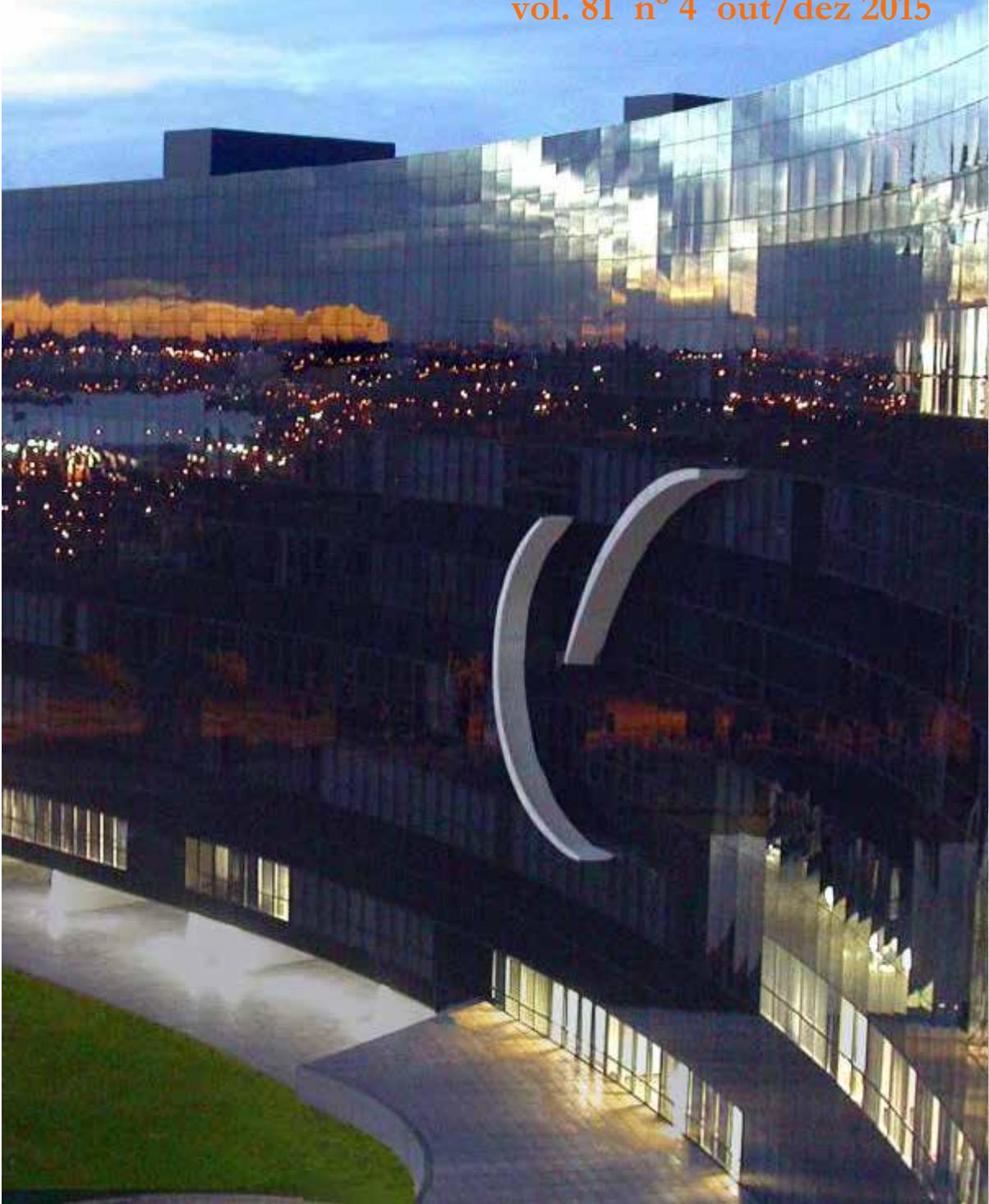


Revista do Tribunal Superior do Trabalho

vol. 81 n° 4 out/dez 2015



Revista do Tribunal Superior do Trabalho



PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA DO TRABALHO
TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO

Revista do Tribunal Superior do Trabalho

Ministro Antonio José de Barros Levenhagen
Presidente

Ministro Ives Gandra da Silva Martins Filho
Vice-Presidente

Ministro João Batista Brito Pereira
Corregedor-Geral da Justiça do Trabalho

Ministra Maria de Assis Calsing *(presidente)*
Ministro Guilherme Augusto Caputo Bastos
Ministro Augusto César Leite de Carvalho
Ministro Márcio Eurico Vitral Amaro *(suplente)*
Comissão de Documentação

Ano 81 – nº 4 – out. a dez. – 2015

LEX MAGISTER

PRODUTOS JURÍDICOS

Rua da Consolação, 77 – 9º andar – CEP 01301-000 – São Paulo-SP
comercial@lex.com.br – www.lex.com.br

Revista do Tribunal Superior do Trabalho / Tribunal Superior do Trabalho. – Vol. 21, n. 1 (set./dez. 1946) – Rio de Janeiro : Imprensa Nacional, 1947-.

v.

Trimestral.

Irregular, 1946-1968; suspensa, 1996-1998; trimestral, out. 1999-jun. 2002; semestral, jul. 2002-dez. 2004; quadrimestral, maio 2005-dez. 2006.

Continuação de: Revista do Conselho Nacional do Trabalho, 1925-1940 (maio/ago.).

Coordenada pelo: Serviço de Jurisprudência e Revista, 1977-1993; pela: Comissão de Documentação, 1994-.

Editores: 1946-1947, Imprensa Nacional; 1948-1974, Tribunal Superior do Trabalho; 1975-1995, LTr; out. 1999-mar. 2007, Síntese; abr. 2007- jun. 2010, Magister; jul. 2010-, Lex.

ISSN 0103-7978

1. Direito do Trabalho. 2. Processo Trabalhista. 3. Justiça do Trabalho – Brasil. 4. Jurisprudência Trabalhista – Brasil. I. Brasil. Tribunal Superior do Trabalho.

CDU 347.998.72(81)(05)

Coordenação: Comissão de Documentação

Organização e Supervisão: Virgínia Ramos Veríssimo

Revisão: José Geraldo Pereira Baião

Capa: Ivan Salles de Rezende (sobre foto de Marta Crisóstomo)

Editoração Eletrônica: Editora Magister

Tiragem: 700 exemplares

Os artigos publicados com assinatura não traduzem necessariamente a opinião do Tribunal Superior do Trabalho. Sua publicação obedece ao propósito de estimular o debate sobre questões jurídicas relevantes para a sociedade brasileira e de refletir as várias tendências do pensamento jurídico contemporâneo. Instruções para submissão de artigo encontram-se no link “Revista do TST” na página www.tst.jus.br.

Tribunal Superior do Trabalho

Setor de Administração Federal Sul

Quadra 8, lote 1, bloco “B”, mezanino

70070-600 – Brasília – DF

Fone: (61) 3043-3056

E-mail: revista@tst.jus.br

Internet: www.tst.jus.br

Lex Editora S.A.

Rua da Consolação, 77 – 9º andar

01301-000 – São Paulo-SP

Fone: (11) 2126-9000

Assinaturas:

comercial@lex.com.br

www.lex.com.br

**Composição do
Tribunal Superior do Trabalho**

Tribunal Pleno

Ministro Antonio José de Barros Levenhagen, Presidente do Tribunal
Ministro Ives Gandra da Silva Martins Filho, Vice-Presidente do Tribunal
Ministro João Batista Brito Pereira, Corregedor-Geral da Justiça do Trabalho
Ministro João Oreste Dalazen
Ministra Maria Cristina Irigoyen Peduzzi
Ministro Renato de Lacerda Paiva
Ministro Emmanoel Pereira
Ministro Lelio Bentes Corrêa
Ministro Aloysio Silva Corrêa da Veiga
Ministro Luiz Philippe Vieira de Mello Filho
Ministro Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira
Ministra Maria de Assis Calsing
Ministra Dora Maria da Costa
Ministro Fernando Eizo Ono
Ministro Guilherme Augusto Caputo Bastos
Ministro Márcio Eurico Vitral Amaro
Ministro Walmir Oliveira da Costa
Ministro Mauricio Godinho Delgado
Ministra Kátia Magalhães Arruda
Ministro Augusto César Leite de Carvalho
Ministro José Roberto Freire Pimenta
Ministra Delaíde Alves Miranda Arantes
Ministro Hugo Carlos Scheuermann
Ministro Alexandre de Souza Agra Belmonte
Ministro Cláudio Mascarenhas Brandão
Ministro Douglas Alencar Rodrigues
Ministra Maria Helena Mallmann

Órgão Especial

Ministro Antonio José de Barros Levenhagen, Presidente do Tribunal
Ministro Ives Gandra da Silva Martins Filho, Vice-Presidente do Tribunal
Ministro João Batista Brito Pereira, Corregedor-Geral da Justiça do Trabalho
Ministro João Oreste Dalazen
Ministra Maria Cristina Irigoyen Peduzzi
Ministro Renato de Lacerda Paiva

Ministro Emmanoel Pereira
Ministro Guilherme Augusto Caputo Bastos
Ministro Walmir Oliveira da Costa
Ministro Mauricio Godinho Delgado
Ministra Kátia Magalhães Arruda
Ministro Augusto César Leite de Carvalho
Ministra Delaíde Alves Miranda Arantes
Ministro Hugo Carlos Scheuermann

Seção Especializada em Dissídios Coletivos

Ministro Antonio José de Barros Levenhagen, Presidente do Tribunal
Ministro Ives Gandra da Silva Martins Filho, Vice-Presidente do Tribunal
Ministro João Batista Brito Pereira, Corregedor-Geral da Justiça do Trabalho
Ministra Maria Cristina Irigoyen Peduzzi
Ministra Maria de Assis Calsing
Ministra Dora Maria da Costa
Ministro Fernando Eizo Ono
Ministro Mauricio Godinho Delgado
Ministra Kátia Magalhães Arruda

Subseção I da Seção Especializada em Dissídios Individuais

Ministro Antonio José de Barros Levenhagen, Presidente do Tribunal
Ministro Ives Gandra da Silva Martins Filho, Vice-Presidente do Tribunal
Ministro João Batista Brito Pereira, Corregedor-Geral da Justiça do Trabalho
Ministro João Oreste Dalazen
Ministro Renato de Lacerda Paiva
Ministro Aloysio Silva Corrêa da Veiga
Ministro Guilherme Augusto Caputo Bastos
Ministro Márcio Eurico Vitral Amaro
Ministro Walmir Oliveira da Costa
Ministro Augusto César Leite de Carvalho
Ministro José Roberto Freire Pimenta
Ministro Hugo Carlos Scheuermann
Ministro Alexandre de Souza Agra Belmonte
Ministro Cláudio Mascarenhas Brandão

Subseção II da Seção Especializada em Dissídios Individuais

Ministro Antonio José de Barros Levenhagen, Presidente do Tribunal

Ministro Ives Gandra da Silva Martins Filho, Vice-Presidente do Tribunal

Ministro João Batista Brito Pereira, Corregedor-Geral da Justiça do Trabalho

Ministro Emmanoel Pereira

Ministro Lelio Bentes Corrêa (Afastado temporariamente do exercício da jurisdição – Membro do CNJ)

Ministro Luiz Philippe Vieira de Mello Filho

Ministro Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira

Ministra Delaíde Alves Miranda Arantes

Ministro Douglas Alencar Rodrigues

Ministra Maria Helena Mallmann

Primeira Turma

Ministro Lelio Bentes Corrêa (Afastado temporariamente do exercício da jurisdição – Membro do CNJ)

Ministro Walmir Oliveira da Costa, Presidente

Ministro Hugo Carlos Scheuermann

Desembargador Marcelo Lamego Pertence (Convocado)

Segunda Turma

Ministro José Roberto Freire Pimenta, Presidente

Ministro Renato de Lacerda Paiva

Ministra Delaíde Alves Miranda Arantes

Terceira Turma

Ministro Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira, Presidente

Ministro Mauricio Godinho Delgado

Ministro Alexandre de Souza Agra Belmonte

Quarta Turma

Ministro João Oreste Dalazen, Presidente

Ministra Maria de Assis Calsing

Ministro Fernando Eizo Ono

Desembargadora Cilene Ferreira Amaro Santos (Convocada)

Quinta Turma

Ministro Emmanoel Pereira, Presidente
Ministro Guilherme Augusto Caputo Bastos
Ministra Maria Helena Mallmann

Sexta Turma

Ministro Aloysio Silva Corrêa da Veiga, Presidente
Ministra Kátia Magalhães Arruda
Ministro Augusto César Leite de Carvalho

Sétima Turma

Ministro Luiz Philippe Vieira de Mello Filho, Presidente
Ministro Cláudio Mascarenhas Brandão
Ministro Douglas Alencar Rodrigues

Oitava Turma

Ministro Márcio Eurico Vitral Amaro, Presidente
Ministra Maria Cristina Irigoyen Peduzzi
Ministra Dora Maria da Costa

Ministros do Tribunal Superior do Trabalho



BARROS LEVENHAGEN
Presidente



IVES GANDRA FILHO
Vice-Presidente



BRITO PEREIRA
Corregedor-Geral



JOÃO ORESTE DALAZEN



CRISTINA PEDUZZI



RENATO PAIVA



EMMANOEL PEREIRA



LELIO BENTES



ALOYSIO VEIGA



**VIEIRA DE MELLO
FILHO**



ALBERTO BRESCIANI



**MARIA DE ASSIS
CALSING**



DORA COSTA



FERNANDO EIZO ONO



**GUILHERME
CAPUTO BASTOS**



**MÁRCIO EURICO
VITRAL AMARO**



**WALMIR OLIVEIRA
DA COSTA**



**MAURÍCIO GODINHO
DELGADO**



**KÁTIA MAGALHÃES
ARRUDA**



**AUGUSTO CÉSAR
LEITE DE CARVALHO**



**JOSÉ ROBERTO
FREIRE PIMENTA**



**DELAÍDE ALVES
MIRANDA ARANTES**



**HUGO CARLOS
SCHEUERMANN**



**ALEXANDRE AGRA
BELMONTE**



**CLÁUDIO MASCARENHAS
BRANDÃO**



**DOUGLAS ALENCAR
RODR GUES**



**MARIA HELENA
MALLMANN**

Sumário

I SEMINÁRIO NACIONAL SOBRE EFETIVIDADE DA EXECUÇÃO TRABALHISTA

1. Hipoteca judiciária: a (re)descoberta do instituto diante da Súmula nº 375 do STJ: execução efetiva e atualidade da hipoteca judiciária
Ben-Hur Silveira Claus 17
2. Tipologias de blindagem patrimonial, formas de atuação de “laranjas”, empresas *offshore* e técnicas de investigação
Erasto Villa-Verde de Carvalho Filho 35
3. Aspectos atuais da execução em face de entes públicos
Flávio Allegretti de Campos Cooper 41
4. Tipologias de blindagem patrimonial, formas de atuação de “laranjas”, empresas *offshore* e técnicas de investigação
Gerson Dagord Schaan 46
5. O novo Código de Processo Civil e o processo do trabalho: uma análise sob a ótica do cumprimento da sentença e da execução forçada
Luciano Athayde Chaves 54
6. Tutela contra o ilícito (art. 497, parágrafo único, do CPC/2015)
Luiz Guilherme Marinoni 81
7. PLS nº 606 e execução trabalhista: dos avanços do anteprojeto ao retrocesso do processo legislativo
Marcos Neves Fava 96

DOUTRINAS

8. Dano existencial por jornada de trabalho excessiva: critérios objetivos (horizontais e verticais) de configuração
André Araújo Molina 107
9. Cumulação dos adicionais de insalubridade e periculosidade: uma análise matemática das consequências do atual entendimento jurisprudencial dominante sobre o tema na renda do trabalhador
Eduardo Rodrigues do Nascimento 135
10. Atualização monetária dos créditos trabalhistas: inconstitucionalidade da “TR” e utilização do “IPCA-E”
Flávio da Costa Higa e Júlio César Bebber 172

11. Horas extras pela supressão dos intervalos e pausas: por um olhar sistêmico <i>José Antônio Ribeiro de Oliveira Silva</i>	182
12. Incorporação e aplicação das convenções internacionais da OIT no Brasil <i>Valerio de Oliveira Mazzuoli e Georgenor de Sousa Franco Filho</i>	214
13. Reflexos do novo Código de Processo Civil na execução trabalhista: uma introdução à técnica de supletividade em matéria executória trabalhista <i>Wolney de Macedo Cordeiro</i>	226

**I Seminário Nacional sobre Efetividade
da Execução Trabalhista**

HIPOTECA JUDICIÁRIA: A (RE)DESCOBERTA DO INSTITUTO DIANTE DA SÚMULA Nº 375 DO STJ: EXECUÇÃO EFETIVA E ATUALIDADE DA HIPOTECA JUDICIÁRIA *

Ben-Hur Silveira Claus**

“A hipoteca judiciária é *plus* – cria vínculo *real*, de modo que, na execução imediata ou mediata, está o vencedor munido de direito de seqüela, que não tinha. Daí resulta que os bens gravados por ela podem ser executados como se a dívida fosse coisa certa, ainda se em poder de terceiro, que os haja adquirido sem fraude à execução. Não há boa-fé em tal aquisição, porque a hipoteca judiciária opera como qualquer outra hipoteca. (...) O exequente tem o direito de prosseguir na execução da sentença contra os adquirentes dos bens do condenado.” (Pontes de Miranda)

INTRODUÇÃO

o Instituto previsto no art. 466 do Código de Processo Civil¹, a hipoteca judiciária não tem sido utilizada por magistrados e advogados, em que pese sua utilidade para a efetividade da execução. O advento da Súmula nº 375 do Superior Tribunal de Justiça – STJ, entretanto, veio a resgatar a atualidade deste instituto esquecido pela prática judiciária².

* O presente artigo foi publicado na *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região*, Porto Alegre, n. 41, 2013, p. 45 e ss.

** *Juiz do trabalho da Vara do Trabalho de Carazinho – RS (4ª Região); mestre em Direito pela Unisinos.*

1 CPC: “Art. 466. A sentença que condenar o réu no pagamento de uma prestação, consistente em dinheiro ou coisa, valerá como título constitutivo de hipoteca judiciária, cuja inscrição será ordenada pelo juiz na forma prescrita na Lei de Registros Públicos.

Parágrafo único. A sentença condenatória produz hipoteca judiciária:

I – embora a condenação seja genérica;

II – pendente arresto de bens do devedor;

III – ainda quando o credor possa promover a execução provisória da sentença”.

2 PONTES DE MIRANDA, Francisco. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1974. p. 112. tomo V: “Fundamento da hipoteca judiciária, no direito brasileiro, é permitir-se que o vencedor da ação não vá, desde logo, às medidas constritivas cautelares ou de execução (arresto, penhora), alarmando os credores do condenado ou diminuindo-lhes, com tais medidas judiciais, o crédito. Aguarda-se melhor momento para a execução. Por outro lado, pode munir de garantia o vencedor, antes de se julgar em último grau a ação, e o arresto não impediria que o condenado contraísse outras dívidas. Ressalta, assim, a função econômica e jurídica da hipoteca judiciária”.

A afirmação de que o advento da Súmula nº 375 do STJ veio a resgatar a atualidade do instituto da hipoteca judiciária reclama explicação. É o que tento fazer a seguir.

1 – A SÚMULA Nº 375 DO STJ: PROTEÇÃO AO TERCEIRO DE BOA-FÉ

A Súmula nº 375 do STJ assenta o entendimento de que “(...) o reconhecimento da fraude à execução depende do registro da penhora do bem alienado ou da prova de má-fé do terceiro adquirente”³.

A leitura do verbete revela que a Súmula nº 375 do STJ visa proteger o terceiro que adquiriu de boa-fé o bem do executado. Há uma clara opção pela segurança jurídica do negócio celebrado entre o executado e o terceiro adquirente de boa-fé.

Editada em 30.03.09, a Súmula nº 375 do STJ teve inspiração nos arts. 240 da Lei dos Registros Públicos (LRP) e 659, § 4º, do Código de Processo Civil.

O art. 240 da Lei Registros Públicos estabelece: “O registro da penhora faz prova quanto à fraude de qualquer transação posterior”.

Já o § 4º do art. 659 do Código de Processo Civil atribui ao credor o ônus de registrar a penhora no cartório de registro de imóveis. Isso para que se estabeleça presunção absoluta de conhecimento por terceiros da existência da penhora. A atual redação do § 4º do art. 659 do CPC foi dada pela Lei nº 11.382, de 06.12.06: “§ 4º A penhora de bens imóveis realizar-se-á mediante auto ou termo de penhora, cabendo ao exequente, sem prejuízo da imediata intimação do executado (art. 652, § 4º), providenciar, para presunção absoluta de conhecimento por terceiros, a respectiva averbação no ofício imobiliário, mediante a apresentação de certidão de inteiro teor do ato, independentemente de mandado judicial”.

Como é de intuitiva percepção, é muito difícil para o credor prejudicado provar que o terceiro adquirente agiu de má-fé ao adquirir o bem do executado. De acordo com inteligência da súmula, cabe ao credor prejudicado provar que o terceiro adquirente tinha conhecimento da existência da ação movida contra o executado-alienante. A má-fé do terceiro adquirente caracteriza-se pela prova de

3 Súmula n 375 do STJ: “O reconhecimento da fraude à execução depende do registro da penhora do bem alienado ou da prova da má-fé do terceiro adquirente”. A Súmula n 375 do STJ foi editada em 30.03.09.

que ele tinha ciência da existência de demanda contra o executado por ocasião da aquisição do bem. Esse ônus de prova é atribuído ao credor.

A comprovação do conhecimento da existência da ação caracteriza a má-fé do terceiro adquirente. Não havendo tal comprovação, a diretriz da súmula é a de não reconhecer fraude à execução, preservando-se a eficácia do negócio realizado entre o executado e o terceiro adquirente de boa-fé – em detrimento do interesse do credor prejudicado pela alienação do imóvel do executado.

2 – A HIPOTECA JUDICIÁRIA COMO REMÉDIO CONTRA OS MALES DA SÚMULA Nº 375 DO STJ

Contudo, se, por ocasião da sentença, o juiz tomar a iniciativa de determinar o registro da hipoteca judiciária na matrícula dos imóveis da empresa reclamada, a existência desse gravame será considerada de conhecimento geral, pois o cartório de registro de imóveis é um registro público, que pode ser consultado por todas as pessoas. A iniciativa do juiz de determinar o registro da hipoteca judiciária é providência expressamente prevista no art. 466 do CPC⁴, a ser realizada de ofício.

Feito o registro da hipoteca judiciária, o terceiro adquirente já não mais poderá alegar a condição de adquirente de boa-fé, pois tinha acesso à informação⁵ da existência de ação judicial contra a empresa alienante (a futura executada), situação em que o terceiro adquirente passa a ser considerado adquirente de má-fé⁶. Em outras palavras, o registro da hipoteca judiciária esvazia a alegação de ter o terceiro adquirido o imóvel de boa-fé e atua para fazer caracterizar fraude à execução no negócio celebrado entre a empresa reclamada e o terceiro adquirente.

A teoria jurídica identifica a hipoteca judiciária como efeito anexo imediato da sentença condenatória⁷. Tal identificação decorre de expressa previsão legal (CPC, art. 466). Na lição de Luiz Guilherme Marinoni e de Daniel Mitidiero, “a eficácia anexa é aquela que advém da lei, sem necessidade de

4 CPC: “Art. 466. A sentença que condenar o réu no pagamento de uma prestação, consistente em dinheiro ou coisa, valerá como título constitutivo de hipoteca judiciária, cuja inscrição será ordenada pelo juiz na forma prescrita na Lei de Registros Públicos”.

5 Com o registro da hipoteca judiciária, o terceiro passa a ter a possibilidade de informar-se, junto ao Cartório do Registro de Imóveis, da existência de ação judicial contra o executado.

6 PONTES DE MIRANDA, Francisco. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1974. p. 111. tomo V.

7 SILVA, Antônio Álvares da. *Execução provisória trabalhista depois da reforma do CPC*. São Paulo: LTr, 2007. p. 104: “A hipoteca judiciária é automática e será ordenada pelo juiz, como determina o art. 466 do CPC”.

pedido”⁸. A previsão legal é a de que a sentença condenatória “(...) valerá como título constitutivo de hipoteca judiciária” (*caput*). A previsão legal é completada pela afirmação de que “a sentença condenatória *produz* a hipoteca judiciária” (parágrafo único). É dizer, a simples publicação da sentença condenatória produz a hipoteca judiciária.

Publicada, a sentença condenatória produz a hipoteca judiciária cuja eficácia é imediata quanto ao réu, que é parte no processo.

Entretanto, a eficácia da hipoteca judiciária quanto a terceiros – que não são parte no processo – depende do respectivo registro no cartório imobiliário onde estão registrados os imóveis da empresa reclamada. Realizado tal registro, presume-se em fraude à execução a alienação superveniente do imóvel hipotecado judiciarmente.

A pessoa que adquire o imóvel da empresa reclamada é considerada terceiro; trata-se do terceiro adquirente.

Apesar das virtudes da hipoteca judiciária⁹ para a efetividade da execução, registra-se grande timidez dos magistrados trabalhistas na utilização dessa útil ferramenta. Observação semelhante é feita por Carlos Zangrando: “Não compreendemos a razão pela qual a garantia da hipoteca judiciária não é utilizada na prática, tanto no Processo do Trabalho quanto no Processo Civil. Talvez a resposta esteja no seu desconhecimento; ou talvez na vã concepção de que se possa alegar ‘fraude à execução’, se o réu se desfizer dos seus bens após demandado (CPC, art. 593, II). Infelizmente, a prática nos ensinou que, quando o processo chega a um estágio em que é necessário ao credor tentar anular a venda dos bens de devedor, tudo indica que a situação já se deteriorou a tal ponto que os riscos de frustração na execução aumentaram exponencialmente”¹⁰.

Nada obstante a jurisprudência do TST já estar pacificada a respeito da licitude da aplicação de ofício da hipoteca judiciária ao processo do trabalho¹¹, ainda é bastante restrita a utilização dessa medida pelos juízes.

8 MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Código de Processo Civil*: comentado artigo por artigo. 4. ed. São Paulo: RT, 2012. p. 445.

9 TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio. *Curso de direito processual do trabalho*. São Paulo: LTr, 2009. v. II. p. 1.291: “Este é, sem dúvida, um dos mais expressivos efeitos secundários da sentença condenatória e sua compatibilidade com o processo do trabalho parece-nos incontestável”.

10 *Processo do trabalho* – processo de conhecimento. São Paulo: LTr, 2009. v. 2. p. 1.240.

11 Os seguintes acórdãos da Subseção Especializada em Dissídios Individuais n. 1 do Tribunal Superior do Trabalho são representativos da posição hoje pacificada sobre a matéria no âmbito da SBDI-1 do TST, favorável à aplicação da hipoteca judiciária de ofício ao direito processual do trabalho: TST-SBDI-1-E-RR 98600-73.2006.5.03.0087; TST-SBDI-1-E-ED-RR 24800-64.2007.5.03.0026.

O advento da Súmula nº 375 do STJ, porém, opera como um importante estímulo à (re)descoberta da hipoteca judiciária. Isso porque os prejuízos que a Súmula nº 375 do STJ acarreta à efetividade da execução podem ser atenuados pelas virtudes do instituto da hipoteca judiciária. Em 08.11.2013, o Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região, Rio Grande do Sul, editou a Súmula Regional nº 57 sobre a matéria, com o seguinte teor: “HIPOTECA JUDICIÁRIA. A constituição da hipoteca judiciária, prevista no art. 466 do CPC, é compatível com o processo do trabalho”.

3 – AS SETE VIRTUDES CAPITAIS DA HIPOTECA JUDICIÁRIA

A timidez dos juízes do trabalho na utilização desse instituto jurídico pode ser facilmente vencida, na medida em que sejam percebidas as virtudes da hipoteca judiciária para a efetividade da execução trabalhista, virtudes a seguir resumidas.

3.1 – A primeira virtude: a publicação da sentença constitui a hipoteca judiciária

A primeira virtude do instituto está na circunstância de que a hipoteca judiciária é *constituída* pela simples publicação da sentença condenatória.

A hipoteca judiciária é *efeito anexo imediato* da sentença estabelecido em lei: a mera publicação da sentença condenatória *constitui* a hipoteca judiciária, por força de previsão legal. A previsão legal está no *caput* do art. 466 do CPC: “A sentença que condenar o réu no pagamento de uma prestação, consistente em dinheiro ou em coisa, valerá como *título constitutivo* de hipoteca judiciária, cuja inscrição será ordenada pelo juiz na forma prescrita na Lei de Registros Públicos”. Segundo a doutrina de Luiz Guilherme Marinoni e de Daniel Mitidiero, “exemplo típico de eficácia anexa é a produção de hipoteca judiciária (art. 466 do CPC)”¹².

Ratificando a previsão de que a sentença condenatória *constitui* hipoteca judiciária, o parágrafo único do art. 466 do CPC explicita tal *efeito anexo imediato* da sentença, ao estabelecer que “a sentença condenatória *produz* a hipoteca judiciária”. O verbo *produz* está para *efeito anexo imediato* como a metáfora está para a poesia. Daí a assertiva categórica de Moacyr Amaral Santos: “Do só fato de haver sentença de efeito condenatório resulta, por força de lei,

12 MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Código de Processo Civil: comentado artigo por artigo*. 4. ed. São Paulo: RT, 2012. p. 445.

hipoteca judiciária sobre os imóveis do condenado, e, assim, o poder do autor de fazer inscrevê-la mediante simples mandado do juiz¹³.

Portanto, a *constituição* da hipoteca judiciária decorre do mero advento da sentença condenatória, embora seja necessário o respectivo registro na matrícula dos imóveis da empresa reclamada no Cartório do Registro de Imóveis, a fim de valer contra terceiros – vale dizer, a fim de valer contra o terceiro adquirente¹⁴.

3.2 – A segunda virtude: a implementação de ofício

A *segunda virtude* da hipoteca judiciária é sua implementação de ofício, pelo juiz.

Com efeito, o *caput* do art. 466 do CPC atribui ao magistrado a iniciativa para o ato, ao estabelecer que a inscrição da hipoteca judiciária “(...) *será ordenada pelo juiz* na forma prescrita na Lei de Registros Públicos”. Ao comentar o instituto da hipoteca judiciária, Pontes de Miranda identifica a inscrição da hipoteca judiciária como um *dever do juiz* estabelecido pela lei processual quando se tratar de sentença condenatória: “O elemento mandamental da sentença de condenação é tornado bastante pelo art. 466, parágrafo único, para a inscrição. Há dever do juiz¹⁵”.

A implementação da hipoteca judiciária é realizada de ofício pelo juiz, dispensando pedido da parte beneficiária da condenação. A doutrina de Antônio Álvares da Silva é precisa a respeito: “A hipoteca judiciária é automática e será ordenada pelo juiz, como determina o art. 466 do CPC. Portanto, independe de requerimento da parte. É uma consequência da sentença¹⁶”. No mesmo sentido alinha-se a doutrina de Luiz Guilherme Marinoni e de Daniel Mitidiero: “Exemplo típico de eficácia anexa é a produção de hipoteca judiciária (art. 466 do CPC). A constituição de hipoteca judiciária independe de pedido da parte. A sentença de procedência produz a hipoteca judiciária ainda que a condenação seja genérica, pendente arresto de bens de devedor ou quando o

13 *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1988. v. IV. p. 426.

14 Nesse sentido é o magistério de SANTOS, Moacyr Amaral. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1988. v. IV. p. 426 e de TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio. *Curso de direito processual do trabalho*. São Paulo: LTr, 2009. v. II. p. 1.291: “c) para que produza efeitos com relação a terceiros, é indispensável que a hipoteca judiciária seja inscrita no registro competente, nos termos da Lei de Registros Públicos”.

15 *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1974. tomo V. p. 111.

16 *Execução provisória trabalhista depois da reforma do CPC*. São Paulo: LTr, 2007. p. 104. No mesmo sentido alinha-se o magistério de Luciano Athayde Chaves: “A hipoteca judiciária constitui, à vista desse dispositivo legal, uma eficácia anexa ou secundária da sentença, porquanto independe de pedido da parte” (Ferramentas eletrônicas na execução trabalhista. In: CHAVES, Luciano Athayde [Org.]. *Curso de processo do trabalho*. São Paulo: LTr, 2009. p. 969).

credor possa promover a execução provisória da sentença (art. 466, parágrafo único, do CPC)¹⁷.

A jurisprudência do TST é pacífica¹⁸ a respeito: não é necessário requerimento da parte para o registro da hipoteca judiciária¹⁹. A iniciativa é do juiz: basta expedir o mandado de registro da hipoteca judiciária; se os imóveis da empresa reclamada estão localizados fora da área de jurisdição da Vara do Trabalho, expede-se carta precatória de registro da hipoteca judiciária. Alguns cartórios de imóveis aceitam registrar a hipoteca judiciária por simples ofício expedido pelo juiz, o que simplifica ainda mais o procedimento. A determinação de expedição de mandado de registro da hipoteca judiciária deve constar da sentença.

3.3 – A terceira virtude: confere direito de sequela sobre os imóveis gravados

A terceira virtude da hipoteca judiciária é conferir ao credor direito de sequela sobre os imóveis gravados pela hipoteca judiciária.

Ao conferir ao credor direito de sequela sobre os imóveis gravados pela hipoteca judiciária, o instituto previsto no art. 466 do CPC potencializa o cumprimento da sentença. Isso porque, na lição de Francisco Antonio de Oliveira acerca da hipoteca judiciária, o credor poderá “(...) opô-la a terceiros e sujeitar à execução, com direito de sequela, os bens do devedor que restarem vinculados ao julgado”²⁰. Logo se percebe a potencialidade que o instituto da hipoteca judiciária pode aportar à concretização da garantia constitucional da efetividade da jurisdição (CF, art. 5º, XXXV) e à realização da garantia constitucional da razoável duração do processo (CF, art. 5º, LXXVIII).

17 MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Código de Processo Civil*: comentado artigo por artigo. 4. ed. São Paulo: RT, 2012. p. 445.

18 Devemos a Antônio Álvares da Silva a redescoberta da hipoteca judiciária no âmbito da jurisdição trabalhista. Na condição de desembargador-relator de recursos ordinários, Antônio Álvares da Silva passou a determinar, de ofício, a expedição de mandado de registro da hipoteca judiciária. Os acórdãos respectivos passam a ser objeto de recurso de revista. Inicialmente majoritário, hoje já se tornou unânime na SBDI-1 do TST o entendimento pela compatibilidade da hipoteca judiciária com o direito processual do trabalho (CLT, art. 769). A alegação recursal de julgamento *extra petita* é rejeitada pela SBDI-1 sob o fundamento de que a hipoteca judiciária é efeito anexo imediato da sentença e pode ser determinada de ofício pelo juiz, conforme a expressa previsão do art. 466 do CPC. A título de ilustração, confirmam-se os seguintes acórdãos da Subseção Especializada em Dissídios Individuais n 1 do Tribunal Superior do Trabalho: TST-SBDI-1-E-RR 98600-73.2006.5.03.0087; TST-SBDI-1-E-ED-RR 24800-64.2007.5.03.0026.

19 Como é evidente, a parte poderá requerer a providência caso o juiz não tenha tomado a iniciativa de mandar registrar a hipoteca judiciária constituída pela sentença condenatória.

20 OLIVEIRA, Francisco Antonio de. *Execução na Justiça do Trabalho*. 6. ed. São Paulo: RT, 2008. p. 161.

O gravame da propriedade imobiliária da empresa reclamada estimula ao cumprimento da sentença e desestimula recursos protelatórios²¹, além de potencializar a perspectiva de uma execução exitosa mediante o gravame prévio de bens imóveis que ficarão legalmente vinculados ao cumprimento da respectiva sentença. Com efeito, “a hipoteca judiciária – a ponderação é de criterioso pesquisador do tema da efetividade da jurisdição trabalhista – se constitui em mais uma ferramenta auxiliar à difícil tarefa de imprimir efetividade às resoluções judiciais. Mais do que isso, ainda na fase de pronunciamento do direito – que é a sentença –, reconhece-se a necessidade de sujeição do demandado, agora potencial devedor, aos termos da decisão, assinalando o dever de cumprir com as ordens emanadas do Poder Judiciário”²².

Identificada por Ovídio A. Baptista da Silva como o caso mais comum de efeito anexo da sentença, a hipoteca judiciária produz uma eficácia – a doutrina denomina essa eficácia de direito de seqüela – da qual não se poderão desvencilhar nem partes nem terceiros. Tal ocorre em razão de que é a própria lei a fonte produtora do efeito anexo da sentença representado pela hipoteca judiciária: “(...) o efeito anexo é previamente determinado pela lei, e, como tal, ocorre necessariamente pela simples verificação da sentença. Ao contrário da eficácia reflexa, o efeito anexo é invulnerável quer pelas partes, quer por terceiros”²³.

A potencialidade que o instituto da hipoteca judiciária pode aportar à efetividade da execução decorre da circunstância de que a hipoteca judiciária confere ao autor da ação direito de seqüela sobre os bens gravados. Vale dizer, o autor da ação poderá fazer penhorar os bens que foram gravados com a hipoteca judiciária, obtendo mais efetividade na execução, na medida em que os imóveis gravados com a hipoteca judiciária responderão pela execução da sentença *ainda que tenham sido transferidos a terceiros*. Essa é a consequência jurídica do direito de seqüela que a hipoteca judiciária confere ao credor enquanto efeito anexo da sentença condenatória²⁴.

21 A hipoteca judiciária atua no sentido de distribuir equitativamente, entre as partes, o ônus do tempo do processo judicial. A arguta observação é do magistrado CAVALARO NETO, Arlindo. A sentença trabalhista como título constitutivo de hipoteca judiciária. In: SANTOS, José Aparecido dos (Coord.). *Execução trabalhista*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2010. p. 495: “É necessário distribuir equitativamente o ônus da demora do processo, e o registro da sentença como hipoteca judiciária também alcança esse desiderato, pois parcela do patrimônio do vencido será objeto de ônus real, assim que publicada a sentença condenatória, até que haja o pagamento do credor”.

22 CHAVES, Luciano Athayde. Ferramentas eletrônicas na execução trabalhista. In: CHAVES, Luciano Athayde (Org.). *Curso de processo do trabalho*. São Paulo: LTr, 2009. p. 972.

23 *Sentença e coisa julgada*. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988. p. 113.

24 ZANGRANDO, Carlos. *Processo do trabalho* – processo de conhecimento. São Paulo: LTr, 2009. v. 2. p. 1.240. Para o autor, a hipoteca judiciária confere ao credor também direito de preferência.

No dizer de Pontes de Miranda, a hipoteca judiciária “(...) cria vínculo *real*, de modo que, na execução imediata ou mediata, está o vencedor munido de direito de sequela, que não tinha. Daí resulta que os bens gravados por ela podem ser executados como se a dívida fosse coisa certa, ainda se em poder de terceiro, que os haja adquirido sem fraude à execução. Não há boa-fé em tal aquisição, porque a hipoteca judiciária opera como qualquer outra hipoteca. (...) O exequente tem o direito de prosseguir na execução da sentença contra os adquirentes dos bens do condenado”²⁵.

No mesmo sentido alinha-se o magistério de Moacyr Amaral Santos. Ao definir a natureza do instituto da hipoteca judiciária, o autor esclarece que o direito de sequela então criado em favor do vencedor da demanda permite-lhe levar à praça o bem gravado pela hipoteca judiciária mesmo quando o bem tenha sido adquirido por terceiro: “Como *hipoteca judiciária* se entende a produzida pela sentença condenatória, autorizando o credor a perseguir o bem imóvel do condenado onde se encontre”²⁶.

Ainda que a alienação do imóvel não tenha caracterizado fraude à execução por não ter produzido a insolvência do alienante, ainda assim o bem imóvel gravado pela hipoteca judiciária responderá pela execução; significa dizer, o terceiro adquirente não terá êxito nos embargos de terceiro. Porque a aquisição do imóvel ocorreu de má-fé. A alternativa do terceiro adquirente será remir o bem pelo valor da avaliação, para não perder o bem imóvel adquirido sob hipoteca judiciária²⁷.

3.4 – A quarta virtude: inibir fraude à execução

A *quarta virtude* da hipoteca judiciária é a sua potencialidade para inibir fraude à execução.

A doutrina identifica a hipoteca judiciária como instituto jurídico que atua como *meio preventivo contra a fraude*²⁸. Isso porque o registro da hipoteca judiciária sobre os imóveis da empresa reclamada estabelece presunção de que o terceiro adquirente tem conhecimento da existência da ação trabalhista, o que esvazia a alegação de boa-fé do terceiro adquirente e atua para fazer caracterizar a fraude à execução. Pontes de Miranda utiliza estas palavras para definir a eficácia produzida pela hipoteca judiciária: “A inscrição determina restrição

25 *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1974. tomo V. p. 111-112.

26 SANTOS, Moacyr Amaral. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1988. v. IV. p. 426.

27 O terceiro adquirente terá direito regressivo contra o alienante nessa hipótese (CC, art. 346, II).

28 SANTOS, Moacyr Amaral. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1988. v. IV. p. 427; ZANGRANDO, Carlos. *Processo do trabalho – processo de conhecimento*. São Paulo: LTr, 2009. v. 2. p. 1.240.

ao *poder de dispor*, por parte do dono do imóvel, de modo que o adquirente não pode alegar boa-fé²⁹.

Se a hipoteca judiciária já cumpria importante papel no combate à fraude patrimonial, com o advento da Súmula nº 375 do STJ, o instituto adquiriu importância para coibir a fraude à execução em particular³⁰. Em artigo elaborado antes do advento da Súmula nº 375 do STJ, Luciano Athayde Chaves assim identificava essa virtude da hipoteca judiciária: “(...) o registro da hipoteca tem o mérito de reduzir os casos de fraudes à execução, consubstanciados na alienação ou oneração de bens do devedor durante o curso da ação, situações de grande embaraço e retardamento dos feitos judiciais³¹. Inibir a fraude à execução é o principal objetivo da hipoteca judiciária, de acordo com a doutrina de Fredie Didier Junior, Paula Sarno Braga e Rafael Oliveira³².

As consequências jurídicas decorrentes da Súmula nº 375 do STJ revelam essa quarta virtude da hipoteca judiciária de forma mais evidente quando o tema da fraude à execução é contextualizado sob o influxo do elemento cronológico. Trata-se do tempo de tramitação do processo. Explico. Desde a publicação da sentença até o advento da penhora e seu registro, costuma decorrer o tempo de alguns anos. A alienação de imóvel que a empresa reclamada faça nesse

29 *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1974. tomo V. p. 118. O entendimento de Pontes de Miranda é compartilhado pela doutrina de Fredie Didier Junior, Paula Sarno Braga e Rafael Oliveira (*Curso de direito processual civil*. 7. ed. Salvador: Juspodivm, 2012. p. 373): “Seu principal objetivo é prevenir a fraude à execução, autorizando o credor a perseguir o bem onde quer que se encontre (direito de seqüela)”.

30 Com a superveniência da Súmula n 375 do STJ, de 30.03.09, que exige prévio registro da penhora para caracterizar-se fraude à execução, perde atualidade a observação de Manoel Antonio Teixeira Filho no sentido de que a hipoteca judiciária é “de pouca utilidade”, na medida em que o credor pode invocar medida mais eficaz – a ocorrência de fraude à execução (TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio. *Curso de direito processual do trabalho*. São Paulo: LTr, 2009. v. II. p. 1.292). Formulada em obra publicada no início de 2009, a observação do autor é anterior ao advento da Súmula n 375 do STJ e tem por fundamento o argumento de que o credor dispõe do instituto da fraude à execução para coibir a fraude patrimonial. O argumento, contudo, restou afetado pela superveniência do verbete sumular do STJ. Daí nossa afirmação de ter a Súmula n 375 do STJ resgatado a utilidade do instituto da hipoteca judiciária para a efetividade da execução, instituto jurídico a ser redescoberto pela magistratura. Contudo, na 11ª edição da obra *Execução no Processo do Trabalho*, publicada em 2013, o autor sustenta a necessidade de valorizar-se a hipoteca judiciária diante dos termos da Súmula n 375 do STJ. Antes, porém, opina pela inaplicabilidade da Súmula n 375 do STJ ao processo do trabalho, por incompatibilidade (*Execução no processo do trabalho*. 11. ed. São Paulo: LTr, 2013. p. 201-202). A necessidade de valorização da hipoteca judiciária é apresentada pelo jurista na seguinte passagem: “Considerando que o nosso entendimento quanto à inaplicabilidade da Súmula n 375 do STJ ao processo do trabalho possa não vir a ser aceito, seria o caso de valorizar-se a hipoteca judiciária de que trata o art. 466 do CPC” (p. 202).

31 CHAVES, Luciano Athayde. Ferramentas eletrônicas na execução trabalhista. In: CHAVES, Luciano Athayde (Org.). *Curso de processo do trabalho*. São Paulo: LTr, 2009. p. 972.

32 *Curso de direito processual civil*. 7. ed. Salvador: Juspodivm, 2012. p. 373.

interregno de tempo estará a salvo da ineficácia jurídica inerente à fraude à execução, de acordo com a orientação adotada na Súmula nº 375 do STJ³³.

Admita-se que esse interregno de tempo na tramitação do processo seja de dois anos. Durante esses dois anos, a alienação de bem imóvel pela empresa reclamada não caracterizará fraude à execução³⁴, por ter ocorrido *antes* do registro da penhora. Esse prazo pode variar para mais ou para menos; geralmente, para mais...

Contudo, se, por ocasião da publicação da sentença, o juiz determinar o registro da hipoteca judiciária na matrícula dos imóveis da empresa reclamada, o terceiro adquirente já não mais poderá alegar a condição de adquirente de boa-fé e ter-se-á por caracterizada fraude à execução, de modo a esterilizar – em parte – o efeito prejudicial que a aplicação da Súmula nº 375 do STJ acarreta ao credor. Em parte, porque a alienação realizada *antes* do registro da hipoteca judiciária – a ser ordenada na sentença – não caracteriza fraude à execução, de acordo com a orientação da Súmula nº 375 do STJ.

3.5 – *A quinta virtude: é instituto de ordem pública*

A quinta virtude da hipoteca judiciária está em ser instituto de ordem pública concebido em favor da autoridade da sentença e na tutela do credor.

Essa virtude da hipoteca judiciária pode ser haurida com maior profundidade pela jurisdição trabalhista a partir da consideração da circunstância histórico-teórica de que se trata de instituto do processo comum, concebido para valorizar a sentença da Justiça Comum e para tutelar o credor não privilegiado.

Se uma tal intervenção na esfera patrimonial do réu foi outorgada pelo legislador em favor da autoridade da sentença da Justiça Comum e na tutela

33 Tanto a hipoteca judiciária quanto a *averbação premonitória* prevista no art. 615-A previnem fraude patrimonial. Tratando-se de processo de conhecimento, a hipoteca judiciária é mais eficaz, pois permite o registro do gravame na matrícula do imóvel logo após a sentença (CPC, art. 466), ao passo que a *averbação premonitória* do art. 615-A do CPC pressupõe – de acordo com a literalidade do preceito – a existência de processo em fase de execução. Portanto, a hipoteca judiciária atua *antes* da *averbação premonitória* do art. 615-A do CPC. O mesmo se pode dizer quanto à medida de *indisponibilidade de bens* do devedor prevista no art. 185-A do Código Tributário Nacional. Aplicável ao processo do trabalho por força da previsão do art. 889 da CLT, a *indisponibilidade de bens* é medida útil à execução trabalhista e pode ser combinada com a hipoteca judiciária. Contudo, sua implementação também pressupõe estar o processo na fase de execução, porquanto a previsão do art. 185-A do CTN estabelece que a indisponibilidade de bens tem lugar quando o devedor, citado, deixa de pagar ou de apresentar bens à penhora.

34 A afirmação tem como pressuposto a aplicabilidade da diretriz da Súmula n. 375 do STJ: “O reconhecimento da fraude à execução depende do registro da penhora do bem alienado ou da prova da má-fé do terceiro adquirente”. É bem verdade que não é uniforme a jurisprudência a esse respeito. Contudo, no TST predomina o entendimento pela aplicação da Súmula n. 375 do STJ à execução trabalhista. No âmbito da Seção Especializada em Execução do TRT da 4ª Região, também é predominante o entendimento pela aplicabilidade da Súmula n. 375/STJ ao processo do trabalho.

de credor não privilegiado, é intuitiva a conclusão de que a efetividade da jurisdição cível lá pretendida pela atuação do art. 466 do CPC de ofício encontra nos fundamentos do direito processual do trabalho o substrato axiológico mediante o qual se faz imediata a positiva resposta pela compatibilidade do instituto de ordem pública da hipoteca judiciária com o direito processual trabalhista (CLT, art. 769)³⁵.

A imediata resposta positiva pela compatibilidade do instituto de ordem pública da hipoteca judiciária com o processo do trabalho é potencializada pela contemporânea hermenêutica constitucional que atribui aos direitos do trabalho a hierarquia de direitos fundamentais sociais (CF, art. 7º, *caput*)³⁶.

É digno de anotação o registro histórico de que a razoável duração do processo somente viria a ser elevada à condição de garantia constitucional 30 anos depois de atribuir-se à sentença condenatória o efeito de hipoteca judiciária³⁷.

O registro histórico permite aquilatar a profundidade da intervenção judicial – outorgada pelo legislador nos idos de 1973 – realizada na esfera patrimonial do réu mediante a utilização da hipoteca judiciária de ofício em favor da efetividade da jurisdição comum e em favor de credor não privilegiado. Isso numa época em que ainda estava por se afirmar o entendimento de que a garantia constitucional de acesso à justiça deveria evoluir de uma concepção meramente formal de acesso à jurisdição para uma concepção de real acesso à jurisdição efetiva.

3.6 – A sexta virtude: o recurso não suspende sua eficácia imediata

A sexta virtude da hipoteca judiciária radica na circunstância de que sua imediata eficácia não se suspende pela interposição de recurso.

35 A autonomia científica do direito processual do trabalho inspira-se à assimilação dos institutos do processo comum capazes de instrumentalizar sua ontológica vocação de processo de resultados.

36 A compatibilidade da hipoteca judiciária com o direito processual do trabalho é praticamente pacífica na doutrina. A título de ilustração, confira-se a posição de CHAVES, Luciano Athayde. Ferramentas eletrônicas na execução trabalhista. In: CHAVES, Luciano Athayde (Org.). *Curso de processo do trabalho*. São Paulo: LTr, 2009. p. 970: “A hipoteca judiciária não encontra previsão expressa no Direito Processual do Trabalho, mas sua aplicação aqui é possível por força da cláusula geral de supletividade (art. 769), já se constitui medida de inteira pertinência teleológica com a tutela adjetiva trabalhista; portanto, não apresenta, dessa forma, qualquer atrito ou incompatibilidade”. A mesma orientação encontra-se no ensaio de CAVALARO NETO, Arlindo. A sentença trabalhista como título constitutivo de hipoteca judiciária. In: SANTOS, José Aparecido dos (Coord.). *Execução trabalhista*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2010. p. 494: “Em síntese, o instituto da hipoteca judiciária mostra-se compatível com o Processo do Trabalho, pois visa garantir o sucesso da execução, prevenir a fraude à execução, impor direito de preferência ao credor na excussão do bem hipotecado, além de conferir o direito de sequela”. Em sentido contrário à compatibilidade, está o artigo de Fábio Luiz Pereira da Silva (Necessária revisão da aplicabilidade da hipoteca judiciária no processo judiciário do trabalho. *Revista LTr*, São Paulo, v. 75, n. 8, p. 959-962, ago. 2011).

37 A hipoteca judiciária foi instituída pelo Código de Processo Civil de 1973. A garantia constitucional da razoável duração do processo foi instituída pela Emenda Constitucional n. 45, de dezembro de 2004.

A imediata eficácia da sentença condenatória enquanto título constitutivo de hipoteca judiciária não é paralisada pela interposição de recurso. Isso porque da dicção do parágrafo único do art. 466 do CPC – “a sentença condenatória *produz* a hipoteca judiciária” – decorre a interpretação de que esse efeito imediato da sentença não é atingido pelo recurso interposto contra a sentença. Não se exige trânsito em julgado para que a sentença produza tal efeito. Basta a sua publicação³⁸.

Ainda que o recurso interposto seja dotado de efeito suspensivo, o que não ocorre com o recurso ordinário previsto no art. 895 da CLT (CLT, art. 899), tal efeito suspensivo não neutraliza a imediata eficácia jurídica que o art. 466 do CPC confere à sentença condenatória enquanto título constitutivo de hipoteca judiciária. Na interpretação do art. 466 do CPC, a jurisprudência já consolidou o entendimento de que o efeito suspensivo do recurso não impede a imediata eficácia jurídica da sentença condenatória enquanto título constitutivo de hipoteca judiciária, conforme revela a seguinte ementa: “Hipoteca judiciária. Recurso pendente. O efeito da condenação a que alude o CPC, art. 466, não se suspende com o advento do recurso” (RT 511/125)³⁹.

A interposição de recurso não suspende a imediata eficácia da sentença condenatória enquanto título constitutivo de hipoteca judiciária porque o instituto da hipoteca judiciária foi concebido pelo legislador como instituto de ordem pública de natureza acautelatória do direito do credor, com a finalidade de proporcionar *imediata* garantia ao credor da sentença condenatória. Essa garantia é realizada tanto por assegurar-se a futura execução mediante o direito de seqüela, que se forma sobre os bens gravados pela hipoteca judiciária, quanto pela inibição à fraude à execução prevenida pelo gravame da hipoteca judiciária registrada na matrícula do imóvel do réu.

A questão foi abordada de forma didática por Fredie Didier Junior, Paula Sarno Braga e Rafael Oliveira: “O efeito suspensivo atribuído ao recurso não impede a produção da hipoteca judiciária porque ele apenas suspende os efeitos principais da decisão recorrida, isto é, aqueles que decorrem do seu conteúdo. Não suspende os efeitos anexos, porque esses decorrem, como já se viu, da simples existência da decisão judicial”⁷⁴⁰.

38 TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio. *Curso de direito processual do trabalho*. São Paulo: LTr, 2009. v. II. p. 1292. SANTOS, Moacyr Amaral. *Comentários ao Código de Processo Civil*. v. IV. Rio de Janeiro: Forense, 1988. p. 428: “(...) a produção da hipoteca judiciária não depende do trânsito em julgado da sentença (...)”.

39 A ementa é citada por Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery, nos comentários ao art. 466 do CPC, na obra *Código de Processo Civil comentado*. 10. ed. São Paulo: RT, 2007. p. 677.

40 *Curso de direito processual civil*. 7. ed. Salvador: Juspodivim, 2012. p. 377.

Se a interposição de recurso suspendesse tal eficácia, a garantia do credor não seria *imediata* conforme a concebera o legislador, com o que se retardaria a pronta operatividade do efeito anexo da sentença previsto no art. 466 do CPC, efeito que a doutrina qualifica como *automático*⁴¹, mera consequência da publicação da sentença condenatória⁴².

Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero são categóricos acerca da matéria, assentando o entendimento de que “o recebimento do recurso de apelação com efeito suspensivo (art. 520 do CPC) não impede a inscrição da hipoteca judiciária no registro competente (STJ, 3ª T., REsp 715.451/SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 06.04.06, DJ 02.05.06, p. 310)”⁴³.

É o que restou assentado na ementa do acórdão publicado na Revista dos Tribunais nº 596/99: “Hipoteca judiciária. Inscrição com recurso pendente. A hipoteca judiciária, que tem natureza acautelatória do direito do credor, pode ser inscrita, desde que ajuste às disposições legais, independentemente da pendência ou não de recurso, pois é resultante de um efeito imediato da decisão, que surge com ela, para oferecer pronta garantia à disponibilidade do credor”⁴⁴.

3.7 – *A sétima virtude: uma garantia que não exclui outras*

A sétima virtude da hipoteca judiciária repousa na sobreposição das garantias previstas no parágrafo único do art. 466 do CPC.

A expressiva intervenção que o instituto da hipoteca judiciária produz na esfera patrimonial do réu revela-se mais eficaz pela lícita sobreposição às demais garantias previstas no parágrafo único do art. 466 do CPC em favor do vencedor da demanda condenatória⁴⁵. Isso porque o registro da hipoteca judi-

41 SILVA, Antônio Álvares da. *Execução provisória trabalhista depois da reforma do CPC*. São Paulo: LTr, 2007. p. 104: “A hipoteca judiciária é automática e será ordenada pelo juiz, como determina o art. 466 do CPC. Portanto independe de requerimento da parte. É uma consequência da sentença”.

42 SANTOS, Moacyr Amaral. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1988. v. IV. p. 426: “Do só fato de haver sentença de efeito condenatório resulta, por força de lei, hipoteca judiciária sobre os imóveis do condenado, e, assim, o poder do autor de fazer inscrevê-la mediante simples mandado do juiz”.

43 MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Código de Processo Civil: comentado artigo por artigo*. 4. ed. São Paulo: RT, 2012. p. 445.

44 A ementa é citada por Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery, nos comentários ao art. 466 do CPC, na obra *Código de Processo Civil comentado*. 10. ed. São Paulo: RT, 2007. p. 677.

45 Na doutrina, há autores que sustentam a aplicação da hipoteca judiciária mesmo quando a demanda não seja condenatória. É o caso de Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero. Para esses autores, o fato de a demanda mandamental poder vir a ser resolvida mediante indenização justifica o entendimento pela aplicabilidade da hipoteca Judiciária também nessa espécie de demanda. Vale conferir o que dizem os referidos autores, que se caracterizam por uma concepção teórica dirigida a outorgar a jurisdição a máxima eficácia possível: “Na realidade, havendo possibilidade de resolver-se a obrigação originária

ciária constituída pela sentença condenatória não exclui outras garantias que a ordem jurídica outorga ao vencedor da demanda; portanto, a hipoteca judiciária acumula-se com medida cautelar de arresto e com execução provisória, sem que resulte *bis in idem* dessa sobreposição de garantias que a ordem jurídica outorga ao vencedor da demanda⁴⁶. É nesse sentido o magistério de Fredie Didier Junior, Paula Sarno Braga e Rafael Oliveira: “A hipoteca judiciária pode ser efetivada ainda que a condenação contida na sentença seja ilíquida e careça de posterior liquidação (art. 466, parágrafo único, I, do CPC). Deve ser efetivada também ainda que haja outros bens arrestados em garantia do mesmo crédito (art. 466, parágrafo único, II, do CPC)”⁴⁷.

A conclusão não se altera pelo fato de o processo do trabalho exigir depósito recursal como pressuposto objetivo de admissibilidade dos recursos do empregador na fase de conhecimento (CLT, art. 899, §§ 1º e 2º)⁴⁸. A garantia do depósito recursal soma-se às demais garantias previstas no parágrafo único do art. 466 do CPC. Estabelecida em lei, a exigência de depósito recursal corresponde à assimetria da relação de emprego e justifica-se em face da natureza alimentar do crédito trabalhista reconhecido na sentença condenatória⁴⁹, crédito representativo de direito fundamental social (CF, art. 7º).

Em outras palavras, o vencedor da demanda condenatória pode se valer, simultaneamente, de hipoteca judiciária, de arresto e de execução provisória (CPC, art. 466, parágrafo único, II e III), ainda que a condenação seja genérica (I), hipótese em que se observará o valor arbitrado à condenação para efeito de

em perdas e danos, a sentença de procedência produz a constituição de hipoteca judiciária. Daí a razão pela qual não só a sentença condenatória ao pagamento de quantia tem por eficácia anexa a constituição de hipoteca judiciária, mas também a sentença mandamental que impõe um fazer ou não fazer (art. 461 do CPC) e a sentença executiva *lato sensu* que tem por objeto a tutela do direito à coisa (art. 461-A do CPC), porque em todos esses casos a tutela específica pode acabar se tornando de impossível obtenção, não restando ao demandante outra saída que não a obtenção de tutela pelo equivalente monetário (arts. 461, § 1º, e 461-A, § 3º, do CPC)” (MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel. *Código de Processo Civil comentado artigo por artigo*. 4. ed. São Paulo: RT, 2012. p. 445).

46 ZANGRANDO, Carlos. *Processo do Trabalho – Processo de conhecimento*. v. 2. São Paulo: LTr, 2009. p. 1.240.

47 *Curso de direito processual civil*. 7. ed. Salvador: Juspodivm, 2012. p. 376.

48 Não há exclusão de garantias. As garantias previstas no parágrafo único do art. 466 do CPC combinam-se em favor do credor. Como preleciona Antônio Álvares da Silva: “Essas duas providências – depósito e hipoteca judiciária – nada têm a ver com a penhora proveniente de execução provisória, pois cada uma das três medidas têm uma proveniência jurídica diversa e se superpõem sem nenhum *bis in idem*” (*Execução provisória trabalhista depois da reforma do CPC*. São Paulo: LTr, 2007. p. 104).

49 A exigência de depósito recursal constitui traço identificador da autonomia científica do direito processual do trabalho.

registro da hipoteca judiciária⁵⁰. Os emolumentos cartorários ficam “(...) por conta de devedor condenado”, conforme o magistério de Pontes de Miranda⁵¹.

CONCLUSÃO

A hipoteca judiciária pode contribuir para combater o principal problema do sistema judicial: a falta de efetividade da jurisdição. A falta de efetividade da jurisdição aparece de forma incontornável no expressivo número de processos trabalhistas arquivados com dívida na fase de execução⁵².

Se é certo que fatores metajurídicos⁵³ contribuem para conformar o quadro de falta de efetividade da jurisdição, também é certo que as potencialidades do direito positivo devem ser otimizadas – e redescobertas – para melhorar a *performance* da jurisdição trabalhista.

Para tanto, é necessário combinar todas as medidas legais capazes de dotar a jurisdição de maior poder de coercibilidade, na fase de execução. Entre as medidas previstas no direito positivo para aumentar a efetividade da execução, está a hipoteca judiciária prevista no art. 466 do CPC. Mas a hipoteca judiciária não deve ser considerada de forma isolada. Aplicar apenas a hipoteca judiciária é insuficiente à efetividade da execução. A efetividade da execução reclama a aplicação articulada das diversas medidas de coerção previstas em lei para fazer cumprir as decisões judiciais. Em outras palavras, é necessário aplicar a hipoteca judiciária, ao lado de outras medidas previstas no direito positivo, para tornar a execução mais efetiva.

Combinada com outras medidas legais como a remoção imediata dos bens móveis penhorados (CPC, art. 666, II), a atribuição de efeito não suspensivo aos

50 SANTOS, Moacyr Amaral. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1988. v. IV. p. 427: “(...) mesmo no caso de condenação genérica, portanto, ilíquida, a sentença produz hipoteca judiciária (art. 466, parágrafo único, I), valendo o valor da causa para os efeitos da inscrição”.

51 PONTES DE MIRANDA, Francisco. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1974. tomo V. p. 118: “As custas de inscrição são por conta do devedor condenado”. No mesmo sentido, CAVALARO NETO, Arlindo. A sentença trabalhista como título constitutivo de hipoteca judiciária. In: SANTOS, José Aparecido dos (Coord.). *Execução trabalhista*. 2. ed. São Paulo: LTR, 2010. p. 496: “As despesas com o registro da sentença como hipoteca judiciária serão computadas na conta geral do crédito exequendo e cobradas do executado”.

52 Os dados divulgados pelo TST revelam que no ano de 2011 tramitavam 2.926.413 processos na fase de execução no país. Desses, 2.118.325 processos permaneceram tramitando, enquanto que 808.088 processos foram arquivados com dívida no ano de 2011. As estatísticas dos anos anteriores guardam a mesma proporção entre o número de processos em tramitação e o número de processos arquivados com dívida. Esses números indicam a baixa efetividade da jurisdição.

53 Entre os fatores metajurídicos estão os fatores de macroeconomia, a legislação, a terceirização de serviços e outros.

embargos à execução (CPC, arts. 475-M e 739-A), a alienação antecipada de bens (CPC, arts. 670 e 1.113), o redirecionamento da execução contra os sócios mediante a desconsideração da personalidade jurídica de ofício (CC, art. 50; CPC, arts. 592, II, e 596; CDC, art. 28, *caput* e § 5º)⁵⁴, o protesto extrajudicial da sentença (Lei nº 9.492/97, art. 1º) e a pesquisa de ofício de bens por meio de ferramentas eletrônicas (CLT, arts. 765 e 878)⁵⁵, a hipoteca judiciária contribui para melhorar a *performance* da execução trabalhista. São ferramentas a serem utilizadas de forma combinada, para reforçar a capacidade de coerção própria à execução forçada, a qual se impõe em face da recusa do réu em cumprir a obrigação de forma espontânea. Essa compreensão que se faz imperativa em face da dimensão objetiva que o direito constitucional reconhece às garantias fundamentais, no caso a garantia fundamental da efetividade da jurisdição (CF, art. 5º, XXXV), combinada com a garantia fundamental da razoável duração do processo (CF, art. 5º, LXXVIII).

A preeminência que a ordem jurídica confere aos créditos trabalhistas (CF, art. 100, § 1º; CTN, art. 186; CLT, art. 449, § 1º) implica uma hermenêutica que extraia a máxima eficácia da norma do art. 612 do CPC, aplicável subsidiariamente ao processo do trabalho (CLT, art. 769), potencializando a diretriz normativa de que a execução realiza-se no interesse do credor. Se no âmbito do processo comum está positivada, na condição de regra geral, a norma de que *a execução realiza-se no interesse do credor* (CPC, art. 612), não pode haver dúvida de que essa regra geral deve operar com maior profundidade no âmbito do processo do trabalho, de modo a produzir uma clara opção pelo princípio da execução mais eficaz, em detrimento da exceção da execução menos gravosa (CPC, art. 620)⁵⁶. É nesse contexto hermenêutico que a hipoteca judiciária pode emergir como instrumento de efetividade da jurisdição trabalhista.

Se nos faltava motivo para (re)descobrir o instituto da hipoteca judiciária, já não falta mais: as consequências jurídicas decorrentes da Súmula nº 375 do STJ exigem o resgate da hipoteca judiciária como medida legal voltada a inibir a fraude à execução, fraude que agora tende a generalizar-se. Essa é apenas uma das virtudes do instituto, quase tão importante quanto o direito de sequela que a hipoteca judiciária cria para o vencedor da demanda, permitindo-lhe

54 CLAUS, Ben-Hur Silveira. A desconsideração da personalidade jurídica na execução trabalhista – aspectos teóricos e aplicação em situações concretas. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região*, n. 38, Porto Alegre: HS, 2010, p. 61.

55 CLAUS, Ben-Hur Silveira. A desconsideração inversa da personalidade jurídica da execução trabalhista e a pesquisa eletrônica de bens de executados. *Revista LTr*, n. 1, ano 77, jan. 2012, São Paulo: LTr, p. 35.

56 CLAUS, Ben-Hur Silveira. A execução trabalhista não se submete ao princípio da execução menos gravosa – um olhar contemporâneo para a execução trabalhista efetiva. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região*, n. 39, Porto Alegre: HS, 2011, p. 101.

I SEMINÁRIO NACIONAL SOBRE EFETIVIDADE DA EXECUÇÃO TRABALHISTA

executar o bem hipotecado judiciosamente ainda que já tenha sido transferido para terceiro (nesse caso, terceiro adquirente de má-fé).

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. *Sentença e coisa julgada*. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988.

CAVALARO NETO, Arlindo. A sentença trabalhista como título constitutivo de hipoteca judiciária. In: SANTOS, José Aparecido dos (Coord.). *Execução trabalhista*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2010.

CHAVES, Luciano Athayde. Ferramentas eletrônicas na execução trabalhista. In: CHAVES, Luciano Athayde (Org.). *Curso de processo do trabalho*. São Paulo: LTr, 2009.

CLAUS, Ben-Hur Silveira. A desconsideração da personalidade jurídica na execução trabalhista – aspectos teóricos e aplicação em situações concretas. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região*, n. 38, Porto Alegre: HS, 2010.

_____. A desconsideração inversa da personalidade jurídica da execução trabalhista e a pesquisa eletrônica de bens de executados. *Revista LTr*, n. 1, ano 77, jan. 2012, São Paulo: LTr.

_____. A execução trabalhista não se submete ao princípio da execução menos gravosa – um olhar contemporâneo para a execução trabalhista efetiva. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região*, n. 39, Porto Alegre: HS, 2011.

DIDIER Jr., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processual civil*. 7. ed. Salvador: Juspodivm, 2012.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Código de Processo Civil: comentado artigo por artigo*. 4. ed. São Paulo: RT, 2012.

NERY Jr., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado*. 10. ed. São Paulo: RT, 2007.

OLIVEIRA, Francisco Antonio de. *Execução na Justiça do Trabalho*. 6. ed. São Paulo: RT, 2008.

PONTES DE MIRANDA, Francisco. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1974. tomo V.

SANTOS, Moacyr Amaral. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1988. v. IV.

SILVA, Antônio Álvares da. *Execução provisória trabalhista depois da reforma do CPC*. São Paulo: LTr, 2007.

SILVA, Fábio Luiz Pereira da. Necessária revisão da aplicabilidade da hipoteca judiciária no processo judiciário do trabalho. *Revista LTr*, São Paulo, v. 75, n. 8, ago. 2011, p. 959-962.

TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio. *Curso de direito processual do trabalho*. São Paulo: LTr, 2009. v. II.

_____. *Execução no processo do trabalho*. 11. ed. São Paulo: LTr, 2013.

ZANGRANDO, Carlos. *Processo do trabalho – processo de conhecimento*. São Paulo: LTr, 2009. v. 2.

TIPOLOGIAS DE BLINDAGEM PATRIMONIAL, FORMAS DE ATUAÇÃO DE “LARANJAS”, EMPRESAS OFFSHORE E TÉCNICAS DE INVESTIGAÇÃO*

Erasto Villa-Verde de Carvalho Filho**

Antes de tudo, eu gostaria de dizer da minha elevada honra em participar deste painel como representante do Banco Central do Brasil. É um desafio muito grande, uma tarefa, eu diria, até mesmo espinhosa, porque, para a ruptura da chamada blindagem patrimonial, temos de ter acesso a informações que são protegidas pelo sigilo bancário.

O tema do painel, como já exposto pelo Ministro, visa abordar a blindagem patrimonial, o devedor que procura ocultar o seu patrimônio. A minha abordagem será não só do ponto de vista do credor trabalhista, mas do credor em geral. Devo esclarecer que sou da área do Banco Central que se situa numa posição de credor, ou seja, é o Banco Central como exequente. Sou titular da área de contencioso judicial e execução fiscal do Banco Central. Então, vou falar do ponto de vista, também, que é o mesmo ponto de vista da maioria dos senhores aqui presentes, daquele que é credor e que busca ter acesso a informações sobre os devedores, acesso aos bens de devedores, para buscar a constrição patrimonial.

A minha apresentação vai se dividir em cinco grandes partes. Primeiro, vou fazer a apresentação do projeto “Grandes Devedores”. Sou patrocinador no Banco Central desse projeto, mediante o qual a autarquia tem procurado focar a sua atividade de cobrança de créditos nos grandes devedores, por uma questão de uma maior eficiência na recuperação de créditos. Percebemos que, é óbvio, concentrar os esforços de cobrança nos maiores devedores que têm patrimônios mais recuperáveis são esforços que conferem maior efetividade.

Houve um aumento significativo do índice de recuperação de créditos nesse período, de 1,27% para 2,1%. O aumento é significativo, mas já demonstra

* Este texto constitui transcrição de exposição oral.

** *Subprocurador-geral do Banco Central do Brasil.*

o quanto precisamos avançar na execução. Hoje, apenas 2,1% da dívida ativa do Banco Central pode ser recuperada. Isso mostra que já avançamos, mas que ainda temos muito o que avançar. O projeto “Grandes Devedores” visa também a desafogar o Judiciário, ou seja, o pequeno devedor: o Banco Central faz cobrança extrajudicial, mediante protesto de certidões de dívida ativa, o Banco Central também não fica procrastinando execuções fiscais. Se não localizamos recursos do devedor, do pequeno devedor sobretudo, declaramos inexecúvel esse crédito e pedimos a desistência da execução fiscal numa contribuição para uma menor litigiosidade, numa contribuição que o Banco Central busca dar para desafogar o Poder Judiciário. O projeto “Grandes Devedores” tem esse foco.

Agora vou entrar na questão da blindagem patrimonial. Sabemos que, hoje, se colocarmos no Google as palavras “blindagem patrimonial”, teremos acesso a várias informações de como esconder o patrimônio. Uma matéria de uma grande revista recentemente tratou desse assunto. Realmente, qualquer devedor mal-intencionado consegue ter acesso a toda orientação para escapar aos créditos, aos seus credores. A empresa *offshore*, como o próprio nome diz, “fora da costa”, oferece proteção, digamos, aos devedores, sobretudo no que se refere a vantagens tributárias.

Agora, o mais importante é essa ocultação, pois são empresas que permitem a existência de sócios anônimos, ou seja, ações ao portador. No Brasil isso é proibido; não pode haver ações ao portador desde a década de 1990, mas há muitos países, chamados paraísos fiscais, que permitem a constituição de empresas com sócios anônimos. É muito comum um sócio anônimo transferir o seu patrimônio pessoal para uma empresa *offshore* e, mediante comodato, por exemplo, ou locação, ele próprio usufrui daquele patrimônio transferido, e não teria bens a serem garantidos numa eventual execução fiscal ou execução trabalhista. Em suma, as empresas *offshore* são utilizadas como um mecanismo de transferência patrimonial mediante o qual o devedor oculta o seu patrimônio, adotando técnicas de simulação, de contratos de locação e de comodato, fingindo, assim, às suas obrigações patrimoniais.

Entro agora na questão dos capitais brasileiros no exterior. É uma atribuição do Banco Central do Brasil cuidar dessas informações, sobre o chamado censo de capitais brasileiros no exterior. Esta é a legislação que regula essa matéria. Este censo e todas as informações que são obrigatoriamente fornecidas ao Banco Central, por qualquer investidor que pretenda remeter recursos para o exterior, seguem diretrizes de organismos internacionais, sobretudo do Fundo Monetário Internacional e da Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico. Essas instituições têm procurado ampliar a divulgação, a transpa-

rência e a possibilidade de comparação entre as estatísticas dos diversos países sobre esses investimentos internacionais. Seguindo essas diretrizes, veremos que uma série de informações é obrigatoriamente disponibilizada, apresentada pelos investigadores ao Banco Central do Brasil, que tem um banco de dados muito rico de informações, como veremos, sobre esse capital brasileiro no exterior.

Quais são essas informações? A declaração é obrigatória para todo residente no Brasil a partir de cem mil dólares. Ou seja, abaixo desse valor não há a obrigação de ser informado ao Banco Central. Acima de cem mil dólares a pessoa é obrigada a declarar anualmente a remessa de capitais ao exterior. Acima de cem milhões de dólares essa declaração deve ser trimestral. Tudo deve ser declarado, qualquer espécie de ativo, participação no capital de empresas, que é o chamado investimento direto. Nesse caso, o investimento direto é propriamente a aquisição de participação societária em empresas no exterior. E aqui reside bem a técnica de blindagem da *offshore*, ou seja, uma pessoa residente no país compra ações ao portador de empresas *offshore* fora do país. Lá ele é anônimo, é um sócio oculto, porque as ações são ao portador, mas, aqui, acima de cem mil dólares, ele é obrigado a declarar esse investimento ao Banco Central do Brasil. A declaração deve conter o nome e a indicação da pessoa que vai receber esse capital. A sonegação dessas informações ou a informação inexata sujeita o brasileiro residente no país ao pagamento de multa de até duzentos e cinquenta mil reais, além de ser possível tipificar essa conduta como crime previsto na Lei do Colarinho Branco, de evasão de divisas, que incluiu a conduta de depositar fora do país e não declarar à repartição federal competente.

Já temos, portanto, um cabedal normativo que, se, de um lado, protege o devedor com a blindagem patrimonial ao investir no exterior em empresas de maneira oculta, o chamado sócio oculto em ações ao portador, por outro lado, tem uma legislação que obriga esse mesmo credor a prestar tais informações ao Banco Central a partir de cem mil dólares – informações detalhadas que, se não prestadas, podem configurar, além de multa, até crime do colarinho branco. A partir dessas informações que o Banco Central recebe, ele produz o censo anual de capitais brasileiros no exterior, que está disponível no *site* do Banco Central. Hoje, o montante de capitais do Brasil no exterior é de trezentos e noventa e um bilhões e quinhentos e setenta e cinco milhões de dólares. Dessa quantia, temos trinta mil e quinhentos e setenta e três declarantes, dos quais 67,7% são valores inferiores a um milhão de dólares.

A remessa de capitais ao exterior está regulada pela Lei nº 9.069/95. Qualquer ingresso ou saída de moeda no Brasil deve ser feita por meio de instituição autorizada pelo Banco Central do Brasil a atuar no mercado de câmbio.

Essa operação tem de ser perfeitamente identificada, tanto a identificação do cliente quanto do beneficiário da operação cambial.

Outra categoria de informação que deve ser enviada ao Banco Central é a informação sobre as operações cambiais. Em regra, toda essa atividade de compra de ativos no exterior sempre vai envolver uma operação cambial, que também deve ser declarada ao Banco Central. Geralmente, essa operação cambial tem duas grandes finalidades: a constituição de disponibilidade, ou seja, uma conta corrente, uma conta em outro país, ou o investimento direto no exterior. O investimento direto no exterior, sobre o qual já falamos, é a compra de participação societária em empresa estrangeira. Uma coisa é um cidadão brasileiro ter uma conta no exterior, o que é lícito, como também é lícito ele comprar ações de uma empresa sediada no estrangeiro, desde que preste as necessárias declarações, como vimos, ao Banco Central. Essas informações das operações de câmbio ficam registradas no Sisbacen – Sistema de Informações do Banco Central –, ou seja, além daquele censo sobre os capitais brasileiros no exterior, o Banco Central também mantém um grande banco de dados sobre essas operações cambiais.

Como eu já disse, a constituição de disponibilidade no exterior refere-se à pessoa física ou jurídica que mantém uma conta em uma instituição financeira sediada fora do país. O investimento direto, como eu disse, é a participação societária, a compra de ações de uma empresa estrangeira.

Vamos entrar agora propriamente na parte desta minha breve apresentação, que trata da constrição patrimonial de bens ocultados no exterior. Esse é o nosso desafio.

Vimos que o Banco Central tem um cabedal de informações que deve interessar a todos nós, inclusive a mim, como Procurador do Banco Central que atua na área de contencioso e execução fiscal. Há muito interesse em ter acesso ao nome dessas pessoas, mas, infelizmente, para o Banco Central, como credor, o obstáculo do sigilo bancário também se impõe. Meu colega de sala não pode me fornecer informações detalhadas sobre devedores do Banco Central, assim como também não poderia fornecer informações, senão mediante uma ordem judicial de quebra do sigilo bancário. Esse é o grande desafio. As informações estão disponíveis e são detalhadas: quem é o aplicador, em que instituição ele aplicou, o nome e tudo mais, mas essas informações só podem ser acessadas, como veremos, quando há indício de ilícito penal e mediante autorização judicial. Está previsto na própria Lei Complementar nº 105/01, que trata do sigilo bancário.

O Banco Central tem acesso a informações sigilosas na sua área de fiscalização e também quando aplica a intervenção em instituições financeiras – liquidação extrajudicial, regimes especiais, regime de administração especial temporária e intervenção –, mas não como credor, como eu disse. Exceções ao dever de sigilo. O Banco Central, nessa atividade de fiscalização, ao encontrar indícios de ilícito, faz a comunicação ao Ministério Público. Quebra do sigilo por ordem judicial quando há indício de ilícito penal. Informações que são disponibilizadas à Receita Federal.

Ainda sobre as exceções legais ao dever de sigilo, há aquelas comunicações que as instituições financeiras devem fazer ao Coaf – Conselho de Controle de Atividades Financeiras. Toda operação financeira atípica deve ser comunicada ao Coaf.

Já falamos sobre o uso de sócios ocultos e sobre a questão das ações ao portador. Chegamos a uma situação em que é identificado o capital brasileiro no exterior, declarado ao Banco Central, uma vez ultrapassados os limites do sigilo bancário. Se é um investimento direto, ele está lastreado em uma participação societária, e, nesse caso, temos a possibilidade de penhora dessa participação societária, uma vez que o art. 655, VI, do Código de Processo Civil não excepciona participação societária no exterior, ou seja, essas ações ao portador são perfeitamente penhoráveis, segundo a nossa legislação.

A outra hipótese de concessão de bens é a identificação de recursos em instituição alienígena. Trata-se da questão da desconsideração da personalidade jurídica. E aqui temos uma hipótese de desconsideração da personalidade jurídica inversa. Em regra, a teoria da desconsideração da personalidade jurídica, tal como previsto literalmente no art. 50 do Código Civil, é tirar o véu da pessoa jurídica para alcançar a pessoa física do sócio. Temos também a situação inversa, que é admitida na jurisprudência do país: o devedor, pessoa física, que constitui ou investe seu capital e oculta esse capital mediante o emprego de uma empresa de uma pessoa jurídica, uma *offshore*. É possível a desconsideração da personalidade jurídica nessa hipótese, como admitem a doutrina e a jurisprudência.

Na Justiça do Trabalho também tem sido aplicada a jurisprudência da desconsideração inversa da personalidade jurídica, que pode ser empregada na constrição de bens de devedores que ocultam seu patrimônio em empresas *offshore*.

As informações sobre o Bacen Jud estão disponíveis no Banco Central. Apenas a título de informação, em 2014, foram emitidas 5.770.507 ordens de

bloqueio. Só ordens de bloqueio, sem falar em disponibilidade de bens, etc. – isso em 2014. Em 1998, foram 6.384 ofícios em papel. O avanço é significativo. Já em 2015, com dados de março, já foram emitidas 1.254.719 ordens de bloqueio, das quais 439.710 da Justiça do Trabalho, o que equivale a 35%. A Justiça do Trabalho é, digamos, o nosso maior cliente.

A mensagem que eu gostaria de trazer, em conclusão, é que o Banco Central dispõe de informações sobre capitais brasileiros no exterior, sobre operações de câmbio, bancos de dados muito ricos e disponíveis, de maneira estatística, no próprio *site* do Banco Central. O Banco Central tem o dever de manter o sigilo sobre operações ativas e passivas, mas, se houver indício de ilícito penal, por exemplo, no caso de indício de evasão de divisas, que é aplicável no caso de informação falsa ou não informação sobre capitais emitidos ao exterior, é possível, com a quebra do sigilo, ter acesso a essas informações e encontrar bens de devedores, fazer a constrição e satisfazer o crédito.

O Bacen Jud representou no país um avanço extraordinário. Hoje é, sem dúvida alguma, uma ferramenta que tem um grau de efetividade excelente. Precisamos avançar no que se refere ao uso de ofícios – ainda há quem use ofícios em papel –, o CNJ recomendou que abandonemos essa prática. Agora, o novo desafio é mediante acordos internacionais, que, como vimos, são necessários, que instituições como o FMI, a OCDE, o GAFI e a própria OIT discutam a possibilidade de uma maior transparência financeira internacional, a fim de que esse capital que é remetido ao exterior possa ser empregado para garantir os créditos, não só os créditos trabalhistas, mas, também, espero, os créditos do Banco Central, que me honra muito defender.

ASPECTOS ATUAIS DA EXECUÇÃO EM FACE DE ENTES PÚBLICOS

Flávio Allegretti de Campos Cooper*

Entrando no tema de precatórios, regionalizando, uma pesquisa da OAB de São Paulo revelou que 100 mil credores já faleceram em São Paulo sem receber o precatório. Só aí temos uma dimensão do que isso representa.

Vou contar apenas três casos ilustrativos. O terceiro é a minha experiência na Presidência, mas há dois casos anteriores. O primeiro, quando eu era Juiz de Vara, muito antigamente, à época da máquina de escrever, o Presidente do Tribunal autorizava o sequestro, que era executado pelo Juiz da Vara. Hoje o Presidente do Tribunal recebe ofício requisitório, requisita o pagamento de pequeno valor, processo precatório e processo administrativo, mas, à época, o Presidente só despachava e mandava para o Juiz. O Juiz tinha de inventar um mandado, porque não existia em livro nenhum como fazer um mandado de sequestro. Então, sentei-me com o Oficial de Justiça e fizemos um mandado completo, que incluía até prisão dos gerentes: “Vá ao banco e localize onde tem conta o município” – era um município ao lado de São José dos Campos, onde eu julgava – “e, se o gerente se recusar a cumprir ordem judicial, prenda-o”. Enfim, o mandado era completo.

Mas eu disse ao Oficial de Justiça para pegar o mandado e, antes de ir ao banco, ir à prefeitura, procurar o Secretário de Assuntos Jurídicos para dizer-lhe: “Olha, vocês ficarão em uma situação vexaminosa. Por que não pagam espontaneamente?”. Achei que daria certo. O Oficial de Justiça conversou com o Secretário de Assuntos Jurídicos, que efetuou imediatamente o depósito judicial e pagou a dívida. Então aprendi um princípio. Primeiro dialogamos com as partes no processo, mas não dialogamos fora dele. Aprendi que, em matéria de precatório, o diálogo direto com os entes públicos é muito valioso e dá resultado.

A segunda experiência já foi no Tribunal. Recebi um mandado de segurança contra um ato de sequestro do Presidente. Imaginem, eu tinha de conceder a liminar para suspender os efeitos de um sequestro. Mas um sequestro

* Desembargador do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região.

já significa que se trata de um direito líquido e certo, e, no caso, eram uns 10 credores. Associação dos Servidores Públicos do Município de Rosana, o qual fica no final de São Paulo, perto do Paraná e do Mato Grosso do Sul; lá no final. Se eu fosse muito técnico, eu já diria que não se tratava de caso de mandado de segurança, porque a impetração dizia que, se o município pagasse aos credores, ou seja, obedecesse à ordem judicial de sequestro, nenhum servidor daquele município minúsculo receberia, o pessoal ficaria sem salário. Tecnicamente, isso não é caso de mandado de segurança, porque depende de prova, porque tem um fato. Eu poderia lavar as mãos, mas acredito que nenhum Juiz do Trabalho foge do conflito, e eu não resolveria o conflito assim. Então, em vez de pensar se cabe ou não cabe, se é o rito ou não é o rito, pensar no problema da parte, que escolheu a via errada – aliás, nem sei qual é a via certa para isso, estou meditando até agora –, resolvi fazer o que todo Juiz do Trabalho faz: quando não se sabe o que fazer, marca-se audiência. Não é verdade? É isso que fazemos quando não sabemos o que fazer: marcamos audiência. Dá sempre certo.

