

**REVISTA
DA ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS DA
JUSTIÇA DO TRABALHO DA 15^a REGIÃO —
AMATRA XV**

DIREITO PROCESSUAL DO TRABALHO

N. 6 – ANO 2013



REVISTA
DA ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS DA
JUSTIÇA DO TRABALHO DA 15^a REGIÃO —
AMATRA XV

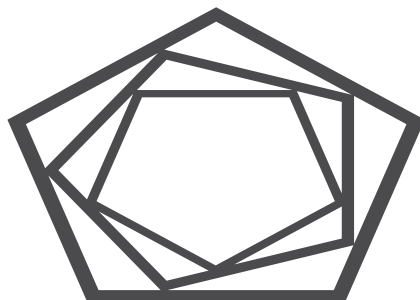
DIREITO PROCESSUAL DO TRABALHO

N. 6 – ANO 2013

LTR[®]



ISBN 1984-3887



AMaTRa^{XV}

Associação dos
Magistrados da
Justiça do Trabalho
da 15^a Região

Associação dos Magistrados da Justiça do Trabalho — 15^a Região

Rua Riachuelo, 473, cj. 62 (Bosque) — CEP: 13015-320 — Campinas (SP) — Brasil

Fone: (19) 3252-0368 — Fax: (19) 3252-6055

E-mail: falecom@amatra15.org.br — URL: <http://www.amatra15.org.br>



EDITORA LTDA.

© Todos os direitos reservados

Rua Jaguaribe, 571
CEP 01224-001
São Paulo, SP – Brasil
Fone (11) 2167-1101
www.ltr.com.br

LTr 5038.0
Fevereiro, 2014

COMISSÃO CULTURAL DA AMATRA XV E CONSELHO EDITORIAL

Desembargador Manoel Carlos Toledo Filho – Coordenador

Desembargador José Antonio Pancotti

Desembargador José Otávio de Souza Ferreira

Juiz Marco Antônio de Souza Branco

Juiz Newton Cunha de Sena

DIRETORIA ELEITA PARA O BIÊNIO 2013/2015

Presidente	Alessandro Tristão
Vice-Presidente	Luís Rodrigo Fernandes Braga
Secretário-Geral	Robson Adilson de Moraes
Diretora Administrativa e Financeira	Teresa Cristina Pedrasi
Diretor de Assuntos Legislativos	Ronaldo Oliveira Siandela
Diretor de Prerrogativas e Assuntos Jurídicos	Fábio Natali Costa
Diretor Cultural	Manoel Carlos Toledo Filho
Diretora Social e Eventos	Alzeni Aparecida de Oliveira Furlan
Diretor de Comunicação Social e Informática	Gothardo Rodrigues Backx Van Buggenhout
Diretora de Direitos Humanos e Cidadania	Cristiane Montenegro Rondelli
Diretor de Esportes e Qualidade de Vida	José Antônio Dosualdo
Diretor de Aposentados	Genésio Vivanco Solano Sobrinho
Diretor Regional de Araçatuba	Sidney Xavier Rovida
Diretora Regional de Bauru	Ana Cláudia Pires Ferreira de Lima
Diretor Regional de Campinas	Saint-Clair Lima e Silva
Diretor Regional de Presidente Prudente	Régis Antônio Bersanin Nieto
Diretor Regional de Ribeirão Preto	Rodrigo Penha Machado
Diretora Regional de São José do Rio Preto	Daniela Renata Rezende Ferreira Borges
Diretora Regional de São José dos Campos	Antonia Sant'Ana
Diretor Regional de Sorocaba	Tony Everson Simão Carmona

CONSELHO FISCAL

Maria Madalena de Oliveira

Marcelo Schmidt Simões

Edson da Silva Junior

COMISSÃO DE PRERROGATIVAS

Samuel Hugo Lima

Rita de Cássia Penkal Bernardino de Souza

Rita de Cássia Scagliusi do Carmo

Levi Rosa Tomé

Paulo Bueno Cordeiro de Almeida Prado Bauer

Fábio Natali Costa

José Antonio Pancotti

Desembargador aposentado do TRT da 15ª Região, Mestre em Direito Constitucional, Prof. de Processo do Trabalho da UNITOLEDO de Araçatuba e Presidente Prudente. Integra o corpo docente da EJDU-15ª Região.

Jorge Pinheiro Castelo

Advogado, especialista (pós-graduação), mestre, doutor e livre docente pela Faculdade de Direito da Universidade São Paulo. Sócio do Escritório Palermo e Castelo Advogados. É o autor dos livros: “O Direito Processual do Trabalho na Moderna Teoria Geral do Processo”; “Tutela Antecipada na Teoria Geral do Processo”, “Tutela Antecipada no Processo do Trabalho” e “O Direito Material e Processual do Trabalho e a Pós Modernidade: A CLT, o CDC e as repercussões do novo Código Civil”, “Tratado de Direito Processual do Trabalho na Teoria Geral do Processo”, todos publicados pela Editora LTr.

Salvador Franco de Lima Laurino

Desembargador do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região. Mestre em Direito Processual pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Especializou-se no Instituto de Direito do Trabalho da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

Rodrigo Garcia Schwarz

Juiz do Trabalho na 11ª Vara do Trabalho de Guarulhos (2ª Região), cujos processos tramitam exclusivamente através do Sistema PJe, Especialista em Direitos Sociais, em Direito da Saúde, em Política e em Mediação Intercultural, Doutor em Direito do Estado (Pontifícia Universidade Católica de São Paulo), Doutor em Direito do Trabalho e da Seguridade Social (Universidad de Castilla-La Mancha) e Doutor em História Social (Pontifícia Universidade Católica de São Paulo), com pós-doutorados na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, na Universidad de Manizales (Colômbia) e na Universidad Nacional de Córdoba (Argentina).

Javier Arévalo Vela

Juez Supremo Titular, Presidente de la Segunda Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, Magíster en Derecho, Profesor de la Maestría en Derecho del Trabajo de la Universidad de San Martín de Porres

Sebastián César Coppoletta

Juiz da Câmara de Apelação Laboral de Santa Fé, Argentina. Mestre pelas Universidades Austral (Argentina) e Kent (Inglaterra). Professor nos cursos de graduação e pós graduação na Universidade Nacional do Litoral. Professor convidado nos cursos de especialização nas Universidades Nacionais de Córdoba e Rosário.

Hélio Grasselli

Juiz Titular da 1ª Vara do Trabalho de São José do Rio Preto, Juiz Convocado do TRT da 15ª Região, Mestre pela PUC/SP, Professor na Pós-graduação da FAAP.

