tribunais do que nas Casas legislativas.

(...) Mais do que a Academia e o Legislativo, o Judiciário é o grande fator de oxigenação do direito, através das decisões de seus juízes, que são responsáveis pela incorporação à prática do direito das construções doutrinárias, atribuindo-lhes um conteúdo até certo ponto normativo.

(...) Além disso, gozam os julgadores da prerrogativa de dar

nova vida aos textos legais, de modo a adequá-las às mudanças ocasionadas pelo avanço das relações sociais. Precisamente daí decorre o fato de que os debates parlamentares acabam por vir a reboque das teses esculpidas pelos tribunais, transformando em direito positivo, construções jurisprudenciais já consagradas na prática.

Todavia, essa função criadora exige que o juiz seja mais do que um mero aplicador da letra da lei. Sua atuação deve ser hábil o suficiente, para que a motivação de suas decisões seja aceita pela comunidade jurídica. (p. 150-151).

Traçadas essas linhas quanto à liberdade de atuação do juiz no processo e a necessidade de fundamentação de suas decisões, demonstrarei, agora, alguns argumentos que possam embasar a determinação judicial para penhora de salários para pagamento de dívidas de natureza também salarial.

4. Salário X prestação alimentícia

Não é objetivo deste trabalho, discutir ou aprofundar a denominação própria ou imprópria do salário, para tanto, ver Maurício Godinho Delgado⁷.

Tentarei mostrar as semelhanças existentes entre o salário e a verba de natureza puramente alimentícia, fazendo ainda observações quanto ao fator de dignidade que as reveste, de modo a torná-las protegidas pelo nosso ordenamento.

Não há dúvida que o salário e a prestação alimentícia têm a mesma função social, a manutenção de forma digna de uma pessoa ou de uma família. Tanto é assim, que servem para a manutenção das necessidades vitais básicas com: moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene e transporte. Diferem, apenas, quanto à origem da obrigação e a pessoa que está obrigada ao seu pagamento. No primeiro caso, deverá pagar salário aquele que usufrui do serviço prestado pelo seu empregado; no segundo caso, pode ser sujeito da obrigação, tanto o parente, quanto o cônjuge. Instigo, aqui, o leitor a encontrar algo que não embase o caráter de dignidade que reveste tais prestações.

No direito de família, uma das pilastras que fundam o direito à percepção da prestação alimentícia é a necessidade de quem as pede. A outra, é

⁷DELGADO, Maurício Godinho: Curso de direito do trabalho – 6. ed. – São Paulo: LTr, 2007.

a possibilidade de quem as deve. Este o binômio da prestação alimentícia: necessidade-possibilidade

Não é outra a situação do trabalhador que colocou a sua força de trabalho à disposição do empregador e que necessita de uma contraprestação para que possa dignamente manter a si e a sua família. Nessas condições, não vejo qualquer diferença que possa servir de alicerce para que se proteja mais uma prestação do que a outra. Destaco que a questão familiar (parentesco) nem sempre se dá por vontade das partes, ao passo que a questão salarial que envolve empregado e empregador pressupõe, nitidamente, a existência de um contrato bilateral e consensual entre as partes. Explico.

Na relação de parentesco, às vezes e não raramente, o laço familiar que une credor e devedor não nasceu da vontade do devedor. Constantemente, vemos pais ou até mesmo avós sendo obrigados a pagar prestações alimentícias por pura irresponsabilidade sua ou dos filhos, que não tiveram o cuidado de prevenir gestações indesejáveis nos seus relacionamentos e, após o nascimento da criança, muitas vezes sem meios de sustento próprio, acabam por ser demandados na justiça por uma pensão alimentícia. Nas relações que envolvem pagamentos de salários, ao contrário, quase que 100% se dão por inadimplência do pagamento das prestações devidas pelo contrato existente entre as partes, ou ainda por terem, ao menos, se beneficiado da prestação dos serviços do empregado.

Tirando essas diferenças, o caráter da verba que se discute é o de manutenção das condições vitais básicas do indivíduo e de sua família de forma digna. Não é necessário ir muito longe para encontrar embasamento jurídico para essa afirmação. A própria Constituição da República em seu artigo 100, §1º-A, expressamente nos diz que:

Os débitos de natureza alimentícia compreendem aqueles decorrentes de salários, vencimentos, proventos, pensões e suas complementações, benefícios previdenciários e indenizações por morte ou invalidez, fundadas na responsabilidade civil, em virtude de sentença transitada em julgado.

Assim, fica claro que a própria Carta Magna estatui que os débitos para pagamento de salários têm natureza alimentar.

Diante do que já foi explanado, não resta dúvidas de que o salário, sendo necessário para a própria subsistência do empregado, está intimamente

ligado com a dignidade do ser humano, especificamente do trabalhador. E, por isso mesmo, merece proteção da sociedade e do Estado. Tal proteção já se encontra formalmente garantida por diversas normas legais, a exemplo dos artigos 457 a 467 e 477 da CLT⁸, destacando-se a proibição de pagamento por período superior a um mês; pagamento em moeda corrente do País, e principalmente a proibição de descontos de qualquer natureza, salvo quando resultar de adiantamentos, dispositivos legais ou de contrato coletivo, ou ainda em caso de dano causado pelo empregado, se tal possibilidade tiver sido acordada, ou na ocorrência de dolo.

Ainda, a retenção da parcela incontroversa do que seria devido ao trabalhador demitido sujeita o empregador ao pagamento de um acréscimo de 50% sobre tais verbas e, também, acaso ultrapasse o prazo para pagamento da rescisão, estará sujeito ao pagamento de um valor correspondente a um salário para o empregado. Há, também, outras normas não consolidadas, que também garantem proteção ao salário, a exemplo do próprio artigo 100 da Constituição Federal que prioriza o seu pagamento quando feito por meio de precatório.

Talvez, por força da necessidade de se proteger os salários é que grande parte da jurisprudência se inclina no sentido da impenhorabilidade absoluta dos salários. Nesse sentido⁹:

PROC. NU.: 00914.2002.003.13.00-9Agravado de Petição(Sumaríssimo) Procedência: 3ª VARADO TRABALHO DE JOÃO PESSOA Relator(a): JUIZ EDVALDO DE ANDRADE Agravante: MARIA JAQUELINE SILVA DE OLIVEIRA Advogado do Agravante: DANIEL GUSTAVO GUEDES P.DE ALBUQUERQUE Agravado: RUTH DE SOUSA CORREIA-RESTAURANTE CAÇUA Advogado do Agravado: CHARLES CRUZ BARBOSA E M E N T A: AGRAVO DE PETIÇÃO. SALÁRIOS. IMPENHORABILIDADE. RELATIVIZAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. A impenhorabilidade de salário das pessoas físicas prevista no inciso IV do art. 649 do CPC não comporta relativização. Os salários somente serão penhoráveis na hipótese já ressalvada na própria norma, ou seja, para pagamento de prestação alimentícia. Agravado de petição desprovido. DECISÃO: ACORDAM os Juizes do Tribunal Regional do Trabalho

⁸ BRASIL. Legislação CLT. Disponível em <www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del5452.htm> . Acesso em 18 fev.2008.

⁹ BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 13ª Região. Disponível em:<www.trt13.jus.br>. Acesso em: 18 fev.2008

da 13ª Região, com a presença do representante da Procuradoria Regional do Trabalho, Exmo. Sr. Dr. Márcio Roberto de Freitas Evangelista, por unanimidade, negar provimento ao agravo de petição. João Pessoa, 26 de setembro de 2006. **DIÁRIO DA JUSTIÇA DO ESTADO DA PARAÍBA Nº 12.586 NO DIA 10 DE OUTUBRO DE 2006. BOLETIM Nº 260/2006.**

Esclareço, aqui, que não advogo a possibilidade de se penhorar os salários para pagamento de toda e qualquer dívida. Mas sim, a não subserviência dos Juízes a um texto legal que não atende aos anseios da sociedade, muito menos, que não garante um tratamento digno e equitativo quando se trata de dívidas de natureza salarial. Não é justo que alguém deixe de pagar salários a quem lhe prestou serviços e, quando condenado a pagar aquilo que deve, esconda-se atrás da norma da impenhorabilidade dos salários, pois em último caso, o que fez ela senão se apropriar do salário de seu ex-empregado?

Friso, aqui, que a própria Constituição brasileira estabelece em seu artigo 7º, inciso X, “*proteção do salário na forma da lei, constituindo crime sua retenção dolosa*”. Deixarei para outra oportunidade a abordagem criminal desta regra.

5. Razoabilidade e proporcionalidade

A razoabilidade e a proporcionalidade devem ser os critérios adotados pelo magistrado na solução do problema estudado. Em cada caso, deverá o Juiz verificar qual a medida mais adequada à solução do impasse entre a proteção do patrimônio do devedor insolvente (seu salário) e o direito do credor em ver seu crédito satisfeito.

Ensina-nos, o Professor Luís Roberto Barroso que:

O princípio da razoabilidade é um parâmetro de valoração dos atos do Poder Público para aferir se eles estão informados pelo valor superior inerente a todo ordenamento jurídico: a justiça. Sendo mais fácil de ser sentido do que conceituado, o princípio se dilui em um conjunto de proposições que não o libertam de uma dimensão excessivamente subjetiva. É razoável o que seja conforme à razão, supondo equilíbrio, moderação e harmonia; o que não seja arbitrário ou caprichoso; o que corresponda ao senso comum, aos valores vigentes em dado momento ou lugar.