Então marquei audiência. Daí vieram a prefeitura e a associação – houve intimação como litisconsorte –, e se provou, na audiência, que, se se pagasse o precatório, ninguém receberia no município, os servidores ficariam sem salário. Então pensei que seria uma concorrência entre direitos líquidos e certos, uma vez que os credores do precatório têm direito líquido e certo e os servidores também o têm em relação ao seu salário no final do mês. Então pensei: “Pego o art. 8º, parágrafo único, da CLT, digo que, no confronto entre o direito individual e o coletivo, prevalece o coletivo, e suspendo a decisão do Presidente”. Mas e o sequestro, e o precatório, e os credores do precatório? Eu falei: “Nossa, não quero fazer essa decisão, não”. Ao Edison Pelegrini, que era o Juiz Auxiliar – hoje é Desembargador –, falei: “Edison, marca audiência, sente-se e não saia sem fazer acordo. Chama os credores trabalhistas, a associação dos servidores públicos e não saia daí sem fazer acordo. Não quero dar essa decisão, não quero”. Acordo é uma maneira confortável de parcelar o pagamento dos credores sem prejudicar os salários dos servidores, e sai todo mundo feliz. O Edison – não sei a que horas da noite ou da madrugada saiu da audiência – acabou fechando o acordo.

Então, outro princípio que aprendi foi o da conciliação. A melhor forma de resolver essas questões contra a Fazenda é a conciliação, porque é até interesse dela. Ele pode pagar com algum deságio em vez de sofrer uma medida dura no caso dos precatórios vencidos. Então isso foi na segunda situação.

A terceira foi quando assumi a Presidência do Tribunal. Sabemos que o Presidente tem responsabilidade fiscal e criminal, se ele retarda ou se omite em

questão de precatório; é uma responsabilidade pesada. O primeiro lugar que fui visitar no Tribunal foi o setor de precatórios. Perguntei: “Quantos precatórios conseguimos quitar por ano?”. Responderam-me que 900 precatórios. “Muito bem, 900 precatórios, parece-me, é um número grande”. “Quantos recebemos por ano?”. “Dois mil precatórios, quitamos 900 e recebemos dois mil”. Então perguntei: “Vamos fazer uma meta de dobrar isso e conseguir dois mil, porque pelo menos empatamos; ficamos com o estoque e empatamos?”. É claro que o setor de precatórios não vai dizer não ao novo Presidente, mas devem ter pensado: “Nossa, sem noção nenhuma ele, porque fazemos todo o esforço anual para quitar 900 precatórios, e ele chega aqui e simplesmente fala para dobrarmos, para quitarmos dois mil precatórios”.

Muito bem, mas isso tem de ter uma estratégia; é um foco, porque é de gestão. Então reunimos o nosso comitê de precatórios, que a princípio era informal e depois se formalizou. Ele era informal. Tenho até uma confissão a fazer. Pedi à Desembargadora Ana Paula, que cuida do PJe Nacional, que, na única vez por mês que fosse a Campinas, me ajudasse nos precatórios, porque ela é *expert* no assunto – um abuso de amizade, porque ela não disse não. Eu e o Juiz Jorge Costa, que era o Juiz Auxiliar de precatórios, fazíamos reuniões mensais. Reuniões mensais para quê? Para analisar a lista cronológica de todo lado, o crescente, os valores decrescentes, os maiores devedores, os menores devedores, quem tinha mais de uma, para estratégias.

Outra coisa boa é que, no Tribunal de Justiça, no regime especial, a Ana Paula, sendo Desembargadora, trouxe-nos muitos benefícios, porque Desembargador fala de igual com Desembargador. Levamos muitos subsídios e muitas coisas foram acolhidas. O que isso resultou? A meta era chegarmos a dois mil, e chegamos; então, lancei um novo desafio: “Não quero mais dois mil, quero quatro mil agora”. Isso no último ano, e todo mundo já estava animado. Oras, por que não? “Se de 900 passamos para dois mil, por que de dois mil não vamos para quatro mil?”.

E começamos a traçar estratégias. Por exemplo, o município, e temos quase 600, precisa de lei para conciliar. A maioria não sabe disso. Tínhamos modelo de lei. Saibam que os prefeitos costumam procurar os presidentes dos tribunais. Muitos prefeitos procuram porque querem um posto avançado, querem uma Vara do Trabalho. Eles vão à OAB, que leva o prefeito lá. “Quer um posto avançado? Pois não, prefeito. Quer mais uma Vara trabalhista? Pois não, prefeito. Jorge, traz a conta dos precatórios da prefeitura. Prefeito, a situação dos precatórios é essa. Como o senhor vai fazer?”. “Eu posso?”. “Pode”. “Precisa de lei?”. “Precisa. É só mandar para a Câmara. Já mandamos um modelo e o

senhor já leva para a Câmara, já aprova. Pode haver Câmara de Conciliação lá, pode mandar para o Tribunal, pode fazer na Vara os acordos diretos”. Alguns municípios, como foi dito, compareceram espontaneamente para fazer isso.

Então, nesse dia, os coitados da Ana Paula e do Jorge faziam uma audiência direto com os municípios. Lembro que o nosso primeiro ato foi uniformizar o procedimento, porque cada Vara fazia de uma forma. Na atualização de precatórios para a revisão de cálculos eles mandavam os autos físicos para o setor de precatórios do Tribunal. Ou seja, era uma coisa da Idade da Pedra, não era eletrônico. Então, uniformizamos o provimento. Depois, fizemos outro provimento para que o crédito previdenciário não tivesse preferência sobre o trabalhista, ou seja, racionalizamos o procedimento e criamos uma audiência coletiva. Não é audiência pública, é coletiva.

O que é audiência coletiva? Por que os municípios fazerem audiência individual? Vamos chamar todos para uma audiência. Seleccionamos 29 entes públicos e chamamos todos. Não sabíamos exatamente o que faríamos e como faríamos. Não chamamos nenhum credor, e a questão é a seguinte: “Vamos pela ordem alfabética. Município de Amparo. Como o senhor vai pagar sua dívida? O senhor tem tantos precatórios”. Como conseguimos fazer com que o prefeito e o secretário viessem? Intimamos e colocamos que “a ausência importará em providências cabíveis”. E ninguém sabia o que eram as “providências cabíveis”. Isso funcionou muito bem. Estamos até pensando em algo. E neste ponto faço um parêntese para discutir. Discutimos na nossa comissão se não cabe penhora de bem público. Mas será que o fundo de participação dos Estados e o fundo de participação dos municípios podem ser penhorados? Se podem, ou não, não sei, mas iríamos tentar isso. Pode ser que não seja a penhora de rendimento público, mas se pode considerar como uma penhora de crédito. Oficia-se à União e se diz para não pagar ao município. Esse fundo não tem rubrica carimbada, é um fundo aberto, não está comprometido com nenhuma política. É o município ou o Estado que dá destinação. Oficiar à União dizendo que não pague ao município, que deposite judicialmente. Vamos fazer isso. E até digo que um município pagou um precatório com seu fundo de participação, porque eles podiam dar qualquer destinação à verba: “Está aqui meu fundo de participação. Posso usar para pagar?”. “Sim, pode”. Pagou o precatório com o fundo. Na audiência foi assim e todo mundo já sabia que estava devendo e a cobrança era essa.

Fizemos negociações sem credores. Não sei se isso é heresia. “Como vai pagar o precatório? Não vai pagar de uma vez, mas vai pagar em quantas parcelas?”. “Em três parcelas”. “Está bom, está fechado”. Homologo o acordo,

porque vai demorar muito mais para o credor. Vejam quantos anos eles demoram para receber.

Foi animado, porque o plenário estava cheio de gente, de prefeitos e de outras pessoas. Cada um negociou. O prefeito que seria cobrado depois já se preparava e pedia a folha e perguntava como poderia fazer. Houve uma prefeitura, cujo valor era tão alto, que parcelamos em 10 vezes. Isso sem consultar o credor. Não sei se podemos fazer isso ou não. Acontece que quase chegamos aos quatro mil.

E agora? O Desembargador Flávio Cooper saiu da Presidência. Isso continuou ou não? Continuou. Está aqui o meu Presidente, Desembargador Lourival Ferreira dos Santos, que está melhor do que eu. No primeiro quadrimestre deste ano S. Exa. já quitou quase 900 precatórios. Ou seja, quitou o número de precatórios que se quitou em todo o ano de 2011. Quero celebrar que isso continua, porque é institucional. E isso também significa a boa transição entre um Presidente e outro no Tribunal.

Julgar bem é só a metade de nossa tarefa. Precisamos nos compenetrar no que nos comete a CLT em termos de competência administrativa, que, no art. 653, alínea *f*, diz que compete às Varas “exercer, em geral” – então essa é uma norma aberta –, “no interesse da Justiça do Trabalho, quaisquer outras atribuições que decorrem de sua jurisdição”. O que isso significa? Administrar bem a Justiça do Trabalho na localidade de nossa jurisdição, principalmente no que se refere à efetividade e à duração razoável e célere do processo.

TIPOLOGIAS DE BLINDAGEM PATRIMONIAL, FORMAS DE ATUAÇÃO DE “LARANJAS”, EMPRESAS *OFFSHORE* E TÉCNICAS DE INVESTIGAÇÃO*

Gerson Dagord Schaan**

Eu queria, primeiramente, agradecer o convite feito pela Escola para poder participar com vocês e compartilhar um pouco da nossa experiência prática no que se refere à blindagem patrimonial, à investigação, envolvendo a habilidade patrimonial. É uma honra podermos participar neste ambiente, neste fórum, e salientarmos a importância de se discutir este assunto. Temos uma larga experiência na questão de cobrança, de execução fiscal e na parte da investigação desse fenômeno. Eu estava conversando antes com as autoridades no *backstage*, na sala anterior, que vocês – na verdade, quem atua na área trabalhista – têm um vasto campo ainda para avançar nessa área. Vamos mostrar aqui alguns casos bem práticos e seremos bem práticos. Espero não desestimular vocês, porque o mundo real é bruto, é forte.

Como eu disse, vou dar um viés extremamente prático, porque não vou me atrever a trazer questões jurídicas para discutir com vocês. Sou economista, investigador e vou trazer o ponto de vista da investigação a respeito desse fenômeno.

Inicialmente, esse tema da blindagem patrimonial ganhou popularidade, digamos assim, por volta de 2007, quando foi deflagrada a Operação Monte Éden. Antes dessa operação o tema tinha uma conotação muito privada, era muito tratada no âmbito privado e nos escritórios de advocacia. A Operação Monte Éden, que ocorreu em 2007, teve como alvo principal a atuação de um escritório específico de advocacia, que tinha um comportamento bastante agressivo no que se refere à venda desse tipo de serviço. De todas as tipologias de blindagem patrimonial que conseguimos apreender a partir dessa operação, o tema ganhou popularidade a ponto de estarmos aqui discutindo essa questão.

* Este texto constitui uma transcrição de exposição oral.

** Coordenador-geral de pesquisa e investigação da Secretaria da Receita Federal do Brasil.

Trago aqui duas conceituações para o tema blindagem patrimonial, que foram construídas pelo grupo de investigadores da operação, pelo pessoal que trabalha comigo na Coordenação Geral de Pesquisa e Investigação, e vocês podem ver nas duas alternativas de conceito um viés bem claro de investigação. Na primeira, falamos de proteção para não sermos alcançados por medidas cautelares ou por ações de execução. Então já estamos falando de alguém que deve alguma coisa; na segunda, mesmo que o pessoal tenha colocado qualquer forma usada para ocultar bens, direitos e valores de origem lícita ou ilícita, apesar de se colocar ali o lícito, está se falando de ocultar e, ao final, atribuindo-se a propriedade formal a interpostas pessoas, o que dá uma noção de ilicitude. Quando se está falando de uma interposta pessoa, de um terceiro que age em seu nome, está se falando de ocultação de bens, dando uma conotação de ilicitude para essa parte. Essa é um pouco a nossa visão, de quem investiga a parte criminal.

Em nossa experiência, temos visto que, normalmente, como regra, esses esquemas de blindagem patrimonial carregam consigo algum tipo de ato ilícito. Por outro lado, se procurarmos na internet, acharemos diversos *sites* de consultoria vendendo serviços, nos quais o conceito é um pouco mais *light*, de proteção ao patrimônio com o objetivo de evitar o patrimônio pessoal do sócio e atingir o indivíduo por dívidas da empresa. Então dá uma conotação um pouco mais lícita para a questão da blindagem patrimonial.

Mas quais seriam as motivações para alguém procurar blindar o seu patrimônio, ou seja, protegê-lo? São ações internas, quando a motivação se dá para fins de proteção em questões de sucessão, de sucessão societária, briga de sócio, ex-mulher, pacto pré-nupcial, questões de herança, um filho problemático ou um sobrinho mau-caráter, enfim, coisas dessa natureza que levam o cidadão a tentar blindar e a proteger o seu patrimônio. As separações litigiosas são bastante comuns e por aí vai.

De outro lado, há o que chamamos de ações externas, nas quais estão as ações do Fisco, a cobrança do Fisco, a execução fiscal, a execução por parte do Banco Central, a execução de questões trabalhistas, dívidas financeiras, outros credores, enfim. Quando essa motivação é externa, podemos detectar uma maior chance de que este processo tenha uma dose de ilicitude. Este processo pode ser preventivo, de forma antecipada, quando se pode entender que o processo, desde que não se utilizem meios ilegais, pode ser considerado lícito. Quando ele é corretivo, quando vem após o início de alguma ação externa – uma iminência de execução –, quando já há dívida constituída, quando o cidadão já sabe que vai ser cobrado, já se iniciou o processo de cobrança, ele passa, então, a

proteger o seu patrimônio. Nesse ponto, ele já está mais numa linha de fraude ao credor, de fraude à execução fiscal, etc.

O que aprendemos ao longo do tempo com esses esquemas de blindagem patrimonial é que, em boa parte deles, eles estão intimamente ligados, na sua estrutura e na sua forma, com esquemas de lavagem de dinheiro. Na verdade, a utilização de interpostas pessoas, de empresas *offshore*, remessas ao exterior, dinheiro que vai e que vem, transferência de patrimônio a preços fora de mercado tanto para cima quanto para baixo, alienações que só existem no papel, tudo isso são etapas de um processo de blindagem patrimonial, mas potencialmente são, também, etapas de um esquema de lavagem de dinheiro. Então, vamos ver, logo em seguida, que as estruturas são basicamente as mesmas, que a forma de atuação é basicamente a mesma.

Eventualmente teremos esquemas de blindagem patrimonial que, ao mesmo tempo, são esquemas de lavagem de dinheiro. Vamos ver alguns exemplos bem claros em que os dois fenômenos se dão ao mesmo tempo no mesmo esquema. O que difere um esquema do outro é, primeiro, a intenção do esquema: no caso da lavagem, é dar aparência lícita a um bem que tem origem ilícita; e, no caso da blindagem patrimonial, a origem dos recursos normalmente é lícita.

Há casos em que há blindagem patrimonial de bens que foram objeto de lavagem de dinheiro e que, por algum motivo, justamente por serem objeto de um esquema de lavagem de dinheiro, podem vir a ser blindados novamente. Então, tinha um bem ilícito, de origem ilícita, lavou e deu aparência lícita. Quando se inicia uma ação no sentido de recuperar esse bem, pela sua origem ilícita, há então uma motivação para o processo de blindagem patrimonial, ou seja, o bem, no final das contas, tem uma origem ilícita. Então, de qualquer forma, esses dois fenômenos estão intimamente relacionados.

Da mesma forma podemos ter certa confusão ou mesmo uma sobreposição da blindagem patrimonial com esquemas de planejamento tributário. Da mesma forma, usam-se as mesmas estruturas. Temos planejamentos tributários que são lícitos, da mesma forma que a blindagem patrimonial é, em tese. Digo “em tese” porque na nossa experiência normalmente há um ato ilícito no processo de blindagem – utilização de “laranja”, uma remessa ilegal, enfim –, da mesma forma que o planejamento tributário, em princípio, é lícito, principalmente quando se fala em esquemas de reorganização societária.

Mas, da mesma forma também que a blindagem patrimonial, temos esquemas de planejamento tributário considerados abusivos, nos quais há simu-

lação, interposição de pessoas, atos que não têm lógica econômica, que acabam, muitas vezes, confundindo-se e sobrepondo-se com a blindagem patrimonial.

Feita essa breve introdução, vamos falar de algumas tipologias. Num primeiro esquema de blindagem patrimonial, que é considerado quase elementar, temos a seguinte situação: o que chamamos de empresa-cliente. Trata-se de um esquema identificado na Operação Monte Éden, de uma das empresas-clientes do escritório de advocacia que foi alvo da operação. Então, a empresa-cliente procurou o escritório para fazer o processo de blindagem do seu patrimônio em função de dívidas fiscais que ela detinha. O primeiro passo, ocorrido antes da procura pelo escritório, foi a remessa do seu “caixa dois”, recursos oriundos de sonegação fiscal, a remessa via dólar-cabo, via doleiro, para o Uruguai, para contas da empresa no exterior. Então, “caixa dois”, venda sem nota, fraudes fiscais em geral. Mandou o dinheiro via doleiro, via dólar-cabo. Às vezes, também enviava por malas de dinheiro pela fronteira do Rio Grande do Sul com o Uruguai. E estão os recursos ocultos no exterior. Pela prática da empresa sonegadora, ela é uma grande devedora da Fazenda, ao ser executada, procurou o escritório para fazer a sua blindagem patrimonial.

Qual foi a proposta realizada do escritório? Foi a criação de uma SAFI – Sociedade Anônima Financeira de Investimento, no Uruguai, que é uma sociedade cujas ações são ao portador. Então, aqui não se tem mais a identificação do proprietário do recurso, que estava no Uruguai, e foi repassado para a SAFI, que é criada com ações ao portador, cujo procurador era uma interposta pessoa, funcionário da empresa-cliente. Então, um dos funcionários, não muito graduado, era o procurador, no Brasil, dessa sociedade anônima financeira no Uruguai. Essa sociedade anônima, de posse desses recursos oriundos do “caixa dois” da empresa, faz um investimento direto, registrado no Banco Central – o dinheiro efetivamente entrou, regularmente entrou – em uma empresa de *factoring* em nome de “laranjas”, pessoas interpostas. Essa empresa de *factoring*, de posse dos recursos que adentraram o Brasil, por via de investimento direto, faz a aquisição dos bens da empresa por preços inferiores aos preços de mercado. Então temos a seguinte situação: essa empresa conseguiu, dessa forma, legalizar o seu “caixa dois”, porque o recurso que estava lá fora acabou entrando de forma formal, quente, na sua contabilidade. Por outro lado, ela tem a transferência de seus bens, que não passam mais a ser alcançados pela Fazenda Nacional, porque estão blindados nessa empresa de *factoring* em nome de “laranjas”.

Na época, esses fatos todos ocorreram em 2005 ou 2006, a sonegação fiscal não era crime antecedente e ilícito antecedente à lavagem de dinheiro, pois o ilícito antecedente é a sonegação fiscal. Há a evasão de divisas. Mas, enfim,

com a mudança da lei de lavagem de dinheiro, temos aqui, claramente, uma situação em que há lavagem de ativos e, ao mesmo tempo, temos uma situação em que há um esquema de blindagem patrimonial, a nosso ver, fraudulento, pois utiliza recursos ilícitos, interposição de pessoas, enfim, simulação, etc.

Um detalhe importante: empresas de *factoring* são largamente utilizadas para esse tipo de esquema e para outros tipos de esquema de lavagem de dinheiro. Não só empresa de *factoring*, mas qualquer empresa que tenha como produto uma atividade pouco palpável, pouco concreta. *Factoring* compra e vende títulos, compra e vende dinheiro. Então, tem-se uma justificativa para movimentar recurso na sua conta-corrente bastante forte.

Publicidade e propaganda. Qual é o preço de uma ação de publicidade? É relativamente subjetivo. Consultoria, assessoria, prestação de informações cadastrais, promoção de eventos, todos esses tipos de atividades em que a pessoa recebe um dinheiro em contraprestação a um serviço em que o preço não é claramente definido no mercado se prestam a ser utilizadas para fins ilícitos.

Isto temos visto: doleiros têm utilizado largamente vários desses tipos de empresa. Durante um período, os doleiros se utilizavam das agências de viagem, migraram para as *factorings*, as quais perderam um pouco de importância em relação ao que eram há alguns anos. Continuam sendo bastante utilizadas, mas deram margem a todos esses outros tipos de empresas de que falei. Ao serem detectadas, elas normalmente são identificadas pelo próprio banco, que é o detentor da sua conta e abriga a sua conta-corrente. Eles são normalmente identificados no sistema de prevenção e combate à lavagem de dinheiro, que tem como um dos pilares a participação dos bancos, os quais têm uma participação fundamental, que é justamente a de monitorar as contas desse tipo de empresa – dessa e de todas as outras.

A questão é: o banco identifica, sim, mas depois de um tempo. Temos a atuação desse tipo de empresa durante quatro, cinco, seis, sete meses, um ano; o banco detecta, informa ao COAF, que também tem o seu tempo de atuação e que só depois comunica para as autoridades de persecução penal. Ocorre que, quando um banco começa a perguntar muito sobre a empresa, ele troca de empresa; sai da *factoring* 1, vai para a *factoring* 2 e assim por diante.

Apesar de sermos considerados um país burocrático na abertura e no encerramento de empresas, na verdade, sob o ponto de investigação é muito fácil. Abre-se uma empresa, deixa-a de lado, parte-se para outra. Isso ocorre não só nas *factorings*. Em qualquer tipo de empresa as fraudes ao comércio exterior ocorrem muito. Esse realmente é um problema que temos.

Temos aqui (*em slide apresentado na exposição oral*) um esquema que é o de lavagem de dinheiro. Vejam que a estrutura é praticamente a mesma. Temos a estrutura da empresa, que manda o dinheiro para fora. Empresa de *factoring*. Esse é um esquema de lavagem de dinheiro de um dos envolvidos na Operação Lava-Jato. O investigado mandou o dinheiro, também por meio de doleiro, por importações inexistentes, justificou a remessa, câmbio efetivamente realizado. Os recursos ocultos foram parar na conta de uma SAFI, cujo procurador é procurador no Uruguai de 300, 400, 500 empresas dessa natureza. Ele é um procurador profissional. Novamente, há o investimento direto em uma empresa de mesmo nome, só que SAFI do Uruguai e SAFI do Brasil. Esse recurso foi utilizado para a aquisição de um imóvel de alto valor, onde o nosso investigado vive. Na verdade, ele nem paga aluguel. Há dois ou três dias, ele informou que mora de graça no imóvel. Esse é um esquema de lavagem de dinheiro que obedece exatamente à mesma estrutura do esquema de blindagem patrimonial.

Temos esquemas mais complexos, mais elaborados. Aquele era muito simples. Neste caso (*em slide apresentado na exposição oral*), temos o caixa-dois da empresa, grande devedora. Aqui há outra *factoring*, que era do grupo dos investigados da Operação Monte Éden. O que faz essa *factoring*? Ela faz um contrato de mútuo com outra SAFI – mandou o dinheiro para o Uruguai –, que faz um investimento externo direto, novamente registrado no Banco Central, em outra empresa, em nomes de laranjas. Essa empresa de laranjas pega aqueles recursos, que são originários do caixa dois, e adquire os bens da empresa-cliente. Ela faz uma cessão daquele crédito para outra SAFI criada para esse fim, na qual se dá a quitação do mútuo de forma gratuita. Mais uma vez o uso das empresas *offshore*, empresas “laranjas”. Também há lavagem de dinheiro e blindagem patrimonial. Há mais esquemas da mesma natureza.

Temos outra novidade. O esquema é um pouco diferente. Há uma alienação simulada de parte dos bens imediatamente seguida de locação para ela própria. Estamos falando de máquinas de indústria, de equipamentos e tal, que foram simuladamente alienados e depois retornaram em forma de um aluguel também simulado, dando margem a uma contabilização de despesa irregular. Da mesma forma, temos interposta pessoa, agora uma brasileira, que é a procuradora das SAFIs do Uruguai. Novamente o bem está blindado dentro da própria empresa que foi cliente, pois são de propriedade de uma *offshore* do Uruguai.

Temos a complexidade de que há duas linhas de sociedades anônimas no exterior, o que vai tornando mais difícil o rastro desse fenômeno. Temos um investidor e uma controladora da investidora. Você vai colocando interpostas

peças, vai tornando mais distante o fenômeno e mais difícil de comprovar por meio do rastro do dinheiro e do papel.

Quais são os desafios no que se refere à blindagem patrimonial? Temos os três primeiros, que estão mais para o mundo jurídico; não vou entrar na discussão. Há a questão da nulidade, da simulação dos negócios, da prova de que houve dolo e da desconsideração da personalidade jurídica. Há a responsabilização. É um desafio identificar e comprovar o verdadeiro responsável por aquele fato. E há a questão das empresas *offshore*.

Eu queria trazer duas questões. Primeiro, o responsável pelas empresas *offshore*, consta no Código Civil, tem poderes para resolver quaisquer questões, receber citação judicial pela sociedade. Na Operação Monte Éden houve mandados de prisão para os responsáveis por essa SAFI, inclusive no Uruguai, sem sucesso. Esse é um tema em que precisamos evoluir no Brasil, até que ponto esse procurador das SAFIs tem uma efetiva responsabilidade sobre os fatos imputados a essa empresa. O que vemos é que temos uma dificuldade de ser um pouco mais duros com esse responsável e, dessa forma, desestimular a utilização irregular dessas SAFIs. Por que precisamos desestimular?

Basta entrar no endereço *offshore.com* e encontraremos diversas promoções. Oferta especial, uma *offshore* no Panamá por US\$ 500,00, US\$ 499,00. Podem comprar enquanto estou falando. Entrem nos seus *gadgets*, nos seus aparelhos. Eles aceitam cartão de crédito, PayPal, qualquer forma de pagamento. Há toda uma gama de possibilidades. Existem pacotes bronze, prata e ouro em que se oferece uma *offshore* com conta bancária, uma *offshore* com diretores nominados, ou seja, com “laranjas”. *Nominés*. São “laranjas”. E há o pacote *gold*, que inclui, além da conta bancária, os diretores “laranjas”, nominados, procuradores, e uma fundação panamenha, que é o *top*, o máximo em termos de blindagem de patrimônio, de anonimidade. São várias as opções: Panamá, Seychelles, Belize, Nevada, Delaware.

Para terminar, com relação à técnica de investigação, primeiro: “siga o dinheiro”. A quebra do sigilo bancário – isso é fundamental para qualquer investigação financeira, desde o *Garganta Profunda*. É a máxima do *follow the money* ou “siga o dinheiro”. Isso é elementar. Como estamos nos referindo a investigações que se sobrepõem – lavagem de dinheiro e blindagem patrimonial –, é fundamental seguir o dinheiro: de onde vem, para onde vai e o porquê. Nesses casos específicos de blindagem patrimonial temos outra questão fundamental: o *paper trail*, ou seja, a “trilha do papel”. É seguir o dinheiro e o papel, os contratos, os documentos relativos a essa movimentação financeira, que também devem ser seguidos, porque, no caso da blindagem patrimonial,

têm-se contratos que não correspondem ao dinheiro e vice-versa. Portanto, é fundamental, para se comprovar a responsabilidade, a simulação, a nulidade do negócio, que o investigador case o fluxo de dinheiro com o fluxo de documentos.

Também é essencial a cooperação internacional, o que às vezes é bem complicado. Alguns países são mais complicados do que outros, mas vivemos um momento positivo em termos de cooperação internacional. Há um movimento internacional no sentido de se endurecer com as práticas ilícitas. Dentro desse movimento, há, naturalmente, a tendência a uma maior troca de informações. Isso inclui países historicamente resistentes, como a Suíça, por exemplo, que recentemente flexibilizou a sua postura com relação à quebra de sigilo bancário. Hoje é possível, na maior parte dos crimes, como a lavagem de dinheiro, por exemplo, obter-se quebra de sigilo bancário na Suíça.

Da mesma forma, os vários exemplos citados aqui foram das SAFIs uruguaias. O Uruguai mudou a legislação a partir de 2012 e as SAFIs não são mais com ação ao portador. O investidor precisa se identificar, inclusive sobre seu passado. Portanto, as SAFIs que existem – que foram criadas como ações ao portador – precisam ser apresentadas ao Banco Central do Uruguai, informando quem são de fato os seus sócios. Há, portanto, um movimento geral para que haja uma maior troca de informações para fins de colaboração e para realmente serem combatidos os crimes financeiros.

Por fim, faço questão de apresentar um ponto, que não é uma técnica de investigação, mas é fundamental, pelo menos para os esquemas apresentados, que são bastante complexos: busca e apreensão. É com esse meio jurídico que são apreendidos e adquiridos muitos dos contratos simulados, “de gaveta”, aos quais somente se tem acesso indo ao cofre do suspeito. Da mesma forma, a ação ao portador – o exemplo que apresento é de uma SAFI do Uruguai. Somente se consegue, em determinadas situações, provar que a pessoa é proprietária daquela *offshore* por meio do contrato que estava no cofre do suspeito. Apresento outros exemplos de ação ao portador, de outro paraíso fiscal, as Ilhas Niue, no Pacífico, à qual só foi possível ter acesso por meio de mandado de busca e apreensão.

O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E O PROCESSO DO TRABALHO: UMA ANÁLISE SOB A ÓTICA DO CUMPRIMENTO DA SENTENÇA E DA EXECUÇÃO FORÇADA*

Luciano Athayde Chaves**

“A Casa do Cível estava estabelecida em Lisboa desde 1434. Todos os casos cíveis em Portugal, com direito a recurso, eram ouvidos por esse Tribunal, que exercia jurisdição final em disputas que envolvessem pequenas somas. Ações em que estavam em jogo somas maiores poderiam recorrer à Casa da Suplicação. A Casa do Cível também tinha jurisdição em todos os casos criminais da Província de Estremadura e da Cidade de Lisboa, sem recurso de apelação de suas decisões. A Casa do Cível tinha a reputação de excesso de trabalho acumulado e de extrema lentidão na solução dos litígios.” (Stuart B. Schwartz. *Burocracia e sociedade no Brasil colonial*, 2011, p. 31)

1 – INTRODUÇÃO

O fragmento textual, escolhido como epígrafe deste artigo, foi extraído de uma das poucas referências sobre a historiografia do Poder Judiciário no Brasil. Trata-se de *Burocracia e Sociedade no Brasil Colonial*, escrita pelo brasileiro Stuart B. Schwartz (2011). Nessa obra, o autor procura descrever o sistema judiciário do Império Português, cuidando da ambiência e das condicionantes históricas em que se deu a instalação do primeiro tribunal em terras brasileiras: o Tribunal da Relação da Bahia, instituído em 1588, no esteio das reformas administrativas e judiciárias implementadas sob o reinado de Felipe II, da Espanha, soberano também de Portugal a partir de 1581, condição assegurada nas *Cortes de Tomar*.

* O presente artigo é uma versão adaptada da exposição realizada no *I Seminário Nacional sobre a Efetividade da Execução Trabalhista*, promovido pelo Conselho Superior da Justiça do Trabalho (CSJT) e pela Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados do Trabalho (Enamat), no dia 7 de maio de 2015.

** Juiz do trabalho da 21ª Região (RN); titular da 2ª Vara do Trabalho de Natal; professor adjunto da Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN); doutorando em Direito Constitucional (UNIFOR); mestre em Ciências Sociais (UFRN); membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP).

As reformas filipinas levaram em conta não somente a necessidade de estabelecer uma melhor distribuição da justiça no Brasil, mas também foram fortemente influenciadas pela crescente ineficiência e morosidade das Cortes portuguesas, tanto coloniais – em especial no Tribunal de Goa – como da metrópole.

Como se pode ver, o problema da (in)eficiência na distribuição da justiça parece habitar a agenda político-administrativa de nosso país há bastante tempo. E parece ser mesmo um problema de difícil solução.

Milita em favor dessa assertiva o fato de que, pelo menos em relação ao Código de Processo Civil, várias foram as reformas levadas a efeito no texto normativo agora revogado pela Lei nº 13.105/2015, que instituiu um novo Código. Às reformas adotadas ao longo dos anos 1990, tratando de recursos e da antecipação da tutela jurisdicional, dentre outros temas, sucedeu-se outra “onda” de mudanças no Código no início dos anos 2000, mais uma vez prestigiando-se a fase de conhecimento e os meios de impugnação. Por fim, em meados dos anos 2000, vieram a lume as Leis ns. 11.232/05 e 11.382/06, dentre outras, que buscaram, dessa vez, também alterar a arquitetura normativa do Código, abordando instituições processuais atinentes ao cumprimento de sentença e execução forçada de títulos judiciais e extrajudiciais.

Todas as reformas infraconstitucionais, no entanto, não foram suficientes (e não se podia afirmar que seriam, mesmo à época) para dotar o CPC de 1973, ainda que reformulado, de sobrevida. Eis que proposta a tramitação de um novo Código (PLS nº 266/2010), de cuja tramitação resultou a Lei Federal nº 13.105/2015, que aprovou um novo tecido normativo, para ter vigência a partir de 2016¹.

De permanente, portanto, apenas um contexto de crise judiciária, representada pela resiliente percepção de morosidade e ineficiência dos órgãos de distribuição de Justiça, o que sentido tanto aqui como na antiga metrópole².

E é interessante pensar sobre essa crise na gestão dos processos e na própria litigiosidade, tendo em conta a reabertura democrática, simbolizada pela Constituição Federal de 1988, e toda a expansão do sistema de justiça desde então. O maior acesso tem, paradoxalmente, implicado em progressivas dificuldades na entrega razoável da prestação jurisdicional.

1 Mais precisamente em 17 de março de 2016, um ano após a publicação da Lei n. 13.105 no *Diário Oficial da União*, conforme sua disposição de *vacatio* (art. 1.045).

2 Cf.: SANTOS, Boaventura de Sousa. *Para uma revolução democrática da justiça*. São Paulo: Cortez, 2007.

Esse quadro foi inspirador para a reforma levada a efeito pela Emenda nº 45/04, e, com ela e a partir dela, a introdução de mecanismos de “racionalização” da apreciação das demandas, como a súmula vinculante, a repercussão geral no recurso extraordinário no Supremo Tribunal Federal e o julgamento de recursos repetitivos no âmbito do Superior Tribunal de Justiça³.

O Relatório *Justiça em Números*, do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), publicado em 2014 (ano-base 2013), informa que, nesse período, “tramitaram aproximadamente 95,14 milhões de processos na Justiça, sendo que, dentre eles, 70%, ou seja, 66,8 milhões já estavam pendentes desde o início de 2013, com o ingresso, no decorrer do ano, de 28,3 milhões de casos novos” (BRASIL, 2014, p. 34), ou seja, um incremento de cerca de 30% ao acervo (ou estoque) de processos existentes no período. E o dado que reputo mais importante é que a mesma pesquisa, realizada anualmente pelo CNJ, indica, na curva histórica, um aumento progressivo de novos casos, na ordem de 3,4% ao ano⁴.

Esses números mostram que temos, de fato, um grande desafio, que não pode ser enfrentado com reducionismos ou simplificações (cf.: ZAFFARONI, 1995, p. 21-22), como, aliás, tudo que toca um sistema institucional e normativo complexo como é o Poder Judiciário.

Por essa razão, refletir sobre a efetividade do cumprimento da sentença e da execução forçada no Processo do Trabalho, a partir do advento de um novo Código de Processo Civil, como se objetiva neste artigo, é tarefa necessária, mas que se propõe apenas a observar parcialmente o problema da (in)eficácia das tutelas, e, no limite, da própria legislação, no cenário brasileiro.

Tendo em vista os limites da investigação, elegemos apenas alguns institutos processuais do novo Código, cotejando suas possíveis interações com o Processo do Trabalho, forte nas cláusulas gerais de subsidiariedade e supletividade contidas nos arts. 769 e 889 da Consolidação das Leis do Trabalho e

3 Também é possível incluir, nesse mesmo movimento, as alterações no sistema recursal trabalhista, especial no âmbito do Tribunal Superior do Trabalho, instituídas pela Lei nº 13.015/2014, na medida em que, como pontua Cláudio Brandão, em vista da quantidade de recursos recebidos pelo TST (300.000 no ano de 2013, 27% a mais do que em 2012), este tribunal superior “deixou de cumprir o seu papel de Corte unificadora da interpretação da legislação e, em boa parte dos casos, limita-se a resolver querelas jurisprudenciais internas dos TRTs” (BRANDÃO, 2015, p. 19).

4 Ainda sobre as estatísticas do Poder Judiciário, vale também conferir o *Relatório de Pesquisa* do IDJus, produzido, a partir dos dados colhidos pelo Conselho Nacional de Justiça, pelo Centro de Pesquisas sobre o Sistema de Justiça brasileiro (CPJus) do Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP) (IDP, 2014).

15 do novo Código de Processo Civil⁵, e, ainda, considerando que a própria CLT, em diversas passagens, indica cláusula expressa de subsidiariedade, como sucede, por exemplo, com o art. 882 da CLT, que remete a ordem preferencial da penhora ao art. 655 do Código de Processo Civil⁶.

2 – UM DIAGNÓSTICO SOBRE A EXECUÇÃO NA JUSTIÇA DO TRABALHO E A AMBIÊNCIA PARA A CHEGADA DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015

O advento de um novo tecido normativo-processual comum promove, até mesmo de forma intuitiva, um convite para que o intérprete e aplicador do Direito Processual do Trabalho pense e reflita não somente sobre seu eventual e pontual aproveitamento, em razão do necessário diálogo, mas também sobre o cenário institucional da administração da justiça, em particular da Justiça do Trabalho, e seus entraves à entrega célere da prestação jurisdicional.

Noutras palavras, a chegada do novo CPC convida a todos a pensar sobre o quadro de litigiosidade na Justiça do Trabalho e sobre o potencial de efetividade de suas tutelas, uma vez que é a identificação dos obstáculos que provoca entusiasmo ao novo, a uma possível saída ou solução para bloqueios processuais existentes.

Nesse sentido, uma vez mais os números do *Relatório* (2014) do Conselho Nacional de Justiça nos revela que situação é preocupante. Com efeito, apenas no ano de 2013, a Justiça do Trabalho de 1º e 2º Graus recebeu nada menos do que 3.954.800 novos casos, isto é, quase quatro milhões de novas demandas foram apresentadas.

E ainda que tenha julgado um número ligeiramente superior (3.978.043), ainda remanescem 3.828.632 processos no estoque, isto é, com a atual produtividade foi discreta a redução do estoque. Nada obstante, a taxa de congestionamento na fase de conhecimento é de 39,5%⁷.

5 Assim dispõe o art. 15: “na ausência de normas que regulem processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos, as disposições deste Código lhes serão aplicadas supletiva e subsidiariamente”. Embora não seja objetivo eleito neste texto, registro minha impressão de que esse novo dispositivo em nada alterou o quadro de integração do Processo do Trabalho, que se submete aos ditames metodológicos do Direito, inclusive processual, como procurei pontuar, de forma teoricamente mais detalhada, em outros estudos (CHAVES, 2007[a]; CHAVES, 2012). No mesmo sentido da inalterabilidade do instituto de supletividade e subsidiariedade do processo comum ao processo do trabalho após o novo CPC, cf.: DIAS, Carlos Eduardo Oliveira (2015, p. 21).

6 No CPC de 2015, art. 885.

7 No panorama nacional, o mesmo *Relatório* (2014) mostra uma curva histórica preocupante com o aumento de casos pendentes (de 58,9 milhões em 2009 para 66,9 milhões em 2013), indicando, assim,

O julgamento de demandas, contudo, não implica considerar que a tutela foi efetivamente entregue, pois, como se sabe, a afirmação de direitos, em sentenças que habitualmente refletem obrigações de pagar, não resulta, ato contínuo, o cumprimento da obrigação judicialmente definida.

E essa disjuntiva entre afirmação de direitos e cumprimento de obrigações é o que se revela no indicador que reputo mais eloquente quanto ao bloqueio à efetividade da tutela: *a taxa de congestionamento na fase de execução*, indicador que releva um percentual de 67,5% na Justiça do Trabalho.

Ainda que se possa observar que esse indicador é o mais baixo entre os diversos ramos do Poder Judiciário, é inquietante pensar que quase sete em cada 10 processos não tem efetividade da tutela num prazo razoável.

Alguns fatores, a meu ver, contribuem para esse quadro:

a) *Ênfase nas ações individuais*

Em que pesem os avanços alcançados com as tutelas coletivas, nomeadamente a partir da Constituição Federal de 1988, que deu impulso à consolidação do *microsistema processual coletivo*, é possível afirmar, cotejando o perfil estatístico da litigiosidade no Poder Judiciário, e na Justiça do Trabalho em particular, que a busca pela tutela jurisdicional ainda se faz de maneira predominantemente atomizada, isto é, a partir de ações individuais, mesmo quando presentes lesões transindividuais, em especial lesões individuais homogêneas.

E é preocupante esse quadro, diante não somente da força normativa do art. 8º, inciso III, da Constituição Federal, mas também diante da eloquência dos precedentes do Supremo Tribunal Federal sobre a amplitude da legitima-

uma *produtividade negativa*, quadro que ainda não se vê, pelo menos na fase de conhecimento, na Justiça do Trabalho. Esse mesmo diagnóstico pode ser aferido nos indicadores do IDJus, nomeadamente na apuração da série histórica 2010-2013: “Após um aumento contínuo nos últimos dois anos, a Gestão de Processos teve uma queda acentuada do indicador, passando de 45,2, em 2012, para 42,9, em 2013. Esses resultados revelam que tal progresso que vinha sendo atribuído às iniciativas de planejamento estratégico, que foram coordenadas pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) a partir de 2009, por meio do estabelecimento de metas anuais, com vistas a tornar o Judiciário brasileiro menos moroso, não se perdeu ao longo dos anos. Conforme será apresentado ao longo do relatório, a produtividade dos magistrados e dos servidores decresceu no último período na Justiça Estadual e na Justiça Federal. Como consequência dessa queda de produtividade, no outro pilar da gestão de processos, os componentes relativos à litigiosidade também apresentaram piora no último ano em todos os indicadores que a compõe. O Índice de Atraso subiu de 1 ano e 11 meses para 2 anos, a Taxa de Congestionamento subiu 1,4 ponto percentual (63,4% em 2013) e a Taxa de Atendimento da Demanda caiu de 106,4%, em 2012, para 102,6%, em 2013” (IDP, 2014, p. 37-38).

ção dos sindicatos para atuar, inclusive judicialmente, na defesa dos interesses coletivos da categoria que representa⁸.

Trata-se de uma questão de muito relevo que precisa ser apropriadamente enfrentada, na medida em que não é possível a racionalização da litigiosidade diante de um perfil de demanda eminentemente individual, porquanto isso tem resultado em milhões de processos ajuizados todos os anos.

Por certo que se trata de um tema complexo, e que até mesmo escapa aos limites traçados para este texto, mas creio que é fundamental destacar o potencial de bloqueio da jurisdição que o excesso de processos individuais acaba implicando, nomeadamente quando se percebe, empiricamente, que muitas demandas são semelhantes e se referem à mesma relação-base.

Questões como a execução das tutelas coletivas, honorários advocatícios (e sindicais) nas ações coletivas, dentre outros, afetam a efetividade do enfrentamento em massa das lesões transindividuais.

Nesse contexto, é de se esperar um maior congestionamento na tramitação das execuções na Justiça do Trabalho, mesmo se considerarmos a possibilidade de execuções conjuntas, como autoriza o art. 28 da Lei nº 6.830/80, de aplicação subsidiária no Processo do Trabalho.

b) Concentração da força de trabalho na fase de conhecimento

Outro aspecto que marca profundamente a fase de cumprimento de sentença forçada ou execução de títulos extrajudiciais na Justiça do Trabalho é a baixa presença de profissionais – magistrados e servidores – nessa etapa da tramitação.

Quando não cumprida voluntariamente a obrigação, todos os atos subsequentes, que inauguram a tutela executiva forçada, são entregues a um quantitativo muito mais rarefeito de agentes públicos, o que, de certa forma, explica, em boa medida, as discrepâncias entre as taxas de congestionamento da fase de conhecimento e execução.

Cuida-se de um aspecto institucional muito tradicional na nossa cultura judiciária, fortemente marcada pela ideia de jurisdição como atividade declaratória de direitos, sem a marcada preocupação com a efetiva entrega do bem

8 Cf.: o decidido nos seguintes processos exemplificativos da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre a legitimação dos sindicatos para atuar como substituto processual: ARE 789.300-ED/DF, Rel. Min. Roberto Barroso; ARE 751.500-ED/DF, Rel. Min. Ricardo Lewandowski; RE 696.845-AgR/DF, Rel. Min. Luiz Fux; AI 803.293-AgR/RS, Rel.^a Min.^a Rosa Weber; RE 217.566-AgR/DF, Rel. Min. Marco Aurélio; RE 591.533-AgR/DF, Rel. Min. Eros Grau; AI 795.106/RS, Rel.^a Min.^a Cármen Lúcia; RE 193.503/SP, Rel. Min. Carlos Velloso.

jurídico, mas que não se justifica na contemporânea concepção de atividade jurisdicional.

Nesse sentido, assentam Marinoni e Arenhart:

“Quem admite, a partir de visão exclusivamente processual, que a condenação é tutela jurisdicional, é obrigado a supor que a condenação basta pra satisfazer o que se procura através da ação, sabido que a ação, como é inegável, deve proporcionar a tutela jurisdicional. Trata-se de visão romântica ou distorcida da tutela jurisdicional, pois aposta que o devedor, apenas por se condenado, satisfará o direito de crédito.” (2007, p. 31)

A desproporção de atuação jurisdicional acaba por posicionar a fase de cumprimento forçado dos títulos admitidos no Processo do Trabalho em situação de ineficiência, o que, na perspectiva da sensação de eficácia dos títulos, resulta numa atmosfera de igual ineficácia da própria legislação.

c) *O desprestígio da fase de execução no panorama da Resolução nº 63 do Conselho Superior da Justiça do Trabalho (CSJT)*

A Resolução nº 63/2010 do CSJT, a despeito de estabelecer padrões (mínimos) de lotação nos diversos órgãos da Justiça do Trabalho de 1º e 2º Graus, acabou por revelar, de maneira eloquente, a já mencionada tradição institucional de desprestígio à fase de execução, pois sequer cuidou de prever uma única *função comissionada nominada* para essa fase, enquanto que praticamente todas as demais funções foram distribuídas nas atividades cognitivas dos processos.

Por certo que é possível considerar que, nas unidades de 1º Grau que recebem, em média, entre 1.501 e 2.000 processos anualmente, há uma função que não tem destinação específica, a de “assistente” (nível FC-2), o que poderia, a critério do Juiz Titular da Vara, ser designada para servidor que o auxilie especificamente nas atividades relacionadas à fase de execução. No entanto, essa possibilidade não desautoriza concluir que a Resolução nº 63/2010, em que pese seus méritos, não se mostra como ferramenta de política judiciária para o incremento da eficiência da tutela executiva, pois não indica uma arquitetura funcional capaz de enfrentar as enormes dificuldades decorrentes do acúmulo de serviço nessa fase, principalmente se considerarmos a sua taxa de congestionamento, próxima de 70%.

E mais: o acervo de processos na execução sequer é levado em consideração para a definição do número de servidores, pois o critério toma apenas em relevo a curva trienal dos processos novos ajuizados. Assim, aquelas unidades judiciárias que concentram grande número de processos em tramitação

na fase de execução são colocadas no mesmo patamar de outras com baixo estoque de feitos nessa fase, o que me parece não guardar racionalidade na gestão judiciária⁹.

Era, portanto, de se esperar mais dessa ferramenta de (re)alocação da força de trabalho, de acordo com os indicadores específicos disponíveis.

E, talvez por isso, esses mesmos indicadores apontam que não houve uma melhora significativa dos bloqueios à efetividade na fase de execução nos últimos anos.

d) Anciloso normativo e falta de modernização do tecido normativo-processual da Consolidação das Leis do Trabalho

Com a chegada do novo Código de Processo Civil, uma vez mais os intérpretes e aplicadores do Direito Processual do Trabalho se depararão com um problema hermenêutico recorrente: a subsidiariedade e/ou supletividade das normas do processo comum.

Essa questão da integração é complexa, pois as cláusulas de abertura contidas nos arts. 769 e 889 da CLT precisam conviver com a metodologia do Direito e, a partir dela, com as diversas possibilidades de preenchimento de insuficiências e incompletudes do subsistema processual do trabalho.

Nada obstante as normas que ainda conservam invejável vanguarda ao Processo do Trabalho (execução *de ofício*, art. 878 da CLT, por exemplo), é preciso reconhecer que a arquitetura do processo do trabalho, na fase de execução, precisa de modernização¹⁰.

9 Não é incomum se ouvir que essa discrepância se justifica por uma suposta ineficiência culposa do Juiz gestor da respectiva unidade, e que, por isso mesmo, não deveria ser “contemplado” ou mesmo “premiado” com reforço na quantidade de auxiliares. No entanto, trata-se de conclusão que, a meu ver, resulta em eloquente e até injusta generalização, já que, não raro, o magistrado se remove para uma Vara com alto estoque de processos em execução, não dispondo, assim, de meios para o enfrentamento desse problema. De outro lado, essa circunstância pode até mesmo desestimular a ocupação de certas Varas do Trabalho que indicam um elevado resíduo de processos na execução. Creio que a alocação deve ser feita de acordo com a quantidade de processos, sendo tarefa das administrações dos tribunais, inclusive de sua corregedoria, o acompanhamento da produtividade média das unidades mais atingidas pelo elevado estoque processual. Também seria interessante pensar em medidas temporárias de reforço de pessoal para auxiliar o Juiz nesses casos, mas nada disso é tratado na Resolução n. 63, que apenas, na reforma implementada pela Resolução n. 83/2011, permite a alocação de pessoal eventualmente excedente para auxiliar prioritariamente a fase de execução em concorrência com os gabinetes de desembargadores, de forma proporcional à melhoria possível (art. 18, § 2).

10 Nesse sentido, cf. Projeto de Lei do Senado n. 606/2011, ainda em tramitação no Senado Federal. O projeto propõe a criação de um novo capítulo à Consolidação das Leis do Trabalho, tratando “do cumprimento da sentença e da execução dos títulos extrajudiciais”, instituindo, assim, uma nova arquitetura ao texto atual.

Primeiro, porque o tecido normativo processual é de natureza infraconstitucional, e, em boa parte, produzido antes da Constituição Federal de 1988 e de diversas e importantes Emendas que afetaram direta e reflexamente o Direito Processual do Trabalho, como as Emendas ns. 24/99¹¹ e 45/04¹².

Logo, é preciso considerar que as regras do Direito Processual do Trabalho são, em largo espectro, pré-constitucionais, carecendo, portanto, de uma cuidadosa análise do intérprete quanto à sua conformação com a Constituição Federal, em técnica conhecida como de *interpretação conforme* o (novo) texto constitucional, tarefa nem sempre das mais simples, porquanto envolve não somente novas ferramentas hermenêuticas, mas também uma renovada metodologia do Direito que incorpore a *supremacia* da Constituição, enquanto vértice da ordem jurídica, aspecto que costuma contrastar com a nossa tradição privada e infraconstitucional, forjada em experiências sucessivas de ruptura da ordem constitucional.

Noutras palavras: o caráter de *supralegalidade das normas constitucionais* ainda não está definitivamente integrado na corrente de metodologia de aplicação do Direito Processual, ainda muito vinculado à ideia de estrita legalidade (no sentido de regras, não de princípios) como corolário de segurança jurídica, algo que a moderna teoria não mais considera como compatível com o *constitucionalismo*, movimento de prestígio à supremacia axiológica da Constituição, em ordem a transformar igualmente a *teoria da decisão judicial*¹³.

Os tempos recentes trouxeram, ainda, para o cenário processual, muitos elementos tecnológicos, e a introdução de ferramentas eletrônicas e dos sistemas de gestão dos processos – de que é emblema o Processo Judicial Eletrônico (PJe-JT) – implica contrastes e tensões permanentes com a ordem processual contida na Consolidação das Leis do Trabalho, que, por óbvio, não foi concebida na mesma ambiência tecnológica em que vivemos.

O novo CPC, ainda que não pretenda dispor de forma suficiente e bastante sobre processo eletrônico, na medida em que apenas toca no tema em passagens

11 Sobre os efeitos da Emenda n. 24/99 sobre o Processo do Trabalho, cf.: CHAVES, L. A. A Emenda Constitucional n. 24/99 e o processo do trabalho: mutações infraconstitucionais e ajustes conforme a Constituição. *Revista de Informação Legislativa*, ano 50, n. 197, Brasília: Senado Federal, jan./mar. 2013, p. 223-248.

12 Cf.: COUTINHO, Grijalbo Fernandes; FAVA, Marcos Neves. *Nova competência da justiça do trabalho*. São Paulo: LTr, 2004; COUTINHO, Grijalbo Fernandes; FAVA, Marcos Neves. *Justiça do trabalho: competência ampliada*. São Paulo: LTr, 2005.

13 Sobre o tema, cf. HOMMERDING, Adalberto Narciso. *Valores, processo e sentença*. São Paulo: LTr, 2003.

pontuais, já se revela um texto que considera a evolução processual, a partir da introdução de novas tecnologias.

Por esses aspectos, sem prejuízo de outros, a ambiência processual do trabalho é de potencial interação com as novas normas do processo comum.

e) Resistência do Processo do Trabalho ao diálogo normativo-processual

Ainda que o Processo do Trabalho, em sua contextualização histórica, sofra do anciloseamento de parte de suas regras e, por essa razão, deva conservar uma posição de interação e movimento de aproximação com as normas mais contemporâneas, nota-se que a metodologia desse diálogo¹⁴ ainda está em desenvolvimento, ou seja, ainda não é largamente acolhida pelos intérpretes e aplicadores.

Exemplo desse quadro é a posição do Tribunal Superior do Trabalho em relação à aplicação dos arts. 475-J¹⁵ (que cuida do mecanismo de pagamento voluntário da obrigação contida no título judicial) e 475-O¹⁶ (que cuida da execução provisória), ambos do CPC agora revogado, forte na premissa da ausência de omissão normativa a ensejar a subsidiariedade das normas do processo comum.

14 Refiro-me, em particular, ao denominado *diálogo das influências recíprocas sistemáticas*, consubstanciado na “redefinição do campo de aplicação, a transposição das conquistas do ‘Richterrecht’ (direito dos juízes) alcançadas em uma lei para outra, influência do sistema especial no geral e do geral no especial (diálogo de coordenação e adaptação sistemática)” (MARQUES, Claudia Lima. O diálogo das fontes como método da nova teoria geral do direito: um tributo a Erik Jayme. In: _____ [Coord.]. *Diálogo das fontes: do conflito à coordenação de normas no direito brasileiro*. São Paulo: RT, 2012. p. 32).

15 “RECURSO DE EMBARGOS REGIDO PELA LEI N 11.496/07. MULTA DO ART. 475-J DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. INAPLICABILIDADE AO PROCESSO DO TRABALHO. Esta SBDI-1, em sessão realizada em 06.12.2012, ao julgar o Processo E-ARR-30301-20.2003.5.17.0003, decidiu que a disposição contida no art. 475-J do CPC é inaplicável ao processo do trabalho, tendo em vista a existência de regramento próprio, no âmbito do direito processual trabalhista, contido nos arts. 880 e 883 da CLT, acerca dos efeitos do não pagamento espontâneo pelo executado de quantia certa oriunda de condenação judicial. Ressalva de entendimento deste relator quanto a existir omissão na CLT, visto que não trata ela, a seu entender, de medidas coercitivas, mas somente de meios sub-rogatórios de execução. Recurso de revista conhecido e provido.” (TST. E-RR-54100-73.2006.5.10.0006, Rel. Min. Augusto César Leite de Carvalho, j. 05.09.2013, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, Data de Publicação: DEJT 13.09.2013)

16 “EMBARGOS. ART. 475-O DO CPC. LEVANTAMENTO DO DEPÓSITO RECURSAL. INAPLICABILIDADE AO PROCESSO DO TRABALHO. O procedimento tratado pelo art. 475-O do CPC possui disciplina própria na lei processual trabalhista – art. 899 da CLT –, que limita a execução provisória à penhora. Assim, não há falar, na espécie, em aplicação supletiva da norma processual comum. Precedentes das 2ª, 3ª, 4ª, 5ª, 7ª e 8ª Turmas do TST. Embargos conhecidos e providos.” (TST, E-ED-RR – 34500-47 2007.5.03.0064, Relª Minª Maria Cristina Irigoyen Peduzzi, Data de Julgamento: 17.02.2011, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, Data de Publicação: DEJT 01.07.2011)

Assim, qualquer avaliação quanto à projeção das normas do novo CPC no Processo do Trabalho precisa refletir sobre esse contexto jurisprudencial.

f) *Carência de políticas públicas judiciárias voltadas à execução na Justiça do Trabalho*

Historicamente, poucos foram as políticas públicas judiciárias voltadas ao enfrentamento da redução dos acervos na execução trabalhista.

Por certo, parte desse acervo é formada por processos com poucas chances de efetividade, dada a precariedade patrimonial do devedor, fenômeno que, por certo, não é incomum.

No entanto, dadas as estatísticas já destacadas neste estudo, era de se esperar que iniciativas fossem adotadas para o enfrentamento do problema.

Algumas iniciativas de centralização da execução, unificação de leilões judiciais e criação de centros de investigação patrimonial mostraram-se muito exitosas, mas sem a dimensão e a continuidade necessárias para fazer face ao problema do congestionamento da fase de execução.

A introdução das novas tecnologias de localização e apreensão de bens é medida importante, mas não constitui, por si só, políticas públicas.

Há, contudo, iniciativas positivas, de caráter nacional e com projeções regionais, que tocam no problema.

O Tribunal Superior do Trabalho, por meio do Ato 188-A/GP, de 2011¹⁷, instituiu a *Comissão Nacional de Efetividade da Execução Trabalhista*, com o objetivo de (i) apresentar anteprojeto de lei visando aprimorar o disciplinamento normativo da execução trabalhista e (ii) propor, planejar e auxiliar a implementação de ações, projetos e medidas necessárias para conferir maior efetividade à execução trabalhista.

A partir dessa iniciativa, comissões gestoras regionais foram instituídas e articuladas, em rede, com a comissão nacional, o que se revela uma iniciativa que, embora recente, parece-me acertada para trazer a execução para o centro da agenda institucional, o que é fundamental para a priorização de ações voltadas

17 Comissão com essa temática foi originalmente instituída, *de forma temporária*, pela Corregedoria-Geral da Justiça do Trabalho no ano de 2010 (Ato GCJT N 6/2010), “com o objetivo de colher dados e informações no âmbito de toda a Justiça do Trabalho e proceder à realização de estudos voltados ao desenvolvimento de instrumentos ou medidas destinadas a imprimir maior celeridade e efetividade à execução trabalhista, contribuindo para a significativa diminuição do resíduo de processos dessa natureza”.

ao enfrentamento do problema do estoque e da morosidade ativa e sistêmica dos feitos que aguardam efetividade.

Foi nesse contexto que se tornou política pública anual a *semana nacional de execução trabalhista*, com estímulo a leilões e audiências de conciliação.

Ainda nesse mesmo movimento de iniciativas nacionais, o Conselho Superior da Justiça do Trabalho editou a Resolução nº 138/2014, dispondo sobre a obrigatoriedade de instituição, pelos Tribunais Regionais do Trabalho, de *núcleos de pesquisa patrimonial*, como meio de indução da efetividade dos processos¹⁸.

Conquanto essas iniciativas sejam muito positivas, e extremamente interessantes, se cotejadas com a nossa tradição institucional, fato é que ainda são muito recentes para uma avaliação em termos de eficácia, dado o tamanho do estoque – em direção progressiva – de processos na Justiça do Trabalho, atualmente em torno de 4 milhões de processos.

3 – O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL (LEI Nº 13.015/2015) E O PROCESSO DO TRABALHO: ALGUNS DESTAQUES SOBRE O CUMPRIMENTO DA SENTENÇA E A EXECUÇÃO DE TÍTULOS EXTRAJUDICIAIS

Basta realizar um *overview* sobre o texto do CPC de 2015 para perceber que, *em linhas gerais*, foi conservada a arquitetura em realidade já bastante alterada pelas reformas de 2005 e 2006.

Com efeito, as Leis ns. 11.232/05 e 11.382/06 imprimiram ao Código revogado uma nova abordagem normativa para a efetividade dos títulos, em especial os judiciais, inserindo a técnica de cumprimento da sentença ainda como integrante da fase de conhecimento, promovendo, dessa forma, uma ruptura com o modelo até então vigente, que implicava separação entre conhecimento e execução.

No Código de 2015, as normas atinentes ao cumprimento da sentença estão posicionadas no Título II do Livro da sua Parte Especial, a partir do art. 513¹⁹. A novidade aqui é a disposição de regras sobre a execução contra a

18 Sobre tema dos núcleos, cf.: CHAVES, L. A. Novas ferramentas dependem de melhor estrutura de pessoal no 1º grau. *Revista Consultor Jurídico*. Disponível em: <www.conjur.com.br>. Acesso em: 2 jul. 2015.

19 Uma pequena alteração em relação ao regime anterior foi o deslocamento das regras sobre liquidação para um capítulo anterior ao Título II. Trata-se do art. 509 e ss., integrantes do Capítulo XIV do Livro I da Parte Especial, que cuida do *procedimento comum*. De certa forma, a opção do trabalho legislativo acaba por fortalecer a tese de que a liquidação integra mais proximamente uma etapa cognitiva propriamente dita, ainda que sejam fortes os argumentos que a posicionam em um estágio híbrido.

Fazenda Pública, algo inexistente no regime anterior, que relegou o tema ao livro específico sobre execução. Assim, as decisões judiciais contra a Fazenda passam a observar o disposto nos arts. 534 e ss. do novo Código.

À execução dos títulos extrajudiciais foi conservada a existência de um livro próprio do Código, mais precisamente o Livro II da Parte Especial (arts. 771 e ss.), que, por força do dispositivo legal de abertura (art. 771), é fonte supletiva para o cumprimento da sentença, tal como já sucedia no revogado texto (art. 475-R).

Feitos esses registros de ordem mais geral, passo a explorar alguns pontos de destaque do CPC de 2015 quanto ao cumprimento dos títulos judiciais e extrajudiciais.

a) Manutenção do cariz conservador quanto à iniciativa do cumprimento da sentença

Nada obstante a justificativa dada ao projeto que culminou na aprovação do novo Código, no sentido de sua aproximação com valores contemporâneos da Constituição Federal e da processualística, é de se assentar o seu cariz conservador e liberal no que se refere à iniciativa do cumprimento da sentença.

Com efeito, dispõe o art. 513, § 1º, do Código: “o cumprimento da sentença que reconhece o dever de pagar quantia, provisório ou definitivo, far-se-á a requerimento do exequente”. Tal comando legal reproduz o modelo anterior, de dispositividade da tutela de efetividade, como se a inação do credor fosse regra ou mesmo uma realidade empírica. Mais do que isso, implica essa dispositividade uma manifestação eloquente de uma separação de processos, algo repudiado pela arquitetura normativa do Código, na medida em que trouxe para o processo de conhecimento (Livro I da Parte Geral) o cumprimento da sentença.

Mais do que isso, produz uma antinomia interna com o prescrito no art. 2º do mesmo Código, que reza: “o processo começa por iniciativa da parte e se desenvolve por impulso oficial, salvo as exceções previstas em lei”. Ora, se já instaurada a instância, com o ajuizamento da ação, por que reclamar do credor, vitorioso em sua pretensão meritória, requerimento para o cumprimento da sentença?

Nesse ponto, o novo Código não somente se distancia do Processo do Trabalho, mas também até mesmo dos valores que seus propósitos anunciaram concretizar.

b) Execução em face do coobrigado e o incidente de descon sideração da personalidade jurídica

O § 5º do art. 513 dispõe que “o cumprimento da sentença não poderá ser promovido em face do fiador, do coobrigado ou do corresponsável que não

tiver participado da fase de conhecimento”. Trata-se de dispositivo sem correspondente no Código revogado e que, numa primeira leitura, poderia levar à conclusão no sentido de que o sócio, por exemplo, não poderia ter seu patrimônio atingido pela tutela executiva sem a sua prévia inclusão no polo passivo.

No entanto, essa não é a hipótese. Com efeito, o referido comando legal é importante, ao concretizar a garantia constitucional da ampla defesa, mas seguramente se refere àquelas pessoas que, por contrato ou pela natureza da situação jurídica e/ou relação obrigacional, titulariza responsabilidade civil. Não é o caso do sócio, que concorre, na forma da legislação empresarial, com seu patrimônio, no todo ou em parte, para a satisfação do crédito, nos termos do art. 790, inciso II, do CPC de 2015.

Nesse sentido, aliás, já vinha assentando a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

“DIREITO PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. DESNECESSIDADE DE CITAÇÃO DOS SÓCIOS ATINGIDOS. PRECEDENTES. VERIFICAÇÃO DA PRESENÇA DOS REQUISITOS PREVISTOS NO ART. 50 DO CÓDIGO CIVIL. ENUNCIADO Nº 7 DA SÚMULA DO STJ. AUSÊNCIA DE ARGUMENTOS APTOS A INFIRMAR OS FUNDAMENTOS DA DECISÃO AGRAVADA. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

1. Segundo a jurisprudência do STJ, a desconsideração da personalidade jurídica, como incidente processual, *pode ser decretada sem a prévia citação dos sócios atingidos*, aos quais se garante o exercício postergado ou diferido do contraditório e da ampla defesa. Precedentes de ambas as Turmas que integram a Segunda Seção do STJ.

2. A verificação da presença dos requisitos para a aplicação da *disregard doctrine* previstos no art. 50 do Código Civil, por constituir matéria fática, é vedada pelo Enunciado nº 7 da Súmula do STJ. Precedente.

3. Se o agravante não traz argumentos aptos a infirmar os fundamentos da decisão agravada, deve-se negar provimento ao agravo regimental. Precedente.

4. Agravo regimental a que se nega provimento.” (AgRg no REsp 1.523.930/RS, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, j. 16.06.2015, DJe 25.06.2015) (grifei)

No mesmo sentido é a jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho:

“AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA EM FACE DE DECISÃO PUBLICADA ANTES DA VIGÊNCIA DA LEI Nº 13.015/2014. EXECUÇÃO INTENTADA CONTRA O ENTE PÚBLICO, SÓCIO DA EMPRESA EXECUTADA. A jurisprudência deste Tribunal Superior caminha no sentido da possibilidade de direcionamento da execução ao ente federado, sócio majoritário da empresa executada, sem que tal procedimento configure qualquer ofensa à norma constitucional invocada. Isso porque a responsabilidade patrimonial é direcionada na execução, não sendo necessário que o responsável conste do título executivo e tenha participado do processo de conhecimento. Precedentes. Agravo de instrumento a que se nega provimento.” (TST, AIRR-66400-62.1998.5.01.0050, Rel. Min. Cláudio Mascarenhas Brandão, j. 04.02.15, 7ª Turma, DEJT 06.02.2015)

Logo, o dispositivo não deve afetar o trato da matéria, tampouco repercutir no Processo do Trabalho.

Mais delicado, no entanto, é o enfrentamento do novo instituto (positivado) do incidente de desconsideração da personalidade jurídica, de que se ocupa o CPC de 2015 nos arts. 133 a 137.

Dispõe, com efeito, o art. 133 do Código:

“Art. 133. O incidente de desconsideração da personalidade jurídica será instaurado a pedido da parte ou do Ministério Público, quando lhe couber intervir no processo.

§ 1º O pedido de desconsideração da personalidade jurídica observará os pressupostos previstos em lei.

§ 2º Aplica-se o disposto neste Capítulo à hipótese de desconsideração inversa da personalidade jurídica.”

Nota-se que houve a preocupação de se fixar regras para o procedimento de desconsideração, inclusive inversa²⁰, mas impôs, logo de saída, a necessidade de requerimento da parte ou do Ministério Público, aspecto que denota a dificuldade de avanço do processo comum na direção de um processo publicista, tingido pelo impulso oficial. Quanto a este aspecto, nenhuma projeção sobre o Processo do Trabalho, em razão do contido no art. 878 da CLT.

20 Sobre o tema, cf.: CLAUS, Ben-Hur Silveira. A desconsideração da personalidade jurídica na execução trabalhista e a pesquisa eletrônica de bens de executados. *Cadernos da Escola Judicial do TRT da 4ª Região*, Porto Alegre: TRT da 4ª Região, n. 8, 2014, p. 237-246.

O art. 134 estabelece que o incidente é cabível em todas as fases, inclusive no cumprimento da sentença e na execução de título extrajudicial, o que implica indagar se o instituto da desconsideração é pressuposto de validade da integração do coobrigado no Processo do Trabalho.

Tenho que a resposta é negativa. Isso porque se trata de formalismo incompatível com a concentração de atos processuais que marca o Processo do Trabalho. Note-se que o § 1º do art. 134 chega a determinar a constituição de autos apartados, na medida em que pressupõe distribuição.

De outro lado, a oportunidade de oferecer ao coobrigado prazo para apresentar defesa (art. 135), em 15 dias, decorre, antes de tudo, de garantia constitucional (art. 5º, LV, da CF), ainda que entenda que, em alguns casos, essa garantia pode ser oportunizada de forma diferida, cedendo a medidas cautelares de arresto, *sempre que o Juiz reputar como necessárias ao princípio do resultado*.

Neste ponto, costuma-se afirmar que somente em casos graves haveria espaço para essa medida cautelar de arresto. Estou de acordo. *Mas o que seria esse quadro grave?* Talvez seja eu menos exigente. É que reputo como grave – aliás, gravíssimo – que, num Estado de Direito, *uma ordem judicial seja simplesmente ignorada e solenemente descumprida*. Acostumamo-nos com isso em nosso país, como se houvesse um direito (fundamental?) ao descumprimento de obrigações. Mas não se trata de *ethos* compatível com a *força normativa da Constituição*, que (re)afirma a segurança jurídica como valor e a efetividade das tutelas jurisdicionais (essa sim!) como *garantia fundamental*.

É dizer: seria desprezar o Texto Fundamental, considerando a realidade que emerge das relações reais de poder (F. Lassale), admitir como não grave – ou ordinariamente normal – postura declinante de um devedor, pessoa física e/ou jurídica, em relação à ordem judicial que lhe determina uma obrigação legítima e exigível.

Ademais, é preciso igualmente considerar que o sócio não é um terceiro qualquer, alheio às obrigações da empresa de cujo quadro societário faz parte. O sócio é partícipe do empreendimento (considerando que a pessoa jurídica é uma *ficção legal*), quando não raro o responsável direto pela atitude de desprezo quanto à tutela emanada do Poder Judiciário, pois a pessoa jurídica é uma ficção legal, administrada e gerida por pessoas naturais, seus sócios, diretores e administradores.

Em muitos países essa ideia de execução forçada é simplesmente impossível de ser racionalizada ou compreendida, pois as ordens judiciais, como

regra, são *incontinenti* cumpridas. Em nosso país, o *ethos* de menoscabo pela eticidade nas relações obrigacionais leva o Estado-Juiz a despender esforços e uma soma importante de recursos públicos para constringir e expropriar, por sub-rogação, o patrimônio de muitos sujeitos passivos que poderiam – e deveriam – atender ao comando judicial voluntariamente.

Não sendo o caso de prévia ordem cautelar, a desconsideração da personalidade jurídica levada a efeito nos termos apresentados – ou seja, com a regular integração do sócio, nos próprios autos, sem a necessidade da formalidade do incidente de que trata o novo CPC – atende aos ditames constitucionais, pelo que não vejo a necessidade de transporte do instituto para o Processo do Trabalho.

c) A possibilidade de protesto da decisão judicial e inclusão do devedor em cadastro de inadimplentes

Inovando na ordem processual comum, o art. 517 do CPC de 2015 dispõe que: “a decisão judicial transitada em julgado poderá ser levada a protesto, nos termos da lei, depois de transcorrido o prazo para pagamento voluntário previsto no art. 523”, que é de 15 dias.

Já o art. 782, § 3º, reza: “a requerimento da parte, o juiz pode determinar a inclusão do nome do executado em cadastros de inadimplentes”, sugerindo que estes cadastros seriam cadastros de entidades privadas que exploram atividade lucrativa de disponibilização de banco de dados de clientes e devedores ao mercado em geral, fonte esta muito consultada.

Trata-se, em realidade, da positivação de iniciativas já em curso, adotadas por diversos tribunais (inclusive do trabalho), com o fito de obter maior efetividade aos títulos judiciais, lançando-se mão do apontamento destes em cartório de protestos de títulos e documentos, como forma de coerção indireta do devedor.

O próprio Conselho Nacional de Justiça firmou um acordo de cooperação técnica com a empresa Serasa S/A (Termo de Cooperação Técnica nº 20/2014) para o desenvolvimento de uma ferramenta eletrônica denominada SERASAJUD. Ainda que o propósito inicial tenha sido a possibilidade de o próprio Judiciário proceder à retirada de nomes indevidamente lançadas no cadastro administrado pela empresa, tema próprio dos Juizados Especiais Cíveis, o acordo é mais amplo, permitindo também a inclusão de restrição por ordem judicial, como se vê da sua cláusula primeira:

“CLÁUSULA PRIMEIRA – O presente Termo tem por objeto a conjugação de esforços do CNJ e da SERASA com o propósito de incentivar a utilização e aperfeiçoar o sistema de atendimento ao Poder Judiciário (SERASAJUD), bem como permitir aos Tribunais que vierem

a aderir, mediante assinatura de termo de Adesão, o envio de ordens judiciais e o acesso às respostas da SERASA, via ‘internet’, por meio do sistema SERASAJUD, nos termos do Manual anexo.

Parágrafo primeiro. Por intermédio do sistema SERASAJUD poderão ser encaminhadas à SERASA ordens judiciais de inclusão de restrição, levantamento temporário ou definitivo de restrição nos cadastros por esta mantidos, solicitação de informações cadastrais, bem como enviados outros tipos de ordens judiciais, nos termos do Manual anexo.”

Contudo, ainda que reconheça o esforço e as boas intenções dessas iniciativas, tenho como inconstitucional o mecanismo previsto no referido dispositivo do CPC, visto ser monopólio estatal a jurisdição, e indeclináveis suas atividades de *imperium*, não podendo o Poder Judiciário, mesmo como mecanismo coadjuvante, lançar mão de meios extrajudiciais para obter a efetividade da tutela.

Essa, inclusive, é a posição da Corregedoria-Geral da Justiça do Trabalho, expressada, por exemplo, nos autos da Consulta 2833-83.2011.5.00.0000 (Min. Barros Levenhagen, 16.05.11), *concluindo que a celebração de convênios para protestos de sentenças ou inclusão em cadastros de inadimplentes viola os arts. 37, caput, e 5º, inciso LIV, da Constituição Federal*²¹.

Não bastasse isso, é preciso examinar os desdobramentos desse tipo de solução para a (des)construção simbólica de decisão judicial. Em um país em que se critica tanto a burocracia e a própria existência da atividade cartorária, passam os cartórios a ser a esperança do processo comum para a efetividade de suas decisões? Creio que essa conclusão não é desejada, pois a decisão judicial

21 Da decisão, colho as seguintes passagens: “sabe-se de outro lado que a Serasa, pessoa jurídica de direito privado, foi concebido, nos idos de 1968, como entidade de cooperação entre bancos que necessitavam de informações para suas operações de crédito. Desenvolveu-se no contexto favorável das dificuldades econômicas e financeiras pelas quais passava o país, notadamente por ocasião dos planos econômicos dos anos 1990, sendo que, atualmente, presta informações para todos os seguimentos da economia. Representa, na realidade, um grande banco de dados, funcionando como uma espécie de suporte para a atuação das empresas no mercado. Vê-se desse aligeirado apanhado tratar-se a Serasa de empresa privada cujo objeto social é o de dar suporte à atuação de outras empresas no mercado em que da inserção de pessoa física ou jurídica no seu banco de dados sobrevém interdição de acesso a financiamentos, compras a prazo, emissão de cheques, além de inúmeras outras restrições, sérias e contundentes, à sua atividade empresarial. Equivale a dizer que o convênio que se pretende firmar entre o Tribunal Regional do Trabalho da 11ª Região e a Serasa, a par de não haver expressa previsão legal que o autorize, acabaria por alçá-lo não só à injurídica condição de fase procedimental do processo de execução, como implicaria a subtração da competência do juiz natural de o conduzir, inclusive quando o devedor não possuir bens penhoráveis, hipótese em que se dá a suspensão do processo, a teor do art. 791, inciso III, do CPC. Ainda que o convênio possa ter o bom propósito de prestigiar a efetividade da execução trabalhista e que no plano da realidade factual pudesse ser comemorado como um avanço, esses predicados apequenam-se sobremodo num Estado Democrático de Direito, ao ponto de ele não ser merecedor de qualquer encômio e sim de repressão institucional”.

deveria, por seus efeitos naturais (Liebman) e por sua autoridade, ser aquela mais observada e respeitada. Transferir o seu potencial de efetivação para um apontamento cartorário de protesto é capitular.

No caso dos cadastros privados de inadimplentes (como o da Serasa), a interação com o Poder Judiciário representa um ganho enorme de prestígio à atividade privada, que gera lucros para os seus investidores, agregando valor à marca da empresa, cujo mérito foi o de inculcar no imaginário popular um cadastro que revela a qualidade do crédito do consumidor.

Com isso não desejo desmerecer as experiências. Pelo contrário, elas podem apontar o caminho para onde devemos ir, mas de outra forma. Quero apenas sublinhar que, além dos meios processuais tradicionais, poderíamos buscar o reforço da *Certidão Negativa de Débitos Trabalhistas*, que é mecanismo judicial de coerção indireta, e representa a atividade direta do Estado-Juiz, documento expedido gratuita e eletronicamente. Creio que é chegada a hora de se ampliar suas hipóteses de exigibilidade.

Também não se pode descartar a necessidade de se aplicar, com mais vigor e com mais rigor, as regras de *contempt of court* previstas no atual art. 774 do CPC de 2015 (antigo art. 600 do Código revogado), que cuida dos atos atentatórios à dignidade da justiça. Há muito se critica, na literatura processual, a baixa aplicação das penalidades, em especial por oposição maliciosa à execução e resistência injustificada ao cumprimento das ordens judiciais²². Por isso, é preciso uma tomada de posição em relação à dignidade e a eficácia da jurisdição, postura que não pode ser apenas individual – ainda que assim tenha que ser também –, mas também do corpo da Magistratura do Trabalho, uma vez que o déficit eficaz pode explicar, pelo menos em parte, os indicadores atuais da execução na Justiça do Trabalho.

Com essas considerações, tenho como não aplicáveis os referidos mecanismos de deslocamento das ações executivas coercitivas (mesmo indiretas) ao Processo do Trabalho.

d) *Estímulo ao pagamento voluntário da obrigação e a possibilidade de levantamento de crédito na execução provisória*

O CPC de 2015 reproduz, com algumas alterações, as técnicas de estímulo ao cumprimento voluntário das decisões condenatórias de obrigações de

22 Esse fenômeno é descrito pela literatura especializada sob a rubrica de “cavalheirismo” da Magistratura (cf.: FERRAZ Jr., Tercio Sampaio *et alii* [Coord.]. *As inter-relações entre o processo administrativo e o judicial, sob a perspectiva da segurança jurídica do plano da concorrência econômica e da eficácia da regulação pública*. Relatório final. Disponível em: <www.cnj.jus.br/pesquisas>. Acesso em: 27 dez. 2014).

dar (pagar) introduzidas no Código revogado pela Lei Federal nº 11.232/05, estampadas nos arts. 475-J e seguintes. No novo Código, o tema é normatizado no art. 523 e seguintes. Vejamos a norma de abertura do Capítulo III (Título II Parte Especial):

“Art. 523. No caso de condenação em quantia certa, ou já fixada em liquidação, e no caso de decisão sobre parcela incontroversa, o cumprimento definitivo da sentença far-se-á a requerimento do exequente, sendo o executado intimado para pagar o débito, no prazo de 15 (quinze) dias, acrescido de custas, se houver.”

Na nova redação houve a inovação da exequibilidade da parcela incontroversa, fazendo avançar o processo comum quanto à exigibilidade parcial das decisões, na parte não impugnada por recurso. De outro lado, conservou a necessidade de iniciativa do credor para a instauração das medidas de cumprimento, aspecto incompatível com o impulso oficial do Processo do Trabalho, como já destacado neste estudo.

O art. 520²³ dá nova redação ao *cumprimento provisório* da sentença, sendo o paralelo do art. 475-O do texto revogado. Nesse tema, o aspecto de maior destaque e projeção está na possibilidade de dispensa de caução em certas hipóteses, que foram ampliadas pelo novo regime processual comum. Vejamos o texto do art. 521:

“Art. 521. A caução prevista no inciso IV do art. 520 poderá ser dispensada nos casos em que:

I – o crédito for de natureza alimentar, independentemente de sua origem;

II – o credor demonstrar situação de necessidade;

III – pender o agravo fundado nos incisos II e III do art. 1.042;

IV – a sentença a ser provisoriamente cumprida estiver em consonância com súmula da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal

23 Art. 520 (CPC/2015): “O cumprimento provisório da sentença impugnada por recurso desprovido de efeito suspensivo será realizado da mesma forma que o cumprimento definitivo, sujeitando-se ao seguinte regime: I – corre por iniciativa e responsabilidade do exequente, que se obriga, se a sentença for reformada, a reparar os danos que o executado haja sofrido; II – fica sem efeito, sobrevindo decisão que modifique ou anule a sentença objeto da execução, restituindo-se as partes ao estado anterior e liquidando-se eventuais prejuízos nos mesmos autos; III – se a sentença objeto de cumprimento provisório for modificada ou anulada apenas em parte, somente nesta ficará sem efeito a execução; IV – o levantamento de depósito em dinheiro e a prática de atos que importem transferência de posse ou alienação de propriedade ou de outro direito real, ou dos quais possa resultar grave dano ao executado, dependem de caução suficiente e idônea, arbitrada de plano pelo juiz e prestada nos próprios autos”.

ou do Superior Tribunal de Justiça ou em conformidade com acórdão proferido no julgamento de casos repetitivos.

Parágrafo único. A exigência de caução será mantida quando da dispensa possa resultar manifesto risco de grave dano de difícil ou incerta reparação.”

O inciso I, que antes cogitava de “crédito de natureza alimentar ou decorrente de ato ilícito”, agora afirma a dispensa de caução em crédito de natureza alimentar “independentemente de sua origem”, o que afasta a ideia restritiva de se interpretar o texto apenas quanto aos “alimentos” devidos a alimentados em ações típicas dessa estirpe, o que, conceitualmente, passa a inserir, sem maiores divagações, os créditos trabalhistas, de cariz indubitavelmente alimentar.

O mesmo inciso I deixou de indicar uma alçada, como no texto revogado, que era de 60 salários mínimos.

Outra inovação é a do inciso IV, que admite maior potencial de efetividade àquelas decisões proferidas em harmonia com precedentes mais estáveis, estampados em súmulas do Supremo Tribunal Federal e tribunais superiores (ainda que se refira, apenas, ao STJ) ou em julgamentos proferidos em recursos representativos de controvérsias repetitivas.

A questão mais delicada repousa em harmonizar essa possibilidade de dispensa de caução com o comando do parágrafo único, que reafirma a exigência da caução “quando da dispensa possa resultar manifesto risco de grave dano de difícil ou incerta reparação”. É que, na maioria dos casos, inclusive no Processo do Trabalho, a reversibilidade do pagamento da execução provisória não é possível, em vista da condição econômica do exequente. No entanto, creio que a necessidade (inciso II) pode exigir uma interpretação mais harmônica desses dispositivos, inclusive sugerindo uma ponderação entre eles, em ordem a autorizar a liberação de parte apenas da quantia exequenda, de tal forma que seja atendida razoavelmente a necessidade, sem causar maiores danos ao devedor em caso de reversibilidade da decisão exequenda.

Ainda nesse ponto, há que se sublinhar que não é mais possível conservar ao credor todo ônus da espera pela longa marcha recursal que os processos podem assumir. Se há decisões judiciais – às vezes mais de duas, de mais de uma instância – em favor do credor, frustrar-lhe uma execução provisória, mesmo que parcial, é, em realidade, frustrar-lhe a própria justiça material.

Em todo caso, em relação a esses dispositivos comentados – os quais, em linhas gerais, conservam a essência da reforma de 2005/2006 –, a questão mais delicada que se coloca é a da possibilidade de sua aplicação ao Processo

do Trabalho, o que, como já sublinhei linhas acima, encontra bloqueio na jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho²⁴.

e) *Regime dúctil de penhora e possibilidade de constrição sobre salários e proventos*

O art. 835 do novo CPC é de particular importância para o Direito Processual do Trabalho, já que a Consolidação das Leis do Trabalho não dispõe sobre o regime de penhora, remetendo, de forma expressa (art. 882²⁵), à integração pelo processo comum.

Na gradação de bens, poucas novidades, eis que o texto do revogado art. 655 já recebeu forte atualização por força da Lei nº 11.382/06. Houve apenas o acréscimo do inciso XII, para indicar a possibilidade de penhora de “direitos aquisitivos derivados de promessa de compra e venda e de alienação fiduciária em garantia”, algo já admitido, quanto a esta última hipótese, pela jurisprudência²⁶.

O novo texto também positiva a ductibilidade, já amplamente admitida, da ordem de preferência, o que o faz no § 1º do mesmo art. 835: “é prioritária a penhora em dinheiro, podendo o juiz, nas demais hipóteses, alterar a ordem prevista no *caput* de acordo com as circunstâncias do caso concreto”.

Ainda sobre o regime de penhora, o novo Código conservou o preceito da impenhorabilidade dos salários e proventos, bem como de depósitos em caderneta de poupança, até o limite de 40 salários mínimos (art. 833, incisos IV e X), mas abriu um importante flanco para se discutir o caráter relativo dessa proteção.

24 Desde a edição da Lei n 11.232/05 tenho sustentado a possibilidade de aplicação desses dispositivos ao Processo do Trabalho, com alguns ajustes próprios do método do diálogo heterointegrativo, em razão das influências recíprocas sistemáticas entre as dimensões geral e especial do processo (Cf.: CHAVES, Luciano Athayde. *A recente reforma no processo comum e seus reflexos no direito judiciário do trabalho*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2007[b]).

25 Art. 882 (CLT): “O executado que não pagar a importância reclamada poderá garantir a execução mediante depósito da mesma, atualizada e acrescida das despesas processuais, ou nomeando bens à penhora, observada a ordem preferencial estabelecida no art. 655 do Código Processual Civil”. Com o novo CPC, a referência terá que ser ao art. 835, que é o dispositivo paralelo ao art. 655 do texto revogado.

26 “PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. CONTRATO DE ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. DIREITOS DO DEVEDOR FIDUCIANTE. PENHORA. POSSIBILIDADE. 1. Não é viável a penhora sobre bens garantidos por alienação fiduciária, já que não pertencem ao devedor-executado, que é apenas possuidor, com responsabilidade de depositário, mas à instituição financeira que realizou a operação de financiamento. Entretanto, é possível recair a constrição executiva sobre os direitos detidos pelo executado no respectivo contrato. Precedentes. 2. O devedor fiduciante possui expectativa do direito à futura reversão do bem alienado, em caso de pagamento da totalidade da dívida, ou à parte do valor já quitado, em caso de mora e excussão por parte do credor, que é passível de penhora, nos termos do art. 11, VIII, da Lei das Execuções Fiscais (Lei n 6.830/80), que permite a constrição de ‘direitos e ações’. (REsp 795.635/PB, de minha relatoria, DJU de 07.08.06). 3. Recurso especial provido” (STJ, 2ª Turma, REsp 910 207/MG, Rel. Min. Castro Meira, DJ 25.10.07).