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO	11
ANTEPROJETO DO CPC: PONTOS QUE O DISTANCIAM E QUE O APROXIMAM DO PROCESSO DO TRABALHO.....	13
<i>JOSÉ ANTONIO PANCOTTI</i>	
O PROJETO DO NOVO CPC E REFLEXOS NO PROCESSO DO TRABALHO — PRIMEIRAS IMPRESSÕES	39
<i>JORGE PINHEIRO CASTELO</i>	
APONTAMENTOS SOBRE A ANTECIPAÇÃO DA TUTELA NO PROCESSO DO TRABALHO	58
<i>SALVADOR FRANCO DE LIMA LAURINO</i>	
A JUSTIÇA ANALÓGICA RUMO AO PROCESSO DIGITAL: A PEJOTAEIZAÇÃO DA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL TRABALHISTA	66
<i>RODRIGO GARCIA SCHWARZ</i>	
EL RECURSO DE CASACIÓN EN EL NUEVO PROCESO PERUANO	80
<i>JAVIER ARÉVALO VELA</i>	
COBRO EJECUTIVO DE CRÉDITOS DE NATURALEZA LABORAL.....	94
<i>SEBASTIÁN CÉSAR COPPOLETTA</i>	
A AÇÃO CIVIL PÚBLICA E A SUA IMPORTÂNCIA COMO INSTRUMENTO DE REALIZAÇÃO DO DIREITO MATERIAL DO TRABALHO	117
<i>HÉLIO GRASSELLI</i>	
ACÓRDÃO.....	121

APRESENTAÇÃO

Nessa 6ª edição, a Revista da Associação dos Magistrados da Justiça do Trabalho da 15ª Região – AMATRA XV mantém a tradição de abordar temas vanguardistas e instigantes. Nesse sentido, aliás, a 15ª Região é pródiga na produção de decisões de elevado alcance social, que ecoam nos meios jurídicos nacionais.

É nesse contexto que se faz publicar o Acórdão proferido na Ação Civil Pública proposta perante a Vara do Trabalho de Matão, com as vedações à remuneração por produção na atividade de corte manual de cana. O voto vencedor, de relatoria do Magistrado Hélio Grasselli — que também articulou uma breve contextualização processual do assunto — confirmou sentença proferida pelo Magistrado Renato da Fonseca Janon e, aos fundamentos adotados pela decisão de origem, agregou outros tantos, para concluir pelo acerto da proibição à remuneração por produção dos trabalhadores que se ativam naquelas condições.

O tema aflora paixões. Isso ficou claro a partir das discussões polêmicas no painel “Salário por Produção na Área Rural Viola o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana?”, realizado durante o XVI Congresso de Trabalho Rural, do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região, em outubro de 2013.

Para além da jurisprudência mencionada, essa edição da Revista apresenta abordagem doutrinária contendo algumas das mudanças introduzidas no Anteprojeto do novo Código de Processo Civil e as repercussões no Processo do Trabalho. Ambos os articulistas, José Antonio Pancotti e Jorge Pinheiro Castelo apontam inovações no processo civil com a finalidade de imprimir celeridade, muitas vezes, com inspiração no sistema da oralidade adotado no Processo do Trabalho.

Falando em celeridade processual, os artigos de Salvador Franco de Lima Laurino e de Rodrigo Garcia Schwarz enfatizam essa questão: o primeiro ao abordar aspectos da antecipação da tutela jurisdicional e o segundo ao discorrer sobre questões alusivas ao Processo Judicial Eletrônico (PJE) e suas implicações no andamento processual e aos agentes envolvidos no processo de mudança.

Finalmente, mas não menos importante, a contribuição de renomados juristas latino-americanos, Javier Arévalo Vela e Sebastián Coppoletta, que apontam peculiaridades dos ordenamentos jurídicos processuais do Peru e da Argentina, respectivamente.

Como visto, boas polêmicas e matérias para refletir são trazidas nos artigos e jurisprudência encartados na presente edição. Assim, a AMATRA XV contribui para a reflexão e debate de temas atuais do espectro jurídico nacional e internacional.

Boa leitura!

Alessandro Tristão
Presidente da AMATRA XV

ANTEPROJETO DO CPC: PONTOS QUE O DISTANCIAM E QUE O APROXIMAM DO PROCESSO DO TRABALHO

José Antonio Pancotti⁽¹⁾

Não se pode aguardar solução milagrosa para as inúmeras questões processuais que nos preocupam há muito tempo. Milagres são operados por serem humanos, não pela lei.

Tereza Arruda Alvim Wambier

Resumo: O anteprojeto do novo Código de Processo Civil representa grande avanço por ser didático, de fácil interpretação e, sobretudo, pela simplificação de procedimentos. Além disso, incorpora valores e princípios inerentes à “Tutela Constitucional do Processo”. Define-se no art. 1º que: O processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e princípios fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil. Enfatiza, no art. 6º, que ao: aplicar a lei, o juiz atenderá aos princípios, aos fins sociais a que se dirige e às exigências do bem comum, observando os princípios da dignidade humana, da razoabilidade, da impessoalidade da decisão, da moralidade, da publicidade e da eficiência. A proposta deste trabalho é a de examinar as repercussões do anteprojeto no processo e procedimento na Justiça do Trabalho. Inicialmente, enfoca-se

(1) Desembargador aposentado do TRT da 15ª Região, Mestre em Direito Constitucional, professor de Processo do Trabalho da Unioledo de Araçatuba e Presidente Prudente. Integra o corpo docente da EJDU-15ª Região.

o que harmoniza com o processo do trabalho. Em seguida, destacam-se alguns temas: a estabilização do pedido e da causa de pedir; incidente da desconsideração da pessoa jurídica; incidentes de resolução de demandas repetitivas; irrecorribilidade imediata das decisões interlocutórias; dinâmica da distribuição do ônus da prova — princípio da aptidão para a prova; pedido contraposto e o fim da reconvenção; a conciliação — conciliadores e mediadores não juízes; intervenção de terceiro — *amicus curiae*; rejeição liminar da demanda; um processo civil sincrético e suas repercussões.

Palavras-chave: Anteprojeto — Processo civil — Distância — Aproximação — Processo do trabalho.

Introdução

Desde que se optou, no Brasil, por codificar a normatização do processo judicial, o Código de Processo Civil teve a função de ser a fonte subsidiária dos processos administrativo, eleitoral, penal e trabalhista. O Código tem, por isso, o caráter de um instrumento base e científico que fornece estrutura, conceitos e princípios para a construção consistente e orientadora de Teoria Geral do Processo, de sorte que todas as vezes que se apresenta proposta de inovação do Código de Processo Civil desperta interesse geral e particularmente por todos quantos atuam ou militam na Justiça do Trabalho. É com esta preocupação que nos propomos a examinar alguns aspectos das repercussões do anteprojeto do Código de Processo Civil que tramita no Congresso Nacional.

“Ab initio” louve-se a incorporação, no anteprojeto, do Livro I, Título I, Capítulo I, “Dos Princípios e das Garantias Fundamentais do Processo Civil”. Perfilhando a linha inaugurada pela Constituição Federal de 1988, o novo Código contempla a visão do movimento pós-positivista que norteou o último quartel do Século XX e esse início do Século XXI. Neste sentido, é o enunciado do art. 1º: O processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e princípios fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, observando-se as disposições deste Código, além de preconizar que o juiz, no julgamento da lide, deve aplicar os princípios constitucionais e as normas legais, não as havendo, supletivamente recorrer à analogia, aos costumes e princípios gerais de direito (arts. 6º e 108). A ordem enunciada indica a precedência dos princípios constitucionais de que se deve socorrer o magistrado para a construção do raciocínio jurídico, no ato de decidir.