Há autores, mesmo, que recorrem ao direito natural como fundamento para a aplicação do mandamento da razoabilidade, embora possa ela radicar-se perfeitamente nos princípios gerais da hermenêutica.” E, continua “Seja como for, é necessário seguir em busca de terreno mais sólido e de elementos mais objetivos na caracterização da razoabilidade dos atos do Poder Público, especialmente, para os fins aqui considerados, os de cunho normativo. Somente essa delimitação de objeto poderá impedir que o princípio se esvazie de sentido, por excessivamente abstrato, ou que se perverta num critério para julgamentos *ad hoc*. A atuação do Estado na produção de normas jurídicas normalmente far-se-á diante de certas circunstâncias concretas: será destinada à realização de determinados fins, a serem atingidos pelo emprego de determinados meios. Desse modo, são fatores invariavelmente presente em toda ação relevantes para a criação do direito: os motivos (circunstâncias de fato), os fins e os meios. Além disso, há de se tomar em conta, também os valores fundamentais da organização estatal, explícitos ou implícitos, como a ordem, a segurança, a paz, a solidariedade; em última análise, a justiça. A razoabilidade é, precisamente, a adequação de sentido que deve haver entre esses elementos.” (ib idem, p. 224-226).

Já a professora Maria Sylvia Zanella Di Pietro¹⁰, ao analisar o princípio da proporcionalidade dos atos administrativos, nos ensina:

Embora a Lei nº 9.784/99 faça referência aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, separadamente, na realidade, o segundo constitui um dos aspectos contidos no primeiro. Isto porque o princípio da razoabilidade, entre outras coisas, exige proporcionalidade entre os meios de que se utiliza a Administração e os fins que ela tem que alcançar. E essa proporcionalidade deve ser medida não pelos critérios pessoais do administrador, mas segundo padrões comuns na sociedade em que vive; e não pode ser medida diante dos termos frios da lei, mas diante do caso concreto. Com efeito, embora a norma legal deixe um espaço livre para a decisão administrativa, segundo critérios de

¹⁰ Di PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo – 21. ed. – São Paulo: Atlas, 2008

oportunidade e conveniência, essa liberdade às vezes se reduz no caso concreto, onde os fatos podem apontar para o administrador a melhor solução. (p. 76).

Também neste sentido é a lição dos professores Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo¹¹:

O princípio da **razoabilidade** conduz às idéias de **adequação** e de **necessidade**. Assim, não basta que o ato da Administração tenha uma finalidade legítima. É necessário que os meios empregados pela Administração sejam adequados à consecução do fim almejado e que sua utilização, especialmente quando se trata de medidas restritivas ou punitivas, seja realmente necessária. Assim, o requisito **adequação** obriga o administrador a perquirir se o ato por ele praticado mostra-se efetivamente apto a atingir os objetivos pretendidos (alcançará o ato os resultados almejados?).

Já o requisito **necessidade** preocupa-se com a exigibilidade ou não da adoção das medidas restritivas: será que não haveria um meio menos gravoso à sociedade e igualmente eficaz na consecução dos objetivos visados (não está desmedida, excessiva, desnecessária, desproporcional, a medida adotada? Os mesmos fins não poderiam ser alcançados com medida mais prudente, mais branda, menos restritiva?).(p. 125).

Vejo, assim, que a razoabilidade e a proporcionalidade estão intimamente ligadas aos valores padrões de justiça de uma determinada sociedade e, que os meios utilizados para atingir determinado fim sejam apenas os necessários.

No caso debatido aqui, e utilizando-se da razoabilidade e proporcionalidade, entendo que o magistrado ao se deparar com uma situação conflituosa entre a impenhorabilidade do salário do devedor e a satisfação do crédito, insista-se, de natureza também salarial, deverá encontrar um meio para garantir a subsistência digna do devedor e penhorar parte do seu salário, para satisfazer o crédito trabalhista, também em nome da dignidade, desta vez do credor. E aí, vem a seguinte pergunta: qual parte do salário pode ser penhorada?

¹¹ ALEXANDRINO, Marcelo/PAULO, Vicente: Direito administrativo – 13 ed. – Rio de Janeiro: Impetus, 2007.

A resposta, embora pareça óbvia, vai depender do caso concreto. Apenas como sugestão, indico um percentual que difere do que existia no §3º do artigo 469 do CPC, mas que já vem sendo utilizado de algum tempo para as consignações em pagamento, qual seja, 30% da remuneração do devedor. Chamo atenção para o fato de a sociedade já está acostumada com tal percentual, que por anuência do próprio assalariado pode ser descontado dos seus vencimentos para pagamento de empréstimos consignados em folha. Caberá ao magistrado o dever de observar os meios que usará na consecução do fim que se almeja e o princípio da dignidade das pessoas envolvidas, podendo em alguns casos penhorar limite maior ou menor que os 30%, aqui indicados.

6. Posição dos nossos tribunais

Embora a jurisprudência majoritária dos nossos tribunais ainda aponte no sentido da impossibilidade absoluta dos salários, em consonância com a ementa transcrita acima, já há posições de vanguarda que apontam no sentido contrário. Vejamos¹²:

A 1ª Seção de Dissídios Individuais (SDI) do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região julgou improcedente mandado de segurança interposto contra ato praticado pela 2ª Vara do Trabalho de Paulínia, que determinou o bloqueio de 30 por cento do saldo da conta corrente da impetrante. A executada ajuizou o mandado de segurança alegando que a penhora afrontava o artigo 649 do Código de Processo Civil (CPC), por se tratar de conta em que recebe sua aposentadoria. A relatora, juíza Mariane Khayat, propôs em seu voto que, apesar do que dispõe o inciso IV do artigo 649 do CPC, deve ser admitida a penhora de 30 por cento dos salários do executado para quitação de débitos trabalhistas. “Em casos assim”, argumentou a magistrada, “há o confronto entre dois valores de mesma grandeza, que envolvem a subsistência tanto do exequente como do executado”. A juíza Mariane ponderou que essa interpretação, ao relativizar a impenhorabilidade dos salários, não desrespeita a Constituição Federal, “que tem na dignidade humana um fundamento do Estado Democrático de Direito”. Além disso, prosseguiu a juíza, ao se restringir a

¹² BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região. Disponível em: <www.trt15.jus.br>. Acesso em: 18 fev.2008.

penhora a 30 por cento da conta, preserva-se a sobrevivência do executado, sem se ignorar “as necessidades urgentes do trabalhador”. A relatora observou ainda que a manutenção do ato do juiz de primeira instância confere “maior credibilidade às decisões emanadas pelo Poder Judiciário, dando maior grau de certeza àquele que utiliza esta via de solução de conflitos, de que terá, mais do que o exercício de um direito, um acesso à ordem jurídica justa, célere e eficaz”. A juíza Mariane salientou também que o próprio artigo 649 do CPC, nos incisos II e III, ao atribuir caráter impenhorável a, respectivamente, “móveis, pertences e utilidades domésticas que guarnecem a residência do executado” e “vestuários e pertences pessoais”, ressalva que a proteção não deve alcançar os bens de valor elevado ou que “ultrapassem as necessidades comuns correspondentes a um médio padrão de vida”. No entendimento da relatora, “tudo o que está além das necessidades mínimas de conforto, saúde e dignidade do devedor é possível de ser apesado para garantir o pagamento de suas dívidas, garantindo-se, assim, a dignidade do credor”. “A tradição jurídica tem de dar lugar à efetivação dos direitos constitucionais, cuja inspiração, mais do que a tradição, repousa em preceitos de direito natural, de distribuição de justiça e anteriores à própria tradição”, reforçou a juíza Mariane, concluindo seu voto, com base no qual a 1ª SDI manteve a penhora de 30 por cento do valor existente na conta-salário/aposentadoria da impetrante. (Processo 0283-2006-000-15-00-1 MS) (extraída do site do TRT 15ª Região)

7. Conclusão

Por se tratar de um tema ainda em aberto, espero ter contribuído para o debate e uma melhor visão do problema da satisfação dos créditos trabalhistas, que muitas vezes esbarra na falta de patrimônio do devedor, dependendo única e exclusivamente da penhora, embora parcial, dos vencimentos do devedor.

Trouxe à baila meu posicionamento, que não é único, e que encontra respaldo, tanto no ordenamento jurídico positivado, inclusive em sede constitucional, como também nos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, bem como em parte da jurisprudência, embora ainda minoritária.

Renovo a crítica ao veto presidencial ao parágrafo 3º do artigo 649, IV, pois entendo que se queria, realmente, romper com o paradigma da impenhorabilidade absoluta dos salários.

Diante de tudo o que foi exposto, concluo que a impenhorabilidade dos salários não é absoluta, tendo em vista que a norma infraconstitucional não engessa a atividade do juiz, mormente, quando há regra constitucional proibindo sua retenção dolosa, de forma que ele baseado nos princípios maiores que dão suporte ao nosso ordenamento jurídico, especificamente os da dignidade da pessoa humana, da proporcionalidade e razoabilidade, poderá até mesmo decidir *contra legem*, determinando a penhora dos salários do devedor. Para tanto, entendo que os créditos a serem garantidos têm que ter a mesma natureza alimentar.

8. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente: *Direito administrativo* – 13. ed. – Rio de Janeiro: Impetus, 2007.

BARROSO, L. R. *Interpretação e aplicação da Constituição: Fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. São Paulo: Saraiva, 2004, 6. ed. Ver. atual. E ampl.

BRASIL. *Constituição Federal*. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 18 fev. 2008.

BRASIL. *Legislação CLT*. Disponível em <www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del5452.htm> . Acesso em 18 fev.2008.

BRASIL. *Legislação*. Disponível em <www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8112cons.htm> . Acesso em 18 fev.2008.

BRASIL. *Legislação Lei 11.382/2006*. Disponível em <www.senado.gov.br> . Acesso em 18 fev.2008.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 13ª Região. Disponível em:<www.trt13.jus.br>. Acesso em: 18 fev.2008.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região. Disponível em:<www.trt15.jus.br>. Acesso em: 18 fev.2008.

BRASIL. *Legislação*. Disponível em <www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Msg/Vep/VEP-1047-06.htm> . Acesso em 18 fev.2008.

DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 6. ed. – São Paulo: LTr, 2007

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 21. ed. – São Paulo: Atlas, 2008

MENDONÇA, Paulo Roberto Soares. *A argumentação nas decisões judiciais*. 3 ed. Revista e Atualizada de acordo com a EC 45/2004 (“Reforma do Poder Judiciário”). – Rio de Janeiro: Renovar, 2007

ACIDENTE DO TRABALHO E RESPONSABILIDADE CIVIL

Pedro Aurélio Garcia de Sá ¹

1. Introdução

Muito tem se discutido e escrito sobre a questão da reparação civil no âmbito da relação laboral decorrente de acidente do trabalho. Nem as soluções do direito clássico, nem as formas modernas de pensar o problema parecem satisfatórias².

Do ponto de vista do direito clássico, a reparação civil se torna complexa porque se imiscuem princípios de justiça distributiva e corretiva.

Na justiça distributiva, em caso de responsabilidade civil, um dos sujeitos é qualificado pelo elemento culpa. Deve reparar a vítima de modo proporcional ao prejuízo sofrido. Trata-se da responsabilidade subjetiva.

Na justiça corretiva ou comutativa, não se consideram condições especiais dos sujeitos da relação jurídica, que são analisados abstratamente. Determina-se a reparação ao dano, estabelecendo-se uma equivalência entre prejuízo da vítima e a necessidade de indenização por parte do autor do evento danoso, sem investigação sobre a culpa do agente: é a teoria da responsabilidade objetiva ou teoria do risco.

O direito moderno, não considerando os critérios de justiça comutativa e distributiva do direito clássico, por sua vez, contempla a evolução da responsabilidade com culpa para a responsabilidade objetiva, ou sem culpa. A tendência acentuada do direito na direção da objetivação dos riscos não soluciona em definitivo os aspectos da justiça na reparação do dano.

No caso específico do empregador, haverá responsabilidade civil na hipótese de lhe ser imputado um dano que atinja a esfera moral ou material do seu empregado ou que afete terceiros, em função do contrato de trabalho.

¹ Pedro Aurélio Garcia de Sá é Advogado. Especialista em Direito Empresarial pela UFPB. Pós-graduando em Direito Material e Processual do Trabalho pela ESMAT da 13ª Região

² MASSINI, Carlos Ignacio. La reparacion civil desde las perspectivas clasica y moderna. In El derecho, los derechos humanos y el valor del derecho. Buenos Aires: Abeledo –Perrot, 1987, p. 249-267.

Estes prejuízos devem ser reparados pelo empreendedor na linha da sistemática traçada pela lei civil.

Qual dos tipos de reparação está sujeito o empregador, em caso de danos a seu empregado: a uma justiça comutativa, quando não se perquire a culpa nos casos da teoria do risco ou teoria da responsabilidade objetiva, ou uma justiça distributiva em que se investiga a culpa do empregador? Um modelo de responsabilidade que será geralmente subjetiva do empregador diz respeito às indenizações por dano moral. Aqui, dano e reparação estão sujeitos a uma equação proporcional, com apreciação subjetiva da culpa do empregador.

Isso não ocorrerá no caso de acidentes de trabalho, em que, por vezes, o empregador poderá ter responsabilidade subjetiva e, em outras, objetiva. Isto porque o art. 927 do Novo Código Civil, no *caput*, prevê que aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. Mas, no parágrafo único, complementa que haverá obrigação de reparar o dano, *independentemente de culpa*, nos *casos especificados em lei*; ou, quando a atividade *normalmente* desenvolvida pelo autor do *dano implicar*, por sua *natureza, risco* para os direitos de outrem.

Dúvida que, ainda, paira na doutrina é se, no parágrafo único do art. 927 do Código Civil de 2002, há responsabilidade objetiva do empregador, se prevalece a tese da responsabilidade subjetiva ou, ainda, se é admissível uma posição mista ou eclética.

Até a edição Código Civil de 2002, a responsabilidade em caso de acidente era tratada como subjetiva ou com culpa quando estes decorriam do desenvolvimento normal do contrato de trabalho, sendo aplicável o art. 7º, inciso XXVIII, do CF/88 que dispõe: “*São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria da sua condição social: Seguro contra acidente de trabalho, a cargo do empregador, sem excluir a indenização a que este está obrigado, quando incorrer em dolo ou culpa.*”

Teria o novo Código Civil convertido a situação de responsabilidade subjetiva do empregador em responsabilidade objetiva?

Quando se examinam as disposições pertinentes à responsabilidade civil do empregador, percebemos hipóteses de responsabilidade subjetiva e objetiva, além de uma esfera “cinza” a ser esclarecida pelo desenvolvimento da doutrina e jurisprudência.

Para enfrentar estes problemas, o trabalho foi dividido em duas partes: primeiramente, serão analisados os fundamentos gerais da reparação civil.

Na segunda parte, serão destacados alguns dispositivos importantes para a fixação da responsabilidade do empregador no âmbito da legislação civil vigente quanto ao dano moral e ao acidente do trabalho.

2. Fundamentos da Reparação Civil

Alguns bens jurídicos são assegurados constitucionalmente ou na legislação infraconstitucional em função da dignidade do trabalho.

A posse e a propriedade de bens materiais ou imateriais, o direito à vida, à saúde, à qualidade de vida são valores incorporados ao acervo patrimonial do ser humano e assegurados por normas de direito natural e direito positivo. A ninguém é lícito subtrair bens da esfera jurídica de outrem. A ofensa a tais bens caracteriza o dano que necessita ser reparado ou indenizado, restituindo-se ou compensando-se ao titular as perdas sofridas.

Os danos a serem indenizados civilmente não são resultantes de condutas típicas penais, mas de atos ou fatos lesivos diversos, decorrentes ou relacionados à ação humana prevista ou não.

A reparação dos danos é uma obrigação decorrente do direito natural, dos princípios gerais de direito e das normas de direito positivo.

Desde o Direito Romano, a regra era de não causar dano a ninguém, conforme a expressão: “*neminem laedere*”. Em nosso ordenamento jurídico, há normas que disciplinam o dever de reparar os danos por parte de quem os causou.

A responsabilidade civil é “*dever jurídico sucessivo que surge para reparar o dano decorrente da violação de um dever jurídico originário*”³.

As funções⁴ da responsabilidade civil podem ser resumidas na necessidade de aplicação ao infrator de medida pedagógica e punitiva visando aliviar o sofrimento da vítima. A garantia de ressarcimento implica para a vítima uma espécie de reconhecimento de sua dor atenuada pela solidariedade social.

É elemento da responsabilidade civil a existência de uma ação ou omissão que gera um dano. Para haver imputação da responsabilidade, necessita-se de um nexu causal entre ação e omissão, aliada a culpa ou dolo. Estes últimos elementos podem ser desconsiderados nos casos de responsabilidade objetiva.

A natureza jurídica da responsabilidade civil para maioria dos autores

³ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Comentários ao Código Civil*. Volume XI. São Paulo, 2003, p. 07.

⁴ SILVA, Caio Mario da. *Responsabilidade Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2ª Edição, 1990, p. 15.

é sanção⁵, por analogia ao Direito Penal visto que se trata de reparação por ato ilícito. A sanção se materializa como pena, indenização ou compensação pecuniária.

Entretanto, em uma sociedade de consumo, o motivo pelo qual o empresário deve indenizar é na verdade pelo risco de sua atividade. O risco do produto ou do serviço já estaria sendo transferido para todos os consumidores, que estão pagando o preço de um seguro social público⁶. A reparação decorre de um dever de justiça social - todos prestam solidariedade a aquele que sofreu dano – e, de certa forma, o valor da reparação já está embutido no lucro do empreendimento que contempla os futuros riscos que possam ocorrer.

Como a reparação decorre das exigências da justiça social, associa-se na moderna tendência do Direito Civil à função social dos contratos (art. 421 do CC) e à função social da propriedade estampada constitucionalmente no art. 170, inciso III.

Do ponto de vista sociológico, o tema da responsabilidade civil está associado aos crescentes riscos da vida social e diz respeito à possibilidade de distribuí-los adequadamente.

Historicamente, em uma primeira fase da responsabilidade civil, visava-se à vingança privada em que a vítima pretendia impingir ao infrator ou causador do dano uma pena. Em um segundo momento, passa-se à fase da responsabilidade subjetiva: o Estado requer a demonstração de culpa, como se verifica no direito francês, em 1804, com o Código de Napoleão. Esta foi a forma adotada no antigo art. 159 do Código Civil anterior e no atual art. 186 do Código Civil em vigor.

Em termos de direito comparado⁷, as incongruências da responsabilidade subjetiva começaram a surgir após a Revolução Industrial. Houve um aumento excessivo de acidentes de trabalho, inversamente proporcional à demonstração de culpa da parte patronal, pela dificuldade na produção da prova da culpabilidade⁸. A responsabilidade subjetiva mostrou-se inadequada para cobrir os casos de reparação necessária.

No direito francês, com Saleilles e Josserand, desenvolve-se a teoria da responsabilidade objetiva, considerando os aspectos sociais da vida moderna. Ao lado das teses socializantes dos riscos surgem os conceitos de direitos

⁵ BITTAR, Carlos Alberto, *Reparação Civil por Danos Morais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1ª Edição, 1993, p. 16

⁶ Nesse sentido o Professor Cláudio Michelon da UFRGS aduz que há na teoria da responsabilidade civil uma natureza jurídica de seguro público.

⁷ TARTUCE, Flávio. *A Responsabilidade Civil Subjetiva como regra geral no Novo Código Civil*. Disponível na Internet: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em 24 de outubro de 2004.

⁸ STOCO, Rui. *Responsabilidade Civil e sua Interpretação Jurisprudencial*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 4ª Edição 1999, p. 76

individuais homogêneos, coletivos e difusos. Cresce a idéia de que indenizar é dever decorrente dos riscos da vida social e das exigências do consumo em massa.

A responsabilização de forma objetiva, independente da culpa do autor do dano, passa a ser adotada em algumas leis esparsas.

No Brasil, ilustram a responsabilidade objetiva o Código das Estradas de Ferro, a Lei do Acidente de Trabalho, o Código Brasileiro do Ar, entre outros.