Vejam os textos:

“Art. 833. (...)

(...)

§ 2º O disposto nos incisos IV e X do *caput* não se aplica à hipótese de penhora para pagamento de prestação alimentícia, independentemente de sua origem, bem como às importâncias excedentes a 50 (cinquenta) salários-mínimos mensais, devendo a constrição observar o disposto no art. 528, § 8º, e no art. 529, § 3º.”

O texto revogado (§ 2º do art. 649) apenas cogitava a não aplicação da imunidade constritiva dos salários na hipótese de pagamento de “prestação alimentícia”. A nova regra é designadamente ampliativa, na medida em que assenta a mitigação da imunidade para o pagamento de prestação alimentícia, mas “independentemente de sua origem”, o que permite compreender, nesse contexto, as obrigações trabalhistas, que são de natureza alimentar.

Trata-se, portanto, de avanço, pois muitas vezes a execução forçada não dispõe de outras fontes para atender à obrigação de pagar senão o salário do devedor, cuja impenhorabilidade absoluta não conhece paralelos no direito comparado. Mas é tímida a solução, pois limitou a possibilidade de constrição à parcela que exceder a 50 salários mínimos, o que é um patamar muito elevado para a população assalariada²⁷.

Na Justiça do Trabalho, o dogma da impenhorabilidade, por projeção do art. 649, inciso IV, do Código revogado, pode ser sintetizado no Verbete nº 153 das Orientações Jurisprudenciais na Subseção II de Dissídios Individuais do Tribunal Superior do Trabalho²⁸, ainda que não se trate de posição seguida de maneira uniforme pelos tribunais regionais²⁹.

27 Na *Pesquisa Mensal de Emprego* (maio/2015) do IBGE (Disponível em: <www.ibge.gov.br>. Acesso em: 09 jul. 2015), o rendimento médio da população ocupada, com vínculo trabalhista, foi de R\$ 1.948,90, enquanto que o rendimento médio dos servidores públicos, civis e militares foi de R\$ 3.719,60, patamares médios que equivalem, aproximadamente, a 2,47 e 4,72 salários mínimos, respectivamente, considerando o salário mínimo de 2015 (R\$ 788,00).

28 “MANDADO DE SEGURANÇA. EXECUÇÃO. ORDEM DE PENHORA SOBRE VALORES EXISTENTES EM CONTA SALÁRIO. art. 649, IV, do CPC. ILEGALIDADE. Ofende direito líquido e certo decisão que determina o bloqueio de numerário existente em conta salário para satisfação de crédito trabalhista, ainda que seja limitado a determinado percentual dos valores recebidos ou a valor revertido para fundo de aplicação ou poupança, visto que o art. 649, IV, do CPC contém norma imperativa que não admite interpretação ampliativa, sendo a exceção prevista no art. 649, § 2º, do CPC espécie e não gênero de crédito de natureza alimentícia, não englobando o crédito trabalhista.”

29 “PENHORA. SALÁRIO. RAZOABILIDADE. A expressa disposição contida no art. 649, IV, do CPC é no sentido de que são absolutamente impenhoráveis ‘os vencimentos, subsídios, soldos, salários, remunerações, proventos de aposentadoria, pensões, pecúlios e montepios; as quantias recebidas por

Por certo que a atividade constritiva aqui deverá ser ponderada e razoável, em ordem a não comprometer também a dignidade e a subsistência do devedor³⁰.

Esses dispositivos e suas inovações são de plena e expressa aplicabilidade ao Processo do Trabalho.

a) *Parcelamento de dívida como direito potestativo do devedor*

Inserido o art. 745-A no CPC revogado pela Lei nº 11.382/06, o processo comum passou a admitir uma espécie de moratória legal ao devedor, que poderia parcelar o débito, desde que mediante depósito de 30% do valor da dívida, renunciando ao direito de se opor à execução por meios de embargos, pagando o restante em até seis parcelas mensais e sucessivas.

O mesmo mecanismo é adotado pelo novo CPC no art. 916, com a inovação da eficácia do pedido formulado ao juiz enquanto não apreciado o requerimento (§ 2º), mecanismo muito interessante, pois dá agilidade à efetividade da tutela, porquanto, muitas vezes, havia um hiato entre o pedido e o despacho superior ao próprio prazo máximo de parcelamento, o que ensejava o uso da medida de forma meramente protelatória.

A maior novidade, porém, é a limitação do instituto à execução dos títulos extrajudiciais, já que o § 7º do art. 916 da CLT assenta que “o disposto neste artigo não se aplica ao cumprimento da sentença”. Cuida-se de uma importante mudança, já que a moratória, no caso das execuções de título extrajudicial, tem o mérito de reconhecer a legitimidade e a exigibilidade do título, o que faz avançar o processo para o seu resultado útil, e é igualmente interessante

liberalidade de terceiro e destinadas ao sustento do devedor e sua família, os ganhos de trabalhador autônomo e os honorários de profissional liberal”. No entanto, atendo-se ao princípio da razoabilidade, pode o julgador determinar a penhora parcial dos rendimentos da sócia executada, considerando o caráter também salarial do débito exequendo.” (TRT da 3ª Região; Processo: 0037900-30.2004.5.03.0111 AP; Data de Publicação: 01.06.2015; Disponibilização: 29.05.2015, DEJT/TRT3/Cad. Jud., Página 218; Órgão Julgador: Sexta Turma; Relator: Fernando Antonio Viegas Peixoto)

30) Veja-se, por exemplo, a importância do tema nas relações empregatícias domésticas, que receberam um novo rol de direitos a partir da Emenda Constitucional n.º 72/2013. Até o advento da Lei Complementar n.º 150, de 1 de junho de 2015, havia a possibilidade de penhora sobre o imóvel único residencial da família, nas execuções de decisões trabalhistas envolvendo relações domésticas (art. 3º, inciso I, da Lei n.º 8.009/90), possibilidade que foi revogada pelo art. 46 da referida Lei Complementar. Assim, ficou muito estreito o potencial executivo desses títulos judiciais, sendo comum restar apenas o salário dos membros da família, cuja penhora parcial é meio, em princípio, idôneo e proporcional para a efetivação das tutelas. Mesmo no regime revogado, sempre me pareceu ser muito mais razoável a penhora de parte dos vencimentos ou proventos do devedor (solução aparentemente vedada por lei) do que a penhora da sua residência (solução autorizada pela lei), na medida em que a maioria dos créditos exequendos não tem se mostrado elevados o suficiente para reclamar a expropriação do bem imóvel, usualmente de valor mais elevado. Em boa parte das hipóteses, a penhora parcial do salário durante alguns meses atende de forma proporcional à tutela executiva, não implica ônus excessivo de retardamento das expectativas do credor e não onera desmedidamente a condição do devedor.

para o credor, que recebe seu crédito com correção monetária e juros de 1% ao mês (art. 916, *caput*).

Outra situação é a moratória em cumprimento de sentenças, quando a discussão do direito já avançou para o desfecho cognitivo, não fazendo sentido conceder um favor legal em face de uma decisão judicial exequível, que deve ser cumprida *incontinenti* pelo sujeito passivo.

Por essa razão, posicionei-me contrário à aplicação do instituto na época de sua introdução no Código revogado (CHAVES, 2007[b], p. 315-319), pelo menos como um direito subjetivo do devedor, somente considerando sua possibilidade quando, diante das peculiaridades da causa, e do baixo potencial de efetividade do processo, o Juiz da execução avalie que essa é uma solução contingencialmente possível para o feito.

Agora que a fonte normativa primária, o Código de Processo Civil, repele a aplicação do instituto ao cumprimento da sentença, a via de seu transporte para o Processo do Trabalho ficou ainda mais estreita.

4 – CONSIDERAÇÕES FINAIS

O problema da morosidade parece marcar a trajetória do Poder Judiciário brasileiro, desde sua origem. Os dados estatísticos e o esforço de um diagnóstico parcial do problema são suficientes para indicar a complexidade do fenômeno.

O caráter predominantemente atomizado da litigiosidade e a ênfase na fase de conhecimento tornam o cumprimento da sentença etapa morosa e potencialmente ineficiente, refletida nas altas taxas de congestionamento apuradas pelas pesquisas do Conselho Nacional de Justiça.

No caso da Justiça do Trabalho, que conserva protagonismo e grandes avanços nesse campo, o esforço não tem sido suficiente para apresentar um quadro de efetividade processual. As políticas públicas judiciárias existentes, ainda que positivas, mostram-se insuficientes para a necessária priorização do problema.

O exame das poucas inovações trazidas pelo Código de Processo Civil de 2015 no terreno do cumprimento da sentença e da execução forçada indica que essa realidade dificilmente será alcançada apenas pela trilha normativa, na medida em que conserva um perfil formalista para o processo.

É preciso depositar a crença na Magistratura do Trabalho e na sua deontologia, irradiada pelo impulso oficial para a promoção da efetividade das tutelas. Mais do que em qualquer outro ramo, há um campo fértil para a mobilização

I SEMINÁRIO NACIONAL SOBRE EFETIVIDADE DA EXECUÇÃO TRABALHISTA

dos atores processuais na Justiça do Trabalho, porquanto iluminados por um protagonismo processual na busca do princípio do resultado que o CPC de 2015 ainda não conseguiu alcançar.

Por essa razão, acredito que a ampliação de políticas judiciais convergentes ao prestígio da execução (melhoria de estrutura, divisão racional da força de trabalho, divisão proporcional das atividades entre cognição e execução) podem assumir, na Justiça do Trabalho, bons resultados.

5 – REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRANDÃO, Cláudio. *Reforma do sistema recursal trabalhista: comentários à Lei nº 13.015/2014*. São Paulo: LTr, 2015.

CHAVES, Luciano Athayde. A Emenda Constitucional nº 24/99 e o processo do trabalho: mutações infraconstitucionais e ajustes conforme a Constituição. *Revista de Informação Legislativa*, ano 50, n. 197, Brasília: Senado Federal, jan./mar. 2013, p. 223-248.

_____. *A recente reforma no processo comum e seus reflexos no direito judiciário do trabalho*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2007(b).

_____. As lacunas no direito processual do trabalho. In: CHAVES, L. A (Org.). *Direito processual do trabalho: reforma e efetividade*. São Paulo: LTr, 2007(b).

_____. Interpretação, aplicação e integração do direito processual do trabalho. In: CHAVES, L. A (Org.). *Curso de direito processual do trabalho*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2012.

_____. Novas ferramentas dependem de melhor estrutura de pessoal no 1º grau. *Revista Consultor Jurídico*. Disponível em: <www.conjur.com.br>. Acesso em: 2 jul. 2015.

CLAUS, Ben-Hur Silveira. A desconsideração da personalidade jurídica na execução trabalhista e a pesquisa eletrônica de bens de executados. *Cadernos da Escola Judicial do TRT da 4ª Região*, Porto Alegre: TRT da 4ª Região, n. 8, 2014, p. 237-246.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). *Relatório Justiça em Números 2014: ano-base 2013*. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2014.

COUTINHO, Grijalbo Fernandes; FAVA, Marcos Neves. *Justiça do trabalho: competência ampliada*. São Paulo: LTr, 2005.

_____. *Nova competência da justiça do trabalho*. São Paulo: LTr, 2004.

DIAS, Carlos Eduardo Oliveira. O novo CPC e seu significado para o processo do trabalho: ainda em defesa de uma interpretação integrativa. In: DIAS, C. E. O. *et alii* (Org.). *Os impactos do novo CPC no processo do trabalho*. Campinas: Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região, 2015.

FERRAZ Jr., Tercio Sampaio *et alii* (Coord.). *As interrelações entre o processo administrativo e o judicial, sob a perspectiva da segurança jurídica do plano da concorrência econômica e da eficácia da regulação pública*. Relatório final. Disponível em: <www.cnj.jus.br/pesquisas>. Acesso em: 27 dez. 2014.

HOMMERDING, Adalberto Narciso. *Valores, processo e sentença*. São Paulo: LTr, 2003.

I SEMINÁRIO NACIONAL SOBRE EFETIVIDADE DA EXECUÇÃO TRABALHISTA

INSTITUTO BRASILIENSE DE DIREITO PÚBLICO. *Índice de desempenho da justiça (IDJus2013) e estudo comparado sobre a evolução do Judiciário (2010-2013)*. Relatório de Pesquisa. Brasília, dez. 2014. Disponível em: <<http://cpjus.idp.edu.br>>. Acesso em: 2 jul. 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Execução*. São Paulo: RT, 2007.

MARQUES, Claudia Lima. O diálogo das fontes como método da nova teoria geral do direito: um tributo a Erik Jayme. In: _____ (Coord.). *Diálogo das fontes: do conflito à coordenação de normas no direito brasileiro*. São Paulo: RT, 2012.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Para uma revolução democrática da justiça*. São Paulo: Cortez, 2007.

SCHWARTZ, Stuart B. *Burocracia e sociedade no Brasil colonial*. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Poder judiciário*. São Paulo: RT, 1995.

TUTELA CONTRA O ILÍCITO (ART. 497, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CPC/2015)

Luiz Guilherme Marinoni*

1 – A TUTELA CONTRA O ILÍCITO NO CPC/2015

A mais importante forma de tutela jurisdicional do novo Código de Processo Civil está prevista no seu art. 497, parágrafo único. Diz esta norma: “Art. 497. Na ação que tenha por objeto a prestação de fazer ou de não fazer, o juiz, se procedente o pedido, concederá a *tutela específica* ou determinará providências que assegurem a obtenção de tutela pelo resultado prático equivalente. Parágrafo único. Para a concessão da tutela específica destinada a *inibir a prática, a reiteração ou a continuação de um ilícito, ou a sua remoção, é irrelevante a demonstração da ocorrência de dano ou da existência de culpa ou dolo*”.

O art. 497, parágrafo único, do novo Código de Processual Civil consagra a necessidade de tutela jurisdicional contra o ato contrário ao direito, ou melhor, de tutela jurisdicional contra o ilícito. A norma elenca duas formas de tutela jurisdicional contra o ilícito: i) a tutela inibitória, que pode ser voltada contra a prática, a repetição ou a continuação de um ilícito; e ii) a tutela de remoção do ilícito, direcionada à remoção dos efeitos concretos da conduta ilícita.

Mais do que isso, a norma afirma a dissociação entre ato contrário ao direito e fato danoso, deixando claro que tais tutelas não têm como pressuposto o dano e os critérios para a imputação da sanção ressarcitória, ou seja, a culpa e o dolo.

2 – A TUTELA RESSARCITÓRIA PELO EQUIVALENTE COMO RESPOSTA DE UM ESTADO NÃO PREOCUPADO EM GARANTIR A INTEGRIDADE DOS DIREITOS

Existe um dogma – de origem romana – no sentido de que a tutela ressarcitória é a única forma de tutela contra o ilícito. Isso quer dizer que a unificação

* Professor titular da Universidade Federal do Paraná.

entre as categorias da ilicitude e da responsabilidade civil, já realizada no direito romano, percorreu a história do direito, inclusive do direito processual civil, sem suscitar maior inquietude de parte da doutrina. Pior do que isso: chegou-se a identificar o ilícito com o ressarcimento em dinheiro.

Portanto, é preciso perceber não apenas os motivos que conduziram à unificação entre o ilícito civil, o fato danoso e o ressarcimento em dinheiro, mas também como eles repercutiram sobre o processo civil. Embora essa história seja bastante antiga, é oportuno considerar a questão a partir do direito liberal clássico. Nessa época, diante da ideia de equivalência das mercadorias, o bem objeto do litígio era visto como uma “coisa” dotada de valor de troca. Assim como o valor da lesão era passível de aferição em pecúnia, entendia-se que os direitos podiam ser adequadamente tutelados por meio do ressarcimento em dinheiro¹.

Não se pode deixar de perceber que, dentro da lógica do liberalismo do século XIX, há um claro nexos entre o princípio da abstração das pessoas e dos bens e a tutela pelo equivalente. Se os bens são equivalentes e, assim, não merecem tratamento diversificado, a transformação do bem em dinheiro está de acordo com a lógica do sistema, cujo objetivo é apenas sancionar o faltoso, ripristinando os mecanismos de mercado. Por outro lado, se o juiz não pode dar tratamento distinto às necessidades sociais, nada mais natural do que unificar tal forma de tratamento, dando ao lesado valor em dinheiro.

Se todos são iguais – e essa igualdade deve ser preservada inclusive no plano do contrato –, não há razão para admitir uma intervenção judicial mais incisiva diante do inadimplemento para a obtenção da prestação *in natura*. Se o princípio da igualdade formal atua da mesma forma diante do contrato e do processo, bastaria ao juiz conferir ao lesado a tutela pecuniária. A sanção pecuniária teria a função de “igualizar” os bens e as necessidades, pois se tudo é igual, inclusive os bens – os quais podem ser transformados em dinheiro –, não existiria motivo para pensar em tutela judicial específica. No direito liberal antigo, os limites impostos pelo ordenamento à autonomia privada são de conteúdo *negativo*, gozando dessa mesma natureza a tutela pelo equivalente².

Portanto, as perdas e danos seriam necessários não só para conservar o dogma da “neutralidade” do juiz, como também para manter em funcionamento os mecanismos de mercado. No “mercado” pouco importam as qualidades do sujeito ou as dos bens, de modo que a tutela pelo equivalente, ao expressar

1 SALVI, Cesare. Legittimità e “razionalità” dell’art. 844 Codice Civile. *Giurisprudenza Italiana*, 1975, p. 591 e ss.

2 MAZZAMUTO, Salvatore. *L’attuazione degli obblighi di fare*, p. 37.

apenas o custo econômico do valor da lesão, mantinha íntegros os mecanismos do próprio mercado, sem alterar a sua lógica³.

Sendo o princípio da igualdade formal imprescindível para a manutenção da liberdade e do bom funcionamento do mercado, não há como pensar em forma de tutela que tome em consideração determinados interesses socialmente relevantes – ou em “técnica processual diferenciada” –, a revelar a necessidade de conferir “tratamento diferenciado” a situações e posições sociais diversas. A tutela ressarcitória pelo equivalente não se importa com as diferentes necessidades e espécies de bens ou mesmo pressupõe qualquer programa de proteção das posições sociais mais frágeis. Esta forma de tutela jurisdicional, na medida em que desejava apenas conservar em funcionamento o mercado na perspectiva do princípio da igualdade formal, ignorava as características e as necessidades socialmente diversificadas, limitando-se a exprimir a equivalência das mercadorias⁴.

Se as pessoas e os bens não precisam ser tratados de forma diferenciada, também não há razão para pensar em tutela preventiva – e, muito menos, em tutela contra o ato contrário ao direito –, que assume importância apenas em um contexto de Estado preocupado em cuidar de maneira diferenciada de determinadas situações. Recorde-se que os direitos fundamentais, no constitucionalismo liberal-burguês, eram vistos somente como direitos de defesa contra o Estado. O direito liberal se importava com a defesa da liberdade contra as eventuais agressões da autoridade estatal e não com as diferentes necessidades sociais do grupo. O Estado não dirigia uma política destinada a garantir determinadas necessidades sociais, não interferindo na sociedade e no processo econômico de modo a tutelá-las.

A confusão entre tutela contra o ilícito e tutela ressarcitória pelo equivalente, portanto, tem raízes na monetização dos direitos, acentuada pelos valores do Estado liberal antigo, em que o equivalente em pecúnia, sem pôr em risco a liberdade, mantinha em funcionamento os mecanismos do mercado. A tutela jurisdicional não tinha qualquer preocupação de fazer valer o desejo das normas ou de tutelar os direitos – garantindo a sua integridade ou ripristinação –,

3 Como observa Adolfo di Majo, “le dottrine giuridiche dell’Ottocento, dopo la parentesi medioevale, recuperano appieno il principio romanistico (della prevalenza) della *condemnatio pecuniaria*, dovendo apparire, questa prevalenza, come la più funzionale alle esigenze del mercato. Nel mercato, com’è noto, non contano le qualità dei soggetti né quelle dei valori od interessi in esso presenti (astrattezza dei valori). In presenza di atti e/o di fatti che comportano inadempimento di obblighi e/o violazioni di diritti, la linea tendenziale è di imporre al responsabile il mero ‘costo economico’ di siffatti comportamenti, tendendosi in tal modo a riprodurre i meccanismi di mercato alterati” (MAJO, Adolfo di. *La tutela civile dei diritti*. Milano: Giuffrè, 1993. p. 156).

4 MAZZAMUTO, Salvatore. *L’attuazione degli obblighi di fare*, p. 38.

mas apenas de prestar um equivalente ao sinal da lesão, o que significa dizer que a jurisdição não tinha como meta primária a tutela dos direitos. A sanção do faltoso pressupunha a intangibilidade da sua vontade e a equivalência dos bens a evidenciar a liberdade individual e o equilíbrio do mercado como limite e justificativa de uma tutela jurisdicional de natureza negativa.

3 – PRIMEIROS PASSOS EM TORNO DO FUNDAMENTO DA TUTELA CONTRA O ILÍCITO

Uma das mais importantes conquistas da doutrina, para efeito de tutela jurisdicional adequada, está na distinção – elaborada a partir de uma revisão do conceito de ilícito civil – entre ato ilícito e fato danoso⁵.

A necessidade de uma tutela antecedente ao dano levou os estudiosos a tentar explicar o fundamento e a finalidade desse tipo de tutela. Se a tutela não visa reparar o dano, qual seria o seu fundamento e escopo? Esta pergunta foi respondida, no curso da evolução da doutrina, de várias formas.

Afirmou-se, em doutrina elaborada há bastante tempo, que a “ação” (física), em alguns casos, pode não resultar em um evento danoso; lembrou-se, ainda, que podem ser praticados atos preparatórios voltados a uma finalidade, sem que a ação seja praticada e, também, que a ação pode ser apenas anunciada como propósito, sem que qualquer ato seja praticado. Muito embora não verificado o dano ou mesmo praticada a ação, entendeu-se que a prática da ação, dos atos preparatórios ou o simples anúncio da ação como conteúdo de um propósito não poderiam deixar de ter significado. Foi aí que surgiu a distinção, realizada no interior da categoria da ilicitude civil, entre o “ilícito de perigo” e o “ilícito de lesão”⁶.

Essa distinção, realizada por Candian, é uma das tentativas iniciais de se explicar a diferença entre tutela preventiva e tutela ressarcitória, a primeira

5 “Com’è noto, a partire dalla metà degli anni 60 un consistente orientamento dottrinale ha posto in luce l’importanza della distinzione tra illecito (come condotta antiggiuridica) e danno, come fatto storico, materiale, che può essere (eventuale) conseguenza dell’illecito, o può derivare da fatti non suscettibili di tale qualificazione” (Michele Mòcciola, Problemi del risarcimento del danno in forma specifica nella giurisprudenza. *Rivista Critica del Diritto Privato*, 1984, p. 367). E eis o que diz Salvi: “Il riferimento all’art. 2043 codice civile ha un significato innovatore, se si traggono tutte le conseguenze dalla revisione che la dottrina più recente ha operato dell’intera materia dell’illecito civile. Uno dei più proficui risultati di tale revisione appare, infatti, la netta distinzione tra atto illecito e fatto dannoso da cui deriva la responsabilità civile” (SALVI, Cesare. Legittimità e ‘razionalità’ dell’art. 844 Codice Civile. *Giurisprudenzaitaliana*, 1975, p. 590).

6 CANDIAN, A. *Nozioni istituzionali di diritto privato*. Milano: Giuffrè, 1946. p. 119.

voltada contra o ilícito de perigo e a segunda dirigida contra o ilícito de lesão⁷. Candian, ao mencionar uma série de casos que configurariam exemplos de tutela contra o ilícito de perigo, agrupou em uma mesma categoria a tutela cautelar e a tutela inibitória, realizando uma sensível ampliação da noção tradicional de ato conservativo⁸. Porém, transparece da doutrina de Candian uma clara preocupação em evitar o dano e não o ato contrário ao direito; quando Candian fala em ilícito de perigo, como categoria contraposta à de ilícito de lesão, fica claro que o ilícito de perigo diz respeito a um perigo de dano. É evidente, portanto, que a elaboração de Candian não pode ser aceita como adequada à explicação de tutela contra o ilícito⁹, já que marcada por uma preocupação em evitar o dano e não o ato contrário ao direito¹⁰.

Lodovico Barassi, outro conhecido civilista italiano, tratando da “prevenzione del fatto dannoso”, perguntou se é possível admitir uma ação destinada “a prevenir as lesões jurídicas”. Segundo Barassi, uma ação desse tipo objetiva fazer cessar um estado atual de coisas que necessariamente deve conduzir a uma futura lesão; uma ação dirigida sobretudo a obter que uma pessoa desista de um determinado comportamento, ou mesmo o modifique¹¹. Ao descrever alguns casos que constituiriam exemplos de tutela preventiva, adverte Barassi que as situações às quais as ações preventivas fariam referência constituiriam o ilícito de perigo, que se distinguiria, assim, do ilícito de lesão¹².

Barassi deixa transparecer com toda nitidez que a tutela preventiva é voltada a prevenir o dano, o que não o impede, portanto, de aderir à terminologia utilizada por Candian, e de falar de “ilícito de perigo” e de “ilícito de lesão”. A tutela dirigida a fazer cessar uma atividade ilícita (ilícito de perigo) teria na-

7 *Idem, ibidem.*

8 *Idem, ibidem*, p. 120-121.

9 Ver, nesse sentido: FRIGNANI, Aldo. Azione in cessazione. *Novissimo digesto italiano*, 1980, p. 654; RAPISARDA, Cristina. Inibitória. *Digesto delle discipline privatistiche*, v. 9, p. 480.

10 É interessante ressaltar, porém, que Candian fala em prevenção do ilícito como princípio geral do ordenamento jurídico: “Quanto alla ragione determinante delle autorizzazioni e delle iniziative, rispettivamente impartite e consentite dall’ordinamento, essa risiede in una immanente esigenza di economia. A parte, infatti, le ipotesi in cui il danno è per sua natura (come quello proveniente dalla insolvenza del debitore) insuscettibile di riparazione, l’ordinamento manifesta, con numerose disposizioni, la tendenza a preferire le misure della prevenzione, dovunque siano possibili, a quelle della riparazione o della pena o del risarcimento, cioè in genere alle misure repressive (inteso il termine in senso lato). Appunto la varietà delle situazioni alle quali, con le numerose norme citate, ed altre ancora, si è voluto provvedere, dà per certo che non tanto si tratta di singole disposizioni da applicare ai casi di volta in volta preveduti, quanto di un principio generale dell’ordinamento giuridico: di un principio, appunto, ispirato alla ora cennata esigenza economica” (CANDIAN, A. *Nozioni istituzionali di diritto privato*, cit., p. 121).

11 BARASSI, Lodovico. *La teoria generale delle obbligazioni*. Milano: Giuffrè, 1964. p. 429.

12 *Idem, ibidem*, p. 429.

tureza preventiva, porque destinada a impedir um futuro dano. De acordo com Barassi, a tutela preventiva pode ser utilizada para impedir a continuação de um estado atual de coisas que já provocou um dano, mas que ainda pode provocar outro, e mesmo para impedir a continuação de um estado atual de coisas que, ainda que não tenha causado algum dano, provavelmente pode ocasioná-lo¹³.

A posição de Barassi merece a mesma crítica que foi endereçada à doutrina de Candian. Barassi, ao falar em ilícito de perigo, alude a um estado atual de coisas (uma atividade ilícita) *que pode causar dano. A tutela contra o ilícito de perigo, portanto, seria uma tutela contra o perigo de dano.*

4 – O TEMA DA TUTELA CONTRA A CONCORRÊNCIA DESLEAL

O tema da tutela contra a concorrência desleal contribuiu para a doutrina italiana estabelecer a diferença entre ilícito e dano para efeito de tutela jurisdicional. Para que se perceba a razão pela qual a doutrina foi obrigada a aprofundar o estudo do conceito ilícito é necessário considerar a estrutura normativa italiana da tutela contra a concorrência desleal, que deu origem a diversas espécies de tutelas voltadas à proteção do empresário¹⁴.

O Código Civil italiano, ao tratar do assunto, além de estabelecer quais são os atos que configuram concorrência desleal, prevê três espécies de tutela jurisdicional: a tutela inibitória, a tutela reintegratória e a tutela ressarcitória. Afirma o art. 2.599 que a sentença que declara a existência de atos de concorrência desleal inibe a sua continuação e confere as providências necessárias a fim de que sejam eliminados os seus efeitos. O art. 2.600, complementando o leque da tutela jurisdicional contra a concorrência desleal, dispõe que, se os atos são praticados com dolo ou culpa, o seu autor fica obrigado a ressarcir o dano. Note-se que o art. 2.600, ao disciplinar a tutela ressarcitória, exige a

13 *Idem, ibidem*, p. 430.

14 Sobre a problemática da tutela contra a concorrência desleal, ver: BENUCCI, Eduardo Bonasi. Atto illecito e concorrenza sleale. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1957, p. 563 e ss.; SPOLIDORO, Marco Saverio. *Le misure di prevenzione nel diritto industriale*. Milano: Giuffrè, 1982; ASCARELLI, Tullio. *Teoria della concorrenza e dei beni immateriali*. Milano: Giuffrè, 1957; SANTINI, Geraldo. Concorrenza sleale ed impresa. *Rivista di Diritto Civile*, 1959, p. 125 e ss.; JAEGER, Pier Giusto. Valutazione comparativa di interessi e concorrenza sleale. *Rivista di Diritto Industriale*, 1970, p. 38 e ss.; GHIDINI, Gustavo. La repressione della concorrenza sleale nel sistema degli artt. 2598 ss. cod. civ. Le sanzioni. *Rivista di Diritto Civile*, 1970, p. 329 e ss.; FRANCESCHELLI, Remo. Studi sulla concorrenza sleale. La fattispecie. *Rivista di Diritto Industriale*, 1963, p. 269 e ss.; AULETTA, Giuseppe. Divieto di concorrenza e divieto di concorrenza sleale. *Diritto e giurisprudenza*, 1956, p. 279 e ss.; MINERVINI, Gustavo. *Concorrenza e consorzi*. Milano: Vallardi, 1965. p. 51 e ss.; SERTORIO, Marco. Illecito civile, concorrenza, prescrizione. *Archivio della responsabilità civile e dei problemi generali del danno*, 1964, p. 122 e ss.; MOSCO, Luigi. *La concorrenza sleale*. Napoli: Jovene, 1956. p. 188 e ss.

culpa ou o dolo, enquanto o art. 2.599, ao disciplinar a tutela inibitória e a tutela que tem por fim remover os efeitos dos atos praticados, prescinde de tais elementos subjetivos.

O art. 2.043 do Código Civil italiano afirma que qualquer fato doloso ou culposo, que ocasione a outrem um dano injusto, obriga ao ressarcimento do dano. Uma vez que a tutela contra a concorrência desleal, fora a tutela ressarcitória, não requer dano, culpa ou dolo, tornou-se necessária a separação das tutelas inibitória e reintegratória contra a concorrência desleal da tutela contra o dano (por ela produzido), *que até então era vista como a única tutela contra o ilícito*.

Parte da doutrina, ainda ligada à ideia de que o dano constitui elemento imprescindível à configuração do ilícito, chegou a propor uma dicotomia dos atos de concorrência desleal, os quais, quando culposos e danosos, ficariam enquadrados no conceito de ato ilícito, e em hipótese diversa, classificados de modo totalmente autônomo¹⁵.

Uma outra parte da doutrina, porém, distanciou conceitualmente o ilícito que abre ensejo para as tutelas inibitória e reintegratória do ilícito que requer necessariamente o dano. Esta doutrina estabeleceu algumas premissas que são fundamentais dentro do esforço de revisão do conceito de ilícito. Afirmou-se que o art. 2.043 do Código Civil não descreve o ilícito – como supunha a doutrina mais antiga –, mas apenas configura a responsabilidade pelo dano. Deduziu-se, nesta linha, que a tutela ressarcitória não é a única forma de tutela contra o ilícito¹⁶ e que a culpa é uma condição (geralmente) necessária para o ressarcimento do dano, mas não para a ilicitude do ato¹⁷.

Para evidenciar que o dano não é elemento constitutivo do ilícito, argumentou-se que, quando se diz que não há ilícito sem dano, identifica-se

15 Ver: BENUCCI, Eduardo Bonasi. Atto illecito e concorrenza sleale. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1957. p. 565. Ver, também, MOSCO, Luigi. *La concorrenza sleale*. Napoli: Jovene, 1956. p. 188 e ss.

16 É o que admite Bonasi Benucci no mais importante trabalho sobre o ilícito dentro do tema da concorrência desleal: “Ci sembra indubbio che l’art. 2043 si limiti a porre in forma generalissima le condizioni cui è sottoposta l’insorgenza dell’obbligo a risarcire il danno conseguente all’illecito, ma che esso non descriva l’illecito, né esaurisca la specificazione dei mezzi di tutela che l’ordinamento offre a colui che sia vittima dell’illecito stesso” (BENUCCI, Eduardo Bonasi. Atto illecito e concorrenza sleale. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1957, p. 567).

17 “Essendo quindi anche la colpa una condizione normalmente necessaria (salvo eccezioni che si vanno facendo sempre più numerose, ma che, appunto per il loro carattere di eccezioni, non capovolgono ancora il principio generale) della risarcibilità del danno e non della illiceità dell’atto, illiceità che si perfeziona con la mera violazione della norma quale consegue all’atto stesso” (BENUCCI, Eduardo Bonasi. Atto illecito e concorrenza sleale. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1957, p. 567).

o ato *contra ius* com aquela que é a sua normal consequência, e isto ocorreria apenas porque o dano é o sintoma sensível da violação da norma. A confusão entre ilícito e dano seria o reflexo do fato de que o dano é a prova da violação e, ainda, do aspecto de que entre o ato ilícito e o dano subsiste frequentemente uma contextualidade cronológica que torna difícil a distinção dos fenômenos, ainda que no plano lógico¹⁸.

Bonasi Benucci distinguiu perigo e dano, argumentando que o dano é uma consequência normal da periculosidade do ilícito e de sua capacidade de provocar dano. O perigo, nesta concepção, é elemento constitutivo do ilícito (o ilícito é sempre de perigo), enquanto o dano, por ser uma consequência meramente eventual da violação, é um elemento extrínseco a sua *fattispecie* constitutiva¹⁹.

Note-se que esta elaboração doutrinária difere daquela construída por Candian²⁰, já que a concepção de Benucci fala apenas em ilícito que guarda em si o perigo de dano. Há uma unidade conceitual para o ilícito, que seria, em poucas palavras, o ato *contra ius* que pode causar dano²¹.

Bonasi Benucci, contudo, ao inserir o perigo na constituição do ilícito, refere-se ao perigo como uma “potencialidade danosa”, concluindo que a tutela contra o ilícito – que seria diferente da tutela contra o dano – é uma tutela contra o perigo de dano²².

Nessa dimensão, embora o tema da tutela contra a concorrência desleal tenha permitido identificar um ilícito que não se confunde com o ilícito danoso, a tutela contra o ilícito foi compreendida como tutela contra o perigo de dano, o que significa que a tutela contra o ilícito não chegou a ser inteiramente dissociada do dano.

18 BENUCCI, Eduardo Bonasi. Atto illecito e concorrenza sleale. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1957. p. 569.

19 *Idem, ibidem*, p. 575.

20 CANDIAN, A. *Nozioni istituzionali di diritto privato*, cit., p. 119 e ss.

21 Giuseppe Auletta, ao analisar a estrutura normativa da tutela contra a concorrência desleal, igualmente conclui que o requisito do dano é substituído pelo de perigo de dano (Attività. *Enciclopedia del Diritto*, v. 3, p. 987).

22 “La individuazione dell’elemento della *potenzialitàdannosa* come completamento della *fattispecie* costitutiva dell’illecito civile consente di riunire in unica categoria quelle molteplici ipotesi di illecito in cui il danno non è ancora occorso, ma sussiste già una situazione di pericolo determinata da atti la cui prosecuzione o ripetizione porterà (secondo un calcolo di probabilità) alla produzione di un danno, se non tempestivamente interrotta ed inibita con rimozione altresì di quegli effetti già determinati dall’atto e che potrebbero essere fonte autonoma di danno” (BENUCCI, Eduardo Bonasi. Atto illecito e concorrenza sleale. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1957, p. 575).

5 – A PROTEÇÃO NORMATIVA AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A função das normas de proteção dos direitos fundamentais facilita ainda mais a distinção entre ato contrário ao direito e dano para efeito de tutela jurisdicional adequada. Quando o Estado assume novas preocupações sociais e, assim, passam a importar a proteção, entre outros, do meio ambiente, da saúde, da educação e da posição do consumidor no mercado, surgem normas que, objetivando tutelar estas situações de direito substancial, passam a impor condutas positivas e negativas.

O direito do consumidor, por exemplo, constitui direito fundamental que requer proteção normativa. Perceba-se que o direito ambiental também pode ser pensado – dentro da multifuncionalidade dos direitos fundamentais – como um direito à proteção, ou melhor, o bem ambiental, visto como fundamental para a organização social, deve ser protegido por meio de normas impositivas e proibitivas de condutas.

Para a efetiva proteção desses direitos, ou melhor, para a realização das normas que objetivam lhes dar proteção, é indispensável a tutela contra o ato contrário ao direito, ou seja, a tutela da norma vista como tutela jurisdicional destinada a inibir a violação da norma ou a remover os efeitos concretos derivados da sua violação. Ora, se o ordenamento jurídico dos dias de hoje deve proteger determinados bens mediante a imposição de certas condutas, e por esta razão são editadas normas de direito material, é necessário que o processo civil seja estruturado de modo a atuá-las.

Perceba-se, enfim, que a possibilidade de se requerer uma tutela independentemente da existência de dano tem relação com o próprio conceito de norma jurídica, uma vez que se a única sanção contra o ilícito fosse a obrigação de ressarcir, a própria razão de ser da norma estaria comprometida. Só isso demonstra a necessidade de o processo abandonar a indevida associação entre ilícito e dano, que até hoje faz pensar que a tutela contra o ilícito futuro é tutela contra a probabilidade de dano e a tutela contra o ilícito passado é tutela ressarcitória²³.

6 – TUTELA INIBITÓRIA DE ILÍCITO E TUTELA DE REMOÇÃO DOS EFEITOS CONCRETOS DERIVADOS DA CONDUTA ILÍCITA

Como já dito, imaginou-se que a lei, por obrigar quem comete um dano a indenizar, não diferenciasse ilícito de dano, ou melhor, considerasse o dano

23 MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela inibitoria*. Madrid: Marcial Pons, 2014. p. 65 e ss.

como elemento essencial e necessário da *fattispecie* constitutiva do ilícito²⁴. Entretanto, o dano não é uma consequência necessária do ato ilícito. O dano é requisito indispensável para o surgimento da obrigação de ressarcir, mas não para a constituição do ilícito²⁵.

Se a tutela contra o ilícito danoso não exclui a tutela para evitar o dano, como se viu mediante as elaborações doutrinárias que inicialmente se preocuparam em explicar o fundamento da tutela contra o perigo de dano, também não há motivo para associar tutela contra a probabilidade de dano com tutela contra a probabilidade de ato contrário ao direito.

A tutela contra a probabilidade de ilícito não é apenas a tutela contra a probabilidade do ilícito danoso, embora o dano costumeiramente aconteça no instante da violação do direito. Se da revisão do conceito de ilícito exsurge indiscutível a importância da distinção entre ato contrário ao direito e dano para efeito de tutela civil dos direitos, não há qualquer razão para pensar que tutela contra o ilícito futuro é necessariamente tutela contra a probabilidade de dano.

Na verdade, o dano é realmente o sintoma ou o indicativo da probabilidade do ilícito e importa para efeito de tutela voltada para o futuro apenas por constituir a evidência concreta do ato contrário ao direito, ou seja, não é correto imaginar que não há interesse de agir em obter tutela preventiva quando o dano é uma mera possibilidade do ato contrário ao direito e não uma probabilidade indissociavelmente ligada a ele. Se fosse assim, haveria apenas pretensão à inibição do dano e não pretensão à inibição do ilícito. Note-se que o titular de marca comercial tem o direito de inibir que terceiro a utilize, pouco importando eventual dano derivado da infração. Do mesmo modo a tutela inibitória pode ser requerida para impedir a comercialização de produto com substância proibida por norma, não tendo qualquer relevo perguntar sobre provável dano ao consumidor.

Ora, se o dano não é elemento constitutivo do ilícito, podendo este último existir independentemente do primeiro, não há razão para não se admitir uma tutela que leve em consideração apenas o ilícito, deixando de lado o dano. A moderna doutrina italiana já deixou claro que a tutela inibitória tem por fim

24 FRIGNANI, Aldo. *L'injunction nella common law e l'inibitoria nel diritto italiano*, cit., p. 413.

25 *Idem, ibidem*.

prevenir o ilícito e não o dano²⁶. Frignani²⁷ e Rapisarda²⁸, que possuem as principais obras a respeito da tutela inibitória na Itália, não vacilam em afirmar que a inibitória prescinde totalmente dos possíveis efeitos concretos do ato ou da atividade ilícita e que a sua dependência deve ficar circunscrita unicamente à possibilidade do ato contrário ao direito (ilícito)²⁹.

Embora a probabilidade do ilícito possa constituir a probabilidade do próprio dano, já que muitas vezes é impossível separá-los cronologicamente, para a obtenção da tutela inibitória não é necessária a demonstração de um dano futuro, embora ele possa ser invocado até mesmo para se estabelecer com mais evidência a probabilidade do ato contrário ao direito.

Pois bem, se o dano é uma consequência meramente eventual do ilícito e não há pretensão preventiva apenas em face do dano, mas também em face do ato contrário ao direito, a tutela inibitória não pode ser compreendida como uma tutela contra a probabilidade do dano, mas como uma tutela contra o perigo da prática, da repetição ou da continuação do ilícito – visto como ato contrário ao direito que prescinde da configuração do dano³⁰. O parágrafo único do art. 497 do CPC/2015 bem compreendeu o ponto, pois fala claramente em “tutela

26 FRIGNANI, Aldo. *L'injunction nella common law el'inibitoria nel diritto italiano*, cit., p. 417 e ss.; RAPISARDA, Cristina. *Profili della tutela civile inibitoria*, cit., p. 108 e ss.

27 Frignani, referindo-se à distinção, formulada por Candian, entre ilícito de perigo e ilícito de lesão, diz o seguinte: “Secondo questa impostazione ogni contravvenzione della legge dovrebbe risolversi in un illecito di danno o in un illecito di pericolo (di danno). Come si vede, il danno rimarrebbe il metro di misura, il perno centrale di tutto il sistema della responsabilità. Ma non sembra corretto impostare il problema in questi termini, perché il danno è una conseguenza soltanto eventuale, anche se la più frequente, della violazione di una norma e perciò sbaglierebbe chi volesse indurre l'illecito soltanto dalla presenza del danno” (Azione in cessazione. *Novissimo digesto italiano*, 1980, p. 654).

28 RAPISARDA, Cristina. Inibitoria. *Enciclopedia Giuridica Treccani*, v. 17, p. 7; RAPISARDA, Cristina. *Profili della tutela civile inibitoria*, cit., p. 108 e ss.

29 De acordo com Frignani, “l'elemento del pericolo entra in gioco anche nell'inibitoria, ma ad altri fini. Mentre nella distinzione di cui sopra esso era riferito al danno, qui il pericolo è riferito alla lesione. In questo senso, l'inibitoria presuppone sempre un pericolo: che l'illecito sia continuato o ripetuto, se già è stato commesso o che l'illecito venga commesso, se ancora non si è verificato. Questo è il senso veramente penetrante in cui si dice dell'inibitoria che è un'azione essenzialmente preventiva” (Azione in cessazione. *Novissimo digesto italiano*, 1980, p. 654).

30 Frignani, analisando a teoria de Bonasi Benucci, diz o seguinte: “Alle stesse critiche può essere sottoposta anche la teoria che, nel tentativo di superare la dicotomia candiana tra illecito di danno e illecito di pericolo, ha ritenuto che l'illecito sia sempre individuato dalla sua 'potenzialità danosa'; in altri termini, anche questa dottrina imposta il suo ragionamento sul danno, seppure eventuale o possibile. (...) A prima vista tale formulazione sembra presentare una notevole aderenza alla realtà, ma la sua debolezza sta nel considerare l'*id quod plerum que accidit* come elemento essenziale di una fattispecie, e non invece come elemento accidentale. Non si tiene però in considerazione che il legislatore contempla tanti tipi di condotta, proibiti dal diritto e perciò costituenti una fattispecie di illecito, che non porteranno necessariamente ad un danno, e dove perciò l'illiceità prescinde anche dalla potenzialità dannosa” (Azione in cessazione. *Novissimo digesto italiano*, 1980, p. 655).

específica destinada a *inibir a prática, a reiteração ou a continuação de um ilícito*”.

Além disso, há ilícito que, *já praticado*, reclama tutela jurisdicional independentemente do dano. A conduta ilícita pode produzir efeito concreto que não significa dano, mas a realidade que a norma proíbe para que o dano não se configure. Nesse caso, o ilícito não se exaure com a prática da conduta contrária à norma; o ilícito, visto como realidade concreta que se desliga da conduta humana, tem eficácia continuada. Por conta dessa eficácia continuada do ilícito torna-se necessária tutela jurisdicional voltada a remover os seus efeitos concretos. Perceba-se que esta forma de tutela jurisdicional não se destina a inibir o ilícito, uma vez que o ilícito já foi praticado, mas também não se dirige contra o dano. A tutela jurisdicional se destina a remover ou a eliminar a realidade concreta que a norma proíbe para que o dano não ocorra.

No caso em que a norma proíbe a exposição à venda de produto com determinada substância, a tutela jurisdicional direcionada à busca e apreensão do produto não é tutela contra a probabilidade de ato contrário ao direito (inibitória), tutela de reparação do dano (ressarcitória), nem muito menos tutela contra a probabilidade de dano ao consumidor. É tutela jurisdicional destinada a fazer valer o desejo da norma violada, ou seja, é tutela de remoção dos efeitos que não estariam presentes na realidade se não fosse a violação da norma. Tem a mesma natureza a tutela voltada à retirada de cartazes publicitários ou à busca e apreensão de propagandas que configuram concorrência desleal. Nessa última hipótese a tutela jurisdicional também não se volta contra um ilícito ou um dano futuro, nem contra um dano já ocorrido. Atinge, isso sim, os efeitos concretos derivados da concorrência desleal, constituindo tutela jurisdicional que não requer dano nem culpa ou dolo. Mais claramente: trata-se de tutela não preocupada em ressarcir um dano, para o que o critério da culpa ou do dolo é importante, mas de tutela destinada a remover os efeitos concretos de um ato contrário ao direito.

A decisão que determina a demolição, em caso de construção realizada em desacordo à legislação urbanística, já foi qualificada de tutela ressarcitória na forma específica ou de tutela reparatória *in natura* na Itália³¹ e de tutela cautelar no Brasil, em conformidade com o próprio art. 888, VIII, do CPC de 1973. Na

31 “Cosi nella nota sentenza delle sezioni unite della cassazione penale, relativa alla legittimazione del comune a costituirsi parte civile in processi per reati di abusivismo edilizio, a proposito dell’ordine di demolizione, la Suprema corte definisce quest’ultimo ‘misura risarcitoria in forma specifica di *restitutio in prestinum* del turbato assetto urbanistico del territorio comunale” (MÓCCIOLA, Michele. Problemi del risarcimento del danno in forma specifica nella giurisprudenza. *Rivista Critica del Diritto Privato*, 1984, p. 378).

raiz dos equívocos das doutrinas italiana e brasileira está a *confusão entre os conceitos de ilícito e de dano*. Ora, a construção que desrespeita a legislação urbanística é, simplesmente, uma conduta *contra ius*, de modo que a determinação de demolição, nessa hipótese, *não objetiva ressarcir o dano sofrido em virtude da construção irregular nem tutelar contra a probabilidade do dano, mas simplesmente remover o ilícito*³². Note-se que, se construir em desacordo com a lei é ilícito, as *consequências* que daí decorrem *é que configuram dano*³³.

A tutela de remoção do ilícito objetiva remover ou eliminar a causa do eventual dano. A tutela pressupõe apenas a transgressão de um comando jurídico, pouco importando se o interesse privado tutelado pela norma foi efetivamente lesado ou se ocorreu um dano³⁴. Como diz Michele Mòcciola, em ensaio publicado na *Rivista Critica del Diritto Privato*, a consequência lógica da distinção entre dano e ilícito conduz à formulação do critério segundo o qual todas as vezes em que a intervenção judiciária tem por objeto a *fonte do dano* não há tutela ressarcitória³⁵. Há aí tutela de remoção (dos efeitos concretos) do ilícito.

O parágrafo único do art. 497 igualmente percebeu a necessidade desta tutela jurisdicional e, por isso, depois de fazer menção às três modalidades de tutela inibitória, descreveu a tutela destinada à “remoção” do ilícito. Portanto, a diferenciação entre ato contrário ao direito e dano não só evidencia que tutela contra o ilícito não é sinônimo de tutela ressarcitória. No direito brasileiro, tal distinção permitiu a configuração de tutelas jurisdicionais que, sem nada dever ao dano, dirigem-se contra os ilícitos futuro e passado.

7 – A IMPOSSIBILIDADE DE DISCUSSÃO DE CULPA OU DOLO

Supunha-se, exatamente porque se fazia uma identificação entre ilícito e dano, que o elemento psicológico (dolo ou culpa) fosse absolutamente necessário para a configuração do próprio ilícito. Na verdade, se o ilícito é compreendido na perspectiva da responsabilidade civil, torna-se natural não só

32 MÒCCIOLA, Michele. Problemi del risarcimento del danno in forma specifica nella giurisprudenza. *Rivista Critica del Diritto Privato*, 1984, p. 379. Ver também: SFORZA, Gianfrancesco. *Ordine di cessazione dall'illecito e risarcimento in forma specifica*. Foro Italiano, 1978, p. 615-619.

33 MÒCCIOLA, Michele. Problemi del risarcimento del danno in forma specifica nella giurisprudenza. *Rivista Critica del Diritto Privato*, 1984, p. 380.

34 Ver GIORGIANNI, Michele. Tutela del creditore e tutela “reale”. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1975, p. 853 e ss.; SCOGNAMIGLIO, Renato. Il risarcimento del danno in forma specifica. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1957, p. 201 e ss.; MÒCCIOLA, Michele. Problemi del risarcimento del danno in forma specifica nella giurisprudenza. *Rivista Critica del Diritto Privato*, 1984, p. 367 e ss.

35 MÒCCIOLA, Michele. Problemi del risarcimento del danno in forma specifica nella giurisprudenza. *Rivista Critica del Diritto Privato*, 1984, p. 380-381.

a confusão entre ilícito e dano, mas também a exigência da culpa ou do dolo como componente do ilícito³⁶.

Entretanto, dentro da noção de ilícito antes delineada, que se afasta da ideia de dano, não há razão para se cogitar sobre culpa ou dolo. De lado a responsabilidade objetiva, o ato do homem é fonte da obrigação de ressarcir porque é culposo ou doloso³⁷. Esses elementos constituem critérios para a imputação da sanção ressarcitória³⁸.

O próprio Barassi, ainda que ligando a tutela inibitória à probabilidade de dano, percebeu que “la colpa è imposta per il risarcimento del danno attuale, non per la sua prevenzione”³⁹. Como é óbvio, a tutela jurisdicional pode impedir alguém de praticar um ato contrário ao direito sem qualquer cogitação sobre culpa⁴⁰.

É importante sublinhar que os tribunais brasileiros têm decidido que a tutela inibitória prescinde de culpa ou dolo. Assim, por exemplo, o Tribunal de Justiça de São Paulo declarou ser irrelevante, para efeito de tutela da marca, “a existência de dolo ou culpa de comerciante que utiliza em seu nome comercial marca registrada de outrem”⁴¹.

O dano e, por consequência, a culpa e o dolo não integram a causa de pedir das ações contra o ilícito. Não estão presentes não só na causa de pedir da ação inibitória – voltada contra o ilícito futuro –, mas também na causa de

36 “Il motivo per il quale la dominante dottrina intravede nella colpa un elemento costitutivo dell’illecito civile va ricercato, a nostro avviso, nel fatto che l’illecito si è sempre esaminato sotto l’angolo visuale della responsabilità per i danni ad esso conseguenti: e poiché la sussistenza della responsabilità per tali danni è normalmente condizionata alla colpa (art. 2.043 c.c.), si è costruito l’illecito su base soggettiva ossia sulla base della colpa dell’agente.” (BENUCCI, Eduardo Bonasi. Atto illecito e concorrenza sleale. *Rivista trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1957, p. 579)

37 Remo Franceschelli, estudando a tutela contra a concorrência desleal, observa que a tutela que tem por fim inibir a continuação do ilícito, ao contrário da tutela ressarcitória, prescinde da culpa: “Se nonostante che si sia accertato che un atto di concorrenza esiste, colui che lo ha compiuto provi che egli è esente da colpa, ciò avrà per effetto che si escluda il risarcimento del danno. Ma l’attività potrà pur sempre essere fatta cessare e il giudice potrà pur sempre dare i provvedimenti necessari o utili perchè ne vengano eliminati gli effetti” (Studi sulla concorrenza sleale, La fattispecie. *Rivista di Diritto Industriale*, 1963, p. 273).

38 “Parlando di presupposti della inibitoria, dottrina e giurisprudenza sono ormai concordi nel rilevare che essa prescinde dal dolo o dalla colpa dell’agente e dall’essersi verificato un danno nel patrimonio del soggetto passivo.” (SPOLIDORO, Marco Saverio. *Le misure di prevenzione nel diritto industriale*, cit., p. 161-163)

39 BARASSI, Lodovico. *La teoria generale delle obbligazioni*, cit., p. 431.

40 Segundo Rapisarda, a ação inibitória, por ser voltada ao futuro, exclui a possibilidade objetiva de se valorar preventivamente os elementos subjetivos do comportamento ilícito futuro (RAPISARDA, Cristina. *Inibitoria. Digesto delle discipline privatistiche*, v. 9, p. 479).

41 TJSP, Ap. 83.073-1, Rel. Des. Moretzsohn de Castro, *Jurisprudência Brasileira*, v. 132, p. 181/182.

pedir da ação de remoção do ilícito. Com efeito, quando se deixa claro que a tutela de remoção do ilícito visa eliminar o ilícito, e assim não tem relação com o dano, esclarece-se, igualmente, que esse tipo de tutela, à semelhança da tutela inibitória, *não tem entre os seus pressupostos a culpa ou o dolo*. Como escreve Cesare Salvi, a tutela ressarcitória (seja pelo equivalente ou na forma específica) pressupõe que o ofendido prove a responsabilidade do sujeito ao qual o dano é imputado (a não ser, obviamente, nos casos de responsabilidade sem culpa), o que não acontece no outro âmbito de tutela, em que está presente a tutela que visa liminar o ilícito⁴².

O juiz, para prestar tutela de remoção, não precisa, nem pode, indagar sobre culpa ou dolo. A culpa ou o dolo não apenas não precisam ser alegados, como não podem ser questionados pelo réu e investigados pelo juiz. Precisamente não há como determinar prova sobre dano e, bem por isso, a respeito de culpa ou dolo nas ações voltadas contra o ilícito. É nesse sentido que deve ser interpretado o parágrafo único do art. 497 quando diz que, “para a concessão da tutela específica destinada a inibir a prática, a reiteração ou a continuação de um ilícito, ou a sua remoção, *é irrelevante a demonstração da ocorrência de dano ou da existência de culpa ou dolo*”.

42 SALVI, Cesare. Il risarcimento del danno in forma specifica. *Processo e tecniche di attuazione dei diritti*. Napoli: Jovene, 1989. p. 587.

PLS Nº 606 E EXECUÇÃO TRABALHISTA: DOS AVANÇOS DO ANTEPROJETO AO RETROCESSO DO PROCESSO LEGISLATIVO

Marcos Neves Fava*

1 – HISTÓRICO

Ao cabo da gestão do Ministro Reis de Paula à frente da Corregedoria-Geral da Justiça do Trabalho – de 2009 a 2011 – instituiu-se comissão para estudos acerca das boas práticas em prol da efetividade da execução trabalhista, composta, inicialmente, pelo Desembargador João Amílcar Silva e Souza Pavan, da 10ª Região, seu coordenador, e pelos juízes Rubens Curado da Silveira e Marcos Alberto dos Reis. Logo após, por sugestão e às expensas da Anamatra, incorporaram-se à comissão o juiz Ney Stanley Maranhão, da 8ª Região, e o autor.

Imediatamente a seguir, a efetividade da execução trabalhista foi adotada como um dos fundamentos da gestão do Ministro João Oreste Dalazen à frente da Presidência do Tribunal Superior do Trabalho, de 2011 a 2013. Sua Excelência constituiu comissão para esse fim, cuja primeira missão coincidiu com a formulação em 30 dias, de proposta de anteprojeto de lei, para reforma do processo executivo trabalhista. Também sob coordenação do Desembargador João Amílcar Silva e Souza Pavan, o grupo compôs-se dos juízes Durval César de Vasconcelos Maia, do Tribunal Regional do Trabalho da 7ª Região, Ney Maranhão, do Tribunal Regional do Trabalho da 8ª Região, José Aparecido dos Santos, do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região, Elke Doris Just, do Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região, e pelo autor. Cumprida a missão, o Pleno do Tribunal Superior do Trabalho, no curso da Semana de Reflexão de 2011, debateu e aprovou o texto, remetendo-o ao Congresso Nacional. O então

* *Juiz titular da 89ª Vara do Trabalho de São Paulo; mestre e doutor em Direito do Trabalho pela Universidade de São Paulo; foi juiz auxiliar da presidência do Tribunal Superior do Trabalho, de 2011 a 2013, da Direção da Enamat, de 2013 a 2014, e integrou a comissão pela efetividade da execução trabalhista, entre 2011 e 2013. O presente texto deriva do pronunciamento do autor no painel de encerramento do I Seminário Nacional sobre Efetividade da Execução, havido no TST, nos dias 7 e 8 de maio de 2015.*

I SEMINÁRIO NACIONAL SOBRE EFETIVIDADE DA EXECUÇÃO TRABALHISTA

líder do Governo na Casa, Senador Romero Jucá, apresentou-o como Projeto de Lei do Senado (PLS) nº 606/2011, que foi distribuído, pelo presidente do Senado, em despacho que determinava tramitação terminativa na Comissão de Assuntos Sociais, à Senadora Ana Amélia, do Rio Grande do Sul.

A relatora convocou audiência pública sobre o tema, à qual compareceu, além da OAB, dos representantes do movimento sindical e das Confederações Patronais (CNI e CNF), o presidente do Tribunal Superior do Trabalho, Ministro João Oreste Dalazen. Daqueles debates iniciais seguiu-se trabalho em grupo composto por representantes dessas instituições, no gabinete da Senadora, de que resultou seu voto, com modificações ao texto do anteprojeto. Requerimento, no entanto, do Senador Armando Monteiro fez deslocar o projeto para a Comissão de Assuntos Econômicos e, depois, para a Comissão de Constituição e Justiça.

Tramitando, pois, desde 2011, o projeto de lei que reformaria o processo de cumprimento de sentença e execução na Justiça do Trabalho encontra-se ancorado, ainda, na primeira Casa Legislativa, sem perspectivas animadoras de dali deslocar-se, e já sofreu modificações altamente prejudiciais.

2 – PONTO DE ESTRANGULAMENTO: EXECUÇÃO TRABALHISTA

O ramo do Poder Judiciário que colhe os melhores resultados em quaisquer apurações de cumprimento de metas e desempenho, há anos – a Justiça do Trabalho – apresenta um notório ponto de estrangulamento, que coincide com a fase de cumprimento da sentença. Referido funil atinge alarmantes 70%, o que significa que apenas 30% das sentenças cujas execuções começam encerram-se a cada ano, gerando passivo exorbitante e inaceitável, dada a natureza alimentar das parcelas constantes dos títulos executivos.

Atento a essa realidade, o Ministro João Oreste Dalazen, em sua gestão à frente da presidência do Tribunal Superior do Trabalho, além de constituir a já mencionada comissão pela efetividade da execução na Justiça do Trabalho, que atuou em outras muitas frentes, além da redação do anteprojeto de lei em estudo, estimulou a aprovação da Lei nº 12.440/2011, que instituiu o Banco Nacional de Devedores Trabalhistas. Na *vacatio legis*, segundo semestre de 2011, não economizou esforços para a disponibilização do BNDT, no início de 2012, em operação que coordenou os 24 Tribunais Regionais e criou o serviço público de maior movimento na história do país, pois já foram emitidas, entre 2012 e 2015, 114 milhões de Certidões de Débito Trabalhista. O documento, força da mencionada Lei, exige-se nas Licitações Públicas, conformando-se em instrumento expressivo em prol da solução das dívidas trabalhistas.

As dificuldades que justificam esse *ponto de estrangulamento* não são simples e poderiam dividir-se em *ontológicas, interpretativas e estruturais*.

A barreira ontológica confirma-se pela dificuldade, natural, diga-se logo, de conversão da promessa abstrata da sentença em atos da vida fenomenológica. Obrigar o cumprimento da condenação, retirando patrimônio do devedor, para transferi-lo ao credor é ato difícil, por si e em si.

Posicionamentos interpretativos do sistema jurídico disponível constituem, ao lado daquela outra, dificuldade adicional. Adotar contraditório demasiado amplo na fase de cumprimento da sentença, como se não houvesse já um título judicial reconhecendo não mais um dos litigantes, mas um *devedor*, pode exemplificar característica de tal postura. Restringir a penhora em dinheiro, na fase de cumprimento da sentença provisória, como faz a diretriz da Súmula nº 417, III, do Tribunal Superior do Trabalho, enquanto as dívidas comuns – CPC, art. 475-O – contam com a expropriação definitiva, na mesma fase, poderia ser outro elemento a ilustrar o perfil desse grupo de dificuldades.

As estruturais, que a este estudo mais interessam, revelam-se pela insuficiência ou inadequação de recursos, materiais e humanos – concentração de servidores em atividades administrativas ou em gabinetes de segundo grau, ao tempo em que a maior demanda encontra-se na primeira instância; sistemas de informática obsoletos; quantidade insuficiente de servidores habilitados para as tarefas da execução; etc. –, e pelo anciloseamento do sistema normativo. A CLT, como se sabe, conta com mais de 70 anos de idade e seu sistema processual, em que pese, tanto à época de seu nascimento quanto atualmente, guarde vantagens notórias sobre o processual comum, envelheceu. Tal decrepitude acentua-se com a evolução do CPC de 1973, nas reformas dos anos 2000, e ainda mais com o texto que vigorará a partir de 2016, com a aprovação da Lei nº 13.105/2015.

O anteprojeto de lei originado no TST e que recebeu o número PLS nº 606/2011, no Senado Federal, representa a resposta institucional da Justiça do Trabalho à constatação de que o cumprimento da sentença não condiz com as necessidades sociais de celeridade e de efetividade.

O Parlamento brasileiro carece compreender os limites e a importância dessa demanda, o que, *data venia*, não vem ocorrendo nestes longos quatro anos de tramitação do processo legislativo.

3 – ASPECTO GERAL DA PROPOSTA DO TST E ALTERAÇÕES DELETÉRIAS NO PROCESSO LEGISLATIVO

Topicamente, apresentam-se a proposta do TST ao Parlamento, que se transformou no PLS nº 606/2011, bem como, de forma crítica, as modificações já havidas no processo legislativo.

3.1 – Aplicação supletiva ou subsidiária

A configuração do ordenamento jurídico-processual deve, sempre, obedecer à regra da norma mais favorável à efetividade. Nesse passo, em substituição à cláusula de restrição hoje vigente pelo art. 769 da CLT, a proposta indicava:

“Art. 876-A. Aplicam-se ao cumprimento da sentença e à execução dos títulos extrajudiciais as regras de direito comum, sempre que disso resultar maior efetividade do processo.”

Supunha-se, com isso, que as evoluções no plano das regras de direito processual, em quaisquer esferas, pudessem ser apreendidas e aproveitadas pelo processo do trabalho. A reforma do cumprimento da sentença, no CPC, na segunda metade da primeira década do presente século constitui exemplo de aproveitamento salutar, que restou inviabilizado pela interpretação conferida ao art. 769 da CLT.

Modificação no substitutivo apresentado na Comissão de Constituição e Justiça do Senado, no entanto, retomou a subsidiariedade preconizada no art. 769 da CLT, que indica apenas o CPC como fonte supletória.

3.2 – Inclusão das contribuições sociais reconhecidas por sentença declaratória

Decisão do STF, de que resultou súmula vinculante, tomada depois da formulação da proposta, inviabilizou-a. O anteprojeto reconhecia, expressamente, que também se inclui na competência da Justiça do Trabalho a cobrança das contribuições sociais devidas em razão de contrato de emprego cuja existência viesse a ser reconhecida em juízo.

O revés, nessa quadra, resultou, *data venia*, da análise do STF, não do Parlamento.

A consequência da aplicação da Súmula Vinculante nº 22 do STF apresenta paradoxo curioso: a matéria está judicializada, o juiz proclama que em dado período, entre as partes, houve contrato de emprego e, ainda, estabelece a base de incidência da contribuição social (identificando as parcelas e valores

salariais), mas esse mesmo juiz, ainda que assegurado o mais amplo exercício do direito de defesa, não pode exigir o pagamento das contribuições. O tema será, então, “desjudicializado”, haverá lançamento administrativo, impugnável administrativa e judicialmente, que fará nascer inscrição na dívida ativa e, novamente, a judicialização, perante a Justiça Federal. Considerados os prazos reais de tramitação dos processos e os limites temporais de prescrição (ou decadência), é indubitável que os devedores não estejam insatisfeitos com essa linha interpretativa, *venia concessa*, pois que raramente serão compelidos a quitar sua obrigação tributária.

3.3 – Princípios de condução do processo

A proposta do TST continha alguns fundamentos principiológicos importantes à efetividade da execução.

A condução *de ofício* do processo encontra-se prevista no art. 878, que não sofreu modificações prejudiciais na tramitação legislativa. Segundo o texto original, “incumbe ao juiz, de ofício, adotar todas as medidas necessárias ao integral cumprimento da sentença ou do título extrajudicial”.

Essa mesma ideia de condução *ex officio* encontra-se, ainda, no art. 883-A, que reserva ao juiz a eleição do meio mais adequado para a expropriação de bens, na fase final do cumprimento da sentença ou da execução. A regra (a) pressupõe a adoção de mais mecanismos além da vetusta “hasta pública” e (b) fixa um critério objetivo, a efetividade, como norteador da eleição do magistrado. Até esta quadra, o texto não sofreu modificações prejudiciais.

A regra fundamental, no entanto, para desenho das novas bases da execução no processo do trabalho, contida no art. 878-D da proposta, foi estraçalhada pelo processo legislativo, ao menos como hoje se encontra.

Ao estabelecer critério para a escolha de uma das disponíveis formas de cumprimento da sentença, a proposta do TST indicava, na verdade, o objetivo dos atos do procedimento e seu maior interessado, nestes termos:

“Art. 878-D. Havendo mais de uma forma de cumprimento da sentença ou de execução do título extrajudicial, o juiz adotará sempre a que atenda à especificidade da tutela, à duração razoável do processo e ao interesse do credor.”

Note-se a tríade: *especificidade, celeridade e interesse do credor*.

O texto aprovado na Comissão de Assuntos Sociais, entretanto, ressuscita a fórmula do vigente art. 620 do CPC, com o limite de que “observada a forma menos onerosa para o executado”.

Até mesmo o promulgado Código de Processo Civil já superou esse vetor da “forma menos onerosa”, prevendo, em seu art. 805, parágrafo único, a seguinte obrigação do executado:

“Ao executado que alegar ser a medida executiva mais gravosa incumbe indicar outros *meios mais eficazes e menos onerosos*, sob pena de manutenção dos atos executivos já determinados.” (sem grifo no original)

Aprovado como se encontra o texto que regrará o processo de execução trabalhista, sufragar-se-á o paradoxo de que o devedor comum conta com a garantia da forma *menos onerosa*, apenas se indicar a *mais efetiva e menos onerosa*, enquanto ao devedor trabalhista bastará indicar uma “menos onerosa”.

3.4 – *Liquidação: contraditório responsável*

A proposta contempla, ainda, inovação valiosa para a efetividade da execução, que garante o contraditório, exigindo, no entanto, responsabilidade do devedor.

Já na fase de liquidação, segundo o anteprojeto, a impugnação aos cálculos do exequente deverá fazer-se acompanhar da prova do pagamento da parcela incontroversa – ou não impugnada:

“Art. 879. (...)

§ 3º A impugnação do executado será acompanhada da comprovação do pagamento do valor incontroverso, sob pena de multa de dez por cento desse importe.”

Nada mais óbvio: se o devedor contesta a liquidação, negando-se dever 10 e pedindo que a dívida seja fixada em 9, a lide existe, apenas, para 1, e não para 10. Daí que não existe, *data venia*, qualquer direito de continuar a impugnar 1, sem pagar 9, como se extrai da cotidiana e contemporânea prática do foro.

O texto, até esta quadra, sobreviveu aos passos do processo legislativo.

3.5 – *Execução de sentença provisória*

O cumprimento da sentença antes de seu trânsito em julgado, segundo regula a CLT, estanca-se na fase da penhora. O ultrapassado art. 899 da Consolidação abstrai, de um lado, as situações de premência do exequente e, de outro, o aumento do volume e da complexidade dos processos, de que resulta a demora na chegada ao trânsito em julgado de todo o título.

O processo comum, com vistas a tais realidades, já na reforma de 2005/6, estabelecia avanços (art. 478-O), como (1) a liberação de até 60 salários mínimos, na hipótese de dívida alimentar, para credor necessitado, independentemente de caução e (2) de todo o valor em execução, quando a única pendência fosse agravo de instrumento para recurso de natureza extraordinária. O novíssimo CPC anda mais à frente, ao preceituar (3) a liberação de todo o valor executado, independentemente de prova da necessidade, quando se tratar de (a) execução de alimentos, (b) processo de que penda, apenas, agravo para liberação de recurso de natureza extraordinária, (c) demonstração de necessidade do credor e (d) decisão amparada em súmula ou decisão vinculante tirada de julgamento de recursos repetitivos (art. 521).

A proposta do TST, lavrada antes da publicação do novo CPC, avançava em relação à CLT, propondo efeitos definitivos e sem caução das dívidas (em regra alimentares, na Justiça do Trabalho), quando pender, apenas, agravo de instrumento de recurso de revista:

“Art. 879-A. (...)

§ 5º É definitivo o cumprimento de sentença pendente de recurso de revista ou extraordinário, salvo em casos excepcionais em que resultar manifesto risco de grave dano, de difícil ou incerta reparação.”

O processo legislativo, além de ofuscar esse tímido avanço, retroagiu mais, lamentável e severamente.

No texto que acabou aprovado na CAS, a liberação sem caução, mediante demonstração de necessidade, ficou limitada a 60 salários mínimos, valor que se reduziu, no âmbito da CCJ, para 30 salários mínimos, e, ainda nessa Comissão, estabeleceu-se o teto de *três* salários mínimos para o devedor micro ou pequeno empresário. Considerando-se que, segundo as pesquisas comumente divulgadas, mais de 52% dos empregos são gerados nessa modalidade de empresa, percebe-se a gravidade do retrocesso promovido pelos parlamentares.

Novamente, tudo aprovado como se encontra, a dívida comum, cobrada pelo novo CPC, gozará de maior efetividade do que a trabalhista. Paradoxo irrecusável, no ambiente constitucional de valorização social do trabalho e prestígio à dignidade da pessoa humana, inclusive, por óbvio, nas relações de trabalho.

3.6 – Ordem de preferência na penhora

A proposta do TST, buscando resolver a evidente impossibilidade de a lei atualizar-se na velocidade da realidade social, continha regra de eleição da ordem preferencial de penhora, a partir da liquidez dos bens. Com isso, as mudanças no mercado e nas relações sociais, de que resultasse modificação na

liquidez de determinada classe de bens, seriam absorvidas pelo juiz, na apreciação do caso concreto. O *standard* vigente na redação do art. 655 do CPC, de adoção expressa pela CLT, não permite tal adaptação à realidade.

O texto do anteprojeto, no art. 880-A:

“A constrição de bens será realizada por todos os meios tecnológicos disponíveis e respeitará, a critério do juiz, a ordem direta de sua liquidez.”

Infelizmente, os avanços do processo legislativo redundaram prejudiciais a essa proposição, inserindo-se no art. 899-A a dupla restrição: “observada (*sic*) a gradação legal e a forma menos gravosa para o devedor”. Retoma-se a fórmula “gradação legal” e, ainda, agrava-se com o limite da etérea “forma menos gravosa”. Dúplice retrocesso.

3.7 – Defesa: contraditório responsável

A proposta do TST, como só poderia ser, assegura o pleno exercício do direito de defesa, procurando, no entanto, exigir responsabilidade do litigante. No sistema proposto, a defesa, em cinco dias da ciência da constrição patrimonial, pode ser admitida, a bem da efetividade, sem garantia do juízo (art. 881-A, § 1º), não terá efeito suspensivo, mas não será conhecida (§ 4º) se não apresentar, objetivamente, valores contestados.

Os avanços encontram-se, ainda, preservados de mudanças no processo legislativo.

3.8 – Caráter terminativo da assinatura do auto de expropriação

Visando assegurar ponto final na fase de cumprimento da sentença ou execução, com a assinatura do auto, a proposta do TST indica, no art. 885-A, que, após a assinatura do auto de adjudicação ou arrematação, apenas nova ação (anulatória) poderá conter discussão sobre suas formalidades ou conteúdo.

Medida que permaneceu incólume nos passos do processo legislativo, até esta quadra, e que favorece a estabilização das relações litigiosas, encurtando a via extensiva, hoje, do desdobramento de novo agravo de petição, nessa fase terminal do feito.

3.9 – Execução coletiva

No capítulo das execuções de sentença, o anteprojeto contemplava inegáveis e indispensáveis avanços, infelizmente desprezados na tramitação legislativa.

I SEMINÁRIO NACIONAL SOBRE EFETIVIDADE DA EXECUÇÃO TRABALHISTA

Em apertada síntese, a proposta do Tribunal continua: (a) a possibilidade de execução das condenações genéricas em ações autônomas, além daquela movida pelo substituto processual, (b) a entrega ao juiz do discernimento do número de componentes das execuções autônomas plúrimas e (c) a reunião das questões comuns de direito em um único recurso para abreviação dos debates (art. 887-A).

Na tramitação legislativa, até este ponto, estabeleceu-se o número de 10 integrantes das plúrimas, independentemente da complexidade do tema, e se inseriu a exigência – desrespeitosa aos mandatários, diga-se logo – de autorização individual e atualizada pelo mandatário, para início da execução e, também, para levantamento dos valores dela resultantes. É dizer: todo esforço da lei para a efetividade do sistema de processos coletivos de defesa de interesses individuais homogêneos cai por terra ao se instituir o chamamento individual de cada interessado – o que pode significar, no caso concreto, milhares de trabalhadores – para concessão de procuração específica e atualizada.

4 – CONCLUSÃO

Sem pretensão exauriente do tema, pondere-se que resolver os problemas da execução trabalhista é reconhecer, de forma efetiva, concreta, objetiva, a superioridade constitucional dos valores sociais do trabalho e da dignidade humana. Manter um sistema jurídico em que cobrar a duplicata da venda de carne de boi é mais efetivo do que cobrar crédito trabalhista, portanto, de natureza alimentar, é menoscar a ordem constitucional.

A proposta oriunda do Tribunal Superior do Trabalho indica caminhos para que o discurso da preferência deixe de ser mera promessa e se concretize, engrandecendo-se a República, tornando a sociedade mais livre, solidária e, sobretudo, mais justa. Sua descaracterização, no que toca aos pontos fundamentais, milita em prol do enfraquecimento dessa busca.

Doutrina

DANO EXISTENCIAL POR JORNADA DE TRABALHO EXCESSIVA: CRITÉRIOS OBJETIVOS (HORIZONTAIS E VERTICAIS) DE CONFIGURAÇÃO

André Araújo Molina*

1 – INTRODUÇÃO

Ao final da Segunda Guerra Mundial, barbarizados pelas atrocidades cometidas pelo regime nazista, a comunidade jurídica internacional engajou-se em um pacto pela prevalência dos direitos humanos, cujo traço mais evidente foi a migração da dignidade da pessoa humana do discurso filosófico para o jurídico, com a sua incorporação na Carta das Nações Unidas de 1945, na Constituição italiana de 1948, na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, na Lei Fundamental alemã de 1949, na Constituição portuguesa de 1976 e, entre nós, na Constituição Federal brasileira de 1988 (art. 1º, III), ocupando a centralidade dos sistemas jurídicos dos países democráticos¹.

Funcionando como fundamento jurídico dos Estados Democráticos, deriva da dignidade da pessoa humana que os direitos fundamentais positivados pelas Constituições representam suas especificações nos diversos ramos do Direito. Cada direito fundamental enunciado representa a incidência da dignidade humana, um reflexo em determinada situação específica, ou seja, o resultado da intermediação legislativa constitucional ao mediar as suas eficácias prestacionais e protetivas aos casos especiais. Peter Häberle nos ensina que no sistema constitucional alemão os direitos fundamentais subsequentes (indivi-

* *Doutorando em Filosofia do Direito (PUC-SP); mestre em Direito do Trabalho (PUC-SP); especialista em Direito do Trabalho e em Direito Processual Civil (UCB-RJ); bacharel em Direito (UFMT); diretor e professor da Escola Superior da Magistratura Trabalhista da 23ª Região (Esmatra XXIII); professor da Pós-Graduação da Faculdade de Direito da UFMT; juiz do trabalho titular na 23ª Região.*

1 “A dignidade da pessoa humana é o princípio central do sistema jurídico, sendo significativo vetor interpretativo, verdadeiro valor-fonte que conforma e inspira todo o ordenamento constitucional vigente em nosso país e que traduz, de modo expressivo, um dos fundamentos em que se assenta, entre nós, a ordem republicana e democrática consagrada pelo sistema de direito constitucional positivo.” (STF – HC 85.988-PA [MC] – Relator Ministro Celso de Mello – decisão monocrática – DJU 10.06.05)

dualmente considerados), assim como os objetivos estatais, têm a dignidade como premissa e encontram-se a seu serviço².

O próximo passo foi reconhecer a força normativa da dignidade humana e a sua aplicação direta nas relações jurídicas, sem necessidade de intermediação legislativa ordinária, ainda que se reconheça que o ideal é que o legislador o faça, seja na relação entre cidadão e Estado (eficácia vertical), mas também nas relações entre particulares (eficácia horizontal dos direitos fundamentais)³. O reconhecimento das eficácias da dignidade humana e dos direitos fundamentais nas relações privadas, incluindo as de trabalho, também proporcionou constatar a possibilidade fático-jurídica de sua violação, cuja principal repercussão são os danos morais indenizáveis. A professora Maria Celina Bodin de Moraes, grande estudiosa no tema dos danos à pessoa humana, aprofunda o conceito objetivo de danos morais para condensar sua lição na seguinte passagem:

“Uma vez que está constitucionalmente determinado que a proteção da dignidade humana é objetivo primordial do ordenamento, pode-se concluir que, na realidade, toda e qualquer circunstância que atinja o ser humano em sua condição humana, que (mesmo longinquamente) pretenda tê-lo como objeto e que negue sua qualidade de pessoa, de fim em si mesmo, será automaticamente considerada violadora de sua personalidade e, se concretizada, causadora de dano moral a ser indenizado. Dano moral será, em consequência, a lesão a algum dos substratos que compõem ou conformam a dignidade humana, isto é, a violação a um desses princípios: I – liberdade, II – igualdade, III – solidariedade e IV – integridade psicofísica de uma pessoa. (...) A reparação do dano moral corresponde, no ambiente de constitucionalização em que vivemos, à contrapartida do princípio da dignidade humana: é o reverso da medalha.

2 HÄBERLE, Peter. A dignidade humana como fundamento da comunidade estatal. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Dimensões da dignidade*. Ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 81.

3 Peter Häberle faz derivar a tese da eficácia horizontal da dignidade humana, especificamente quanto às suas duas esferas de proteção. Diz ele que “a dupla direção protetiva da cláusula da dignidade humana significa: ela é um direito público subjetivo, direito fundamental do indivíduo *contra* o Estado (e *contra* a sociedade) e ela é, ao mesmo tempo, um encargo constitucional endereçado ao Estado, no sentido de um dever de proteger o indivíduo em sua dignidade humana em face da sociedade (ou de seus grupos). O Estado deve criar as condições para levar isso a cabo, de tal sorte que a dignidade humana não seja violada por terceiros (integrantes da sociedade)” (Op. cit., p. 89). Para maiores aprofundamentos, consultar: MOLINA, André Araújo. *Teoria dos princípios trabalhistas*. A aplicação do modelo metodológico pós-positivista ao direito do trabalho. São Paulo: Atlas, 2013. Capítulo 3. p. 65-142.

Quando a dignidade é lesada, há que se reparar o dano injustamente sofrido.”⁴

Especificamente nas relações de trabalho, os trabalhadores são sujeitos ativos da proteção da dignidade humana, bem como são detentores de direitos fundamentais, inclusive os próprios empregadores, em alguma medida e no que lhes couber em relação às pessoas jurídicas, também são destinatários de direitos fundamentais, tornando, com isso, as relações especiais de trabalho solo fértil onde frutifica a eficácia dos direitos fundamentais, com violações, de parte a parte.

Segue que, pelo conceito constitucionalizado e objetivo de dano moral enquanto violação direta da dignidade humana, as demais violações de direitos fundamentais que não a dignidade humana diretamente geram a configuração dos novos danos que não se confundem com os danos morais, entre eles os danos existenciais. Dito de outro modo, as violações dos direitos humanos e dos direitos fundamentais nas relações de trabalho instauram variadas relações jurídicas de responsabilidade civil pelos danos patrimoniais e extrapatrimoniais, inserindo-se nesse último gênero a espécie dos danos existenciais⁵.

Essa última premissa propicia a conclusão de que poderá haver violações de uma infinidade de direitos fundamentais não só daqueles relacionados ao direito de desconexão do trabalhador (limitações de jornada, férias, etc.), mas tantos outros que, causando frustração aos projetos de vida ou à vida de relações, configuram os danos existenciais, como, para ficar em um exemplo, o acidente de trabalho que, ao lado das consequências de danos materiais, danos morais e danos estéticos, pode causar danos existenciais no vitimado, na medida em que pode retirar dele o direito de autodeterminação em relação aos seus projetos de vida. Entretanto, em atenção à estrutura do texto em forma de artigo, que

4 MORAES, Maria Celina Bodin de. Dano moral: conceito, função, valoração. *Revista Forense*, v. 413, jan./jun. 2011, p. 361-378.

5 A nossa pesquisa acerca dos danos existenciais como decorrência direta da violação dos direitos fundamentais incidentes nas relações de trabalho é resultado do diálogo acadêmico com o Professor Doutor Flávio da Costa Higa, representando um ponto de intersecção entre a nossa linha de pesquisa acerca dos direitos fundamentais (MOLINA, André Araújo. *Teoria dos princípios trabalhistas*. A aplicação do modelo metodológico pós-positivista ao direito do trabalho. São Paulo: Atlas, 2013; MOLINA, André Araújo. *Os direitos fundamentais na pós-modernidade*. São Paulo: 2015, no prelo. Tese [Doutorado em Filosofia do Direito]. Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo) e a dele acerca da responsabilidade civil (HIGA, Flávio da Costa. *Responsabilidade civil*: a perda de uma chance no direito do trabalho. São Paulo: Saraiva, 2012; HIGA, Flávio da Costa. *Os punitivos damages no direito do trabalho* adequação e comparação. São Paulo, 2013. Tese [Doutorado em Direito do Trabalho]. Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo). Agradeço ao amigo, inclusive, pelo acesso à parte do material bibliográfico, mormente as decisões da Corte de Cassação e da Corte Constitucional italiana, bem como suas críticas e sugestões para o aprimoramento da pesquisa.

pretende ser monográfico, fizemos um corte metodológico para tratar apenas dos danos existenciais causados por jornada excessiva, avançando para sugerir critérios objetivos para sua configuração.

2 – DANO EXISTENCIAL POR JORNADA DE TRABALHO EXCESSIVA

Em atividade conceitual, o jurista pode definir dano como a repercussão da violação a um interesse juridicamente protegido. Referida violação repercute sobre a vítima, podendo atingir seus interesses patrimoniais ou extrapatrimoniais, independentemente do objeto violado. Pode haver violação de uma coisa, mas com repercussões patrimoniais e extrapatrimoniais, como pode haver violação do ser humano, com ambas as repercussões. Dessa premissa segue que não se define o gênero dos danos em função de quem é atingido pela violação – coisa ou pessoa –, mas as repercussões sobre a vítima, as quais podem alcançar ambos os gêneros a partir de um único ato ilícito. Um singelo exemplo do que estamos falando seria o caso de um casal em véspera de completar bodas de ouro e que deixa as alianças de casamento para polimento em uma joalheria. O extravio das alianças, que são objetos patrimoniais (coisas), repercute sobre as vítimas nas esferas patrimonial (perdas e danos) e extrapatrimonial (integridade psicológica – danos morais).

A propósito do tema, o professor Carlos Fernández Sessarego foi quem introduziu na América do Sul o estudo dos danos ao projeto de vida, tendo partido da mesma premissa da divisão das repercussões dos danos para concluir que tanto os danos à pessoa (danos subjetivos) como os danos às coisas (danos objetivos) podem ter, indistintamente, consequências patrimoniais e extrapatrimoniais ou também apresentar, simultaneamente, ambos os tipos de consequências⁶.

Na experiência doutrinária brasileira as repercussões patrimoniais são conhecidas como danos materiais e as extrapatrimoniais como danos morais. Essa experiência dogmática foi recolhida pela Constituição Federal de 1988,

6 “Es de advertir, como es obvio, que tanto los daños subjetivos o daños a la persona como los daños objetivos o sobre las cosas pueden tener indistintamente consecuencias patrimoniales como extrapatrimoniales o presentar simultáneamente ambos os tipos de consecuencias. Ello dependerá, como es obvio, de la posibilidad o no de valorizar em dinero tales consecuencias.” (SESSAREGO, Carlos Fernández. Hacia una nueva sistematización del daño a la persona. *Cuadernos de Derecho*, n. 03, Facultad de Derecho de la Universidad de Lima, Lima, septiembre de 1993)

no art. 5º, V⁷ e X⁸, e, mais recentemente, no art. 186 do Código Civil⁹, no qual o legislador utiliza as expressões “danos materiais” e “danos morais”. Especificamente no art. 5º, V, da Constituição, o constituinte acrescenta os danos à imagem, o que levou a doutrina e a jurisprudência a reconhecerem os danos estéticos como uma espécie autônoma de dano (Súmula nº 387 do STJ).

Recentemente, parte da doutrina civil brasileira, inspirada na experiência dogmática e jurisprudencial italiana – pioneira no trato jurídico da dignidade humana e sua incidência nas relações privadas, visto que a Constituição italiana de 1948 foi a primeira que reconheceu juridicamente a dignidade como fundamento central do sistema –, recolheu a classificação peninsular para divisar o grande gênero das repercussões extrapatrimoniais dos danos em variadas espécies, entre as quais os danos morais, danos biológicos e os danos existenciais.