A nova postura é consentânea com os ideais que norteiam a hermenêutica e a aplicação do direito material e processual, porque não se pode mais considerar a norma sem sua referência aos comportamentos reais da sociedade, quer sob o enfoque dos valores e ideais de justiça, quer por dever reconhecer o direito como busca de ordem jurídica justa. Esse movimento pós-positivista introduz, ainda, novo olhar e pensar o processo, com a normatização dos princípios, na dimensão axiológica dos direitos fundamentais, conquista histórica e intangível das sociedades pós-modernas.

A característica do pós-positivismo é fundamentalmente um conjunto de ideias que ultrapassam os limites do legalismo estrito do positivismo-normativismo de Hans Kelsen, não despreza a forte ascensão dos valores e reconhece a normatização dos princípios, a essencialidade dos direitos fundamentais e o retorno do debate ético nas questões jurídicas⁽¹⁾.

(1) Barroso, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo Direito Constitucional brasileiro. *Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro*, RJ, n. 54, p. 77, 2001.

I. O anteprojeto e processo do trabalho — Harmonização ou polêmica?

Não há dúvida em se afirmar de que as disposições dos arts. 1º, 6º e 8º do anteprojeto se harmonizam com o que dispõe o art. 8º da CLT: *“As autoridades administrativas e a Justiça do Trabalho, na falta de disposições legais ou contratuais, decidirão, conforme o caso, pela jurisprudência, por analogia, por equidade e outros princípios e normas gerais de direito, principalmente do direito do trabalho, e, ainda, de acordo com os usos e costumes, o direito comparado, mas sempre de maneira que nenhum interesse de classe ou particular prevaleça sobre o interesse público.”*

Além disso, está em perfeita consonância com o art. 769: *“Nos casos omissos, o direito processual comum será fonte subsidiária do direito processual do trabalho, exceto naquilo em que for incompatível com as normas deste Título”*, quando no art. 14, o anteprojeto expressamente preconiza que: *“Na ausência de normas que regulem os processos penais, eleitorais, administrativos ou trabalhistas, as disposições deste Código lhes serão aplicadas supletivamente.”*

Neste ponto, ousou discordar do ilustre e respeitado professor Manoel Antonio Teixeira Filho⁽²⁾, quando sustenta que não há harmonia, mas polêmica, entre o art. 14 do anteprojeto e o art. 769 da CLT, afirmando que *“a aplicação é subsidiária por omissão axiológica, ontológica ou normativa”*. Os requisitos para se admitir a subsidiariedade do Código de Processo Civil ao processo do trabalho são simultâneos: omissão e compatibilidade com a normatização da Consolidação das Leis do Trabalho. Destes parâmetros, não se não podem prescindir para a aplicação supletiva do Código. No decorrer deste trabalho, será ressaltado que a marca de celeridade do processo do trabalho pode perder terreno, em alguns aspectos, com os avanços das sucessivas minirreformas do atual Código de Processo Civil, especialmente na fase de liquidação e cumprimento da sentença, se se comparar o procedimento da liquidação por simples cálculo, a teor do art. 475-A e seguintes e com o que estabelece art. 879 da CLT. Estas inovações do Código de Processo Civil albergadas no anteprojeto imprimem maior celeridade, ainda, na medida em que elimina a necessidade de citação do devedor, mediante simples intimação, enquanto a CLT conserva a determinação de citação (art. 880), inclusive para a execução de acordos inadimplidos, mesmo celebrados em audiência com a presença das partes.

Sustenta-se, portanto, que a Consolidação das Leis do Trabalho, mesmo nos pontos em que for omissa, não veda ao juiz do trabalho lançar mão de preceito do Código de Processo Civil que melhor atenda à celeridade e à efetividade do processo do trabalho, porque se estará procurando dar cumprimento ao preceito de direito fundamental da *razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação*, consoante o inciso LXXVII da CF/88, agora reproduzido no art. 4º ao dispor que: *“As partes têm direito de obter em prazo razoável a solução integral da lide, incluída a atividade satisfativa.”*

(2) Conforme professor Dr. Homero, aula de 23.06.2010. Curso Orientação Jurisprudencial, Curso FMB.

Não se pode, porém, criar um ambiente de crise ou de afronta; ao contrário, deve-se priorizar o princípio da segurança jurídica, por uma hermenêutica conforme a Constituição, afastando a aplicação tumultuária dos avanços do Código de Processo Civil a pretexto de subsidiariedade ou, como queira, em caráter supletivo. O anteprojeto do novo Código de Processo Civil é enfático em estabelecer regras no caminhar do procedimento, a fim de que os litigantes tenham à sua disposição normas claras, precisas, objetivas e concisas. Obriga o magistrado a tomar atitudes antes impensadas. Assim, a ausência de pressupostos processuais deve ser noticiada à parte para que, se possível, a corrija (art. 350) ou se os atos e procedimentos revelarem-se inadequados às peculiaridades da causa, deverá o juiz, ouvidas as partes e observados o contraditório e a ampla defesa, promover o necessário ajuste (§ 1º do art. 151), ou como se verá logo abaixo, introduz a estabilização da demanda, consoante art. 314.

É visível no anteprojeto a prioridade da ausência de surpresas para os litigantes, a flexibilidade formal dos atos e procedimentos e a exigência da mais completa fundamentação dos despachos e das decisões, com absoluta atenção e à relevância dos princípios constitucionais que informam o direito processual: o contraditório, a ampla defesa, do devido processo legal, iniciando expressamente por preconizar que: *Ao aplicar a lei, o juiz atenderá aos princípios, aos fins sociais a que se dirige e às exigências do bem comum, observando os princípios da dignidade humana, da razoabilidade, da impessoalidade da decisão, da moralidade, da publicidade e da eficiência.* (CPC, art. 6º)

Destarte, vislumbra-se a possibilidade de reconhecer ao juiz do trabalho, uma vez convertido o anteprojeto em lei, a legitimidade para aplicar os avanços que o novo Código de Processo Civil venha introduzir no ordenamento processual civil, sem desconsiderar, por serem óbvias as peculiaridades e os aspectos absolutamente incompatíveis com o processo trabalhista. O que se constata, porém, é que há progressos que não podem ser desprezados, do que decorre um vasto caminho a percorrer e um fecundo terreno para uma construção jurisprudencial que incorpore estes avanços para a segurança jurídica dos litigantes trabalhistas.

II. A estabilização do pedido e da causa de pedir

Nos arts. 264 e 294⁽³⁾ do Código em vigor, uma vez ofertada a contestação estabilizam-se o pedido e a causa de pedir que não podem mais sofrer modificações.