Nos anos 80, promulgam-se as da Política Nacional do Meio Ambiente, Lei 6938/81 (art. 14, §1º), prevendo a responsabilidade objetiva do poluidor e, para assegurar defesa de bens difusos, é editada a Lei da Ação Civil Pública, Lei 7.347/85.

Na década de 90, o Código de Defesa do Consumidor, Lei nº. 8.078/90, prevê a responsabilidade independente de culpa do fornecedor de produtos ou serviços (arts. 12 a 17, CDC), baseada na teoria do risco-proveito.

Toda a teoria do risco é centrada em noções de proveito econômico decorrente da atividade empreendedora: *“quem exerce alguma atividade cria um risco de dano para terceiros mesmo que isento de culpa. A responsabilidade civil supera a noção de culpa para traduzir o princípio do risco-proveito. Nesse sentido, é reparável o dano causado a outrem em consequência de uma atividade realizada em benefício do responsável”*⁹.

Este movimento de ênfase legislativa na teoria objetiva do risco induz à reflexão sobre os perigos na sociedade moderna.

Apartir deste panorama teórico, é importante analisarmos a abrangência das alterações do código civil quanto à imputação ao empregador de novas formas de responsabilidade objetiva decorrente de riscos da atividade.

3. O Novo Código Civil e a Responsabilidade Civil do Empregador

A primeira pergunta que se faz com relação ao empregador é: qual o tipo de responsabilidade que envolve o empregador com relação a danos ocorridos com seu empregado?

Uma primeira ponderação é no sentido de que, para o empregador, aplica-se a regra geral prevista no 186 do Código Civil de 2002: *“Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e*

⁹ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Comentários ao Código Civil*. Volume XI. São Paulo, 2003, p. 29.

causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”.

Em tese, prevalece, como em todo o código, para o empregador a necessidade de provar a culpa em caso de dano, até porque a Constituição Federal de 1988 assim o prevê.

Deste modo, passa-se a examinar a responsabilidade do empregador em um caso típico de responsabilidade subjetiva, a saber, o dano moral; em seguida, um caso típico de responsabilidade objetiva, o art. 932 do CC; e, por fim, uma situação não clara quanto ao tipo de responsabilidade do empregador, que é o acidente de trabalho.

4. Caso típico de responsabilidade subjetiva do empregador: o dano moral

Dano moral é o constrangimento imputado ao empregado por conta da relação de emprego.

O art. 5º, inciso X, da Constituição Federal assegura ao empregado a reparação por dano moral. Prevê a CF/88: “*são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente da sua violação.*”

O Código Civil de 2002 contempla os chamados direitos de personalidade, em vários dispositivos. A partir do artigo 11, são caracterizados os direitos da personalidade como intransmissíveis e irrenunciáveis. Isto porque tais direitos indisponíveis dizem respeito à identidade do ser humano e às características que o fazem ser reconhecido em suas peculiaridades pelos demais membros do grupo social e estão indissolúvelmente associados ao princípio macro da dignidade da pessoa humana prevista no art. 1º, inciso III da CF/88.

É importante lembrar que a proteção dos direitos de personalidade do empregado implica inclusive na proteção da saúde psíquica do trabalhador, em última instância. O termo saúde, com relação ao trabalho, abrange não só a ausência de doenças, mas os elementos físicos e mentais que afetam a saúde e estão relacionados à segurança e higiene dos trabalhadores. Esta definição está contida na Convenção nº 155 da OIT - Organização Internacional do Trabalho -, ratificada pelo Brasil.

Portanto, o direito busca que o empregado seja protegido de danos, nos aspectos subjetivos da sua personalidade, durante toda a relação contratual: na contratação, durante a execução da prestação do serviço e após esta¹⁰.

¹⁰ No sentido de determinar a abrangência de assédio moral - HIRIGOYEN, Marie-France. Assédio moral: a violência perversa no cotidiano. 6º ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2003.

O problema do dano moral é sempre o tipo de prova a ser realizado. Alguns autores se filiam à necessária prova dos efeitos do ato danoso no círculo social do empregado, embora existam julgados adotando a prova por presunção, quanto aos efeitos do dano moral, na conformidade do art. 212 do CC.

Em todos os casos de dano moral, a reparação aparece como justiça distributiva, porque se qualificam os sujeitos na proporção entre ofensa e ressarcimento. A competência, por decisões do STJ e TST, já vinha sendo considerada da Justiça do Trabalho à luz do art. 114 da CF/88. Firmou-se em definitivo a competência trabalhista para o dano moral e material na relação de emprego com a publicação da Emenda Constitucional nº 45¹¹.

5. Caso típico de responsabilidade objetiva do empregador: art. 932 e 933 do cc.

O artigo 932 do Código Civil se refere à responsabilidade objetiva do empregador, decorrente de ato de empregado que cause dano para terceiros: é a chamada “*responsabilidade civil objetiva por atos de outrem*”, responsabilidade indireta do empregador, que mantém redação do artigo 1.521 do Código de 1916¹².

A novidade importante é que o artigo 933 do Novo Código normatiza, que no exercício normal da atividade do empregado perante terceiros, o dano que houver não é mais visto como responsabilidade subjetiva do empregador por culpa presumida (“*culpa in vigilando*” e “*culpa in eligendo*”), mas de responsabilidade independentemente de culpa, ou seja, objetiva.

Pelo antigo Código Civil, havia a necessidade da prova da culpa do empregado para que o empregador respondesse por culpa presumida, como previa o art. 1521 do CC. A jurisprudência já dispensava a prova da culpa dos responsáveis indiretos (patrões), mas contra os mesmos pairava a presunção relativa (*juris tantum*) de culpabilidade.

O Novo Código determina que o empregador responda pelos atos dos empregados, ainda que não haja culpa de sua parte, afastando tanto a presunção *juris tantum* como a *juris et de jure* de culpa, tipificando, então, a responsabilidade objetiva.

O Código Civil de 2002 prevê a responsabilidade do empregador por

¹¹ Dispõe o art. 114 da CF/88, inciso VI, que é competente a Justiça do Trabalho para processar e julgar as ações de indenização por dano moral ou patrimonial decorrentes da relação de trabalho.]

¹² PAMPLONA FILHO, Rodolfo M. V. *Responsabilidade civil do empregador por ato do empregado* in [tp://www1.jus.com.br/doutrina/texto capturado em 01/05/04](http://www1.jus.com.br/doutrina/texto capturado em 01/05/04)

ato do empregado perante terceiros, com a seguinte dicção: “São também responsáveis pela reparação civil: I – os pais...; II – o tutor e o curador, ...; III – o empregador ou comitente, por seus empregados, serviçais ou prepostos, no **exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele;**”.

É suficiente que o trabalho ou serviços desempenhados sejam sob subordinação, para que o patrão responda objetivamente. É o que está previsto no art. 933 do CC, que refere que o empregador responderá ainda que não haja culpa de sua parte. O que muda com relação ao Código anterior é que o dano é reparado pelo empregador, não em razão da presunção de culpa na vigilância ou escolha, mas porque este está sujeito ao risco social pelas responsabilidades que assume.

O simples fato de ser um empreendedor sujeita o empregador aos riscos inerentes às atividades, respondendo objetivamente pelos danos causados. Isto também é válido a todo empresário ou fornecedor que desenvolva atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços, como previsto no art. 931 do CC, aliado aos arts. 12, 14 e 17 do Código de Defesa do Consumidor.

6. Responsabilidade do empregador quanto ao acidente de trabalho

A Constituição Federal de 1988, refere, no art. 7º, inciso XXVIII, que é garantia do empregado “*seguro contra acidentes de trabalho, a cargo do empregador, sem excluir a indenização a que este está obrigado, quando incorrer em dolo ou culpa*”.

A indenização por acidente de trabalho é a que decorre da responsabilidade civil do empregador.

Antes da atual Constituição, o STF exigia, para indenização do direito comum, a comprovação de dolo ou culpa grave do empregador: “*A indenização acidentária não exclui a do direito comum, em caso de dolo ou culpa grave do empregador*” (Súmula 229 do STF).

Após a vigência da CF/88, passaram os tribunais a exigir a comprovação de qualquer graduação de culpa para indenização do acidente de trabalho.

A Lei 8.213/91, no art. 19, dá um amplo alcance ao termo acidente de trabalho. Conceitua a lei em comento que Acidente do trabalho é o que ocorre pelo exercício do trabalho a serviço da empresa provocando lesão corporal ou perturbação funcional que cause a morte ou a perda ou redução, permanente

ou temporária da capacidade para o trabalho.

O art. 20 da mesma Lei (8.213/91) expande ainda mais a abrangência de acidente do trabalho indenizável, incluindo as entidades mórbidas: doença profissional (inc. I) e doença do trabalho (inc.II). Entende-se por doença profissional a produzida ou desencadeada pelo exercício do trabalho peculiar a determinada atividade e constante da respectiva relação elaborada pelo Ministério do Trabalho e da Previdência Social. A segunda entidade mórbida, doença do trabalho, é a adquirida ou desencadeada em função de condições especiais em que o trabalho é realizado e com ele se relacione diretamente, constante da já mencionada relação do Ministério do Trabalho e da Previdência Social.