O Código Civil italiano de 1942 previa originalmente no art. 2.043 que deveria haver ressarcimento do dano injusto por parte daqueles que cometeram um fato doloso ou culposo. E mais a frente, no art. 2.059, havia previsão de que os danos não patrimoniais (*danni non patrimoniali*) deveriam ser ressarcidos somente nos casos determinados em lei¹⁰. Da previsão seguiu-se o primeiro entendimento de que quanto aos danos extrapatrimoniais havia um rol taxativo, somente admitindo o ressarcimento civil quando a violação amoldava-se também a uma previsão expressa do Código Penal. Dito de outro modo, constituindo também crime o ato ilícito, estava autorizado o ressarcimento dos danos extrapatrimoniais, além das repercussões patrimoniais, nas ações de responsabilidade civil.

A partir de uma leitura do art. 2º da Constituição italiana de 1948¹¹ – isto é, interpretando o Código Civil de 1942 à luz dos direitos fundamentais da nova Constituição –, houve uma reação doutrinária à limitação legislativa para reconhecer que, embora os danos não patrimoniais ou danos morais, genericamente falando, precisassem de fato típico criminal, haveria, ao seu lado, diversas outras violações de direitos constitucionais, como o direito à saúde

7 “V – é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por *dano material, moral ou à imagem*;”

8 “X – 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 de sua violação;”

9 “Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.”

10 “Art. 2.059. *Danni non patrimoniali*. Il danno non patrimoniale deve essere risarcito solo nei casi determinati dalla legge.” (Cod. Proc. Civ. 89; Cod. Pen. 185, 598)

11 “Art. 2 . La Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell’uomo, sia come singolo, sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità, e richiede l’adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale.”

(art. 32 da Constituição italiana), que geravam também outros danos, então batizados de danos biológicos.

A interpretação evolutiva foi acolhida pela Corte Constitucional¹².

Em um segundo momento, a doutrina avançou para concluir que dentro do novo conceito de danos biológicos estavam inseridas situações bastante diversificadas, que não guardavam mais direta relação com o direito constitucional à saúde. Foi quando os professores Paolo Cendon e Patrizia Ziviz divisaram os danos biológicos dos danos existenciais (*danno esistenziale*)¹³. Os últimos seriam caracterizados a partir da violação da existência do sujeito, em certos aspectos de sua vida social e familiar; seriam detectáveis nos impedimentos sofridos pela vítima em relação às atividades que contribuem para o seu desenvolvimento pessoal. Enquanto o dano moral era verificável por um sofrimento da vítima, por sua vez os danos existenciais por um “não fazer”, a frustração dos projetos de vida (*perturbamento dell agenda*).

Mais uma vez a Corte de Cassação italiana avançou para reconhecer a divisão entre os danos biológicos e os danos existenciais¹⁴.

Também em outros países a frustração aos projetos de vida e à vida de relações desencadeia repercussões extrapatrimoniais autônomas, como o *préjudice d'agrément* na França, a *loss of amenities of life* do direito inglês e estadunidense, a *perdre de jouissance de vie* na Província do Quebec-Canadá, a frustração do projeto de vida da pessoa no Peru e os danos existenciais em Portugal, culminando com a adoção pela Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Se no sistema jurídico italiano reconhecem-se os danos patrimoniais, morais, biológicos e existenciais, em nosso sistema jurídico brasileiro – porque decorrente da vontade constituinte do art. 5º, V e X, além de todo o rol de direitos e garantias fundamentais que incidem nas relações entre particulares – também há a recepção das três espécies de danos extrapatrimoniais: morais, biológicos (estéticos, aqui em nós, ainda que os danos biológicos italianos conformem um conceito muito mais amplo que os danos estéticos, englobando-os) e existen-

12 “Il danno – biologico (o fisiologico) é danno specifico, é un tipo di danno, identificandosi con un tipo di evento. Il danno morale subiettivo é, invece, un genere di danno – conseguenza, che può derivare da una serie numerosa di tipi di evento; così come genere di danno – conseguenza, condizione obiettiva di risarcibilità, é il danno patrimoniale, che, a sua volta, può derivare da diversi eventi tipici.” (ITÁLIA. Corte Costituzionale. Sentenza n 184, del 14 luglio 1986)

13 CENDON, P.; ZIVIZ, P. *Il danno esistenziale*. Milano: Giuffrè, 2000; CENDON, P.; ZIVIZ, P. *Il risarcimento del danno esistenziale*. Milano: Giuffrè, 2003.

14 Corte de Cassação (Decisões ns. 6.572, de 24.03.06, e 26.972, de 11.11.08).

ciais. O próprio art. 186 do Código Civil brasileiro reconhece que aquele que violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito, ou seja, o nosso sistema de responsabilidade civil é aberto, e não taxativo, bastando ao lesado comprovar violação de direito, nexos causal e um dano em sentido amplo para obter o ressarcimento ou a reparação.

Eugenio Facchini Neto e Tula Wesendonck também compreendem que o dano existencial é espécie de danos extrapatrimoniais, inclusive que, no Brasil, esse grande gênero é confundido com os danos morais. A partir da distinção ensinam que “os danos existenciais podem ser entendidos como uma espécie do gênero mais amplo dos danos imateriais ou extrapatrimoniais, que entre nós costumam ser chamados de danos morais”¹⁵.

Amaro Alves de Almeida Neto conclui o seu estudo sobre o tema dizendo que o ser humano tem um direito fundamental constitucionalmente assegurado de fazer ou deixar de fazer o que bem entender, desde que evidentemente respeitado o direito do próximo e os limites legais, não podendo ser molestado por quem quer que seja, em qualquer aspecto de sua vida, seja físico, psíquico ou social. O ser humano tem o direito de programar o transcorrer da sua vida da melhor forma que lhe pareça, sem a interferência nociva de ninguém. Tem a pessoa o direito às suas expectativas, aos seus anseios, aos seus projetos, aos seus ideais, desde os mais singelos até os mais grandiosos: tem o direito a uma infância feliz, a constituir uma família, a estudar e adquirir capacitação técnica, a obter o seu sustento e o seu lazer, a ter saúde física e mental, a ler, a praticar esporte, a divertir-se, a conviver com os seus amigos, a praticar a sua crença e o seu culto, a descansar na velhice, enfim, a gozar a vida com dignidade, essa é a agenda do ser humano: caminhar com tranquilidade no ambiente em que sua vida se manifesta rumo ao seu projeto de vida¹⁶.

A Corte Interamericana de Direitos Humanos reconheceu que um cidadão colombiano, injustamente torturado e preso, com posterior absolvição no processo judicial, teria tido os seus projetos de vida violados, na medida em que foi obrigado a deixar o país, sua família foi coagida, teve de mudar de trabalho, assim como outras condutas que impactaram seriamente seu patrimônio familiar. A Corte manifestou-se no sentido de que os atos ilícitos violaram os direitos humanos, mudaram radicalmente sua vida e causaram ruptura de sua personalidade e seus laços familiares. Ao final, para fixar a condenação em danos imateriais, esclareceu que “todos han padecido una grave alteración en

15 *Revista de Direitos e Garantias Fundamentais*, Vitória, n. 12, jul./dez. 2012, p. 229-267.

16 ALMEIDA NETO, Amaro Alves de. Dano existencial – a tutela da dignidade da pessoa humana. *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*, v. 12, n. 80, nov./dez. de 2012, p. 33.

sus condiciones de existencia, en sus relaciones familiares y sociales, así como en sus posibilidades de desarrollar sus propios proyectos de vida”¹⁷.

Há numerosas situações na execução do contrato de trabalho em que, inobstante não seja violada diretamente a dignidade do trabalhador – requisito para os danos morais em sua perspectiva constitucional-objetivista que adotamos e que já referimos no tópico introdutório –, há violação de outros direitos fundamentais, que têm a dignidade como seu antecedente remoto, como o direito ao lazer (art. 6º), à limitação de jornada (art. 7º, XIII), ao repouso semanal remunerado (art. 7º, XV), a gozo de férias anuais (art. 7º, XVII), ao acesso à educação fora do horário de trabalho (art. 205), ao acesso à cultura em seus momentos de lazer (art. 215), à realização de atividades desportivas (art. 217) e à convivência familiar (arts. 227 e 229), além de que atenta contra o direito de que toda “pessoa tem direito ao repouso e aos lazers, especialmente a uma limitação razoável da duração do trabalho e a férias periódicas pagas” (Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948).

A violação desses direitos fundamentais por ato ilícito do empregador, de modo a afetar a vida de relações e os projetos de vida dos trabalhadores, causaria os danos existenciais indenizáveis nas relações de trabalho.

Recepcionando o dano existencial nas relações de trabalho, Júlio César Bebber o compreende como toda lesão que compromete a liberdade de escolha e frustra o projeto de vida que a pessoa elaborou para sua realização como ser humano. Fala-se existencial porque o impacto gerado pelo dano provoca um vazio existencial na pessoa que perde a fonte de gratificação vital. Por projeto de vida compreenda-se o destino escolhido pela pessoa, o que decidiu fazer com a sua vida. O ser humano, por natureza, busca extrair o máximo das suas potencialidades. Por isso as pessoas permanentemente projetam o futuro e realizam escolhas no sentido de conduzir sua existência à realização do projeto de vida. O fato injusto que frustra esse destino (impede a sua plena realização) e obriga a pessoa a resignar-se com o seu futuro é chamado de dano existencial¹⁸.

Sônia Mascaro Nascimento igualmente reconhece que a frustração ao projeto de vida e à vida de relações pela conduta patronal ilegal gera os danos existenciais no trabalhador. “Isto porque este deixa de conviver com sua família, não tem mais tempo para o lazer e para o estudo, está mais suscetível de ser aco-

17 CIDH. Caso Gutiérrez Soler vs. Colômbia. Fondo, Reparaciones y Costas, Sentença de 12 de setembro de 2005, série C, n. 132, Relator Juiz Antônio Augusto Cançado Trindade.

18 BEBBER, Júlio César. Danos extrapatrimoniais (estético, biológico e existencial) – breves considerações. *Revista LTr*, v. 73, n. 1, jan. 2009, p. 28.

metido de doenças ocupacionais, dentre outros incontáveis prejuízos¹⁹. Diante dessa situação em que o trabalhador não mais consegue autodeterminar-se e planejar sua vida, será configurado o dano existencial. Para a autora, os casos mais comuns nas relações de trabalho são a exigência de jornada excessiva, reiterada e além dos limites legais, e a violação dos períodos de descanso.

O decisivo é verificar, no caso concreto, se se está diante de uma violação direta da dignidade humana, quando se configuraria o dano moral objetivo²⁰; se se está diante de violação da integridade física, em seus aspectos morfológicos exteriores, quando há danos estéticos; ou se se está diante de uma frustração dos projetos de vida do trabalhador, um prejuízo à sua vida de relações pessoais e familiares, pela privação de sua autonomia pessoal, causada pelo desrespeito aos seus direitos fundamentais ao lazer, limitação de jornada, repouso semanal remunerado, gozo de férias anuais, acesso à educação e à cultura fora do horário de trabalho, realização de atividades desportivas, reflexão e convivência familiar, quando configurados os danos existenciais.

3 – CRITÉRIOS OBJETIVOS (HORIZONTAIS E VERTICAIS) DE CONFIGURAÇÃO

A Constituição Federal fixa a duração normal do trabalho em oito horas diárias e 44 semanais, facultando a compensação de horários e a redução de jornada mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho (art. 7º, XIII). Densificando a norma constitucional, os arts. 58 e 59 da CLT confirmam os limites da jornada ordinária de trabalho e resguardam o direito de os empregados contratarem com os empregadores o acréscimo de horas suplementares, mediante alguns requisitos e observando limites.

A partir do texto do art. 59 da CLT, o intérprete constrói duas normas jurídicas distintas. A primeira acerca do acordo para prorrogação de jornada de trabalho (*caput*), cujos requisitos são o acordo individual escrito ou a norma coletiva, o limite de duas horas extras diárias e o interstício semanal para compensação. Por ser de pactuação mais flexível, mediante simples acordo individual escrito, caso os limites do interstício semanal sejam violados, considera-se como descaracterizado o acordo de prorrogação. Segue que, respeitados os limites de

19 NASCIMENTO, Sônia Mascaro. Dano existencial nas relações de trabalho. *Revista LTr*, v. 78, n. 08, ago. 2014, p. 965-972.

20 “Como decomposição prática do conceito de dignidade humana nas relações de trabalho tem-se que, quando o magistrado trabalhista verificar que ocorreu violação da dignidade, estar-se-á atendido o requisito para a condenação em indenização por danos morais, individuais ou coletivos.” (MOLINA, André Araújo. *Teoria dos princípios trabalhistas*, p. 223)

ordem formal e material, é lícito ao empregador exigir o trabalho suplementar em até duas horas e pagar o equivalente com o adicional ou conceder folgas compensatórias semanais, na forma da interpretação jurisprudencial dominante (Súmula nº 85 do TST).

O Tribunal Superior do Trabalho entende que a prestação habitual de horas extras descaracteriza o acordo de compensação (Súmula nº 85, IV). Significa que, contratadas as partes a realização de horas extraordinárias e a compensação semanal, em caso de o total de horas suplementares não ser compensado na mesma semana, violando o outrora pactuado, fica esse descaracterizado. Se o labor se dá em uma hora extra de segunda a quinta-feira, com folga compensatória aos sábados, respeitando o limite semanal de 44 horas, o acordo é legítimo. Agora, se o labor se deu em duas horas extras por dia, de segunda a sexta-feira, havendo compensação parcial aos sábados e quitação das excedentes como extras, violando o limite semanal de 44 horas, e tal sistemática ocorrer com habitualidade, fica o acordo de prorrogação descaracterizado, sendo devido o adicional de 50% (quando não houver norma coletiva mais benéfica) em relação às horas suplementares trabalhadas e compensadas. Dito de outro modo, as compensadas aos sábados não serão pagas, mas apenas o adicional é devido. Já aquelas que extrapolarem o limite semanal serão quitadas, acrescidas do adicional.

Já o § 2º do art. 59 da CLT permite a construção da segunda norma jurídica sobre o tema de prorrogação de jornada. Introduzido pela Medida Provisória nº 2.164-41, de 2001, o sistema de compensação anual, conhecido como “banco de horas”, tem como requisitos a instituição por norma coletiva – vedando-se a contratação mediante acordo individual, verbal ou escrito –, o limite de duas horas extras diárias e o regime de compensação anual. Em relação ao banco de horas, caso os requisitos formais e materiais estejam atendidos, é direito subjetivo do empregador exigir a realização de atividade extra e compensar anualmente. A prestação habitual de horas extras, nessa hipótese, não descaracteriza o acordo de compensação.

Nas atividades insalubres, a implantação do regime de compensação de jornada demanda – em ambos os sistemas (semanal e anual) –, além do acordo individual escrito, do acordo coletivo de trabalho ou da convenção coletiva, também licença das autoridades competentes em matéria de higiene do trabalho (CLT, art. 60), respeitando-se como requisito para a licença a realização de exame nos locais de trabalho, de modo a verificar os métodos e processos de trabalho (Portaria nº 702, de 28.05.2015, do Ministério do Trabalho e Emprego). Desrespeitado o requisito especial, também fica descaracterizado o sistema

de compensação, sendo devido o adicional das horas extras já trabalhadas e já compensadas²¹. Ressalve-se que, durante a vigência da Súmula nº 349 do TST, cancelada em 31.05.2011, era admitida a compensação em atividade insalubre quando previsto em norma coletiva, independente de autorização do órgão administrativo, razão pela qual, em respeito ao princípio da proteção da confiança, as horas extras trabalhadas e compensadas até a data de 31.05.2011 consideram-se quitadas, não sendo devido sequer o adicional, por corolário não houve violação alguma à limitação da jornada legal nesses casos e durante o período de vigência da súmula.

A questão para fins de configuração dos danos existenciais por jornada excessiva é constatar a situação de que, mesmo com a implantação do sistema de prorrogação e compensação de jornada, ainda assim o empregador exige jornada além desses limites, no exercício de 11, 12, 13 horas diárias ou mais, cuja incidência verifica-se em algumas atividades especiais.

O julgador também deve verificar a limitação de jornada das profissões especiais, como a dos motoristas profissionais, na qual poderá haver prorrogação de jornada em até quatro horas diárias, mediante convenção ou acordo coletivo, na forma da Lei nº 13.103, de 2015, quando não haveria violação do direito material.

Importante reconhecer também que a jornada de trabalho é integrada não somente pelo trabalho efetivo, mas sobretudo pelo tempo à disposição (art. 4º da CLT). O sistema jurídico trabalhista brasileiro adotou quatro modalidades de contagem de tempo para a composição da jornada de trabalho. Considerou o tempo de efetivo trabalho (CF, art. 7º, XIII, e CLT, art. 58), o tempo à disposição (CLT, arts. 4º e 58, § 1º, c/c as Súmulas ns. 118 e 429 do TST), o tempo de sobreaviso (CLT, art. 244, § 2º, c/c a Súmula nº 428 do TST) e o tempo de deslocamento ou horas *in itinere* (CLT, art. 58, §§ 2º e 3º, c/c as Súmulas ns. 90 e 320 do TST).

Definido, com efeito, o aspecto vertical do que é a extrapolação do limite constitucional, legal ou convencional da jornada, precisamos também definir um critério horizontal, de modo a concluir qual a reiteração necessária de extrapolação da jornada apta a converter-se em danos existenciais. Em outras

21 “HORAS EXTRAS. ACORDO DE COMPENSAÇÃO. ATIVIDADE INSALUBRE. 1. O art. 60 da CLT estabelece que, nas atividades insalubres, quaisquer prorrogações só podem ser acordadas mediante licença prévia das autoridades competentes em matéria de medicina do trabalho. 2. Trata-se de norma de caráter tutelar, que constitui medida de higiene, saúde e segurança do trabalho, cuja observância é obrigatória. 3. Nessa esteira, inexistindo autorização da autoridade competente, diversamente do que admitia a Súmula n. 349 desta Corte, atualmente cancelada, não há que se cogitar de validade do acordo de compensação de jornada. Recurso de revista não conhecido.” (TST – 3ª Turma – RR-1359-19.2010.5.04.0512 – Relator Ministro Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira – DEJT 26.03.2013)

palavras, é dizer com alguma precisão se a extrapolação da jornada em alguns dias, nada obstante tenha gerado repercussões patrimoniais (horas extras), teve ou não o condão de impedir a realização de projeto de vida do empregado fora do ambiente de trabalho.

A questão é definir qual a frequência da reiteração da violação.

Um critério objetivo que pode ser utilizado como referencial argumentativo *prima facie* é o do art. 61 da CLT, que trata das hipóteses de prorrogação do trabalho por motivo de necessidade imperiosa. Nos casos do artigo poderá o empregador exigir que o empregado continue prestando serviços além da sua jornada ordinária para atender motivos de força maior, realização ou conclusão de serviços inadiáveis ou cuja execução possa acarretar prejuízo manifesto ao empregador. De outro lado, há situações em que as atividades são interrompidas, por motivos acidentais ou de força maior, quando o empregador também poderá exigir, quando da retomada das atividades, a realização de horas extras pelo tempo máximo de duas horas diárias, “desde que não exceda de 10 horas diárias, em período não superior a 45 dias por ano”.

O legislador já ponderou os interesses em conflito e deu como resultado que o limite de exigência de trabalho dos empregados, mesmo no caso de força maior (eventos inevitáveis e imprevisíveis fora do controle empresarial), não poderá extrapolar 45 dias por ano, quando os interesses empresariais e até sociais cedem em favor da proteção dos interesses pessoais dos trabalhadores, como proteção da saúde, descanso, lazer, convivência familiar, etc. Se nem por motivos alheios à sua vontade pode o empregador exigir jornada excessiva além de 45 dias por ano, com muito mais razão não poderá fazê-lo como forma de atender aos seus interesses empresariais, como aumento da produção, carência de mão de obra, etc. Nesse último caso, em se verificando a extrapolação da jornada constitucional, legal ou convencional por mais de 45 dias por ano, entendemos haver uma indicação forte para configuração da repercussão extrapatrimonial, que são os danos existenciais indenizáveis, independentemente da quitação das horas extras (mera recomposição dos danos patrimoniais).

A nossa sugestão de um critério horizontal objetivável serve como uma pauta argumentativa em favor da configuração, contudo ressaltamos que em tema de direitos fundamentais, acenando à dignidade da pessoa humana, que é plástica e flexível por essência, incumbirá ao julgador identificar as demais particularidades do caso concreto para, argumentando de forma analítica, caracterizar os danos em pontuais situações em que a jornada excessiva se deu

abaixo de 45 dias no ano²², bem como podendo rejeitar a configuração nos casos em que extrapolou o critério sugerido, mas em ambos os casos pesará sobre ele a necessidade de distinguir a situação concreta das hipóteses-padrão de configuração.

O sistema jurídico brasileiro é tão refratário à prática de jornada exaustiva que a considera como crime de redução à condição análoga à de escravo, conforme o art. 149 do Código Penal, afrontando, aqui nesse extremo, a dignidade humana do trabalhador e gerando danos morais. São os danos existenciais, simbolicamente, a estação intermediária entre a jornada permitida de trabalho e a redução à condição análoga à de escravo, nos dois extremos.

A nossa contribuição ao debate sobre os danos existenciais por jornada de trabalho excessiva, somando com todos os demais autores que já trataram da questão, mas que não sugeriram critérios objetivos, é exatamente a demonstração métrica das violações verticais e horizontais da limitação constitucional, legal ou convencional da jornada de trabalho.

Há situações limítrofes – normalmente vinculadas a altos executivos e empregados que não estão sujeitos ao controle de jornada (CLT, art. 62) – em que verificar-se-á longa jornada de trabalho, porque o trabalhador ficava à disposição do empregador por muitas horas além dos limites ordinários, entretanto, em muitos dos casos com participação intencional do trabalhador, que auferia benefícios diretos e indiretos com a maior disponibilidade.

Nesses casos, deve-se identificar a imposição do empregador de jornada excessiva, ainda que o empregado não se submeta a controle escrito de ponto, como nos casos de alguns gerentes de estabelecimentos que, mesmo recebendo salário em patamares medianos, são obrigados a abrir e fechar o estabelecimento, trabalhar aos finais de semana, além de ficar à disposição permanente no telefone celular para atender convocações, privando-o da vida de relações fora do ambiente de trabalho. Nesses casos, também os direitos fundamentais ao lazer, repouso semanal remunerado, gozo de férias anuais, acesso à educação fora do horário de trabalho, acesso à cultura em seus momentos de descanso, atividades desportivas e a convivência familiar, afetiva e social, incidiriam para configurar danos existenciais, independentemente de o gerente em específico não ter direito às horas extras. Uma coisa é o trabalhador, ocupante de cargos de gestão ou os empregados externos incompatíveis com controle de jornada estarem afastados do capítulo celetista de controle de jornada (quando não

22 “Não se pode, contudo, descuidar da hipótese de o dano à vida da relação poder ser causado por um único ato.” (ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de; BOUCHINHAS FILHO, Jorge Cavalcanti. O dano existencial e o direito do trabalho. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, v. 79, n. 02, abr./jun. 2013, p. 246)

teriam direito às repercussões patrimoniais da extrapolação da jornada), outra bem diferente seria a argumentação – im procedente – de que estariam também a salvo da eficácia dos direitos fundamentais.

Também há situação em que o próprio empregado, consciente, de forma livre e com intenção sadia, renuncia à sua vida de relações sociais e familiares, abandonando outros projetos de vida para dedicar-se integralmente ao trabalho e ao sucesso pessoal/profissional (*workaholic*). Normalmente tal se dá em cargos de extrema confiança e elevada envergadura empresarial, quando o trabalhador, inclusive e intencionalmente, obtém maiores rendimentos, participação em ações, benefícios indiretos, recebe parte dos resultados sociais ao final dos balanços financeiros, quando o magistrado deverá ter em conta que o princípio trabalhista da irrenunciabilidade deve ser ponderado com a liberdade de escolha do empregado. Há aqueles cujo projeto de vida é justamente o sucesso financeiro e profissional, de modo que, desde que optem de forma sadia, consciente e sem imposição externa, não se configura ato ilícito algum.

Já tivemos ocasião de defender em trabalho doutrinário que sempre que se falar em renúncia de direitos estar-se-á necessariamente em jogo o exercício da liberdade do renunciante. Dizer que os direitos trabalhistas são irrenunciáveis – ou que o são absolutamente – importará em dizer que a liberdade dos sujeitos de direito trabalhistas sempre cederá e ficará esvaziada, pouco importando as razões de fato e situações concretas. Um exercício amplo e absoluto da liberdade também importará em sacrifício absoluto à irrenunciabilidade. Uma e outra situação não se amoldam à linha intermediária que o pós-positivismo busca implementar. A linha intermediária, acorde com o respeito da dignidade da pessoa humana, está na necessidade de ponderação e atenção às circunstâncias concretas dos casos em que as renúncias forem externadas.

A solução é prestigiar a liberdade do empregado quanto mais ela seja exercida em condições jurídicas e materiais de igualdade, de forma espontânea, livre e saudável. Nas situações concretas em que as partes não estão em condições de igualdade – e a igualdade vista dentro da relação jurídica em específico e não genericamente como se todo trabalhador não tivesse condições de externar sua vontade em face do poder do empregador –, o princípio da irrenunciabilidade terá maior eficácia. Porém, num e noutro caso, a precedência deve ser apenas abstrata, indicando uma pauta de decisão para o agente que realizará a ponderação, mas os resultados não são uniformes ou absolutos²³.

23 MOLINA, André Araújo. *Teoria dos princípios trabalhistas*, p. 227-228. Consultar também: MOLINA, André Araújo; GUERRA FILHO, Willis Santiago. Renúncia e transação no direito do trabalho: uma nova visão constitucional à luz da teoria dos princípios. *Revista LTr*, v. 74, n. 02, fev. 2010, p. 190-203.

Para ajudar a colorir a situação concreta de renúncia aos projetos de vida e à vida de relações por parte do empregado, a boa-fé objetiva também é uma boa pauta. Viola a boa-fé objetiva, em sua perspectiva do *venire contra factum proprium*, um alto executivo inscrever-se nos processos internos de recrutamento, livremente assumir maiores compromissos no trabalho, auferir todos os benefícios, diretos e indiretos durante anos, sem que nunca houvesse imposição de jornada excessiva pelo empregador, já que gozava de ampla liberdade de conformar sua rotina diária, mas logo após a sua dispensa ajuíza ação trabalhista alegando ter sofrido danos existenciais nos 20 anos em que trabalhou como alto executivo.

O decisivo é o intérprete verificar se o direito de autodeterminação e a liberdade do trabalhador foram violados pela imposição ilícita do seu empregador. Somente nos casos de frustração da liberdade do indivíduo é que se configurarão os danos existenciais, mas nas de renúncia consciente e sadia da liberdade, não.

4 – O REQUISITO DO DANO (CONFIGURAÇÃO, PROVA MATERIAL E EXTENSÃO)

Potencializando todas as situações-tipo de danos existenciais, o ponto comum é a verificação de que, no limite, o direito fundamental violado é a liberdade fenomênica do ser humano, é a frustração do seu direito de autodeterminar-se, de poder escolher livremente o que fazer de sua vida pessoal, familiar e social fora do ambiente e horário normal de trabalho.

Luís Roberto Barroso diz que as ideias de liberdade e autonomia estão vinculadas à dignidade humana. Para ele, a autonomia dos indivíduos é o elemento ético da dignidade. “É o fundamento do livre-arbítrio dos indivíduos, que lhes permite buscar, da sua própria maneira, o ideal de viver bem e de ter uma vida boa. A noção central aqui é de autodeterminação: uma pessoa autônoma define as regras que vão reger a sua vida”²⁴.

Continua o professor a ensinar que a autonomia do indivíduo pressupõe o preenchimento de determinadas condições, como a razão (a capacidade mental de tomar decisões informadas), a independência (ausência de coerção, de manipulação e de privações essenciais) e a escolha (existência real de alternativas), por isso que a “autonomia, portanto, corresponde à capacidade de alguém tomar

24 BARROSO, Luís Roberto. *A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo*. A construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 81.

decisões e de fazer escolhas pessoais ao longo da vida, baseadas na sua própria concepção de bem, sem influências externas indevidas”²⁵.

A compreensão do problema da autonomia do indivíduo e a sua violação por atos do empregador que frustrem os seus projetos de vida, por esta perspectiva epistemológica, ajudam a aclarar a desnecessidade de prova de quais projetos de vida ou relações familiares, sociais ou afetivas foram atingidos, na medida em que já constituiu dano a simples impossibilidade de autodeterminar-se devido às influências externas ilícitas. A prova da gravidade da violação apenas contribui com a extensão da indenização, mas não com a sua configuração, que ocorre antes.

Carlos Fernández Sessarego defende que os danos ao projeto de vida da pessoa não implicam certeza²⁶ e podem manifestar consequências, ao menos, em três modalidades, segundo a intensidade e magnitude do evento danoso. Na primeira delas, as consequências do dano se concentram na frustração parcial ao cumprimento do projeto, é dizer, se produz um evidente menoscabo na vítima. Na segunda hipótese, as consequências se manifestam com um retardo na realização do projeto. E, por último, a magnitude e a intensidade do dano originam uma frustração total do projeto de vida²⁷.

Utilizando a classificação do professor peruano, ao menos em relação ao primeiro nível das consequências dos danos ao projeto de vida da vítima, enquanto uma restrição de sua liberdade fenomênica que produz um evidente menoscabo, é possível admitir (fatos notórios – art. 334 do CPC) que a imposição de jornada excessiva ilícita (fora dos limites temporais, vertical e horizontal) frustra, ainda que parcialmente, sua vida de relações e a realização de seus projetos de vida. Para os outros dois níveis das consequências dos danos já haveria necessidade de prova, mas cuja prova poderia agravar a indenização e não a sua configuração em si, já ocorrida *in re ipsa* desde a violação dos seus direitos fundamentais.

Além das consequências danosas ordinárias da jornada excessiva na vida dos trabalhadores constituiriam fatos notórios, dispensando a prova, por

25 *Ibidem*.

26 “El daño al proyecto de vida no implica certeza, en sentido estricto. Pero, no cabe duda que por su importancia existencial, es previsible que, una vez producido, sus consecuencias se prolonguen en el tiempo según las circunstancias del caso y la experiencia de vida. Es obvio que la vida de un ser humano afectado en su libertad, en su núcleo existencial, no será la misma en el futuro. Corresponderá al juez, con fina sensibilidad, con una recreación valiosa del caso, percibir la existencia y magnitud del daño al proyecto de vida.” (SESSAREGO, Carlos Fernández. El daño al proyecto de vida. *Decrecho PUC*, Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica, Lima, n. 50, diciembre de 1996)

27 SESSAREGO, Carlos Fernández. Deslinde conceptual entre “daño a la persona”, “daño ao proyecto de vida” e “daño moral”. *Revista Foro Jurídico*, año 1, n. 02, Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, julio de 2003.

outro lado a exigência de prova material também converteria a situação processual da vítima em tarefa impossível de ser atendida, revelando aquilo que a doutrina processual chama de “prova diabólica” ou prova de situação negativa. Se é direito do ser humano ter os seus momentos de reflexão e descanso, imagine-se hipoteticamente – apenas para ilustrar, embora centenas de situações similares possam ser imaginadas – que um trabalhador tem como projeto de vida dedicar-se à leitura, à prática de esportes, à pescarias, a cozinhar com a família, a namorar, a dormir até mais tarde aos finais de semana, a brincar com os filhos, a degustar vinhos, etc., a questão é saber de que forma é possível realizar a prova em uma audiência trabalhista de que a jornada excessiva lhe impediu de realizar tais atividades.

Hidemberg Alves da Frota e Fernanda Leite Bião, na mesma linha do que defendemos, enxergam os danos existenciais por uma perspectiva de violação da liberdade do indivíduo, derivando que “o dano existencial constitui espécie do gênero dano não patrimonial ou dano extrapatrimonial a impor à pessoa humana a renúncia compulsória e indesejada de atividades cotidianas e lícitas, cuja abstinência forçada prejudica, de forma significativa, a liberdade de escolha da vítima”²⁸.

A violação do direito fundamental do trabalhador ocorre no momento em que haja imposição pelo empregador de realização de jornada excessiva e reiterada (influência externa indevida), tolhendo a independência de autodeterminar-se. Disso segue que ocorrem danos existenciais tanto no caso de o empregado reprovar em seu curso superior noturno, diante das reiteradas faltas causadas pela jornada de trabalho excessiva, como no caso do colega que, em face das mesmas jornadas impostas, sequer teve autonomia pessoal de resolver fazer ou não o mesmo curso superior. A indenização (extensão dos danos) no primeiro caso é maior, mas no segundo também há danos existenciais, ainda que a indenização seja módica.

A dificuldade de o magistrado avaliar em que medida a jornada excessiva frustrou os projetos de vida do trabalhador não pode ser motivo para a rejeição do pedido de indenização. Também nesse ponto diz Carlos Fernández Sessarego:

“Somos conscientes de las dificultades por las que podría atravesar el juez para determinar la magnitud de un ‘daño al proyecto de vida’ de la persona, de cada persona em particular, así como aquellas que se presentan en el momento de fijar una adecuada reparación. Esta situación constituye un problema imposible de resolver con exactitud matemática,

28 FROTA, Hidemberg Alves da; BIÃO, Fernanda Leite. A dimensão existencial da pessoa humana, o dano existencial e o dano ao projeto de vida: reflexões à luz do direito comparado. *Revista Síntese Direito Civil e Processual Civil*, v. 12, n. 80, nov./dez. 2012, p. 73.

la misma que se agrava dadas tanto las características propias de cada ser humano como la trascendencia que para él comporta su proyecto de vida. Sin embargo, la indudable existencia de estas evidentes dificultades no pueden conducir a soslayar o a ignorar la importancia y las graves repercusiones que genera el ‘daño al proyecto de vida’ y a negar, por consiguiente, su reparación.”²⁹

Em nosso sentir, o problema da exigência da prova do dano existencial deriva da compreensão, já ultrapassada, de que os danos morais seriam subjetivos (dor, vexame, sofrimento, humilhação, etc.), por isso insuscetíveis de comprovação e, por corolário, *in re ipsa*, mas os danos existenciais, vinculados à uma frustração, seriam suscetíveis de verificação, demandando prova objetiva do prejuízo. Contudo, na perspectiva objetiva dos danos morais, na qual não se investiga os aspectos interiores da vítima – até porque moralmente questionáveis e faticamente impossível de provar³⁰ –, apenas se verifica se houve violação objetiva da dignidade humana, quando há configuração dos danos morais. Quanto aos danos existenciais – porque também espécie de danos extrapatrimoniais –, basta prova da violação objetiva do direito do trabalhador ao lazer, limitação de jornada, repouso semanal remunerado, gozo de férias anuais, acesso à educação e à cultura fora do horário de labor, realização de atividades desportivas, reflexão e convivência familiar. Apenas no caso de alegação especial quanto à vítima é que deveria ela fazer prova da maior extensão dos danos, como no caso de alegar que a jornada de trabalho excessiva, além de violar os direitos fundamentais já listados alhures (atingindo o primeiro nível de consequências a que nos aludiu Fernández Sessarego), teria agravado a sua situação pessoal ao lhe impedir de apresentar-se em um memorável recital, já que a trabalhadora é integrante da Orquestra do Estado de Mato Grosso. A prova do fato especial apenas agravaria a indenização³¹.

29 *Ibidem*.

30 “A toda evidência, a definição do dano moral não pode depender do sofrimento, dor ou qualquer outra repercussão sentimental do fato sobre a vítima, cuja efetiva aferição, além de moralmente questionável, é faticamente impossível. A definição do dano moral como lesão a atributo da personalidade tem a extrema vantagem de se concentrar sobre o objeto atingido (o interesse lesado), e não sobre as consequências emocionais, subjetivas e eventuais da lesão. A reportagem que ataca, por exemplo, a reputação de paciente em coma não causa, pelo particular estado da vítima, qualquer dor, sofrimento, humilhação. Apesar disso, a violação à sua honra configura dano moral e exige reparação.” (SCHREIBER, Anderson. *Direitos da personalidade*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 17)

31 Decisivo observar, em uma perspectiva processual, que a autora da ação do exemplo citado poderia tanto trazer como causa de pedir a jornada excessiva e reiterada, a jornada excessiva episódica como causadora da perda da apresentação musical, como também a jornada excessiva e reiterada como causadora de danos existenciais, os quais seriam agravados com a perda da apresentação musical. No primeiro exemplo, dispensável a prova objetiva de prejuízo, na segunda modalidade de causa de pedir deveria ela provar o dano especial alegado e, na terceira hipótese, a prova da perda do recital pela exigência ilícita de trabalho além do limite legal agravaria a extensão dos danos, majorando o valor da indenização por danos existenciais.

Para as hipóteses ordinárias, seria até tautológico exigir da vítima prova objetiva de que a sonegação dos períodos de férias por longos anos de trabalho teria violado seu direito ao lazer, descanso e convivência familiar, como defende parcela da doutrina³², inclusive às vezes baralhando as consequências patrimoniais com as extrapatrimoniais³³. Levando ao extremo o raciocínio da necessidade de prova material dos prejuízos para configuração dos danos existenciais, chegaríamos ao caso de um trabalhador submetido à condição análoga à de escravo (art. 149, *caput*, do Código Penal – jornada exaustiva) ter rejeitada a indenização, na medida em que não há prova alguma de que a sua restrição de liberdade, diante da jornada imposta, ter-lhe-ia causado prejuízo à vida de relações e aos projetos de vida, ainda que na esfera criminal houvesse condenação pelo fato típico citado.

Mesmo partindo da premissa – com a qual discordamos – de que a diferença entre os danos morais e os danos existenciais são as esferas subjetiva e objetiva, respectivamente, de violação da integridade da vítima, Flaviana Rampazzo Soares avança para defender posição mais flexível quanto à necessidade de prova e os ônus de cada litigante. Defende que a parte lesada, autora da ação, permanece, a princípio, sob a égide das normas gerais que tratam do ônus da prova nas ações de responsabilidade civil. Deverá o autor comprovar o dano, ou seja, demonstrar em que a conduta do ofensor afetou o seu projeto de vida: “O lesado deve provar o regular desenvolvimento das suas atividades cotidianas, antes do dano, bem como sua cessação ou modificação prejudicial ocorrida a partir da ofensa”³⁴.

Entretanto, a prova é dispensável quando as próprias consequências do dano evidenciarem, segundo as normas da experiência comum, a alteração do cotidiano, como no caso de alguém que, em razão do ato ilícito, passa a utilizar

32 “(...) a) o dano moral tem repercussão íntima (padecimento da alma, dor, angústia, mágoa, sofrimento, etc.). Sua dimensão, portanto, é subjetiva e, por isso, não exige prova; b) os danos estéticos (alteração no aspecto físico exterior com a qual a pessoa terá de conviver nas relações sociais), biológico (impede ou reduz à vida de relação da pessoa) e existencial (renúncia a uma atividade concreta) têm repercussão externa. Suas dimensões, portanto, são objetivas e podem ser objeto de prova.” (BEBBER, Júlio César. *Op. cit.*, p. 29)

33 “Importante, assim, ressaltar que, para se ter o dano existencial, necessário se faz a comprovação do prejuízo ao projeto de vida e/ou à vida de relações e o nexo de causalidade com a conduta. Assim, a não concessão de férias por longo período, a sobrecarga de horas extras além do limite legal de forma reiterada ou o tempo de deslocamento casa-trabalho, por si só, não são condutas capazes de gerar o dano existencial. Ressalta-se que a própria legislação já possui punições próprias e específicas para tais infrações, como, por exemplo, a multa administrativa, o pagamento de horas extraordinárias com adicional de no mínimo 50%, o pagamento em dobro das férias não concedidas.” (NASCIMENTO, Sônia Mascaro. *Op. cit.*, p. 971)

34 SOARES, Flaviana Rampazzo. *Responsabilidade civil por dano existencial*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 146.

cadeira de rodas. Por isso que o dano existencial, ligado ao dano à saúde, na maioria das vezes, é verificável por presunção, ao passo que nos demais devem ser provados. E arremata a citada professora:

“É necessário destacar que se devem distinguir as alterações normais, que são todas as hipóteses em que a conduta lesiva impediu o lesado de realizar atividades comuns, das alterações específicas, aquelas ligadas à condição particular de vida da vítima. Nesse último caso, o dano existencial requer uma prova específica e pontual, por parte do lesado, excluindo-se qualquer mecanismo de presunção. Caberá ao julgador a avaliação quanto à efetiva incidência do evento sobre a organização da vida da vítima e, mais em particular, se foi possível constatar uma modificação *in pejus* na vida da vítima, comparando-se o plano presente com o passado.”³⁵

É por isso que insistimos na defesa da tese de que a configuração dos danos existenciais, de ordinário, não exige prova material do prejuízo, configurando-se cronologicamente antes, pela violação do direito de exercer livremente a sua liberdade pessoal. Dito de outro modo, quando o empregador retira do trabalhador, pela imposição de jornada excessiva (limites horizontais e verticais), o direito de escolha de como exercer sua liberdade pessoal enquanto ser humano, configurar-se-ão os danos existenciais. O prejuízo pessoal, familiar ou social específico poderá agravar a indenização, mas não é requisito para a sua configuração. Disso segue que tanto o trabalhador casado e pai de vários filhos quanto o solteiro sem filhos sofrem danos existenciais pela imposição da jornada excessiva e reiterada, embora o segundo não tenha como provar objetivamente que teve sua convivência familiar e afetiva violada. O fato em si de retirar-lhe a liberdade de optar entre constituir ou não família, de relacionar-se ou não fora do ambiente de trabalho, já configura violação dos seus direitos fundamentais (dano) e, por conseguinte, direito à indenização.

Apenas agrava a indenização se o primeiro trabalhador comprovar que, decorrente do ato ilícito, também teve frustrado o seu relacionamento afetivo e o acompanhamento das reuniões escolares dos filhos, as quais eram realizadas em horário noturno, fora do horário ordinário de trabalho, mas que não pôde comparecer em razão da jornada extraordinária e reiterada imposta pelo seu empregador³⁶.

35 *Ibidem*.

36 “É fácil imaginar o dano causado à ‘vida de relação’ de determinado empregado em decorrência de condutas ilícitas regulares do empregador, como a constante utilização de mão de obra em sobrejornada, impedindo o empregado de desenvolver regularmente outras atividades em seu meio social.” (ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de; BOUCHINHAS FILHO, Jorge Cavalcanti. *Op. cit.*, p. 246)

O decisivo para configuração dos danos existenciais é a imposição de jornada excessiva pelo empregador, de modo a retirar a autonomia pessoal do trabalhador, que não configura nenhum dano à realização espontânea e livre de longa carga de trabalho. Tal observação acrescenta distinção à nossa posição de que é dispensável para a configuração dos danos existenciais a prova de efetivo prejuízo à vida de relações ou projetos de vida. O requisito é a violação da liberdade de autodeterminar-se, tanto que no caso dos *workaholic*, nada obstante tenham essas pessoas causado prejuízos à sua vida pessoal, familiar e social, no mais das vezes acompanhados de problemas físicos e psíquicos, não houve violação de sua liberdade de escolha, afastando qualquer ato ilícito e, por isso, o dano existencial. O requisito, repisamos, é a imposição pelo empregador de jornada excessiva, ilícita e reiterada, além dos limites verticais e acima do critério flexível de 45 dias no período de um ano, de modo a retirar do trabalhador a autonomia de escolher relacionar-se ou não fora do horário de trabalho, de realizar outros projetos de vida ou não, além do trabalho.

5 – A JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO

O Tribunal Superior do Trabalho, tomando posição jurídica de vanguarda, tem sido receptivo à condenação em indenização por danos existenciais nos casos de frustração dos projetos de vida e da vida de relações dos empregados por atos ilícitos dos empregadores. Nas primeiras decisões, o objeto de fato dos acórdãos referia-se ao trabalho sem a concessão dos períodos anuais de férias³⁷, depois passou a reconhecer que a jornada de trabalho excessiva também era ofensiva dos direitos fundamentais dos trabalhadores, reclamando, além da condenação nas horas extras e no adicional (repercussões patrimoniais), a indenização por danos existenciais (repercussões extrapatrimoniais) do ato ilícito.

No primeiro julgado³⁸, as razões de fato demonstravam que o trabalhador teve uma jornada uniforme das 7h às 21h, com uma hora de intervalo, de segunda-feira a sábado, além de trabalhar três domingos por mês e metade dos feriados das 7h às 16h, com uma hora de intervalo intrajornada. A situação perdurou por cinco anos e três meses. O autor sequer recebia as horas extras, na medida em que o empregador o enquadrava no art. 62, II, da CLT.

37 TST – 7ª Turma – RR 1900-28.2010.5.03.0044 – Relatora Ministra Delaíde Miranda Arantes – DEJT 23.11.2012; e também TST – 1ª Turma – RR 727-76.2011.5.24.0002 – Relator Ministro Hugo Carlos Scheuermann – DEJT 28.06.2013.

38 TST – 4ª Turma – RR 78-64.2012.5.04.0251 – Relatora Ministra Maria de Assis Calsing – DEJT 14.11.2014.

DOCTRINA

O Tribunal fixou a premissa de que o dano existencial é espécie de dano imaterial, ao lado do dano moral, sendo caracterizado quando o trabalhador sofre limitações em relação à sua vida fora do ambiente de trabalho em razão de condutas ilícitas praticadas pela empresa, impossibilitando-o de estabelecer a prática de atividades e desenvolver seus projetos de vida. Também firmou a premissa de que não é qualquer conduta isolada e de curta duração que é considerada como dano existencial. A terceira premissa é que o trabalho prestado em jornadas que excedem habitualmente o limite legal de duas horas extras diárias, tido como parâmetro tolerável, representa afronta aos direitos fundamentais do trabalhador e prejudica as relações sociais e seu desenvolvimento pessoal. O TST não exigiu prova material do prejuízo causado na vida privada do trabalhador pela jornada excessiva, como a frustração objetiva de algum projeto pessoal, profissional ou familiar, na medida em que a violação em si do limite tolerável de jornada diária já geraria ato ilícito, bem como também não levou em consideração o fato de as horas extras terem sido objeto de condenação em capítulo próprio do acórdão revisado. Em conclusão, manteve a decisão recorrida que fixou a indenização por danos existenciais no valor de R\$ 23.183,80.

A decisão debatida, embora não tenha avançado para fixar um critério objetivo para que a jornada excessiva configure dano existencial, é digna de elogios ao distinguir as várias repercussões do ato ilícito e, com isso, não confundir que a condenação em horas extras e adicionais em nada embarça a condenação em danos existenciais, eis que as repercussões são diferentes, uma patrimonial, outra extrapatrimonial. Outro ponto do acórdão digno de aplausos é o reconhecimento de que a extrapolação em si do limite tolerável de jornada por algum período de tempo já é suficiente para configuração dos danos existenciais, por retirar do trabalhador o seu direito constitucional abstrato de relacionar-se fora do ambiente de trabalho e de realizar seus projetos de vida, independentemente de prova efetiva de prejuízo.

O segundo julgado do Tribunal³⁹ refere-se à situação de fato em que o trabalhador foi contratado como ajudante geral e submetido a uma carga de trabalho de segunda a sexta-feira das 18h às 7h, com intervalo de uma hora, pelo período de cinco meses. Considerando a contagem reduzida da hora noturna, o acórdão concluiu que a liça era de 13 horas diárias, continuamente. O valor da condenação em R\$ 12.000,00 foi mantido.

A decisão superior enfrentou o tema sob a conceituação de dano moral, em respeito aos limites semânticos trazidos pela petição inicial e pelo acórdão

39 TST – 3ª Turma – AIRR-1399-02.2012.5.15.0099 – Relator Ministro Mauricio Godinho Delgado – DEJT 28.11.2014.

revisado, mas deixou bastante claro em sua fundamentação que a jornada excessiva reflete nítido desrespeito ao direito de descanso e à comunhão familiar, violando a dignidade humana do trabalhador.

Os três pontos fundamentais da decisão são que a contagem ficta para as jornadas de trabalho, como no caso da hora noturna reduzida, deve ser levada em conta para configurar jornada de trabalho excessiva; que o pagamento das horas extras e adicionais pertinentes é irrelevante para a condenação nas repercussões extrapatrimoniais, não atenuando em nada a conduta ilícita empresarial; bem como que não é exigível prova objetiva de nenhum prejuízo na vida pessoal, familiar ou social do trabalhador para que possa ocorrer o dano. Esse último ocorre com a violação em si da sua dignidade humana, no caso representada pelos direitos à vida, bem-estar individual e social, não mercantilização do trabalho, valorização do trabalho e emprego, e a subordinação da propriedade à sua função socioambiental.

Na terceira decisão⁴⁰, o Tribunal Superior enfrentou a situação de uma empregada que se ativava em um dia das 6h às 21h e no dia seguinte, alternadamente, das 12h às 18h, com apenas duas folgas ao mês, trabalhando em parte dos dias destinados aos descansos semanais e feriados, no período de agosto de 2011 a abril de 2012.

A fundamentação do acórdão inicia reconhecendo que os danos existenciais estão ainda em elaboração doutrinária e jurisprudencial no Brasil, mas avança para diferenciá-los dos danos morais, visto que estes, eminentemente subjetivos, interiorizados, configuram-se pelos sentimentos subjetivos do ofendido, porém os danos existenciais exigem consequências externas na vida da vítima, em razão da alteração para pior dos seus atos de vida e da forma de relacionar com os outros, prejudicando sua realização e comprometendo a capacidade de gozar plenamente a vida. “Esse componente externo e a exigência de a vítima demonstrá-lo são o que diferenciariam o dano existencial do próprio dano moral”.

O acórdão reconhece que, em tese, a sobrejornada habitual e excessiva, exigida pelo empregador, tipifica dano existencial, mas em situações extremas em que haja demonstração inequívoca do comprometimento da vida de relações do trabalhador. Entretanto, na visão do Tribunal, não era a hipótese em julgamento, visto que a jornada excessiva deu-se em dias alternados e o contrato durou apenas nove meses. O mais decisivo para a maioria que se formou na

40 TST – 4ª Turma – RR 154-80.2013.5.04.0016 – Relator Ministro João Oreste Dalazen – DEJT 31.03.2015.

decisão da Turma foi a ausência de provas efetivas de que a jornada extenuante tenha causado prejuízos de forma grave e irremediável à vida de relação do empregado. A decisão deixou assentado que: “Esse último aspecto afigura-se-me sobretudo importante para tipificar e não banalizar, em casos de jornada excessiva, o dano existencial, pois virtualmente pode consultar aos interesses do próprio empregado a dilatação habitual da jornada”.

A mesma decisão avançou, em nosso sentir com razão, para exigir que a jornada excessiva tenha sido imposta pelo empregador e não realizada no interesse do operário, quer por vaidade, compulsão, ganância, necessidade de sobrevivência, quer motivado por alguma necessidade pessoal de provar algo a alguém ou a si mesmo. Há trabalhadores viciados em trabalho, que não conseguem se desligar do trabalho e muitas vezes, por iniciativa própria, deixam de lado os filhos, os pais, os amigos e a família.

Em outra decisão mais recente⁴¹, o Tribunal considerou que as horas *in itinere* e o tempo à disposição deveriam integrar a jornada de trabalho para todos os efeitos, contudo não reconheceu o direito aos danos existenciais por considerar que os prejuízos deveriam estar provados nos autos. A Turma aprofundou, em relação aos precedentes anteriores, para adotar a posição expressa de que, ao contrário dos danos morais, que são configurados *in re ipsa*, os danos existenciais apenas se configuram nas hipóteses em que a vítima fizer prova de que a jornada excessiva e reiterada causou-lhe danos efetivos à sua vida de relações e aos seus projetos de vida. Da fundamentação do acórdão extrai-se a seguinte passagem:

“Não é qualquer conduta isolada e de curta duração, por parte do empregador, que pode ser considerada como dano existencial. Para isso, a conduta deve perdurar no tempo, sendo capaz de alterar o objetivo de vida do trabalhador, trazendo-lhe um prejuízo em suas relações sociais.

Ressalte-se, por oportuno, que o não pagamento de horas *in itinere* ou do tempo à disposição, por si só, não configura ato ilícito cometido pelo empregador a dar ensejo à condenação aos danos existenciais. Apenas o contumaz descumprimento da legislação trabalhista, como o excesso de labor em sobrejornada, além do limite legal, o que configura exploração da mão de obra, portanto, ato ilícito, juntamente com a comprovação do prejuízo ao seu desenvolvimento pessoal e às relações sociais, representa

41 TST – 4ª Turma – ARR 11513-67.2013.5.18.0103 – Relatora Ministra Maria de Assis Calsing – DEJT 29.05.2015.

afronta aos direitos fundamentais do trabalhador, o que caracteriza o efetivo dano existencial.

Portanto, o dano existencial pressupõe a ocorrência concomitante do ato ilícito e a comprovação do prejuízo.

Pois bem. Na hipótese dos autos, o Regional consignou que não foi demonstrada a ‘extirpação concreta de projetos de vida’, em razão da supressão de minutos diários (tempo à disposição para troca de uniforme e horas *in itinere*), destacando que havia razoável controvérsia acerca dos direitos perseguidos.

Desse modo, correto o entendimento do Regional, porque a ofensa não pode ser presumida, pois o dano existencial, ao contrário do dano moral, não é *in re ipsa*, de forma a se dispensar o autor do ônus probatório do ato ilícito cometido e da ofensa sofrida.

Não houve demonstração cabal do prejuízo. Logo, não há que se falar em indenização por dano existencial.”

A partir da revisão crítica das decisões do Tribunal Superior do Trabalho, observamos que o tema dos danos existenciais vem ganhando espaço no debate jurisprudencial trabalhista e que, nada obstante ainda esteja em construção, alguns requisitos já são uniformes: 1) que a jornada excessiva tenha violado os limites impostos pelo direito material, inclusive as contagens fictas, o tempo à disposição e as horas *in itinere*; 2) que a extrapolação seja reiterada, postergada no tempo e não episódica; 3) que a jornada exaustiva tenha sido imposta pelo empregador e não feita de forma espontânea pelo trabalhador; e 4) que as repercussões patrimoniais (condenação em horas extras e respectivos adicionais) são independentes das repercussões extrapatrimoniais (indenização por danos existenciais), de modo que a quitação das horas extras ou a concessão de compensação de jornada não impede que se reconheçam os danos existenciais.

As divergências ainda se assentam no aspecto temporal-horizontal, na medida em que a segunda decisão considerou cinco meses como tempo suficiente para configuração do ilícito, enquanto a terceira decisão considerou nove meses de contrato um período muito curto. A outra divergência de fundo entre as decisões é a respeito da necessidade ou não de prova material objetiva dos prejuízos causados pela jornada excessiva. Enquanto nas primeiras decisões configurar-se-ia *in re ipsa*, nos últimos julgados a prova efetiva do prejuízo material sofrido pelos empregados foi elevada ao *status* de requisito principal.

A nossa opinião sobre os dois requisitos ainda divergentes, conforme já fundamentado nos tópicos *retro*, é a de que o limite horizontal objetivo é

DOCTRINA

a exigência pelo empregador de jornada excessiva em período superior a 45 dias por ano, pelo menos enquanto critério flexível, como pauta argumentativa inicial, de modo que quanto mais a jornada exaustiva foi imposta, maior será a extensão dos danos e o valor da indenização, a partir de quando o limite horizontal seja extrapolado.

Já quanto à necessidade ou não de prova material do dano, defendemos que o dano configura-se pela simples violação objetiva do direito fundamental dos trabalhadores de autodeterminar-se, de exercitar sua autonomia, de gozar de sua vida de relações e projetos de vida fora do horário de trabalho, inclusive estando dentro da sua álea de liberdade optar por constituir família ou não, por relacionar-se ou não socialmente, por frequentar ou não algum curso, de modo que a violação ao seu patrimônio jurídico ocorreria com a restrição de sua liberdade, independentemente de prova material nos autos da maior ou menor extensão, mas, muito antes disso, o só fato de retirar-lhe a possibilidade de, autonomamente, deliberar sobre seus projetos de vida configura os danos existenciais indenizáveis, cujas repercussões ordinárias independem de prova (fatos notórios). Apenas as alegações especiais, mais graves, demandariam a necessidade de prova e atrairiam o ônus probatório para a vítima.

Também observamos, inclusive no segundo precedente revisado acima, que a imposição de jornada de trabalho excessiva tem gerado condenações, ora sob o título de danos morais, ora como danos existenciais, conforme a compreensão jurídica dos autores da ação, ao fundamentarem a inicial e fazerem os pedidos, e dos magistrados ao julgá-las. Ao se adotar a posição mais recente dos julgados do Tribunal Superior do Trabalho de que os danos morais configuram-se *in re ipsa* e que os danos existenciais demandariam prova material do prejuízo, o debate da questão será artificializado, além de se desconsiderar que ambos são atualmente verificáveis pela perspectiva constitucional-objetiva. Bastará aos autores, mesmo verificando restrição do seu direito de autodeterminação pela imposição de jornada excessiva, fundamentar e fazer o pedido de indenização por danos morais para que, placidamente, não lhe seja exigida prova alguma de prejuízo, na medida em que os danos morais configurar-se-iam *in re ipsa*, conforme a jurisprudência remansosa do próprio Tribunal Superior do Trabalho.

6 – CONCLUSÕES

– A dignidade da pessoa humana é o fundamento dos modernos Estados Democráticos e os direitos humanos previstos em tratados internacionais ratificados e os direitos fundamentais positivados pelas constituições representam as suas especificações nos diversos compartimentos do Direito. Cada direito

fundamental adotado representa a incidência da dignidade humana, um reflexo em determinada situação específica, ou seja, o resultado da intermediação legislativa constitucional ao mediar as suas eficácias aos casos especiais.

– A dignidade humana possui força normativa e aplicação direta nas relações jurídicas, seja na relação entre cidadão e Estado (eficácia vertical), como também nas relações entre particulares (eficácia horizontal dos direitos fundamentais), entre as quais as de trabalho. O reverso do reconhecimento das eficácias da dignidade e dos direitos fundamentais nas relações privadas é também constatar a possibilidade fático-jurídica de violações, cuja principal repercussão é a configuração dos danos morais indenizáveis para os casos de violação direta da dignidade e dos danos existenciais nos casos de violação direta à autonomia e à autodeterminação dos trabalhadores, privando-lhes do direito de escolha dos seus projetos de vida e da sua vida de relações fora do horário de trabalho.

– Dano é qualquer violação a um interesse juridicamente protegido que causa prejuízo à vítima. Referida violação repercute sobre a vítima, podendo atingir seus interesses patrimoniais ou extrapatrimoniais, independentemente do objeto violado em si. Poderá haver violação de um objeto, mas com repercussões patrimoniais e extrapatrimoniais, como pode haver violação da integridade do ser humano, com ambas as repercussões. Dessa premissa segue que o que define o gênero dos danos não é o objeto violado, se uma coisa ou uma pessoa, mas as repercussões sobre a vítima, as quais podem alcançar ambos os gêneros a partir de um único ato ilícito.

– Os requisitos objetivos para configuração dos danos existenciais por jornada excessiva são a violação do limite temporal-vertical fixado pelo direito material, que a violação ocorra ao menos pelo período de 45 dias por ano, nas situações ordinárias, e que a jornada excessiva seja imposta pelo empregador.

– A prova material do dano existencial não é exigível, de ordinário, na medida em que as consequências sobre a vítima constituem fatos notórios, além de que a prova seria impossível de ser realizada (fato negativo). Apenas as alegações de fato que constituem situações especiais, mais graves, demandariam a necessidade de prova e atrairiam, o ônus probatório para a vítima. O dano configura-se pela simples violação objetiva do direito fundamental dos trabalhadores de autodeterminar-se, de exercer sua autonomia, de gozar de sua vida de relações e projetos de vida fora do horário de trabalho, seguindo que os fatos específicos, se provados, teriam o condão de agravar a indenização.

DOCTRINA

– O trabalho excessivo e reiterado, além do limite legal, ainda que haja compensação ou pagamento da sobrejornada, importa em dano existencial, na medida em que retira do trabalhador o seu direito de exercer sua liberdade, de autodeterminar-se de forma livre, de poder escolher relacionar-se ou não no âmbito familiar e social, bem como prejudica os seus projetos de vida fora do ambiente de trabalho. A citada violação repercute na esfera patrimonial (com a condenação em horas extras e respectivos adicionais), mas também na esfera extrapatrimonial, mais especificamente causando-lhe danos existenciais indenizáveis.

CUMULAÇÃO DOS ADICIONAIS DE INSALUBRIDADE E PERICULOSIDADE: UMA ANÁLISE MATEMÁTICA DAS CONSEQUÊNCIAS DO ATUAL ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL DOMINANTE SOBRE O TEMA NA RENDA DO TRABALHADOR

Eduardo Rodrigues do Nascimento*

O direito do trabalho surgiu como disciplina autônoma após as profundas transformações sociais e econômicas provocadas pela Revolução Industrial, ocorrida na Inglaterra no século XVIII, a qual ocasionou intensiva mecanização do trabalho, o êxodo populacional das zonas rurais para os centros urbanos e a exploração da abundante mão de obra pelos detentores dos meios de produção.

Como a atuação do Estado no âmbito trabalhista ainda era incipiente, as novas formas de labor passaram a impor gravosos riscos à saúde e à integridade física dos operários em decorrência de inúmeros fatores, tais como a excessiva jornada de trabalho, a inadequação das instalações, a ausência de equipamentos de proteção e a exposição a agentes químicos, físicos e biológicos, que antes não faziam parte de sua realidade.

As normas de direito civil, centradas em regras privadas que privilegiavam a liberdade dos contratantes, não forneciam a proteção necessária ao lado mais frágil da relação bilateral, em virtude da ausência de poder de barganha do trabalhador, ocasionada pela oferta abundante de mão de obra em busca de colocação no mercado de trabalho.

O Estado passou a legislar na esfera laboral em decorrência não apenas da reação da classe trabalhadora à crescente exploração pelos empregadores, mas também da percepção de que a ausência de regulação prejudicava a sociedade como um todo, em virtude da diminuição da saúde da mão de obra ativa e do aumento do número de pessoas que necessitava de sua assistência social.

* *Graduado em Economia pela Universidade de São Paulo (USP); graduando em Direito na Universidade Paulista (UNIP); assistente de juiz substituto do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região.*

DOCTRINA

Ao longo do século XX surgiram diversos diplomas legislativos em todo o mundo, com o objetivo de racionalizar a utilização de mão de obra, concedendo direitos e estabelecendo deveres a contratantes e contratados. Uma das principais tendências observadas no âmbito internacional foi a preocupação com a eliminação ou minimização dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança.

Segundo Oliveira (1998, p. 124), o direito do trabalho comparado indica que os legisladores adotaram três estratégias básicas para lidar com a exposição do trabalhador a agentes nocivos: a) aumentar a remuneração para compensar o maior desgaste (monetização do risco); b) proibir o trabalho; e c) reduzir a jornada.

No Brasil, a estratégia escolhida pelo legislador para lidar com a exposição dos trabalhadores a agentes nocivos foi o aumento da remuneração (monetização do risco).

Os adicionais de insalubridade e periculosidade foram criados como parcelas salariais, com o objetivo de remunerar atividades prestadas em condições adversas à saúde ou à integridade física do trabalhador, de modo que aquele que presta seus serviços em condições piores que o normal recebe uma contraprestação mais vantajosa.

Contudo, ao contrário de outros países que também adotaram a estratégia da monetização dos riscos, a legislação trabalhista brasileira impôs ao trabalhador a obrigatoriedade de optar pela percepção de apenas um dos adicionais, ainda que esteja exposto, concomitantemente, a agentes insalubres e perigosos (art. 193, § 2º, da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT).

Após a promulgação da Constituição Federal de 1988, um dos principais questionamentos que surgiram na seara trabalhista foi a possibilidade de não recepção desse dispositivo celetista pela nova ordem constitucional, em razão de divergências literais e interpretativas entre os textos das duas normas.

Essa discussão tornou-se mais latente após a introdução no sistema jurídico interno das Convenções ns. 148 e 155 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), normas posteriores à legislação celetista e que preveem uma proteção mais efetiva dos trabalhadores em relação à saúde e à segurança no trabalho.

ARCABOUÇO NORMATIVO DAS ATIVIDADES INSALUBRES E PERIGOSAS

Atualmente, o adicional de insalubridade é tratado com base nas disposições da Lei nº 6.514, de 22 de dezembro 1977, a qual deu nova redação aos

DOCTRINA

arts. 154 a 201 da CLT, e pela Norma Regulamentadora nº 15 do Ministério do Trabalho e Emprego, aprovada pela Portaria nº 3.214, de 8 de junho de 1978.

O art. 189 da CLT estabelece que atividades ou operações insalubres são aquelas que, por sua natureza, condições ou métodos de trabalho, exponham os empregados a agentes nocivos à saúde, acima dos limites de tolerância fixados em razão da natureza e da intensidade do agente e do tempo de exposição aos seus efeitos.

Incumbe ao Ministério do Trabalho e Emprego reconhecer as atividades e operações insalubres e adotar normas sobre os critérios de caracterização da insalubridade, os limites de tolerância aos agentes agressivos, meios de proteção e o tempo máximo de exposição do empregado a esses agentes.

Por fim, o art. 192 da CLT dispõe que o exercício de trabalho em condições insalubres, acima dos limites de tolerância estabelecidos pelo Ministério do Trabalho, assegura a percepção de adicional respectivamente de 40%, 20% e 10% sobre o salário mínimo, segundo se classifiquem nos graus máximo, médio e mínimo.

A base de cálculo do adicional de insalubridade ensejou intensas discussões doutrinárias e jurisprudenciais, em decorrência do conflito entre o disposto no *caput* do art. 192 da CLT e a regra contida no inciso IV do art. 7º da Constituição Federal de 1988.

O dispositivo celetista estabelece o valor do adicional de insalubridade como uma porcentagem do salário mínimo, ao passo que a norma contida na Carta Magna veda a vinculação deste para qualquer fim.

Nas palavras de Cassar (2011, p. 872), com a edição da Súmula Vinculante nº 4, o Supremo Tribunal Federal (STF) pacificou o assunto, prevalecendo a tese de que a vinculação do adicional de insalubridade ao salário mínimo ofende a Constituição Federal.

Contudo, a norma contida no art. 192 da CLT continua a reger as relações obrigacionais, em razão da impossibilidade de o Poder Judiciário substituir o legislador para definir critério diverso. Assim decidindo, o STF adotou a técnica conhecida no direito constitucional como declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade (Id. *Ibid.*, p. 873).

Portanto, a tese que prevalece atualmente na jurisprudência trabalhista é a de que, enquanto não houver lei que discipline a base de cálculo do adicional de insalubridade e da sua atualização, a Justiça do Trabalho deve continuar utilizando como base de cálculo o salário mínimo, em prol da segurança jurídica.

DOCTRINA

Por sua vez, o adicional de periculosidade encontra previsão no art. 193 da CLT, com a redação dada pela Lei nº 12.740, de 8 de dezembro de 2012. O regulamento do dispositivo celetista encontra-se na Norma Regulamentadora nº 16 do Ministério do Trabalho e Emprego, aprovada pela Portaria nº 3.214/78.

O art. 193 da CLT define as atividades ou operações perigosas como aquelas que, na forma da regulamentação aprovada pelo Ministério do Trabalho e Emprego, por sua natureza ou métodos de trabalho, impliquem risco acentuado em virtude de exposição permanente do trabalhador a inflamáveis, explosivos, energia elétrica, roubos ou outras espécies de violência física nas atividades profissionais de segurança pessoal ou patrimonial, além das atividades de trabalhador em motocicleta.

Ao contrário da insalubridade, a periculosidade não é eliminada ou neutralizada com utilização de equipamentos de proteção individual ou adoção de medidas que ajustem o ambiente laboral dentro dos limites de tolerância, pois ela decorre da própria natureza da atividade.

Nesse contexto, o § 1º do art. 193 da CLT estabelece que o trabalho em condições de periculosidade assegura ao empregado um adicional de 30% sobre o salário-base, sem os acréscimos resultantes de gratificações, prêmios ou participações nos lucros da empresa.

POSIÇÃO JURISPRUDENCIAL DOMINANTE SOBRE O TEMA

O entendimento jurisprudencial predominante sobre a questão é pela impossibilidade de cumulação dos adicionais de insalubridade e periculosidade, com fundamento no princípio da legalidade.

O inciso XXIII do art. 7º da Constituição Federal estabeleceu o direito aos adicionais de periculosidade, insalubridade ou penosidade, na forma prevista em lei ordinária.

Quando o legislador constitucional fez referência aos termos da lei, estabeleceu um campo de reserva para o legislador infraconstitucional, o qual poderia restringir seus efeitos. Na célebre lição de José Afonso da Silva, trata-se, portanto, de norma de eficácia contida.

No caso, o § 2º do art. 193 do diploma celetista prevê que o empregado pode fazer a opção pelo adicional mais benéfico, deixando implícita a impossibilidade do recebimento cumulado.

POSIÇÃO DOUTRINÁRIA E JURISPRUDENCIAL SOBRE A NÃO APLICAÇÃO DO § 2º DO ART. 193 DA CLT

Ao longo dos últimos anos, ocorreram várias manifestações doutrinárias e jurisprudenciais no sentido da superação da tese de impossibilidade de cumulação dos adicionais de insalubridade e periculosidade aos trabalhadores expostos a ambos os agentes.

O argumento mais recorrente é de que a forma de agressão ao trabalhador tem natureza distinta em se tratando de condições insalubres ou perigosas.

Na primeira hipótese, há danos à saúde, provocando o adoecimento do trabalhador, normalmente a longo prazo, pela exposição a agentes físicos, químicos ou biológicos. Por outro lado, o trabalho perigoso, como regra, pode levar à incapacidade, temporária ou permanente, ou mesmo à morte súbita, em decorrência de seu potencial instantâneo (PENA, 2011, p. 84).

Além da forma de agressão, os adicionais tutelam bens jurídicos também distintos. O adicional de insalubridade serve como contraprestação para eventuais danos impostos à saúde do trabalhador, ao passo que o adicional de periculosidade tutela a própria vida e objetiva compensar danos à integridade física do prestador dos serviços. Nas palavras de Pena (*Ibidem*, p. 85), “costuma-se falar que é sadio o ambiente de trabalho sem insalubridade e seguro aquele onde não há periculosidade”.

Quando ocorre a opção por um dos adicionais, o trabalhador fica exposto a condições insalubres ou perigosas sem a contraprestação pecuniária relativa a um desses agentes, em total afronta a princípios basilares da Constituição Federal e sujeitando o empregado a manifesta desvantagem na relação contratual.

Em suma, são bens jurídicos diversos e com tratamento normativo distinto, seja quanto às hipóteses de cabimento, seja quanto aos percentuais, seja quanto à base de cálculo.

Seguindo essa mesma linha de raciocínio, leciona o doutrinador José Augusto Rodrigues Pinto (2007, p. 425-427):

“Com efeito, a insalubridade é insidiosa e lenta nos seus resultados. O risco provocado pela periculosidade é de impacto e instantâneo, quando se consuma. Daí um deles dirigir-se à saúde, o outro, à integridade física ou à própria vida da vítima de sua ação.

(...)

DOCTRINA

Os adicionais legais são cumuláveis, sob a única condição de que o trabalho seja prestado de acordo com os pressupostos de cada um deles.

O direito à cumulação é de uma lógica irresponsável: se a situação de desconforto pessoal tem correspondência numa indenização, o valor desta deve abranger tantos percentuais quantas sejam as circunstâncias causadoras do desconforto, que traz um dano efetivo ao trabalhador, ou do risco a que ele é exposto.

Por isso mesmo, causa profunda espécie que o art. 193, § 2º, da CLT, herdando restrição levantada desde a Lei nº 2.573/55, que instituiu o adicional de periculosidade, tenha aberto ao empregado submetido às duas condições mais severas de serviço, simultaneamente, o dilema de ‘optar (?) pelo adicional de insalubridade que porventura lhe seja devido’ quando comprovado pericialmente que também trabalhou em condição perigosa. Não encontramos explicação jurídica para isso, daí entendemos ter havido uma recaída do legislador em favor do poder econômico. E recaída amargamente irônica, além de tudo, ao deixar ao empregado escolher a melhor entre duas desgraças: ficar doente ou morrer, simplesmente.” (grifo nosso)

A fim de afastar a aplicação do § 2º do art. 193 da CLT, as teses mais aceitas são aquelas que defendem a não recepção do dispositivo celetista pela Constituição Federal de 1988 e a superação de sua redação pelas Convenções Internacionais ratificadas pelo legislador pátrio nacional, as quais têm hierarquia de lei ordinária posterior.

O inciso XXIII do art. 7º da CF não estabeleceu qualquer impedimento ao recebimento cumulado dos adicionais de insalubridade, periculosidade ou penosidade, importando a restrição celetista em negação a um direito assegurado pela Constituição.

Nesse mesmo sentido, ao tratar da redação do § 2º do art. 193 da CLT, Pena (2011, p. 87) sugere que “quando estabelece a necessidade de opção por um dos adicionais, está negando o outro”. Acrescenta que:

“(…) a impossibilidade de percepção cumulada dos adicionais de periculosidade e insalubridade, constante do § 2º do art. 193 da CLT e do item 15.3 da NR-15, não se mostra compatível com as normas constitucionais mencionadas, notadamente o princípio da dignidade da pessoa humana e o direito à redução dos riscos inerentes ao trabalho e ao meio ambiente laboral saudável.”

Além disso, o *caput* do mesmo dispositivo apregoa que em seus incisos estão listados direitos do trabalhador, sendo no mínimo contraditória uma interpretação restritiva de direitos do trabalhador, com base em um de seus incisos, ainda mais de forma implícita.

A segunda tese é baseada no direito internacional do trabalho, já que o Brasil ratificou as Convenções ns. 148 e 155 da OIT. A primeira traz a seguinte redação em seu art. 8.3:

“Os critérios e limites de exposição deverão ser fixados, completados e revisados a intervalos regulares, de conformidade com os novos conhecimentos e dados nacionais e internacionais, e tendo em conta, na medida do possível, *qualquer aumento dos riscos profissionais resultante da exposição simultânea a vários fatores nocivos no local de trabalho.*” (grifo nosso)

Por sua vez, o art. 11 da Convenção nº 155 da OIT traz redação ainda mais conflitante com o dispositivo celetista atacado:

“Art. 11 – Com a finalidade de tornar efetiva a política referida no artigo 4 da presente Convenção, a autoridade ou as autoridades competentes deverão garantir a realização progressiva das seguintes tarefas:

(...)

b) a determinação das operações e processos que serão proibidos, limitados ou sujeitos à autorização ou ao controle da autoridade ou autoridades competentes, assim como a determinação das substâncias e agentes aos quais estará proibida a exposição no trabalho, ou bem limitada ou sujeita à autorização ou ao controle da autoridade ou autoridades competentes; *deverão ser levados em consideração os riscos para a saúde decorrentes da exposição simultâneas a diversas substâncias ou agentes;*” (grifo nosso)

Portanto, se os fatores de risco têm natureza distinta, cada um dos adicionais busca compensá-lo de maneira particularizada. Em caso de ocorrência simultânea de mais de um fator de risco, a regra internacional determina que eles sejam considerados de modo cumulativo.

Todos esses argumentos foram adotados recentemente pela 7ª Turma do Tribunal Superior do Trabalho e pela 3ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região, constituindo importantes precedentes sobre o tema e demonstrando que existe uma tendência pela superação da tese de impossibilidade de cumulação dos adicionais de insalubridade e periculosidade:

DOCTRINA

“AÇÃO TRABALHISTA DE AUTOS 1072-72.2011.5.02.0384. RECURSO DE REVISTA. CUMULAÇÃO DOS ADICIONAIS DE INSALUBRIDADE E PERICULOSIDADE. POSSIBILIDADE. PREVALÊNCIA DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS E SUPRALEGAIS SOBRE A CLT. JURISPRUDÊNCIA CONSOLIDADA DO STF QUANTO AO EFEITO PARALISANTE DAS NORMAS INTERNAS EM DESCOMPASSO COM OS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS. INCOMPATIBILIDADE MATERIAL. CONVENÇÕES NS. 148 E 155 DA OIT. NORMAS DE DIREITO SOCIAL. CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE. NOVA FORMA DE VERIFICAÇÃO DE COMPATIBILIDADE DAS NORMAS INTEGRANTES DO ORDENAMENTO JURÍDICO. A previsão contida no art. 193, § 2º, da CLT não foi recepcionada pela Constituição Federal de 1988, que, em seu art. 7º, XXIII, garantiu de forma plena o direito ao recebimento dos adicionais de penosidade, insalubridade e periculosidade, sem qualquer ressalva no que tange à cumulação, ainda que tenha remetido sua regulação à lei ordinária. A possibilidade da aludida cumulação se justifica em virtude de os fatos geradores dos direitos serem diversos. Não se há de falar em *bis in idem*. No caso da insalubridade, o bem tutelado é a saúde do obreiro, haja vista as condições nocivas presentes no meio ambiente de trabalho; já a periculosidade traduz situação de perigo iminente que, uma vez ocorrida, pode ceifar a vida do trabalhador, sendo este o bem a que se visa proteger. A regulamentação complementar prevista no citado preceito da Lei Maior deve se pautar pelos princípios e valores insculpidos no texto constitucional, como forma de alcançar, efetivamente, a finalidade da norma. Outro fator que sustenta a inaplicabilidade do preceito celetista é a introdução no sistema jurídico interno das Convenções Internacionais ns. 148 e 155, com *status* de norma materialmente constitucional ou, pelo menos, supralegal, como decidido pelo STF. A primeira consagra a necessidade de atualização constante da legislação sobre as condições nocivas de trabalho e a segunda determina que sejam levados em conta os ‘riscos para a saúde decorrentes da exposição simultânea a diversas substâncias ou agentes’. Nesse contexto, não há mais espaço para a aplicação do art. 193, § 2º, da CLT. Recurso de revista de que se conhece e a que se nega provimento.” (Publicado em 03.10.2014. Relator: Ministro Cláudio Mascarenhas Brandão)

“AÇÃO TRABALHISTA DE AUTOS 2439-05.2011.5.15.0018. ADICIONAL DE INSALUBRIDADE E PERICULOSIDADE. CUMU-

LAÇÃO. NÃO RECEPÇÃO DO DISPOSTO NO ART. 193, § 2º, DA CLT PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988. CONVENÇÕES NS. 148 E 155 DA OIT. O Constituinte garantiu expressamente que o trabalhador tem direito à redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança (art. 7º, XXII), aos adicionais de remuneração para as atividades penosas, insalubres ou perigosas, na forma da lei (art. 7º, XXIII), bem como ao meio ambiente do trabalho seguro (art. 200, VIII). Também tem como fundamentos a dignidade da pessoa humana e o valor social do trabalho (art. 1º, III e IV), além de garantir o princípio da igualdade (art. 5º, *caput*). Assim, se o constituinte garantiu o direito aos adicionais de insalubridade e periculosidade, sem autorizar qualquer restrição, ainda que pela via infraconstitucional, não foi recepcionada a opção prevista no § 2º do art. 193 da CLT. Ademais, feriria o princípio da igualdade previsão de que empregado sujeito aos dois fatos geradores distintos receba o mesmo tratamento de colega sujeito a apenas um deles. Além disso, o parágrafo sob exame colide frontalmente com o disposto nas Convenções ns. 148 e 155 da OIT, que têm estatura de norma supralegal. Assim, constatado que o empregado se sujeitou a dois fatos geradores distintos, faz jus, cumulativamente, aos respectivos adicionais de periculosidade e insalubridade.” (Publicado em 17.04.2015. Relator: Desembargador Samuel Hugo Lima)

Após a discussão sobre as teses doutrinárias e jurisprudenciais, passamos à análise de uma frente de argumentação pouco utilizada, qual seja os impactos algébricos e quantitativos sobre a renda do trabalhador decorrentes da impossibilidade de percepção cumulada dos adicionais de insalubridade e periculosidade.

ANÁLISE ALGÉBRICA E QUANTITATIVA DOS IMPACTOS DA IMPOSSIBILIDADE DE CUMULAÇÃO SOBRE A RENDA DO TRABALHADOR

Com base nas características de cada atividade profissional, seria possível criar uma infinidade de cenários para a apuração das perdas do trabalhador, computando na base de cálculo da remuneração gratificações, comissões ou outras parcelas de natureza salarial (adicional noturno, horas extras, adicional de transferência). Contudo, não é objetivo deste trabalho abarcar todas as situações possíveis.

DOUTRINA

Procuramos nos concentrar em um trabalhador paradigma, que não recebe gratificações ou outros adicionais, a fim de evitar uma discussão extensa e uma desnecessária pormenorização dos cálculos.

Além disso, sempre que possível apresentamos observações sobre os impactos na renda do trabalhador inserido no patamar mais extremo da relação de emprego, qual seja aquele que aufero o salário mínimo.

Entendemos que o debate se torna mais acessível e harmônico quando projetamos parâmetros que representam um trabalhador comum, mantendo a simplicidade dos argumentos e permitindo uma clara demonstração das conclusões a que pretendemos chegar.

Por fim, cumpre salientar que as equações que serão apresentadas permitem o acréscimo de mais variáveis, possibilitando que trabalhos posteriores possam se aprofundar nas conclusões aqui obtidas.

Antes de iniciar a análise das perdas propriamente ditas, é preciso definir as características do trabalhador paradigma, estabelecer os parâmetros de cálculo que serão utilizados e obter a expressão algébrica da renda do trabalhador, para que possamos visualizar com maior clareza o impacto sobre a renda após a opção por um dos adicionais e extrair conclusões mais robustas sobre cada cenário apresentado.

1 – TRABALHADOR PARADIGMA E PARÂMETROS DE CÁLCULO

No intuito de tornar a discussão acessível e simplificada, as demonstrações algébricas adotam as seguintes premissas e critérios de cálculo:

– o trabalhador paradigma recebe apenas o salário-base, sem acréscimo de gratificações, comissões ou outros adicionais;

– o trabalhador paradigma não presta horas extras nem labora no período noturno;

– o trabalhador paradigma é um empregado mensalista, contratado pelo regime da CLT, e não está sujeito ao regime de tempo parcial do art. 58-A ou outra situação de caráter especial;

– o trabalhador paradigma nunca faltou ao serviço e tem mais de um ano completo na empresa, sendo a admissão no dia 1º de janeiro de um ano qualquer;

– o trabalhador paradigma goza um período de 30 dias de férias por ano e recebe o 13º salário integralmente no mês de dezembro;

DOCTRINA

– os adicionais de insalubridade e periculosidade possuem natureza salarial; e

– aplicam-se as disposições previstas nos art. 142, § 5º, da CLT (férias); art. 1º, § 1º, da Lei nº 4.090/62 (13º salário); e art. 15 da Lei nº 8.036/90 (depósitos de FGTS).

Feitas essas considerações, passamos a analisar a composição da renda do trabalhador paradigma.

2 – COMPOSIÇÃO DA RENDA DO TRABALHADOR PARADIGMA

Caso fosse possível ao trabalhador paradigma receber cumulativamente os adicionais de insalubridade e periculosidade, sua remuneração mensal seria representada da seguinte forma:

$$R' = Sb + AP + AI$$

R' é a remuneração mensal;
Sb é o salário-base do trabalhador;
AP é o adicional de periculosidade;
AI é o adicional de insalubridade.

A legislação trabalhista estabelece que o adicional de periculosidade corresponde a um percentual fixo do salário-base, ao passo que o adicional de insalubridade representa um percentual variável do salário mínimo, a depender do grau de exposição. Podemos descrever tais situações da seguinte forma:

$$AP = \rho \times Sb$$

$$AI = \gamma \times M$$

Sb é o salário-base do trabalhador;
 ρ é o percentual do adicional de periculosidade;
 γ é o percentual do adicional de insalubridade;
M é o salário mínimo.

Dessa forma, a remuneração mensal do trabalhador paradigma, caso ele pudesse receber os adicionais de insalubridade e periculosidade cumulativamente, poderia ser escrita da seguinte maneira:

$$R' = Sb + (\rho \times Sb) + (\gamma \times M) \text{ ou } R' = [(1 + \rho) \times Sb] + (\gamma \times M)$$

Sb é o salário-base do trabalhador;
 ρ é o percentual do adicional de periculosidade;
 γ é o percentual do adicional de insalubridade;
M é o salário mínimo.

DOCTRINA

Estabelecida a equação que descreve a remuneração do trabalhador paradigma, passamos à análise sobre como é feita, atualmente, a opção pelo adicional mais vantajoso, conforme determina o § 2º do art. 193 da CLT.

3 – CRITÉRIOS PARA APURAÇÃO DO ADICIONAL MAIS VANTAJOSO

Para que o trabalhador paradigma possa optar pelo adicional de insalubridade ou de periculosidade, é necessário observar dois aspectos relevantes previstos na Constituição Federal e na Consolidação das Leis do Trabalho que afetam diretamente a comparação.

A Constituição Federal de 1988 estabelece que nenhum empregado pode receber salário inferior ao mínimo legal, o que acarreta a conclusão de que o salário-base nunca será inferior ao mínimo. Em termos algébricos, podemos escrever essa situação da seguinte forma:

$$Sb \geq M$$

Sb é o salário-base do trabalhador;

M é o salário mínimo.

Por sua vez, a CLT estabelece que os empregados têm direito à percepção de um adicional no percentual de 10%, 20% ou 40%, conforme suas atividades sejam caracterizadas como insalubres em grau mínimo, médio ou máximo, ao passo que o adicional de periculosidade equivale a 30% do salário-base do trabalhador.

Como o salário-base é sempre maior ou igual ao salário mínimo e a insalubridade em grau mínimo ou médio acarreta o pagamento de percentual inferior ao devido pela exposição a agentes perigosos, é possível concluir que o adicional de insalubridade só é mais vantajoso para o trabalhador, no momento de optar por um dos adicionais, quando a exposição ao agente insalubre ocorrer em grau máximo.

Em termos algébricos, é fácil constatar que se o trabalhador encontra-se exposto, concomitantemente, a agentes perigosos e insalubres em grau mínimo ou médio, ele sempre optará por receber o adicional de periculosidade:

$$\gamma = 0,1 \text{ ou } 0,2 \text{ (insalubridade em grau mínimo ou médio – 10\% ou 20\%)}$$

$$\rho = 0,3 \text{ (adicional de periculosidade – 30\%)}$$

Portanto, se $\rho > \gamma$ e $Sb \geq M$,

então $\rho \times Sb > \gamma \times M$.

DOUTRINA

Porém, essa observação ainda não encerra a discussão. Como o salário-base é sempre maior que o salário mínimo, é possível que o adicional de periculosidade seja mais vantajoso ao trabalhador, ainda que sua exposição aos agentes insalubres ocorra em grau máximo.

Isso ocorre porque a diferença entre o valor do salário-base e o valor do salário mínimo pode ser tão grande que compensa a diferença entre os adicionais pagos pela insalubridade ou periculosidade. Por esse motivo, a opção pelo adicional de insalubridade só será mais vantajosa se o percentual de 40% aplicado sobre o salário mínimo for superior ao percentual de 30% aplicado sobre o salário-base.