Sendo característica essencial para o processo do trabalho a necessidade da audiência, por priorizar conciliação, é a oportunidade em que o juiz tem contato direto

(3) Art. 264. *Feita a citação, é defeso ao autor modificar o pedido ou a causa de pedir, sem o consentimento do réu, mantendo-se as mesmas partes, salvo as substituições permitidas por lei.*

Art. 294. *Antes da citação, o autor poderá aditar o pedido, correndo à sua conta as custas acrescidas em razão dessa iniciativa.*

com as partes e testemunhas. Neste mister, o juiz acaba por colher maiores informações, conhecer mais elementos e circunstâncias que podem aperfeiçoar e delinear com mais precisão os contornos do litígio que sequer constam da *litiscontestatio*.

O anteprojeto propõe que, antes de proferida a sentença, a parte possa aditar ou alterar o pedido e a causa de pedir, desde que o faça de boa-fé e que não importe em prejuízo ao réu, assegurada a sua impugnação ou manifestação, facultando-lhe a produção de prova suplementar, com igual oportunidade relativamente ao pedido contraposto (art. 314).

A respeito da inovação, Ada Pellegrini Grinover⁽⁴⁾ sustenta que:

Sem se chegar ao extremo de se permitir a alteração do pedido e da causa de pedir em grau de apelação, como previsto em alguns ordenamentos — o que demandaria a observância do contraditório em segundo grau de jurisdição — certamente pedido e causa de pedir podem ser alterados até a sentença, desde que a modificação seja feita de boa-fé, não represente prejuízo injustificado para a parte contrária e o contraditório seja preservado. Melhor reabrir o contraditório (alegando e provando) no mesmo processo, do que relegar a matéria ao ajuizamento de um nova demanda. É questão de economia processual voltada a evitar a multiplicidade de processos.

Acrescenta a autora que, no Brasil, isto já acontece no processo penal, em que a denúncia ou a queixa podem ser aditadas até a sentença, observado o contraditório.

A reclamação trabalhista só excepcionalmente traz pedido único; na sua generalidade; são pedidos cumulados, em que, a rigor, comportariam uma ação e um processo distintos. Se um dos pedidos se mostra de plano inviável e que, se levado avante, demandaria produção de prova que onera inutilmente o processo, o juiz, na audiência, invariavelmente convence a parte de desistir daquele pedido. Desse mesmo modo, em diálogo franco e aberto com as partes, o juiz pode e deve, em prol da celeridade e efetividade, esclarecer que a alteração do pedido e o acréscimo de pedido, só evita a nova ação que inafastavelmente será proposta, *a posteriori*. Se não se sentir confortável, pelo menos aceite aditamento, nos moldes propostos pelo anteprojeto, para evitar, como sustenta a professora da USP, a multiplicidade de processos.

Assim, oferecida a defesa, estabilizou-se a demanda, contudo, sem prejuízo do adiamento da causa de pedir ou pedido, bem assim do pedido contraposto.

De sorte que, salvo melhor juízo, a proposta deve ser bem-vinda ao processo trabalho.

(4) *Bases científicas para um renovado direito processual*. Mudanças estruturais para o novo processo civil. Salvador: Podvim, 2009. p. 24.

III. Do incidente da desconsideração da pessoa jurídica

No processo do trabalho, é usual declarar-se a desconsideração da pessoa jurídica, *ex officio*, na fase de execução, quando, pelos elementos dos autos, o juiz do trabalho infere que os administradores ou os sócios esvaziaram de tal modo o patrimônio da sociedade que a tornou insolvente, de sorte que o exequente nada encontrará, ou quando encontrar, só se deparará com bens inidôneos a responder pelo crédito trabalhista. Não raro, a precária situação econômica da sociedade comercial, industrial ou de serviços, os administradores ou sócios ostentam patrimônio pessoal e particular incompatível com os rendimentos a título de *pro labore* ou de retiradas dos frutos da sociedade. Em comarcas do interior, em que a conduta das pessoas é mais exposta perante a comunidade, este quadro é extremamente desmoralizante para a Justiça, porque não se consegue entregar ao credor o bem da vida, fim último da prestação jurisdicional, a pretexto que não encontra patrimônio do devedor (sociedade). No entanto, os seus sócios não têm o menor constrangimento de ostentar padrão de vida que absolutamente nada condiz com a situação econômica da empresa.

Assim, é extremamente útil, na busca da real efetividade da execução, a declaração da desconsideração da pessoa jurídica de forma célere e expedita, com vistas a alcançar os bens particulares dos administradores ou dos sócios, para responder pelas dívidas trabalhistas da sociedade. O administrador ou sócio passa a ser, então, o devedor e integra o polo passivo da execução trabalhista. Ato contínuo, determina-se sua a citação, para que a execução contra ele prossiga.

Apesar de ser um procedimento singelo e célere, não oferece insegurança jurídica, porque está sob a salvaguarda do contraditório e ampla defesa, por todos os meios processuais que a lei processual oferece ao devedor, para resistir à execução. Nesta oportunidade, poderá alegar e provar todas as questões de fato e de direito, em defesa dos seus interesses, especialmente o eventual descabimento da declaração de desconsideração da pessoa jurídica.

O anteprojeto traz inovações profundas, porque pressupõe a necessidade de requerimento da parte, para a instauração de um incidente específico com vistas à obtenção de declaração judicial de desconsideração da pessoa jurídica. Ainda que possa ser requerida em qualquer processo ou procedimento (conhecimento ou execução), preconiza-se a concessão de um prazo de quinze dias para sócio ou terceiro manifestar e requerer as provas cabíveis, seguindo-se a possibilidade de instrução probatória específica que culminará com decisão impugnável por agravo de instrumento.

O Código é silente, mas parece visível a necessidade de suspensão do processo até a decisão do incidente, mesmo porque não há disposição de que sua instauração não suspenda o andamento do processo. Se se der na fase de conhecimento, será admissível é até razoável a suspensão do procedimento, mas, na fase de execução, como visto, será prejudicial à celeridade e efetividade. Não se vislumbra, porém, a necessidade de instauração do incidente no processo do trabalho, na fase de conhe-

cimento, de sorte que, à primeira vista, estaria inviabilizada a desconsideração da pessoa jurídica, por iniciativa do juiz ou de ofício.

Não obstante, omissa a Consolidação das Leis do Trabalho, este é um dos pontos que o anteprojeto atrita frontalmente com os princípios da informalidade, celeridade e efetividade do processo do trabalho, tornando, por isso, desaconselhável a sua aplicação. A possibilidade de cabimento de recurso da decisão, nitidamente de natureza interlocutória, vai na contramão do espírito do anteprojeto que alardeia a irrecorribilidade imediata dos interlocutórios.

Na Justiça do Trabalho, se aplicado tal procedimento incidental, seria o caos, especialmente na execução, porque deflagraria um procedimento incidental complexo que postergaria e até atravancaria a prestação jurisdicional. A dinâmica da atividade econômica que envolve a atuação empresarial, seja com a alienação do patrimônio da empresa ou alteração da personalidade jurídica, retirada e admissão de sócios, ou os escaninhos artificiosos de desvios de patrimônio da empresas, inviabiliza o uso de tal procedimento, sem prejuízo à efetividade do processo do trabalho.