A referida Lei (8.214/91), no seu art. 21, equipara também ao acidente do trabalho, para efeitos de reparação: I - o acidente ligado ao trabalho que, embora não tenha sido a causa única, haja contribuído diretamente para a morte do segurado, para redução ou perda da sua capacidade para o trabalho, ou produzido lesão que exija atenção médica para a sua recuperação; II - o acidente sofrido pelo segurado no local e no horário do trabalho, em conseqüência de: a) ato de agressão, sabotagem ou terrorismo praticado por terceiro ou companheiro de trabalho; b) ofensa física intencional, inclusive de terceiro, por motivo de disputa relacionada ao trabalho; c) ato de imprudência, de negligência ou de imperícia de terceiro ou de companheiro de trabalho; d) ato de pessoa privada do uso da razão; e) desabamento, inundação, incêndio e outros casos fortuitos ou decorrentes de força maior. III - a doença proveniente de contaminação acidental do empregado no exercício de sua atividade; IV - o acidente sofrido pelo segurado ainda que fora do local e horário de trabalho: a) na execução de ordem ou na realização de serviço sob a autoridade da empresa; b) na prestação espontânea de qualquer serviço à empresa para lhe evitar prejuízo ou proporcionar proveito; c) em viagem a serviço da empresa, inclusive para estudo quando financiada por estar dentro de seus planos para melhor capacitação da mão-de-obra, independentemente do meio de locomoção utilizado, inclusive veículo de propriedade do segurado; d) no percurso da residência para o local de trabalho ou deste para aquela, qualquer que seja o meio de locomoção, inclusive veículo de propriedade do segurado. Para efeito de apuração de acidente do trabalho, o empregado é considerado no exercício do trabalho nos períodos destinados a refeição ou descanso, ou por ocasião da satisfação de outras necessidades fisiológicas.

A competência para processar e julgar as ações de indenização por dano patrimonial ou moral, decorrentes da relação de trabalho, conforme

recente decisão do Supremo Tribunal Federal (STF), ao interpretar o inc. VI do art. 114 da Constituição Federal (incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2005), se deslocou para a Justiça do Trabalho.

As primeiras leis que, em nosso país, vieram regular a matéria de acidente do trabalho (Decreto Legislativo 3.724/19 e Decreto. 24.367/34) não previam a responsabilidade civil do empregador na ocorrência de acidente do trabalho.

Esta previsão passou a existir, timidamente, no bojo do Decreto-lei 7.036/44, que, em seu art. 31, preceituou que o pagamento da indenização exoneraria o empregador de qualquer outra reparação, relativa ao mesmo acidente, a menos que este resulte de dolo seu ou de seus prepostos.

Bem interpretado esse dispositivo legal, o STF consagrou em sua Súmula 229 o entendimento de que a chamada indenização do direito comum também era cabível na hipótese de falta grave da empresa.

A Lei. 6.637/76, que revogou expressamente o Decreto-lei 7.036/44 (art. 22), não regulamentou a responsabilidade civil do empregador, razão pela qual a jurisprudência passou a se inclinar na direção de que ele poderia ser acionado, em caso de acidente do trabalho, não só em caso de dolo, mas também quando existisse culpa sua, pelo evento danoso, fosse ela grave ou não.

Agora com o código civil, prevê o art. 927 do CC: aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. Fica mantida, em regra, a necessidade da *comprovação de culpa* para que o lesado possa assegurar a condenação em juízo do causador do dano, seguindo-se a linha já traçada pela CF/88.

Resta-nos verificar a abrangência do parágrafo único do artigo 927 do CC, que reza: “*Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem*”.

Quanto à primeira situação do parágrafo único do art. 927 do Código Civil, a legislação infraconstitucional possui vários exemplos de responsabilidade objetiva¹³: o *Código de Defesa do Consumidor* (Lei nº. 8.078/90), *Responsabilidade Civil das Estradas de Ferro*, (Decreto 2.681/1912), *Responsabilidade Civil por danos nucleares* (Lei nº 6453/1977), *Responsabilidade Civil do Estado* (art. 37, §6º da CF/88); *Responsabilidade*

¹³ SANTOS, Jonny Maikel dos. Anotações sobre responsabilidade no Novo Código Civil. *Revista Jurídica Virtual*, nº 58 março/2004, http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_63/indice_artigos.htm

Objetiva pela poluição ambiental (Lei 6938/81, art. 14, §1º)

Quanto à segunda parte do parágrafo único, não se sabe ao certo, se há uma obrigação objetiva para reparação de todo e qualquer risco.

Não seria esta a intenção do legislador. Inicialmente, o autor do dano aqui deve ser lido em conjunto com o art. 932 do CC, no sentido de que o autor-empregado age em nome do empregador, e é o último quem responde civilmente.

Da leitura atenta da norma, o sentido a ser extraído é o da vinculação do empregador à responsabilidade objetiva para aquelas atividades de risco excessivo em que não se cumpram todas as expectativas e regras de segurança.

A lei ao estabelecer a responsabilidade objetiva “*quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem*” adotou, conforme Sergio Cavalieri Filho, a teoria do risco criado¹⁴. Por esta teoria, em razão da atividade ou profissão quem cria um perigo está sujeito à reparação, salvo prova de haver adotado todas as medidas idôneas para evitá-lo.

O art. 927 do Código Civil, nesta parte, estipula uma cláusula geral de responsabilidade objetiva muito ampla e abrangente para toda a área de serviços, que já vinha sendo regulamentada no art. 14 do Código de Defesa do Consumidor. Vigê no CDC a noção de expectativa legítima para o bom funcionamento dos produtos e de segurança dos serviços colocados no mercado. Isso significa que devem ser atendidos os pressupostos de garantia de segurança para os produtos e serviços.

Essa idéia de proteção ao direito subjetivo de segurança pode ser transferida à esfera da atividade – conforme o disposto no art. 927 do CC. Portanto, caberia aqui a interpretação do art. 927, por analogia ao art. 14 do CDC, quanto ao instituto do fato do serviço. Pela teoria do fato do serviço, o fornecedor responde objetivamente pelos defeitos do serviço quando este não apresenta a segurança adequada. Dois elementos devem ser considerados para a responsabilização objetiva: a intensidade do risco criado pela atividade e a desconformidade da atividade com a expectativa legítima do beneficiário.

Entretanto, no exame da responsabilidade objetiva é sempre possível se apreciar algumas possíveis excludentes, por analogia ao disposto no art. 12, § 3º e 14, § 3º do CDC, como é o caso da culpa exclusiva de terceiro.

Para existir possibilidade de responsabilidade objetiva, é necessário comparar se a exposição do perigo para o empregado é superior aos demais

¹⁴ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. São Paulo: Malheiros Editores, 5ª Ed, 2004, p. 147.

membros da coletividade somado ao fato de que é a atividade normalmente desenvolvida pelo empregador. Logo, toda a situação deve ser avaliada com cuidado, visto que o acidente pode estar intimamente vinculado a um maior risco na ocupação do obreiro¹⁵.

O problema do acidente de trabalho é um “*hard case*”. Questiona-se se é possível aplicar o CC, art. 927 (responsabilidade objetiva) e não a CF, art. 7, inciso XXVIII (responsabilidade subjetiva).

O caso central da regra do art. 927, parágrafo único, do CC, a ser considerado, deve ser examinado à luz da razoabilidade. O consectário desta afirmação é que não se pode atribuir a responsabilidade objetiva a todo e qualquer risco de qualquer atividade.

Isto porque a assunção de riscos da atividade econômica faz parte do próprio conceito de empregador (art. 2º da CLT), de modo que seria absurdo considerar sempre a responsabilidade objetiva do empregador, para toda e qualquer circunstância.

No que não houver risco excessivo por natureza normal da atividade, o princípio interpretativo para a reparação civil repousa sobre a máxima de que a norma específica deve prevalecer no confronto da norma genérica. Ou seja, a norma específica é a CF/88 – responsabilidade subjetiva, porque o art. 7º se refere aos direitos fundamentais dos trabalhadores, sendo as regras de responsabilidade do Código Civil, normas gerais.

Entretanto, ao estabelecer o art. 7º que “*são direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social*”, abre-se a possibilidade de aplicação do art. 927 do Código Civil para algumas ocasiões. Pelo princípio da norma mais benéfica, quando houver risco excessivo para o empregado ao realizar a atividade normal da empresa poder-se-ia, com parcimônia, aplicar a teoria da responsabilidade objetiva. O disposto no art. 7º. XXVIII da Carta Magna – “*seguro contra acidentes de trabalho, a cargo do empregador, sem excluir a indenização a que este está obrigado, quando incorrer em dolo ou culpa*” – constituiu direito mínimo do trabalhador considerando-se o disposto na parte final do caput do art. 7º do Constituição Federal.

Resta autorizado o emprego do dispositivo do art. 927, parágrafo único, segunda parte do novo Código Civil ao empregador em algumas atividades normalmente de risco.

Em acidente do trabalho as atividades de risco que ensejariam a

¹⁵ Neste sentido, OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. *Indenizações por acidente do trabalho ou doença ocupacional*. São Paulo: LTr, 2005, p. 95.

responsabilização objetiva do empregador seriam as que envolvem grandes riscos à vida, à saúde do empregado, como por exemplo¹⁶, o contato e manuseio de produtos e substâncias potencialmente perigosos e nocivos com iminente possibilidade de acidente.

Assim, para fixar um critério possível para o julgador, as atividades normais de risco, para efeitos de responsabilidade objetiva, poderiam ser consideradas, por analogia, aquelas que já são arroladas como perigosas segundo rol do Ministério do Trabalho. Entretanto, outros critérios seriam necessários.

Como tudo repousa sobre a teoria do risco, que deve ser considerado, como diz o dicionário Aurélio, “perigo” ou “possibilidade de perigo”, deixou o legislador, por opção política, um amplo leque hermenêutico ao aplicador da lei para que determine quais são as hipóteses de risco para as quais se aplica a responsabilidade objetiva.

7. Considerações Finais

No sentido de que o direito não evita o risco, mas pode auxiliar em medidas de retardamento do mesmo, é importante o caráter preventivo do cumprimento das normas de saúde e meio ambiente do trabalho. Uma forma de evitar a responsabilização civil das empresas por acidentes de trabalho e danos morais seria uma maior conscientização destas quanto ao seu papel social. Há, hoje, um movimento crescente para que as empresas atinjam um desenvolvimento sustentável diante de um tripé que é a atividade econômica produtiva, com a defesa do meio ambiente e a promoção integral do ser humano que trabalha.

Talvez a responsabilidade social preventiva seja uma limitadora da responsabilidade civil corretiva.