Em termos algébricos, podemos descrever essa situação da seguinte forma:

$$\gamma = 0,4 \text{ (insalubridade em grau máximo – 40\%)}$$

$$\rho = 0,3 \text{ (adicional de periculosidade – 30\%)}$$

Como $\rho < \gamma$ e $S_b \geq M$, o adicional de insalubridade será mais vantajoso quando

$$0,4 \times M > 0,3 \times S_b \Rightarrow M > (0,3/0,4) \times S_b \Rightarrow M > 0,75 \times S_b$$

Portanto, o adicional de insalubridade só será mais vantajoso que o adicional de periculosidade quando ocorrerem simultaneamente as seguintes situações:

a) o trabalhador está exposto a agentes que lhe dão direito à percepção do adicional de insalubridade em grau máximo ($\gamma = 0,4$ ou 40%); e

b) é necessário que o salário mínimo equivalha a mais de 75% do salário-base do trabalhador.

Quando o trabalhador estiver exposto a agentes insalubres em grau máximo e o salário mínimo definido em lei for igual a 75% do salário-base, a opção pelos adicionais é indiferente, já que um não é mais vantajoso que o outro.

Com base nesses resultados é possível traçar diversos cenários, fazendo uma análise pormenorizada dos impactos na renda do trabalhador da impossibilidade de cumulação dos adicionais.

4 – PERDAS DO TRABALHADOR PARADIGMA EXPOSTO A AGENTES INSALUBRES EM GRAUS MÍNIMO E MÉDIO

Como vimos anteriormente, caso houvesse o recebimento cumulado dos adicionais, a remuneração do trabalhador paradigma seria:

$$R' = Sb + (\rho \times Sb) + (\gamma \times M)$$

R' é a remuneração mensal;

Sb é o salário-base do trabalhador;

ρ é o percentual do adicional de periculosidade;

γ é percentual do adicional de insalubridade;

M é o salário mínimo.

No entanto, esse trabalhador precisa optar por um dos adicionais, motivo pelo qual ele deixará de receber uma das duas parcelas: $(\rho \times Sb)$ ou $(\gamma \times M)$.

Na hipótese de exposição a agentes insalubres em grau mínimo ou médio, observamos que o adicional de periculosidade é sempre mais vantajoso que o adicional de insalubridade. Isso ocorre porque o parâmetro γ é igual a 0,1 ou 0,2 e o parâmetro ρ é igual a 0,3, associado ao fato de que $Sb \geq M$.

Nesse cenário, a renda real do trabalhador paradigma pode ser escrita da seguinte forma:

$$R = Sb + (\rho \times Sb) \text{ ou } R = [(1 + \rho) \times Sb]$$

A consequência natural e notoriamente visível é a perda de parte da remuneração em decorrência da supressão do adicional de insalubridade $(\gamma \times M)$, que corresponde a 10% ou 20% do salário mínimo.

Porém, existem outras consequências indesejáveis que podem ser observadas com mais propriedade após a análise da supressão das variáveis γ e M da equação que define a renda real do trabalhador:

a) o trabalhador exposto a agentes mais nocivos a sua saúde e que deveria ser mais protegido pela legislação (insalubridade em grau médio) encontra-se na mesma condição daquele exposto a agente menos nocivo (insalubridade em grau mínimo). Como o trabalhador auferir tão somente o adicional de periculosidade, não importa se ele está exposto a agentes insalubres em grau mínimo ou médio, pois não haverá contraprestação;

b) o trabalhador sofre perdas indiretas, decorrentes da não consideração do adicional de insalubridade para o cálculo de outras parcelas salariais, como, por exemplo, o 13º salário e as férias;

DOCTRINA

c) todos os trabalhadores que estão expostos aos dois agentes são afetados de alguma forma, mas o prestador de serviços que aufera o menor salário-base possível, ou seja, aquele que recebe o salário mínimo ($S_b = M$), é justamente o mais afetado pela impossibilidade de cumulação, haja vista que o valor do adicional de insalubridade representaria proporção substancial de sua remuneração.

Todas essas constatações serão visualizadas com mais nitidez nos próximos tópicos, em razão da exposição de exemplos numéricos.

Por fim, também existe um impacto negativo que será tratado em tópico específico, que diz respeito a perdas indiretas na renda do trabalhador decorrentes da impossibilidade de usufruir de políticas de valorização do salário mínimo, tais como aquela implementada pelo Governo Federal ao longo dos últimos anos.

Entendemos que essa é uma situação relevante, já que a intenção estatal é justamente propiciar uma melhoria das condições de vida dos trabalhadores de baixa renda e as limitações ocasionadas pelo dispositivo celetista atingem diretamente parte dos destinatários dessa política governamental.

4.1 – Perdas indiretas em parcelas acessórias

Além da perda mensal pelo não recebimento do adicional de insalubridade (perdas diretas), a impossibilidade de cumulação acarreta perdas em parcelas acessórias previstas em lei, tais como as férias acrescidas de 1/3, o 13º salário e os recolhimentos para o Fundo de Garantia por Tempo de Serviço.

Traçamos abaixo uma análise das perdas do trabalhador paradigma referentes a cada uma dessas parcelas.

4.1.1 – 13º salário

A Constituição Federal garante ao trabalhador uma gratificação anual no importe equivalente à sua remuneração integral mensal. Os requisitos e a forma de cálculo dessa parcela salarial estão previstos nas Leis ns. 4.090/62 e 4.749/65.

O trabalhador paradigma exposto a agentes insalubres em grau mínimo ou médio e que não pode cumular os adicionais tem uma perda no pagamento do 13º da seguinte ordem:

$$Pdt = \gamma \times M$$

Pdt é a perda no pagamento do 13º;

γ é o percentual do adicional de insalubridade;

M é o salário mínimo.

DOCTRINA

Observamos que a perda anual com o pagamento do 13º salário equivale exatamente ao valor de um mês do adicional de insalubridade que o trabalhador deixa de receber.

Como o salário mínimo no ano de 2015 equivale a R\$ 788,00 mensais, a perda anual do trabalhador paradigma atinge R\$ 78,80, caso esteja exposto a agentes insalubres em grau mínimo, ou R\$ 157,60, caso esteja exposto a agentes insalubres em grau médio.

4.1.2 – Férias

De acordo com o art. 142 da CLT, o empregado mensalista perceberá, no mês de suas férias, a remuneração que lhe for devida na data de sua concessão, computando-se os adicionais de insalubridade ou periculosidade na base de cálculo (§ 5º do mesmo dispositivo). Já o inciso XVII do art. 7º da Constituição Federal garante ao trabalhador o acréscimo de 1/3 ao salário das férias.

O trabalhador paradigma exposto a agentes insalubres em grau mínimo ou médio e que não pode cumular os adicionais tem uma perda no pagamento das férias da seguinte ordem:

$$Pfr = (\gamma \times M) + 1/3 \times (\gamma \times M)$$

$$Pfr = 4/3 \times (\gamma \times M)$$

Pfr é a perda no pagamento das férias;

γ é o percentual do adicional de insalubridade;

M é o salário mínimo.

Observamos que a perda anual com o pagamento das férias equivale a 4/3 do valor mensal do adicional de insalubridade que o trabalhador deixa de receber.

Como o salário mínimo no ano de 2015 equivale a R\$ 788,00 mensais, a perda anual do trabalhador paradigma atinge R\$ 105,07, caso esteja exposto a agentes insalubres em grau mínimo, ou R\$ 210,14, caso esteja exposto a agentes insalubres em grau médio.

4.1.3 – FGTS

O Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS) é calculado com base no percentual de 8%, aplicável sobre a remuneração auferida pelo trabalhador no mês do recolhimento.

DOCTRINA

O trabalhador paradigma exposto a agentes insalubres em grau mínimo ou médio e que não pode cumular os adicionais tem uma perda mensal da seguinte ordem:

$$Pfgm = 0,08 \times (\gamma \times M)$$

Pfgm é a perda mensal no pagamento de FGTS;

γ é o percentual do adicional de insalubridade;

M é o salário mínimo.

Nesse caso, a perda mensal de depósitos do FGTS do trabalhador paradigma equivale a 8% daquilo que seria devido a título de adicional de insalubridade.

Como o salário mínimo no ano de 2015 equivale a R\$ 788,00 mensais, a perda mensal do trabalhador paradigma atinge R\$ 6,30, caso esteja exposto a agentes insalubres em grau mínimo, ou R\$ 12,61, caso esteja exposto a agentes insalubres em grau médio.

Embora os valores pareçam ínfimos, caso projetados num cenário de 12 meses (R\$ 75,60 para o grau mínimo ou R\$ 151,32 para o grau médio), são superiores, por exemplo, às prestações do benefício salário-família pago pela Previdência Social (R\$ 37,18 por filho do segurado com renda de até R\$ 725,02).

Ao final de doze meses de recolhimentos do FGTS, considerada a integração do adicional de insalubridade na remuneração para o cálculo das férias e do 13º salário, teremos perdas da seguinte ordem:

Pfga = perda de FGTS relativa à remuneração de 11 meses trabalhados +
perda de FGTS relativa à remuneração do mês das férias acrescidas de 1/3 +
perda de FGTS relativa ao 13º salário

$$Pfga = [11 \times 0,08 \times (\gamma \times M)] + [0,08 \times (\gamma \times M)] + [0,08 \times 4/3 \times (\gamma \times M)]$$

$$Pfga \approx 1,07 \times (\gamma \times M)$$

Pfga é a perda anual no pagamento de FGTS;

γ é o percentual do adicional de insalubridade;

M é o salário mínimo.

Observamos que a perda anual com os recolhimentos de FGTS equivale a mais de um pagamento mensal que seria devido em razão da exposição a agentes insalubres e que o trabalhador paradigma deixa de receber.

Como o salário mínimo no ano de 2015 equivale a R\$ 788,00 mensais, a perda anual do trabalhador paradigma atinge R\$ 84,32, caso esteja exposto a agentes insalubres em grau mínimo, ou R\$ 168,64, caso esteja exposto a agentes insalubres em grau médio.

DOCTRINA

4.2 – Total de perdas na remuneração

Somando-se as perdas salariais com as parcelas acessórias definidas em lei dos tópicos anteriores, podemos observar que a perda total do trabalhador paradigma, no período de um ano, é da ordem de:

$Pt = \text{perdas salariais} + \text{perdas com } 13^\circ + \text{perdas com férias} + \text{perdas com FGTS}$

$$Pt = [11 \times (\gamma \times M)] + (\gamma \times M) + [4/3 \times (\gamma \times M)] + [1,07 \times (\gamma \times M)]$$

$$Pt = 14,40 \times (\gamma \times M)$$

Observamos que a perda anual do trabalhador equivale a mais de 14 parcelas do adicional de insalubridade que o trabalhador deixa de receber. Em outras palavras, isso representa algo equivalente a 144% ou 288% do valor do salário mínimo, dependendo do grau de exposição ao agente insalubre.

Como o salário mínimo no ano de 2015 equivale a R\$ 788,00 mensais, a perda anual do trabalhador paradigma atinge R\$ 1.134,72, caso esteja exposto a agentes insalubres em grau mínimo, ou R\$ 2.269,44, caso esteja exposto a agentes insalubres em grau médio.

Os resultados são simplesmente assustadores, principalmente se considerarmos o caso de um trabalhador que receba como salário-base exatamente o valor do salário mínimo. Nessas circunstâncias, a remuneração mensal do trabalhador paradigma alcançaria R\$ 1.024,40 (salário-base de R\$ 788,00 acrescido do adicional de periculosidade de 30%).

A perda anual de R\$ 2.269,44 representa para esse trabalhador a remuneração de mais de dois meses de trabalho e só ocorre porque ele não pode cumular o adicional de periculosidade com o adicional de insalubridade em grau médio.

Essas observações quantitativas denotam a contradição aos princípios que norteiam o direito do trabalho levantada no tópico 5.4: quando aplicamos a opção prevista no § 2º do art. 193 da CLT, o trabalhador mais afetado é justamente aquele que mais deveria ser protegido pela legislação laboral, ou seja, o trabalhador de mais baixa renda e com maior grau de exposição a agentes insalubres, pois quanto mais próximo do valor do salário mínimo está o seu salário-base, mais relevante seria a inclusão do adicional de insalubridade em seu complexo remuneratório.

4.3 – Perdas indiretas relacionadas à política de valorização do salário mínimo

Um efeito menos visível provocado pela obrigatoriedade de opção prevista no § 2º do art. 193 da CLT diz respeito a perdas indiretas na remuneração relacionadas a políticas de valorização do salário mínimo, como aquela implementada pelo Governo Federal ao longo dos últimos anos.

Antes de mais nada é preciso lembrar que estamos tratando do trabalhador sujeito a agentes insalubres em grau mínimo ou médio. Como a Constituição Federal veda a percepção de salário menor que o mínimo legal, vimos que esse trabalhador nunca irá optar pelo adicional de insalubridade, caso esteja exposto a agentes insalubres e perigosos, já que o adicional de periculosidade será mais vantajoso.

Nesse caso, a primeira impressão que nos passa é que a valorização do salário mínimo não proporcionará qualquer benefício a um trabalhador que se encontre nessas condições, já que as variáveis γ e M não fazem mais parte da equação que define a renda do trabalhador e o aumento do salário mínimo é representado pelo aumento de M :

$$\text{Se } M \uparrow \Rightarrow \Delta R = 0, \text{ pois } R = S_b + (\rho \times S_b)$$

M é o salário mínimo;

ΔR é a variação na renda real do trabalhador;

S_b é o salário-base;

ρ é o percentual do adicional de periculosidade.

Contudo, não é isso que ocorre, pois a variável S_b guarda correlação com M , fazendo com que o salário-base possa ser alterado em razão da alteração do salário mínimo. Essa circunstância acontece quando o salário-base é igual ao salário mínimo ou quando o percentual de aumento do salário mínimo somado a ele supera o valor do salário-base.

Nesses casos, o aumento do salário mínimo impacta integralmente ou parcialmente sobre o salário-base, já que o novo salário-base não pode ser inferior ao novo salário mínimo. Como o adicional de periculosidade incide sobre o novo salário-base, o aumento em M poderá causar impactos na renda real do trabalhador:

$$\text{Se } M + \Delta M \geq S_b, \text{ então } S_b \uparrow;$$

$$\text{Como } S_b^* \geq M + \Delta M, \text{ então } R^* = S_b^* + (\rho \times S_b^*)$$

$$\text{Portanto, } R^* - R = \Delta R > 0.$$

M é o salário mínimo;

DOCTRINA

ΔM é o aumento no salário mínimo;

S_b é o salário-base;

S_b^* é o novo salário-base, impactado pelo aumento no salário mínimo;

R^* é a nova renda real, impactada pelo aumento no salário-base;

ΔR é a variação na renda real do trabalhador.

Nesse caso, existem três efeitos possíveis da política de valorização do salário mínimo sobre a renda do trabalhador que é obrigado a optar por um dos adicionais e que está sujeito a agentes perigosos e insalubres em grau mínimo ou médio.

4.3.1 – Salário-base igual ao salário mínimo

Se o salário-base do trabalhador paradigma for igual ao salário mínimo, o aumento deste acarretará automaticamente a majoração daquele, já que nenhum trabalhador pode receber menos que o mínimo legal ($S_b \geq M$).

Consequentemente, também ocorrerá um aumento no adicional de periculosidade, já que o cálculo desta parcela é feito justamente sobre o salário-base. A única perda desse trabalhador ocorrerá pela impossibilidade de receber o adicional de insalubridade ($\gamma \times M$).

A título de ilustração, consideremos o fato de que o salário mínimo no ano de 2015 equivale a R\$ 788,00 mensais. Se o salário-base do trabalhador paradigma é exatamente igual ao mínimo legal e ele encontra-se exposto a agentes perigosos e insalubres (em grau mínimo ou médio), sua remuneração mensal é de R\$ 1.024,40 ($788,00 + 0,3 \times 788,00$), já que ele opta pelo adicional de periculosidade.

Caso ocorra uma valorização de 10% no salário mínimo, passando para R\$ 866,80, a renda do trabalhador absorverá todo esse reajuste, já que seu salário-base também aumentará para R\$ 866,80 e o adicional de periculosidade incidirá sobre esse novo valor. Portanto, sua remuneração final será de R\$ 1.126,84 ($866,8 + 0,3 \times 866,8$), exatamente 10% superior àquela percebida anteriormente.

Porém, esse mesmo trabalhador não recebe a importância que seria devida pelo adicional de insalubridade incidente sobre o novo salário mínimo ($\gamma \times M$), o que renderia R\$ 86,68 ou R\$ 173,36 mensais a mais, dependendo do grau de exposição ao agente insalubre.

4.3.2 – Salário-base pouco maior que o salário mínimo

Se o salário-base do trabalhador paradigma for um pouco maior que o mínimo legal, o aumento deste poderá acarretar automaticamente a majoração daquele, mas ocorrerão perdas, já que parte do aumento é absorvida pela diferença entre o valor de ambos. Além disso, existem as perdas decorrentes da impossibilidade de receber o adicional de insalubridade ($\gamma \times M$).

A título de ilustração, consideremos o fato de que o salário mínimo no ano de 2015 equivale a R\$ 788,00 mensais. Se o salário-base do trabalhador paradigma é um pouco maior que o mínimo legal, como por exemplo R\$ 820,00 mensais, e ele encontra-se exposto a agentes perigosos e insalubres (em grau mínimo ou médio), sua remuneração mensal é de R\$ 1.066,00 ($820,00 + 0,3 \times 820,00$), já que ele opta pelo adicional de periculosidade.

Caso ocorra uma valorização de 10% no salário mínimo, passando para R\$ 866,80, a renda do trabalhador absorverá parte desse reajuste, já que seu salário-base deverá aumentar para R\$ 866,80, a fim de se adequar ao novo mínimo, e o adicional de periculosidade incidirá sobre esse novo valor.

Portanto, sua remuneração final será de R\$ 1.126,84, como no tópico anterior, mas agora o aumento percentual em sua remuneração será de 5,7%, e não mais 10%, já que parte do reajuste do salário mínimo foi absorvida em virtude de o trabalhador receber mais que o mínimo.

Como agravante, esse mesmo trabalhador não recebe a importância que seria devida pelo adicional de insalubridade incidente sobre o novo salário mínimo ($\gamma \times M$), o que renderia R\$ 86,68 ou R\$ 173,36 mensais a mais, dependendo do grau de exposição ao agente insalubre.

4.3.3 – Salário-base muito maior que o salário mínimo

Se o salário-base do trabalhador paradigma for muito maior que o mínimo legal, o aumento deste não produz nenhum efeito sobre aquele, já que existe uma diferença entre ambos que impede a alteração da base de cálculo do adicional de periculosidade.

A título de ilustração, consideremos o fato de que o salário mínimo no ano de 2015 equivale a R\$ 788,00 mensais. Se o salário-base do trabalhador paradigma é muito maior que o mínimo legal, como, por exemplo, R\$ 1.000,00, e ele encontra-se exposto a agentes perigosos e insalubres (em grau mínimo ou médio), sua remuneração mensal é de R\$ 1.300,00 ($1.000 + 0,3 \times 1.000$), já que ele opta pelo adicional de periculosidade.

DOCTRINA

Caso ocorra uma valorização de 10% no salário mínimo, passando para R\$ 866,80, o salário-base do trabalhador continuará sendo maior que o mínimo. Portanto, o adicional de periculosidade incidirá sobre R\$ 1.000,00 e sua remuneração mensal final será de R\$ 1.300,00, o que demonstra que o reajuste de 10% sobre o salário mínimo não produziu nenhum efeito sobre a renda desse trabalhador.

Como agravante, esse mesmo trabalhador não recebe a importância que seria devida pelo adicional de insalubridade incidente sobre o novo salário mínimo ($\gamma \times M$), o que renderia R\$ 86,68 ou R\$ 173,36 mensais a mais, dependendo do grau de exposição ao agente insalubre.

Esses resultados demonstram que a aplicação da opção prevista no § 2º do art. 193 da CLT impede que uma grande quantidade de trabalhadores seja atingida de imediato pela política de valorização do salário mínimo.

Observamos três situações distintas ligadas pela mesma situação de fato, qual seja a exposição a agentes insalubres em grau mínimo ou médio: integral absorção do percentual de aumento do salário mínimo na remuneração; parcial absorção do percentual de aumento do salário mínimo na remuneração; e nenhum efeito sobre a remuneração. Em todos esses casos, o trabalhador também não recebe o valor correspondente ao adicional de insalubridade.

Por óbvio, a intenção do legislador ao criar uma política de valorização do salário mínimo é reduzir a desigualdade salarial no mercado de trabalho, priorizando a elevação da renda daqueles que recebem menor remuneração. Nesse caso, poder-se-ia argumentar que o impacto sobre determinados trabalhadores é nulo justamente porque já recebem maior remuneração.

Contudo, a realidade nos mostra que o mecanismo criado pelo § 2º do art. 193 da CLT é um fator impeditivo para a melhoria da vida de uma infinidade de trabalhadores que, embora recebam um salário-base maior, também são considerados de baixa renda.

Foi o que ficou bem claro após a análise de dois trabalhadores de baixa renda, cujos salários eram de R\$ 788,00 e R\$ 1.000,00 mensais: um deles gozou de um aumento imediato de 10% em sua remuneração atual, em razão da valorização do salário mínimo, e o outro não obteve nenhum ganho.

5 – PERDAS DO TRABALHADOR PARADIGMA EXPOSTO A AGENTES INSALUBRES EM GRAU MÁXIMO

Nesse caso, teremos duas situações possíveis, já que será mais vantajoso receber o adicional de insalubridade ou periculosidade após a comparação entre o valor do salário-base e do salário mínimo.

5.1 – Insalubridade em grau máximo e salário mínimo definido em lei inferior a 75% do salário-base

Nos tópicos anteriores, concluímos que o adicional de insalubridade só será mais vantajoso que o adicional de periculosidade quando ocorrerem simultaneamente as seguintes situações:

a) o trabalhador está exposto a agentes que lhe dão direito à percepção do adicional de insalubridade em grau máximo ($\gamma = 0,4$ ou 40%); e

b) é necessário que o salário mínimo equivalha a mais de 75% do salário-base do trabalhador.

No cenário traçado no presente tópico, o salário mínimo não equivale a mais de 75% do salário-base, razão pela qual o adicional de periculosidade continuará sendo mais vantajoso que o adicional de insalubridade.

Nessas circunstâncias, a renda real do trabalhador paradigma novamente seria descrita da seguinte forma:

$$R = [(1 + \rho) \times S_b]$$

A consequência natural e notoriamente visível é a perda de parte da remuneração que seria auferida em decorrência da supressão do adicional de insalubridade da equação, que corresponde a 40% do salário mínimo (variáveis γ e M).

Outras consequências indesejáveis mencionadas no tópico 3.4 também se aplicam neste caso, especialmente quando tratamos de trabalhadores com rendas menores, pois a perda do adicional de insalubridade em grau máximo representaria montante substancial de sua renda.

A título de ilustração, podemos pensar na situação limite em que o trabalhador paradigma encontra-se exposto a agentes perigosos e insalubres em grau máximo, associado ao fato de que o salário mínimo definido em lei corresponde a 74% do salário-base.

Como o salário mínimo no ano de 2015 equivale a R\$ 788,00, então o salário-base desse trabalhador seria de R\$ 1.064,86. Sua remuneração mensal,

depois do acréscimo do adicional de periculosidade, seria de R\$ 1.384,32 (1.064,86 + 0,3 x 1.064,86).

Com a opção pelo adicional de periculosidade em detrimento do adicional de insalubridade, esse trabalhador deixaria de receber mensalmente o valor de R\$ 315,20 (40% de R\$ 788,00), o que corresponde a quase 23% de sua remuneração mensal atual.

Para concluir o raciocínio, pensemos agora no caso de trabalhadores que recebem maior remuneração, como no caso daqueles em que o salário mínimo correspondente a apenas 50% do salário-base.

Considerando que o salário mínimo no ano de 2015 equivale a R\$ 788,00 mensais, o salário-base desse trabalhador paradigma seria de R\$ 1.576,00. Sua remuneração mensal, depois do acréscimo do adicional de periculosidade, seria de R\$ 2.048,80.

Com a opção pelo adicional de periculosidade em detrimento do adicional de insalubridade, esse trabalhador também deixaria de receber mensalmente o valor de R\$ 315,20 (40% de R\$ 788,00), mas agora essa importância corresponde a 15% de sua remuneração mensal.

Portanto, as equações e os exemplos quantitativos denotam novamente a contradição aos princípios que norteiam o direito do trabalho levantada no tópico 5.4: quando aplicamos a opção prevista no § 2º do art. 193 da CLT, o trabalhador mais afetado é justamente aquele que mais deveria ser protegido pela legislação laboral, ou seja, o trabalhador de mais baixa renda e com maior grau de exposição a agentes insalubres, pois quanto menor for o salário-base, maior será o impacto da perda do adicional de insalubridade em seu complexo remuneratório.

5.1.1 – Perdas indiretas

Além da perda mensal pelo não recebimento do adicional de insalubridade, a impossibilidade de cumulação acarreta perdas em parcelas acessórias previstas em lei, tais como as férias acrescidas de 1/3, o 13º salário e os recolhimentos para o Fundo de Garantia por Tempo de Serviço.

Traçamos abaixo uma análise das perdas do trabalhador paradigma referentes a cada uma dessas parcelas.

DOCTRINA

5.1.1.1 – 13º salário

O trabalhador paradigma exposto a agentes insalubres em grau máximo e que opta pela percepção do adicional de periculosidade tem uma perda no pagamento do 13º da seguinte ordem:

$$Pdt = \gamma \times M$$

Pdt é a perda no pagamento do décimo terceiro;

γ é o percentual do adicional de insalubridade;

M é o salário mínimo.

Observamos que a perda anual com o pagamento do 13º salário equivale exatamente ao valor de um mês do adicional de insalubridade que o trabalhador deixa de receber.

Como o salário mínimo no ano de 2015 equivale a R\$ 788,00 mensais, a perda anual do trabalhador paradigma atinge R\$ 315,20, em razão da exposição a agentes insalubres em grau máximo.

5.1.1.2 – Férias

O trabalhador paradigma exposto a agentes insalubres em grau máximo e que opta pela percepção do adicional de periculosidade tem uma perda no pagamento das férias da seguinte ordem:

$$Pfr = (\gamma \times M) + 1/3 \times (\gamma \times M)$$

$$Pfr = 4/3 \times (\gamma \times M)$$

Pfr é a perda no pagamento das férias;

γ é o percentual do adicional de insalubridade;

M é o salário mínimo.

Observamos que a perda anual com o pagamento das férias equivale a 4/3 do valor mensal do adicional de insalubridade que o trabalhador deixa de receber.

Como o salário mínimo no ano de 2015 equivale a R\$ 788,00 mensais, a perda anual do trabalhador paradigma atinge R\$ 420,27, em razão da exposição a agentes insalubres em grau máximo.

5.1.1.3 – FGTS

O trabalhador paradigma exposto a agentes insalubres em grau máximo e que opta pela percepção do adicional de periculosidade tem uma perda mensal nos recolhimentos de FGTS da seguinte ordem:

DOCTRINA

$$Pfgm = 0,08 \times (\gamma \times M)$$

Pfgm é a perda mensal no pagamento de FGTS;

γ é o percentual do adicional de insalubridade;

M é o salário mínimo.

Nesse caso, a perda mensal de depósitos do FGTS do trabalhador paradigma equivale a 8% daquilo que seria devido a título de adicional de insalubridade.

Como o salário mínimo no ano de 2015 equivale a R\$ 788,00 mensais, a perda mensal do trabalhador paradigma atinge R\$ 25,22, em razão da exposição a agentes insalubres em grau máximo.

Ao final de 12 meses de recolhimentos do FGTS, considerada a integração do adicional de insalubridade na remuneração para o cálculo das férias e do 13º salário, teremos perdas da seguinte ordem:

Pfga = perda de FGTS relativa à remuneração de 11 meses trabalhados +
perda de FGTS relativa à remuneração do mês das férias acrescidas de 1/3 +
perda de FGTS relativa ao 13º salário

$$Pfga = [11 \times 0,08 \times (\gamma \times M)] + [0,08 \times (\gamma \times M)] + [0,08 \times 4/3 \times (\gamma \times M)]$$

$$Pfga \approx 1,07 \times (\gamma \times M)$$

Pfga é a perda anual no pagamento de FGTS;

γ é o percentual do adicional de insalubridade;

M é o salário mínimo.

Como o salário mínimo no ano de 2015 equivale a R\$ 788,00 mensais, a perda anual do trabalhador paradigma atinge R\$ 337,26, em razão da exposição a agentes insalubres em grau máximo.

5.1.1.4 – Total das perdas

Somando-se as perdas salariais com as parcelas acessórias definidas em lei dos tópicos anteriores, podemos observar que a perda total do trabalhador paradigma, no período de um ano, é da ordem de:

Pt = perdas salariais + perdas com 13º + perdas com férias + perdas com FGTS

$$Pt = [11 \times (\gamma \times M)] + (\gamma \times M) + [4/3 \times (\gamma \times M)] + [1,07 \times (\gamma \times M)]$$

$$Pt = 14,40 \times (\gamma \times M)$$

Observamos que a perda anual do trabalhador equivale a mais de 14 parcelas do adicional de insalubridade que o trabalhador deixa de receber. Como esse trabalhador encontra-se exposto a agentes insalubres em grau máximo, isso representa algo equivalente a 576% do valor do salário mínimo.

DOCTRINA

Para ilustrar essa situação, consideremos o salário mínimo no ano de 2015, que equivale a R\$ 788,00 mensais. A perda anual do trabalhador paradigma atinge R\$ 4.538,88, caso esteja exposto a agentes insalubres em grau máximo.

Mais uma vez, os exemplos quantitativos nos permitem concluir que o trabalhador mais afetado pela opção prevista no § 2º do art. 193 da CLT é aquele que tem sua saúde exposta a agentes mais agressivos. Além disso, em termos proporcionais, o trabalhador que mais sofre com as perdas é aquele que recebe salário-base menor, já que o adicional de insalubridade em grau máximo representaria parcela substancial de sua renda mensal.

5.2 – Insalubridade em grau máximo e salário mínimo definido em lei superior a 75% do salário-base

Com base nas discussões dos tópicos anteriores, concluímos que essa seria a única circunstância em que o adicional de insalubridade é mais vantajoso que o adicional de periculosidade, pois o trabalhador está exposto a agentes em grau máximo e o salário mínimo equivale a mais de 75% do salário-base.

Nesse caso, a renda real do trabalhador paradigma seria descrita da seguinte forma:

$$R = Sb + (\gamma \times M)$$

É fácil perceber que esse cenário traz como consequência o fato de que o trabalhador exposto a agentes perigosos não recebe nenhuma contraprestação adicional e que deixa de receber parte substancial dos valores a que teria direito se pudesse acumular os dois adicionais.

Existe, ainda, um outro agravante: o trabalhador sujeito a essas condições está sempre numa situação limítrofe, já que o salário mínimo encontra-se numa faixa entre 75% e 100% de seu salário-base. Nesse caso, a opção por um dos adicionais vai representar um grande impacto sobre sua renda no final do mês, o que não ocorre quando o salário-base é muito maior que o mínimo.

Em outras palavras, o trabalhador deve ficar exposto a agentes muito nocivos à sua saúde e auferir um salário-base muito baixo para que receba alguma contraprestação pelo labor em ambiente insalubre. Caso contrário, será melhor optar pelo adicional de periculosidade e não receber nada pelos potenciais danos à sua saúde.

Para ilustrar melhor esses fatos, podemos pensar na “situação limite” em que o trabalhador paradigma encontra-se exposto aos dois agentes (insalu-

bridade em grau máximo e periculosidade) e o salário mínimo definido em lei corresponde a 100% do salário-base.

Como o salário mínimo no ano de 2015 equivale a R\$ 788,00, este também seria o valor do salário-base do trabalhador paradigma e sua remuneração mensal, depois do acréscimo do adicional de insalubridade em grau máximo, seria de R\$ 1.103,20 ($788 + 0,4 \times 788$).

Com a opção pelo adicional de insalubridade em detrimento do adicional de periculosidade, esse trabalhador deixaria de receber mensalmente o valor de R\$ 236,40 (30% de R\$ 788,00), o que corresponde a 21,4% de sua remuneração mensal.

Para concluir o raciocínio, pensemos agora nos trabalhadores que recebem mais, como no caso daqueles em que o salário mínimo corresponde a 76% do salário-base.

Considerando que o salário mínimo no ano de 2015 equivale a R\$ 788,00, o salário-base do trabalhador paradigma seria de R\$ 1.036,84 e sua remuneração mensal, depois do acréscimo do adicional de insalubridade em grau máximo, seria de R\$ 1.352,04 ($1.036,84 + 0,4 \times 788$).

Com a opção pelo adicional de insalubridade em detrimento do adicional de periculosidade, esse trabalhador deixaria de receber mensalmente o valor de R\$ 311,05 (30% de R\$ 1.036,84), mas agora essa importância corresponde a 23% de sua remuneração mensal.

As equações e os exemplos quantitativos nos permitem concluir que quando aplicamos a opção prevista no § 2º do art. 193 da CLT, a única possibilidade de o trabalhador receber alguma contraprestação pela exposição de sua saúde a riscos ocorre quando estes são de elevado grau. Não obstante esse fato, o trabalhador deve receber um salário muito baixo e a opção por apenas um dos adicionais acarretará uma perda mensal equivalente a mais de 20% de sua renda.

5.2.1 – Perdas indiretas

Além da perda mensal pelo não recebimento do adicional de periculosidade, a impossibilidade de cumulação acarreta perdas em parcelas acessórias previstas em lei, tais como as férias acrescidas de 1/3, o 13º salário e os recolhimentos para o Fundo de Garantia por Tempo de Serviço.

Traçamos abaixo uma análise das perdas do trabalhador paradigma referentes a cada uma dessas parcelas.

DOCTRINA

5.2.2.1 – 13º salário

O trabalhador paradigma exposto a agentes insalubres em grau máximo e que é obrigado a optar pelo adicional de insalubridade tem uma perda no pagamento do 13º da seguinte ordem:

$$Pdt = \rho \times Sb$$

Pdt é a perda no pagamento do 13º;

ρ é o percentual do adicional de periculosidade;

Sb é o salário-base.

Observamos que a perda anual com o pagamento do 13º salário equivale exatamente ao valor de um mês do adicional de periculosidade que o trabalhador deixa de receber.

Como o salário mínimo no ano de 2015 equivale a R\$ 788,00 mensais, a perda anual do trabalhador paradigma atinge R\$ 236,40, caso o salário mínimo corresponda a 100% do salário-base, e R\$ 315,16, caso o salário mínimo corresponda a 75,01% do salário-base.

5.2.2.2 – Férias

O trabalhador paradigma exposto a agentes insalubres em grau máximo e que é obrigado a optar apenas pelo adicional de insalubridade tem uma perda no pagamento das férias da seguinte ordem:

$$Pfr = (\rho \times Sb) + 1/3 \times (\rho \times Sb)$$

$$Pfr = 4/3 \times (\rho \times Sb)$$

Pfr é a perda no pagamento das férias;

ρ é o percentual do adicional de periculosidade;

Sb é o salário-base.

Observamos que a perda anual com o pagamento das férias equivale a 4/3 do valor mensal do adicional de periculosidade que o trabalhador deixa de receber.

Como o salário mínimo no ano de 2015 equivale a R\$ 788,00 mensais, a perda anual do trabalhador paradigma atinge R\$ 315,20, caso o salário mínimo corresponda a 100% do salário-base, e R\$ 420,21, caso o salário mínimo corresponda a 75,01% do salário-base.

DOCTRINA

5.2.2.3 – FGTS

O trabalhador paradigma exposto a agentes insalubres em grau máximo e que é obrigado a optar apenas pelo adicional de insalubridade tem uma perda mensal da seguinte ordem:

$$Pfgm = 0,08 \times (\rho \times Sb)$$

Pfgm é a perda mensal no pagamento de FGTS;

ρ é o percentual do adicional de periculosidade;

Sb é o salário-base.

Nesse caso, a perda mensal de depósitos do FGTS do trabalhador paradigma equivale a 8% daquilo que seria devido a título de adicional de periculosidade.

Como o salário mínimo no ano de 2015 equivale a R\$ 788,00 mensais, a perda do trabalhador paradigma atinge R\$ 18,91 por mês, caso o salário mínimo corresponda a 100% do salário-base, e R\$ 25,21 por mês, caso o salário mínimo corresponda a 75,01% do salário-base.

Ao final de 12 meses de recolhimentos do FGTS, considerada a integração do adicional de periculosidade na remuneração para o cálculo das férias e do 13º salário, teremos perdas da seguinte ordem:

Pfga = perda de FGTS relativa à remuneração de 11 meses trabalhados +
perda de FGTS relativa à remuneração do mês das férias acrescidas de 1/3 +
perda de FGTS relativa ao 13º salário

$$Pfga = [11 \times 0,08 \times (\rho \times Sb)] + [0,08 \times (\rho \times Sb)] + [0,08 \times 4/3 \times (\rho \times Sb)]$$

$$Pfga \approx 1,07 \times (\rho \times Sb)$$

Pfga é a perda anual no pagamento de FGTS;

ρ é o percentual do adicional de periculosidade;

Sb é o salário-base.

Observamos que a perda anual com os recolhimentos de FGTS equivale a mais de um pagamento mensal que seria devido em razão da exposição a agentes perigosos e que o trabalhador paradigma deixa de receber.

Como o salário mínimo no ano de 2015 equivale a R\$ 788,00 mensais, a perda anual do trabalhador paradigma atinge R\$ 252,95, caso o salário mínimo corresponda a 100% do salário-base, e R\$ 337,22, caso o salário mínimo corresponda a 75,01% do salário-base.

5.2.2.4 – *Total de perdas*

Somando-se as perdas salariais com as parcelas acessórias definidas em lei dos tópicos anteriores, podemos observar que a perda total do trabalhador paradigma, no período de um ano, é da ordem de:

Pt = perdas salariais + perdas com 13º + perdas com férias + perdas com FGTS

$$Pt = [11 \times (\rho \times Sb)] + (\rho \times Sb) + [4/3 \times (\rho \times Sb)] + [1,07 \times (\rho \times Sb)]$$

$$Pt = 14,40 \times (\rho \times Sb)$$

Observamos que a perda anual equivale a mais de 14 parcelas do adicional de periculosidade que o trabalhador deixa de receber.

Como o salário mínimo no ano de 2015 equivale a R\$ 788,00 mensais, a perda anual do trabalhador paradigma atinge R\$ 3.404,16, caso o salário mínimo corresponda a 100% do salário-base, e R\$ 4.538,27, caso o salário mínimo corresponda a 75,01% do salário-base.

Ao contrário dos casos anteriores, os exemplos quantitativos demonstram que o trabalhador de maior renda é o mais prejudicado neste cenário. Isso ocorre porque o adicional de periculosidade é calculado sobre o salário-base e quando este aumenta, a perda também aumenta, até o limite em que o salário mínimo passa a corresponder a menos que 75% do salário-base. Nesse momento, o trabalhador volta a optar pelo adicional de periculosidade e suas perdas são novamente calculadas em relação ao salário mínimo, já que ele abre mão do adicional de insalubridade.

Tais observações corroboram os argumentos expostos no tópico 5.5.2: o adicional de insalubridade só é mais vantajoso em situações extremas, ou seja, quando o grau de exposição aos riscos é elevado e quando o salário-base do trabalhador é baixo. Encontrando-se o salário mínimo dentro do intervalo entre 75% e 100% do salário-base, a opção por um dos adicionais sempre provocará um grande impacto sobre sua renda, já que o adicional de periculosidade representaria proporção substancial de sua remuneração mensal, caso pudesse ocorrer a cumulação.

5.3 – *Perdas indiretas relacionadas à política de valorização do salário mínimo*

Mais uma vez, a obrigatoriedade de opção prevista no § 2º do art. 193 da CLT acarreta perdas indiretas na remuneração relacionadas a políticas de valorização do salário mínimo, como aquela implementada pelo Governo Federal ao longo dos últimos anos.

DOCTRINA

No caso do trabalhador exposto a agentes insalubres em grau máximo, a apuração do montante da perda dependerá, primeiramente, do valor do salário-base, pois este definirá se o trabalhador opta por receber o adicional de insalubridade ou periculosidade.

Nos tópicos anteriores, observamos que a opção pelo adicional de insalubridade em grau máximo ocorre quando o salário mínimo equivale a mais de 75% do valor do salário-base ($M/Sb > 3/4$). Caso contrário, o trabalhador optaria por receber o adicional de periculosidade.

Ocorre que agora temos um novo elemento em nosso cenário, qual seja a variação do salário mínimo (ΔM). Quando este aumenta, a proporção M/Sb é alterada, o que nos obriga a incluir a taxa de variação do crescimento do salário mínimo nas equações, a fim de apurar as consequências da política governamental na renda do trabalhador.

Em outras palavras, é preciso avaliar se o salário mínimo, acrescido da taxa de sua valorização, continua fazendo com que ele equivalha a menos de 75% do salário-base do trabalhador. Se isso ocorrer, a melhor opção será o adicional de periculosidade. Caso a taxa de crescimento do salário mínimo seja grande a ponto de fazer com que a proporção M/Sb seja maior que $3/4$, o trabalhador trocará um adicional pelo outro, o que indica que existe uma zona de transição quando nos deparamos com a política de valorização do mínimo.

Considerando a interessante situação em que, antes da valorização do salário mínimo, este corresponda a menos de 75% do salário-base do trabalhador, teremos o seguinte cenário:

– antes da valorização \Rightarrow se $M < 0,75 \times Sb \Rightarrow$ o trabalhador opta pelo adicional de periculosidade;

– salário mínimo é valorizado à taxa $\Delta M \Rightarrow$ se $M + \Delta M < 0,75 \times Sb \Rightarrow$ a melhor opção ainda é o adicional de periculosidade;

– se $M + \Delta M > 0,75 \times Sb \Rightarrow$ o trabalhador abre mão do adicional de periculosidade para receber o adicional de insalubridade.

Na sequência, analisaremos os possíveis efeitos da política de valorização do salário mínimo sobre a renda do trabalhador que é obrigado a optar por um dos adicionais e que está sujeito a agentes perigosos e insalubres em grau máximo.

5.3.1 – Salário mínimo equivalente a mais de 75% do salário-base

Se o salário mínimo equivale a mais de 75% do salário-base do trabalhador paradigma, a melhor opção é receber o adicional de insalubridade em grau máximo.

Nesse caso, a valorização do salário mínimo será parcialmente ou integralmente absorvida em sua remuneração, dependendo da diferença entre o valor do salário-base e o valor do salário mínimo, mas ele continuará recebendo o adicional de insalubridade, qualquer que seja a variação do salário mínimo. Portanto, esse trabalhador nunca recebe o adicional de periculosidade ($\rho \times Sb$).

Para visualizarmos com mais nitidez o impacto sobre a renda do trabalhador, consideremos as duas situações extremas para esse cenário: salário mínimo correspondendo a 100% ou 75,01% do salário-base.

Como o salário mínimo no ano de 2015 equivale a R\$ 788,00 mensais, se o salário-base do trabalhador paradigma é exatamente igual ao mínimo legal e ele encontra-se exposto a agentes perigosos e insalubres em grau máximo, sua remuneração mensal é de R\$ 1.103,20 ($788,00 + 0,4 \times 788,00$), já que ele opta pelo adicional de insalubridade.

Caso ocorra uma valorização de 10% no salário mínimo, passando para R\$ 866,80, sua remuneração final será de R\$ 1.213,52 ($866,8 + 0,4 \times 866,8$), exatamente 10% superior àquela percebida anteriormente. Ou seja, houve uma absorção total da política de valorização do salário mínimo em sua remuneração inicial.

Por outro lado, se o salário mínimo equivale a 75,01% do salário-base do trabalhador paradigma, este corresponderá a R\$ 1.050,53. Nesse caso, a remuneração mensal inicial decorrente da exposição a agentes perigosos e insalubres em grau máximo seria de R\$ 1.365,73 ($1.050,53 + 0,4 \times 788,00$), já que ele opta pelo adicional de insalubridade.

Caso ocorra uma valorização de 10% no salário mínimo, passando para R\$ 866,80, sua remuneração final será de R\$ 1.397,25 ($1.050,53 + 0,4 \times 866,8$), o que resulta num montante 2,3% superior àquele percebido anteriormente. Ou seja, a valorização do salário mínimo pouco influenciou em sua remuneração inicial.

Em qualquer dos casos, o trabalhador não recebe a importância que seria devida pelo adicional de periculosidade incidente sobre o salário-base, o que renderia R\$ 260,04 mensais a mais em sua remuneração na primeira hipótese e R\$ 315,15 na segunda hipótese.

5.3.2 – Salário mínimo inferior a 75% do salário-base

Se o salário mínimo do trabalhador paradigma for inferior a 75% do salário-base, teremos duas situações distintas, a depender da taxa de variação do salário mínimo: o aumento deste não produzirá nenhum efeito sobre sua remuneração, já que o percentual de 30% aplicado sobre o salário-base continuará sendo maior que o percentual de 40% aplicado sobre o salário mínimo, o que torna o adicional de periculosidade preferível; ou o aumento no salário mínimo fará com que o adicional de insalubridade se torne mais vantajoso e parte da valorização será absorvida em sua remuneração.

Para visualizarmos com mais nitidez o impacto sobre a renda do trabalhador, consideremos duas situações interessantes para esse cenário: salário mínimo correspondendo a 50% (trabalhador de renda mais alta) ou 70% do salário-base (trabalhador de baixa renda).

Novamente, utilizamos como parâmetro o salário mínimo no ano de 2015 (R\$ 788,00 mensais). Se o salário mínimo equivale a 50% do salário-base do trabalhador paradigma, este corresponderá a R\$ 1.576,00. Nesse caso, a remuneração mensal inicial decorrente da exposição a agentes perigosos e insalubres em grau máximo seria de R\$ 2.048,80 ($1.576,00 + 0,3 \times 1.576,00$), já que o trabalhador opta pelo adicional de periculosidade.

Caso ocorra uma valorização de 10% no salário mínimo, passando para R\$ 866,80, este passará a corresponder a 55% do salário-base do trabalhador. Como vimos anteriormente, se $M + \Delta M < 0,75 \times S_b$, então a melhor opção ainda é o adicional de periculosidade.

Conseqüentemente, a remuneração final desse trabalhador continuará correspondendo a R\$ 2.048,80, o que demonstra que a política de valorização do salário mínimo não ocasionou qualquer impacto em sua remuneração.

Por outro lado, se o salário mínimo equivale a 70% do salário-base do trabalhador paradigma, este corresponderá a R\$ 1.125,71. Nesse caso, a remuneração mensal inicial decorrente da exposição a agentes perigosos e insalubres em grau máximo seria de R\$ 1.463,42 ($1.125,71 + 0,3 \times 1.125,71$), já que ele opta pelo adicional de periculosidade.

Caso ocorra uma valorização de 10% no salário mínimo, passando para R\$ 866,80, ele passará a corresponder a 77% do salário-base do trabalhador. Como vimos anteriormente, se $M + \Delta M > 0,75 \times S_b$, então a melhor opção será abrir mão do adicional de periculosidade e optar por receber o adicional de insalubridade.

DOCTRINA

Nessas circunstâncias, a remuneração final mensal desse trabalhador corresponde a R\$ 1.472,43 (1.125,71 + 0,4 x 866,8), representando um acréscimo de 0,6% em sua remuneração inicial.

Tanto num caso quanto no outro, o trabalhador deixa de receber a parcela correspondente ao adicional de insalubridade ou de periculosidade, em razão da necessidade de opção: quando o novo salário mínimo de R\$ 866,80 mensais corresponde a 55% do salário-base, o trabalhador deixa de receber R\$ 346,72 por mês de adicional de insalubridade; quando o novo salário mínimo de R\$ 866,80 mensais corresponde a 77% do salário-base, o trabalhador deixa de receber R\$ 337,71 por mês de adicional de periculosidade.

Mais uma vez os resultados demonstram que a aplicação da opção prevista no § 2º do art. 193 da CLT impede que uma grande quantidade de trabalhadores seja atingida de imediato pela política de valorização do salário mínimo.

De fato, os trabalhadores que absorvem com maior intensidade a política de valorização do salário mínimo são aqueles de mais baixa renda, o que condiz com a intenção do legislador de reduzir as desigualdades salariais no mercado de trabalho.

Contudo, a realidade nos mostra que o mecanismo criado pelo § 2º do art. 193 da CLT é um fator impeditivo para a melhoria da vida de uma infinidade de outros trabalhadores que, embora recebam um salário-base maior, também são considerados de baixa renda.

Essa é a conclusão que se extrai após a análise dos exemplos quantitativos, os quais indicaram que trabalhadores de baixa renda, com salários-base variando entre um e dois salários mínimos, pouco ou nada usufruíram da política de valorização do salário mínimo.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O objetivo deste trabalho foi contribuir com o debate que envolve a tese de não recepção do art. 193, § 2º, da CLT pela Constituição Federal de 1988, o qual impõe ao trabalhador a obrigatoriedade de optar pelo recebimento de apenas um dos adicionais, ainda que seu trabalho o exponha a agentes insalubres e perigosos de forma concomitante.

Os fundamentos doutrinários e jurisprudenciais apresentados indicaram que existe uma tendência de superação da tese de impossibilidade de cumulação dos adicionais, com respaldo na interpretação sistemática e teleológica da Constituição Federal e em razão da incorporação de convenções internacionais

sobre medicina e segurança do trabalho na legislação pátria, cujos textos colidem com a previsão contida no diploma celetista.

A análise algébrica e quantitativa da impossibilidade de cumulação dos adicionais contribuiu para reforçar a tese de violação a princípios e dispositivos da Constituição Federal e das convenções internacionais das quais o Brasil é signatário, pois os resultados nos indicaram que:

a) em diversos cenários, os trabalhadores expostos a agentes insalubres mais danosos recebem a mesma importância daqueles expostos a agentes mais brandos, ou seja, não há contraprestação pela maior exposição da saúde aos riscos do ambiente de trabalho;

b) todos os trabalhadores sofrem perdas indiretas, decorrentes da não consideração de um dos adicionais para o cálculo de outras parcelas salariais, como, por exemplo, o 13º salário e as férias;

c) todos os que estão expostos aos dois agentes são afetados de alguma forma, mas em diversos cenários traçados o empregado que auferir o menor salário-base possível e que deveria receber maior proteção da legislação, ou seja, aquele que recebe o salário mínimo é justamente o mais afetado pela impossibilidade de cumulação, haja vista que o valor de um dos adicionais representaria proporção substancial de sua remuneração;

d) para que o adicional de insalubridade seja mais vantajoso são necessárias duas condições extremas: a exposição da saúde a riscos deve ser de elevado grau (insalubridade em grau máximo) e esse trabalhador deve receber um salário muito baixo. Nessas circunstâncias, a opção por apenas um dos adicionais sempre acarretará uma perda mensal equivalente a mais de 20% de sua renda.

e) o mecanismo criado pelo § 2º do art. 193 da CLT constitui um fator impeditivo para a melhoria da vida de uma infinidade de trabalhadores que, embora recebam um salário-base maior que o mínimo legal, também são considerados de baixa renda, em razão da impossibilidade de usufruir dos efeitos diretos de políticas de valorização do salário mínimo;

f) existem perdas de longo prazo para os trabalhadores, para a sociedade e para a Administração Pública, em razão do não recolhimento de contribuições previdenciárias e fundiárias incidentes sobre o adicional não pago e sobre as diferenças nas parcelas acessórias, o que prejudica, inclusive, a manutenção e implementação de novos benefícios sociais ou medidas de cunho assistencial, voltadas para esses trabalhadores que expõem diariamente sua saúde a riscos.

DOCTRINA

Todos esses resultados afrontam dispositivos constitucionais e convencionais, pois a legislação infraconstitucional tem o papel de elasticar os direitos mínimos dos trabalhadores. Porém, na prática, o mecanismo criado pelo § 2º do art. 193 da CLT age de modo diverso, criando empecilhos e impedindo a melhoria da renda e das condições de vida dos trabalhadores expostos a agentes de naturezas distintas.

Portanto, concluímos que existe robusta argumentação doutrinária e dados quantitativos suficientes para que seja superada a tese de impossibilidade de cumulação dos adicionais de insalubridade e periculosidade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Ministério do Trabalho e Emprego. *Normas regulamentadoras*. Disponível em: <<http://portal.mte.gov.br/legislacao/normas-regulamentadoras-1.htm>>. Acesso em: 9 set. 2015.

_____. Tribunal Regional do Trabalho (15ª Região). *Recurso Ordinário 2439-05.2011.5.15.0018*. Recorrente: Mabe Brasil Eletrodomésticos S.A. Recorrido: Fabiano Souza do Prado. Relator: Desembargador Samuel Hugo Lima. Campinas, 17 de abril de 2015. Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho, Poder Judiciário, Campinas, SP, ed. 1.708/2015, Caderno Judiciário do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região, p. 655, disponibilizado em 16 de abril de 2014.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. *Recurso de Revista 1072-72.2011.5.02.0384*. Recorrente: Amsted Maxion Fundação e Equipamentos Ferroviários S.A. Recorrido: Ivanildo Bandeira. Relator: Ministro Cláudio Mascarenhas Brandão. Brasília, 3 de outubro de 2014. Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho, Poder Judiciário, Brasília, DF, ed. 1.572/2014, Caderno Judiciário do Tribunal Superior do Trabalho, p. 2155-2156, disponibilizado em 2 de outubro de 2014.

CASSAR, Vólia Bonfim. *Direito do Trabalho*. 5. ed. Niterói: Impetus, 2011.

FRANCO FILHO, Georgenor de Sousa. Cumulação dos adicionais de insalubridade e periculosidade. *Jornal Trabalhista Consulex*, Brasília, ano XXX, n. 1.468, março de 2013, p. 4-6.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Curso de direito internacional público*. 5. ed. São Paulo: RT, 2011.

OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. *Proteção jurídica à saúde do trabalhador*. 4. ed. São Paulo: LTr, 2002.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. *Convenções ratificadas pelo Brasil*. Disponível em: <www.oit.org.br/convention>. Acesso em: 15 set. 2015.

PENA, Tânia Mara Guimarães. Cumulação de adicionais na relação de emprego – respeito ao direito humano à saúde do trabalhador. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região*, Belo Horizonte, v. 54, n. 84, jul./dez. 2011, p. 79-106.

PINTO, José Augusto Rodrigues. *Tratado de direito material do trabalho*. São Paulo: LTr, 2007.

ATUALIZAÇÃO MONETÁRIA DOS CRÉDITOS TRABALHISTAS: INCONSTITUCIONALIDADE DA “TR” E UTILIZAÇÃO DO “IPCA-E”

Flávio da Costa Higa*

Júlio César Bebber**

1 – CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Em duas oportunidades o STF declarou a inconstitucionalidade de dispositivos que fazem referência à “taxa referencial” (TR) como indicador de correção monetária (ADIs 493/DF e 4.357/DF).

O art. 39, *caput*, da Lei nº 8.177/91 determina a atualização monetária dos créditos trabalhistas pelos índices da TR.

Cumprido investigar, então, a constitucionalidade dessa norma e, na eventualidade de considerá-la inconstitucional, encontrar o índice adequado à correção monetária dos créditos trabalhistas.

É esse o tema, pois, que será tratado em texto sintético, com escopo de suscitar o debate.

2 – CONSIDERAÇÕES ESPECÍFICAS

Atualizar monetariamente é preservar o valor real de um bem, assegurando a manutenção do seu poder de troca, que, com o passar do tempo, é corroído pela inflação, em prejuízo do direito à *restitutio in integrum* (CC, art. 944). Assumido o pressuposto de que o dano deve ser integralmente reparado¹, é palmar a ilação de que o patrimônio deve ter seu valor de compra mantido incólume via

* *Juiz do trabalho na 24ª Região; doutor e mestre pela USP; pós-doutorando na Universidade de Lisboa.*

** *Juiz do trabalho na 24ª Região; doutor e mestre em Direito pela USP.*

1 Como, aliás, assentado pela Corte de Cassação francesa, ao enunciar que se deve reparar todo o dano e nada além do dano: “Le propre de la responsabilité civile est de réparer tout le dommage, mais rien que le dommage” (FRANÇA. *Cass.*, 2^{ème} Civ., n. 01-01781, 12.09.02. Disponível em: <<http://www.legifrance.gouv.fr>>. Acesso em: 1 abr. 2015).

correção monetária². Nessa trilha, “ninguém enriquece e ninguém empobrece por efeito de correção monetária, porque a dívida que tem o seu valor nominal atualizado ainda é a mesma dívida”³. Seu escopo é o de transformar as coisas a fim de que elas permaneçam iguais, ou seja, “é mudar o valor nominal de uma dada obrigação de pagamento em dinheiro para que essa mesma obrigação de pagamento em dinheiro não mude quanto ao seu valor real”⁴.

Trata-se de instituto jurídico de índole constitucional, porquanto matéria específica constante de dispositivos da Lei Maior, que lhe esboçam regime peculiar⁵. Confira-se, v.g., que a CF, ao enunciar prescrições sobre o salário mínimo, estabelece que ele deve contar com “reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo” (art. 7º, IV). Outrossim, em respeito ao patrimônio do particular objeto de desapropriação, a Carta Magna confere ao proprietário o direito de ser indenizado com verdadeira cláusula garantidora do “valor real da indenização” (arts. 182, § 4º, inciso III, e 184, *caput*).

Do postulado de salvaguarda do valor real decorrem diversas disposições infraconstitucionais que emprestam concretude a essa garantia, como, por exemplo, os arts. 389, 395 e 404 do CC, todos a reverberar, em uníssono, o direito subjetivo à atualização monetária. Ademais, como corolário de um imperativo constitucional, a inferência lógica é a de que se trata de norma de ordem pública, o que justifica epistemologicamente a sua incidência “sobre qualquer débito resultante de decisão judicial” (Lei nº 6.899/81, art. 1º)⁶, independentemente de menção no pedido inicial e no próprio título executivo judicial (Súmula TST nº 211)⁷.

2 Tanto assim que o Código Civil brasileiro estabelece que as perdas e danos, no caso de inadimplemento de obrigações, comportam atualização monetária (arts. 389 e 404).

3 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. ADI 4.357/DF. Decisão de 14 de março de 2013. Relator: Min. Ayres de Britto. Redator para o acórdão: Min. Luiz Fux. Julgamento concluído em 25 de março de 2015. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6812428>>. Acesso em: 1 abr. 2015.

4 *Idem*.

5 Como ressaltado pelo Ministro Carlos Ayres Brito na ADI 4.357/DF, a correção monetária é “tema específico ou a própria matéria de algumas normas figurantes do nosso Magno Texto, tracejadoras de um peculiar regime jurídico para ela. Instituto que tem o pagamento em dinheiro como fato-condição de sua incidência e, como objeto, a agravação quantitativa desse mesmo pagamento”. *Idem*.

6 Lei n. 6.899/81, art. 1 : “A correção monetária incide sobre qualquer débito resultante de decisão judicial, inclusive sobre custas e honorários advocatícios”.

7 “JUROS DE MORA E CORREÇÃO MONETÁRIA. INDEPENDÊNCIA DO PEDIDO INICIAL E DO TÍTULO EXECUTIVO JUDICIAL (MANTIDA) – RESOLUÇÃO N. 121/03, DJ 19, 20 E 21.11.03. Os juros de mora e a correção monetária incluem-se na liquidação, ainda que omisso o pedido inicial ou a condenação.”

Na Justiça do Trabalho, por força do disposto no art. 39, *caput*, da Lei nº 8.177/91, os débitos têm sido atualizados monetariamente por meio da aplicação da “taxa referencial” (TR), fator também utilizado para a correção da caderneta de poupança. Aludido índice, contudo, é inadequado aos fins colimados, na medida em que seus percentuais não refletem a dilapidação creditícia provocada pelo fenômeno inflacionário. A mera leitura da fórmula para a obtenção do índice (Lei nº 8.177/91, art. 1º, *caput*)⁸ permite lobrigar sua ilegalidade, impropriedade e inadequação⁹, haja vista ser calculado a partir de fatores que traduzem o custo de captação da moeda, e não seu valor de troca¹⁰.

Para além da força dos argumentos jurídicos, alinhavados no plano abstrato, a verificação concreta dos percentuais é sensivelmente mais persuasiva. Nesse espeque, e.g., ilustra-se, a seguir, a diferença cabal entre a “correção” efetuada pela TR¹¹ e a do IPCA-E¹² no período de janeiro/2012 a março/2015:

-
- 8 Lei n 8.177/91, art. 1 : “O Banco Central do Brasil divulgará Taxa Referencial (TR), calculada a partir da remuneração mensal média líquida de impostos, dos depósitos a prazo fixo captados nos bancos comerciais, bancos de investimentos, bancos múltiplos com carteira comercial ou de investimentos, caixas econômicas, ou dos títulos públicos federais, estaduais e municipais, de acordo com metodologia a ser aprovada pelo Conselho Monetário Nacional, no prazo de sessenta dias, e enviada ao conhecimento do Senado Federal”.
- 9 ROCHA, Keyler Carvalho. Impropriedade da TR e da TRD como indexadoras. *Revista de Administração*, São Paulo, v. 26, n. 3, jul./set. 1991, p. 85-87.
- 10 Conforme voto do Ministro Moreira Alves: “Como se vê, a TR é a taxa que resulta, com a utilização das complexas e sucessivas fórmulas contidas na Resolução n 1.085 do Conselho Monetário Nacional, do cálculo da taxa média ponderada da remuneração dos CDB/RDB das vinte instituições selecionadas, expurgada esta de dois por cento que representa genericamente o valor da tributação e da ‘taxa real histórica de juros da economia’ embutidos nessa remuneração. Seria a TR índice de correção monetária e, portanto, índice de desvalorização da moeda, se inequivocamente essa taxa média ponderada da remuneração dos CDB/RDB com o expurgo de 2% fosse constituída apenas do valor correspondente à desvalorização esperada da moeda em virtude da inflação. Em se tratando, porém, de taxa de remuneração de títulos para efeito de captação de recursos por parte de entidades financeiras, isso não ocorre por causa dos diversos fatores que influem na fixação do custo do dinheiro a ser captado. (...) *A variação dos valores das taxas desse custo prefixados por essas entidades decorre de fatores econômicos vários, inclusive peculiares a cada uma delas* (assim, suas necessidades de liquidez) *ou comuns a todas* (como, por exemplo, a concorrência com outras fontes de captação de dinheiro, a política de juros adotada pelo Banco Central, a maior ou menor oferta de moeda), *e fatores esses que nada têm que ver com o valor de troca da moeda, mas, sim – o que é diverso –, com o custo da captação desta*” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI 493*. Voto do Ministro Moreira Alves. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=1519857>>. Acesso em: 1 abr. 2015. Sem grifos no texto original).
- 11 Com a finalidade exclusiva de facilitar a visualização das discrepâncias, os números após a casa centesimal foram apostos em fonte inferior e sem negrito (TAXA REFERENCIAL DE JUROS – TR. *Portal Brasil*. Disponível em: <http://www.portalbrasil.net/tr_mensal.htm>. Acesso em: 3 abr. 2015).
- 12 ÍNDICE NACIONAL DE PREÇOS AO CONSUMIDOR AMPLO ESPECIAL – IPCA-E. *Portal Brasil*. Disponível em: <http://www.portalbrasil.net/ipca_e.htm>. Acesso em: 3 abr. 2015.

DOCTRINA

MÊS/ANO	Índice de Correção – TR	Índice de Correção – IPCA-E
Janeiro/2012	0,0864%	0,65%
Fevereiro/2012	0,0000%	0,53%
Março/2012	0,1068%	0,25%
Abril/2012	0,0227%	0,43%
Maiio/2012	0,0468%	0,51%
Junho/2012	0,0000%	0,18%
Julho/2012	0,0144%	0,33%
Agosto/2012	0,0123%	0,39%
Setembro/2012	0,0000%	0,48%
Outubro/2012	0,0000%	0,65%
Novembro/2012	0,0000%	0,54%
Dezembro/2012	0,0000%	0,69%
Janeiro/2013	0,0000%	0,88%
Fevereiro/2013	0,0000%	0,68%
Março/2013	0,0000%	0,49%
Abril/2013	0,0000%	0,51%
Maiio/2013	0,0000%	0,46%
Junho/2013	0,0000%	0,38%
Julho/2013	0,0209%	0,07%
Agosto/2013	0,0000%	0,16%
Setembro/2013	0,0079%	0,27%
Outubro/2013	0,0920%	0,48%
Novembro/2013	0,0207%	0,57%
Dezembro/2013	0,0494%	0,75%
Janeiro/2014	0,1126%	0,67%
Fevereiro/2014	0,0537%	0,70%
Março/2014	0,0266%	0,73%
Abril/2014	0,0459%	0,78%
Maiio/2014	0,0604%	0,58%
Junho/2014	0,0465%	0,47%
Julho/2014	0,1054%	0,17%
Agosto/2014	0,0602%	0,14%
Setembro/2014	0,0873%	0,39%
Outubro/2014	0,1038%	0,48%
Novembro/2014	0,0483%	0,38%
Dezembro/2014	0,1053%	0,79%
Janeiro/2015	0,0878%	0,89%
Fevereiro/2015	0,0168%	1,33%
Março/2015	0,1296%	1,24%*

* Este último índice diz respeito ao IPCA-15, assim obtido: “O IPCA-15 (...) é uma prévia do IPCA cheio, por isso quando ele é divulgado, no cálculo do acumulado, devem ser considerados os meses anteriores pelo índice do IPCA cheio mais o IPCA-15 mais recente. (...) O período de coleta do INPC e do IPCA estende-se, em geral, do dia 1 a 30 do mês de referência”. Em que pese a diferença metodológica, *nos demais meses constantes da tabela, sem exceção, não houve diferença entre o IPCA-15 e o IPCA-E* (ÍNDICE NACIONAL DE PREÇOS AO CONSUMIDOR AMPLO ESPECIAL – IPCA-E. *Portal Brasil*. Disponível em: <http://www.portalbrasil.net/ipca_e.htm>. Acesso em: 3 abr. 2015).

Deveras, o cotejo dos percentuais é eloquente e fala por si, uma vez que os índices da TR permaneceram invariavelmente inferiores aos da inflação, chegando ao cúmulo de “zerar” no interstício entre setembro/2012 e junho/2013. E isso não é tudo. A prova derradeira da completa dissociação entre atualização monetária e TR reside no fato de o Banco Central do Brasil, por meio do Conselho Monetário Nacional, ter promulgado a Resolução nº 3.354, de 31 de março de 2006, que impõe um redutor sobre a TR apurada (art. 5º)¹³. Desse modo, ainda que se pudesse cogitar da TR como instrumento apto a preservar o valor de troca, o coeficiente de redução aniquilaria tal condão. Ademais, resta patente a interferência governamental sobre tal índice, em face de suas repercussões na política econômica, uma vez que a aplicação de um decréscimo tem por objetivo conter a fuga do capital de investidores para a poupança pública, setor estratégico para o governo, mas sem correspondência com as perdas inflacionárias.

Por todo o exposto, o STF declarou a inconstitucionalidade da expressão “índice oficial de remuneração básica da caderneta de poupança” – *rectius*, TR –, constante do § 12 do art. 100 da CF, do inciso II do § 1º e do § 16, ambos do art. 97 do ADCT, normas de regência da atualização dos valores de requisitórios a serem pagos pelas Fazendas Públicas Federal, Estaduais, Distrital e Municipais. Assim o fez utilizando, entre outros, os seguintes fundamentos, *litteris*:

“Se há um direito subjetivo à correção monetária de determinado crédito, direito que, como visto, não difere do crédito originário, *fica evidente que o reajuste há de corresponder ao preciso índice de desvalorização da moeda, ao cabo de um certo período; quer dizer, conhecido que seja o índice de depreciação do valor real da moeda – a cada período legalmente estabelecido para a respectiva medição –, é ele que por inteiro vai recair sobre a expressão financeira do instituto jurídico protegido com a cláusula de permanente atualização monetária. (...) Qualquer ideia de incidência mutilada da correção monetária, isto é, qualquer tentativa de aplicá-la a partir de um percentualizado redutor, caracteriza fraude à Constituição. (...) Do que resulta o óbvio: se a ‘preservação do valor real’ do patrimônio particular é constitucionalmente assegurada, mesmo nos casos de descumprimento da função social da propriedade (inciso III do § 4º do art. 182 e *caput* do art. 184, ambos da CF), como justificar o sacrifício ao crédito daquele que tem a seu favor uma sentença judicial transitada em julgado?”¹⁴*

13 “Art. 5 Para cada TBF obtida, segundo a metodologia descrita no art. 4, deve ser calculada a correspondente TR, pela aplicação de um redutor ‘R’, de acordo com a seguinte fórmula: (...)” (BRASIL. CONSELHO MONETÁRIO NACIONAL. *Resolução nº 3.354*, de 31 de março de 2006. Disponível em: <<https://www3.bcb.gov.br/normativo/detalharNormativo.do?method=detalharNormativo&N=106098700>>. Acesso em: 1 abr. 2015)

14 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 4.357/DF. *Op. cit.*

Observe-se que os argumentos lançados sobrepujam a questão concernente à recomposição dos precatórios, desembocando na ideia de violação do regime constitucional de atualização monetária, universalmente válida. Diante de tal quadro, se os motivos invocados para rechaçar a TR permitem a intelecção de seu cabimento a todas as hipóteses de atualização monetária – e tudo leva a crer que sim –, qualquer juiz, no exercício do controle difuso de constitucionalidade, pode – e deve – afastar a aplicação do art. 39 da Lei nº 8.177/91, reputando-o inconstitucional¹⁵, com efeitos *inter partes*.

Não se trata, por óbvio, de aplicação da “teoria da transcendência dos motivos determinantes”¹⁶, segundo a qual a eficácia vinculante não fica adstrita à parte dispositiva do julgado, mas também aos próprios fundamentos (*ratio decidendi*) que o embasaram. Conquanto a Suprema Corte tenha adotado tal teoria durante significativo período, fundado na “necessidade de preservar-se, em sua integralidade, a força normativa da Constituição”¹⁷, o entendimento atual é pela rejeição dessa tese *para o cabimento de Reclamação Constitucional*¹⁸. O que se defende, entretanto, é a possibilidade do exame da constitucionalidade

-
- 15 Evita-se, nessa seara, empregar a expressão “declarar a inconstitucionalidade”, em face do entendimento consolidado de que a declaração de inconstitucionalidade propriamente dita seria prerrogativa dos tribunais, por força dos arts. 97 da CF e 480 a 482 do CPC.
- 16 Segundo o escólio de Barroso: “Em sucessivas decisões, o Supremo Tribunal Federal estendeu os limites objetivos e subjetivos das decisões proferidas em sede de controle abstrato de constitucionalidade, com base em uma construção que vem denominando *transcendência dos motivos determinantes*. Por essa linha de entendimento é reconhecida eficácia vinculante não apenas à parte dispositiva do julgado, mas também aos próprios fundamentos que embasaram a decisão. Em outras palavras: juízes e tribunais devem acatamento não apenas à conclusão do acórdão, mas igualmente às razões de decidir” (BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro* – exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 238-239).
- 17 Analise-se, e.g., os seguintes trechos da decisão monocrática do Ministro Celso de Mello na Reclamação 2.986: “Essa visão do fenômeno da transcendência parece refletir a preocupação que a doutrina vem externando a propósito dessa específica questão, consistente no reconhecimento de que a eficácia vinculante não só concerne à parte dispositiva, mas refere-se, também, aos próprios fundamentos determinantes do julgado que o Supremo Tribunal Federal venha a proferir em sede de controle abstrato, especialmente quando consubstanciar declaração de inconstitucionalidade (...). Na realidade, *essa preocupação*, realçada pelo magistério doutrinário, *tem em perspectiva um dado de insuperável relevo político-jurídico, consistente na necessidade de preservar-se, em sua integralidade, a força normativa da Constituição, que resulta da indiscutível supremacia, formal e material, de que se revestem as normas constitucionais, cujas integridade, eficácia e aplicabilidade, por isso mesmo, hão de ser valorizadas, em face de sua precedência, autoridade e grau hierárquico (...)*” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Rcl. 2986. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp>>. Acesso em: 1 abr. 2015. Sem destaques no texto original. Trata-se de decisão monocrática que rejeita o pedido, por disciplina judiciária, mas revela os fundamentos de seu posicionamento).
- 18 Nesse sentido: Rcl 2.475-AgR/MG, Rel. p/ o Acórdão Min. Marco Aurélio; Rcl 3.014/SP, Rel. Min. Ayres Britto; Rcl 3.249-AgR/RN, Rel. Min. Dias Toffoli; Rcl 6.204-AgR/AL, Rel. Min. Eros Grau; Rcl 9.778-AgR/RJ, Rel. Min. Ricardo Lewandowski; Rcl 11.831 – AgR/CE, Rel.^a Min.^a Cármen Lúcia; Rcl 14.098/TO, Rel. Min. Roberto Barroso; Rcl 14.111/DF, Rel. Min. Teori Zavascki; Rcl 14.391/MT, Rel.^a Min.^a Rosa Weber; e Rcl 15.225/SP, Rel. Min. Marco Aurélio.

de lei por todos os juízes, como no paradigmático caso *Marbury v. Madison* (1803), no qual a Suprema Corte norte-americana, há mais de 200 anos, forjou o conceito de controle difuso de constitucionalidade, de primordial influxo no ordenamento pátrio. Nas palavras do Chief Justice Marshall, “a lei que viola a Constituição é nula, e os tribunais, assim como todos os demais órgãos, estão vinculados por esse instrumento”¹⁹.

Reconhecida a inconstitucionalidade ou a inadequação da TR como índice de correção dos débitos trabalhistas – como já tem ocorrido em sede doutrinária²⁰ –, é necessário encontrar-lhe um substituto que cumpra a missão constitucional. Os dispositivos do CC fazem menção invariável à atualização monetária “segundo índices oficiais regularmente estabelecidos” (arts. 389, 395 e 404), deixando claro que os percentuais apurados por entidades privadas²¹ – por mais fidedignos que sejam – não estão autorizados por lei²².

Restam, pois, basicamente, dois índices oficiais, quais sejam o INPC – Índice Nacional de Preços ao Consumidor e o IPCA – Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo, ambos medidos pelo IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, entidade da Administração Pública Federal vinculada ao Ministério do Planejamento²³. A diferença entre eles é que o primeiro “abrange as famílias com rendimentos mensais compreendidos entre um e cinco salários mínimos, cuja pessoa de referência é assalariado e residente nas áreas urbanas das regiões”, ao passo que o segundo “engloba famílias com rendimentos mensais compreendidos entre um e 40 salários mínimos, qualquer que seja a fonte

19 Tradução livre do autor. No original, lê-se: “Thus, the particular phraseology of the Constitution of the United States confirms and strengthens the principle, supposed to be essential to all written Constitutions, that a law repugnant to the Constitution is void, and that courts, as well as other departments, are bound by that instrument” (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Supreme Court of the United States. *Marbury v. Madison*, 5 U.S. 1 Cranch 137 137 (1803). Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/5/137/case.html>>. Acesso em: 1 abr. 2015. Sem destaques no texto original).

20 ALMEIDA, Amador Paes. A impropriedade da utilização da TR – Taxa Referencial – como fator de correção monetária. *LTr*, 103/92, p. 645; MARTINS, Sergio Pinto. Atualização monetária dos créditos trabalhistas. *Justiça do Trabalho*, HS, v. 362, p. 15/20, fev. 2014; GHISLENI FILHO, João; VARGAS, Luiz Alberto de. A atualização monetária dos créditos trabalhistas após a extinção da TR. *LTr*; 119/13, p. 641; e BASILE, César Reinaldo Offá. A (des)atualização monetária do crédito na Justiça do Trabalho. *LTr*, ano 77, v. 07, jul. 2013, p. 807.

21 Tais como o IPC (elaborado pela FGV–FIPE), IGP-M (elaborado pela FGV) e o ICV (apurado pelo DIEESE).

22 Ainda que não haja grande discrepância entre os percentuais encontrados pelos institutos que efetivamente mensuram a inflação (SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Princípio da reparação integral: indenização no Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 302).

23 Para aprofundamento, vide: INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA – IBGE. *Estrutura*. Disponível em: <<http://www.ibge.gov.br/home/disseminacao/eventos/missao/instituicao.shtm>>. Acesso em: 1 abr. 2015.

de rendimentos, e residentes nas áreas urbanas das regiões”²⁴. Já o IPCA-E é apenas uma variação do IPCA, de linhas gerais muito semelhantes. Decorre da Medida Provisória nº 812, de 30 de dezembro de 1994 (art. 1º, §§ 1º e 2º), com o escopo de subsidiar a materialização da UFIR, parâmetro de atualização de tributos e outras penalidades (Lei nº 8.383/91, art. 1º). É divulgado trimestralmente, também pelo IBGE, utilizando os seguintes componentes de cálculo: alimentação e bebidas, habitação, artigos de residência, vestuário, transportes, saúde e cuidados pessoais, despesas pessoais, educação e comunicação²⁵.

A opção pelo IPCA, série Especial, decorre, precipuamente, de um critério teleológico. O INPC é um índice mais restrito, que tem como foco a política salarial e por objetivo fundamental indicar como as famílias assalariadas de baixo rendimento são afetadas pelo movimento dos preços²⁶. Por outro lado, o IPCA oferece a medida do movimento geral dos preços no mercado varejista e, também, o indicador da inflação de acordo com o consumo pessoal. Por conta disso, é o parâmetro principal no monitoramento do sistema de metas de inflação no Brasil²⁷, o que o torna, por excelência, o melhor indicativo de reposição do poder aquisitivo das condenações judiciais.

A utilização do IPCA, série Especial, encontra apoio também no recurso integrativo da analogia, aplicável por força dos arts. 8º da CLT e 4º da LINDB, porquanto *é o índice legalmente fixado para a atualização monetária dos precatórios, inclusive em relação às causas trabalhistas, previdenciárias e de*

24 Com a seguinte abrangência geográfica: regiões metropolitanas de Belém, Fortaleza, Recife, Salvador, Belo Horizonte, Rio de Janeiro, São Paulo, Curitiba, Vitória e Porto Alegre, Brasília e Municípios de Goiânia e Campo Grande (*Idem. Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo – IPCA e Índice Nacional de Preços ao Consumidor – INPC*. Disponível em: <http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/indicadores/precos/inpc_ipca/default_inpc.shtm>. Acesso em: 1 abr. 2015).

25 ÍNDICE NACIONAL DE PREÇOS AO CONSUMIDOR AMPLO ESPECIAL – IPCA-E. *Portal Brasil*. Disponível em: <http://www.portalbrasil.net/ipca_e.htm>. Acesso em: 1 abr. 2015.

26 “(...) a razão essencial para a criação do INPC (índice restrito) foi a política salarial, sendo seu objetivo indicar como as famílias cujos chefes são assalariados e possuem baixos rendimentos são afetadas pelo movimento dos preços. Este índice tem sido, na prática, utilizado para além de seu objetivo primeiro e tem fornecido, ao longo dos anos, subsídios para as decisões de reajustes de remunerações, não apenas aos agentes diretamente afetados pelos dissídios, mas a qualquer categoria de trabalhadores, sindicalizados ou não.” (ROUSSEFF, Dilma; BELCHIOR, Miriam. *Série Relatos Metodológicos. Sistema Nacional de Índices de Preços ao Consumidor métodos de cálculo*. 6. ed. Rio de Janeiro, 2012. v. 14. Disponível em: <http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/indicadores/precos/inpc_ipca/Metodos_de_Calculo_6ed.pdf>. Acesso em: 1 abr. 2015)

27 “Quanto ao IPCA, a motivação para sua criação foi oferecer, para todos os fins práticos, a medida do movimento geral dos preços no mercado varejista e, também, o indicador da inflação segundo o consumo pessoal, sendo este utilizado pelo Banco Central do Brasil – Bacen, desde janeiro de 1999, como parâmetro principal no monitoramento do sistema de metas de inflação no Brasil.” (*Idem*)

acidente do trabalho, ex vi dos arts. 27 da Lei nº 12.919, de 24 de dezembro de 2013²⁸, e 27 da Lei nº 13.080, de 2 de janeiro de 2015²⁹.

Por derradeiro, o emprego do IPCA, série Especial, tem respaldo em recente decisão do STF, que, ao modular os efeitos da declaração de inconstitucionalidade da TR, elegeu-o como índice aplicável³⁰.

3 – CONSIDERAÇÕES FINAIS

Das reflexões acima exaradas, então, pode-se afirmar que o direito à percepção do crédito trabalhista (*lato sensu*) originário só existe em plenitude se monetariamente corrigido pelos precisos índices de desvalorização da moeda ao cabo de determinado período. Por isso, é inconstitucional a expressão “TRD”, constante do *caput* do art. 39 da Lei nº 8.177/91, uma vez que referido indicador não corresponde aos exatos índices de depreciação do valor real da moeda. Devem-se utilizar, em seu lugar, os do IPCA-E (Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo, série Especial, do IBGE), principal indicador de monitoramento do sistema de metas de inflação no país.

4 – REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Amador Paes. A impropriedade da utilização da TR – Taxa Referencial – como fator de correção monetária. *LTr*, 103/92.

BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BASILE, César Reinaldo Offá. A (des)atualização monetária do crédito na Justiça do Trabalho. *LTr*, ano 77, v. 7, jul. 2013.

28 “Art. 27. A atualização monetária dos precatórios, determinada no § 12 do art. 100 da Constituição Federal, inclusive em relação às causas trabalhistas, previdenciárias e de acidente do trabalho, observará, no exercício de 2014, a variação do Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo – Especial – IPCA-E do IBGE.” (BRASIL. *Lei nº 12.919, de 24 de dezembro de 2013*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12919.htm>. Acesso em: 1 abr. 2015)

29 “Art. 27. A atualização monetária dos precatórios, determinada no § 12 do art. 100 da Constituição Federal, bem como das requisições de pequeno valor expedidas no ano de 2015, inclusive em relação às causas trabalhistas, previdenciárias e de acidente do trabalho, observará, no exercício de 2015, a variação do Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo – Especial – IPCA-E do IBGE, da data do cálculo exequendo até o seu efetivo depósito.” (BRASIL. *Lei nº 13.080, de 2 de janeiro de 2015*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13080.htm>. Acesso em: 1 abr. 2015)

30 “(...) (i) os créditos em precatórios deverão ser corrigidos pelo Índice de Preços ao Consumidor Amplo Especial (IPCA-E) e (ii) os precatórios tributários deverão observar os mesmos critérios pelos quais a Fazenda Pública corrige seus créditos tributários.” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. ADI 4357-DF. Relator: Min. Ayres de Britto. Redator p/ o Acórdão: Min. Luiz Fux. j. 25.03.2015. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp>>. Acesso em: 1 abr. 2015)

DOUTRINA

BRASIL. Conselho Monetário Nacional. *Resolução nº 3.354, de 31 de março de 2006*. Disponível em: <<https://www3.bcb.gov.br/normativo/detalharNormativo.do?method=detalharNormativo&N=106098700>>. Acesso em: 1º abr. 2015.

_____. *Lei nº 12.919, de 24 de dezembro de 2013*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12919.htm>. Acesso em: 1º abr. 2015.

_____. *Lei nº 13.080, de 2 de janeiro de 2015*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13080.htm>. Acesso em: 1º abr. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. *ADI 493*. Voto do Ministro Moreira Alves. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=1519857>>. Acesso em: 1º abr. 2015.

_____. _____. *Rcl. 2986*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp>>. Acesso em: 1º abr. 2015.

_____. _____. Tribunal Pleno. *ADI 4.357/DF*. Decisão de 14 de março de 2013. Relator: Min. Ayres de Britto. Redator p/ o Acórdão: Min. Luiz Fux. Julgamento concluído em 25 de março de 2015. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6812428>>. Acesso em: 1º abr. 2015.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Supreme Court of the United States. *Marbury v. Madison, 5 U.S. 1 Cranch 137 137 (1803)*. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/5/137/case.html>>. Acesso em: 1º abr. 2015.

FRANÇA. *Cass. 2^{ème} Civ.*, n. 01-01781, 12.09.02. Disponível em: <<http://www.legifrance.gouv.fr>>. Acesso em: 1º abr. 2015.

GHISLENI FILHO, João; VARGAS, Luiz Alberto de. A atualização monetária dos créditos trabalhistas após a extinção da TR. *LTr*, 119/13.

ÍNDICE NACIONAL DE PREÇOS AO CONSUMIDOR AMPLO ESPECIAL – IPCA-E. *Portal Brasil*. Disponível em: <http://www.portalbrasil.net/ipca_e.htm>. Acesso em: 3 abr. 2015.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA – IBGE. *Estrutura*. Disponível em: <<http://www.ibge.gov.br/home/disseminacao/eventos/missao/instituicao.shtm>>. Acesso em: 1º abr. 2015.

_____. *Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo – IPCA e Índice Nacional de Preços ao Consumidor – INPC*. Disponível em: <http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/indicadores/precos/inpc_ipca/default_inpc.shtm>. Acesso em: 1º abr. 2015.

MARTINS, Sergio Pinto. Atualização monetária dos créditos trabalhistas. *Justiça do Trabalho*, HS, v. 362, fev. 2014, p. 15/20.

ROCHA, Keyler Carvalho. Impropriedade da TR e da TRD como indexadoras. *Revista de Administração*, São Paulo, v. 26, n. 3, jul./set. 1991.

ROUSSEFF, Dilma; BELCHIOR, Miriam. Série Relatos Metodológicos. *Sistema Nacional de Índices de Preços ao Consumidor: métodos de cálculo*. 6. ed. Rio de Janeiro, 2012. v. 14. Disponível em: <http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/indicadores/precos/inpc_ipca/Metodos_de_Calculo_6ed.pdf>. Acesso em: 1º abr. 2015.

SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Princípio da reparação integral: indenização no Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2010.

TAXA REFERENCIAL DE JUROS – TR. *Portal Brasil*. Disponível em: <http://www.portalbrasil.net/tr_mensal.htm>. Acesso em: 3 abr. 2015.

HORAS EXTRAS PELA SUPRESSÃO DOS INTERVALOS E PAUSAS: POR UM OLHAR SISTÊMICO

José Antônio Ribeiro de Oliveira Silva*

1 – INTRODUÇÃO

Há um pensamento uniforme no sentido de que a *saúde do trabalhador* se trata de um direito humano – ou de um direito fundamental, dependendo da perspectiva de análise – e que, portanto, deve receber a máxima proteção do sistema jurídico e de todos os atores que o colocam em marcha. Contudo, a realidade mostra o quanto referido sistema tem sido ineficiente, porque a quantidade de acidentes do trabalho e, sobretudo, de adoecimentos ocupacionais aumenta ano após ano. Ocorre que não se tem dado a devida atenção ao estudo *sistemático* das causas desses infortúnios, tampouco à *influência das extensas jornadas de trabalho* – em seus aspectos quantitativo e qualitativo – no surgimento ou antecipação dos efeitos maléficos dos agravos à saúde do trabalhador.