Este é um dos pontos que o anteprojeto se distancia do processo do trabalho.

IV. Irrecorribilidade imediata das decisões interlocutórias

As características das decisões interlocutórias é serem proferidas no curso do procedimento com vistas a resolver questão incidental⁽⁵⁾, sem pôr fim ao processo. No Código de Processo Civil vigente, tais decisões, se não atacadas oportunamente, se cristalizam e, tornam-se imutáveis, pelo fenômeno da preclusão, impedindo que sejam revistas pelo tribunal.

Diversamente, a Consolidação das Leis do Trabalho, no art. 893, § 1º, preconiza que: *Os incidentes do processo são resolvidos pelo próprio juízo ou Tribunal, admitindo-se a apreciação do merecimento das decisões interlocutórias somente em recursos da decisão definitiva.*

Consagrou-se aí a irrecorribilidade imediata das decisões interlocutórias, no processo do trabalho.

O receio de se consolidar a preclusão das decisões interlocutórias, no processo do trabalho, tem levado advogados mais cautelosos a lançarem protestos diante de tais decisões desfavoráveis, em audiência ou no curso do processo, reavivando-os nas razões finais, a fim de que o juiz se pronuncie na sentença, possibilitando a rediscussão nas razões recursais. É uma cautela válida, porém, não necessariamente exigida.

Neste sentido, não sob a forma de protesto, mas de agravo retido oral, a constar do termo, expostas sucintamente, o § 3º do art. 523 do vigente Código de Processo Civil,

(5) SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas...* São Paulo:Saraiva, 1984, 3º V. p. 7.

admite a impugnação de decisões interlocutórias proferidas em audiência, conforme redação da Lei n. 9.139, de 30.11.95. Alguns juízes do trabalho tinham restrições quanto ao lançamento de protestos no termo de audiência, porém, a prática o consagrou, a ponto de, hoje, inexistindo o protesto, há entendimentos de que estaria configurada a preclusão.

Pois bem. O art. 929 do anteprojeto do novo Código de Processo Civil depois de restringir as hipóteses de cabimento de agravo de instrumento, no parágrafo único, traz uma inovação que muito aproxima o processo civil do processo do trabalho: *As questões resolvidas por outras decisões interlocutórias proferidas antes da sentença não ficam acobertadas pela preclusão, podendo ser impugnadas pela parte, em preliminar, nas razões ou contrarrazões de apelação.*

Não se pode descurar que o anteprojeto, no inciso IV do art. 929, ressalva *em outros casos expressamente referidos neste Código ou na lei*, como, no caso de decisão em incidente de desconsideração da pessoa jurídica.

É inegável, porém, o avanço no parágrafo único do art. 923 do anteprojeto do novo Código: *As questões resolvidas na fase cognitiva não ficam cobertas pela preclusão e devem ser suscitadas em preliminar de apelação, eventualmente interposta contra a decisão final.*

Ada Pellegrini Grinover⁽⁶⁾, referindo-se às preclusões, sustenta que:

4.1. Preclusões

O sistema brasileiro, de preclusões rígidas, dificulta a prestação jurisdicional rápida e expedita, contrariando o dogma constitucional da duração razoável do processo.

4.1.1. A recorribilidade das interlocutórias

O sistema pátrio é um dos poucos que permite a recorribilidade das decisões interlocutórias, por meio de agravo (retido ou de instrumento). O Agravo retido constitui uma antigualha, completamente destituída de sentido. Se o recurso vai ser apreciado como preliminar futura, eventual apelação, para quê agravar?

Bastará dizer que as decisões interlocutórias não se sujeitam à preclusão, devendo ser impugnadas na oportunidade de interposição da apelação, ressalvado o recuso contra as decisões interlocutórias que possam provocar lesão grave e irreparável à parte. [...]

O processo do trabalho convive pacificamente com a irrecorribilidade imediata das decisões interlocutórias, sem ofensa a nenhum princípio constitucional, porque nos casos em

(6) Mudanças estruturais para o novo processo civil. In: *Bases científicas para um renovado direito processual*. Salvador: Jus PODVM, 2009. p. 24.

que possam provocar lesão grave ou irreparável à parte, como as tutelas de urgência, se proferida antes da sentença, podem ser atacadas por mandado de segurança ou proferidas na sentença, será possível obter a sua suspensão, por meio de medida cautelar que dará efeito suspensivo ao recurso cabível (vide Súmula n. 414 do TST).

Ademais, como visto acima, os mais cautelosos não deixam lançar seus protestos, para afastar qualquer interpretação de que se curvaram à decisão interlocutória desfavorável.

Assim, o grande avanço do anteprojeto do novo Código de Processo Civil já se encontra incorporado, desde as suas origens, ao processo do trabalho.

V. Incidentes de resolução de demandas repetitivas

No Livro IV do anteprojeto, “Dos processos nos Tribunais e dos Meios de Impugnação das Decisões Judiciais”, introduziu-se este expediente processual: *É admissível o incidente de demandas repetitivas sempre que identificada controvérsia com potencial de gerar relevante multiplicação de processos fundados em idêntica questão de direito e de causar grave insegurança jurídica, decorrente do risco de coexistência de decisões conflitantes.*

A transcrição do preceito, por si só, ressalta que ações repetitivas com potencialidade de decisões conflitantes causam grave insegurança jurídica. É uma realidade nos nossos Tribunais que ninguém pode ignorar. O expediente de uniformização de jurisprudência nas segundas instâncias não se mostrou eficiente para impedir o fenômeno, especialmente na Justiça do Trabalho.

Uma vez admitido o incidente, pelo pleno ou órgão especial do tribunal, o presidente da corte determinará, na própria sessão, a suspensão dos processos pendentes, em primeiro e segundo grau de jurisdição. Julgado o incidente, a tese jurídica será aplicada a todos os processos que versarem idêntica questão de direito (arts. 899 e 903).

Não obstante o Código disciplinar o procedimento do incidente de resolução das demandas repetitivas, nada impede que seja acolhido pelos regimentos internos dos Tribunais do Trabalho, mediante aplicação subsidiária do novo Código de Processo Civil, porque compatível com a ordem dos processos nos Tribunais, o que, por óbvio, vai requerer infraestrutura adequada para a sua implementação.

Eis um ponto que pode aprimorar a atividade jurisdicional dos tribunais do trabalho.

VI. Dinâmica da distribuição do ônus da prova — Princípio da melhor aptidão para a prova

O anteprojeto do novo Código de Processo Civil, no art. 261, manteve o clássico ou tradicional sistema de que ao autor cabe o ônus de provar os atos constitutivos do

seu direito e ao réu a prova dos fatos impeditivos, modificativos e extintivos. Entretanto, no art. 262, incorporou o princípio de distribuição dinâmica do encargo probatório, atribuindo o ônus de provar à parte que tem maior aptidão para a produzi-la:

Art. 262. Considerando as circunstâncias da causa e as peculiaridades do fato a ser provado, o juiz poderá, em decisão fundamentada, observar o contraditório, distribuir de modo diverso o ônus da prova, impondo-o à parte que estiver em melhores condições de produzi-la.