Serve para o caso da responsabilidade civil do empregador o ditado popular que exorta: “Prevenir é melhor que remediar.”

¹⁶ MEIRELES, Edilton. O Novo Código Civil e o Direito do Trabalho. São Paulo: Ltr, 2002, p. 107-108.

8. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

MASSINI, Carlos Ignacio. La reparacion civil desde las perspectivas clasica y moderna. *In* El derecho, los derechos humanos y el valor del derecho. Buenos Aires: Abeledo –Perrot, 1987, p. 249-267.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Comentários ao Código Civil*. Volume XI. São Paulo, 2003, p. 07.

SILVA, Caio Mario da. *Responsabilidade Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2ª Edição, 1990, p. 15.

BITTAR, Carlos Alberto, *Reparação Civil por Danos Morais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1ª Edição, 1993, p. 16

TARTUCE, Flávio. *A Responsabilidade Civil Subjetiva como regra geral no Novo Código Civil*. Disponível na Internet: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em 24 de outubro de 2004.

STOCO, Rui. *Responsabilidade Civil e sua Interpretação Jurisprudencial*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 4ª Edição 1999, p. 76

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Comentários ao Código Civil*. Volume XI. São Paulo, 2003, p. 29.

HIRIGOYEN, Marie-France. *Assédio moral: a violência perversa no cotidiano*. 6º ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2003.

PAMPLONA FILHO, Rodolfo M. V. *Responsabilidade civil do empregador por ato do empregado* in [tp://www1.jus.com.br/doutrina/texto](http://www1.jus.com.br/doutrina/texto) capturado em 01/05/04

SANTOS, Jonny Maikel dos. Anotações sobre responsabilidade no Novo Código Civil. *Revista Jurídica Virtual*, nº 58 – março/2004, http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_63/indice_artigos.htm

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. São Paulo: Malheiros Editores, 5ª Ed, 2004, p. 147.

OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. *Indenizações por acidente do trabalho ou doença ocupacional*. São Paulo: LTr, 2005, p. 95.

MEIRELES, Edilton. *O Novo Código Civil e o Direito do Trabalho*. São Paulo: Ltr, 2002, p. 107-108.

INCONSTITUCIONALIDADES NO AUMENTO DO PRAZO PARA A OPOSIÇÃO DE EMBARGOS À EXECUÇÃO

Ênio Pacheco Lins¹

1. Introdução

Propõe-se no presente trabalho discutir-se acerca do prazo para o ajuizamento de embargos à execução no processo de execução pátrio, compreendido este como gênero, tendo como espécies básicas a execução civil e a trabalhista.

Nos últimos anos os Tribunais brasileiros têm se deparado com inúmeras controvérsias que possuem como cerne o prazo em epígrafe, visto ter a medida provisória nº 2.180-35, de 24 de agosto de 2001, aumentado os prazos dos artigos 884 da Consolidação da Leis do Trabalho e 730 do Código de Processo Civil, antes de 5 e 10 dias, respectivamente, para 30 dias.

O grande número de decisões judiciais conflitantes bem como os posicionamentos doutrinários divergentes sobre a questão me despertaram o interesse pela temática que se passará a investigar.

O ponto central da controvérsia é a constitucionalidade da alteração do prazo para embargar a execução. Segundo alguns, o alargamento do referido lapso temporal é inaplicável ao processo de execução judicial brasileiro, pois fere diversos dispositivos e princípios da Constituição Federal de 1988; outra corrente, entretanto, defende a aplicabilidade do mencionado prazo de 30 dias com espeque, sobretudo, na natureza jurídica *sui generis* da Fazenda Pública e no caráter cogente da lei em um Estado de Direito.

Objetiva-se no presente artigo a proposição de eventuais soluções para a resolução da problemática em análise com fulcro em fundamentos constitucionais, visto que o Poder Judiciário perde sua credibilidade na medida em que profere decisões divergentes entre si.

¹ Acadêmico do 5º ano do Curso de Direito. Servidor do Tribunal Regional da 13ª Região. Assistente de Juiz na Vara do Trabalho de Areia-PB.

2. Definição e natureza jurídica dos embargos

Os embargos à execução são um dos instrumentos processuais de que dispõe a parte demandada em um processo judicial de execução para se defender caso se considere ilicitamente executado. Por esse mecanismo processual o juiz verifica se a pretensão manifestada pelo exequente é fundada ou não. Em regra, dada a presunção legal de certeza dos títulos executivos, no processo de execução não há resolução de mérito, isto é, não há apreciação da pretensão do exequente, pois o escopo do processo de execução é o cumprimento daquilo que está consignado no título executivo. Todavia, havendo razões juridicamente admissíveis para se extinguir, restringir ou suspender a execução, elas deverão ser apresentadas via embargos à execução.

Em razão das últimas alterações ocorridas no Direito Processual Civil brasileiro ocasionadas sobretudo pelas leis nº 11.232 de 2005 e nº 11.382 de 2006, a utilização dos embargos à execução passou a ser cabível na execução fundada em título executivo extrajudicial, na execução contra a Fazenda Pública e na execução por quantia certa contra devedor insolvente, sendo o procedimento desta última bastante específico e diferente das duas primeiras.

Não se pode iniciar um estudo, ainda que sintético, acerca de determinado instituto sem se fixar qual a natureza jurídica do mesmo, ou seja, como determinado instituto é visto pela ciência do Direito. Neste diapasão, passa-se a investigar a natureza jurídica dos embargos à execução.

Embora não haja unanimidade na doutrina, é majoritário o entendimento segundo o qual os embargos à execução têm natureza de ação de conhecimento incidente ao processo de execução, posto que para se discutir a viabilidade jurídica da pretensão do exequente é preciso que se instaure um processo autônomo em relação à execução. A execução tem como objeto essencial realizar no mundo fático aquilo que a sentença judicial ou outro título executivo determina, razão pela qual, em tese, não há espaço para discussão acerca da legitimidade jurídica daquilo que a o exequente postula. Em linhas gerais, a execução tem como escopo fazer cumprir aquilo que o título executivo fixa. Com efeito, para se discutir qualquer elemento diverso da postulação do exequente, é necessário um processo autônomo em relação à execução propriamente dita, qual seja, a ação incidental de embargos à execução.

Defende-se, de forma minoritária, a natureza recursal dos embargos à execução, no entanto, tal entendimento não parece descrever perfeitamente os embargos à execução, por diversos fundamentos, dentre os quais o principal

consiste no seguinte: quem embarga uma execução não está impugnando uma decisão judicial em sentido estrito, característica básica e fundamental dos recursos, mas está contestando um título executivo, que possui natureza jurídica diversa de uma decisão judicial recorrível. Apenas por este motivo já se evidencia a natureza não recursal dos embargos à execução.

Outra corrente, também minoritária, defende que os embargos à execução possuem natureza de contestação, entendimento este também não em conformidade com as características do instituto sob análise, fundamentalmente porque a própria legislação processual estabelece de forma taxativa aquilo sobre o que os embargos podem versar, e é fácil constatar que as referidas matérias não coincidem com aquelas argüíveis em sede de contestação, fundamento este que por si só já atesta que os embargos não são defesa processual, entendida esta em sentido estrito.

Sobre a natureza dos embargos à execução, vaticina Alexandre Freitas Câmara em suas *Lições de Direito Processual Civil* que

Os embargos do executado são, pois, processo autônomo, incidente à execução, de natureza cognitiva, dentro do qual se poderá apreciar a pretensão manifestada pelo exeqüente, para o fim de verificar se a mesma é procedente ou improcedente. Não parece haver dúvidas em doutrina acerca desta natureza dos embargos do executado, definidos de forma pouco menos que unânime como processo de conhecimento autônomo em relação à execução (CÂMARA, 2007, p.409).

No seu *Curso de Direito Processual do Trabalho* assevera Renato Saraiva que

Em outras palavras, os embargos à execução se constituem numa verdadeira ação de cognição incidental à execução assumindo o executado o pólo ativo da relação jurídica (e o exequente o pólo passivo), formulando pretensão consistente na anulação do processo de execução ou no desfazimento da eficácia do título executivo (SARAIVA, 2007, p. 582).

Também acerca da natureza jurídica dos embargos à execução, vaticina Sérgio Pinto Martins que

A natureza jurídica dos embargos à execução é de ação e não de recurso ou de defesa. Será uma ação de conhecimento, onde o devedor poderá fazer prova do alegado nos embargos, assumindo a posição de autor, e o exequente passará a ser réu (MARTINS, 2005, p. 692).

Destarte, parece indubitável que a natureza jurídica dos embargos à execução é de ação de conhecimento incidental ao processo de execução. Fixados estes pontos, passa-se a verificar a natureza do prazo para oposição dos embargos, além do alargamento do mencionado prazo via medida provisória.

3. Prazo para a oposição dos embargos: natureza jurídica e alteração

Discute-se bastante em sede doutrinária a natureza jurídica do prazo para a oposição dos embargos à execução. Boa parte da doutrina entende que se trata de prazo preclusivo, nesta direção Vicente Greco Filho em seu *Direito Processual Civil Brasileiro*. Entretanto, Alexandre Freitas Câmara posiciona-se de modo diverso afirmando que o prazo legal para o ajuizamento de embargos à execução tem natureza ligada ao interesse de agir. Concordo com este. Ora, a preclusão é instituto de natureza endoprocessual; considerando o fato de que os embargos têm natureza de processo autônomo, não se pode falar de preclusão neste caso. O interesse de agir engloba o binômio necessidade mais adequação; e a tempestividade da oposição dos embargos é condição sem a qual não se pode conhecê-los nem julgá-los, razão por que o prazo legal, neste caso, manifesta-se como elemento de adequação no ajuizamento dos embargos. Estes surgem da necessidade de se impugnar a execução e só serão conhecidos pelo Juízo se forem opostos adequadamente; em outros termos, cumpridos os requisitos de prazo e conteúdo. Em razão disso, tenho que a questão da tempestividade dos embargos correlaciona-se com o interesse de agir da parte executada.