De todos sabido que os acidentes no ambiente de trabalho são um *fenômeno multicausal*¹, havendo inúmeras causas contribuindo para o “sucesso” do infortúnio. Destarte, não é possível afirmar que somente as jornadas de trabalho extensas são as responsáveis pela ocorrência de acidentes e adoecimentos no mundo do trabalho. De outra parte, não se pode afastar essa causa como *uma*

* Juiz do trabalho, titular da 6ª Vara do Trabalho de Ribeirão Preto (SP); ex-gestor regional (1º grau) do Programa de Prevenção de Acidentes do Trabalho instituído pelo Tribunal Superior do Trabalho; mestre em Direito das Obrigações pela Unesp/SP; doutor em Direito do Trabalho e da Seguridade Social pela Universidad de Castilla-La Mancha (Espanha); membro do Conselho Técnico da Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região (Subcomissão de Doutrina Internacional); professor da Escola Judicial do TRT da 15ª Região.

1 Por isso se afirma que o método denominado Árvore de Causas (ADC), desenvolvido na França na década de 1970, é o mais correto para a análise do problema. Este método parte da premissa da compreensão dos acidentes como *fenômenos multicausais*, constituindo um método “clínico” de investigação que “propicia a identificação da rede de fatores envolvidos na gênese do acidente”, com base no estudo das variações do desenvolvimento normal das tarefas, bem como das atividades dos sujeitos envolvidos e do ambiente físico e inclusive social, no qual ocorrem as atividades de produção da empresa (PEREIRA BINDER, M. C.; MUNIZ DE ALMEIDA, I. Acidentes do trabalho: acaso ou descaso? In: MENDES, R. *Patologia do trabalho*. 2. ed. atual. e ampl. São Paulo: Atheneu, 2005. v. 1. p. 779-786).

das mais importantes para a ocorrência dos infortúnios laborais. E quando se fala em excesso de jornada de trabalho não se pode ter em conta apenas seu aspecto quantitativo – a quantidade de jornada praticada, subtraídos os intervalos e pausas –, mas também, em igual medida, a *vertente qualitativa* dessa jornada, que compreende três aspectos principais:

1º) *o relativo à distribuição dos horários de trabalho e às pausas durante a jornada* – porque há clara diferença para a saúde e para a vida pessoal do trabalhador entre se praticar uma jornada em turno fixo ou em turnos ininterruptos de revezamento; mediante acordo de compensação para não se trabalhar aos sábados ou em regime de banco de horas com alternâncias bruscas de dias e horários de trabalho; em jornadas em que se respeitam os intervalos intrajornada e entrejornadas, bem como as pausas necessárias, ou em jornadas em que essa observância não ocorre;

2º) *o relacionado ao tempo de trabalho efetivo* – pois quando não se considera como tempo de trabalho uma série de tempos em que o trabalhador permanece à disposição do empregador, como ocorre com o tempo de espera do motorista profissional, ou com o tempo de sobreaviso, isso também se reflete na saúde e na vida pessoal do trabalhador; e

3º) *o aspecto pertinente à intensificação do trabalho* – que diz respeito à exigência de metas e ao aumento da produtividade, que, por sua vez, implicam em *invisível* aumento da jornada de trabalho, pois o trabalhador passa a produzir mais no mesmo *quantum* de jornada “mensurável”.

Por certo que, neste breve artigo, não há espaço para se abordar todos esses relevantes aspectos da jornada de trabalho. Daí porque minha atenção se voltará apenas para as questões relacionadas à fruição dos intervalos intrajornada e entrejornadas, bem como das pausas necessárias.

Pois bem, a doutrina e a jurisprudência brasileiras já têm pronunciado, com certa uniformidade, a imprescindibilidade da observância efetiva dos tempos mínimos de intervalos intrajornada e entrejornadas, bem como de algumas pausas para categorias profissionais específicas. E já se reconheceu que a supressão do tempo mínimo de intervalo intrajornada, ainda que parcial, conduz a uma punição de caráter econômico, e de natureza salarial, *ex vi* da Súmula nº 437 do e. TST, numa interpretação teleológica da regra insculpida no § 4º do art. 71 da CLT.

Contudo, falta uma visão sistêmica de todos os temas relacionados a essa matéria, que leve em conta, por exemplo, o *quantum* da jornada de trabalho efetivamente praticada pelo trabalhador. Ora, são situações jurídicas distintas exigir-se do trabalhador jornadas de oito horas quando a proteção especial lhe

confere jornada de seis horas – exemplo típico do bancário – ou exigir-se do empregado jornadas de 16 horas. De modo que condenar o empregador ao pagamento de apenas uma hora extra pela supressão do intervalo intrajornada em jornadas de trabalho superiores a 11 horas é conferir tratamento igual a *situações absolutamente desiguais*. Daí que, numa jornada de trabalho de mais de 11 horas, com supressão parcial do intervalo, o empregador teria de pagar *duas horas extras* por esse fato, e não apenas uma, como tem definido a jurisprudência dos tribunais trabalhistas.

Por certo que não se torna tão simples compreender a lógica dessa afirmativa sem uma compreensão sistêmica da importância dos intervalos e pausas, bem como dos avanços e retrocessos na jurisprudência, a respeito da temática em análise. É o que devo enfrentar nos tópicos seguintes.

2 – A IMPORTÂNCIA DOS INTERVALOS DE DESCANSO E DAS PAUSAS NA JORNADA DE TRABALHO

De início, convém observar que o tempo (ou jornada) de trabalho ocupa uma *posição de centralidade* na normatização do Direito do Trabalho. É possível sustentar que o tempo de trabalho, ou mais precisamente sua *limitação* pela normativa estatal, é parte inseparável da própria *gênese* deste ramo especializado do Direito. Daí porque ainda hoje, em pleno século XXI, *os dois temas fundamentais* desta disciplina são o salário e a limitação da jornada de trabalho, assim como o era no surgimento das primeiras normas que procuraram estabelecer limites à obtenção do lucro empresarial, inerente ao modo de produção capitalista².

Francisco Trillo³ afirma que a relação entre o tempo de trabalho e o lucro empresarial é a *quinta-essência* do processo de produção capitalista. Daí existir uma “demanda empresarial pelo maior tempo de trabalho possível”. Como se sabe, a busca pelo maior lucro possível propiciou o surgimento de jornadas extenuantes de trabalho, as quais motivaram, “através da luta do movimento obreiro, a fixação progressiva de uma regulação do tempo de trabalho que albergasse em seu código genético, entre outros e fundamentalmente, o objetivo da proteção à saúde dos trabalhadores”.

2 SILVA, José Antônio Ribeiro de Oliveira. *A flexibilização da jornada de trabalho e a violação do direito à saúde do trabalhador* uma análise comparativa dos sistemas jurídicos brasileiro e espanhol. São Paulo: LTr, 2013. p. 25-26.

3 TRILLO PÁRRAGA, F. J. *La construcción social y normativa del tiempo de trabajo: identidades y trayectorias laborales*. Valladolid: Lex Nova, 2010. p. 30-31.

Não se pode olvidar que o trabalhador não deixa de ser pessoa quando entrega parte de seu tempo de vida ao empregador, para que seja possível a prestação dos serviços pactuados no contrato de trabalho. É dizer, o trabalhador vende sua força de trabalho, física e/ou intelectual, porém *não perde sua condição humana*.

Daí porque a OIT⁴ já advertia, no final da década de 1980, que, para assegurar-se a segurança, a saúde e o bem-estar dos trabalhadores, é essencial organizar o tempo de trabalho de modo que o trabalhador disponha de *suficientes períodos de descanso*: “pausas breves durante as horas de trabalho, pausas mais extensas para as refeições, descanso noturno ou diurno e descanso semanal”. Explicava a OIT que a *necessidade de pausas breves* no curso da jornada, ainda que não estejam prescritas em lei, é particularmente importante em tarefas que impõem um ritmo acelerado ou requerem um alto grau de atenção – como ocorre, por exemplo, no serviço de digitação e no trabalho em frigoríficos.

A doutrina espanhola considera tanto as pausas dentro da jornada como o descanso diário ou entrejornadas como verdadeiros “direitos físicos” do trabalhador, “de tutela de seus interesses fisiológicos e psicológicos, constituindo-se em descansos interruptivos da prestação” de trabalho com o caráter recuperatório para o trabalhador, “cuja nota característica seria a de constituir intervalos de curta duração, brevíssima no suposto das pausas, os quais se distanciam dos que se poderiam considerar típicos descansos laborais, como o semanal, os feriados e as férias”. São *tempos de não trabalho*, os quais, ainda que em módulos temporais de menor duração, cumprem igualmente “a finalidade de restituir as capacidades físicas ou psíquicas do trabalhador”⁵.

Destaca-se que as tendências flexibilizadoras na regulamentação da jornada de trabalho têm tornado difícil o estabelecimento de limites absolutos à duração máxima do tempo de trabalho. De tal modo que os períodos mínimos de descanso adquirem uma especial relevância nessa matéria, posto que vão se converter nos *autênticos limites da jornada laboral*, constituindo, assim, uma “rede de segurança” para a proteção à saúde e à segurança dos trabalhadores. Como é sabido, a finalidade mais imediata dos períodos de descanso obrigatórios é “permitir ao trabalhador a recuperação das forças empregadas na atividade

4 CLERC, J. M. *Introducción a las condiciones y el medio ambiente de trabajo*. Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo, 1987. p. 130.

5 VALDEOLIVAS GARCÍA, Y. Pausas intra-jornada y descansos inter-jornadas. In: DE LA VILLA GIL, L. E. (Coord.). *Estudios sobre la jornada de trabajo*. Madri: ACARL – Asociación de Cajas de Ahorros para Relaciones Laborales, 1991. p. 256-257.

produtiva, assim como fornecer-lhe o tempo necessário para o desenvolvimento de atividades sociais, familiares, religiosas, etc.”⁶.

Com efeito, desde há muito tempo a doutrina brasileira proclama que a fixação do limite mínimo de intervalo intrajornada se dá por meio de *norma de ordem pública*, imperativa, portanto, por tratar-se de norma que visa resguardar *a saúde dos trabalhadores*. Desde a década de 1950 se apontava que as pausas impostas pela lei “têm por objetivo desviar a atenção do empregado do trabalho desenvolvido por várias horas, diminuir-lhe a fadiga, de permitir-lhe a refeição”⁷. É indubitável que uma pessoa não pode trabalhar continuamente, sem uma pausa para a reposição de suas energias físicas e mentais, durante uma jornada de quatro ou mais horas diárias.

Também não se pode olvidar de que a pessoa necessita alimentar-se para essa recomposição de energias. Há *estudos da Fisiologia* demonstrando haver limites temporais mínimos para que essa recomposição seja satisfeita. Orlando Gomes e Elson Gottschalk⁸, depois de mencionar os estudos da Fisiologia para a fixação dos períodos de repouso, explicam que, no curso da jornada de trabalho, é necessário interrompê-la, dosando o trabalho efetivo com pausas *cientificamente* aplicadas, no interesse imediato do empregado e inclusive do empregador. De tal maneira que não se trata de um capricho da lei, a qual fixa os limites mínimos de descanso respaldada por aspectos técnicos, definidos pela *investigação científica* a respeito da matéria.

Quanto ao tempo mínimo para o intervalo entrejornadas e o descanso semanal, os fundamentos são os mesmos aplicados à necessidade de fixação de um tempo necessário ao intervalo e às pausas intrajornada, qual seja *a prevenção contra a fadiga física e/ou mental*.

A pessoa trabalhadora tem que dispor de um tempo mínimo para outras atividades relacionadas a seu cotidiano, tendo direito fundamental ao lazer (arts. 6º e 7º, inciso IV, da CR/88), a estar com sua família, a estudar e investir em sua formação profissional ou pessoal, em suma, *direito a ter um tempo livre para*

6 FITA ORTEGA, F. *Límites legales a la jornada de trabajo*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999. p. 51.

7 RUSSOMANO, Mozart Victor. *Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho*. 4. ed. rev., aum. e atual. Rio de Janeiro: José Konfino, 1957. v. 1. p. 199. Nas páginas anteriores, Russomano havia citado o jurista argentino Juan D. Pozzo, para quem o descanso entre as horas de trabalho ou entre as jornadas tende a atender o indispensável repouso para a recuperação da energia física e mental, permitindo ainda ao trabalhador a convivência com a família e o desenvolvimento de sua própria personalidade como um ser humano (*Ibidem*, p. 148-149).

8 GOMES, Orlando; GOTTSCHALK, Elson. *Curso de direito do trabalho*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1968. p. 273.

si mesma, no qual, obviamente, está compreendido o tempo de sono necessário para a recomposição de seu equilíbrio físico e mental⁹.

Não se pode olvidar que o direito ao descanso diário e/ou semanal é um *direito fundamental* para a proteção da saúde e da segurança dos trabalhadores. Tanto que o primeiro está intrinsecamente interligado à limitação da jornada diária de trabalho. E o segundo, que tem uma inegável matriz religiosa muito antiga¹⁰, foi objeto de algumas das primeiras normas internacionais do trabalho, porquanto a OIT, já em 1921, por meio da Convenção nº 14, estabeleceu um descanso obrigatório de, *no mínimo*, 24 horas consecutivas a cada período de sete dias, e quando possível coincidente com os dias consagrados pela tradição ou costumes do país ou da região (art. 2 da Convenção nº 14 – Descanso Semanal na Indústria). Posteriormente, referido direito foi estendido aos trabalhadores do comércio e escritórios pela convenção respectiva (Convenção nº 106, de 1957, art. 6.1). Ademais, a Recomendação nº 103 da OIT, que complementa a Convenção nº 106, propugna por “um descanso de 36 horas pelo menos por semana de trabalho, horas que, sempre que seja possível, devem constituir um período ininterrupto”¹¹.

A finalidade do descanso semanal é “proporcionar ao trabalhador um tempo suficiente não só para que possa recuperar as forças empregadas na atividade produtiva, mas também para que o trabalhador possa, como ser humano, desenvolver sua vida social”. Daí resulta uma *dupla necessidade do repouso periódico*: 1ª) a necessidade fisiológica de proporcionar ao trabalhador um tempo de descanso; e 2ª) a necessidade social de se lhe conceder um tempo de lazer para o desenvolvimento das atividades inerentes a sua condição humana (atividades familiares, religiosas, culturais, etc.)¹².

Mauricio Godinho Delgado¹³ assinala que os avanços dos estudos e pesquisas sobre a saúde e segurança do trabalhador têm demonstrado que a extensão do contato da pessoa com certas atividades ou ambientes é elemento decisivo à configuração do potencial efeito insalubre de referidos ambientes ou atividades, e que essas reflexões têm levado à noção de que a redução da jornada

9 SILVA, José Antônio Ribeiro de Oliveira. *A flexibilização da jornada de trabalho e a violação do direito à saúde do trabalhador*: uma análise comparativa dos sistemas jurídicos brasileiro e espanhol, p. 132.

10 Orlando Gomes e Elson Gottschalk apontam que os autores em geral remontam as origens do descanso dominical ou repouso hebdomadário à mais longínqua Antiguidade ou à Idade Média, “confrontando-o sempre com o sentimento religioso dos povos antigos, aplicado aos sábados entre os hebreus e aos domingos entre os cristãos” (GOMES, Orlando; GOTTSCHALK, Elson. *Curso de direito do trabalho*, p. 280).

11 CLERC, J. M. *Introducción a las condiciones y el medio ambiente de trabajo*, p. 131.

12 FITA ORTEGA, F. *Límites legales a la jornada de trabajo*, p. 54.

13 DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 4. ed. São Paulo: LTr, 2005. p. 831.

e da duração semanal do trabalho em certas atividades ou ambientes constitui uma *medida profilática* importante no contexto da moderna Medicina Laboral, assumindo as normas que cuidam do tema o caráter de *normas de saúde pública*.

Mais adiante, observa este renomado autor que os períodos de descanso são lapsos temporários regulares em que o empregado pode interromper a prestação de serviços e sua disponibilidade para com o empregador, com o objetivo da recuperação e implementação de suas energias ou de sua inserção familiar, comunitária e política. Por essa razão, as normas jurídicas concernentes à jornada e aos descansos não têm fundamento apenas econômico, já que *seu fim último* é o de proteger a saúde do trabalhador. Sendo assim, as normas que estabelecem pausas intra e entrejornadas – bem como o descanso semanal –, por tratar-se de *normas de ordem e saúde públicas*, não podem, em princípio, ser suplantadas pela ação privada dos indivíduos e grupos sociais, vale dizer, estão fora das margens da negociação coletiva¹⁴.

2.1 – A regulamentação dos intervalos e das pausas no Brasil

No Brasil, como é sabido, em qualquer trabalho contínuo, cuja duração *exceda de seis horas*, “é obrigatória a concessão de um intervalo para repouso ou alimentação, o qual será, no mínimo, de 1 (uma) hora”, conforme o art. 71, *caput*, da CLT. E o § 1º deste artigo prevê que, ainda que não excedidas as seis horas de trabalho, “será, entretanto, obrigatório um intervalo de 15 (quinze) minutos quando a duração ultrapassar 4 (quatro) horas”.

Somente será permitida a redução do limite mínimo de uma hora para descanso ou refeição quando houver *autorização do Ministério do Trabalho e Emprego*, por seu órgão competente (atualmente a Secretaria de Segurança e Medicina do Trabalho), sendo que referida autorização está condicionada à verificação de que o estabelecimento atende integralmente às exigências concernentes à organização dos refeitórios, e mais, à constatação de que os respectivos empregados não estejam “sob regime de trabalho prorrogado a horas suplementares”, conforme norma de ordem pública do § 3º do mesmo dispositivo legal.

Vale dizer: se houver prestação de horas extras *não poderá haver autorização* para a fruição de intervalo inferior a uma hora. Em contrapartida, por coerência lógica, se concedida essa autorização e a empresa passar a exigir horas extras dos trabalhadores, de se entender que foi descumprida a condição *sine qua non* para a autorização, motivo pelo qual o intervalo deveria ter sido

14 *Ibidem*, p. 917-920.

DOCTRINA

de uma hora, conduzindo à consequência pecuniária do art. 71, § 4º, da CLT, nos moldes da Súmula nº 437 do e. TST.

Isso porque, se o empregador não cumpre sua obrigação de conceder o intervalo mínimo para descanso e refeição previsto no *caput* e no § 1º, “ficará obrigado a remunerar o período correspondente com um acréscimo de no mínimo 50% (cinquenta por cento) sobre o valor da remuneração da hora normal de trabalho” (§ 4º do citado art. 71 da CLT), independentemente de ter havido – ou não – extrapolação da jornada ordinária de trabalho.

Ademais, *nem sequer a negociação coletiva pode transigir* sobre estes limites mínimos de descanso durante a jornada de trabalho. A jurisprudência brasileira, ainda que a princípio e por um longo espaço de tempo tenha sido conivente com a redução do intervalo intrajornada por acordo ou convenção coletiva de trabalho, nos últimos anos se encaminhou para a construção de uma nova diretriz, no sentido de invalidar todas as cláusulas convencionais estipuladas em violação daquelas normas de caráter mínimo preconizadas pela CLT, exceto em relação aos motoristas profissionais, empregados em empresas de transporte coletivo urbano¹⁵.

No entanto, até mesmo esta exceção foi abandonada na jurisprudência do c. TST, com a conversão da citada orientação jurisprudencial na Súmula nº 437 daquele Tribunal. Em verdade, na redação da nova súmula, de 2012, foi suprimida a exceção relativa aos motoristas e cobradores do transporte público coletivo urbano, talvez em razão da nova Lei do Motorista Profissional (Lei nº 12.619/2012).

O que se espera é que o TST endosse a tese de não ser permitida qualquer exceção às normas de ordem pública que disciplinam os *tempos mínimos* de pausas intrajornada, diante do seu conteúdo ontológico, aqui analisado.

Outrossim, o art. 72 da CLT estabelece que, nos serviços permanentes de mecanografia (datilografia, escrituração ou cálculo – aos quais se equiparam,

15 Veja-se a redação do item II da Orientação Jurisprudencial n. 342 da SDI-1 do Tribunal Superior do Trabalho, antes de sua conversão em súmula no ano de 2012:

“(…)

II – Ante a natureza do serviço e em virtude das condições especiais de trabalho a que são submetidos estritamente os condutores e cobradores de veículos rodoviários, empregados em empresas de transporte público coletivo urbano, é válida cláusula de acordo ou convenção coletiva de trabalho contemplando a redução do intervalo intrajornada, desde que garantida a redução da jornada para, no mínimo, sete horas diárias ou quarenta e duas semanais, não prorrogada, mantida a mesma remuneração e concedidos intervalos para descanso menores e fracionados ao final de cada viagem, não descontados da jornada.”

por jurisprudência pacífica dos tribunais, os serviços de digitação¹⁶) –, “a cada período de 90 (noventa) minutos de trabalho consecutivo corresponderá um repouso de 10 (dez) minutos não deduzidos da duração normal de trabalho”.

Referidas pausas de descanso ou para as refeições durante a jornada de trabalho, inclusive nos serviços em que não há uma fadiga muscular, porém uma excessiva concentração ou atenção, como no atendimento ao público – como ocorre, por exemplo, em alguns setores do comércio e nos serviços especializados –, são *imprescindíveis para se evitar a fadiga mental*, que não raro deságua em estresse ocupacional e outros transtornos psíquicos.

Quanto ao intervalo entrejornadas, o art. 66 da CLT estabelece que “entre 2 (duas) jornadas de trabalho haverá um período mínimo de 11 (onze) horas consecutivas para descanso”, fixando, assim, o *limite mínimo* do descanso entrejornadas. Relativamente ao chamado intervalo intersemanal, o art. 67 da CLT assegura a todo empregado um descanso semanal de 24 horas consecutivas, o qual, salvo motivo de interesse público ou necessidade imperiosa do serviço, deverá coincidir com o domingo, ainda que apenas em parte. E a Constituição de 1988, no rol do art. 7º, positivou como *direito humano fundamental* o direito ao repouso semanal remunerado, de preferência aos domingos (inciso XV).

Por certo que há outras normas a respeito da matéria, na própria CLT ou em legislação esparsa, mas penso que as diretrizes básicas e com caráter de generalidade são estas, para os estreitos limites deste breve artigo.

3 – A CONDENAÇÃO EM HORAS EXTRAS PELA SUPRESSÃO DOS INTERVALOS

Sendo a normativa que fixa tempos mínimos de intervalos intra e entrejornadas, bem como de pausas no curso da jornada de trabalho, constituída de normas de inconcussa ordem pública, o sistema deve conter outras normas, preestabelecidas ou derivadas da jurisprudência, para punir os empregadores que não as observarem, de modo a lhes inculcar – bem como aos demais empregadores – o ânimo de observância, configurando-se, nessa linha de raciocínio, o propalado *efeito pedagógico* das condenações judiciais.

16 Súmula n. 346 do Tribunal Superior do Trabalho: “DIGITADOR. INTERVALOS INTRAJORNADA. APLICAÇÃO ANALÓGICA DO ART. 72 DA CLT (mantida) – Res. n. 121/03, DJ 19, 20 e 21.11.03.

Os digitadores, por aplicação analógica do art. 72 da CLT, equiparam-se aos trabalhadores nos serviços de mecanografia (datilografia, escrituração ou cálculo), razão pela qual têm direito a intervalos de descanso de 10 (dez) minutos a cada 90 (noventa) de trabalho consecutivo”.

DOCTRINA

Pois bem, foi com esse objetivo que a jurisprudência trabalhista passou a enfrentar de modo diverso as situações constatadas nos processos judiciais, quando se comprovava que o trabalhador não tinha usufruído integralmente seu sagrado direito ao intervalo intrajornada. Deixando de lado a conformista tese de que isso resultava em mera infração administrativa, os juízes passaram a considerar como *hora extraordinária* o tempo suprimido do intervalo mínimo de uma hora, preconizado no art. 71, *caput*, da CLT. Mas somente em 1994 o legislador deu atenção ao problema, normatizando a hipótese no § 4º do mesmo dispositivo legal, por meio da Lei nº 8.923, de 27.07.94.

Sem embargo, como sempre, o legislador não resolveu todas as questões relacionadas à temática¹⁷, fazendo com que a *jurisprudência laboral* se encarregasse de definir novas “regras” de conduta. Assim é que:

1º) definiu-se que, ainda que concedido em parte o intervalo intrajornada, a finalidade da norma de proteção não teria sido atingida, motivo pelo qual seria devida uma hora extra (cheia), e não apenas o lapso de tempo faltante para completar uma hora de intervalo (OJ nº 307, de 11.08.03);

2º) após idas e vindas da jurisprudência, assumiu-se a posição de que esse tempo mínimo de intervalo deve estar infenso à negociação coletiva, por se referir à norma de ordem pública (art. 7º, XXII, da CR/88), sendo nulas quaisquer cláusulas convencionais que disponham em sentido contrário, suprimindo ou reduzindo o tempo mínimo de intervalo intrajornada (OJ nº 342, de 22.06.04);

3º) entendeu-se que, por se tratar de hora extraordinária, tanto que deve ser paga com o adicional mínimo de 50% – tal como a hora extra prevista no inciso XVI do art. 7º da Constituição da República Federativa do Brasil –, sua natureza jurídica somente poderia ser a de autêntica hora extraordinária, causando repercussões no cálculo de outras verbas trabalhistas (OJ nº 354, de 14.03.08);

4º) em significativa afirmação da *finalidade pedagógica* dos institutos em análise, finalmente se entendeu que, se pactuada ou definida por lei jornada de seis horas diárias, em sendo esta ultrapassada com habitualidade, o intervalo intrajornada deveria ser de uma hora, e não de apenas 15 minutos, ocasionando o pagamento de uma hora extraordinária (cheia) e reflexos, nos moldes do § 4º do art. 71 da CLT (OJ nº 380, de 14.03.08); e

17 E nem é seu papel fazê-lo, porque a vida real é bem mais dinâmica do que a pensada no Parlamento, motivo pelo qual sempre houve e continuará havendo, sobretudo na seara trabalhista, a necessidade de suplantarem as lacunas normativas pelas outras (tantas) fontes do Direito do Trabalho, nos moldes do art. 8º, parágrafo único, da CLT.

5º) definiu-se que os trabalhadores rurais – como não poderia ser de outra forma, *ex vi* do *caput* do art. 7º da CR/88 – também faziam jus à remuneração dessa hora extraordinária “cheia” e seus reflexos, ainda que a supressão de seu intervalo intrajornada fosse apenas parcial, numa interpretação *sistemática* dos arts. 5º, inciso I, do Decreto nº 73.626/74 e 71 e parágrafos da CLT, a despeito de o art. 5º da Lei nº 5.889/73 não estipular a duração mínima de uma hora para o intervalo intrajornada do rurícola, que deveria observar apenas os usos e costumes da região onde o trabalho fosse prestado (OJ nº 381, de 19.04.2010).

Todas estas orientações jurisprudenciais são extremamente importantes, tanto que convertidas na *Súmula nº 437*, de 25.09.2012, a qual contempla as cinco situações jurídicas *supra*, em seus quatro itens. Eis a dicção da referida súmula:

“INTERVALO INTRAJORNADA PARA REPOUSO E ALIMENTAÇÃO. APLICAÇÃO DO ART. 71 DA CLT (conversão das Orientações Jurisprudenciais ns. 307, 342, 354, 380 e 381 da SBDI-1) – Res. 185/2012, DEJT divulgado em 25, 26 e 27.09.2012.

I – Após a edição da Lei nº 8.923/94, a não-concessão ou a concessão parcial do intervalo intrajornada mínimo, para repouso e alimentação, a empregados urbanos e rurais, implica o pagamento total do período correspondente, e não apenas daquele suprimido, com acréscimo de, no mínimo, 50% sobre o valor da remuneração da hora normal de trabalho (art. 71 da CLT), sem prejuízo do cômputo da efetiva jornada de labor para efeito de remuneração.

II – É inválida cláusula de acordo ou convenção coletiva de trabalho contemplando a supressão ou redução do intervalo intrajornada porque este constitui medida de higiene, saúde e segurança do trabalho, garantido por norma de ordem pública (art. 71 da CLT e art. 7º, XXII, da CF/1988), inofensa à negociação coletiva.

III – Possui natureza salarial a parcela prevista no art. 71, § 4º, da CLT, com redação introduzida pela Lei nº 8.923, de 27 de julho de 1994, quando não concedido ou reduzido pelo empregador o intervalo mínimo intrajornada para repouso e alimentação, repercutindo, assim, no cálculo de outras parcelas salariais.

IV – Ultrapassada habitualmente a jornada de seis horas de trabalho, é devido o gozo do intervalo intrajornada mínimo de uma hora, obrigando o empregador a remunerar o período para descanso e alimentação não usufruído como extra, acrescido do respectivo adicional, na forma prevista no art. 71, *caput* e § 4º da CLT.”

Este último item, o de nº IV da Súmula nº 437, como já afirmado, representa um significativo *avanço jurisprudencial*, porque o intervalo de 15 minutos foi destinado apenas e tão somente para as jornadas de trabalho de mais de quatro horas, mas que, *em hipótese alguma*, excedam a seis horas diárias. Essa é a lógica da *visão sistêmica* do multicitado art. 71 e seus parágrafos, em combinação com os vários dispositivos constitucionais que cuidam da saúde do trabalhador, em especial o inciso XXII do art. 7º, como referido expressamente na OJ nº 342, de 2004, bem como no item II da Súmula nº 437 do e. TST.

Com efeito, em jornadas de trabalho *superiores* a seis horas diárias, o intervalo intrajornada deverá ser, *no mínimo*, de uma hora, “em qualquer trabalho contínuo”, como expressamente disciplinado logo no início do *caput* do art. 71 consolidado. É dizer, em jornadas que excedem a seis horas, o *tempo mínimo* de intervalo para a devida proteção à saúde do trabalhador é de uma hora.

Não obstante, esse tempo mínimo foi pensado para jornadas de *até oito horas diárias*, ou de oito horas e 48 minutos por dia, no legítimo e autêntico acordo de compensação de horário de trabalho, tal como previsto e autorizado pela norma de ordem pública do art. 7º, inciso XIII, da Constituição da República Federativa do Brasil. Quando muito, a se admitir a constitucionalidade do famigerado banco de horas, em jornadas de até 10 horas diárias, pois este é o *limite máximo de jornada de trabalho* no Brasil. Tanto que nem mesmo na disciplina do banco de horas, que flexibiliza como nunca os limites diários de jornada de trabalho, o legislador ousou desrespeitar esse limite sagrado, que já é mais extenso do que o previsto pela Convenção nº 1 da OIT, de 1919 – por isso mesmo não ratificada pelo Brasil até hoje, quase um século após –; pelo contrário, determinou essa observância como *condição de validade* do próprio acordo (coletivo) ou convenção coletiva de trabalho que venha a instituir o banco de horas em determinada categoria profissional, nos moldes do § 2º do art. 59 da CLT (com a redação atual conferida pela MP nº 2.164-41, de 24.08.01).

Nessa linha de raciocínio lógico e jurídico, qual deveria ser, então, o *tempo mínimo de intervalo intrajornada* em jornadas de 12 horas diárias, como ocorre diuturnamente no malsinado regime de 12 x 36 – 12 horas de trabalho por 36 de descanso –, ou, o que é pior, nos regimes de 5 x 2 – 5 dias de trabalho por 2 de descanso – e suas variantes 4 x 2, 5 x 1, 3 x 1 e tantas quantas a engenhosidade humana (para não dizer exploração capitalista) inventarem? E *em jornadas de mais de 12 horas diárias*? E em jornadas absurdamente *extenuantes* – como se tivéssemos regredido ao século XIX – de 15, 16 ou mais horas de trabalho, como tem ocorrido com os motoristas profissionais e outros trabalhadores?

Penso que, por coerência, lógica, bom senso e o mais que se queira, o intervalo intrajornada não deveria ser de apenas uma hora nessas situações ju-

rídicas. Se em jornadas superiores a seis horas o intervalo intrajornada deve ser de uma hora para a devida proteção à saúde do trabalhador, em jornadas de 12 horas ou mais esse tempo mínimo de intervalo deveria ser de, *no mínimo*, duas horas. E se, numa verdadeira aventura humana – e que ainda se comprova em juízo, mesmo que esporadicamente, principalmente em casos de motoristas –, um trabalhador se ativar em jornadas de mais de 18 horas, esse *tempo mínimo* outro não poderia ser que não o de três horas de intervalo intrajornada. Por isso mesmo a Lei do Motorista Profissional fixou o tempo máximo de direção, devendo haver *pausas* (extras) durante a jornada, além do intervalo clássico de uma hora.

Em abono a essa tese, de se destacar que, segundo a OIT, ninguém deveria trabalhar habitualmente mais do que 11 horas por dia, pois este é o limite que inclusive identifica a presunção de que a morte súbita do trabalhador – normalmente por parada cardiorespiratória ou acidente vascular cerebral – tem *relação direta* com as extenuantes jornadas praticadas. Trata-se do fenômeno denominado *karoshi*, que merece uma abordagem específica, na sequência.

3.1 – O risco de adoecimentos e até de morte súbita (karoshi) nas jornadas de mais de 11 horas diárias

Em profundo estudo sobre a *influência do excesso de jornada de trabalho* na segurança e na saúde dos trabalhadores, Anne Spurgeon¹⁸ asseverou que a preocupação central em relação à quantidade de horas trabalhadas é o desenvolvimento da fadiga e, associado a isso, do estresse ocupacional, sendo que a exposição cumulativa à fadiga e ao estresse deságua em problemas de doenças mentais e cardiovasculares. A situação é ainda mais grave quando os trabalhadores são submetidos *rotineiramente* ao regime de horas extraordinárias.

O estudo desta autora revela que os trabalhadores da indústria, no Japão, quando se ativaram em horas extras, tiveram aumentados os riscos de problemas de saúde mental. Com efeito, é impressionante a quantidade de morte súbita e de suicídios naquele país, na ocorrência do *karoshi* – morte súbita por excesso de trabalho –, sendo que houve 1.257 casos *oficiais* de suicídio relacionado ao trabalho já em 1996. Um estudo de 203 casos de *karoshi* constatou que 2/3 deles ocorreram porque os trabalhadores se ativaram *regularmente em mais de 60 horas por semana*, em mais de 50 horas extras por mês ou mais da metade de suas férias antes dos ataques cardiovasculares fatais.

18 SPURGEON, A. *Working time its impact on safety and health*. OIT y Korean Occupational Safety and Health Research Institute, Genebra, 2003.

O *karoshi* se trata de um grande problema social no Japão, sendo, em verdade, resultado de um modo de gestão empresarial, o chamado modelo de gestão japonesa, vulgarizado no Ocidente com a expressão *toyotismo*, que hoje em dia está difundido em praticamente todos os países, no chamado *pós-fordismo*. Este modelo é particularizado pela busca cada vez maior de redução dos custos do trabalho, apresentando como característica no âmbito laboral a promoção da individualização das relações laborais ou, dito de outra maneira, a eliminação dos valores coletivos dos trabalhadores. Por isso, especialistas no tema têm afirmado que a *avaliação individualizada da produção* e a *exigência de qualidade total*, duas das principais características do toyotismo, provocam uma sobrecarga de trabalho que conduz a uma explosão de doenças, dentre as quais o *burn out*, o *karoshi* e os transtornos musculoesqueléticos¹⁹.

Veja-se a extensão do termo *karoshi*:

“O termo é compreensivo tanto das mortes ou incapacidades laborais de origem cardiovascular devidas à sobrecarga de trabalho (acidente vascular cerebral, infarto do miocárdio, insuficiência cardíaca aguda, [...]) como de outras mortes súbitas (por exemplo, as relacionadas com a demora no tratamento médico por causa da falta de tempo livre para consultas) e também dos suicídios atribuídos ao excesso de trabalho. Em sentido estrito, recebe o nome de *karo-jisatu* ou suicídio por excesso de trabalho (...). Em 2006 foram reconhecidas no Japão 560 indenizações por danos à saúde (213 delas foram por falecimentos) ligados à sobrecarga de trabalho, incluindo tanto as doenças vasculares cerebrais como os distúrbios mentais (incluindo a morte por suicídio). É relevante destacar que 40% dos trabalhadores afetados tinham menos de 30 anos. Dado o caráter extremamente restritivo destes reconhecimentos, se tem estimado que na realidade o *karoshi* (e o *karo-jisatu*) ocasiona a morte de 10.000 trabalhadores anualmente (no Japão).”²⁰

19 SILVA, José Antônio Ribeiro de Oliveira. *A flexibilização da jornada de trabalho e a violação do direito à saúde do trabalhador*: uma análise comparativa dos sistemas jurídicos brasileiro e espanhol, p. 207-208.

20 URRUTIKOETXEA BARRUTIA, M. Vivir para trabajar: la excesiva jornada de trabajo como factor de riesgo laboral. *Gestión Práctica de Riesgos Laborales*, n. 77, p. 34-41, dez. 2010. Disponível em: <http://riesgoslaborales.wke.es/noticias_base/vivir-para-trabajar-la-excesiva-jornada-de-trabajo-como-factor-de-riesgo-laboral?commit.x=7&commit.y=1&commit=BUSCAR&locale=es&magazine_ids%5B%5D=13&q=vivir+para+trabajar&site=8>. Acesso em: 4 maio 2011, p. 36-37. O autor relata o suicídio de um jovem de 23 anos, resultado de uma depressão originada do sobretrabalho, pois o trabalhador temporário realizava jornadas de 250 horas mensais, trabalhando 11 horas diárias e, inclusive, 15 dias seguidos sem descanso. Cita, ainda, este autor a estimativa de 5.000 suicídios anuais no Japão, derivados de depressões por excesso de trabalho. *Ibidem*.

DOCTRINA

O jornal *Japan Press Week* noticiava, em 28.03.98, a morte de um jovem programador de computador devido ao excesso de trabalho, pois na sentença do Tribunal Distrital de Tóquio ficou consignado que o tempo médio de trabalho anual deste jovem era superior a três mil horas, sendo que nos três meses anteriores à sua morte ele chegou a trabalhar 300 horas por mês, já que estava trabalhando no desenvolvimento de um sistema de *software* para bancos. Na edição de 04.04.98, o citado jornal relatava outro caso de um jovem que morreu de ataque cardíaco devido ao excesso de trabalho, já que nas duas semanas anteriores à sua morte trabalhou em média 16 horas e 19 minutos por dia²¹.

Não obstante, essa situação não é um “privilégio” do Japão, pois estudos das décadas de 1960 e 1970 revelaram que nos Estados Unidos as doenças cardíacas eram *frequentes* nos trabalhadores que trabalhavam mais de 60 horas por semana. Ademais, estudos verificaram que os motoristas de caminhão, que trabalhavam 11 ou 12 horas por dia, tiveram um aumento impressionante dos casos de fadiga e de problemas musculoesqueléticos, resultantes da postura prolongada em condições precárias, ao dirigir sentados em pelo menos 50% de sua jornada, além do aumento das doenças do coração. Muito importante também um estudo realizado na Alemanha, no qual se constatou, na análise de 1.200.000 acidentes do trabalho, que o risco de acidente aumentou exponencialmente depois da nona hora de trabalho, com um percentual três vezes maior nas jornadas de 16 horas de trabalho diárias. *A conclusão*, como não poderia deixar de ser, é a de que *trabalhar regularmente mais de 50 horas por semana aumenta o risco de doenças*, especialmente as cardiovasculares²².

Pois bem, por todas essas explicações, de se definir que ninguém deveria trabalhar *habitualmente* mais de 11 horas por dia. Se há um risco exponencial de adoecimentos ocupacionais e inclusive de morte súbita por excesso de trabalho, nas jornadas de mais de 3.000 horas por ano, ou de mais de 270 horas por mês, ou de mais de 60 horas por semana²³, isso significa que *jornadas habituais de 11 horas ou mais por dia não devem ser toleradas*, porque implicam em alto risco de infortúnios laborais, com terríveis consequências para o trabalhador, sua família e para toda a sociedade, que financia os custos do sistema de se-

21 ANTUNES, Ricardo. *Riqueza e miséria do trabalho no Brasil*. São Paulo: Boitempo, 2006. p. 35.

22 SPURGEON, A. *Working time its impact on safety and health*.

23 A conta é bastante simples. Considerando-se os direitos fundamentais a pelos menos 30 dias de férias anuais, ao descanso semanal e ao repouso em feriados, tem-se que um trabalhador trabalha, em média, 25 dias por mês, durante 11 meses por ano. Assim, em jornadas de 3.000 horas por ano, a jornada diária média seria de 10,90 horas. Em jornadas de 270 horas mensais, a jornada diária seria, na média, de 10,80 horas. E, por fim, em jornadas de 60 horas semanais, a jornada diária seria de 10 horas, a se considerar seis dias de trabalho, ou de 12 horas, em cinco dias de trabalho, atingindo uma média de 10,90 horas (60: 5,5).

gurança social. Portanto, estamos diante de um caso de *saúde pública*, que ultrapassa os contornos do direito individual à saúde do trabalhador, como se a *fundamentalidade* deste direito não fosse suficiente para despertar a atenção dos atores sociais.

3.2 – Os caminhos da jurisprudência para coibir as jornadas de mais de 11 horas diárias: a condenação em horas extras

Diante do exposto até esta parte, de não se olvidar que as investigações científicas, devidamente consolidadas, apontam para a necessidade de se implementar limites *efetivos* de jornada de trabalho, numa visão sistêmica da importância das pausas e dos intervalos intra e entrejornadas. E que não se pode permitir, em nome de uma flexibilização desmedida que acarreta graves danos a toda a sociedade, *jornadas extenuantes*, consideradas assim as jornadas *habituais* de 11 horas ou mais de trabalho por dia.

Sendo assim, o sistema jurídico deve proporcionar respostas adequadas a essa situação jurídica. Penso nas que seguem.

3.2.1 – Considerar inconstitucionais quaisquer regimes que estipulem jornadas de 12 horas de trabalho

É chegada a hora de o e. TST, na linha de sua jurisprudência *progressiva* sobre a temática, cancelar a Súmula nº 444, que caminha velozmente na contramão dessa citada jurisprudência. Ora, se há um limite constitucional de oito horas diárias e de 44 horas semanais, se existe um limite legal de 10 horas de trabalho por dia e, o que é mais grave, se as jornadas extensas, sobretudo no período noturno, têm efeitos maléficos sobre a saúde do trabalhador, revela-se de clareza meridiana a *inconstitucionalidade* do regime de trabalho conhecido como 12 x 36 – 12 horas de trabalho por 36 de descanso –, principalmente quando do labor no período noturno, ainda que precedido de autorização em negociação coletiva²⁴.

Com efeito, de se notar que, em tal regime, o trabalhador cumpre jornada de 48 horas numa semana e de 36 horas na semana seguinte; a considerar-se a redução da hora noturna, cumpre jornada de 52 horas numa semana e de 39 horas na outra. Destarte, em semanas alternadas, o trabalhador, no período diurno ou noturno, ultrapassará o *limite constitucional* de 44 horas semanais.

24 SILVA, José Antônio Ribeiro de Oliveira. *A flexibilização da jornada de trabalho e a violação do direito à saúde do trabalhador* – uma análise comparativa dos sistemas jurídicos brasileiro e espanhol, p. 159-161. Todas as considerações que seguem foram retiradas desta obra.

DOCTRINA

Não obstante, não se trata de simples questão aritmética posta a exame, pois o que está em jogo, em verdade, é a *prejudicialidade do referido regime de trabalho* à saúde dos trabalhadores. De se ressaltar que o regime de 12 x 36, muito aplicado pelas empresas de prestação de serviços no âmbito da saúde, da segurança e de vigilância patrimoniais, revela-se extremamente prejudicial à saúde do trabalhador, seu bem mais valioso, e que não está abrangido pelo princípio da disponibilidade. É dizer, a saúde se trata de *direito humano fundamental indisponível*, não podendo nenhuma norma coletiva fixar condições de trabalho que ameacem esse bem tão essencial.

Como se não bastasse, quando o trabalhador se ativa em 12 horas diariamente, principalmente no período noturno, terá sérios *danos existenciais*. Ocorre que o trabalho noturno provoca uma dessincronização entre o ciclo vigília-sono e outros ritmos biológicos, bem como entre o ciclo dia/noite e outros ciclos ambientais. Isso se deve ao fato de que o sono diurno é frequentemente mais curto e não mostra a distribuição temporal típica dos diferentes estágios de sono, produzindo o que se chama de *déficit de sono*, que é um fator de risco de acidentes e doenças ocupacionais.

E essa situação se torna *ainda mais grave* no sistema de cinco dias de trabalho de 12 horas diárias por dois dias de descanso (5 x 2) e suas variáveis: 4 x 2, 5 x 1, 3 x 1 e tantas outras. Em tais regimes, os trabalhadores ativam-se em 12 horas, por três, quatro ou cinco dias seguidos, o que é um verdadeiro absurdo, colocando em risco sua saúde, seu bem mais precioso a ser preservado na relação contratual empregatícia. Ora, se o trabalhador se ativa em cinco jornadas de 12 horas diárias, por dois dias de descanso, ele cumpre uma *jornada de 60 horas semanais*, o que também ocorre no sistema de 4 x 2. Agora, nos sistemas de 5 x 1 ou de 3 x 1, ele trabalha em seis jornadas de 12 horas por dia, com apenas um dia de descanso, laborando, portanto, em *extenuantes 72 horas semanais* – ainda que nas semanas seguintes haja maior quantidade de folgas, em decorrência do regime. *Um verdadeiro despropósito!*

Espero, portanto, que o Tribunal Superior do Trabalho reveja seu posicionamento no sentido de considerar válido o regime de 12 x 36, se pactuado em negociação coletiva, a exemplo do que já ocorreu em relação ao intervalo intrajornada. Ora, o fundamento jurídico para não mais se permitir a redução do referido intervalo por norma coletiva aplica-se *como luva* à situação do trabalho em jornadas extenuantes, como se dá no trabalho nos sistemas aqui analisados, inclusive no de 12 x 36.

No mínimo de se exigir as *seguintes condições* para a validade desses sistemas de trabalho: 1^a) a concessão de dois intervalos intrajornada de uma

hora cada, *efetivamente usufruídos*; 2ª) a *proibição de trabalho nos dias de folga*, que, por si só, já desnatura o próprio regime, que somente atende sua lógica se houver trabalho em dias alternados, não em dias contínuos; e 3ª) a exigência de que a norma coletiva *proíba o trabalho para outro empregador* nos dias de folga, porque, do contrário, o trabalhador irá ativar-se em mais de um emprego, trabalhando *diariamente* em 12 horas, sem qualquer descanso semanal, como tem ocorrido no setor da saúde.

Um dado relevante para se repensar este regime de 12 x 36 – ou pelo menos para se impor limites à sua pactuação, como aqui sugerido – é o relativo à *acidentalidade*. O *atendimento hospitalar*, atividade em que se emprega largamente esse regime, tem registrado uma altíssima quantidade de acidentes do trabalho. Em 2012 houve 54.008 acidentes do trabalho nessa atividade – mais do que o dobro da segunda colocada –, sendo absurdos 49.402 acidentes típicos e 392 doenças notificados, mais 4.214 doenças presumidas pela aplicação do NTEP – Nexo Técnico Epidemiológico Previdenciário. Os números falam por si, bastando que a eles se dê a devida atenção.

3.2.2 – Definir que o tempo de intervalo intrajornada em jornadas de 12 horas é de duas horas

Visto anteriormente que o tempo mínimo de uma hora de intervalo intrajornada foi pensado para jornadas de oito ou, no máximo, 10 horas diárias. Este é o *limite máximo* de jornada de trabalho em nosso país. Não se pode admitir que em regimes de 12 x 36 ou em qualquer outro, com jornadas de 11 ou mais horas de trabalho – pelos seus efeitos deletérios já enfatizados anteriormente –, haja a concessão de apenas uma hora de intervalo, ou, o que é pior, apenas do tempo suficiente para uma rápida refeição. As peculiaridades de alguns serviços, como os de vigilância e de portaria, não podem ser ignoradas. No entanto, a *saúde do trabalhador* – a finalidade essencial da fixação dos tempos mínimos para refeição e descanso – é um bem jurídico que está *acima* de qualquer entrave de natureza econômica. Na absoluta impossibilidade de se conceder esses intervalos intrajornada (dois de uma hora cada), que se os pague na forma do art. 71, § 4º, da CLT, como se verá no próximo item.

Como já mencionado, por um raciocínio lógico-jurídico, o intervalo intrajornada não deve ser de apenas uma hora em jornadas que ultrapassem o limite razoável e proporcional de 11 horas diárias. Ora, se em jornadas de mais seis horas o intervalo deve ser de uma hora, para a devida proteção à saúde do trabalhador, em jornadas de 12 horas, em quaisquer dos regimes aqui analisados, o tempo mínimo de intervalo intrajornada deve ser, *no mínimo*, de duas

horas. Por óbvio, para qualquer jornada de trabalho superior a 12 horas, esse tempo mínimo deve ser, *a fortiori*, pelo menos, de duas horas. A se constatar jornadas absurdas, de mais de 16 horas, que seriam 100% maiores do que as permitidas constitucionalmente, esse *tempo mínimo* deveria ser de três horas para os intervalos intrajornada. No mínimo, essas três horas deveriam ser consideradas para jornadas de mais de 18 horas, que seriam três vezes maiores do que a pensada na fixação do intervalo intrajornada de uma hora, no art. 71, *caput*, da CLT.

3.2.3 – Condenação do empregador ao pagamento, como hora extraordinária, de todos os lapsos de intervalo não usufruídos

Se a jurisprudência já reconheceu que, ao ultrapassar com habitualidade a jornada de seis horas, o trabalhador tem direito a um intervalo intrajornada de uma hora – porque este é o lapso de tempo mínimo em jornadas superiores a seis horas –, motivo pelo qual, não sendo concedido esse tempo mínimo, o trabalhador tem direito ao pagamento de uma hora extra (cheia) e reflexos respectivos, numa interpretação lógica dos parágrafos do art. 71 da CLT (OJ nº 380 e Súmula nº 437, item IV) e sistemática (art. 7º, *caput* e incisos XIII, XIV, XVI e XXII, da CR/88), *há de se construir uma jurisprudência* que leve em conta todos esses fatores e defina que em jornadas de 12 horas ou mais o trabalhador tem direito a *duas horas de intervalo intrajornada*²⁵, e que, se não concedidas em sua integralidade, faz jus o trabalhador ao pagamento dessas duas horas extraordinárias (cheias), com os reflexos correspondentes.

Sem dúvida que essa construção jurisprudencial poderá onerar ainda mais as empresas que se valem de sistemas de trabalho com jornadas de 12 horas de trabalho. Contudo, dados os conhecidos malefícios desse tipo de jornada, o Poder Judiciário, como guardião dos direitos fundamentais e responsável pelo equilíbrio social, não deve se preocupar apenas com a viabilidade econômica das empresas, mas também – e principalmente – com a *dignidade da pessoa humana*, que sempre ocupou e deve continuar ocupando uma posição de absoluta centralidade na interpretação e aplicação das normas jurídicas.

Aliás, é uma questão de bom senso, pois, se o intervalo intrajornada de uma hora é suficiente para uma jornada de oito horas, não poderá sê-lo para jornadas de 12 ou mais horas por dia, que implicam num acréscimo de, *no mínimo*, 50% sobre a jornada “normal” de trabalho. De modo que, por coerência e lógica, esse intervalo deveria ser de, no mínimo, uma hora e 30 minutos,

25 Ainda que em dois intervalos de uma hora cada, o que, aliás, seria mais benéfico ao trabalhador e propiciaria um atendimento mais adequado da finalidade da norma.

DOCTRINA

em jornadas de 12 horas, ou seja, *50% maior do que o intervalo intrajornada “normal”*. Ocorre que todos os estudos científicos demonstram a insensatez de se admitir jornadas superiores a 11 horas diárias, motivo pelo qual a condenação de caráter pecuniário e pedagógico disciplinada no § 4º do art. 71 consolidado deve levar esses aspectos em consideração. Somente assim haverá uma *visão sistêmica* dos dispositivos e institutos em análise, oferecendo-se um tratamento conforme a equidade, pois não se pode conferir tratamento igual a situações jurídicas absolutamente distintas. De se insistir: se ultrapassada a jornada de seis horas, a hora extraordinária do intervalo intrajornada deve ser de uma hora; *a fortiori*, quando ultrapassada a jornada de 11 – ou pelo menos de 12 – horas, o tempo extraordinário correspondente deve considerar o lapso de duas horas, não de apenas uma hora.

Tanto é assim que a jurisprudência do e. TST já definiu, há muitos anos, o direito do trabalhador que não tem observado o tempo mínimo de intervalo entrejornadas de 11 horas, após o repouso semanal de 24 horas, ao pagamento de *todas as horas* que foram subtraídas desse lapso de tempo, como horas extraordinárias. Veja-se a redação da Súmula nº 110, de 25.09.80:

“JORNADA DE TRABALHO. INTERVALO (mantida) – Res. 121/03, DJ 19, 20 e 21.11.03

No regime de revezamento, as horas trabalhadas em seguida ao repouso semanal de 24 horas, com prejuízo do intervalo mínimo de 11 horas consecutivas para descanso entre jornadas, devem ser remuneradas como extraordinárias, inclusive com o respectivo adicional.”

O raciocínio lógico desta Súmula é o de que o intervalo entrejornadas, dada a sua extrema relevância, não pode ser suprimido nem mesmo no regime de turnos ininterruptos de revezamento, tampouco após o descanso semanal de 24 horas contínuas. De modo que o *intervalo intersemanal* somente terá atingida sua finalidade se o trabalhador se ausentar do trabalho por, *no mínimo*, 35 horas contínuas.

Mais recentemente, em 14.03.08, por coerência e lógica, o e. TST definiu que *todas as horas* suprimidas do *intervalo entrejornadas* de 11 horas também deverão ser remuneradas como horas extraordinárias, aplicando-se os mesmos efeitos do § 4º do art. 71 consolidado, *ex vi* da OJ nº 355 da SDI-1, cujo teor se transcreve:

“INTERVALO INTERJORNADAS. INOBSERVÂNCIA. HORAS EXTRAS. PERÍODO PAGO COMO SOBREJORNADA. ART.

66 DA CLT. APLICAÇÃO ANALÓGICA DO § 4º DO ART. 71 DA CLT (DJ 14.03.08)

O desrespeito ao intervalo mínimo interjornadas previsto no art. 66 da CLT acarreta, por analogia, os mesmos efeitos previstos no § 4º do art. 71 da CLT e na Súmula nº 110 do TST, devendo-se pagar a integralidade das horas que foram subtraídas do intervalo, acrescidas do respectivo adicional.”

Pois bem, por analogia, numa interpretação coerente e lógica de todas estas normas, inclusive as jurisprudenciais, *de se criar o direito ao pagamento da integralidade das horas necessárias à prevenção de doenças relacionadas ao trabalho*, quando suprimidas, ainda que em parte, acrescidas do adicional constitucional ou do convencional mais favorável. Se nas jornadas de 11 ou mais horas o intervalo intrajornada deveria ser de duas horas, este é o lapso de tempo que deve ser considerado, seja para a concessão do intervalo, seja para o pagamento das horas extraordinárias correspondentes à sua inobservância.

Nem se objete que não há previsão legal para tanto, pelos seguintes motivos: 1º) a jurisprudência *já concedia* o pagamento da hora extraordinária pela supressão do intervalo intrajornada antes mesmo da Lei nº 8.923/94, que definiu a exigibilidade do direito, ao acrescentar o § 4º ao art. 71 da CLT; 2º) desde 1980 o TST, por meio da Súmula nº 110, criou o direito ao pagamento de todas as horas suprimidas do intervalo entrejornadas posterior ao repouso semanal, *não havendo, até hoje*, lei que discipline a matéria; e 3º) numa *evolução jurisprudencial* em torno da matéria, como já visto, o TST, interpretando a norma do referido § 4º, definiu que: a) é devida uma hora extra (cheia) e não apenas o lapso de tempo faltante para completar uma hora de intervalo (OJ nº 307, de 2003); b) esse tempo mínimo de intervalo não pode ser suprimido ou reduzido pela negociação coletiva (OJ nº 342, de 2004); c) trata-se de hora extraordinária, que deve ser paga com o adicional mínimo de 50%, gerando reflexos em outras verbas trabalhistas (OJ nº 354, de 2008); e, d) se ultrapassada com habitualidade a jornada de seis horas diárias, o intervalo deveria ser de uma hora, e não de apenas 15 minutos, dando ensejo ao pagamento de uma hora extraordinária (cheia) e reflexos (OJ nº 380, de 2008).

O que falta nesse avanço jurisprudencial? A definição de que o intervalo intrajornada mínimo de uma hora foi previsto para jornadas “normais” – de oito ou no máximo 10 horas diárias – e que, praticadas jornadas de 11 ou mais horas de trabalho, ainda que em regimes de 12 horas de trabalho por dia, esse tempo mínimo deverá ser de duas horas, e não de apenas uma hora, ocasionando,

quando desrespeitado, o pagamento de *duas horas extraordinárias* (cheias), com adicional mínimo de 50%, mais os reflexos correspondentes.

É preciso ousadia para se criar o direito por meio da jurisprudência. Sem embargo, essa ousadia passa a ser dever funcional quando o que está em jogo é a *proteção eficaz* a direitos fundamentais de tamanha importância, como o são os direitos do trabalhador implicados quando se fala em limites de jornada de trabalho.

3.2.4 – Condenação do empregador ao pagamento, como hora extraordinária, de todos os lapsos de tempo de pausa não usufruídos

Idêntico raciocínio deve ser aplicado para a *não concessão das pausas* restauradoras definidas pela normativa de proteção à saúde do trabalhador, considerando-se como não concedidas e, portanto, dando ensejo ao pagamento do lapso de tempo correspondente como hora extraordinária. Vale lembrar as seguintes hipóteses, analisadas na sequência.

3.2.4.1 – Pausas do digitador

Nos trabalhos *repetitivos*, normalmente os músculos se contraem mais de 30 vezes por minuto (cerca de 14.400 contrações numa jornada de oito horas diárias). Quando a força relativa da contração supera 10% da força máxima, a duração da contração e a força muscular começam a diminuir. Um nível de trabalho muito rápido, como, por exemplo, o uso do teclado do computador, pode provocar aumento da tensão intramuscular, podendo resultar em edema das fibras musculares, no surgimento de dor e na diminuição da força muscular²⁶.

Os estudos fisiológicos e ergonômicos sobre o trabalho indicam que a sobrecarga muscular se traduz em fadiga, vale dizer, numa *redução da capacidade de trabalho*, e pode reduzir também a produtividade e a qualidade do trabalho. A forma mais rápida de regular a sobrecarga muscular é aumentar a *flexibilidade do horário de trabalho* em nível individual. Isso supõe estipular *um regime de pausas* que leve em conta a carga de trabalho, a necessidade e a capacidade de cada pessoa. De tal forma que o trabalho muscular *estático e repetitivo* deve ser reduzido ao mínimo possível²⁷.

26 SMOLANDER, Juhani; LOUHEVAARA, Veikko. Trabajo muscular. In: *Enciclopedia de Salud y Seguridad en el Trabajo*, p. 29.31-29.32. Disponível em: <<http://www.mtas.insh/EncOIT/index.htm>>.

27 *Ibidem*.

DOCTRINA

Como é sabido, o trabalho do digitador é *extremamente repetitivo*. Daí a *proteção especial ao digitador*, encontrada na NR-17, desde a década de 1990. Merece transcrição seu item 17.6.4, letras *c* e *d*:

“c) o tempo efetivo de trabalho de entrada de dados não deve exceder o limite máximo de 5 (cinco) horas, sendo que, no período de tempo restante da jornada, o trabalhador poderá exercer outras atividades, observado o disposto no art. 468 da Consolidação das Leis do Trabalho, desde que não exijam movimentos repetitivos, nem esforço visual;

d) nas atividades de entrada de dados deve haver, no mínimo, uma pausa de 10 minutos para cada 50 minutos trabalhados, não deduzidos da jornada normal de trabalho.”

Bem por isso nos trabalhos repetitivos *não se deve permitir*, em hipótese alguma, *a remuneração por produção*, tendo em vista que o trabalhador, nessa modalidade de remuneração, é “estimulado” a trabalhar além de suas forças físicas e psíquicas, a fim de receber algo mais do que o mero salário de subsistência. Daí que, de acordo com a letra *a* do item 17.6.4 da NR-17, o empregador não pode promover qualquer sistema de avaliação dos trabalhadores que prestam serviços nas atividades de digitação, “baseado no número individual de toques sobre o teclado, inclusive o automatizado, para efeito de remuneração e vantagens de qualquer espécie”. E a letra *b* desta mesma norma limita o número máximo de toques reais pelo digitador, que não deve ser superior a oito mil por hora trabalhada.

Pois bem, diante da intensa *repetitividade* dos movimentos empreendida pelo digitador, as pausas de 10 minutos a cada 50 minutos de trabalho se fazem imprescindíveis. No mínimo, de se aplicar a Súmula nº 346 do e. TST, segundo a qual o digitador tem direito a pausas de 10 minutos a cada 90 de trabalho consecutivo nessa atividade. E se *não concedidas essas pausas*, de se condenar o empregador ao pagamento, como tempo extra, com adicional e reflexos correspondentes, de todos os lapsos de pausas não usufruídos durante a jornada de trabalho, pelo digitador ou qualquer outro trabalhador que desempenhe trabalho análogo, que é, por sua natureza, *estático e repetitivo*.

3.2.4.2 – Pausas dos trabalhadores em atividades de teleatendimento/telemarketing

Quanto aos operadores de teleatendimento/*telemarketing*, a preocupação com os *inúmeros problemas de saúde* a eles relacionados foi tamanha que a Secretaria de Inspeção do Trabalho, órgão do Ministério do Trabalho e Emprego, editou a Portaria nº 9, de 30 de março de 2007, introduzindo o Anexo II na

DOCTRINA

NR-17, definindo normas regulamentadoras específicas para o setor, de modo a proporcionar um máximo de conforto, segurança, saúde e desempenho eficiente a esses trabalhadores. O referido Anexo contém normas quanto ao mobiliário do posto de trabalho, aos equipamentos utilizados, às condições ambientais e à organização do trabalho, além de outras diretrizes, de modo a proporcionar boas condições ergonômicas para a prestação laboral.

Contudo, as normas mais importantes para a proteção à saúde desses trabalhadores, no contexto aqui analisado, são as seguintes:

a) se houver prorrogação do horário normal será obrigatório um *descanso mínimo* de 15 minutos antes do início da prestação de horas extraordinárias, de acordo com o art. 384 da CLT (item 5.1.3.1);

b) o tempo de trabalho efetivo em atividade de teleatendimento ou *telemarketing* é de, no máximo, seis horas diárias, *nele incluídas as pausas*, ou seja, incluindo o tempo de pausas, a jornada não deve passar de seis horas, sendo que a remuneração deve corresponder às seis horas (item 5.3);

c) a fruição de pausas de descanso e de intervalos para repouso e alimentação é imprescindível para a *prevenção* de sobrecarga psíquica, muscular estática de pescoço, ombros, dorso e membros superiores (item 5.4);

d) por isso, as pausas deverão ser concedidas: 1º) fora do posto de trabalho; 2º) em dois períodos de *10 minutos contínuos*; e 3º) após os primeiros e antes dos últimos 60 minutos de trabalho em atividade de teleatendimento/*telemarketing* (item 5.4.1);

e) a instituição dessas pausas obrigatórias não prejudica o direito ao intervalo obrigatório para repouso e alimentação previsto no § 1º do art. 71 da CLT (item 5.4.1.1), que, no caso, deve ser de *20 minutos* para todos os trabalhadores que desempenhem essa atividade (item 5.4.2); e,

f) enfim, a participação em quaisquer modalidades de atividade física, quando adotadas pela empresa, *não é obrigatória* – porque as tais ginásticas laborais não têm se mostrado eficazes para prevenir doenças como as chamadas LER/DORT nesses trabalhadores, que necessitam muito mais de repouso do que de outra atividade durante as pausas –, motivo pelo qual a recusa do trabalhador em praticá-las não poderá ser utilizada para efeito de qualquer punição (item 5.6).

Aqui se pode reproduzir a mesma observação do tópico anterior, no sentido de que, *não concedidas as duas pausas de 10 minutos cada*, ou o intervalo intrajornada de 20 minutos, o empregador deve ser condenado ao

pagamento, como hora extraordinária e seus efeitos jurídicos, de todos os lapsos não usufruídos pelo operador de teleatendimento ou *telemarketing* durante a sua jornada de trabalho.

3.2.4.3 – Pausas do trabalhador em frigoríficos

Como adverti em outro trabalho, ao se analisar os *grupos de atividades econômicas*, numa perspectiva mais global, observa-se que a soma de todas as atividades do grupo 10 da CNAE – indústria da produção de alimentos, que tem 31 atividades – atinge um total absurdo de 23,59 casos de doenças não notificadas por 1.000 trabalhadores, com destaque para o código 1012 – frigoríficos de suínos e aves –, no qual a taxa de enfermidade é de 3,61. Assim, *os frigoríficos que desenvolvem sua atividade utilizando somente suínos e aves, principalmente frangos, são as empresas que mais causam doenças ocupacionais em todo o grande setor da indústria alimentícia*. Por isso, é muito importante estudar as jornadas e as formas de sua distribuição neste ramo empresarial, no qual *não se tem concedido as pausas intrajornada necessárias* ao combate do estresse laboral e à prevenção da fadiga ocasionada pela sobrecarga muscular, resultando em inúmeros casos de afastamentos para tratamento de doenças²⁸.

Daí que, preocupado com o altíssimo índice de adoecimentos no ramo de frigoríficos, o Ministério do Trabalho e Emprego, por meio da Portaria MTE nº 555, de 18 de abril de 2013, editou a NR-36, sobre *Segurança e Saúde no Trabalho em Empresas de Abate e Processamento de Carnes e Derivados*.

As principais normas desta NR, no que diz respeito ao tema aqui analisado, são as que dão diretrizes à *organização temporal do trabalho* (item 36.13). Dentre elas, de se destacar que a norma do item 36.13.1 praticamente repete a do art. 253 da CLT, estipulando que “para os trabalhadores que exercem suas atividades em ambientes artificialmente frios e para os que movimentam mercadorias do ambiente quente ou normal para o frio e vice-versa, depois de uma hora e quarenta minutos de trabalho contínuo, será assegurado um período mínimo de vinte minutos de repouso”. Ademais, não somente essas pausas de 20 minutos, mas também todas as outras pausas “extras” previstas na NR-36 devem ser computadas como *tempo de trabalho efetivo* (item 36.13.4), ou seja, devem ser consideradas *dentro* da jornada de trabalho.

Portanto, basta que o ambiente de trabalho possa ser considerado artificialmente frio para que o trabalhador tenha direito a essas pausas, como já havia decidido o e. TST, por meio da *Súmula nº 438*, cujo teor é o que segue:

28 SILVA, José Antônio Ribeiro de Oliveira. *Aflexibilização da jornada de trabalho e a violação do direito à saúde do trabalhador* – uma análise comparativa dos sistemas jurídicos brasileiro e espanhol, p. 234.

DOCTRINA

“INTERVALO PARA RECUPERAÇÃO TÉRMICA DO EMPREGADO. AMBIENTE ARTIFICIALMENTE FRIO. HORAS EXTRAS. ART. 253 DA CLT. APLICAÇÃO ANALÓGICA – Res. 185/2012, DEJT divulgado em 25, 26 e 27.09.12

O empregado submetido a trabalho contínuo em ambiente artificialmente frio, nos termos do parágrafo único do art. 253 da CLT, ainda que não labore em câmara frigorífica, tem direito ao intervalo intrajornada previsto no *caput* do art. 253 da CLT.”

Contudo, não bastam essas pausas de 20 minutos para a prevenção das doenças laborais nesse segmento empresarial. Por isso, amparado por precedentes jurisprudenciais – e ao mesmo tempo os reforçando –, o MTE tornou obrigatórias outras pausas, em conformidade com o item 36.13.2, segundo o qual, “para os trabalhadores que desenvolvem atividades exercidas diretamente no processo produtivo, ou seja, desde a recepção até a expedição, onde são exigidas repetitividade e/ou sobrecarga muscular estática ou dinâmica do pescoço, ombros, dorso e membros superiores e inferiores, devem ser asseguradas pausas psicofisiológicas” *extras*, de acordo com o quadro que as define: a) *20 minutos de pausa* para as jornadas de até seis horas e 20 minutos (considerado o tempo de tolerância das jornadas de até seis horas diárias); b) *45 minutos de pausa* nas jornadas de até sete horas e 20 minutos, com 20 minutos de tolerância (até sete horas e 40 minutos); c) *60 minutos de pausa* para as jornadas de até nove horas e 10 minutos (considerado o tempo de tolerância nas jornadas de até oito horas e 48 minutos).

No entanto, estão excluídos da contagem da jornada de trabalho os lapsos de tempo de troca de uniforme e de deslocamento até o setor de trabalho. Por outro lado, se a jornada de trabalho ultrapassar nove horas e 10 minutos, deve ser concedida *uma pausa “extra”* de 10 minutos após as oito horas e 48 minutos de jornada, de modo que o tempo total de pausas, nessa hipótese, será de 70 minutos. Enfim, caso a jornada ultrapasse as nove horas e 58 minutos – o que é um despropósito nessa atividade econômica, dado o altíssimo índice de adoecimentos laborais –, devem ser concedidas *pausas de 10 minutos a cada 50 minutos trabalhados*.

Ademais, dada a intensa repetitividade dos movimentos nos serviços de processamento de carnes e derivados, aliada à sobrecarga muscular estática e/ou dinâmica, esses períodos de pausa *não podem ser cumulados* e conferidos ao mesmo tempo. Pelo contrário, devem ser concedidos *ao longo* da jornada de trabalho. Daí a normativa estipular que os períodos unitários das pausas devem ser de no mínimo 10 minutos e no máximo de 20 minutos (item 36.13.2.5). Além disso, a distribuição dessas pausas deve ocorrer de modo a não incidir

na primeira hora de trabalho, nem na primeira hora logo após o intervalo para refeição e descanso, tampouco na última hora da jornada (item 36.13.2.6).

Não é só. Para que essas pausas possam propiciar a *recuperação psicofisiológica* dos trabalhadores, o item 36.13.5 da NR-36 preconiza que devem ser observados os seguintes requisitos:

a) a introdução de pausas não pode ser acompanhada do aumento da cadência individual, ou seja, da *ritmicidade* das esteiras de produção;

b) as pausas previstas no item 36.13.1 (20 minutos a cada uma hora e 40 minutos em ambiente artificialmente frio) devem ser obrigatoriamente usufruídas *fora dos locais de trabalho*, em ambientes que ofereçam conforto térmico e acústico, disponibilidade de bancos ou cadeiras e água potável; e

c) as pausas previstas no item 36.13.2 (as *pausas extras*, de acordo com a jornada efetivamente praticada) devem ser obrigatoriamente usufruídas *fora dos postos de trabalho*, em local com disponibilidade de bancos ou cadeiras e água potável.

Enfim, como já previsto para os operadores de teleatendimento ou *telemarketing*, a participação em quaisquer modalidades de atividade física, quando ofertada pela empresa, *não é obrigatória* e pode ser realizada em *apenas um dos intervalos* destinados às pausas (item 36.13.6). Repito: a propaganda ginástica laboral não tem tido muita eficácia para a prevenção de doenças do sistema musculoesquelético nesse setor econômico – tanto que já praticada há muitos anos e os índices de adoecimentos só aumentam –, e por isso mesmo a recusa do trabalhador em praticá-la *não é passível* de qualquer punição.

Uma vez mais, a mesma observação feita nos tópicos anteriores pode ser aqui reproduzida. Se *não concedidas* as pausas de 20 minutos a cada uma hora e 40 minutos de trabalho contínuo em ambiente artificialmente frio, do intervalo intrajornada conforme a jornada praticada (art. 71 e parágrafos da CLT) e inclusive das pausas “extras” do quadro 1 do item 36.13.2 da NR-36, o empregador deve ser condenado ao pagamento de todos os lapsos de tempo não usufruídos, como hora extraordinária e seus respectivos reflexos.

3.2.4.4 – Pausas do cortador de cana-de-açúcar

Como já afirmei em outro texto, de 2008²⁹, o trabalho do cortador de cana é *muito fatigante*, quer pelo ambiente em que é prestado, quer pelo esforço

29 SILVA, José Antônio Ribeiro de Oliveira. *A saúde do trabalhador como um direito humano* conteúdo essencial da dignidade humana. São Paulo: LTr, 2008. p. 149.

físico empreendido, sendo que este trabalhador precisa dar cerca de mil golpes de podão para cortar uma tonelada de cana.

Há um estudo demonstrando que este laborista tem uma intensa movimentação diária em seu trabalho, concluindo que:

“(…) ao final da jornada de trabalho de oito horas, (o trabalhador) terá executado de 10.000 a 12.000 movimentos do membro superior. Mas é importante lembrar que há uma movimentação simultânea da coluna vertebral, especialmente dos segmentos lombares e cervicais, bem como da articulação do ombro.”³⁰

A isso soma-se o fato de que o cortador de cana precisa executar de 25 a 30 movimentos de levantar e abaixar o membro superior por minuto (cerca de 14.400 movimentos numa jornada de oito horas diárias). Associada à intensa movimentação dos membros superiores, ainda há a transmissão mecânica do impacto da lâmina do podão no colmo da cana-de-açúcar ao braço do trabalhador³¹.

Além disso, os cortadores de cana recebem salário por produção, sendo “estimulados” a produzir cada vez mais. Por isso eu já defendia, *desde março de 2008*, o fim do salário por produção nesse tipo de atividade, usando por analogia o quanto disposto na NR-17, item 17.6.4, letras *a* e *b*³².

Não resta dúvida, portanto, de que as *condições antiergonômicas* em que este trabalho é prestado, aliadas à *exigência de alta produtividade*, levam, necessariamente, ao surgimento das doenças osteomusculares e lombálgicas, as quais poderiam, inclusive, ser consideradas como doenças profissionais, inerentes à atividade do cortador de cana, dispensando a demonstração do nexo causal (art. 20, inciso I, da Lei nº 8.213/91)³³.

Daí porque as *pausas para descanso* se tornam tão importantes para prevenir as doenças osteomusculares e lombálgicas nessa atividade, como se verifica da análise da seguinte ementa do c. TST, a respeito da aplicação analógica da norma do art. 72 da CLT ao trabalhador rural:

30 GOMES, Jorge da Rocha; FISCHER, Frida Marina; BEDRIKOW, Bernardo. Trabalho da criança e do adolescente no corte da cana-de-açúcar. *Revista Brasileira de Saúde Ocupacional*, São Paulo, v. 26, n. 97-98, 2001, p. 17.

31 *Ibidem*, p. 16.

32 SILVA, José Antônio Ribeiro de Oliveira. *A saúde do trabalhador como um direito humano* conteúdo essencial da dignidade humana, p. 149.

33 SILVA, José Antônio Ribeiro de Oliveira. *Acidente do trabalho* responsabilidade objetiva do empregador. 3. ed. São Paulo: LTr, 2014. p. 155.

DOCTRINA

“RECURSO DE REVISTA. SALÁRIO POR PRODUÇÃO. ADICIONAL DE HORAS EXTRAORDINÁRIAS. CORTADOR DE CANA-DE-AÇÚCAR. O cortador de cana-de-açúcar, que recebe salário por produção, tem direito às horas extraordinárias, acrescidas do respectivo adicional. Aplicação da parte final da Orientação Jurisprudencial nº 235 da SBDI-1 desta Corte. Recurso de revista não conhecido.

PAUSAS PARA DESCANSO. NR-31 DO MTE. APLICAÇÃO ANALÓGICA DO ART. 72 DA CLT. A sobrecarga muscular, decorrente dos movimentos repetitivos, resulta em fadiga e, por conseguinte, em inúmeras lesões que podem levar à incapacidade do trabalhador. Buscando minimizar os efeitos colaterais das atividades que exigem esse tipo de esforço, o legislador estabeleceu regime de pausas, conforme proteção dada ao digitador. O trabalho de corte de cana-de-açúcar, tal como o dos digitadores, é por demais repetitivo e, da mesma forma, resulta em desgaste físico e mental ao empregado rural, considerando que chega a desferir até mais de 10.000 golpes de podão diariamente, fora a intensa movimentação dos membros superiores (*Revista Brasileira de Saúde Ocupacional*, São Paulo, v. 26, n. 97-98, 2001, p. 17). Sendo assim, como forma de proteção ao direito humano à saúde do trabalhador, e diante da lacuna da lei (art. 8º da CLT), impõe-se a aplicação analógica do art. 72 da CLT, que, muito embora seja destinado aos empregados que trabalham nos serviços permanentes de mecanografia, exige sobrecarga muscular estática, conforme prevê o item 31.10.9 da NR-31. Recurso de revista conhecido e desprovido.” (Processo: RR 54-58.2011.5.15.0156, Data de Julgamento: 17.04.2013, Relator Ministro: Aloysio Corrêa da Veiga, 6ª Turma, Data de Publicação: DEJT 19.04.2013)

Fico imensamente feliz em ver o e. TST julgar nesse sentido, pois já julgava dessa maneira em Orlândia/Morro Agudo/SP desde 2008. Aliás, em palestra proferida no XIII Congresso Brasileiro de Direito do Trabalho Rural, realizado pelo e. Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região, na cidade de Barretos/SP, nos dias 25 e 26 de outubro de 2007, defendi a ideia de que deveria ser coibido o ajuste de remuneração por produção nesse tipo de atividade e, até que isso efetivamente ocorresse, deveriam ser concedidas *pausas que levem em conta a carga de trabalho, a necessidade e a capacidade de cada pessoa*. Por analogia, sugeri a utilização da NR-17, que estabelece uma pausa de 10 minutos para cada 50 minutos trabalhados, ou, pelo menos, *do art. 72 da CLT*, segundo o qual deve haver um repouso de 10 minutos para cada uma hora e

30 minutos trabalhados. Posteriormente, o texto respectivo foi publicado na *Revista LTr*, em 2008³⁴.

Como a jurisprudência está bem definida no sentido de se aplicar, *por analogia*, a norma do art. 72 da CLT ao cortador de cana – tendo em vista que o item 31.10.9 da NR-31 não define o tempo das pausas para descanso suficientes para preservar a saúde do trabalhador rural, nas atividades que exijam sobrecarga muscular estática ou dinâmica –, penso que essas pausas devem ser, *no mínimo*, de 10 minutos a cada uma hora e 30 minutos trabalhados. E se não concedidas essas pausas, além do intervalo intrajornada, o empregador rural deve ser condenado ao pagamento do lapso de tempo respectivo como hora extraordinária, gerando o direito aos reflexos correspondentes.

Somente assim haverá *tratamento sistêmico* à questão dos intervalos intrajornada e entrejornadas, bem como das pausas no curso da jornada de trabalho. É o que espero ver na jurisprudência trabalhista, capitaneada pelo e. TST.

3.2.5 – Considerar como crime de redução à condição análoga à de escravo a exigência habitual de jornadas de mais de 11 horas de trabalho

O art. 149 do Código Penal tipifica o crime de “redução a condição análoga à de escravo” da seguinte maneira:

“Art. 149. Reduzir alguém a condição análoga à de escravo, quer submetendo-o a trabalhos forçados ou a jornada exaustiva, quer sujeitando-o a condições degradantes de trabalho, quer restringindo, por qualquer meio, sua locomoção em razão de dívida contraída com o empregador ou preposto.” (Redação dada pela Lei nº 10.803, de 11.12.03)

Segundo a jurisprudência pacífica do e. STF, a Justiça do Trabalho não tem competência criminal. Ainda assim, penso que a jurisprudência trabalhista pode dar um grande contributo à definição de tal crime, no que pertine à fixação de *critérios objetivos* para se aferir a “jornada exaustiva”.

Pois bem, por todos os fundamentos já expostos, as jornadas de mais de 11 horas de trabalho, habituais, principalmente se não houver a concessão dos intervalos intra e entrejornadas e das pausas obrigatórias, podem ser consideradas, sem dúvida objetiva, como *jornadas exaustivas*. Nesse caso, a expedição de ofício para a apuração de crime, ao Ministério Público, nos termos do art.

34 SILVA, José Antônio Ribeiro de Oliveira. A aplicabilidade das normas regulamentadoras nas relações de trabalho no campo. *Revista LTr*, São Paulo, v. 72, p. 201-208, 2008.

40 do CPP, pode surtir um interessante *efeito pedagógico* para que essa prática seja exterminada.

3.2.6 – *Definir que há um dano existencial in re ipsa em jornadas habituais de mais de 11 horas de trabalho*

O dano existencial ainda é uma figura jurídica em construção na jurisprudência brasileira, mas a jurisprudência trabalhista já tem dado sinais de que vai desenvolvê-la a contento, especialmente no que pertine às *jornadas de trabalho exaustivas*. Esse dano se configura quando o trabalhador perde parte considerável de seu tempo de vida no trabalho, impedindo-o de ter seu sagrado *tempo livre*, pois o ser humano não vive apenas para trabalhar e descansar/repousar. Por isso mesmo, desde o século XIX, os trabalhadores empreenderam a luta pelos *três oito*: oito horas de trabalho, oito horas de descanso, oito horas de tempo livre. Márcio Túlio Viana assevera que logo após a fixação da jornada de trabalho em 10 horas diárias, em 1847, os operários ingleses passaram a lutar pela jornada de oito horas, cantando o seguinte estribilho: “Eighth hours to work; Eighth hours to play; Eighth hours to sleep; Eighth shillings a day”³⁵.

Como é sabido, o excesso de trabalho provoca inúmeros danos ao trabalhador, impossibilitando-o de promover o desenvolvimento de sua personalidade, com o estudo, o aprimoramento intelectual, a aspiração de crescimento profissional, bem como de ter uma vida familiar e social saudável, pois trabalhando em jornadas extenuantes o trabalhador *não tem tempo suficiente* para conviver com a pessoa amada, para educar seus filhos, relacionar-se com os amigos, ir a festas, clubes, passeios, etc. E não pode ser olvidada a situação de falta de tempo para relações sexuais com a pessoa amada, o *dano à vida de relação* em sentido estrito, que gera um sentimento de frustração, de impotência, da mais profunda tristeza, tendo em vista ser o sexo imprescindível à harmonia conjugal e à própria saúde, como amplamente divulgado no meio científico. De modo que o dano existencial ou o dano à vida de relação é mais amplo do que o dano moral em sentido estrito, mas não impede a condenação ao pagamento de uma *indenização por dano moral*, já que todos são danos extrapatrimoniais, ou seja, de ordem pessoal³⁶.

35 VIANA, Márcio Túlio. Adicional de horas extras. In: BARROS, Alice Monteiro de (Coord.). *Curso de direito do trabalho: estudos em memória de Célio Goyatá*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: LTr, 1997. p. 109.

36 De se consultar, a respeito: LORA, Ilse Marcelina Bernardi. O dano no direito do trabalho. *Revista Síntese Trabalhista e Previdenciária*, São Paulo, n. 284, fev. 2013, v. 24, p. 9-21. Na mesma edição desta Revista: FROTA, Hidemberg Alves da. *Noções fundamentais sobre o dano existencial*, p. 22-34; e BOUCINHAS FILHO, Jorge Cavalcanti; ALVARENGA, Rúbica Zanotelli de. *O dano existencial e o direito do trabalho*, p. 35-54.

DOCTRINA

Nesse sentido decidiu a e. Quarta Câmara do TRT da 15ª Região, em acórdão cuja Relatora foi a Desembargadora Eleonora Bordini Coca, nos autos do Processo 0000144-34.2013.5.15.0047. No referido processo restou reconhecido que o trabalhador praticava uma jornada das 6h às 23h, sem intervalo intrajornada. Consta do acórdão que o trabalhador sofreu danos morais ou existenciais, decorrentes “das longas jornadas de trabalho realizadas durante todo o contrato de trabalho, prejudicando a qualidade de vida e a fruição de direito ao lazer, à instrução e à convivência familiar”, além do que se constatou a ausência de concessão de férias, durante os 12 anos de duração do contrato de emprego, como se não bastasse a redução dos intervalos intrajornada e entrejornadas. Ressaltou o acórdão que “a prestação habitual de sobrejornadas estafantes, tal como a verificada, acaba por configurar dano existencial, porquanto viola direitos fundamentais, inclusive o princípio da dignidade humana, e dificulta, se não impossibilita, o trabalhador de gerir a própria vida”. Foi dado provimento ao recurso para condenar a empresa ao pagamento de R\$ 10.000,00, a título de indenização por dano moral.

E há vários outros julgados reconhecendo dano existencial, que se me afigura um dano *in re ipsa* – presumido das circunstâncias do caso concreto –, quando se constata *jornadas extenuantes*, que nem precisam ser tão longas como a reconhecida no acórdão citado. Na linha de raciocínio aqui traçada, basta que a jornada seja de mais de 11 horas diárias, desde que praticada com *habitualidade*, mormente se praticada com desrespeito às normas de caráter mínimo que fixam os tempos de intervalos intrajornada e entrejornadas, bem como das pausas obrigatórias. Nesses casos, além da imprescindível condenação ao pagamento das horas extraordinárias correspondentes, o arbitramento de indenização por dano moral (existencial) pode ser outra boa ferramenta para que os limites de jornada, os intervalos e as pausas passem a ser *efetivamente* observados no âmbito das relações de trabalho.

Oxalá vejamos essa prática se consolidar!

INCORPORAÇÃO E APLICAÇÃO DAS CONVENÇÕES INTERNACIONAIS DA OIT NO BRASIL

Valerio de Oliveira Mazzuoli*

Georgenor de Sousa Franco Filho**

1 – INTRODUÇÃO

Um dos grandes problemas do Poder Judiciário brasileiro está na utilização das normas do direito internacional público. Ao que parece, são dois os fatores. Primeiro, a falta de coragem. Teme-se estar cometendo algum grande equívoco e que a lei interna, de uma forma ou de outra, cuidaria da mesma matéria (ao que não se precisaria recorrer ao direito internacional, tendo já lei interna a disciplinar a mesma questão). Segundo, a falta de conhecimento, especialmente do mosaico normativo convencional concluído fora do nosso entorno geográfico. De fato, nas faculdades de direito apenas muito recentemente (a partir de 1997) o direito internacional passou a ser, novamente, matéria do currículo obrigatório¹.

* Pós-doutor em Ciências Jurídico-Políticas pela Universidade de Lisboa; doutor summa cum laude em Direito Internacional pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul; mestre em Direito pela Universidade Estadual Paulista; professor adjunto da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Mato Grosso; membro da Sociedade Brasileira de Direito Internacional e da Associação Brasileira de Constitucionalistas Democratas; advogado.

** Desembargador do Trabalho de carreira do TRT da 8ª Região; doutor em Direito Internacional pela Universidade de São Paulo; doutor honoris causa e professor titular de Direito Internacional Público e do Trabalho da Universidade da Amazônia; presidente honorário da Academia Brasileira de Direito do Trabalho e membro da Academia Paraense de Letras.