§ 1º Sempre que o juiz distribuir o ônus da prova de modo diverso do disposto no art. 261, deverá dar à parte oportunidade para o desempenho adequado do ônus que lhe foi atribuído.

§ 2º A inversão do ônus da prova, determinada expressamente por decisão judicial, não implica em alteração das regras referente aos encargos de respectiva produção.

No processo do trabalho, a jurisprudência vem, ainda que timidamente, admitindo o emprego da distribuição dinâmica do ônus da prova, atribuindo ao empregador, a quem compete documentar fatos e ocorrência no contrato individual de trabalho, o ônus de prova mediante cartão de ponto; por exemplo, a efetiva jornada do empregado, quando a empresa contar com mais de 10 empregados. O anteprojeto do novo Código de Processo Civil vai mais além, quando expressamente consagra que o encargo probatório fica a cargo da *parte que detiver melhores condições de produzi-la*.

Ada Pellegrini Grinover⁽⁷⁾ critica, com razão, o anteprojeto no que mantém o princípio clássico: *Trata-se de um princípio estático e superado pela realidade, em que freqüente em que réu tem mais condições de provar fatos constitutivos do que o autor, sobretudo quando existe desigualdade real na posição das partes*. Entretanto, ressalta a autora, a inovação é bem-vinda e salutar, porque dá nova dinâmica à instrução probatória.

O anteprojeto, na proposta original, era mais enfático, ao cogitar que *a carga da prova incumbe à parte que detiver conhecimentos técnicos ou informações específicas sobre fatos, ou maior facilidade em sua demonstração*. Infelizmente, foi retirada, na tramitação no Senado.

No caso do processo do trabalho, a empresa é a parte que terá conhecimento técnico e detém informações específicas acerca de fatos, sem contar que, em face do natural poder gerencial e de documentação que decorre do poder organização, direção e controle no ambiente de trabalho, terá sempre maior facilidade para demonstração dos fatos, em busca da verdade.

(7) REVISTA JURÍDICA CONSULEX, ano XIV, 14 — 15.02.2010, p. 31.

Na controvérsia acerca da extinção do contrato, por exemplo, em que o empregador alega pedido de demissão e o empregado sustenta que foi dispensado sem justa causa, quem melhor tem condições de provar que houve pedido de demissão é a empresa, não sendo o caso de se atribuir exclusivamente ao empregado o ônus de provar a dispensa sem justa causa. Assim, não provado o pedido de demissão, deve prevalecer o argumento da dispensa sem justa causa. Na sistemática vigente, se o empregado não prova a dispensa sem justa causa, invariavelmente acolhe-se que houve pedido de demissão, porque desconsidera a dinâmica da distribuição do ônus da prova.

VII. O pedido contraposto e o fim da reconvenção

O art. 337 do anteprojeto do novo Código de Processo Civil explicitamente adota o sistema de que em todas as ações têm caráter dúplice, sempre que seria cabível a reconvenção. Assim, o réu na contestação, depois de expor toda a matéria de defesa poderá formular pedido contraposto para manifestar pretensão própria que seja conexa com a ação principal ou com o fundamento da defesa.

E mais, a desistência da ação ou a sua extinção não obsta o prosseguimento do pedido contraposto, com a instrução do pedido efetuado na defesa.

O art. 307, parágrafo único, transporta todos os requisitos para o pedido do autor, com aplicação ao pedido contraposto, isto é, quanto à necessidade de pedido certo e determinado, facultando-se a formulação de pedido genérico, com a determinação desde logo das consequências do fato ilícito, ou quando a determinação do objeto ou do valor da condenação depender de ato da parte contrária.

Não há aí nenhum prejuízo, porque não exige para se deduzir pedido contraposto identidade de rito, apenas a conexão com o pedido e/ou argumentos da defesa.

No processo do trabalho, o pedido contraposto vinha sendo adotado exclusivamente nos dissídios coletivos, admitindo-se que o suscitado formule pedido de cláusulas, e por vezes acolhe-se, embora não fora objeto do pedido do suscitante.

No dissídio individual trabalhista de procedimento sumariíssimo, não se admite pedido contraposto, como no procedimento sumário, no cível, conforme art. 278, § 1º (*É lícito ao réu, na contestação, formular pedido a seu favor, desde que fundado nos mesmos fatos referidos na inicial*).

Este avanço do anteprojeto do novo Código de Processo Civil deve ser incorporado ao processo do trabalho, extirpando, por exemplo, a polêmica do cabimento da reconvenção, no caso de ação de consignação em pagamento de verbas rescisórias, em que o empregado reconvém, formulando verdadeira reclamação trabalhista ou no inquérito judicial para a apuração de falta grave em que a reconvenção pede a reintegração ou

indenização correspondente ao período estabilitário. Será suficiente que o trabalhador reclamado na consignatória, depois de esclarecer os fundamentos da resistência da recusa em receber as verbas que a empresa quis pagar, deduza pedido próprio de pagamento correto do que lhe entender devido, decorrente de dispensa sem justa causa, por exemplo.

Não é mais oponível o argumento da incompatibilidade de rito procedimental, como se o pedido inicial ensejar procedimento de rito sumariíssimo e o pedido contraposto rito ordinário, porque no sistema trabalhista, com alguma exceção, o que define o rito é o valor do pedido inicial, de sorte que se o pedido inicial ensejar procedimento de rito sumariíssimo e o pedido contraposto rito ordinário, será viável que o juiz do trabalho converta para este rito, na própria audiência, determinando a reautuação e reclassificação do feito, para fins cadastrais e estatísticos. Esta postura é mais consentânea com a razoável duração do processo, porque busca a sua celeridade e efetividade, em vez de exigir que o reclamado venha propor reclamação trabalhista autônoma.

VIII. A conciliação — Conciliadores e mediadores não juízes

Na Justiça do Trabalho a conciliação sempre foi e continua sendo o meio mais eficaz para a composição dos litígios, tanto no dissídio individual como no coletivo. No dissídio individual, o Juiz do Trabalho tem por dever, de ofício, propor a conciliação, no mínimo, em duas oportunidades, na mesma audiência: no início e depois de encerrada a instrução. Em nenhum momento, se descarta a busca da conciliação, em qualquer fase do processo e, na prática, mesmo depois de desencadeada a execução forçada.

A opção da Justiça do Trabalho pela conciliação remonta às suas origens, tanto na primeira instância, como na segunda instância, basta um exame da Consolidação das Leis do Trabalho⁽⁸⁾.

(8) Art. 678. Aos Tribunais Regionais, quando divididos em Turmas, compete:

I — ao Tribunal Pleno, especialmente:

a) processar, **conciliar** e julgar originariamente os dissídios coletivos

Art. 764. Os dissídios individuais ou coletivos submetidos à apreciação da Justiça do Trabalho serão sempre sujeitos à **conciliação**.