Neste contexto, a problemática nuclear analisada no presente trabalho reside na alteração via medida provisória do supra referido prazo para o ajuizamento dos embargos. A medida provisória nº 1.984, de 06 de abril de 2000 acrescentou o artigo 1º-B à lei 9.494 de 10 de setembro de 1997 e alargou os prazos dos artigos dos artigos 884 da Consolidação das Leis do Trabalho

e 730 do Código de Processo Civil, respectivamente de 5 e 10 dias, para 30 dias. Referida alteração legal foi confirmada posteriormente nas reedições daquela medida provisória que por fim recebeu o nº 2.180-35, com data de 24 de agosto de 2001, permanecendo esta em vigor por força do artigo 2º da Emenda Constitucional 32 de 2001.

Entendo, todavia, que a medida provisória 2.180-35 de 2001 apresenta alguns vícios de inconstitucionalidade, sendo uma formal e quatro inconstitucionalidades materiais. Passa-se a analisá-las neste momento, obviamente sem a pretensão de esgotar a matéria, dentre outros motivos, em razão dos limites impostos por este artigo.

4. Inconstitucionalidade formal

Sob o aspecto formal, o aumento do prazo para a oposição de embargos à execução fere expressamente o artigo 62 da Constituição Federal de 1988, posto que a edição da medida provisória nº 2.180-35 não preenche o requisito constitucional de urgência. Em primeiro lugar porque os prazos dos artigos 884 da CLT e 730 do CPC foram fixados em diplomas legais datados em período bem anterior à edição da medida provisória em epígrafe, razão pela qual se efetivamente fosse urgente a necessidade de se aumentar aqueles prazos, isto deveria ter sido realizado bem antes da primeira edição da medida provisória em análise. Em segundo lugar, há que se considerar um pressuposto jurídico, o qual passamos a explicitar neste momento. Parte considerável da doutrina e da jurisprudência entende que o alargamento dos prazos dos artigos 884 da CLT e 730 do CPC deve ser aplicado apenas à Fazenda Pública, entre outras razões, porque a lei nº 9.494/1997 trata da tutela antecipada contra a Fazenda Pública e porque o artigo 730 do CPC está inserido em Seção destinada à Fazenda Pública. Neste diapasão, o segundo fundamento que corrobora com a ausência de urgência da medida provisória em epígrafe é o de que não havia urgência política, ou seja, de conveniência e oportunidade em se triplicar o prazo para a oposição de embargos à execução para a Fazenda Pública. O entendimento é o de que este favor processual é desproporcional, uma vez que o Poder Executivo não deve, sem qualquer prova inequívoca de urgência, aumentar um prazo correlacionado com o interesse de agir da Fazenda Pública, em respeito ao princípio constitucional da impessoalidade.

Acrescente-se aos fundamentos expostos que o Colendo Tribunal Su-

perior do Trabalho já vem se posicionando no sentido de que a medida provisória nº 2.180-35/2001 foi editada em desacordo com o requisito constitucional de urgência, tomando como parâmetro sobretudo o argumento utilizado pelo C. Supremo Tribunal Federal nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade 1.753/DF e 1.910/DF, referentes à aplicação do prazo para o ajuizamento de ação rescisória, neste sentido, a seguinte ementa:

MEDIDA PROVISÓRIA AMPLIANDO O PRAZO FIXADO NOS ARTS. 730 DO CPC E 884 DA CLT, DE DEZ E CINCO, RESPECTIVAMENTE, PARA TRINTA DIAS, PARA OS ENTES PÚBLICOS OPOREM EMBARGOS À EXECUÇÃO MEDIDA PROVISÓRIA Nº 2.180-35/01 – **INCONSTITUCIONALIDADE À LUZ DO ART 62, “CAPUT”, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. OMISSIS.** (BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. RR – 70/1992-011-04-00 – Pleno – MINISTRO-RELATOR: IVES GANDRA MARTINS FILHO. Brasília, DF – 23 de setembro de 2005. Diário de Justiça da União).

Além disso, há que se registrar que já são unânimes doutrina e jurisprudência quanto à possibilidade de controle jurisdicional dos pressupostos autorizadores da edição das medidas provisórias, neste sentido posicionou o C. STF na Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 11 –MC/DF, publicada no Diário de Justiça da União do dia 29/06/2007, cujo relator foi o Ministro César Peluso. Também neste norte, assevera Celso Antonio Bandeira de Mello que

O Judiciário não sai de seu campo próprio nem invade discricção administrativa quando verifica se pressupostos normativamente estabelecidos para delimitar uma dada competência existem ou não existem. Na sequência: “A circunstância de relevância e urgência serem – como efetivamente o são – conceitos ‘vagos’, ‘fluidos’, ‘imprecisos’, não implica que lhes faleça densidade significativa. Se dela carecessem não seriam conceitos e as expressões com que são designados não passariam de ruídos ininteligíveis, sons ociosos, vazios de qualquer conteúdo, faltando-lhes o caráter de palavras, isto é, de signos que se remetem a um significado. (BANDEIRA DE MELLO, 2004, p. 940).

5. Inconstitucionalidades materiais

5.1. Medida Provisória e Direito Processual

É indubitável que a matéria tratada pela medida provisória nº 2.180-35/2001 possui natureza processual, considerado o fato de que se trata de elemento ligado ao interesse de agir, consoante já fixado supra; mesmo que se considerasse o prazo para ajuizamento de embargos como de natureza preclusiva, ainda assim possuiria natureza processual.

Com efeito, uma análise sistemática de nossa Constituição Federal deixa evidente a preocupação do constituinte originário em privilegiar a separação de poderes, em obediência à teoria dos freios e contrapesos aplicada ao Estado contemporâneo, sobretudo no caso brasileiro, um Estado Democrático de Direito. Esta configuração do Estado brasileiro centraliza-se na necessidade de limitação do poder político e na proteção dos direitos fundamentais, prova disto é o artigo 60, § 4º, IV da Constituição Federal. Nessa medida, qualquer tentativa dos poderes constituídos no sentido de usurpar a competência alheia manifesta-se flagrantemente inconstitucional, posto que a separação dos poderes é cláusula pétrea na Constituição Federal brasileira, é o que se infere do artigo 60, § 4º, III da Carta Magna.

Pois bem, no caso sob análise, o Poder Executivo legislou sobre matéria processual quando por meio de medida provisória aumentou o prazo para a oposição de embargos à execução; em outras palavras, usurpou da competência constitucional do Poder Legislativo, pelo que feriu de forma frontal os seguintes dispositivos do diploma constitucional de 1988: artigo 2º c/c artigo 22, I. Não bastasse isso, a Emenda Constitucional 32 de 2001, ao mesmo tempo em que assegurou vigência à medida provisória nº 2.180-35/2001, corroborou a tese da vedação à edição de medidas provisórias sobre matéria processual, quando asseverou, no artigo 62, que é vedada a edição de medidas provisórias sobre Direito Processual Civil.

Entendimento neste sentido já foi manifestado pela Egrégio Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região nos seguintes julgados:

EMBARGOS À EXECUÇÃO. AUTARQUIA PÚBLICA. PRAZO. ART. 884 DA CLT. MP 2180 – 35/2001. Inaplicável o prazo previsto na MP nº 2.180-35/2001, ante a controvérsia jurisprudencial a respeito da constitucionalidade e eficácia da

medida provisória para estabelecer normas processuais, uma vez que a competência para legislar sobre direito processual é privativa da União e o processo legislativo constitui atribuição do Congresso Nacional. (BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região. AP 01621-2005-045-12-00-9 – 3ª T. – RELATOR: GILMAR CAVALHERI. Florianópolis, SC – Publicado no TRTSC-DOE em 24-01-2008. Disponível em www.trt12.jus.br, acesso em 30-04-2008).

EMBARGOS À EXECUÇÃO. MUNICÍPIO. PRAZO. ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DA MEDIDA PROVISÓRIA Nº 2180-35/2001. Por ser de competência privativa da União legislar sobre matéria relativa a direito processual, a teor do disposto no artigo 22, inciso I, da Constituição Federal, é inconstitucional a previsão da medida provisória nº 2180-35/2001 que dá nova redação ao artigo 1º-B da lei nº 9494/1997, ampliando para trinta dias o prazo para interposição de embargos, pela Fazenda Pública. (BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região. AP 00755-2006-040-12-00-1 – 3ª T. – RELATOR: GILMAR CAVALHERI. Florianópolis, SC – Publicado no TRTSC-DOE em 14-02-2008. Disponível em www.trt12.jus.br, acesso em 30-04-2008).

5.2. Aumento do prazo e princípio da isonomia

Outra manifestação de inconstitucionalidade material da medida provisória em análise está amparada no pressuposto segundo o qual o aumento do prazo dirige-se apenas à Fazenda Pública, premissa esta que já explicamos sinteticamente em linhas acima. Partindo-se desse entendimento, argumenta-se que a concessão de um prazo tão elástico à Fazenda, em detrimento do prazo de 5 dias previsto na CLT e destinado aos particulares, manifesta-se em total desacordo com a isonomia material constitucional. A título de exemplo: no processo trabalhista citar-se-ia o Banco do Bradesco para pagar em 48 horas ou garantir o Juízo e conceder-se-ia 5 dias ao mesmo para o ajuizamento de eventuais embargos; doutra banda, citar-se-ia o Município de Areia, no in-

terior da Paraíba, e conceder-se-ia a este o prazo de 30 dias para a oposição de eventuais embargos. Neste aspecto, a concessão de tal privilégio fere o artigo 5º, *caput*, da Constituição Federal de 1988, especificamente no que tange ao princípio da isonomia. Em suas *Lições de Direito Processual Civil* Alexandre Freitas Câmara assevera que

No caso da execução contra a Fazenda Pública, como se sabe, a executada é citada para opor embargos no prazo de dez dias. O prazo de dez dias, neste caso, e seguindo a sistemática geral, se inicia com a juntada aos autos do mandado de citação cumprido (ou do mandado de intimação, quando se tratar de execução fundada em sentença). Este prazo, deve-se registrar, foi aumentado para trinta dias por disposição contida na Medida Provisória nº 2.180-35, que, a nosso ver, é inconstitucional, por violação dos princípios da isonomia e da razoabilidade (CÂMARA, 2007, p. 414).