1 A esse respeito, v. MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Curso de direito internacional público*. 9. ed. São Paulo: RT, 2015. p. 79: “O programa ultrapassado que ainda se tem é reflexo do largo período de tempo que o Direito Internacional Público permaneceu como disciplina apenas *optativa* nas Faculdades de Direito no Brasil, tendo voltado a ser matéria obrigatória aos programas universitários somente a partir de 1997, por ordem da Portaria do Ministério da Educação n. 1.886, de 30 de dezembro de 1994, que fixou as *Diretrizes Curriculares do Curso de Direito*. A partir daí o estudo do Direito Internacional Público passou a ser retomado com maior fôlego. Mesmo assim, muitos desses programas (ainda hoje) não se ocupam de temas considerados *principais* na arena internacional contemporânea, tais como a proteção internacional dos direitos humanos, o direito internacional do meio ambiente, o direito internacional do trabalho, o direito internacional penal, dentre outros”.

DOCTRINA

Esses são os dois lados da moeda a envolver o direito internacional público no Brasil. É necessário superar essas barreiras, demonstrando como devem ser aplicados os atos internacionais dos quais o Brasil é parte, bem assim que o medo deve ceder lugar às mais justas e adequadas soluções conflituais, especialmente no momento atual de engajamento cada vez maior do País no cenário internacional.

Neste estudo trataremos especificamente das convenções internacionais do trabalho e sua vigência no Brasil. O nosso intento é demonstrar como devem ser concretamente aplicadas algumas dessas convenções no âmbito da Justiça do Trabalho.

2 – A ATUAÇÃO DA OIT

Criada em 1919, ao final da 1ª Guerra Mundial, pelo Tratado de Versalhes, juntamente com a Sociedade das Nações, a Organização Internacional do Trabalho (OIT) é atualmente uma agência especializada da Organização das Nações Unidas (ONU), sediada em Genebra. Diferentemente de todas as outras organizações conhecidas, é a única cuja composição é tripartite. Cada delegação de Estado-membro é formada por quatro integrantes: dois representantes do Governo respectivo, um dos empregadores e um dos empregados, de modo a dar caráter de paridade às suas deliberações.

Anualmente, reúne-se a Conferência Internacional do Trabalho, na qual são discutidas e votadas as normas que a OIT edita para padronizar as condições de trabalho ao redor do mundo. Até julho de 2015 haviam sido aprovadas 189 Convenções e 203 Recomendações da OIT.

Esses dois instrumentos são os que a OIT normalmente utiliza, fruto de debates entre os delegados dos Estados-membros. As Convenções são fonte formal, sendo tratados internacionais no seu sentido estrito. Ou seja, são normas internacionais que requerem, no plano do direito interno dos Estados, todas as formalidades pertinentes para a entrada em vigor e a aplicação. São, de modo geral, tratados abertos, porque os Estados que não são seus signatários originais a eles podem aderir.

As Recomendações, por sua vez, são fontes materiais, servindo de inspiração para o legislador interno na criação de normas trabalhistas. Não se integram ao direito interno pela via da ratificação, não sendo sequer previamente aprovadas pelo Congresso Nacional, como são as convenções internacionais do trabalho.

No que refere à sua vigência, cabe distinguir a internacional da interna. Vigência internacional é a existente quando o tratado já se encontra com as condições exigidas para começar a vigorar para todos os Estados-partes, sendo certo que alguns tratados fixam um número mínimo de ratificações para a sua entrada em vigor. As convenções da OIT começam a vigorar 12 meses após o depósito, na Repartição (*Bureau*) Internacional do Trabalho, do segundo instrumento de ratificação, competindo ao Diretor-Geral dessa Repartição comunicar tal data a todos os Estados-membros da Organização.

Diferentemente, a vigência interna depende, no Brasil, de procedimento envolvendo os Poderes Legislativo e Executivo, conforme os arts. 49, I, e 84, VIII, da Constituição da República, respectivamente. A promulgação ocorre mediante Decreto Presidencial, posterior ao depósito dos instrumentos de ratificação ou adesão.

Uma vez aprovadas pelo Parlamento Federal e ratificadas pelo Poder Executivo, com a posterior edição do decreto presidencial de promulgação, tais convenções passam a compor o acervo normativo nacional, tal qual a coleção de leis em vigor no país.

3 – AS CONVENÇÕES INTERNACIONAIS DO TRABALHO E O ART. 5º, §§ 2º E 3º, DA CONSTITUIÇÃO

Considerando que as convenções internacionais do trabalho são tratados de direitos humanos em sentido estrito, uma vez aprovadas pelo Congresso Nacional, e ratificadas pelo Poder Executivo, passam a integrar a nossa ordem jurídica com *status* materialmente constitucional, por força do art. 5º, § 2º, da Constituição². Se, por sua vez, forem aprovadas pelo quórum do § 3º do art. 5º³, tornam-se *formalmente* constitucionais⁴, tendo, porém, em qualquer dos casos, aplicação imediata desde a ratificação⁵. Assim, devem os juízes utilizar

2 *Verbis*: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

3 *Verbis*: “Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais”.

4 Para detalhes, v. MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. O novo § 3º do art. 5º da Constituição e sua eficácia. *Revista Forense*, v. 378, ano 100, 2005, p. 89-109.

5 V. MIROLO, René R.; SANSINENA, Patricia J. *Los convenios de la OIT en el derecho del trabajo interno*. Córdoba: Advocatus, 2010. p. 87, que aduzem: “Este mismo principio es el que reconocemos para los Convenios de la OIT, que por su claridad y precisión puedan ser enrolados en el formato de autoejecutivos”.

as convenções da OIT, afastando a lei interna (menos benéfica) contrária à norma internacional, no exercício do controle difuso de convencionalidade⁶.

Importante notar que há regras próprias previstas na Constituição da OIT no que refere ao conflito entre as convenções internacionais do trabalho e normas internas. O art. 19, 8, do tratado constitutivo da Organização prevê que “em caso algum, a adoção, pela Conferência, de uma convenção ou recomendação, ou a ratificação, por um Estado-Membro, de uma convenção, deverão ser consideradas como afetando qualquer lei, sentença, costumes ou acordos que assegurem aos trabalhadores interessados condições mais favoráveis que as previstas pela convenção ou recomendação”. Em outras palavras, a Constituição da OIT determina que sejam aplicadas sempre as normas *mais favoráveis* aos cidadãos, não importando que sejam elas internacionais ou internas.

Com efeito, não há dúvida de que, no caso de conflito entre as convenções da OIT e a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), há de prevalecer sempre a norma mais benéfica ao trabalhador, não importando se se trata da norma internacional ou da interna. Se o quórum de recepção no direito brasileiro tiver sido o do § 3º do art. 5º da Constituição, ainda assim sua aplicação, se menos benéfica, será afastada com base no art. 19, 8, da Constituição da OIT⁷.

Se tiver sido incorporada com quórum ordinário, então, basta o magistrado pura e simplesmente afastar sua aplicação, invocando ou o comando do art. 7º da Constituição de 1988⁸ ou o art. 19, 8, da Constituição da OIT.

Em passado bastante próximo, os conflitos entre tratados internacionais e leis internas costumavam ser resolvidos, no Brasil, mediante a aplicação de dois critérios: o cronológico e o da especialidade. Não havia a Emenda Constitucional nº 45/04, e os tratados (mesmo os de direitos humanos) eram aplicados considerando esses dois aspectos, com hierarquia igual a lei federal, tal como apontado pelo Ministro Celso de Mello, no julgamento da ADIn 1.480-3-DF, acerca da então recém-denunciada Convenção nº 158 da OIT⁹. Pelo primeiro, *lex posterior derogat legi priori*, a norma mais recente derroga aquela anterior; e pelo segundo, *lex specialis derogat lex generalis*, a existência de uma

6 Sobre o tema, v. MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *O controle jurisdicional da convencionalidade das leis*. São Paulo: RT, 2009.

7 Para detalhes, v. MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Integração das convenções e recomendações internacionais da OIT no Brasil e sua aplicação sob a perspectiva do princípio pro homine*. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, v. 79, 2013, p. 233-254.

8 Que diz serem “direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social”, vários direitos ali elencados (incisos I a XXXIV).

9 V. FRANCO FILHO, Georgeton de Sousa. *Direito do trabalho no STF (5)*. São Paulo: LTr, 2002. p. 15-22.

norma específica prefere qualquer norma genérica. Há um terceiro critério, o hierárquico, que consagra o princípio da hierarquia das normas, segundo o qual *lex superior derogat inferior*, mas que não foi tratado pelo STF. Outro critério existe, mas, por igual, não entendemos pertinente, qual seja aquele consagrado na máxima *lex favorabilis derogat lex odiosa*, que é reconhecidamente superado.

De uns tempos para cá, quando se passou a falar de modo mais veemente de direitos humanos, a influência europeia – vejam-se as Constituições da Alemanha (art. 24, I), da Itália (art. 11), de Portugal (arts. 8 e 16) e da Espanha (arts. 9, 2 e 96, I) – fez com que se cogitasse tratar de direito *supralegal* o decorrente dos tratados internacionais de direitos humanos incorporados à nossa ordem jurídica¹⁰.

A Emenda Constitucional nº 45/04, que pretendeu mudanças para o Judiciário, também acrescentou dois parágrafos ao art. 5º da Lei Maior, especialmente o § 3º, que possibilitou os tratados de direitos humanos tenham “equivalência” de emenda constitucional. Até o presente momento (julho de 2015), apenas dois, e não mais que dois, tratados internacionais de direitos humanos foram aprovados pelo Congresso Nacional com esse quórum especial: a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo¹¹. A aprovação conjunta desses dois instrumentos, até onde se sabe, foi completamente esquecida pela mídia, não tendo merecido qualquer divulgação realmente expressiva, embora existam registros recentes de sua aplicação.

Acrescente-se, por igual, que a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, de 1969, que o Brasil igualmente ratificou depois de muitas décadas tramitando no Parlamento, em seu art. 27, determina que nenhum Estado-parte “pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado”. A partir do momento (2009) em que a Convenção de Viena de 1969 passou a compor a coleção de normas em vigor no Brasil, a regra prevista em seu art. 27 igualmente se aplica com obrigatoriedade entre nós, devendo ser observada por juízes e tribunais nacionais.

A partir do julgamento do RE 466.343-1/SP, de dezembro de 2008, o STF mudou completamente a sua posição anterior, datada do final da década de 1970, alçando os tratados de direitos humanos ao nível (no mínimo) *supralegal*. Cuidava-se, no caso, da aplicação do Pacto de San José da Costa Rica, na parte referente à prisão civil de depositário infiel, tendo o tribunal assentado que a validade interna dessa norma internacional decorre do § 2º, do art. 5º, da Constituição, que prevalece como norma *supralegal* em nossa ordem jurídica,

10 V., a respeito, o voto convergente do Ministro Gilmar Mendes no RE 466.343-1/SP (Banco Bradesco S/A vs. Luciano Cardoso Santos), Rel. Min. Cezar Peluso, j. 03.12.08 (*DJe* 11.12.08).

11 Assinados em Nova Iorque, em 30.03.07, aprovados no Brasil pelo Decreto Legislativo n 186, de 09.07.08, e promulgados pelo Decreto Executivo n 6.949, de 25.08.09.

proibindo, assim, a prisão civil por dívida. Não é norma constitucional – à falta do rito exigido pelo § 3º do art. 5º –, mas a sua hierarquia intermediária de norma supralegal autoriza afastar a regra ordinária brasileira que possibilite a prisão civil por dívida de depositário infiel¹².

Estamos diante, então, de um quadro que coloca, de um lado, os critérios cronológico e da especialidade e os tratados internacionais sobre direitos humanos em nível de lei federal; e, de outro, os tratados ratificados aprovados pela maioria qualificada prevista no art. 5º, § 3º, da Constituição (que, como lembramos, quase não tem sido utilizado na prática, eis que apenas dois instrumentos internacionais foram aprovados por dita maioria até o presente momento).

É profundamente estranha essa atitude do Congresso Nacional. De 2004 até agora, cinco convenções da OIT foram aprovadas pelo Congresso Nacional após a Emenda nº 45/04, tendo sido os instrumentos de ratificação devidamente depositados pelo Brasil, que são: 1) Convenção nº 151, sobre Direito de Sindicalização e Relações de Trabalho na Administração Pública, de 1978; 2) Convenção nº 167, sobre a Segurança e Saúde na Construção, de 1988; 3) Convenção nº 176, sobre Segurança e Saúde nas Minas, de 1995; 4) Convenção nº 178, relativa à Inspeção das Condições de Vida e de Trabalho dos Trabalhadores Marítimos, de 1996; e 5) Convenção nº 185, sobre os Documentos de Identidade da Gente do Mar (revista), de 2003. Nenhuma delas obteve aprovação por maioria qualificada no Congresso Nacional. Assim, ou se invoca a supralegalidade, ou simplesmente temos cinco convenções da OIT sobre direitos humanos em seu sentido mais estrito, que devem ser aplicadas no confronto com os critérios cronológico ou da especialidade, o que é, de todo, lamentável.

Por esse exato motivo é que a exegese contemporânea dos tratados de direitos humanos leva à aplicação do princípio *pro homine* e do “diálogo das fontes” como meios não rígidos de solução de antinomias, pelos quais os juízes cotejam os textos das normas internacionais e internas de proteção, “escutam” o que elas dizem, e aplicam, no caso concreto, a norma que for mais benéfica para o ser humano de direitos¹³. As próprias normas internacionais de direitos

12 Para o estudo pioneiro do tema no Brasil, v. MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Prisão civil por dívida e o Pacto de San José da Costa Rica*: especial enfoque para os contratos de alienação fiduciária em garantia. Rio de Janeiro: Forense, 2002. Sobre o depositário infiel na Justiça do Trabalho, v. FRANCO FILHO, Georgenor de Sousa. Prisão de depositário infiel na Justiça do Trabalho. In: GÜNTHER, Luiz Eduardo; SANTOS, Willians Franklin Lira dos; GÜNTHER, Noeli Gonçalves (Org.). *Jurisdição*: crise, efetividade e plenitude institucional. Curitiba: Juruá, 2010. v. 3. p. 529-540.

13 V. JAYME, Erik. Identité culturelle et intégration: le droit international privé postmoderne. *Recueil des Cours*, v. 251 (1995), p. 259; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Integração das convenções e recomendações internacionais da OIT no Brasil e sua aplicação sob a perspectiva do princípio *pro homine*, cit., p. 233-254.

humanos contêm dispositivos que disciplinam tal modo de solução de antinomias, prevendo os assim chamados “vasos comunicantes” entre o direito internacional e o direito interno, com a finalidade de *melhor proteger* o destinatário final das normas de direitos humanos: a pessoa humana.

A Constituição brasileira de 1988, por sua vez, no art. 4º, II, diz que a República Federativa do Brasil rege-se, no cenário internacional, dentre outros, pelo princípio da “prevalência dos direitos humanos”, o que também confirma a ideia posta nos instrumentos de direitos humanos de que a prevalência, no caso concreto, é sempre da norma *mais benéfica* à pessoa protegida, devendo o juiz cotejar todas as fontes de proteção colocadas à sua disposição e aplicar a mais benéfica, com independência dos critérios clássicos (e herméticos) de solução de antinomias. Somente assim haverá uma decisão interna e internacionalmente justa, eis que *de acordo* com as regras e princípios do contemporâneo sistema internacional de proteção dos direitos humanos.

No plano material, frise-se, quando se analisa o direito dos direitos humanos, todas as normas jurídicas em vigor no Estado (Constituição, tratados internacionais e legislação ordinária) caracterizam-se por possuir regras que permitem a comunicação de uns com os outros, que são os chamados “vasos comunicantes” entre o direito internacional e o direito interno, fazendo com que as ordens jurídicas em questão se complementem mutuamente em termos de proteção de direitos. Tal significa que, no plano material, é irrelevante falar em critérios rígidos de solução de antinomias, como são os critérios hierárquico, da especialidade e o cronológico, porque, pelo princípio *pro homine*, há de ser sempre aplicada a norma que mais amplia o gozo de um direito, liberdade ou garantia no caso concreto.

Em suma, sob a ótica material, não formal, não é a posição hierárquica de uma norma (internacional ou interna) que prevalece, senão o seu conteúdo mais protetivo ao ser humano sujeito de direitos.

4 – APLICAÇÃO DAS CONVENÇÕES INTERNACIONAIS DA OIT NO BRASIL

Até julho de 2015, o Brasil havia ratificado 98 convenções internacionais do trabalho, das quais 80 estão em pleno vigor. A OIT divide suas convenções por temas: fundamentais, prioritários e técnicos; dos oito temas fundamentais, o Brasil já ratificou sete convenções.

Todos os Tribunais Regionais do Trabalho aplicam as convenções da OIT, bem assim, evidentemente, o Tribunal Superior do Trabalho. Numa pesquisa simples na rede mundial de computadores é possível ter acesso à jurisprudência

completa desses 25 Regionais. O resultado é intrigante. Poucas convenções são utilizadas. Algumas sequer são imaginadas pelos julgadores. Outras se repetem em quase todos os tribunais, mas, ainda assim, não há “aplicação” efetiva das convenções, senão apenas referência a um ou outro artigo do texto relevante para o deslinde do caso, sem que se exerça, concretamente, o controle de convencionalidade das normas domésticas.

Há, contudo, exceções honrosas, como o controle de convencionalidade realizado pelo Ministro Cláudio Brandão, perante a Sétima Turma do TST, no julgamento do Recurso de Revista 0001072-72.2011.5.02.0384, relativo à cumulação dos adicionais de insalubridade e periculosidade, quando afirmou que “outro fator que sustenta a inaplicabilidade do preceito celetista é a introdução no sistema jurídico interno das Convenções Internacionais ns. 148 e 155, com *status* de norma materialmente constitucional ou, pelo menos, supralegal, como decidido pelo STF”, razão pela qual “não há mais espaço para a aplicação do art. 193, § 2º, da CLT”¹⁴. Afora esse e outros raríssimos casos, não tem o controle de convencionalidade sido exercido com regularidade no Brasil¹⁵.

Neste estudo pretendemos destacar três convenções da OIT mais aplicadas pelos Tribunais Regionais do Trabalho, que são as seguintes: Convenções ns. 132 (17 tribunais), 98 (14 tribunais) e 155 (13 tribunais). As demais registram menos de 10 Regionais aplicando-as, o que demonstra pouco interesse na sua utilização.

Teceremos, agora, brevíssimo comentário acerca dessas três convenções mais aplicadas no Brasil.

4.1 – Convenção n° 132

Das convenções da OIT em vigor no Brasil, a de n° 132 é seguramente a mais aplicada. Trata-se da Convenção sobre *Férias Remuneradas*, aprovada na 54ª Conferência Internacional do Trabalho, em 1970. Vigé internacionalmente desde 30.06.73. Aprovada pelo Decreto Legislativo n° 47, de 23.09.81, foi ratificada em 23.09.98, passando a vigorar internamente desde 23.09.99, e promulgada pelo Decreto Executivo n° 3.197, de 05.10.99.

14 TST, Processo RR-0001072-72.2011.5.02.0384, Acórdão 1572/2014, Rel. Min. Cláudio Brandão, disponibilizado em 02.10.2014.

15 Assim também foi decidido, em 2013, pela 4ª Turma do TRT da 8ª Região, no RO 000728-62.2012.5.08.0005 (Relator: Des. Georgenor de Sousa Franco Filho). *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 8ª Região*, v. 46, n. 90, 2013, p. 240-245. Sobre o tema da cumulação dos adicionais de insalubridade e periculosidade, v. também FRANCO FILHO, Georgenor de Sousa. *Curso de direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2015, p. 243-246.

DOCTRINA

A propósito dessa convenção, já se entendeu que a CLT é mais benéfica quanto ao período de férias de 30 dias (art. 130), melhor que o de 21 dias (art. 3º, 3), mais feriados (art. 6º, 1) da Convenção; e o período concessivo consolidado é de 12 meses (art. 137), mais benéfico que o da Convenção, que é de 18 meses (art. 9º, 1)¹⁶.

No mais, a Convenção nº 132 é melhor que a norma interna brasileira: o empregado com menos de um ano de casa que pede dispensa não perde direito às férias proporcionais (arts. 4º, 1 e 11), sendo relevante notar, a propósito, que a disposição convencional influenciou diretamente na evolução do conteúdo da Súmula nº 261 do TST, que desde o ano de 2003 estabelece que “o empregado que se demite antes de complementar 12 (doze) meses de serviço tem direito a férias proporcionais”¹⁷; a fixação das férias dependerá de consulta ao empregado ou seus representantes (art. 10, 1 e 2), e não apenas do interesse do empregador (art. 136, *caput*, da CLT); não é possível, agora, fracionar as férias, como costumemente *ainda* se faz, por períodos de 10 dias, o que se aplica, necessariamente, também ao serviço público (art. 134, § 1º, da CLT). O fracionamento máximo é de 14 dias (art. 8º, 2); ausência por motivo de enfermidade, acidente do trabalho ou maternidade é tempo de serviço computável para todos os fins (art. 5º, 4), o que altera o art. 13, IV, da CLT¹⁸.

Os demais direitos existentes no Brasil não sofreram alteração: acréscimo de 1/3 sobre as férias (art. 7º, XVII, da CR); abono do art. 143 da CLT, observado o mínimo de dias a gozar; férias coletivas, previstas nos arts. 139 a 141 da CLT; e pagamento em dobro pelas férias não gozadas no tempo adequado (art. 137 da CLT).

4.2 – Convenção nº 98

A segunda convenção da OIT mais aplicada no Brasil é a de nº 98, que cuida de *Direito de Sindicalização e de Negociação Coletiva*, aprovada na 32ª Conferência Internacional do Trabalho (Genebra, 1949), e que entrou em vigor no plano internacional em 18.07.51. No Brasil, foi aprovada pelo Decreto Legislativo nº 49, de 27.08.52, e ratificada em 18.11.52. Promulgada pelo Decreto Executivo nº 33.196, de 29.06.53, passou a vigorar internamente em 18.11.53. Nem de longe tem o alcance da Convenção nº 87, mas esta o nosso país não

16 V. FRANCO FILHO, Georgenor de Sousa. A Convenção n 132 da OIT e seus reflexos nas férias. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 8ª Região*, v. 34, n. 67, 2001, p. 29-36.

17 Transcreve-se, para efeito comparativo, a redação original da Súmula n 261 do TST: “Férias proporcionais – Pedido de demissão – Contrato vigente há menos ano. O empregado que, espontaneamente, pede demissão, antes de completar doze meses de serviço, não tem direito a férias proporcionais”.

18 Cf. RODRIGUES PINTO, José Augusto. *Curso de direito individual do trabalho*. 4. ed. São Paulo: LTr, 2000. p. 385.

pode ratificar enquanto sobreviverem os incisos do art. 8º da Constituição, com a sempre criticada unicidade sindical. Note-se, porém, que desde 10.07.93 vige a Convenção nº 154, que trata do *fomento à negociação coletiva*.

Da Convenção nº 98 destacam-se as seguintes atitudes antissindicaís que elenca:

a) subordinar o emprego de um trabalhador à condição de não se filiar a um sindicato ou deixar de fazer parte de um sindicato; e

b) dispensar um trabalhador ou prejudicá-lo, por qualquer modo, em virtude de sua filiação a um sindicato ou de sua participação em atividades sindicais, fora das horas de trabalho ou com o consentimento do empregador, durante as mesmas horas (art. 1º, 2).

Ademais, a convenção veda a ingerência do Estado no sindicato (art. 2º), promove incentivo à negociação coletiva, que pode ser manifestada por qualquer *organização de trabalhadores* (art. 4º), o que permite que sejam legitimadas também as Centrais Sindicais, avançando em relação ao Texto Constitucional; ressalva sua aplicação às forças armadas (art. 5º); exclui os servidores públicos de seu alcance (art. 6º)¹⁹; e, a exemplo do art. 649, IV, do CPC, contempla a impenhorabilidade do salário do trabalhador (art. 10).

4.3 – Convenção nº 155

Essa convenção, por sua vez, cuida de *Segurança e Saúde dos Trabalhadores*, tendo sido aprovada na 67ª Conferência Internacional do Trabalho (Genebra, 1981), e entrado em vigor internacional em 11.08.83. No Brasil, foi aprovada pelo Decreto Legislativo nº 2, de 17.03.92, ratificada a 18.05.92, vigente desde 18.05.93, e promulgada pelo Decreto Executivo nº 1.254, de 29.09.94.

É essa uma das principais convenções sobre meio ambiente do trabalho da OIT²⁰, e nunca devemos esquecer que as condições do local de trabalho quanto à qualidade adequada de vida do obreiro são fundamentais, por isso, esse ambiente abrange bens, instrumentos e meios (materiais e imateriais) para

19 Para estes, v. a Convenção n 151, sobre *Direito de Sindicalização e Relações de Trabalho na Administração Pública*, aprovada na 64ª Conferência Internacional do Trabalho (Genebra, 1978) e vigente internacionalmente desde 25.02.81; no Brasil, a Convenção foi aprovada pelo Decreto Legislativo n 206, de 07.04.10, e ratificada em 15.06.10.

20 Em que pese a importância da Convenção n 155 para a promoção de um meio ambiente de trabalho equilibrado e seguro, não se pode deixar de registrar aqui importância de o Brasil ratificar urgentemente a Convenção n 187, tida pela OIT como “el marco promocional para la seguridad y salud en el trabajo” (preâmbulo da Convenção), cujo objetivo central é o de “promover la mejora continua de la seguridad y salud en el trabajo con el fin de prevenir las lesiones, enfermedades y muertes ocasionadas por el trabajo” (item 2.1 da Convenção).

o homem desenvolver seu trabalho, e não é apenas o local exclusivo do labor, mas os que estão sobre controle direto e indireto do empregador (art. 3º, c).

A Convenção nº 155 destina-se a todos os ramos da atividade (art. 1º, 1), inclusive empregados públicos e privados (art. 3º, b), excluídos apenas os trabalhadores marítimos e de pesca (art. 1º, 2).

O principal ponto a destacar da convenção é quanto à greve ambiental trabalhista, prevista no art. 13, que é bastante diferente da greve comum, que estamos acostumados a verificar.

Podem-se anotar seis traços característicos da greve ambiental, a saber: 1) não precisa haver intervenção do sindicato de trabalhadores; 2) pode ser praticada individual ou coletivamente; 3) deve ser destinada apenas a cuidar de temas ligados a condições ambientais de trabalho, sem qualquer outro tipo de reivindicação, sob pena de alteração de sua natureza; 4) trata-se de hipótese de interrupção do trabalho, com direito ao salário do período de paralisação, não havendo falar de suspensão do contrato, que se aplica apenas às greves tradicionais; 5) é indispensável que haja pré-aviso ao empregador da condição danosa, motivo da paralisação que vai ser iniciada; e 6) é obrigatório o retorno às atividades tão logo seja superada a situação de perigo para o trabalhador ou para terceiros²¹.

5 – CONCLUSÃO

Poderíamos nos alongar em considerações sobre outras convenções internacionais da OIT, inclusive a de nº 189, relativa ao trabalho doméstico, que agora pode ser ratificada pelo Brasil, após o advento da Emenda Constitucional nº 72, de 02.04.2013²². Porém, acredita-se que o mais destacável sobre a produção legislativa da OIT e sua aplicação em nosso país já se tenha feito no presente estudo.

É necessário assinalar, por oportuno, que, no que refere às convenções internacionais da OIT não aprovadas pela sistemática do especial do § 3º do art. 5º da Constituição da República, nada se altera em relação ao *status* de norma constitucional (segundo o nosso entendimento) ou supralegal (segundo o STF) que tais tratados já detêm no direito brasileiro, o que permite aos Juízes do Trabalho, por meio do exercício do “diálogo das fontes”, aplicar as

21 V. FRANCO FILHO, Georgenor de Sousa. *Curso de direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2015. p. 388-394.

22 Para críticas, v. FRANCO FILHO, Georgenor de Sousa. A EC n 72/2013 e o futuro do trabalho doméstico. *Revista de Direito do Trabalho*, v. 39, 2013, p. 11-30; e, do mesmo autor, Os novos direitos do doméstico segundo a OIT. *Repertório de Jurisprudência IOB*, v. 2, 2012, p. 223-221.

DOCTRINA

convenções mais benéficas de forma imediata, em detrimento da legislação infraconstitucional menos protetiva (em homenagem ao princípio *pro homine*).

Por fim, destaca-se a necessidade de as convenções da OIT ratificadas e em vigor no Brasil serem aplicadas com maior frequência pela Justiça do Trabalho, considerando, no entanto, que o princípio do *favor laboris*, insculpido no art. 19, 8, do tratado constitutivo da OIT, deverá sempre estar presente quando houver necessidade de se decidir perante eventual multiplicidade de normas que regulem um dado caso concreto.

6 – REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

FRANCO FILHO, Georgenor de Sousa. *Curso de direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2015.

_____. A EC 72/2013 e o futuro do trabalho doméstico. *Revista de Direito do Trabalho*, v. 39, 2013, p. 11-30.

_____. Os novos direitos do doméstico segundo a OIT. *Repertório de Jurisprudência IOB*, v. 2, 2012, p. 223-221.

_____. *Direito do trabalho no STF (5)*. São Paulo: LTr, 2002.

_____. A Convenção nº 132 da OIT e seus reflexos nas férias. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 8ª Região*, v. 34, n. 67, 2001, p. 29-36.

_____. Prisão de depositário infiel na Justiça do Trabalho. In: GÜNTHER, Luiz Eduardo; SANTOS, Willians Franklin Lira dos; GÜNTHER, Noeli Gonçalves (Org.). *Jurisdição: crise, efetividade e plenitude institucional*. Curitiba: Juruá, 2010. v. 3.

JAYME, Erik. Identité culturelle et intégration: le droit international privé postmoderne. *Recueil des Cours*, v. 251 (1995), p. 9-267.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Curso de direito internacional público*. 9. ed. São Paulo: RT, 2015.

_____. Integração das convenções e recomendações internacionais da OIT no Brasil e sua aplicação sob a perspectiva do princípio *pro homine*. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, v. 79, 2013, p. 233-254.

_____. O novo parágrafo 3º do art. 5º da Constituição e sua eficácia. *Revista Forense*, v. 378, ano 100, 2005, p. 89-109.

_____. *Prisão civil por dívida e o Pacto de San José da Costa Rica: especial enfoque para os contratos de alienação fiduciária em garantia*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

MIROLO, René R.; SANSINENA, Patricia J. *Los convenios de la OIT en el derecho del trabajo interno*. Córdoba: Advocatus, 2010.

RODRIGUES PINTO, José Augusto. *Curso de direito individual do trabalho*. 4. ed. São Paulo: LTr, 2000.

REFLEXOS DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL NA EXECUÇÃO TRABALHISTA: UMA INTRODUÇÃO À TÉCNICA DE SUPLETIVIDADE EM MATÉRIA EXECUTÓRIA TRABALHISTA

Wolney de Macedo Cordeiro*

1 – NOTAS INTRODUTÓRIAS

A publicação do novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015) tem sido o principal tema entre os processualistas brasileiros nos últimos tempos. A assimilação de inéditas estruturas procedimentais e a inserção de novos paradigmas no direito processual civil brasileiro são motivos de intensos e acalorados debates doutrinários. Esses debates obviamente redundarão (a partir da vigência do NCPC em março de 2016) uma intensa movimentação jurisprudencial no sentido de acomodar os novos institutos às situações concretas.

O direito processual do trabalho não passará incólume desse momento de efervescência dogmática, especialmente em face da resistência do parlamento brasileiro em promover alterações contundentes na nossa estrutura procedimental¹. Não se pode deixar de mencionar, por outro lado, a existência de posições doutrinárias comprometidas na preservação da norma processual trabalhista na sua concepção originária, blindando-a contra maiores influências da norma processual cível. Mesmo buscando a preservação das bases ideológicas do processo do trabalho, não é possível advogar a tese de ausência de influência do NCPC nos limites da disciplina laboral, mormente diante da inserção do emblemático art. 15² no novo Código.

* *Desembargador do Tribunal Regional do Trabalho da 13ª Região; mestre e doutor em Direito; professor titular do Unipê – Centro Universitário de João Pessoa e da ESMAT-13 – Escola Superior da Magistratura Trabalhista da Paraíba; diretor da Escola Judicial do TRT da 13ª Região no biênio 2015-2017.*

1 Não se pode deixar de mencionar, por outro lado, a recente modificação legislativa promovida no âmbito do sistema recursal, especialmente no que concerne ao trâmite do recurso de revista e das técnicas de uniformização procedimental, nos termos da Lei n. 13.015, de 21 de julho de 2014. Nos demais assuntos, entretanto, a norma processual trabalhista passa por um processo crônico de letargia, mantendo uma estrutura procedimental moldada na década de 1940.

2 NCPC, art. 15: “Na ausência de normas que regulem processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos, as disposições deste Código lhes serão aplicadas supletiva e subsidiariamente”.

Trata-se de uma nova realidade trazida pela legislação processual civil que agora, de forma explícita, estabelece a necessidade de aplicação ao processo do trabalho do direito comum de forma *subsidiária e supletiva*. Ora, antes da publicação do NCPC as regras de subsidiaridade estavam todas preconizadas na própria Consolidação das Leis do Trabalho (arts. 8º, 769 e 889). Essas regras, entretanto, foram transportadas para os próprios limites da legislação processual comum e ainda com o acréscimo de um novo referencial baseado na *supletividade*.

Legase ao intérprete a hercúlea tarefa de estabelecer o alcance e a significação do termo *supletivo* constante do núcleo normativo do art. 15 do NCPC. Certamente não podemos cair na armadilha simplificadora no sentido de que não há nenhuma discrepância em relação à amplitude da regra de subsidiaridade preconizada nos limites da CLT. A situação que se apresenta é nova e inconciliável com os referenciais anteriores, pois cria um sistema diferenciado de predominância do processo civil em relação aos demais subsistemas da regulação processual.

No presente trabalho incursionaremos na investigação da tessitura da supletividade imposta pelo NCPC, art. 15, e como essa nova técnica deve ser assimilada sem prejuízo do conteúdo ideológico fundamental do direito processual do trabalho. A ação mais incisiva do processo comum em face da norma procedimental laboral deve ser dosada a partir da perspectiva tuitiva desta disciplina, a fim de evitar sua descaracterização. Por outro lado, a inserção supletiva da norma processual pauta-se pelo respeito ao devido processo legal no seu sentido substancial e não meramente formal. Significa dizer que a absorção da norma de processo civil deve ser guiada pela necessidade de serem aprimorados os institutos de processo do trabalho, a partir de uma perspectiva de efetividade da jurisdição.

Para fins do trabalho, limitaremos nossa análise ao âmbito da tutela executiva, que se apresenta como o compartimento processual que mais sofreu modificações na última década³. Abordaremos, em primeiro lugar, a ideia geral de supletividade, com os possíveis contornos que poderá assumir ao longo da

3 As modificações ocorridas sobre o texto do CPC atualmente em vigor, especialmente por intermédio das Leis ns. 11.232/05 e 11.382/06, significaram uma ruptura drástica no sistema da execução cível. Houve significativas modificações nos institutos de efetivação da execução cível, que deveriam ser assimilados de forma mais contudente ao processo do trabalho. A jurisprudência trabalhista, no entanto, revelou-se tímida na absorção desses avanços, ainda sobre o argumento de completude do sistema normativo processual trabalhista. Sobre este tema, ver o nosso *Manual de execução trabalhista – aplicação ao processo do trabalho das Leis ns. 11.232/05 (cumprimento da sentença) e 11.382/06 (execução de títulos extrajudiciais)*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

aplicação do NCPC. Após essa abordagem propedêutica, elegeremos alguns dos institutos relacionados à tutela de execução para fins de análise de sua compatibilidade ao processo do trabalho.

2 – A SUPLETIVIDADE ORGÂNICA NO NCPC E SEUS LIMITES PERANTE O DIREITO PROCESSUAL DO TRABALHO

O tema da aplicação do direito processual comum ao processo do trabalho ganha uma nova dimensão com a vigência do NCPC, em especial a partir da redação do seu art. 15. Pela primeira vez na história do direito processual brasileiro um código passa a ser, de forma explícita e incontestável, a fonte prioritária do processo não criminal. Obviamente essa situação de preponderância dogmática do direito processual civil já era implicitamente reconhecida no plano doutrinário. Sempre se teve em mente que a norma de processo civil era o fundamento lógico para os demais ramos da processualística, sendo adotada como fonte subsidiária pelo direito processual do trabalho (CLT, arts. 769 e 889), direito processual consumerista (CDC, art. 90), processo coletivo em geral (Lei nº 7.347/85, art. 19) e direito processual da infância e juventude (ECA, art. 152).

Do ponto de vista ideológico, a questão assume novos contornos, na medida em que, após a vigência do NCPC, a própria codificação processual civil passou a assumir seu papel de regulador geral dos procedimentos não criminais, impondo sua aplicação de caráter subsidiário e supletivo. A grande novidade está na inserção de um novo instituto, até então não reconhecido de forma explícita: a *supletividade*.

Sendo o NCPC supletivo em relação ao direito processual do trabalho, sua atuação não é de mero coadjuvante na regulação das questões procedimentais, mas, sim, de verdadeiro provedor de uma consistência dogmática inexistente na CLT. O caráter supletivo da estrutura processual civil visa conferir coerência sistêmica ao conjunto normativo de regulação do processo do trabalho que não é capaz de satisfazer integralmente as demandas contemporâneas dos conflitos trabalhistas.

Essa acepção da supletividade fica bem delineada quando se verifica que o alvo de atuação do NCPC, art. 15, foi, além do processo do trabalho, o processo eleitoral e o administrativo. Esses dois últimos têm seus próprios princípios, todavia se ressentem de uma normatização sistemicamente estruturada. Não perdem sua autonomia, mas, diante da ausência de uma adequada

sistematização para seus procedimentos, são supletivamente estruturados pela norma processual civil codificada.

Observe-se que *supletivo* não significa exclusivo ou impositivo⁴, mas, sim, adjetivo capaz de indicar algo que complementa, agrega ou destaca, ou seja, o caráter supletivo do NCPC funciona como uma ferramenta de adequação das estruturas procedimentais lacônicas e minimalistas às demandas sociais complexas não integralmente reguladas pela norma original. Pela atuação supletiva do NCPC em relação à execução trabalhista, aplicar-se-ão as normas do processo comum, a fim de implementar o correto significado dos institutos de processo do trabalho que não mais se adequam às estruturas procedimentais vigentes.

A aplicação supletória não significa, conforme afirmamos anteriormente, o afastamento integral da norma processual trabalhista, mas, sim, sua modelação às necessidades contemporâneas. Como não se trata de uma *substituição*, são preservadas as estruturas ideológicas do sistema processual trabalhista, que remanescem *dosando*, *mitigando* e *contendo* a aplicação do processo comum⁵. O processo de aplicação supletória deve ser conduzido com bastante prudência, a fim de que algumas características do processo comum, naturalmente desarmonizadas com as do processo do trabalho, não sejam absorvidas. A atuação do intérprete consiste em preservar a base ideológica do processo do trabalho e complementar a norma laboral deficiente.

Não é possível partir-se da premissa simplista de que a previsão de aplicação supletiva preconizada pelo NCPC, art. 15, não apresenta nenhuma significação para a construção de tessitura procedimental do processo do trabalho. Há um claro comando normativo no sentido de estabelecer dois procedimentos autônomos de complementação do sistema processual trabalhista. Ao contrário do que alguns argumentam, a absorção dos institutos de direito processual civil não pode significar, *a priori*, uma descaracterização ideológica do processo laboral, mas, sim, o aprimoramento dos seus institutos diante das

4 Segundo o Dicionário Houaiss, supletivo é adjetivo masculino que significa “(...) que completa ou que serve de suplemento; supletório”.

5 Em artigo recente, publicado antes mesmo da promulgação do NCPC, Ílina Cordeiro de Macedo Pontes já estabelecia as diretrizes de relacionamento entre a CLT e o NCPC, sob a égide da supletividade: “Cabe ressaltar que ambos permanecem com suas respectivas peculiaridades e individualidades, mesmo havendo uma troca maior de normas. Essas foram respeitadas pelo fato de que o próprio sistema, representado por seus doutrinadores, admitiu essa coexistência. A válvula de entrada da CLT foi claramente ampliada, mas por elementos internos ao sistema, permitindo, assim, que este permaneça evoluindo, em contato com aquilo que lhe permita apenas o seu crescimento. Essas trocas entre as legislações tendem, por outro lado, a mudar severamente caso seja aprovado o novo Código de Processo Civil com a redação que possui atualmente” (In: *Da autofagia à heterofagia do processo laboral*: possíveis consequências da redação do novo CPC sobre a interpretação processual na esfera trabalhista. João Pessoa: Tribunal Regional do Trabalho da 13ª Região, 2014. p. 449).

profundas modificações sociais das últimas décadas. O núcleo principiológico do processo laboral apresenta bases sólidas e perenes, não sendo passível de uma dissolução apenas por causa da inserção de alguns institutos do processo civil de forma supletiva.

Não é apenas a influência do direito material do trabalho que viabiliza a edificação de uma principiologia própria e específica do processo laboral, mas, sim, o reconhecimento de seus institutos a partir de necessidades específicas do fenômeno processual. É equivocada a repulsa na aplicação do direito processual civil apenas porque sua finalidade precípua é efetivar os institutos de direito civil⁶, pois inegável é a natureza instrumental do processo laboral na composição dos conflitos envolvendo trabalhadores. A lide trabalhista apresenta contornos bem próximos da lide cível. O elemento substancialmente díspar entre os dois conflitos reside na necessidade de serem reconhecidos institutos de proteção do trabalhador na relação processual, sem abrir mão das estruturas procedimentais edificadas nos limites do direito processual civil. A convivência entre os dois subsistemas é viável e não descaracteriza a natureza tuitiva do processo laboral⁷.

A maturação do conceito de supletividade levará algum tempo, especialmente porque a dogmática do processo do trabalho ainda não dispõe de elementos suficientes para assimilar os institutos de direito processual civil respeitando o conteúdo ideológico laboral. Há uma série de ferramentas processuais do processo civil que, caso usadas com razoabilidade, podem permitir a construção de uma estrutura procedimental trabalhista mais lógica e racional. No campo da tutela de execução, a aplicação *supletiva* do direito processual

-
- 6 Nessa perspectiva, Jorge Luiz Souto Maior revela uma posição absolutamente defensiva em face da absorção das normas de direito processual civil ao afirmar que existe “(...) um enorme equívoco histórico e de metodologia em buscar compreender o processo do trabalho a partir do processo civil. (...) mesmo com tais pressupostos extremamente reduzidos do alcance atual da fase do direito, o processo do trabalho seria derivado do direito do trabalho, e não do processo civil” (*sic*) (In: *Relação entre o processo civil e o processo do trabalho*. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 161). A premissa usada pelo autor é absolutamente equivocada e conduziria o intérprete à falsa conclusão de absoluta incompatibilidade entre o processo civil e o processo do trabalho. Ora, a origem dos regramentos processuais é a mesma, sendo ao processo do trabalho atribuída uma postura tuitiva em relação ao trabalhador que consta na relação processual. O reconhecimento desse caráter tuitivo da norma processual trabalhista não lhe retira a natureza de ramo da disciplina processual e seu compromisso com a solução dos conflitos de natureza laboral que emergem no meio social. O direito processual do trabalho não *nasce* do direito do trabalho, mas é instrumento deste. Assim sendo, a atuação supletória do processo comum não é um desvirtuamento das finalidades do processo do trabalho.
- 7 Nesse particular, merece destaque a referência de João Humberto Cesário, *verbis*: “Não há como negar, neste contexto, que a combinação dialógica dos arts. 769 da CLT e 15 do CPC/2015 (...), pensados ao encontro e não de encontro, realizada com cuidado e método científico, pode potencializar a instrumentalidade do processo do trabalho, sem nem de longe desnaturar sua essência” (In: *O processo do trabalho e o novo Código de Processo Civil: critérios para uma leitura dialogada dos arts. 769 da CLT e 15 do CPC/2015*. São Paulo: LTr, 2015. p. 137).

comum pode render excelentes frutos, afastando a repulsa natural da jurisprudência laboral em face do tema. Por conta de postura de recusa apriorística, deixamos de absorver no processo laboral uma série de inovações trazidas pelas Leis ns. 11.232/05 e 11.382/06, que poderiam aprimorar de maneira contundente os mecanismos de efetividade da execução laboral.

Com a possibilidade de ampliação da inserção das normas de processo comum, mediante a aplicação da técnica da supletividade, poderemos reiniciar o debate, reavaliando a reconstrução da execução trabalhista. A observância de um novo paradigma permitirá a construção de uma discussão mais ampla e profícua sobre o tema. Para essa finalidade, escolhemos alguns institutos da tutela executiva, a fim de analisar a possibilidade de aplicação do processo do trabalho, com as devidas adaptações.

3 – DECISÃO HOMOLOGATÓRIA DE AUTOCOMPOSIÇÃO EXTRAJUDICIAL DE QUALQUER NATUREZA COMO TÍTULO EXECUTIVO JUDICIAL TRABALHISTA (NCPC, ART. 515, III⁸)

O processo do trabalho apresenta-se, em sua essência, conciliador. Muito embora a tentativa de conciliação entre os litigantes seja característica presente também do âmbito do direito processual civil⁹, no processo do trabalho a fase conciliatória ocupa um papel de destaque. Dentro da própria estrutura procedimental do rito comum (tanto na sua vertente ordinária como sumaríssima), as tentativas de conciliação situam-se no início e no término da tramitação processual (CLT, arts. 846 e 850, *in fine*) e o Juiz do Trabalho tem a função conciliatória como dever a ser cumprido no curso processual.

O produto do êxito da conciliação havida entre as partes é o “termo de conciliação”, conforme preceitua a CLT, art. 846. O termo a que se refere a legislação processual trabalhista nada mais é do que uma sentença homologatória exarada pelo magistrado condutor do feito. A utilização da expressão “termo de conciliação” apenas se justifica pela ausência de rigorismo científico da norma processual trabalhista vigente. De fato, o ato de o magistrado homologar a conciliação havida entre as partes é, indubitavelmente, uma sentença, tendo em vista que o trâmite do processo de cognição se encerra definitivamente com o

8 “Art. 515. São títulos executivos judiciais, cujo cumprimento dar-se-á de acordo com os artigos previstos neste Título: (...) III – a decisão homologatória de autocomposição extrajudicial de qualquer natureza;”

9 Não é demais mencionar a posição do NCPC em incrementar a estrutura de conciliação e mediação judicial como medidas essenciais à prestação jurisdicional, inclusive com uma estrutura principiológica própria (NCPC, art. 166: “A conciliação e a mediação são informadas pelos princípios da independência, da imparcialidade, da autonomia da vontade, da confidencialidade, da oralidade, da informalidade e da decisão informada”).

referido ato jurisdicional. Tanto é verdade que o próprio diploma legal trabalhista (de forma absolutamente desnecessária) equipara o termo de conciliação a uma sentença irrecorrível (CLT, art. 831, parágrafo único).

Essas considerações devem ser tecidas para que se fixe a característica jurisdicional da atividade de homologação dos acordos judiciais. O ato de homologação do acordo firmado no âmbito processual não é simples atividade formal de documentação da conciliação entre as partes. A atuação do Juiz deverá ser fiscalizadora e inibidora de eventuais desvios, excessos ou prejuízos para pessoas estranhas à relação processual. É essa atitude dinâmica do magistrado que confere a característica de título judicial aos acordos firmados entre os litigantes no curso do processo e, conseqüentemente, inibe e delimita as formas de tutela do devedor em um eventual processo executivo. A própria legislação processual civil, ressaltando a postura mais dinâmica do magistrado como condutor do processo, autoriza a atuação jurisdicional direta contrária aos interesses dos litigantes, conforme se vê do NCPC, art. 142¹⁰. Ora, se pode o Juiz determinar a extinção do processo sem julgamento do mérito quando verificar a tentativa das partes de desvirtuar o processo, poderá muito bem criar óbices para a homologação de conciliações que impliquem concessões desiguais ou venham a prejudicar o interesse de terceiro.

A utilização do termo “acordo” para designar o título executivo, portanto, afigura-se despropositada. Não é o simples ajuste de vontade entre os litigantes que vai conferir a autorização para o desencadeamento da atividade executiva, mas, sim, a atividade jurisdicional que referenda a confluência de vontade dos litigantes. A exequibilidade da obrigação pactuada nasce, por conseguinte, do comando jurisdicional homologatório, e não apenas da vontade dos litigantes, sendo essa a característica primordial dessa modalidade de título executivo.

A vontade dos litigantes, embora não seja elemento de configuração da exequibilidade do título judicial, pode interferir, de forma decisiva, na ampliação dos limites originários da lide. A norma processual civil estabelece, de forma expressa, a possibilidade de inclusão na sentença homologatória da transação de matéria não expressamente constante da pretensão do autor (NCPC, art.

10 “Art. 142. Convencendo-se, pelas circunstâncias, de que autor e réu se serviram do processo para praticar ato simulado ou conseguir fim vedado por lei, o juiz proferirá decisão que impeça os objetivos das partes, aplicando, de ofício, as penalidades da litigância de má-fé.”

515, § 2º¹¹). Assim sendo, a conciliação judicial poderá versar sobre tema não integrante do direito controvertido entre os litigantes¹².

Essas considerações são necessárias para que se verifique a possibilidade de aplicação ao processo do trabalho da sentença homologatória de transação extrajudicial (NCPC, art. 515, III). A alteração do antigo CPC, conduzida pela Lei nº 11.232, de 22 de dezembro de 2005, criou um tipo novo de título judicial: a sentença homologatória de acordo extrajudicial (art. 475-N, V). O NCPC manteve o instituto com uma nomenclatura diversa, todavia preservando a mesma natureza (art. 515, III).

11 “Art. 515. (...) § 2 A autocomposição judicial pode envolver sujeito estranho ao processo e versar sobre relação jurídica que não tenha sido deduzida em juízo.”

12 Essa ampliação promovida pela legislação processual civil tem sido assimilada pela jurisprudência trabalhista com certa facilidade, conforme se vê dos seguintes julgados: “ACORDO CELEBRADO EM JUÍZO SEM QUALQUER RESSALVA. CONCESSÃO DE QUITAÇÃO DO CONTRATO DE TRABALHO. IMPOSSIBILIDADE DE AJUIZAMENTO DE NOVA RECLAMAÇÃO TRABALHISTA EM FACE DA RECLAMADA. A declaração obtida com a quitação outorgada pelo empregado, em juízo, quanto à totalidade das obrigações decorrentes do contrato de trabalho alcança, inclusive, pedidos não deduzidos. Tal entendimento encontra respaldo no art. 840 do Código Civil, já que a transação pressupõe concessões recíprocas por parte daqueles que pretendem prevenir ou terminar litígios. *Destaca-se, ainda, a incidência do inciso III do art. 475-N do CPC, aplicável subsidiariamente ao processo trabalhista, ao estabelecer que a sentença homologatória de conciliação ou de transação é título executivo judicial, ainda que inclua matéria não posta em juízo. Assim, se o reclamante celebrou em outros autos acordo com a reclamada, dando quitação geral e irrestrita do extinto contrato de trabalho, não lhe é mais permitido demandar em face da reclamada por títulos de natureza trabalhista, mesmo que a pretensão exposta nestes autos seja diversa da pleiteada nos autos onde foi celebrada a avença*” (TRT da 2ª Região; RO 0157300-60 2005.5.02.0263; Ac. 2014/0039109; Terceira Turma; Relª Desª Fed. Mércia Tomazinho; DJESP 05.02.2014).

“RECURSO DE REVISTA. HOMOLOGAÇÃO JUDICIAL DE ACORDO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. INCIDÊNCIA SOBRE MULTA DO ART. 467 DA CLT. 1. Inexiste preceito legal obrigando a que a transação judicial observe os pedidos elencados na peça inaugural. Para demonstrar a desnecessidade de as parcelas do acordo guardarem correlação com os pedidos da inicial, recorde-se que a avença judicialmente homologada pode até mesmo versar matéria não posta em juízo (art. 475-N, III, do Código de Processo Civil). 2. Não há falar em incidência de contribuição previdenciária quando as partes discriminam parcelas de natureza indenizatória no acordo homologado em juízo. Recurso de revista conhecido e provido.” (TST; RR 128200-86.2008.5.15.0071; Oitava Turma; Rel. Min. João Pedro Silvestrin; DEJT 14.06.2013; p. 2.032)

“ACORDO JUDICIAL. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. NÃO INCIDÊNCIA SOBRE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. O acordo é ato de vontade das partes, que são livres para acordarem em relação a qualquer das verbas requeridas na inicial, podendo a sentença homologatória ou de transação incluir matérias não postas em juízo, nos termos do art. 475-N, inciso III, do CPC. Assim, no caso, não havia impedimento algum de as partes acordantes quitarem, também, a verba honorária, atribuindo à empregadora o ônus pelo respectivo pagamento, com o intuito de indenizar o autor pelas despesas decorrentes da contratação do seu advogado, independentemente do preenchimento dos requisitos previstos na Lei nº 5.584/70. A contribuição previdenciária devida sobre esse valor será recolhida pelo profissional liberal que a recebeu, não cabendo a esta justiça especializada determinar, desde logo, a incidência da contribuição previdenciária sobre esse valor. Dessa forma, não há falar que a inclusão da parcela de honorários advocatícios no acordo celebrado entre as partes afronta os dispositivos de lei indicados, tampouco contraria as Súmulas ns. 219 e 329 desta Corte, uma vez que não houve condenação ao pagamento de honorários advocatícios. Recurso de revista não conhecido.” (TST; RR 431985-80.2005.5.12.0035; Segunda Turma; Rel. Min. José Roberto Freire Pimenta; DEJT 15.06.2012; p. 528)

Há, portanto, a possibilidade de que qualquer tipo de transação extrajudicial possa ser objeto de referendo do Poder Judiciário, mesmo que não exista um procedimento jurisdicional previamente constituído. Nesse caso, a atividade jurisdicional consiste em assegurar a lisura do ajuste e permitir que se dê mais segurança no cumprimento das obrigações ajustadas pelos transatores. A decisão homologatória da autocomposição entre os litigantes, portanto, é alçada ao nível de título judicial, tendo em vista que a atividade jurisdicional prévia garantirá a liberdade da manifestação volitiva e a legalidade do ajuste. Há uma nítida tendência para se privilegiar a atividade autocompositiva dos litigantes, aliás, caminho inexorável da processualística moderna e do NCPC.

Não se deve, no entanto, tipificar a atuação do magistrado homologador da transação extrajudicial como simples exercício da jurisdição voluntária, na qual se opera, tão somente, a administração dos interesses privados. Ao ser chamado a referendar ajuste entre as partes, o Juiz atua no exercício do seu poder jurisdicional pleno, buscando apresentar de forma concreta e efetiva a composição daquele conflito de interesses apresentado¹³. A homologação poderá ser rejeitada pelo órgão jurisdicional, ao ser identificado prejuízo de terceiro ou mesmo um ajuste manifestamente prejudicial a um dos litigantes.

A aplicação dessa modalidade de título executivo ao direito processual do trabalho, portanto, não apresenta nenhum tipo de empecilho. O Juiz do Trabalho poderá ser chamado a homologar uma transação extrajudicial de litígio inserido no âmbito de sua competência, sendo que essa decisão homologatória disporá de eficácia executiva plena¹⁴. O uso da técnica de supletividade permite que o

13 Essa preocupação já foi externada por Mauro Schiavi: “No nosso sentir, diante da EC n 45/04, que disciplina a competência da Justiça do Trabalho para conhecer das controvérsias oriundas e decorrentes da relação de trabalho, parece-nos que a Justiça do Trabalho detém competência em razão da matéria para homologar acordo extrajudicial envolvendo matéria trabalhista. De outro lado, pensamos que o Juiz do Trabalho deva tomar algumas cautelas para homologar eventual transação extrajudicial, como designar audiência, inteirar-se dos limites do litígio e ouvir sempre o trabalhador. Acreditamos que somente em casos excepcionais deve o Juiz homologar o acordo extrajudicial com eficácia liberatória geral” (In: *Execução no processo do trabalho*. 7. ed. São Paulo: LTr, 2015. p. 165).

14 A jurisprudência de nossos Tribunais tem se mostrado vacilante em face do tema, conforme se vê dos dois verbetes contrapostos, a seguir transcritos: “CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. ACORDO JUDICIAL NA FASE DE CONHECIMENTO. DISCRIMINAÇÃO DE PARCELAS. Não incidem contribuições previdenciárias sobre o valor constante de acordo homologado, ainda que outras parcelas salariais tenham sido postuladas na petição inicial. Se havia um estado jurídico de incerteza com relação ao que era devido, há que se respeitar a vontade manifestada pelas partes quando da pactuação do acordo judicial, em atenção ao fenômeno do redimensionamento da lide (art. 475-N, V, do CPC), inclusive quanto aos créditos trabalhistas nele reconhecidos, de natureza não salarial, os quais não se sujeitam ao desconto previdenciário, em conformidade com a Lei n 8.212/91.” (TRT da 9ª Região; Proc. 00523-2011-094-09-00-9; Ac. 25703-2012; Quarta Turma; Rel. Des. Luiz Celso Napp; DJPR 12.06.2012)

“EMBARGOS DECLARATÓRIOS. SUSPENSÃO DE PRAZO NÃO CERTIFICADA PELA VARA DE ORIGEM. CORREÇÃO DOS PRESSUPOSTOS DE ADMISSIBILIDADE. Verificado que a intempestividade reconhecida foi induzida por omissão da secretaria da vara que não certificou a

processo do trabalho absorva esse procedimento de formação de título executivo, tendo em vista não se identificar nenhuma incompatibilidade intrínseca com o processo laboral.

4 – A DECISÃO NO ÂMBITO DE TUTELAS PROVISÓRIAS E SEU CUMPRIMENTO PERANTE O PROCESSO DO TRABALHO

A legislação processual trabalhista é totalmente omissa em relação à possibilidade geral de antecipar os efeitos da tutela jurisdicional¹⁵. No entanto, nunca houve qualquer dúvida quanto à aplicação ao direito processual do trabalho da normatização contida no anterior CPC, art. 273, consistente na possibilidade de se anteciparem os efeitos da tutela jurisdicional pugnada.

O NCPC, além de consolidar a ideia das decisões antecipatórias, procedeu a uma maior abrangência, envolvendo as chamadas *tutelas provisórias*, divididas em duas modalidades distintas: *tutela de urgência* (NCPC, arts. 298 e ss.¹⁶)

suspensão dos prazos processuais por ocasião da instalação de equipamentos do PJe e que o recurso é tempestivo. Embargos declaratórios conhecidos e providos para afastar a intempestividade do recurso ordinário. Recurso ordinário. Homologação de acordo extrajudicial. Extinção sem resolução do mérito. A aplicação do Código de Processo Civil ao processo do trabalho só pode ocorrer quando existir omissão da Consolidação das Leis do Trabalho e existir compatibilidade com o processo do trabalho. Os títulos executivos estão expressamente previstos no art. 876 da CLT e entre eles não se inclui o acordo extrajudicial homologado em juízo. Não obstante o disposto no art. 475-N, V, do CPC, o princípio da irrenunciabilidade dos direitos que norteia o direito material não permite sua utilização no processo do trabalho. Além disso, a composição entre as partes revela ausência de interesse de agir, porque não há lide entre as partes e não há necessidade do Poder Judiciário para implementar o que foi acordado. Recurso ordinário conhecido e não provido.” (TRT da 10ª Região; ED-RO 0002216-32.2012.5.10.0802; Relª Juíza Cilene Ferreira Amaro Santos; DEJTDF 31.05.2013; p. 183)

15 Devemos destacar, no entanto, que a Consolidação das Leis do Trabalho estabelece duas modalidades de decisões de caráter satisfativo, conforme se observa dos incisos IX e X do art. 659. É fato que boa parte da doutrina, talvez impressionada pela utilização do termo *liminar*, tipifica os referidos provimentos como de natureza cautelar (*vide* GIGLIO, Wagner. *Direito processual do trabalho*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 357. *Em sentido contrário*: LEITE, Carlos Henrique. *Curso de direito processual do trabalho*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2003. p. 914).

16 “Art. 300. A tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo. § 1 Para a concessão da tutela de urgência, o juiz pode, conforme o caso, exigir caução real ou fidejussória idônea para ressarcir os danos que a outra parte possa vir a sofrer, podendo a caução ser dispensada se a parte economicamente hipossuficiente não puder oferecê-la. § 2 A tutela de urgência pode ser concedida liminarmente ou após justificação prévia. § 3 (...) quando houver perigo de irreversibilidade dos efeitos da decisão. Art. 301. A tutela de urgência de natureza cautelar pode ser efetivada mediante arresto, sequestro, arrolamento de bens, registro de protesto contra alienação de bem e qualquer outra medida idônea para asseguuração do direito. Art. 302. Independentemente da reparação por dano processual, a parte responde pelo prejuízo que a efetivação da tutela de urgência causar à parte adversa, se: I – a sentença lhe for desfavorável; II – obtida liminarmente a tutela em caráter antecedente, não fornecer os meios necessários para a citação do requerido no prazo de 5 (cinco) dias; III – ocorrer a cessação da eficácia da medida em qualquer hipótese legal; IV – o juiz acolher a alegação de decadência ou prescrição da pretensão do autor. Parágrafo único. A indenização será liquidada nos autos em que a medida tiver sido concedida, sempre que possível.”

e tutela de evidência (NCPC, arts. 311 e ss.¹⁷).

Não há maiores dificuldades em se reconhecer a possibilidade de aplicação ao processo do trabalho da sistemática das tutelas provisórias trazidas pelo NCPC. A medida não apresenta qualquer regramento no processo laboral e é de fundamental importância para que se obtenha a concretude da prestação jurisdicional.

Ao se aplicar à sistemática do direito processual do trabalho o instituto das tutelas provisórias, também se transfere a este ramo da processualística a possibilidade de se “efetivarem” as obrigações constantes dessas decisões, nos termos do NCPC, art. 297, parágrafo único. Contemplando a decisão da obrigação de fazer ou de não fazer, deverá o Juiz lançar mão da tutela específica preconizada pelo NCPC, art. 537¹⁸, e indubitavelmente aplicada subsidiariamente ao processo trabalhista.

Em relação às obrigações de pagar, eventualmente contempladas na decisão antecipatória, a concretização do comando jurisdicional dar-se-á pela aplicação, no que couber, do disposto no NCPC, arts. 520 e ss. Nesse caso, estaremos diante de uma tutela de cunho executivo, dotada dos meios necessários para concretizar a quitação da obrigação reconhecida na decisão interlocutória. Sabendo-se que a atividade executiva pressupõe a existência de título executivo, é óbvio que o título em questão é a própria decisão interlocutória.

Não era pacífica a posição no âmbito do direito processual civil quanto à caracterização da decisão antecipatória como título executivo. Sustentavam a natureza de título executivo das decisões de antecipação dos efeitos da tutela

17 “Art. 311. A tutela da evidência será concedida, independentemente da demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo, quando: I – ficar caracterizado o abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório da parte; II – as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documental e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante; III – se tratar de pedido reipersecutório fundado em prova documental adequada do contrato de depósito, caso em que será decretada a ordem de entrega do objeto custodiado, sob cominação de multa; IV – a petição inicial for instruída com prova documental suficiente dos fatos constitutivos do direito do autor, a que o réu não oponha prova capaz de gerar dúvida razoável. Parágrafo único. Nas hipóteses dos incisos II e III, o juiz poderá decidir liminarmente.”

18 “Art. 537. A multa independe de requerimento da parte e poderá ser aplicada na fase de conhecimento, em tutela provisória ou na sentença, ou na fase de execução, desde que seja suficiente e compatível com a obrigação e que se determine prazo razoável para cumprimento do preceito.”

jurisdicional, entre outros, Teori Albino Zavascki¹⁹ e Araken de Assis²⁰. É certo que entre os processualistas não existia unanimidade em relação ao tema²¹, no entanto, o nosso direito processual fixou como paradigma para o desencadeamento da tutela executiva a existência de um título e dessa condição não se pode fugir. Mesmo que a tutela de execução se desse de forma incidental ou sincrética, conforme disposições previstas tanto na CLT, art. 878, como no antigo CPC, art. 475-I, não se podia abolir a existência de um marco que permite a atividade executiva do poder jurisdicional. Logicamente, a noção tradicional de título executivo não autorizava reconhecer essa característica em decisões não definitivas, entretanto houve uma sensível ampliação do conceito de título. Não se pode, no entanto, afastar a obrigatoriedade de pronunciamento jurisdicional ou documento legalmente reconhecido que permita a atuação direta da tutela executiva.

Muito embora a discussão doutrinária seja absolutamente rica, as disposições do NCPC, pelo menos em sede de reconhecimento da tutela provisória como título executivo, resolveram o tema. O NCPC, abandonando a remissão ao instituto da *sentença*, elasteceu o conteúdo do título executivo para consignar enquadrado nessa qualidade qualquer *decisão* que contempla comando condenatório (art. 515, I²²). Logo, qualquer decisão jurisdicional que contemple o cumprimento de obrigação de pagar, fazer, não fazer e entregar coisa é um título executivo judicial.

-
- 19 “Caso típico é o de medida antecipatória determinando o pagamento de quantia em dinheiro. Se não houver atendimento espontâneo de imposição, outro meio não terá o autor senão o de promover a ação de execução por quantia certa, hipótese em que o título executivo será a decisão deferitória da antecipação. O caráter provisório da execução decorre da natureza precária da decisão, que define e impõe ao demandado o atendimento da prestação objeto do pedido, mas o faz a base de juízo de verossimilhança, sujeito à confirmação ou revogação pela sentença (In: *Processo de execução* – parte geral. 3. ed. São Paulo: RT, 2004. p. 318).
- 20 “Assim, o gênero ‘decisão’ abrangerá dois tipos de atos decisórios, proferidos pelo juiz singular de primeiro grau: a sentença (art. 162, § 1) e a interlocutória (art. 162, § 2). Ao contrário do que usualmente se sustenta conforme a força da ação, a decisão constitui título executivo e autoriza execução (art. 475-J) ou cumprimento (art. 475-I, *caput*, c/c os arts. 461 e 461-A). É mais uma razão para interpretar extensivamente o art. 475-N, I.” (In: *Cumprimento da sentença*. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 23)
- 21 Interessante é o ponto de vista exarado por José Miguel Garcia Medina: “Conclui-se que a decisão que antecipa efeitos da tutela, embora autorize a execução imediata, não é título. Não se aplica à execução baseada em tal pronunciamento judicial o princípio *nulla executio sine titulo*, mas o princípio da execução sem título permitida. Infere-se, daí, a falsidade da máxima *ubi executio, ibi titulo*, já que nem toda a execução tem por base um título executivo” (In: *Execução civil* – teoria geral e princípios fundamentais. 2. ed. São Paulo: RT, 2004. p. 133).
- 22 “Art. 515. São títulos executivos judiciais, cujo cumprimento dar-se-á de acordo com os artigos previstos neste Título: I – as decisões proferidas no processo civil que reconheçam a exigibilidade de obrigação de pagar quantia, de fazer, de não fazer ou de entregar coisa;”

As decisões proferidas no âmbito das tutelas provisórias assumem o caráter de verdadeiro título judicial, dotado de plenitude dos atos executivos aptos a autorizarem a prática de atos de força contra o devedor. Esse reconhecimento expresso, promovido pela nova legislação processual, deixa claro que a tutela de execução não se exaure na sentença transitada em julgado, mas envolve as decisões das tutelas de evidência ou de urgência. O comando jurisdicional deve ser efetivado igualmente no âmbito de tutelas jurisdicionais precárias.

A absorção pelo processo do trabalho dessa perspectiva conceitual, objetivamente delimitada pelo novo direito processual civil, não apresenta maiores dificuldades. Há um laconismo crônico do processo laboral em face das tutelas provisórias, muito embora essa técnica jurisdicional seja fundamental para a efetivação dos direitos de índole trabalhista. A concepção de um sistema de efetivação de decisões de tutelas provisórias é plenamente compatível com a teleologia laboral. Não se trata aqui de manejar a técnica da supletividade, mas, sim, reconhecer a completa ausência de norma trabalhista sobre o tema.

5 – AMPLIAÇÃO DOS LIMITES DA EXECUÇÃO PROVISÓRIA

O atual regramento da execução provisória trabalhista é marcado por inúmeras restrições. Amparada por uma normatização minimalista (CLT, art. 899, *in fine*), a jurisprudência construída sobre o tema limita intensamente a atuação jurisdicional executiva²³. Muito embora a ideia de se cumprirem de forma antecipada as sentenças condenatórias antes do trânsito em julgado esteja em perfeita sintonia com a teleologia do processo do trabalho, não é fácil romper as barreiras concernentes à aplicação do regramento do processo civil. O manejo da técnica da supletividade apresenta-se como uma solução adequada para implementar um procedimento executório provisório abrangente para o direito processual do trabalho.

É relevante mencionar que, mesmo antes da edição do NCPC, verificou-se uma evolução significativa do instituto da execução provisória no processo civil. A partir da edição da Lei nº 10.444, de 7 de maio de 2002²⁴, a regulação

23 É assim a Súmula n. 417, III, do Tribunal Superior do Trabalho, que não reconhece a possibilidade de penhora de direito no âmbito da execução provisória: “Em se tratando de execução provisória, fere direito líquido e certo do impetrante a determinação de penhora em dinheiro, quando nomeados outros bens à penhora, pois o executado tem direito a que a execução se processe da forma que lhe seja menos gravosa, nos termos do art. 620 do CPC”.

24 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

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; e c) a possibilidade de dispensa da prestação de caução quando a obrigação, objeto da execução, fosse inferior a 60 salários mínimos e o exequente demonstrasse se encontrar em “estado de necessidade”.

As mudanças, no entanto, não pararam por aí. O direito processual civil, continuando no ritmo frenético de mudanças, foi novamente alterado pela Lei nº 11.232, de 22 de dezembro de 2005. Trata-se de norma emblemática que instituiu uma nova sistemática de condução da tutela executiva referente aos títulos judiciais, eliminando a formação de uma nova relação processual. As alterações promovidas pela mencionada Lei foram de grande profundidade em relação à tutela executiva, principalmente quanto aos títulos executivos representados pelas sentenças ou acórdãos. O arcabouço normativo trazido pela Lei nº 11.232/05, no que concerne à execução provisória, trouxe alterações bem modestas e pontuais, sendo apenas digna de destaque a possibilidade de dispensa de prestação de caução para a prática de atos de transferência de domínio na pendência de agravo de instrumento em face de recurso extraordinário ou especial (CPC, art. 475-O, § 2º, II).

O NCPC manteve a estrutura da execução provisória legada pelo Código anterior, apenas modificando, de forma bem coerente, a nomenclatura do instituto para o *cumprimento provisório* da sentença, bem como procedendo a ajustes pontuais no procedimento (arts. 517 e ss.²⁵).

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. § 1 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. § 2 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”.

- 25 “Art. 520. O cumprimento provisório da sentença impugnada por recurso desprovido de efeito suspensivo será realizado da mesma forma que o cumprimento definitivo, sujeitando-se ao seguinte regime: I – corre por iniciativa e responsabilidade do exequente, que se obriga, se a sentença for reformada, a reparar os danos que o executado haja sofrido; II – fica sem efeito, sobrevindo decisão que modifique ou anule a sentença objeto da execução, restituindo-se as partes ao estado anterior e liquidados eventuais prejuízos nos mesmos autos; III – se a sentença objeto de cumprimento provisório for modificada ou anulada apenas em parte, somente nesta ficará sem efeito a execução; IV – o levantamento de depósito em dinheiro e a prática de atos que importem transferência de posse ou alienação de propriedade ou de outro direito real, ou dos quais possa resultar grave dano ao executado, dependem de caução suficiente e idônea, arbitrada de plano pelo juiz e prestada nos próprios autos. § 1 No cumprimento provisório da sentença, o executado será intimado para apre-

O nosso problema inicial quanto à execução provisória trabalhista consiste na adequação procedimental da execução provisória laboral, especialmente em relação à sua profundidade. 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 é autossuficiente 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 restringiu-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.

Não se argumente que, em se tratando de atos executivos, a regra de subsidiaridade é aquela preconizada pelo art. 889 da CLT, que prevê a aplicação da lei dos executivos fiscal (hoje em dia a Lei nº 6.830, de 22 de setembro de 1980). A premissa é absolutamente equivocada, tendo em vista que a execução fiscal é baseada em título extrajudicial e essa modalidade de título é incompatível com o instituto da execução provisória. Logo, é inócua qualquer pretensão de se buscar no art. 889 da CLT a resposta para a flagrante incompletude do sistema normativo trabalhista em relação à matéria atinente à execução provisória.

Sabe-se, por outro lado, que a matéria não é pacífica entre os doutrinadores que insistem em reconhecer que a CLT, em seu art. 899, apresenta uma

sentar impugnação, se quiser, nos termos do art. 525. § 2 A multa e os honorários a que se refere o § 1 do art. 523 são devidos no cumprimento provisório de sentença condenatória ao pagamento de quantia certa. § 3 Se o executado comparecer tempestivamente e depositar o valor, com a finalidade de isentar-se da multa, o ato não será havido como incompatível com o recurso por ele interposto. § 4 A restituição ao estado anterior a que se refere o inciso II não implica o desfazimento da transferência de posse ou da alienação de propriedade ou de outro direito real eventualmente já realizada, ressalvado, sempre, o direito à reparação dos prejuízos causados ao executado. § 5 Ao cumprimento provisório de sentença que reconheça obrigação de fazer, de não fazer ou dar coisa aplica-se, no que couber, o disposto neste Capítulo. Art. 521. A caução prevista no inciso IV do art. 520 poderá ser dispensada nos casos em que: (...) IV – a sentença a ser provisoriamente cumprida estiver em consonância com súmula da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça ou em conformidade com acórdão proferido no julgamento de casos repetitivos. Parágrafo único. A exigência de caução será mantida quando da dispensa possa manifestamente resultar risco de grave dano de difícil ou incerta reparação. Art. 522. O cumprimento provisório da sentença será requerido por petição dirigida ao juízo competente. Parágrafo único. Não sendo eletrônicos os autos, será acompanhada de cópias das seguintes peças do processo, cuja autenticidade poderá ser certificada pelo próprio advogado, sob sua responsabilidade pessoal: I – decisão exequenda; II – certidão de interposição do recurso não dotado de efeito suspensivo; III – procurações outorgadas pelas partes; IV – decisão de habilitação, se for o caso; V – facultativamente, outras peças processuais consideradas necessárias para demonstrar a existência do crédito.”

limitação para a execução provisória trabalhista, mesmo após as alterações promovidas no âmbito da legislação processual civil²⁶. Não vislumbro, no entanto, como conceber qualquer tipo de autonomia reguladora ao referido dispositivo legal.

Não se deve deixar de perceber que a inserção do mencionado dispositivo se operou no âmbito da descrição dos efeitos atribuídos aos recursos trabalhistas, sem se vislumbrar qualquer objetivo do legislador em regulamentar a questão de fundo. Ora, a CLT não dedicou um único dispositivo legal ao regramento procedimental da execução provisória, permanecendo inerte quanto aos requisitos e ao rito do ato processual respectivo. Note-se que essa espécie de normatização referencial está presente em várias passagens do texto consolidado, como é o caso das liquidações por arbitramento e por artigos (art. 879, *caput*) e da penhora (art. 883). Nessas situações, o texto legal trabalhista se reporta expressamente aos referidos institutos, todavia não apresenta qualquer tipo de regramento específico, relegando-se à legislação processual comum o detalhamento da questão. Trata-se, portanto, de situação própria para a aplicação da supletividade preconizada pelo NCPC, art. 15.

A normatização processual da CLT é escassa e dessa realidade não podemos nos afastar. Essa escassez de regramentos, no entanto, não retira a importância e a autonomia do direito processual do trabalho, que, a despeito do laconismo e da imprecisão de suas normas, permanece avançado em relação ao direito processual civil. A autonomia do direito processual do trabalho, no entanto, não pode servir de empecilho para que o intérprete direcione o sentido da norma jurídica à realidade vigente. É, por conseguinte, ilusório o argumento de que a consolidação apresenta regramentos e limites para a execução provisória. A postura do legislador é absolutamente omissa em relação à regulação do instituto e, repito, limitou-se a fazer uma breve remissão ao texto processual civil vigente à época. É importante observar que não se trata de opinião recente ou isolada, pois se identifica, no âmbito doutrinário, pronunciamento de renomados juslaboralistas defendendo a integral aplicação do processo civil em matéria de execução provisória²⁷.

26 Vide GIGLIO, Wagner. *Direito processual do trabalho*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 534; TEIXEIRA FILHO, Manoel Antônio. *Execução no processo do trabalho*. 7. ed. São Paulo: LTr, 2001. p. 207/210; MALLETT, Estevão. O processo do trabalho e as recentes modificações do Código de Processo Civil. *Revista LTr*, v. 70, n. 6, São Paulo: LTr, 2006, p. 670.

27 Nesse particular, merece destaque a lição do juslaboralista baiano José Augusto Rodrigues Pinto, *verbis*: “(...) sustentamos que, por aplicação subsidiária da lei formal comum, inteiramente compatível com a índole da trabalhista, também na execução provisória de sentenças proferidas em dissídios individuais se deve ir até o último dos atos de constrição, a sentença que julga a execução, vedada apenas a prática de atos processuais de alienação do patrimônio do devedor” (In: *Execução trabalhista*. 11. ed. São Paulo: LTr, 2006. p. 72).

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. 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 do direito processual do trabalho, o que significa dizer que o disposto no NCPC, arts. 520 e ss., é plena e totalmente aplicável ao direito processual do trabalho²⁸.

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 (NCPC, art. 520, I). Esse viés procedimental, no entanto, não pode ser transmitido automaticamente ao direito processual do trabalho. É característica

28 A jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho não tem se mostrado receptiva a essa forma de visão ampliada da execução provisória, conforme se vê da seguinte ementa: “AGRAVO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. (...) ART. 475-O DO CPC. INCOMPATIBILIDADE COM O PROCESSO DO TRABALHO. DEMONSTRADO NO AGRAVO DE INSTRUMENTO QUE O RECURSO DE REVISTA PREENCHIA OS REQUISITOS DO ART. 896 DA CLT, DÁ-SE PROVIMENTO AO AGRAVO DE INSTRUMENTO, PARA MELHOR ANÁLISE DE VIOLAÇÃO DO ART. 475-O DO CPC, SUSCITADA NO RECURSO DE REVISTA. AGRAVO DE INSTRUMENTO PROVIDO. RECURSO DE REVISTA. (...) 3. Levantamento de depósito recursal. Art. 475-O do CPC. Incompatibilidade com o processo do trabalho. A d. 3ª Turma desta Corte Superior compreende que, por existir previsão expressa na CLT acerca da execução provisória até a penhora, não se admite a aplicação subsidiária do art. 475-O do CPC. Ressalva de entendimento do relator. Recurso de revista conhecido e provido, no aspecto” (TST; RR 0002440-86.2009.5.03.0149; Terceira Turma; Rel. Min. Mauricio Godinho Delgado; DEJT 04.04.2014; p. 776).

A questão, entretanto, ganha contornos diferenciadas quando é apreciada pelos Tribunais Regionais do Trabalho, conforme seguintes julgados: “EXECUÇÃO PROVISÓRIA. LIBERAÇÃO DE CRÉDITO AO EXEQUENTE. O art. 899 da CLT, ao permitir a execução provisória até a penhora, harmoniza-se com a previsão da Lei n. 11.232/05, que introduziu o art. 475-O ao CPC, aplicado subsidiariamente ao processo trabalhista, por força do art. 769 da CLT. Aliás, este Regional já manifestou posicionamento favorável à liberação de valores em sede de execução provisória, ao editar a Súmula n. 10, fazendo referência ao art. 588, II, § 2.º, do CPC, o qual permitia o levantamento de depósito em dinheiro, sem caução, 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” (TRT da 6ª Região; AP0110400-43 2009.5.06.0012; Quarta Turma; Relª Desª Gisane Barbosa de Araújo; j. 27.06.2013; DOEPE 08.07.2013).

“RECURSO DA RECLAMANTE. LEVANTAMENTO DE DINHEIRO EM EXECUÇÃO PROVISÓRIA ATÉ O VALOR DE 60 SALÁRIOS MÍNIMOS. ART. 475-O DO CPC. POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO NO PROCESSO TRABALHISTA. É perfeitamente compatível com o processo do trabalho o disposto nos incisos do § 2.º do art. 475-O do CPC em razão da relevante função social da execução trabalhista e do indiscutível caráter alimentar do crédito vindicado. Além disso, o art. 899, § 1.º, da CLT, ao prever a hipótese de levantamento de dinheiro em execução provisória, abre espaço para aplicação do CPC, com vistas ao preenchimento de lacunas, complementando a execução provisória na seara trabalhista. Agravo de petição a que se dá provimento parcial. Recurso da reclamada: contribuições previdenciárias. Multa e juros de mora. Incidência. A teor da Súmula n. 14 deste Regional, considera-se como fato gerador da contribuição previdenciária a prestação dos serviços, pelo que sobre ela devem incidir os juros de mora e a multa prevista no art. 35 da Lei n. 8.212/91 c/c o art. 61 da Lei n. 9.430/96. Agravo de petição a que se nega provimento.” (TRT da 13ª Região; AP 0054000-51.2008.5.13.0011; Segunda Turma; Rel. Des. Edvaldo de Andrade; j. 04.02.2014; DEJTPB 07.02.2014; p. 19)

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). O 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, art. 878)²⁹.

Vê-se, pois, que a atividade jurisdicional, nos limites da tutela executiva, não se exaure no simples desencadeamento dos atos de concretização do comando constante no título executivo. Envolve igualmente a prática de todos os atos executórios necessários à integral prestação da tutela jurisdicional.

Não é demais mencionar que o impulso oficial para a prestação da tutela jurisdicional de cunho executivo consagrou-se como característica intrínseca do direito processual do trabalho, quando da previsão da possibilidade de execução de ofício das contribuições previdenciárias decorrentes das sentenças proferidas pela Justiça do Trabalho. A instituição dessa providência executória *ex officio* deu-se, inicialmente, por intermédio da Emenda Constitucional nº 20, de 15 de dezembro de 1998, que acresceu o § 3º ao antigo art. 114 do texto constitucional. A Emenda Constitucional nº 45, de 8 de dezembro de 2004, manteve a mesma redação do dispositivo apenas procedendo ao deslocamento para o atual inciso VIII do art. 114.

A autoprovação da tutela executiva é, portanto, procedimento típico e específico do direito processual do trabalho. Trata-se de característica absolutamente ausente no direito processual civil que, mesmo eliminando com maestria a necessidade de um procedimento autônomo para a execução de títulos judiciais, manteve a exigência de provocação do devedor (NCPC, art. 523, *caput*³⁰) como requisito para a concretização da tutela executiva. Essa particularidade prevista no âmbito do processo laboral não se esvai pela simples aplicação subsidiária das normas de direito processual comum, que deverá preservar as características essenciais do regramento trabalhista (CLT,

29 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” (In: *Execução no processo do trabalho*. 7. ed. São Paulo: LTr, 2001. p. 141-142).

30 “Art. 523. No caso de condenação em quantia certa, ou já fixada em liquidação, e no caso de decisão sobre parcela incontroversa, o cumprimento definitivo da sentença far-se-á a requerimento do exequente, sendo o executado intimado para pagar o débito, no prazo de 15 (quinze) dias, acrescido de custas, se houver.”

art. 765). Esse fato, por si só, já afasta a infundada preocupação externada por alguns juristas quanto ao pretense desvirtuamento do direito processual do trabalho pela aplicação ostensiva do direito processual civil. Alguns caracteres são elementares ao processo do trabalho e sempre serão preservados, a despeito da profunda evolução ocorrida nos fundamentos do processo civil brasileiro.

Ora, se a autoprovocação da tutela é admissível no âmbito da execução dita definitiva, qual é a razão de não ser possível em sede de execução provisória? Frise-se que, do ponto de vista ontológico, não há qualquer distinção entre as execuções provisória e definitiva. Ambas implicam a prática de atos sub-rogatórios, buscando a satisfação da pretensão reconhecida em juízo. Apenas a possibilidade de suspensão dos atos executórios e de reversibilidade do conteúdo do título executivo estabelece o marco divisório entre as espécies de execução acima citadas. Se não existem distinções essenciais nas modalidades executivas, não há fundamento lógico para se vedar a autoprovocação da tutela executiva provisória.

Não se argumente que essa possibilidade não é contemplada pelo direito processual civil, conforme preceitua o NCPC, art. 520, I. Esse não é o argumento essencial para se afastar a provocação de ofício da execução provisória, posto que, conforme já afirmamos, no ambiente do direito processual do trabalho a autoprovocação da tutela executiva ostenta a qualidade de característica essencial. Não se vislumbra, por conseguinte, qualquer óbice para que seja aplicado à sistemática da execução provisória trabalhista o contido na CLT, art. 878, tendo início o procedimento executivo precário por determinação do juízo.

Além de postergar a exigência da caução para a concretização das fases finais da liquidação, a normatização vigente da execução provisória cível preconiza quatro hipóteses de dispensa da prestação de garantia por parte do exequente (NCPC, art. 521). A legislação processual civil descreve as situações em que, a despeito da provisoriedade da execução, é possível concretizarem-se integralmente os atos executórios, mesmo sem garantia dada pelo credor.

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 contratempores 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 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 eloquentemente descrito no *caput* do art. 5º da CF.

A legislação processual civil permite que sejam praticados todos os atos executivos de desapossamento e de conversão quando o devedor prestar caução (NCPC, art. 520, III). No entanto, admite a legislação processual civil que, mesmo sem a garantia oferecida pelo exequente, os atos executivos possam envolver ações relativas à alienação do patrimônio penhorado, bem como o próprio levantamento, por parte do exequente, dos valores depositados. Essa dispensa do caucionamento só poderá ser observada em quatro situações bem delimitadas pelo legislador (NCPC, art. 521).

A primeira hipótese diz respeito à própria natureza do crédito objeto da condenação. Tratando-se de obrigações de caráter alimentar, *de qualquer natureza*, é dispensada a prestação da caução para continuidade da execução provisória (NCPC, art. 521, I). Nesse caso, o legislador foi enfático e genérico ao permitir a possibilidade de continuidade da execução provisória quando o crédito se revestir de caráter, independentemente da situação específica do credor. A norma é eloquente ao informar que a inexigibilidade de caução se refere a todo crédito de natureza alimentar, cujo conceito, por óbvio, inclui os créditos trabalhistas.

Há uma profunda modificação na abordagem procedida pelo NCPC, na medida em que, ao contrário do que se estabelecia desde a implementação da Lei nº 10.444/02, não é preciso ao devedor demonstrar a existência de *estado de necessidade*. Tal condição, com a vigência do NCPC, ostenta um inciso autônomo (NCPC, art. 521, II), que, como veremos adiante, permite a dispensa da caução, independentemente da natureza do crédito.

A aplicação dessa hipótese ao processo do trabalho deveria ser entendida como uma consequência natural do caráter tuitivo da execução laboral. Tendo o crédito trabalhista uma natureza essencialmente alimentar, a possibilidade

de execução provisória plena, sem a exigência de caucionamento, não seria exceção, mas regra geral no nosso direito processual. Ressalve-se que as restrições e jurisprudências, quanto à aplicação do mencionado dispositivo legal ao processo do trabalho, exaurem-se nas alegações de que a matéria é tratada pela legislação trabalhista, não podendo a execução ultrapassar a fase da penhora, conforme dicção da CLT, art. 899³¹, tese essa refutada anteriormente. Ultrapassada essa objeção, vê-se que o dispositivo em questão se apresenta em plena sintonia com o direito processual do trabalho, tendo em vista não existir nada mais *alimentar* do que o crédito trabalhista. Proveniente da alienação da força de trabalho, as condenações trabalhistas enquadram-se perfeitamente no perfil do crédito judicial de caráter alimentar.