§ 1º Para os efeitos deste artigo, os juízes e Tribunais do Trabalho empregarão sempre os seus bons ofícios e persuasão no sentido de uma solução **conciliatória** dos conflitos.

§ 2º Não havendo acordo, o juízo **conciliatório** converter-se-á obrigatoriamente em arbitral, proferindo decisão na forma prescrita neste Título.

§ 3º É lícito às partes celebrar acordo que ponha termo ao processo, ainda mesmo depois de encerrado o juízo **conciliatório**.

Art. 846. Aberta a audiência, o juiz ou presidente proporá a **conciliação**.

A particularidade é que a conciliação no processo do trabalho se dará sempre com a participação efetiva do juiz do trabalho. Há uma forte resistência em se delegar a tentativa de conciliação a servidores, como havia reserva em delegá-la aos juízes classistas, enquanto subsistiram as Juntas de Conciliação e Julgamento.

O novo Código avança, de forma significativa, se comparado com a sua versão original de 1973 e mesmo depois das minirreformas. Assim, o processo civil aos poucos foi se enriquecendo com as contribuições da experiência da Justiça do Trabalho e avança, criando conciliadores não juízes, o que se pode tornar efetiva na tentativa de conciliação.

O anteprojeto expressamente preconiza que a conciliação e a mediação devem ser estimuladas por magistrados, advogados, defensores públicos Ministério Público, inclusive no curso de processo judicial (art. 135). Nunca, a conciliação no processo civil, teve tratamento tão enfático. Não se desconhece o preconceito que os civilistas tinham, em relação ao processo do trabalho, exatamente por seu caráter marcante de enfatizar e priorizar a conciliação.

No art. 333, o anteprojeto do novo Código diz expressamente que: *Se a petição inicial preencher os requisitos essenciais e não for o caso de rejeição liminar da demanda, o juiz designará audiência de conciliação com antecedência mínima de quinze dias.* As únicas ressalvas serão: se as partes se mostrarem, de pronto, contrárias à conciliação; por outros motivos, o juiz constatar a inviabilidade de conciliar.

No mais, o propósito é que a tentativa de conciliação se mostre obrigatória, com pauta de audiências específicas e que precede à audiência de instrução e julgamento. Não há cominação de nulidade, mas fica evidente que se o juiz for omissivo, estará contrariando o preceito legal.

Inova, ainda, de maneira antes impensada, quando insere entre os auxiliares do juiz a figura dos conciliadores e mediadores oficiais facultando a criação, pelos tribunais, de setor específico para tal fim. Resgata-se, com isso, a figura do pretor, no processo civil romano, na medida em que se facultará aos litigantes escolher o conciliador ou mediador e, se infrutífero este acordo, haverá sorteio entre os inscritos no registro do tribunal (veja arts. 134 e 144 do anteprojeto).

O anteprojeto traz, ainda, algo que não se depara na Consolidação das Leis do Trabalho, nem no Código do Processo Civil: a conciliação e a mediação são informadas pelos

Art. 850. Terminada a instrução, poderão as partes aduzir razões finais, em prazo não excedente de 10 (dez) minutos para cada uma. Em seguida, o juiz ou presidente renovará a proposta de **conciliação**, e não se realizando esta, será proferida a decisão.

Art. 858. A representação será apresentada em tantas vias quantos forem os reclamados e deverá conter:

- a) designação e qualificação dos reclamantes e dos reclamados e a natureza do estabelecimento ou do serviço;
- b) os motivos do dissídio e as bases da **conciliação**.

princípios da independência, da neutralidade, da autonomia da vontade, da confidencialidade, da oralidade e da informalidade. O novo Código introduz, então, os princípios que norteiam a postura do conciliador e das partes.

Além de criar um padrão de conduta para quem quiser ser conciliador, institui requisitos para a função: não são servidores; obrigatoriamente devem estar inscritos na Ordem dos Advogados do Brasil; constar do quadro de conciliadores e mediadores do tribunal; ostentar prova de capacitação específica que o habilite para função; não patrocinar causas em que funcione como conciliador. A satisfação destes requisitos será exigida para a habilitação perante o tribunal.

Depreende-se que não foi uma experiência bem sucedida o uso de conciliadores voluntários pelos Juizados Especiais instituídos pela lei nº 9.099/95, por falta de capacitação e porque o trabalho voluntário não vincula o conciliador ao juiz encarregado da homologação do acordo. Observe-se que o anteprojeto preconiza que o juiz responsável traçará os parâmetros para a atuação do conciliado ou mediador.

A propósito, está em curso uma experiência inovadora no TRT/23ª Região, Mato Grosso-Cuiabá, que instituiu um núcleo de conciliação, na sede do Tribunal. Neste núcleo centralizaram-se as tentativas de conciliação de processos em curso nas Varas da Capital e na segunda instância. Os conciliadores são servidores do Tribunal, cujo trabalho é coordenado ou supervisionado por um Juiz do Trabalho. É o caso de se colher experiência e aprimorar o sistema. Além disso, cogita-se de remunerar o conciliador e o mediador.

No Fórum Trabalhista de Paulínia, cidade próxima a Campinas, no TRT/15ª Região, há outra experiência que tem se mostrado eficaz, em que o juiz faz uma triagem dos processos a serem submetidos à conciliação, permitindo a atuação de um conciliador leigo, não servidor. Trata-se de um servidor público aposentado, com larga experiência como conciliador no juizado especial cível da Comarca e que se propôs a desenvolver tais serviços no Fórum Trabalhista, sob a supervisão direta dos juízes do trabalho.

Há, ainda, as experiências relatadas por técnicos do Ministério da Justiça, na oficina da Escola Judicial do TRT de Campinas, em juizados especiais federais e estaduais, com a participação de conciliadores e mediadores não juízes, por servidores devidamente capacitados. É o caso de a Justiça do Trabalho acompanhar e avaliar melhor a instituição de centros de conciliação monitorados por um juiz do trabalho, auxiliado por servidores públicos que tenham perfil para essa tarefa, não sem passar antes por um curso de capacitação.

Sem estes requisitos do conciliador ou mediador, ainda que se trate de servidor, pode-se chegar ao insucesso que se verificou nos juizados especiais estaduais e federais.

Eis aí, um avanço que o projeto traz e pode ser utilizado pela Justiça do Trabalho.

IX. Tutela de urgência e tutela de evidência

O anteprojeto do novo Código de Processo Civil, a partir do art. 277 reúne e disciplina as tutelas de urgência — cautelares e satisfativas — inovando com o que denominou de tutela de evidência. Equivale dizer, engloba medidas cautelares em geral ou inominadas (CPC, art. 798) e a tutela antecipada e tutela específica (CPC, arts. 273 e 461).

E mais, com maior concisão que o art. 798 do atual CPC, o anteprojeto preconiza, no art. 278, que: *O juiz poderá determinar medidas que considerar adequadas quando houver fundado receio de que uma parte, antes do julgamento da lide, cause ao direito da outra lesão grave e de difícil reparação.*

A norma se insere no poder geral de cautela do juiz que, por sinal, é muito pouco utilizado pelos juízes de direito, exceto em questões de família, da infância e adolescência, ações possessórias e previdenciárias.