Como bem esclarece o autor, a norma contida no artigo 5º, *caput*, da Constituição Federal brasileira ultrapassa a natureza de norma escrita na Carta Magna, ela tem força de princípio norteador do nosso sistema constitucional. Em outro tópico, para fundamentar sua afirmação, o autor afirma que

Note-se que na execução fiscal, em que a Fazenda Pública é exequente, o executado tem trinta dias para oferecer embargos, mas está ele diante de uma execução movida como base em título elaborado por ato unilateral do credor (único título executivo, relembre-se, que tem esta característica). Assim, ali se justifica a concessão de prazo maior para oferecimento dos embargos, já que o executado não participou (nem pôde participar) da elaboração do título executivo. Já na execução contra a Fazenda Pública, o título foi elaborado pelo Poder Judiciário, ou se extrajudicial, com a participação da devedora, razão pela qual fica ela em igualdade de condições com os executados em geral, justificando-se, assim, o tratamento igualitário que sempre lhes foi dispensado, com fixação do mesmo prazo (dez dias) para interposição dos embargos do executado (CÂMARA, 2007, p. 361).

No mesmo direcionamento, vaticina Carlos Henrique Bezerra Leite no seu *Curso de Direito Processual do Trabalho* que

Além disso, há o evidente propósito malicioso de conceder privilégio às pessoas jurídicas de direito público que figuram como devedoras no processo de execução trabalhista (LEITE, 2007, p. 971).

5.3. Alargamento do prazo e princípio do devido processo legal

Vislumbra-se mais um elemento inconstitucional na medida provisória nº 2.180-35/2001, como consequência do anterior, no momento em este diploma normativo fere o princípio da isonomia: a concessão de prazos tão diferentes às partes executadas não tão complexamente diferentes vai de encontro ao devido processo legal, previsto no inciso LIV do artigo 5º da Carta Magna de 1988. Fala-se aqui da Fazenda Pública e dos particulares. É certo que a Fazenda Pública deve possuir tratamento diverso do concedido aos particulares, todavia, entendo que, em um processo de execução, em que o contraditório já se encontra atenuado, dada a natureza complementar do processo executivo de realizar no mundo fático aquilo que o processo de conhecimento já fixou. No caso específico do processo trabalhista, conceder à Fazenda Pública o sêxtuplo do prazo legal fixado aos executados particulares não parece admissível, visto que não razoável, considerando-se o conceito de razoabilidade constitucional, sobre o qual não me aprofundarei em razão dos limites teleológicos do presente trabalho. Isto se deve ao fato de que o devido processo legal não contém conteúdo meramente formal, mas, sobretudo, material. Com efeito, explicita Alexandre Câmara, ao tratar do princípio do devido processo legal, que

Não se poderia, porém, encerrar esta breve análise do mais importante dos princípios processuais sem que se afirmasse nossa crença no devido processo legal como um processo justo, isto é, um processo em que seja assegurado um tratamento isonômico, num contraditório equilibrado, em que se busque um resultado efetivo, adaptado aos princípios e postulados da instrumentalidade do processo (CÂMARA, 2007, págs. 41-42).

5.4. Elastecimento do prazo e princípio da razoável duração do processo

Por fim, fundamenta-se também a inconstitucionalidade material da medida provisória 2.180-35/2001 com espeque no princípio da razoável duração do processo, que, no nosso entender, já se encontrava implícito na Constituição antes da Emenda Constitucional nº 45 e esta o consignou de forma expressa na Carta Magna de 1988. Não parece razoável que se conceda um prazo tão longo aos executados, independentemente da natureza jurídica destes; outrossim, não parece inteligível que se abra vistas às partes adversas, por exemplo, por um prazo de 60 dias, posto que se a parte executada embargar no trigésimo dia e a parte exequente oferecer suas razões de contrariedade também no trigésimo dia, ter-se-á um elastecimento considerável para a prolação de uma decisão em sede de execução, o que vai de encontro ao atual norteamento constitucional brasileiro. Momento processual que antes durava 10 dias, sendo, no caso do processo trabalhista, 5 para embargar e 5 para oferecimento de razões opostas, com o alargamento do prazo para ajuizamento de embargos poderá aumentar para 60 dias, nos termos já explicitado. Portanto, pelo fato de o prazo de 30 dias não parecer razoável do ponto de vista processual, sobretudo se se considerar a atual conjuntura da Justiça brasileira, entendo que o aumento do prazo para oposição de embargos à execução para 30 dias afronta diretamente o artigo 5º, LXXVIII, da Constituição Federal de 1988, por ferir a celeridade processual tão perseguida atualmente no Brasil. Neste norte, manifesta-se Carlos Henrique Bezerra Leite afirmando que

Realmente não faz sentido o Governo encaminhar projetos que redundaram em leis instituidoras do procedimento sumaríssimo e das Comissões de Conciliação Prévia, que têm por escopo, dentre outros, a redução do número de processos trabalhistas e a celeridade processual, e, logo em seguida, editar medida provisória alargando de cinco para trinta dias o prazo para oferecimento dos embargos do devedor, o que implica, em derradeira análise, duro golpe contra os princípios da economia e da celeridade processuais (LEITE, 2007, p. 971).

Na mesma linha de pensamento, Eduardo Henrique Videres de Albuquerque, ao falar do princípio da razoável duração do processo, vaticina que

Como vimos, embora o princípio da razoável duração do processo não seja tão recente no ordenamento jurídico pátrio, certamente sua elevação a condição de direito fundamental positivado, mudará a forma como o processo civil procurará se desenvolver (ALBUQUERQUE, 2005, p.195).

Mais adiante, afirma o mesmo autor que

De qualquer forma, a inserção do princípio da celeridade no campo dos direitos fundamentais, servirá de parâmetro tanto para os elaboradores das regras processuais como para os aplicadores dessas mesmas regras, no intuito de concretizar os preceitos balizadores de um processo instrumental e especialmente preocupado com a efetividade de sua atuação (ALBUQUERQUE, 2005, p. 196).

6. Conclusão

Com arrimo nos elementos discutidos neste trabalho, são perceptíveis as diversas manifestações inconstitucionais do aumento do prazo para a oposição de embargos à execução estabelecido pela medida provisória 2.180-35/2001, razão pela qual o Poder Judiciário deverá envidar todos os esforços no sentido de expurgar a referida alteração legal do ordenamento jurídico-processual pátrio.

Com efeito, aplicar-se dispositivo legal em desacordo com os mandamentos constitucionais significa aniquilar as estruturas de uma determinada sociedade. Isto porque a população de um Estado constitucional possui sedimentado em sua Carta Magna os seus valores essenciais, suas principais aspirações e, sobretudo, seus direitos fundamentais.

Neste diapasão, urge consignar que uma das razões da existência de uma Constituição em um Estado Democrático de Direito é a necessidade de limitação do poder político no que concerne ao respeito aos direitos fundamentais do cidadão. O diploma constitucional brasileiro de 1988 consagra alguns princípios intangíveis, como isonomia e devido processo legal, os quais foram inobservados quando da elaboração da medida provisória que aumen-

tou para trinta dias o prazo para o ajuizamento de embargos à execução, razão por que cabe ao Poder Judiciário defender a ordem constitucional pátria. Esta função pertence originariamente ao STF, entretanto, enquanto o guardião da Constituição não a realiza, cabe aos Juízes e Tribunais brasileiros tomarem as medidas de urgência que a questão exige por meio do controle difuso de constitucionalidade. O Poder Executivo não pode tomar para si a função do Poder Legislativo de acordo com sua conveniência, mas apenas em casos expressos fixados na Constituição Federal. Trata-se de exercício ilimitado do poder político, o que não é admissível sob o ponto de vista constitucional.

7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALBUQUERQUE, Eduardo Henrique Videres de. A emenda 45 e o direito à duração razoável do processo. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 13ª Região*. Paraíba. Número 13. Págs: 180-197. 2005.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. *Curso de Direito Administrativo*. 17ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. Vol. 1. 16. ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2007.

_____. _____. Vol. 2. 16. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

GRECO FILHO, Vicente. *Direito Processual Civil Brasileiro*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Curso de Direito Processual do Trabalho*. 5. ed. São Paulo: LTr, 2007.

MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito Processual do Trabalho: doutrina e prática forense; medelos de petições, recursos, sentenças e outros*. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

SARAIVA, Renato. *Curso de Direito Processual do Trabalho*. 4. ed. São Paulo: Método, 2007.



ESCOLA SUPERIOR DA MAGISTRATURA TRABALHISTA DA PARAÍBA

**Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* em Direito
Material e Processual do Trabalho**

CORPO DOCENTE DA ESMAT 13 - 2008

ALFREDO RANGEL RIBEIRO
ARNALDO JOSÉ DUARTE DO AMARAL
EDUARDO RAMALHO RABENHORST
EDUARDO VARANDAS ARARUNA
FRANCISCO JOSÉ GARCIA FIGUEIREDO
HUMBERTO HALISON B. DE CARVALHO E SILVA
MANOEL ALEXANDRE CAVALCANTE BELO
MARIA LILIAN LEAL DE SOUZA
MÁRCIO ROBERTO DE FREITAS EVANGELISTA
PAULO AMÉRICO MAIA DE VASCONCELOS FILHO
PAULO ROBERTO VIEIRA ROCHA
ROBERTA DE PAIVA SALDANHA
RODRIGO AZEVEDO TOSCANO DE BRITO
SÉRGIO CABRAL DOS REIS
SÉRGIO TORRES TEIXEIRA
WOLNEY DE MACEDO CORDEIRO