Finalmente, o NCPD promoveu um significativo avanço em relação ao tema, pois expurgou qualquer limitação do valor do crédito alimentar exequendo. Na sistemática anterior, limitava-se a dispensa de caucionamento às execuções de até 60 salários mínimos (CPC, art. 475-O, § 2º, I). Hoje esse

31 Assim têm sido os julgados do TST em relação ao tema:

“RECURSO DE REVISTA. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços quanto àquelas obrigações, desde que haja participado da relação processual e conste também do título executivo judicial. (Súmula n 331, IV, desta Corte). Recurso de revista não conhecido. Liberação dos valores dos depósitos recursais. Execução provisória. Inaplicabilidade do art. 475-O do CPC. Esta Corte Superior já firmou o entendimento de que o art. 475-O do CPC é inaplicável subsidiariamente ao processo do trabalho, ante a expressa disposição do art. 899, *caput* e § 1º, da CLT, que, além de limitar a execução provisória até a penhora, regula as circunstâncias (tempo e modo) em que se dará o levantamento do depósito recursal mediante simples despacho do Juiz, após o trânsito em julgado da decisão. Sendo assim, o dispositivo celetário dispõe expressamente sobre a execução provisória, não havendo margem para o prosseguimento de atos que envolvam a liberação de eventual depósito em dinheiro de forma do art. 475-O do CPC. Precedentes. (...) Recurso de revista conhecido e provido.” (TST; RR 0175700-76.2009.5.03.0030; Segunda Turma; Rel. Min. Renato de Lacerda Paiva; DEJT 05.12.2014)

“ANÁLISE CONJUNTA DOS RECURSOS DE REVISTA INTERPOSTOS PELAS RECLAMADAS (SPAL INDÚSTRIA BRASILEIRA DE BEBIDAS S.A. E REFRIGERANTES MINAS GERAIS LTDA.). APLICABILIDADE DO ART. 475-O DO CPC AO PROCESSO DO TRABALHO. I – Na sistemática processual trabalhista cabe a aplicação de norma processual de caráter supletivo somente quando duas condições simultâneas se apresentam: a) há omissão na CLT quanto à matéria em questão; e b) há compatibilidade entre a norma aplicada e os princípios do direito do trabalho. II – Nos termos do § 1º do art. 899 da CLT, transitada em julgado a decisão recorrida, ordenar-se-á o levantamento imediato da importância de depósito, em favor da parte vencedora, por simples despacho do Juiz. O depósito recursal tem por finalidade a garantia do juízo, para assegurar o futuro cumprimento da decisão definitiva proferida na reclamação trabalhista, e somente poderá ser liberado em favor da parte vencedora no momento em que houver o seu trânsito em julgado. Portanto, não faz parte da execução provisória a liberação dos valores correspondentes ao depósito recursal antes do trânsito em julgado da decisão condenatória. Assim, a matéria disciplinada no art. 475-O do CPC possui regra própria no processo do trabalho (art. 899 da CLT), o que impede a sua aplicação subsidiária ao caso em debate, nos termos do art. 769 da CLT. III – Recursos de revista de que se conhece e a que se dá provimento. (...)” (TST; RR 0140200-64.2009.5.03.0024; Rel. Min. Fernando Eizo Ono; DEJT 14.11.2014)

limite não mais existe, tendo em vista a necessidade de evolução da sistemática de execuções de créditos de natureza alimentar. Mesmo assim, permanece o direito processual do trabalho, de linha mais ortodoxa, no firme propósito de excluir da sistemática laboral esses substanciais avanços.

Não visualizamos qualquer impedimento quanto à aplicação da mencionada excludente ao direito processual do trabalho. Constatado o enquadramento do crédito trabalhista na hipótese preconizada pela legislação processual, a execução provisória concretiza-se com a ampla possibilidade de serem praticados atos de alienação patrimonial e de levantamento de numerário. Observe-se, entretanto, que a ausência de liquidez do provimento jurisdicional não é óbice para que se inicie a prática dos atos de índole executória. Nesse caso, a efetivação dos atos iniciais de execução provisória será precedida da liquidação do julgado, nos precisos termos da CLT, art. 879, tendo em vista que tais atos não dependem de prestação de caução para a sua realização. Após a liquidação do feito, diante do valor encontrado, deliberará o Juiz se a execução provisória continuará em relação aos atos de disposição patrimonial, mesmo sem a prestação de caução.

O NCPC procedeu a uma modificação substancial no seu texto, no que concerne ao reconhecimento da dispensa de caução para os créditos alimentares, pois exclui a obrigatoriedade de demonstração do *estado de necessidade* do credor. Na redação atual, a existência da mencionada condição consubstancia-se em hipótese autônoma de dispensa de caução e não mais se vincula à natureza do crédito exequendo.

O termo manejado pelo legislador, no entanto, não se apresenta unívoco. Expressão idêntica já constava do texto do CPC anterior à Lei nº 11.232/05, tendo a mencionada norma modificando-a para *situação de necessidade* (CPC, art. 475-O, § 2º, I, *in fine*). Estado ou situação, o certo é que o legislador não foi feliz ao estabelecer a obrigatoriedade, na época, de o credor demonstrar que passa por privações para poder exigir do devedor a satisfação de seu crédito alimentar. Tratava-se realmente de uma situação paradoxal, posto que, mesmo reconhecendo a necessidade de rapidez na concretização do crédito de índole alimentar, se exigia do credor a demonstração inequívoca de que esteja passando por privações. A necessidade premente é decorrência da própria natureza do crédito e o fato de eventualmente o devedor não depender daqueles recursos para o atendimento de suas necessidades básicas não tem o condão de retirar a essencialidade dos créditos guerreados.

Em se tratando de créditos alimentares reconhecidos no âmbito da Justiça do Trabalho, a ocorrência da *situação de necessidade* é praticamente

inerente aos demandantes. A realidade social espelhada pela Justiça do Trabalho demonstra que aqueles que esperam anos pela integralização de seus *créditos alimentares* normalmente estão desempregados ou, quando muito, submetidos a subempregos, tendo em vista a pouca expectativa de retornarem ao mercado de trabalho formal. A existência de *estado de necessidade* é uma característica indelével do exequente da Justiça do Trabalho, sendo exceção a plenitude da capacidade econômica em tais situações. É sob essa ótica que se deve debruçar o magistrado, presumindo a existência da necessidade premente do exequente e indeferindo a postulação de continuidade da execução provisória apenas naquelas hipóteses em que se escancara a higidez econômica do postulante.

Acontece que, no regime atual do NCPC, o reconhecimento do estado de necessidade enseja, por si só, hipótese de dispensa de caução para continuidade da execução provisória. Dentro de uma interpretação sistêmica, conclui-se que a demonstração do estado de necessidade será feita em face dos créditos exequendos *não dotados de natureza alimentar*. Esse fato, por si só, já demonstra o pouquíssimo uso do instituto no processo do trabalho.

A Lei nº 11.232/05 trouxe uma salutar modificação na sistemática da execução provisória civil, ao admitir a dispensa de caucionamento quando o recurso que torna a execução provisória seja agravo de instrumento manejado contra despacho denegatório de subida de recurso especial ou extraordinário (CPC, art. 475-O, § 2º, II). O NCPC assimilou as mesmas diretrizes do revogado CPC, no entanto estipulou as hipóteses de dispensa de caucionamento a partir do novo sistema adotado para o sistema recursal cível.

Nessa perspectiva, dispensa-se a prestação de caução quando pender agravo de instrumento nas hipóteses elencadas no NCPC, art. 1.042, II e III³². As hipóteses previstas na norma dizem respeito ao trancamento dos recursos especial e extraordinário apenas na suspensão de julgamento dos *recursos repetitivos* (NCPC, art. 1.036, *caput* e inciso I³³). Tal restrição ocorre, pois, na

32 “Art. 1.042. Cabe agravo contra decisão do presidente ou vice-presidente do tribunal que: (...) II – inadmitir, com base no art. 1.040, inciso I, recurso especial ou extraordinário sob o fundamento de que o acórdão recorrido coincide com a orientação do tribunal superior; III – inadmitir recurso extraordinário, com base no art. 1.035, § 8º, ou no art. 1.039, parágrafo único, sob o fundamento de que o Supremo Tribunal Federal reconheceu a inexistência de repercussão geral da questão constitucional discutida.”

33 “Art. 1.036. Sempre que houver multiplicidade de recursos extraordinários ou especiais com fundamento em idêntica questão de direito, haverá afetação para julgamento de acordo com as disposições desta Subseção, observado o disposto no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça. § 1º O presidente ou vice-presidente do tribunal de justiça ou do tribunal regional federal selecionará 2 (dois) ou mais recursos representativos da controvérsia, que serão encaminhados ao Supremo Tribunal Federal ou ao Superior Tribunal de Justiça para fins de afetação, determinando a suspensão do processamento de todos os processos pendentes, individuais ou coletivos, que tramitem no Estado ou na região, conforme o caso.”

sistemática recursal cível vigente, não há mais a admissibilidade dos recursos extraordinário e especial perante o Tribunal de origem (NCPC, arts. 1.029, *caput*³⁴, e 1.030³⁵).

A situação anteriormente prevista no CPC dizia respeito à pendência de agravo de instrumento perante o STF e o STJ, porque, de acordo com aquela norma processual, havia o exercício pleno da admissibilidade pelo Tribunal *a quo*. Esse regramento do NCPC traz alguns problemas de adequação da norma trabalhista, pois, embora exista, no processo do trabalho, a possibilidade de incidente de recursos repetitivos (CLT, art. 896-B), permanece o exercício do juízo de admissibilidade pelo presidente do Tribunal Regional do Trabalho (CLT, art. 896, § 1º). Assim, quando o juízo de admissibilidade do recurso de revista for negativo, cabe a interposição do agravo de instrumento (CLT, art. 897, *b*).

O uso excessivo de recursos de natureza extraordinária perante os nossos Tribunais Superiores é uma das causas principais para o congestionamento do Poder Judiciário. Essa verdadeira banalização dos recursos certamente representou a principal motivação para que se procedessem às modificações legislativas acima descritas, pois torna menos atrativo o retardo na tramitação dos feitos, tendo em vista a possibilidade de o devedor impulsionar a execução até seus últimos atos.

Nesta hipótese de dispensa do caucionamento, não é necessário pesquisar a natureza ou o montante da execução, bastando a pendência de agravo de instrumento em que se discuta a decisão que trancou o recurso de natureza extraordinária. É imperioso destacar que a tessitura da execução provisória na pendência de recurso extraordinário não é diferente daquela processada na pendência dos outros recursos. A falta de pronunciamento definitivo nos recursos endereçados aos Tribunais Superiores impede o trânsito em julgado da decisão e a consequente definitividade da tutela executiva. O que preconiza a legislação processual civil é, tão somente, a dispensa do caucionamento quando a parte, diante da negativa de seguimento do recurso, intenta agravo de instrumento.

Configurando-se a hipótese apresentada, a atividade executiva, mesmo sendo de caráter provisório, implica a autorização da prática de atos de alienação ou levantamento de numerário.

34 “Art. 1.029. O recurso extraordinário e o recurso especial, nos casos previstos na Constituição Federal, serão interpostos perante o presidente ou o vice-presidente do tribunal recorrido, em petições distintas que conterão: (...)”

35 “Art. 1.030. Recebida a petição do recurso pela secretaria do tribunal, o recorrido será intimado para apresentar contrarrazões no prazo de 15 (quinze) dias, findo o qual os autos serão remetidos ao respectivo tribunal superior. Parágrafo único. A remessa de que trata o *caput* dar-se-á *independentemente de juízo de admissibilidade*.” (grifo nosso)

Essa salutar inovação é plenamente aplicável à sistemática do direito processual, inclusive com alargamento de seu cabimento, tendo em vista não contrariar qualquer tipo de garantia ou característica basilar deste ramo da processualística. Não se argumente que o texto do NCPC, art. 520, III, se reporta expressamente a modalidades recursais alheias ao direito processual do trabalho. Na verdade, o legislador procedeu à indicação de recursos de natureza extraordinária manejáveis perante o direito processual civil. É certo que, no âmbito do direito processual do trabalho, não é possível o manejo do recurso especial, no entanto, este ramo da processualística também ostenta um meio recursal de natureza extraordinária, ou seja, o recurso de revista (CLT, art. 896). Ressalte-se que a função exercida pelo recurso de revista no âmbito do processo do trabalho é até mais ampla do que aquela exercida pelo recurso especial na sistemática do processo civil. As hipóteses de cabimento do recurso de revista envolvem a divergência jurisprudencial (CLT, art. 896, *a e b*), a violação de lei federal (CLT, art. 896, *c*) e a afronta ao texto constitucional (CLT, art. 896, *c*). Já no âmbito do recurso especial, as hipóteses de cabimento limitam-se à divergência jurisprudencial (CF, art. 105, III, *c*) e à validade de legislação federal e de tratado internacional (CF, art. 105, III, *a e b*).

A única distinção entre as modalidades recursais reside no fato de que, no âmbito do recurso especial, não é possível a discussão da matéria constitucional, enquanto que, no recurso de revista, o maltrato do texto constitucional faz parte de seu conteúdo. Essas diferenças pontuais não são capazes de afastar a aplicação subsidiária do processo civil.

O mencionado problema, no entanto, não existe em relação ao recurso extraordinário, tendo em vista que esta modalidade recursal exerce no âmbito da Justiça do Trabalho as mesmas funções desempenhadas nos limites dos demais ramos do Poder Judiciário (CF, art. 102, III, *a e b*).

Além do mais, sob a ótica do direito processual do trabalho, a única função exercida pelo agravo de instrumento é exatamente atacar a decisão interlocutória que nega seguimento a recurso (CLT, art. 897, *b*). Vê-se, portanto, que não há qualquer tipo de incompatibilidade para a absorção deste procedimento ao direito processual do trabalho.

Do ponto de vista estritamente prático, a condução da execução provisória na pendência do agravo de instrumento é procedimento amplamente facilitado pela desnecessidade de formação de autos suplementares. A execução processar-se-á no âmbito dos autos principais, que permanecem perante o órgão competente para a prática dos atos processuais de cunho executório.

Nessa situação, existe a possibilidade de reforma do julgado e, consequentemente, evidencia-se o risco de modificação do título lastreador da execução, o que tornaria o provável desfazimento da execução um argumento relevante para a sustação dos atos executórios de caráter provisório. Observe-se, por outro lado, que a situação acima relatada não é corriqueira no âmbito da Justiça do Trabalho. A maioria esmagadora dos recursos submetidos à análise do Tribunal Superior do Trabalho não consegue a reforma das decisões proferidas pelas instâncias inferiores.

Da mesma forma, o mero temor de o credor beneficiado pela execução provisória não poder ressarcir os valores recebidos após a reforma da decisão não justifica o indeferimento da dispensa do caucionamento. A possibilidade de não existir patrimônio capaz de garantir a obrigação é risco inerente à própria atividade executiva. Ora, o credor, no âmbito da atividade executiva, não tem certeza quanto ao recebimento do seu crédito, tendo em vista que a insolvência do devedor torna inócua a tutela executiva. Mesma situação enfrentará o devedor que, diante da reforma do julgado lastreador da execução, busque a devolução dos valores recebidos pelo credor em sede de execução provisória. Caso não exista patrimônio para a satisfação do crédito revertido, há de se conformar com a impossibilidade de concretização da execução. Infelizmente será mais uma ação adicionada na triste estatística dos créditos não adimplidos perante a Justiça do Trabalho.

A análise da possibilidade de ocorrência de dano deve ser aferida *in concreto* pelo magistrado, em função da matéria debatida em sede de recurso de natureza extraordinária. O perigo da irreversibilidade da situação criada pela execução provisória deverá ser avaliado do ponto de vista processual e não levando em consideração a pujança econômica do devedor e a possibilidade de um eventual ressarcimento dos valores porventura recebidos. A irreversibilidade não deve ser, nesse caso, avaliada nos mesmos termos dos provimentos provisórios, nos quais se pontifica a própria instabilidade e a provisoriedade da medida³⁶.

36 Como bem acentua José Roberto Bedaque, “não tem caráter provisório e não guarda relação de instrumentalidade com outra tutela (...). Também inexistente nexos entre execução provisória e eventual risco de inutilidade da tutela futura. O *periculum in mora*, embora possa justificar medidas de natureza não cautelar, é requisito inafastável dessa modalidade de tutela urgente (...). Para explicar-se a execução provisória não se leva em consideração esse elemento. Pensa tão somente na eficácia imediata da sentença ainda sujeita a recurso, o que se deve à mera opção político-legislativa, e na conveniência de não permitir que ela gere efeitos no plano material enquanto não se tornar definitiva” (In: *Tutela cautelar e tutela antecipada*: tutelas sumárias e de urgência [tentativa de sistematização]. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 403).

O NCPC alargou as hipóteses de dispensa de caucionamento para a continuidade da execução provisória, pois a admitiu na situação de sentença proferida em conformidade com súmula do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça (art. 521, IV). Nesse caso, independentemente da fase recursal em que se encontra o trâmite da ação, a execução provisória poderá continuar até seus atos finais de alienação ou liberação de dinheiro se o conteúdo da sentença for harmônico em relação à jurisprudência sumulada do STF ou STJ.

Não existe qualquer impedimento para se aplicar tal dispositivo ao processo do trabalho, devendo ser feito apenas um mero ajuste pontual. Sendo o órgão de *terceiro grau de jurisdição* da Justiça do Trabalho o TST e não o STJ, são as súmulas daquele órgão jurisdicional que autorizaram o prosseguimento da execução provisória. No entanto, a continuidade da execução provisória só poderá ser determinada em função *das matérias explicitamente abordadas pela súmula*. De toda forma, o reconhecimento da aplicação da hipótese do NCPC, art. 521, I, certamente esvaziaria a situação do inciso IV, salvo se tratando de execuções previdenciárias ou de débitos fiscais de competência da Justiça do Trabalho.

Como já afirmamos anteriormente, a pendência do agravo de instrumento autoriza, de forma genérica, a plenitude dos atos executivos, sem a prestação de caução. Apenas se restar demonstrada a possibilidade de ocorrência de grave dano, cuja reparação seja improvável, o juízo obstará a continuidade da execução até seus trâmites finais. Esse prejuízo ou gravame deve ser demonstrado de maneira clara e inequívoca, pelo que a simples possibilidade de reforma dos julgados proferidos pelos órgãos jurisdicionais de primeiro e segundo graus não é suficiente para afastar a incidência do dispositivo legal em questão.

Ora, se pela análise do tema debatido no recurso manejado verificar-se a reduzida probabilidade de êxito no recurso de revista ou extraordinário, não se afigura o risco de se causar gravame ao devedor. Nesse mesmo sentido, caso a decisão proferida no âmbito da instância ordinária contrariar a jurisprudência dominante nos Tribunais Superiores, a probabilidade de êxito afigura-se palpável, sendo recomendável o indeferimento da continuidade da execução.

Não sendo a execução provisória uma *tutela provisória*, a irreversibilidade dos atos jurisdicionais não pode ser aferida nos mesmos moldes desse instituto, ou seja, não há de se mensurar a irreversibilidade no seu plano fático, mas, sim, estritamente processual. Logo, quando a legislação processual se re-

porta à incerteza e à dificuldade da reparação do dano proveniente da reversão do julgado (NCPC, art. 521, parágrafo único), ela não se refere à viabilidade econômica da reposição pecuniária por parte do devedor, mas, sim, à probabilidade de tal modificação ocorrer.

6 – INCIDENTE DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA E SUA APLICAÇÃO AO PROCESSO DO TRABALHO (NCPC, ARTS. 133 E SS.³⁷)

Uma das grandes inovações trazidas pelo NCPC consiste na instituição do chamado *incidente de desconsideração da personalidade jurídica*. O novo instituto teve por finalidade estabelecer regras claras para a inserção do sócio na relação processual, após ser procedida à desconsideração da personalidade da pessoa jurídica. A iniciativa é louvável, na medida em que, até então, todo o tema da desconsideração era tratado no *plano de direito material*, sem qualquer disposição específica no plano processual. A ausência de uma norma processual específica sobre o tema trazia efeitos danosos não só para as pessoas alvo da desconsideração como também para o próprio trâmite procedimental.

Não vislumbro qualquer tipo de incompatibilidade orgânica do instituto com o processo do trabalho. Os atributos da celeridade e da efetividade, típicos da execução laboral, não podem servir de pretexto para solapar as garantias do contraditório e da ampla defesa. Por outro lado, a falta de um regramento específico para a inserção do sócio no âmbito da tutela executiva fazia emergir certo *maniqueísmo* no trato da responsabilização extraordinária, pressupondo *sempre* inequívoca a vinculação do terceiro à relação executiva.

37 “Art. 133. O incidente de desconsideração da personalidade jurídica será instaurado a pedido da parte ou do Ministério Público, quando lhe couber intervir no processo. § 1º O pedido de desconsideração da personalidade jurídica observará os pressupostos previstos em lei. § 2º Aplica-se o disposto neste Capítulo à hipótese de desconsideração inversa da personalidade jurídica. Art. 134. O incidente de desconsideração é cabível em todas as fases do processo de conhecimento, no cumprimento de sentença e na execução fundada em título executivo extrajudicial. § 1º A instauração do incidente será imediatamente comunicada ao distribuidor para as anotações devidas. § 2º Dispensa-se a instauração do incidente se a desconsideração da personalidade jurídica for requerida na petição inicial, hipótese em que será citado o sócio ou a pessoa jurídica. § 3º A instauração do incidente suspenderá o processo, salvo na hipótese do § 2º. § 4º O requerimento deve demonstrar o preenchimento dos pressupostos legais específicos para desconsideração da personalidade jurídica. Art. 135. Instaurado o incidente, o sócio ou a pessoa jurídica será citado para manifestar-se e requerer as provas cabíveis no prazo de 15 (quinze) dias. Art. 136. Concluída a instrução, se necessária, o incidente será resolvido por decisão interlocutória. Parágrafo único. Se a decisão for proferida pelo relator, cabe agravo interno. Art. 137. Acolhido o pedido de desconsideração, a alienação ou oneração de bens, havida em fraude de execução, será ineficaz em relação ao requerente.”

Obviamente, alguns temperamentos devem ser feitos na absorção do instituto na sistemática do direito processual, mediante a observância das peculiaridades deste ramo da processualística. Fazemos uma análise geral da adequação procedimental do instituto.

Preliminarmente, devemos observar que a inserção do sócio, após a decretação da desconsideração, deve ser procedida com a adoção do prévio incidente. A constrição do patrimônio do sócio abre a possibilidade do manejo dos embargos de terceiro e adoção de medidas destinadas à preservação do seu patrimônio (NCPC, art. 674, § 1º, III³⁸).

Inicia-se o incidente mediante iniciativa da parte ou do Ministério Público (NCPC, art. 133, *caput*), mas nada impede que o próprio Juiz tome as providências necessárias para o seu desencadeamento (CLT, art. 878). Dispondo o magistrado condutor da execução dos elementos necessários para a identificação dos sócios ou gestores, deverá provocar de ofício o incidente. Na realidade, a despersonalização, no cotidiano trabalhista, quase sempre é realizada independentemente de provocação das partes³⁹.

38 “Art. 674. Quem, não sendo parte no processo, sofrer constrição ou ameaça de constrição sobre bens que possua ou sobre os quais tenha direito incompatível com o ato construtivo, poderá requerer seu desfazimento ou sua inibição por meio de embargos de terceiro. § 1 Os embargos podem ser de terceiro proprietário, inclusive fiduciário, ou possuidor. (...) III – quem sofre constrição judicial de seus bens por força de desconsideração da personalidade jurídica, de cujo incidente não fez parte;”

39 Reconhece o TST, de forma explícita, essa possibilidade:

“AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. PROCESSO EM FASE DE EXECUÇÃO. SÓCIO RETIRANTE. RESPONSABILIDADE. CITAÇÃO APENAS NA FASE DE EXECUÇÃO. Apesar de o sócio retirante ter tido ciência da existência do processo apenas na fase de execução, o TRT, aplicando a teoria da desconsideração da pessoa jurídica e ante a inexistência de bens para saldar a dívida, concluiu que não restou configurada a ofensa ao princípio do devido processo legal. De fato, a inclusão dos sócios no polo passivo da demanda é entendimento pacificado no processo trabalhista em que prevalecem os princípios da simplicidade, da efetividade e da celeridade. *A desconsideração da personalidade jurídica pode ser feita de ofício pelo Juiz (CLT, arts. 765 e 878) nos próprios autos do processo principal, sem que com isso haja qualquer mácula aos princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa (CF/88, art. 5º, LIV e LV), que poderão ser exercidos com as medidas processuais ali disponíveis (embargos à execução, embargos de terceiro, agravo de petição, etc.)*. Destaque-se ser fato incontroverso nos autos que o sócio retirante deixou a sociedade em 3 de novembro de 1995; que o contrato de trabalho do autor se iniciou em 25 de junho de 1994 e que a ação foi ajuizada em 27 de janeiro de 1998 (fl. 6.459). Penhora. Bem de família. No caso, o Tribunal Regional manteve a penhora noticiada nos autos com base na aplicação e interpretação dos arts. 591 e 655-B do CPC. A decisão regional está fundamentada na interpretação conferida à legislação infraconstitucional, de forma que não restou demonstrada a ofensa, de forma direta e literal, à Constituição Federal (direito à propriedade, os princípios da igualdade e da legalidade). Agravo de instrumento não provido.” (TST; AIRR 0172100-87.2005.5.15.0148; Terceira Turma; Rel. Min. Alexandre de Souza Agra; DEJT 18.10.2013; p. 1.299) (destaque nosso)

Instaurado o incidente, conceder-se-á prazo de 15 dias para que o sócio e a pessoa jurídica apresentem suas impugnações e, se for o caso, requeiram a produção de provas. Obviamente, a instrução probatória só será concretizada caso existam questões fáticas relevantes a serem discutidas, não estando o juiz adstrito à instrumentalização de uma fase probatória ampla e irrestrita. Além do mais, sendo a desconsideração realizada sobre os sócios ou gestores, dificilmente surgem questões fáticas relevantes, sendo na maioria dos casos o debate realizado em função dos *limites objetivos* da responsabilidade.

Havendo ou não instrução processual, o juiz resolverá o incidente por intermédio de decisão interlocutória (NCPC, art. 136, *caput*). Assim sendo, não poderá o sócio apresentar agravo de petição de forma imediata, pois, após a constrição de seu patrimônio, poderá manejar os embargos à execução (CLT, art. 884). No entanto, quando a desconsideração é negada, caberá o manejo do agravo de petição, pois essa decisão afeta o credor, que não dispõe de nenhum meio impugnativo específico para discutir a deliberação judicial.

Muito embora o tema, normalmente, seja tratado na fase de execução, nada impede que a desconsideração seja requerida na fase de conhecimento (NCPC, art. 134, *caput*). O incidente também será manejado na hipótese de despersonalização ao inverso, observando as mesmas diretrizes procedimentais acima descritas.

Resolvido o incidente, o sócio ou gestor passa a ser considerado devedor do título executivo, e ostentará todas as limitações dessa condição, inclusive para efeito de fraude de execução (NCPC, art. 137).

Com a finalidade explícita de se assegurar a solvabilidade dos créditos reconhecidos judicialmente, a doutrina tem construído, ao longo dos últimos anos, a ideia de desconsideração da personalidade jurídica ao inverso⁴⁰. Tal operação consiste no redirecionamento da ação executiva de obrigações reconhecidas em desfavor da pessoa física contra a pessoa jurídica a que o devedor pertence e para qual canalizou seu acervo patrimonial.

40 O tema passou a ter uma maior visibilidade a partir da edição do *Enunciado n° 283* da IV Jornada de Direito Civil do STJ, realizada entre 25 e 27 de outubro, redigido nos seguintes termos: “É cabível a desconsideração da personalidade jurídica denominada ‘inversa’ para alcançar bens de sócio que se valeu da pessoa jurídica para ocultar ou desviar bens pessoais, com prejuízo a terceiros”.

No plano jurisprudencial, o tema foi assimilado pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça por intermédio de alguns julgados⁴¹, mas sem grandes reflexos na área trabalhista⁴².

A questão deve ser analisada com extrema cautela, até porque decorre de uma frágil construção doutrinária, aplicável em situações absolutamente excepcionais. Não é comum, no plano fático, o redirecionamento do patrimônio para as pessoas jurídicas, mediante atitudes fraudulentas e arditosas dos sócios. O ordinário é a situação inversa quando, por intermédio do desvio dos ativos da empresa, o sócio fortalece seu patrimônio pessoal em detrimento da corporação.

A canalização do acervo do patrimônio em favor da pessoa jurídica pode, eventualmente, concretizar um ato fraudulento, no entanto é indispensável a demonstração da intenção da pessoa física de impossibilitar o cumprimento coercitivo das obrigações. Esse comportamento, no entanto, muito mais se aproxima à fraude de execução (NCPC, art. 792) ou mesmo fraude de credores

41 É de se destacar, nesse particular, o aresto específico e analítico sobre o tema da Ministra Nancy Andrigui: “PROCESSUAL CIVIL E CIVIL. RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO DE TÍTULO JUDICIAL. ART. 50 DO CC/02. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA INVERSA. POSSIBILIDADE. I – A ausência de decisão acerca dos dispositivos legais indicados como violados impede o conhecimento do recurso especial. Súmula n. 211/STJ. II – Os embargos declaratórios têm como objetivo sanear eventual obscuridade, contradição ou omissão existentes na decisão recorrida. Inexiste ofensa ao art. 535 do CPC quando o Tribunal *a quo* pronuncia-se de forma clara e precisa sobre a questão posta nos autos, assentando-se em fundamentos suficientes para embasar a decisão, como ocorrido na espécie. III – A desconsideração inversa da personalidade jurídica caracteriza-se pelo afastamento da autonomia patrimonial da sociedade, para, contrariamente ao que ocorre na desconsideração da personalidade propriamente dita, atingir o ente coletivo e seu patrimônio social, de modo a responsabilizar a pessoa jurídica por obrigações do sócio controlador. IV – Considerando-se que a finalidade da *disregard doctrine* é combater a utilização indevida do ente societário por seus sócios, o que pode ocorrer também nos casos em que o sócio controlador esvazia o seu patrimônio pessoal e o integraliza na pessoa jurídica, conclui-se, de uma interpretação teleológica do art. 50 do CC/02, ser possível a desconsideração inversa da personalidade jurídica, de modo a atingir bens da sociedade em razão de dívidas contraídas pelo sócio controlador, conquanto preenchidos os requisitos previstos na norma. V – A desconsideração da personalidade jurídica configura-se como medida excepcional. Sua adoção somente é recomendada quando forem atendidos os pressupostos específicos relacionados com fraude ou abuso de direito estabelecidos no art. 50 do CC/02. Somente se forem verificados os requisitos de sua incidência, poderá o Juiz, no próprio processo de execução, ‘levantar o véu’ da personalidade jurídica para que o ato de expropriação atinja os bens da empresa. VI – À luz das provas produzidas, a decisão proferida no primeiro grau de jurisdição entendeu, mediante minuciosa fundamentação, pela ocorrência de confusão patrimonial e abuso de direito por parte do recorrente, ao se utilizar indevidamente de sua empresa para adquirir bens de uso particular. VII – Em conclusão, a r. decisão atacada, ao manter a decisão proferida no primeiro grau de jurisdição, afigurou-se escorreita, merecendo assim ser mantida por seus próprios fundamentos. Recurso especial não provido” (STJ; REsp 948.117; Proc. 2007/0045262-5; MS; Terceira Turma; Relª Minª Fátima Nancy Andrigui; j. 22.06.2010, DJE 03.08.2010).

42 Não se tem notícia de pronunciamento explícito, até o momento, do TST sobre o tema e no plano doutrinário destaca-se o vanguardismo de Mauro Schiavi sobre a questão (In: *Execução no processo do trabalho*. 7. ed. São Paulo: LTr, 2014. p. 182 e ss.).

(CC, arts. 158 e ss.), não havendo razões dogmáticas para a formulação de uma nova modalidade para a desconsideração da personalidade da pessoa jurídica.

7 – INSTRUMENTOS DE PRESERVAÇÃO DO INTERESSE DE
TERCEIROS DIANTE DA FRAUDE DE EXECUÇÃO (NCPC, ART.
792, § 4^o⁴³)

Há uma nítida preocupação do novo Código em preservar o interesse do terceiro adquirente de boa-fé diante da fraude de execução. Essa postura pode ter sido exacerbada, pois há um claro desvirtuamento da fraude de execução, mediante a revelação da tendência de se atribuir ao exequirente o ônus de demonstrar a má-fé do terceiro adquirente.

Por outro lado, a nova codificação apresenta uma solução absolutamente interessante ao permitir a concretização do contraditório em face do terceiro adquirente. Nos termos do NCPC, art. 792, § 4^o, a decretação da fraude de execução tem como pressuposto básico a prévia intimação do terceiro adquirente, a fim de que possa manejar os embargos de terceiro (NCPC, art. 674, § 2^o, II⁴⁴).

Não surtirá a fraude de execução os seus efeitos antes da intimação do terceiro adquirente, para que possa manejar os seus instrumentos de defesa, especialmente os embargos de terceiro. A ausência de notificação do terceiro implicará a nulidade absoluta da declaração de fraude de execução, pois, pela imperatividade do dispositivo legal em análise, trata-se de pressuposto de validade da decretação de ineficácia do negócio jurídico impugnado pelo credor.

Observe-se que o mencionado pressuposto é aplicável a qualquer das hipóteses de cabimento da fraude de execução, mesmo quando houver a devida averbação da execução ou da hipoteca judiciária. A norma não fez qualquer distinção, pois o seu objetivo fundamental é a garantia do contraditório para o adquirente.

Não vislumbramos qualquer incompatibilidade do novo dispositivo legal com o processo do trabalho. Mesmo reconhecendo a necessidade de se instituírem ferramentas garantidoras da solvabilidade do crédito trabalhista, não é viável ignorar que a decretação da fraude de execução pode ocasionar

43 “Art. 792. (...) § 4 Antes de declarar a fraude à execução, o juiz deverá intimar o terceiro adquirente, que, se quiser, poderá opor embargos de terceiro, no prazo de 15 (quinze) dias.”

44 “Art. 674. Quem, não sendo parte no processo, sofrer constrição ou ameaça de constrição sobre bens que possua ou sobre os quais tenha direito incompatível com o ato constitutivo, poderá requerer sua inibição ou seu desfazimento por meio de embargos de terceiro. (...) § 2 (...) II – o adquirente de bens cuja constrição decorreu de decisão que declara a ineficácia da alienação em fraude à execução;”

severos prejuízos a terceiros. A garantia de um contraditório prévio, da forma idealizada pelo novo Código, é medida salutar e conveniente, inclusive para a dinâmica do direito processual do trabalho.

8 – DA APLICAÇÃO DE MEDIDAS COERCITIVAS PARA O CUMPRIMENTO DAS OBRIGAÇÕES DE PAGAR PREVISTAS EM TÍTULOS JUDICIAIS

O manejo das medidas coercitivas destinadas ao cumprimento de obrigação de pagar é um dos temas mais enfrentados pela jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho em matéria de execução. Firmou-se a tese de que é inviável a aplicação do instituto preconizado pelo atual art. 475-J do CPC⁴⁵. À luz da técnica da supletividade, a questão merece um novo olhar.

Transcorrido o prazo para o cumprimento voluntário da obrigação preconizada no título judicial, o devedor, na forma do NCPC, art. 523, § 1º, incorrerá em uma multa de 10% sobre o valor executado, independentemente de prévia cominação na sentença. Essa alteração, isoladamente, não garante o sucesso das execuções⁴⁶, 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, não fazer e de entregar coisa⁴⁷.

45 Em relação ao tema, a jurisprudência atual do Tribunal Superior do Trabalho é uníssona, conforme se vê do seguinte julgado: “(...) 2. Multa do art. 475-J do CPC. Inaplicabilidade ao processo do trabalho. A jurisprudência desta Corte firmou entendimento no sentido de que o processo do trabalho deve seguir as normas específicas contidas na CLT quanto à execução de suas decisões, sendo, portanto, inaplicável ao processo do trabalho a multa do art. 475-J do CPC. Nesse sentido, em 26.6.2010, a SBDI-1 do TST se pronunciou, ao julgar o processo E-RR-38300-47.2005.5.01.0052, pela inaplicabilidade do art. 475-J. Ressalva-se, no entanto, o posicionamento do relator. Recurso de revista conhecido e provido no aspecto” (TST; RR 0002300-62.2007.5.01.0057; Terceira Turma; Rel. Min. Mauricio Godinho Delgado; DEJT 02.07.2015; p. 192).

46 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. 523, § 1º, do CPC é apenas mais uma medida em busca da efetividade da execução.

47 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 diferenças no modo de penetração na esfera patrimonial do devedor” (In: *Manual do processo de execução*. 5. ed. São Paulo: RT, 1998. p. 111).

DOCTRINA

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 11.232/05, optou pela adoção quase que exclusiva dos meios sub-rogatórios para a concretização das execuções de obrigação de pagar. 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.

O que se busca da tutela executiva em relação às sentenças condenatórias é a obtenção de um resultado prático capaz de concretizar a determinação contida no título judicial. A natureza da obrigação executada não é elemento determinante da tipologia das medidas a serem adotadas pelo Poder Judiciário para a concretização de seus comandos⁴⁸.

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 esaurida mediante a entrega ao credor do bem reconhecido no plano material⁴⁹.

As medidas destinadas a concretizar a 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 10% preconizada pelo art. 523, § 1º, do NCPC. 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.

48 “(...) 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 pretende obter com tal atividade jurisdicional.” (MEDINA, José Miguel Garcia. *Execução civil* – teoria geral e princípios fundamentais. 2. ed. São Paulo: RT, 2004. p. 403)

49 Segundo Teori Zavascki: “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 obrigado” (In: *Processo de execução* – parte geral. 3. ed. São Paulo: RT, 2004. p. 29).

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 judicial⁵⁰.

O caráter instrumental da multa preconizada pelo NCPC, art. 523, § 1º, 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 sua aplicabilidade. A penalidade em análise visa 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.

A utilização dessas medidas coercitivas por parte do direito processual do trabalho sempre foi assimilada de maneira unânime pela doutrina e pela 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 antigo 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.

50 Como preleciona Athos Gusmão Carneiro, referindo-se ao antigo art. 475-J do CPC: “A multa de 10%, 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 livra o devedor da multa já incidente (...)” (In: *Do “cumprimento da sentença”, conforme a Lei nº 11.232/2005. Parcial retorno ao medievalismo? Por que não?* São Paulo: RT, 2006. p. 69). De maneira mais explícita, quanto à teleologia das sanções aplicáveis ao cumprimento das obrigações de pagar, afirma Sidney Palharini Júnior: “Considerando que essa determinação legal se dá após percorrido todo o processo de conhecimento, com amplo debate sobre o direito em disputa, sob as vistas do contraditório e da ampla defesa, não nos resta dúvida de que com a multa em questão pretendeu o legislador reformista incentivar o devedor (coagindo-o) ao cumprimento da condenação que lhe foi imposta judicialmente, pois tal conduta é o que se espera do sucumbente de boa-fé” (In: *Algumas reflexões sobre a multa do art. 475-J do CPC*. São Paulo: RT, 2007. p. 269-270).

DOCTRINA

Atualmente, vamos nos deparar com situação análoga àquela motivada pela assimilação das *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 se apresentou muito receptiva à assimilação da multa preconizada pelo atual art. 523, § 1º, do NCPC. 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 legalidade. 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.

Entendemos que o debate não mereceria tantas polêmicas. 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 civil cumpre nobremente esta finalidade, sendo plenamente possível sua aplicação ao direito processual do trabalho.

Admitida a aplicação da multa preconizada no art. 523, § 1º, do NCPC, algumas questões de ordem dogmática ainda devem ser resolvidas. Verifica-se, inicialmente, que a aplicação da multa em questão é feita *ope legis*, não dependendo de deliberação jurisdicional para sua concretização. A cominação já é estabelecida de maneira genérica pela legislação e, ao contrário das *astreintes* típicas, incidirá uma única vez sobre o montante da condenação.

A incidência da multa de 10%, além de se operar uma única vez, não é relevada por força do pagamento ou garantia posterior da execução. Transcorrido o prazo legal de 15 dias sem que o devedor esboce qualquer reação no sentido

de adimplir a obrigação, a incidência da multa dar-se-á de forma automática, passando a integrar a obrigação principal⁵¹.

A incidência da multa operar-se-á sobre o total da condenação, inclusive em relação a honorários advocatícios, custas processuais, penas de litigância de má-fé e outros acessórios contemplados na sentença. O objetivo da cominação da multa é compelir o devedor ao cumprimento da obrigação de pagar, devendo a referida pena abranger todo o conjunto da condenação⁵².

Nesse sentido, não apenas o núcleo obrigacional propugnado inicialmente pelo credor será a base de incidência da multa de 10%, mas, sim, todo e qualquer acréscimo efetuado na condenação. Nesse acréscimo devemos incluir os honorários periciais. Na sistemática de nosso direito processual, os honorários periciais integram o conteúdo da sentença, ocasião em que o Juiz irá determinar a responsabilidade pelo respectivo pagamento (CLT, art. 790-B). Sendo assim, o pagamento dos honorários periciais integrará o montante da condenação, muito embora não faça parte do núcleo primitivo da obrigação.

Não há, portanto, qualquer motivo para que os honorários periciais sejam afastados do campo de incidência da multa do art. 523, § 1º, do NCPC. Não podemos ignorar o fato de que a necessidade da realização da prova pericial decorrerá da própria intransigência do devedor em reconhecer o referido débito. Nesse caso, a inadimplência dos honorários é, por via reflexa, a inadimplência da obrigação principal reconhecida em juízo. O fato de a condenação em honorários periciais ter outro beneficiário também não é motivo para refutar a

51 Não é demais citar que parte da doutrina civilista advoga a tese de exoneração do devedor pelo pagamento da multa, quando provar tentativas de alienar patrimônio para a satisfação da obrigação. Nesse sentido, é a lição de Marcelo Abelha, *verbis*: “(...) em nosso sentir, não poderá o devedor sofrer a incidência da multa de 10% sobre o valor da condenação, se, quando tiver sido intimado da sentença, não tiver tempo suficiente para transformar bens de seu patrimônio em dinheiro suficiente para pagamento do débito” (In: *Manual de execução civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008. p. 319). A inserção de um elemento subjetivo da inadimplência do devedor, entretanto, não se apresenta viável no âmbito estrutural da tutela executiva. Trata-se do estabelecimento de um contraditório de incerta concretização e de resultados imprevisíveis. Nessa perspectiva é a relutância de Jorge Eustácio da Silva Frias: “É devida essa multa se não houver cumprimento voluntário nos 15 dias seguintes à intimação da parte quanto à condenação ao pagamento de quantia certa ou de quando a condenação genérica é liquidada, independentemente das razões pessoais por que o devedor deixa de cumprir tal obrigação. A lei não prevê sua dispensa em caso de dificuldades econômicas do devedor (...)” (In: *A multa pelo descumprimento da condenação em quantia certa e o novo conceito de sentença*. São Paulo: RT, 2007. p. 161).

52 Como adverte Cassio Scarpinella Bueno: “Acredito que a melhor forma de interpretar o dispositivo – até como forma de criar condições as mais objetivas possíveis para o cumprimento ‘voluntário’ da obrigação, mesmo depois de jurisdicionalmente chancelada – é entender como ‘montante da condenação’ tudo aquilo que deve ser pago pelo devedor, em função do proferimento da sentença em seu desfavor (...)” (In: *Variações sobre a multa do caput do art. 475-J do CPC na redação da Lei 11.232/2005*. São Paulo: RT, 2006. p. 147-148).

aplicação da multa, tendo em vista que, conforme já exaustivamente expusemos, o objetivo da cominação é evitar o descaso e a inadimplência do devedor. Entretanto, como o sujeito ativo da obrigação representada pelos honorários periciais é o perito, o resultado financeiro da multa a este reverterá.

O mesmo raciocínio pode ser aplicado em relação aos créditos previdenciários, exigíveis na forma da CF, art. 114, VIII, e CLT, art. 831, § 4º. O crédito previdenciário nasce da própria condenação trabalhista, mas ostenta devedor diverso. Muito embora, do ponto de vista teórico, componha um novo título executivo, o cumprimento dar-se-á juntamente com o do respectivo crédito trabalhista. Assim, o devedor tem de cumprir, no prazo da lei, todas as obrigações descritas na sentença, inclusive aquelas de natureza previdenciária. A inadimplência, portanto, importará na aplicação da penalidade preconizada pelo NCPC, art. 523, § 1º. Da mesma forma como ocorre em relação aos honorários periciais, o resultado financeiro da aplicação da multa de 10% reverterá em favor da União, e não do credor trabalhista.

Caso o devedor cumpra parcialmente a obrigação, a multa incidirá apenas sobre o montante da execução não adimplido, conforme expressamente estabelece o NCPC, art. 523, § 2º⁵³. Esse cumprimento parcial da obrigação poderá acontecer pelo pagamento espontâneo realizado pelo devedor, situação certamente antevista pelos autores da alteração legislativa.

Entretanto, no âmbito do direito processual do trabalho, podem ocorrer situações em que existam nos autos depósitos recursais, realizados durante a tramitação da fase cognitiva, nos termos da CLT, art. 899, §§ 1º e ss. Esses depósitos realizados pelo réu da ação trabalhista obviamente representam uma antecipação do montante da condenação e, obrigatoriamente, devem ser abatidos do montante geral de incidência da multa de 10%. Aliás, não se deve nem cogitar a manutenção dos depósitos recursais após o trânsito em julgado da decisão, tendo em vista a determinação legal (muitas vezes não observada) de imediata liberação, tão logo exauridas as instâncias recursais (CLT, art. 899, § 1º, *in fine*).

A lei determina a incidência do procedimento preconizado pelo NCPC, art. 523, § 1º, para todas as hipóteses de títulos executivos judiciais. Nesse sentido, a aplicação da multa de 10% tem repercussão na execução dos demais títulos judiciais admitidos pela processualística laboral. Essa incidência, por outro lado, merece uma maior atenção em relação à execução das sentenças

53 “Art. 523. (...) § 2 Efetuado o pagamento parcial no prazo previsto no *caput*, a multa e os honorários previstos no § 1 incidirão sobre o restante.”

homologatórias de acordos judiciais. Os acordos judiciais normalmente contemplam cláusulas penais, aplicáveis em face da inadimplência do devedor. Essa cláusula penal integra a obrigação primitiva e a ela se agrega, formando o valor total a ser executado. Nesse sentido, o fato de adicionar a essa condenação a multa de 10% preconizada pelo NCPC, art. 523, § 1º, poderia representar um *bis in idem*?

Pensamos que não. Já vimos que a multa em análise é um instrumento de execução direta em face do devedor, buscando o cumprimento das obrigações reconhecidas jurisdicionalmente. Esses instrumentos de pressão, da mesma forma como ocorre com as *astreintes* típicas, não integram a obrigação principal, nem dele podem ser abatidos. Situam-se fora do âmbito obrigacional e representam apenas uma maneira de fortalecer a efetivação dos atos jurisdicionais de viés executivo⁵⁴.

Ora, se a natureza dos acréscimos se apresenta diferente, não há como se defender a tese da ocorrência do *bis in idem*. Este só poderia ser caracterizado caso ambas as parcelas integrassem a obrigação cobrada judicialmente. A cláusula penal constante do acordo judicial é objeto de ajuste entre os litigantes e não decorre de determinação legal ou jurisdicional. Muito embora não aconteça no cotidiano forense, não se afigura impossível a efetivação de transação judicial sem o estabelecimento de cláusula penal. Não sendo adimplida a obrigação de pagar prevista em acordo judicial, haverá a incidência da cláusula penal prevista no referido instrumento. Detectada a inadimplência, disporá o devedor ainda do prazo preconizado no NCPC, art. 523, § 1º, para cumprir voluntariamente o montante integral da obrigação. Transcorrido o mencionado prazo, operar-se-á a incidência da multa de 10% sobre o valor integral da obrigação inadimplida, sendo posteriormente adotadas as medidas executivas necessárias ao cumprimento do título.

Finalmente, nos restaria analisar o cabimento da multa de 10% em sede de execução provisória. O elemento diferenciador mais importante entre as duas questões reside apenas na extensão dos atos executivos a serem praticados. Em se tratando de execução provisória, nas hipóteses em que a lei autoriza a sua efetivação, os atos de disposição patrimonial ficam vinculados à concessão de caução ou da ocorrência das hipóteses previstas no NCPC, art. 521.

54 Como bem observa José Miguel Garcia Medina: “O valor da multa, deste modo, não é limitado ao valor da obrigação. A multa não tem por finalidade substituir a obrigação, mas pressionar o executado no sentido de que a satisfaça” (In: *Execução civil – teoria geral e princípios fundamentais*. 2. ed. São Paulo: RT, 2004. p. 447). Essa reflexão, embora dirigida às multas fixadas no âmbito do cumprimento das obrigações de fazer, revela-se pertinente à análise da teleologia da multa preconizada pelo NCPC, art. 523, § 1º.

Ora, se a estrutura funcional da execução provisória é a mesma da execução definitiva, não existe argumento suficientemente forte para afastar a incidência integral do contido no NCPC, art. 523, § 1º. A recalitrância do devedor em cumprir a obrigação de pagar é a mesma, seja a execução provisória ou definitiva, sendo, portanto, passível de incidência da multa de 10% sobre o total da condenação⁵⁵.

Sendo a execução provisória portadora dos mesmos atributos da definitiva, é lógico que será aberta ao devedor a oportunidade de voluntariamente quitar a obrigação exigida judicialmente. Cientificado o devedor da pendência da execução provisória, caso não cumpra voluntariamente a obrigação de pagar no prazo legal, haverá a incidência da multa de 10% sobre o montante total da obrigação executada.

A sistemática vigente do NCPC resolveu toda a questão relacionada à aplicação da multa prevista no art. 523, § 1º, na execução provisória, conforme disposição expressa contida no seu art. 520, § 2º⁵⁶.

9 – IMPENHORABILIDADE DE SALÁRIO E DE CADERNETA DE POUPANÇA PERANTE A EXECUÇÃO TRABALHISTA

A regra geral estatuída no âmbito do nosso processo pressupõe a possibilidade de o patrimônio do devedor responder pela tutela de execução sem qualquer tipo de limite material ou temporal (NCPC, art. 789⁵⁷). A mesma norma processual, no entanto, levando em conta fatores econômicos e sociais, protege determinados bens específicos do devedor. Essa verdadeira *imunização patrimonial* tem por finalidade evitar que a concretização da tutela executiva conduza o devedor a uma situação de incapacidade de suprimir as suas próprias necessidades fundamentais.

De certa forma, as impenhorabilidades representam um conjunto de regras objetivando a harmonização de dois interesses antagônicos: a solvabilidade do crédito exequendo e a garantia de um mínimo necessário à sobrevivência do

55 Como ressalta Cassio Scarpinella Bueno: “(...) a circunstância de a execução ser ‘provisória’ não significa que ela não seja uma verdadeira execução em todo o sentido da palavra. Está-se a falar, mesmo nestes casos, da necessidade de exercício da atividade jurisdicional substitutiva da vontade do devedor para realizar concretamente o direito tal qual reconhecido em prol do devedor” (In: *Variações sobre a multa do caput do art. 475-J do CPC na redação da Lei 11.232/2005*. São Paulo: RT, 2006. p. 128. p. 150).

56 “Art. 520. (...) § 2 A multa e os honorários a que se refere o § 1 do art. 523 são devidos no cumprimento provisório de sentença condenatória ao pagamento de quantia certa.”

57 “Art. 789. O devedor responde com todos os seus bens presentes e futuros para o cumprimento de suas obrigações, salvo as restrições estabelecidas em lei.”

devedor⁵⁸. Ao garantir a imunidade de uma parcela patrimonial do executado, assegura-se que a tutela jurisdicional não comprometa o necessário para uma sobrevivência digna do réu. Não se trata, por outro lado, de uma verdadeira renúncia à efetividade da execução, mas, sim, da inserção de conteúdo humanitário, capaz de evitar resultados inapropriados em desfavor dos sujeitos passivos das obrigações postas em juízo.

A norma processual civil, desde o CPC de 1939⁵⁹, regula a questão da impenhorabilidade de forma sistematizada, obviamente observando as particularidades de cada época. A nossa norma processual trabalhista, embora editada após a vigência do CPC de 1939, não apresenta qualquer regra acerca da impenhorabilidade. Essa lamentável omissão da CLT induz o aplicador da norma procedimental a se escudar integralmente no sistema preconizado pela norma processual civil.

Nesse ponto, os problemas de ordem dogmática afloram com maior intensidade, tendo em vista a diferença ontológica entre os perfis dos credores cíveis e trabalhistas. A norma processual civil é edificada partindo-se de uma

58 Segundo Araken de Assis: “(...) a impenhorabilidade foi franja, bem estreita é certo, que a luta de classes recortou e, no fundo, é uma exigência da humanidade na execução” (In: *Comentários ao Código de Processo Civil* – do processo de execução – arts. 646 a 735. São Paulo: RT, 2000. p. 74-75). Dentro da mesma perspectiva, pontifica Cândido Rangel Dinamarco: “O objetivo central que comanda todas as impenhorabilidades é o de preservar o mínimo patrimonial indispensável à existência decente do obrigado, sem privá-lo de bens sem os quais sua vida se degradaria a níveis insuportáveis” (In: *Instituições de direito processual civil*. São Paulo: Malheiros, 2004. v. 4. p. 340).

59 A regulamentação do CPC de 1939 não discrepa de forma estrutural da promovida pelo NCP, diferenciando-se apenas em relação aos bens protegidos pela impenhorabilidade, como se vê do vetusto art. 942: “Não poderão absolutamente ser penhorados: I – os bens inalienáveis por força de lei; II – as provisões de comida e combustíveis necessários à manutenção do executado e de sua família durante um mês; III – o anel nupcial e os retratos de família; IV – uma vaca de leite e outros animais domésticos, à escolha do devedor, necessários à sua alimentação ou a suas atividades, em número que o juiz fixará de acordo com as circunstâncias; V – os objetos de uso doméstico, quando evidente que o produto da venda dos mesmos será ínfimo em relação ao valor de aquisição; VI – os socorros em dinheiro ou em natureza, concedidos ao executado por ocasião de calamidade pública; VII – os vencimentos dos magistrados, professores e funcionários públicos, o soldo e fardamento dos militares, os salários a soldadas, em geral, salvo para pagamento de alimentos à mulher ou aos filhos, quando o executado houver sido condenado a essa prestação; VIII – as pensões, tenças e montepios percebidos dos cofres públicos, de estabelecimento de previdência, ou provenientes da liberalidade de terceiro, e destinados ao sustento do executado ou da família; IX – os livros, máquinas, utensílios e instrumentos necessários ou úteis ao exercício de qualquer profissão; X – o prédio rural lançado para efeitos fiscais por valor inferior ou igual a dois contos de réis (2:000\$0), desde que o devedor nele tenha a sua morada e o cultive com o trabalho próprio ou da família; XI – os materiais necessários para obras em andamento, salvo se estas forem penhoradas; XII, os fundos sociais, pelas dívidas particulares do sócio, não compreendendo a isenção os lucros líquidos verificados em balanço; XIII, separadamente, os móveis, o material fixo e rodante das estradas de ferro, e os edifícios, maquinismos, animais e acessórios de estabelecimentos de indústria extrativa, fabril, agrícola outras, indispensáveis ao seu funcionamento; XIV, seguro de vida; XV, o indispensável para a cama e vestuário do executado, ou de sua família, bem como os utensílios de cozinha”.

premissa incontestável: em regra, o credor da obrigação cível é *hiperssuficiente* e dotado de meios adequados para a promoção da tutela executiva. Essa premissa, obviamente, não pode ser simplesmente transposta para a realidade do processo do trabalho, na qual a execução tem como objeto créditos quase sempre alimentares e sujeitos ativos desprovidos de maiores ferramentas para a concretização da execução.

A aplicação do sistema processual cível de impenhorabilidade não é a resposta mais adequada para a demanda por uma jurisdição executiva célere e dotada de concretude. No entanto, diante da falta de um marco normativo especialmente construído para a realidade do processo do trabalho, não restam muitos espaços para construir uma estrutura de impenhorabilidade especificamente laboral.

Uma das questões mais controversas em matéria de impenhorabilidade diz respeito à possibilidade de constrição das retribuições pecuniárias do devedor. Essa temática ganha contornos bem mais amplos quando transposta para a realidade do processo do trabalho, na qual a tutela executiva baseia-se majoritariamente em créditos de natureza alimentar. Mesmo perante essa premissa, a nossa processualística nunca esboçou qualquer tipo de reação no sentido de regular tema de tanta relevância para a efetividade da jurisdição executiva.

Diante da ausência crônica de uma norma processual específica em relação ao tema, inevitavelmente o aplicador laboral deve recorrer às prescrições cíveis respectivas. Tais prescrições, tradicionalmente, previam a impossibilidade de penhora das retribuições pecuniárias do devedor, salvo para a quitação de prestações alimentícias⁶⁰.

O texto originário da Lei nº 11.382/06 tentou modificar os referenciais de impenhorabilidade de salário, promovendo um detalhamento das regras atinentes à impenhorabilidade das parcelas remuneratórias do executado (CPC, art. 649, IV⁶¹) e apresentando um valor máximo para usufruto da garantia. Ao texto original foram acrescentadas outras espécies remuneratórias não ligadas ao trabalho subordinado, como os valores recebidos por liberalidade de terceiro

60 Essa regra remonta ao vetusto CPC de 1939, que assim tratava do tema em seu art. 942, VII: “Art. 942. Não poderão absolutamente ser penhorados: (...) VII – os vencimentos dos magistrados, professores e funcionários públicos, o soldo e fardamento dos militares, os salários a soldadas, em geral, salvo para pagamento de alimentos à mulher ou aos filhos, quando o executado houver sido condenado a essa prestação”. O CPC de 1973 manteve a regra de impenhorabilidade, bem como sua exceção legal, apenas realizando alguns ajustes de nomenclatura.

61 “Art. 649. (...) 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 § 3 deste artigo;”

destinados ao sustento do devedor e de sua família, os ganhos do trabalhador autônomo e os honorários de profissional liberal. Na mesma linha de raciocínio, a norma em questão acrescentou a limitação da impenhorabilidade, no âmbito do § 3º, aos valores acima de 20 salários mínimos e de 40% do total penhorável⁶². Essa salutar providência legislativa, no entanto, foi vetada pelo Presidente da República da época.

O NCPC assimilou as prescrições construídas pelo CPC anterior, apenas com algumas correções na enumeração das parcelas remuneratórias do devedor, bem como uma exceção mais ampla para a incidência da execução de parcelas alimentícias. Assim sendo, a normatização vigente estipula a impenhorabilidade das parcelas remuneratórias do devedor, auferidas por conta de seu trabalho subordinado ou autônomo, público ou privado.

A ressalva preconizada pelo texto vigente, em relação à impenhorabilidade das parcelas remuneratórias do devedor, diz respeito à execução de prestações alimentícias, bem como à constrição de verbas salariais acima de 50 salários mínimos mensais. Nessa situação, o texto do NCPC foi mais abrangente do que o anterior, posto que a redação atual do § 2º do art. 833⁶³ permite a penhora de salário na execução de prestação alimentícia *independentemente de sua natureza*. No texto anterior não havia essa abrangência, sendo pacífico o entendimento de que a possibilidade de penhora de salário limitava-se à execução de prestação alimentícia *stricto sensu*. O crédito trabalhista, nessa perspectiva, teria o caráter genericamente alimentício, mas não seria enquadrado na *espécie* de prestação alimentícia⁶⁴.

62 “§ 3 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.”

63 “Art. 833. (...) § 2 O disposto nos incisos IV e X do *caput* não se aplica à hipótese de penhora para pagamento de prestação alimentícia, independentemente de sua origem, bem como às importâncias excedentes a 50 (cinquenta) salários-mínimos mensais, devendo a constrição observar o disposto no art. 528, § 8 , e no art. 529, § 3 .”

64 A impenhorabilidade de salário para a garantia de crédito trabalhista era assegurada por meio da OJ n 153 da Seção de Dissídios Individuais II, *verbis*:

“MANDADO DE SEGURANÇA. EXECUÇÃO. ORDEM DE PENHORA SOBRE VALORES EXISTENTES EM CONTA SALÁRIO. Art. 649, IV, do CPC. ILEGALIDADE (...). Ofende direito líquido e certo decisão que determina o bloqueio de numerário existente em conta salário, para satisfação de crédito trabalhista, ainda que seja limitado a determinado percentual dos valores recebidos ou a valor revertido para fundo de aplicação ou poupança, visto que o art. 649, IV, do CPC contém norma imperativa que não admite interpretação ampliativa, sendo a exceção prevista no art. 649, § 2 , do CPC espécie e não gênero de crédito de natureza alimentícia, não englobando o crédito trabalhista.”

O verbete em questão usava o argumento de que a exceção preconizada na legislação processual civil referia-se explicitamente à execução de prestação alimentícia em sentido estrito. Nesse sentido, a recente

A vigente norma processual civil, de forma explícita, elimina a possibilidade de uma interpretação restritiva quanto à penhora de salário para a quitação de execução decorrente de crédito alimentar. Trata-se de uma grande evolução da norma processual brasileira, que há muito tempo se ressentia de uma ampliação das hipóteses de constrição do salário do devedor. O problema era ainda mais agudo quando nos deparávamos com situações em que o devedor apresentava um conjunto remuneratório acima da média da população, mesmo assim beneficiava-se da proteção que, indubitavelmente, não lhe era destinada.

Não se argumente que tal modificação do processo civil não é aplicável ao sistema trabalhista. Conforme afirmamos acima, não existe qualquer tipo de regramento sobre a matéria no processo do trabalho, que sempre se escudou na norma processual civil para regular a questão da impenhorabilidade dos salários. No panorama vigente, a mudança paradigmática da norma processual civil apresenta reflexos contundentes na órbita trabalhista. A partir da vigência do NCPC, podemos considerar plenamente possível a penhora da remuneração do devedor, com a finalidade de garantir crédito tipicamente trabalhista e, portanto, dotado de caráter alimentar.

jurisprudência do próprio Tribunal Superior do Trabalho permaneceu sólida em função desta diretriz, conforme se vê dos seguintes julgados:

“RECURSO DE REVISTA. PENHORA DE SALÁRIO. ACÓRDÃO DO E. TRT, NO QUAL SE AUTORIZA O BLOQUEIO NA CONTA DE 20% DOS SALÁRIOS E PROVENTOS DO EXECUTADO. VIOLAÇÃO DO ART. 7, X, DA CF/88. CARACTERIZAÇÃO. No v. acórdão do e. TRT da 5ª Região, foi determinado o bloqueio na conta-corrente do executado, Edmundo Neris Pedreira, de 20% dos salários e proventos. Ocorre, porém, que o atual, iterativo e notório entendimento deste e. Tribunal a respeito da penhora de salário pacificou-se por meio da Orientação Jurisprudencial n. 153 da e. SBDI-II, segundo a qual ofende direito líquido e certo decisão que determina o bloqueio de numerário existente em conta-salário, para satisfação de crédito trabalhista, ainda que seja limitado a determinado percentual dos valores recebidos ou a valor revertido para fundo de aplicação ou poupança, visto que o art. 649, IV, do CPC contém norma imperativa que não admite interpretação ampliativa, sendo a exceção prevista no art. 649, § 2º, do CPC espécie e não gênero de crédito de natureza alimentícia, não englobando o crédito trabalhista. Recurso de revista conhecido por violação do art. 7, X, da Constituição Federal e provido.” (TST; RR 0157400-23.2000.5.05.0193; Terceira Turma; Rel. Min. Alexandre de Souza Agra; DEJT 21.11.2014)

“RECURSO ORDINÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. PENHORA PARCIAL DOS PROVENTOS DE APOSENTADORIA. ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL N. 153 DA SBDI-2. Nos termos da Orientação Jurisprudencial n. 153 da SBDI-2, ofende direito líquido e certo decisão que determina o bloqueio de numerário existente em conta-salário, para satisfação de crédito trabalhista, ainda que seja limitado a determinado percentual dos valores recebidos ou a valor revertido para fundo de aplicação ou poupança, visto que o art. 649, IV, do CPC contém norma imperativa que não admite interpretação ampliativa, sendo a exceção prevista no art. 649, § 2º, do CPC espécie e não gênero de crédito de natureza alimentícia, não englobando o crédito trabalhista. No caso em exame, o ato impugnado consiste na decisão em que determinada a penhora de 20% sobre o valor bruto percebido pelo executado junto ao órgão previdenciário, até a integralização do montante devido, sendo forçoso concluir pela incidência do referido verbete para liberar o valor ali constante. Recurso ordinário conhecido e provido.” (TST; RO 0000572-39.2013.5.05.0000; Rel. Min. Emmanoel Pereira; DEJT 10.10.2014) (grifo nosso)

É relevante destacar, embora sobre o tema aparentemente não parem grandes indagações, que a possibilidade de penhora das contraprestações remuneratórias do devedor não envolve a execução de créditos não alimentares. Assim sendo, é impossível a mencionada constrição para a garantia de execuções previdenciárias ou fiscais inseridas na competência da Justiça do Trabalho (CF, art. 114, VII e VIII).

Mesmo em relação à execução dos créditos alimentares trabalhistas, alguns limites devem ser observados, de acordo com a regulação promovida pelo NCPC. Nessa perspectiva, em nenhuma hipótese o comprometimento da remuneração do devedor poderá exceder o montante de 50%, nos termos do NCPC, art. 529, § 3^o⁶⁵. Observe-se que o mencionado dispositivo legal se insere no modelo de execução da prestação alimentícia *stricto sensu*, todavia, por força de disposição legal expressa, aplica-se ao procedimento de execução de *qualquer crédito de natureza alimentar*.

Também deve se destacar que o NCPC apresentou uma limitação objetiva para a impenhorabilidade, afastando a garantia legal para as contraprestações superiores a 50 salários mínimos mensais. Nesse caso, é irrelevante a natureza do crédito exequendo, sendo o montante excedente ao limite legal passível de penhora.

Finalmente, o rol de contraprestações remuneratórias protegidas pela garantia da impenhorabilidade foi ampliado ao longo do tempo, mas ainda não se apresenta de forma taxativa. Qualquer valor devido ao devedor *pessoa física*, decorrente de seu trabalho, enquadra-se na proteção legal, bem como em suas exceções.

A partir da edição da Lei nº 11.382/06, estabeleceu-se uma nova regra de impenhorabilidade incidente sobre os depósitos em caderneta de poupança até o limite de 40 salários mínimos⁶⁶. Buscava o legislador proteger contra a tutela de execução um valor mínimo das reservas do devedor. Nesse caso, a regra de impenhorabilidade só tem incidência sobre as aplicações em *caderneta de poupança*, estando de logo excluídas as demais modalidades de aplicação financeira, mesmo que situadas no limite preconizado pelo dispositivo legal

65 “Art. 529. Quando o executado for funcionário público, militar, diretor ou gerente de empresa ou empregado sujeito à legislação do trabalho, o exequente poderá requerer o desconto em folha de pagamento da importância da prestação alimentícia. (...) § 3 Sem prejuízo do pagamento dos alimentos vincendos, o débito objeto de execução pode ser descontado dos rendimentos ou rendas do executado, de forma parcelada, nos termos do *caput* deste artigo, contanto que, somado à parcela devida, não ultrapasse cinquenta por cento de seus ganhos líquidos.”

66 Assim era redigido o inciso X do art. 649 do CPC anterior: “até o limite de 40 (quarenta) salários mínimos, a quantia depositada em caderneta de poupança”.

em questão. Além do mais, a impenhorabilidade só seria oponível em relação a uma única aplicação do devedor. Muito embora o legislador não faça essa limitação, não seria admissível estender essa impenhorabilidade para todas as aplicações em poupança do devedor, posto que poderia este diluir todos os seus recursos em dezenas de contas, fugindo, assim, da tutela de execução.

Sempre concebemos que a hipótese em questão deveria ser aplicada ao direito processual do trabalho. Mesmo se reconhecendo o caráter privilegia-díssimo do crédito trabalhista, não há fundamentos dogmáticos para afastar a incidência dessa norma de impenhorabilidade do processo laboral⁶⁷.

O NCPC assimilou a regra do Código anterior no âmbito do art. 833, X, no entanto, promoveu uma regulamentação ligeiramente diversa da anterior, pois, por intermédio do disposto no art. 833, § 2º, excepcionou sua incidência na execução de prestação alimentícia *independentemente da origem*. Logo, seguindo os fundamentos acima desenvolvidos, a natureza alimentar do crédito trabalhista o imuniza da impenhorabilidade preconizada pelo NCPC, art. 833, X.

Dentro dessa linha de raciocínio, a presente impenhorabilidade é plenamente oponível na execução perante a Justiça do Trabalho de qualquer outro crédito não portador da natureza alimentar.

67 Em tal aspecto, acompanhado pela jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho: “RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. IMPENHORABILIDADE DOS DEPÓSITOS VERTIDOS À CADERNETA DE POUPANÇA, ATÉ O LIMITE DE QUARENTA SALÁRIOS MÍNIMOS. AUSÊNCIA DE FRAUDE NA MOVIMENTAÇÃO DA CONTA-POUPANÇA. INCIDÊNCIA DA REGRA QUE ORIENTA O ART. 649, X, DO CPC. 1. Nos termos do art. 649, X, do CPC, é absolutamente impenhorável, até o limite de 40 (quarenta) salários mínimos, a quantia depositada em caderneta de poupança. 2. A aplicação das regras de direito processual comum no âmbito do processo do trabalho pressupõe a omissão da CLT e a compatibilidade das respectivas normas com os princípios e dispositivos que regem este ramo do direito, a teor dos arts. 769 e 889 da CLT. 3. Indene de dúvidas que o texto da CLT é omissivo quanto às regras processuais que cuidam da impenhorabilidade absoluta de bens. 4. Constatada a compatibilidade da norma processual comum com os princípios que orientam o processo do trabalho, de vez que o caráter protetivo do inciso X do art. 649 do CPC firma suas raízes no princípio da dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º, III), impõe-se a aplicação subsidiária da norma em destaque. 5. O legislador, ao estabelecer o limite de quarenta salários mínimos, enaltece a proteção do ser humano, seja em atenção à sobrevivência digna e com saúde do devedor e de sua família, seja sob o foco da segurança e da liberdade no conviver social dos homens (CF, arts. 5º, *caput*, e 6º). 6. Diante do comando do art. 649, X, do CPC, não se autoriza a penhora de quantia depositada em caderneta de poupança, até o limite de quarenta salários mínimos, sob pena de ofensa a direito líquido e certo do devedor. 7. Não obstante, o inadimplemento de crédito trabalhista, em razão da movimentação fraudulenta de caderneta de poupança como se conta-corrente fosse, pode, desde que comprovada a fraude, hipótese não evidenciada nos autos, ensejar o afastamento da proteção legal. Recurso ordinário em mandado de segurança conhecido e provido” (TST; RO 9500-93.2009.5.13.0000; Segunda Subseção de Dissídios Individuais; Rel. Min. Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira; DEJT 01.07.2011; p. 570).

10 – PENHORA DE DINHEIRO EM DEPÓSITO OU EM APLICAÇÃO FINANCEIRA (NCPC, ARTS. 854 E SS.)

Em uma análise preliminar, poderíamos concluir que a penhora de dinheiro e de aplicações financeiras não ensejaria um procedimento especial da fase de coerção patrimonial. Afinal de contas, o dinheiro sempre foi elencado com o bem preferencial da fase de penhora e, entre todos os integrantes do patrimônio do devedor, é aquele dotado de maior *liquidez*. A atipicidade da penhora em dinheiro, entretanto, não reside na natureza do bem, mas, sim, no procedimento adotado para o aperfeiçoamento da penhora.

Esse caráter atípico da penhora de dinheiro nasce de maneira mais intensa com o advento da Lei nº 11.382/06, que introduziu, ainda que timidamente, algumas modificações na maneira de se concretizar a constrição do numerário. A primeira e mais importante dessas medidas consistiu na positivação da chamada penhora *online*, na qual o juiz determina a apreensão judicial de ativos financeiros por meio de comunicação eletrônica. Na realidade, a medida regrada pelo anterior CPC, art. 655-A⁶⁸, não apresentou nenhuma novidade, tendo em vista que sempre foi prerrogativa do magistrado bloquear e apreender, por intermédio de mandado, qualquer ativo financeiro do devedor. A regra trazida pelo novo art. 655-A apenas criou um canal mais rápido e eficiente para a comunicação e transmissão da ordem de bloqueio dos ativos financeiros do devedor.

O sistema referenciado já era largamente utilizado pela Justiça do Trabalho há vários anos, não havendo qualquer problema quanto à assimilação do disposto no art. 655-A do CPC ao direito processual laboral. A única restrição quanto à incidência do referido artigo dizia respeito à desnecessidade de requerimento do credor como condição para que a medida se efetivasse (art. 655-A, *caput*)⁶⁹.

68 “Art. 655-A. Para possibilitar a penhora de dinheiro em depósito ou aplicação financeira, o juiz, a requerimento do exequente, requisitará à autoridade supervisora do sistema bancário, preferencialmente por meio eletrônico, informações sobre a existência de ativos em nome do executado, podendo no mesmo ato determinar sua indisponibilidade, até o valor indicado na execução. § 1 As informações limitar-se-ão à existência ou não de depósito ou aplicação até o valor indicado na execução. § 2 Compete ao executado comprovar que as quantias depositadas em conta corrente referem-se à hipótese do inciso IV do *caput* do art. 649 desta Lei ou que estão revestidas de outra forma de impenhorabilidade.”

69 Nesse particular, a própria Consolidação dos Provimentos da Corregedoria-Geral da Justiça do Trabalho estabelece a possibilidade de bloqueio de ativos financeiros por atuação de ofício do Juiz do Trabalho, conforme se vê do seu art. 85, *verbis*: “Em execução definitiva por quantia certa, se o executado, regularmente citado, não efetuar o pagamento do débito nem garantir a execução, conforme dispõe o art. 880 da CLT, o juiz deverá, de ofício ou a requerimento da parte, emitir ordem judicial de bloqueio mediante o Sistema Bacen Jud, com precedência sobre outras modalidades de constrição judicial”. O mesmo caráter ampliativo não foi dado para a execução provisória, na qual a jurisprudência do TST nega a possibilidade de penhora em dinheiro, consoante Súmula n 417, III.

O regramento vigente no NCPC é mais analítico em relação ao tema, embora se apresente restritivo em face de alguns atos executivos. O rito de apreensão de numerário, segundo as disposições do diploma processual vigente, compreende duas fases *distintas e obrigatórias*: a indisponibilidade e a conversão em penhora.

Inicia-se a coerção patrimonial com a determinação de indisponibilidade, requerida pelo credor, todavia sem a ciência prévia do devedor (NCPC, art. 854, *caput*⁷⁰). É importante observar que a separação ritual promovida pelo NCPC permite que se proceda à indisponibilidade do numerário mesmo sem qualquer tipo de comunicação prévia do executado, evitando eventuais medidas de evasão dos recursos financeiros. Conforme afirmamos anteriormente, a sistemática inquisitorial da execução trabalhista (CLT, arts. 765 e 878) admite a atuação de ofício do Juiz na determinação de apreensão de numerário, sendo inaplicável ao processo do trabalho a exigência de requerimento prévio do credor.

Concretizada a indisponibilidade dos recursos financeiros do devedor, o Juiz, *independentemente de qualquer requerimento*, no prazo de 24 horas, determinará a liberação dos valores retidos que ultrapassem os limites da execução (NCPC, art. 854, § 1^{o71}). Após a adequação necessária dos valores, determina a norma processual a intimação do devedor, por intermédio de seu advogado ou pessoalmente, para, no prazo de cinco dias, alegar a existência de excesso na indisponibilidade ou mesmo a eventual impenhorabilidade dos valores respectivos (NCPC, art. 854, §§ 2^o e 3^{o72}). Nesse particular, o NCPC cria uma figura inédita no direito processual brasileiro, pois permite ao devedor manejar uma *impugnação inespecífica* voltada exclusivamente para discutir os limites da apreensão de numerário. Denomino de inespecífica pelo fato de não estar elencada, de forma expressa, como um meio de defesa do devedor, de caráter típico ou atípico, conforme nomenclatura adotada neste livro.

70 “Art. 854. Para possibilitar a penhora de dinheiro em depósito ou em aplicação financeira, o juiz, a requerimento do exequente, sem dar ciência prévia do ato ao executado, determinará às instituições financeiras, por meio de sistema eletrônico gerido pela autoridade supervisora do sistema financeiro nacional, que torne indisponíveis ativos financeiros existentes em nome do executado, limitando-se a indisponibilidade ao valor indicado na execução.”

71 “Art. 854. (...) § 1 No prazo de 24 (vinte e quatro) horas a contar da resposta, de ofício, o juiz determinará o cancelamento de eventual indisponibilidade excessiva, o que deverá ser cumprido pela instituição financeira em igual prazo.”

72 “Art. 854. (...) § 2 Tornados indisponíveis os ativos financeiros do executado, este será intimado na pessoa de seu advogado ou, não o tendo, pessoalmente. § 3 Incumbe ao executado, no prazo de 5 (cinco) dias, comprovar que: I – as quantias tornadas indisponíveis são impenhoráveis; II – ainda remanesce indisponibilidade excessiva de ativos financeiros.”

A hipótese preconizada pelo NCPC, art. 854, § 3º, permite ao devedor arguir vícios inerentes à indisponibilidade de numerário relacionados à própria impenhorabilidade dos recursos, bem como ao eventual excesso da apreensão. A segunda hipótese de arguição não se confunde com a alegação de excesso de execução (NCPC, art. 917, § 2º), que, além de apresentar conteúdo mais abrangente, apresenta momento oportuno para ser suscitada em sede de embargos. De toda forma, caso o devedor não suscite as questões descritas no § 3º, não poderá mais fazê-lo em sede de embargos. Operar-se-á, nessa situação, a preclusão quanto aos temas relacionados à apreensão de recursos financeiros.

Dentro da sistemática do direito processual civil, a decisão interlocutória que acolhe ou rejeita a impugnação à indisponibilidade de numerário do devedor é atacável por intermédio de agravo de instrumento (NCPC, art. 1.015, parágrafo único)⁷³. Essa regulação, no entanto, não se aplica ao direito processual do trabalho, que, como regra, adota a irrecorribilidade imediata das decisões interlocutórias (CLT, art. 893, § 1º), bem como confere ao agravo de instrumento funções bem mais restritas do que no processo civil (CLT, art. 897, *b*). Resta saber, por outro lado, se da decisão proferida nos termos do NCPC, art. 1.015, parágrafo único, caberia agravo de petição (CLT, art. 897, *a*).

Não é tarefa das mais fáceis explicitar as hipóteses de cabimento do agravo de petição que, por sua própria forma estrutural, apresenta um caráter híbrido na medida em que possibilite o ataque às sentenças e às decisões interlocutórias. No segundo caso, o cabimento do agravo de petição está vinculado à pesquisa quanto à possibilidade ou não de meio impugnativo específico contra a decisão de caráter interlocutório. Na situação retratada no NCPC, art. 854, § 3º, muito embora a ausência de impugnação gere efeito preclusivo em relação à matéria arguível, a provocação do incidente não impede sua posterior renovação por meio dos embargos, nos termos da CLT, art. 880.

Observe-se que se trata de situação análoga à retratada pela CLT, art. 879, § 2º, em relação a qual caso o Juiz abra a possibilidade do contraditório e a parte impugne os cálculos, poderá renovar a referida impugnação em sede de embargos. A decisão interlocutória que resolve a impugnação dos cálculos não pode ser objeto de recurso. Utilizando-se do mesmo critério para o caso de indisponibilidade de recursos financeiros, após a abertura do contraditório ocorrerão duas situações. Na primeira, o devedor silencia diante da apreensão do numerário, não sendo mais possível impugná-la em face dos seus efeitos

73 “Art. 1.015. (...) Parágrafo único. Também caberá agravo de instrumento contra decisões interlocutórias proferidas na fase de liquidação de sentença ou de cumprimento de sentença, no processo de execução e no processo de inventário.”

preclusivos. Na segunda, o Juiz rejeita a impugnação suscitada e a decisão não poderá ser objeto de agravo de petição, todavia, poderá ser rediscutida após a convalidação em penhora e o ajuizamento de embargos do devedor.

Resolvida a fase inicial da impugnação e feitos os eventuais ajustes, a indisponibilidade converter-se-á em penhora, sendo desnecessária a lavratura de termo de penhora. Em todo o caso, a penhora do numerário se aperfeiçoará pela simples remessa eletrônica dos valores ao juízo da execução (NCPC, art. 854, § 5^o74).

Todos os procedimentos de indisponibilidade e de transferência de numerário serão realizados por meio eletrônico⁷⁵, no prazo de 24 horas, respondendo as instituições financeiras, de forma objetiva, por atrasos ou excessos no cumprimento das ordens judiciais (NCPC, art. 854, §§ 7^o e 8^o76).

11 – CONCLUSÕES

A inserção da técnica da supletividade, nos termos do NCPC, art. 15, significará uma severa ruptura nos paradigmas do direito processual. Ao lado da subsidiariedade, a supletividade possibilitará a reconstrução do direito processual do trabalho, obviamente mediante a preservação de suas bases ideológicas. Esse processo, entretanto, não é simples, pois implica a adaptação de procedimentos e a correção de algumas imprecisões do rito laboral.

No presente trabalho, analisamos a questão exclusivamente sob o ponto de vista da tutela de execução. Mesmo assim foram escolhidos apenas alguns institutos dessa fase procedimental que merecem uma atenção mais acurada do intérprete da norma trabalhista. Dessa análise tópica da relação da execução trabalhista, é possível concluir pela possibilidade de aplicação supletiva de grande parte das disposições do NCPC, sem que seja corrompida a essência da estrutura procedimental de cunho protetivo.

74 “Art. 854. (...) § 5 Rejeitada ou não apresentada a manifestação do executado, converter-se-á a indisponibilidade em penhora, sem necessidade de lavratura de termo, devendo o juiz da execução determinar à instituição financeira depositária que, no prazo de 24 (vinte e quatro) horas, transfira o montante indisponível para conta vinculada ao juízo da execução.”

75 Como já acontece corriqueiramente há vários anos no Poder Judiciário brasileiro mediante o uso do sistema Bacen Jud.

76 “Art. 854. (...) § 7 As transmissões das ordens de indisponibilidade, de seu cancelamento e de determinação de penhora previstas neste artigo far-se-ão por meio de sistema eletrônico gerido pela autoridade supervisora do sistema financeiro nacional. § 8 A instituição financeira será responsável pelos prejuízos causados ao executado em decorrência da indisponibilidade de ativos financeiros em valor superior ao indicado na execução ou pelo juiz, bem como na hipótese de não cancelamento da indisponibilidade no prazo de 24 (vinte e quatro) horas, quando assim determinar o juiz.”

DOCTRINA

Os instrumentos processuais da execução cível, em grande medida, são refinados e possibilitam a solução de muitos entraves da tramitação da fase executória do processo laboral. A aversão apriorística à absorção do processo civil certamente não é a melhor solução, tampouco oferece respostas adequadas para os grandes problemas procedimentais da execução.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ABELHA, Marcelo. *Manual de execução civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008.
- ASSIS, Araken de. *Comentários ao Código de Processo Civil – do processo de execução – arts. 646 a 735*. São Paulo: RT, 2000.
- _____. *Cumprimento da sentença*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.
- _____. *Manual do processo de execução*. 5. ed. São Paulo: RT, 1998.
- BEDAQUE, José Roberto. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.
- BUENO, Cassio Scarpinella. Variações sobre a multa do *caput* do art. 475-J do CPC na redação da Lei 11.232/2005. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Org.). *Aspectos polêmicos da nova execução de título judiciais-3 – Lei 11.232/2005*. São Paulo: RT, 2006.
- CARNEIRO, Athos Gusmão. Do “cumprimento da sentença”, conforme a Lei 11.232/2005. Parcial retorno ao medievalismo? Por que não? In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Org.). *Aspectos polêmicos da nova execução de título judiciais-3 – Lei 11.232/2005*. São Paulo: RT, 2006.
- CESÁRIO, João Humberto. O processo do trabalho e o novo Código de Processo Civil: critérios para uma leitura dialogada dos arts. 769 da CLT e 15 do CPC/2015. *Revista Trabalhista – Direito e Processo*, São Paulo: LTr, ano 14, n. 53, 2015, p. 134-151.
- CORDEIRO, Wolney de Macedo. *Manual de execução trabalhista – aplicação ao processo do trabalho das Leis ns. 11.232/2005 (cumprimento da sentença) e 11.382/2006 (execução de títulos extrajudiciais)*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. v. 4.
- FRIAS, Jorge Eustácio da Silva. A multa pelo descumprimento da condenação em quantia certa e o novo conceito de sentença. In: SANTOS, Ernane Fidélis dos et al. (Org.). *Execução civil – estudos em homenagem ao professor Humberto Theodoro Júnior*. São Paulo: RT, 2007.
- GIGLIO, Wagner. *Direito processual do trabalho*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.
- MALLET, Estevão. O processo do trabalho e as recentes modificações do Código de Processo Civil. *Revista LTr*, v. 70, n. 06, São Paulo: LTr, 2006, p. 668-675.
- MEDINA, José Miguel Garcia. *Execução civil – teoria geral e princípios fundamentais*. 2. ed. São Paulo: RT, 2004.
- PALHARIM Jr., Sidney. Algumas reflexões sobre a multa do art. 475-J do CPC. In: SANTOS, Ernane Fidélis dos et al. (Org.). *Execução civil – estudos em homenagem ao Professor Humberto Theodoro Júnior*. São Paulo: RT, 2007.

DOUTRINA

PINTO, José Augusto Rodrigues. *Execução trabalhista*. 11. ed. São Paulo: LTr, 2006.

PONTES, Ílina Cordeiro de Macedo. Da autofagia à heterofagia do processo laboral: possíveis consequências da redação do novo CPC sobre a interpretação processual na esfera Trabalhista. *Revista do TRT da 13ª Região*, v. 20, n. 01, João Pessoa: Tribunal Regional do Trabalho da 13ª Região, 2014, p. 439-454.

SCHIAVI, Mauro. *Execução no processo do trabalho*. 7. ed. São Paulo: LTr, 2015.

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. Relação entre o processo civil e o processo do trabalho. In: MESSIA, Elisson (Org.). *O novo Código de Processo Civil e seus reflexos no processo do trabalho*. Salvador: Juspodivm, 2015.

TEIXEIRA FILHO, Manoel Antônio. *Execução no processo do trabalho*. 7. ed. São Paulo: LTr, 2001.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo de execução – parte geral*. 3. ed. São Paulo: RT, 2004.