No processo do trabalho, o poder geral de cautela é mitigado pela jurisprudência.

Aliás, a jurisprudência é conservadora, ainda, quando o juiz do trabalho defere a tutela antecipada do art. 273 do Código de Processo Civil, em obrigação de pagar verbas rescisórias, ante a inquestionável dispensa sem justa causa. É certo, porém, que se o empregado não a solicitou na peça de ingresso, mas durante a audiência surgem indícios e ou a evidência de que o empregador, que se recusa a conciliar, está se mudando do município ou comarca, ou corre o risco de desaparecer, sem considerar a natureza alimentar das parcelas, não há razão para subtrair do juiz o poder de determinar de imediato tal pagamento. Não é necessário dizer que o deferimento da tutela antecipada, acompanhada de *astreinte* para o caso de descumprimento, é fator que estimula o adimplemento da decisão judicial.

A concentração das tutelas de urgência e de evidência com idêntica disciplina contribui em muito para a celeridade e efetividade do processo e deve ser adotada, de pronto, pelo processo do trabalho. A Consolidação das Leis do Trabalho só contempla duas hipóteses de tutela antecipada, no art. 659, IX e X, carecendo de uma norma genérica para contemplar outras em que a medida se mostre viável, diante do caso concreto. Trata-se de medida absolutamente compatível com o processo trabalhista, em harmonia com os princípios da celeridade e efetividade.

A tutela da evidência é uma ideia nova que merece destaque especial.

O art. 285 do anteprojeto do novo Código de Processo Civil diz expressamente:

Art. 285. Será dispensada a demonstração de risco e dano irreparável ou de difícil reparação quando:

I — ficar caracterizado o abuso do direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do requerido;

II — um ou mais dos pedidos cumulados ou parcela deles mostrar-se incontroverso, caso em que a solução será definitiva;

III — a inicial for instruída com prova documental irrefutável do direito alegado pelo autor a que o réu não oponha prova inequívoca; ou

IV — a matéria for unicamente de direito e houver jurisprudência firmada em julgamento de casos repetitivos ou súmula vinculante.

Parágrafo único. Independente igualmente de prévia comprovação de risco de dano a ordem liminar, sob cominação de multa diária, de entrega de objeto custodiado, sempre que o autor fundar seu pedido reipersecutório em prova documental adequada do depósito legal ou convencional.

Não se reproduziu a exigência do *caput* do art. 273 do Código de Processo Civil acerca da *prova inequívoca*, que convença o juiz da *verossimilhança* da alegação da parte. Andou bem o legislador em apenas exemplificar as hipóteses que ensejam a “tutela de evidência”. Com efeito, não aí *numerus clausulus*, mas enunciado de hipótese que a jurisprudência pode perfeitamente enriquecer, ampliando-as.

Há ampla possibilidade de aplicação das tutelas de evidência no processo do trabalho. É rotineira a presença das partes em audiência, ante a dispensa sem justa causa, em que é indiscutível a estabilidade provisória (gestante, dirigente sindical, cipeiro, véspera de aposentadoria, acidentado etc.). A tutela judicial se limita a aguardar a decisão final do curso ordinário, para ao final converter a decisão em indenização, por decurso do prazo estável. Não difere o exemplo já citado da incontroversa dispensa sem justa causa, sem pagamento das verbas rescisórias.

A grande novidade são aquelas hipóteses em que o pedido ou a defesa se fundamentam em teses refutadas por julgamentos repetitivos. Vislumbra-se que, por exemplo, os mais de quatrocentos verbetes de Orientação Jurisprudencial do Tribunal Superior do Trabalho, resultam indiscutivelmente de julgamentos repetitivos. Assim, autoriza-se o juiz a aplicar a tutela de evidência, quando a tese do pedido ou da defesa contrariar aqueles precedentes jurisprudenciais.

Nas hipóteses de cumulação de ações, muito comum na Justiça do Trabalho, se um pedido ou parcela for incontroverso, a solução mediante a tutela de evidência será definitiva; significa execução definitiva de imediato.

X. Intervenção de terceiro — Amicus curiae

Por preocupação com a celeridade e a efetividade do processo do trabalho, as diversas formas de intervenções de terceiro previstas no Código de Processo Civil sempre encontraram resistência para a sua aplicação por juízes do trabalho.

Não é necessário dizer que a CLT só cogitava do chamamento em caso do art. 486, *factum principis*.

O anteprojeto do novo Código de Processo Civil resumiu as hipóteses antigas e de interpretação complexa de intervenção de terceiro à assistência e o chamamento ao processo. Inovou com a introdução do *amicus curiae*.

O chamamento ao processo sempre foi e continua aceito no processo do trabalho. Havia, porém, resistência quanto à denúncia da lide, tida por incompatível. Entretanto, quanto a esta, houve revisão de entendimento do Tribunal Superior do Trabalho que cancelou a Orientação Jurisprudencial SBDI-1 n. 227. Tal se deu em razão da Emenda Constitucional n. 45 que incluiu na competência da Justiça do Trabalho as ações de reparação por danos materiais e morais. Assim, pelo novo entendimento do TST, o empregador tem o direito a denunciar a lide à seguradora, para resguardar o seu de regresso (CPC, art. 76).

Acredita-se que a proposta de dar nova feição ao chamamento ao processo, que engloba a denúncia da lide, é perfeitamente aceitável na Justiça do Trabalho, como se aceita o chamamento do tomador de serviços para integrar o polo passivo da relação processual, quando acionada a empresa terceirizada.

Houve avanços e aperfeiçoamento que se compatibilizam com o processo do trabalho.

Amicus Curiae

O anteprojeto do novo Código de Processo Civil, no Capítulo V, Título I, Livro II, art. 320 dispõe que:

O juiz ou o relator, considerando a relevância da matéria, a especificidade do tema objeto da demanda ou a repercussão social da lide, poderá, por despacho irrecorrível, de ofício ou a requerimento das partes, solicitar ou admitir a manifestação de pessoa natural, órgão ou entidade especializada, no prazo de dez dias da sua intimação.

Parágrafo único. A intervenção de que trata o caput não importa alteração da competência, nem autoriza a interposição de recursos.

O entendimento do Supremo Tribunal Federal foi inicialmente em resistir à figura, tanto que o regimento interno da Excelsa Corte expressamente vedava, nas ações direta de inconstitucionalidade, ação declaratória de constitucionalidade e ação de arguição de descumprimento de preceito fundamental.

Evoluiu-se, porém, para admitir como forma especial de intervenção de terceiro fora da nomenclatura do Código de Processo Civil. Tratava-se do instituto *amicus curiae* ou *amigo da corte*.

O amigo da corte é aquele que lhe presta informações sobre matéria de fato e de direito objeto de controvérsia. Sua função é chamar a atenção dos julgadores para alguma matéria que poderia, de alguma forma, escapar-lhes ao conhecimento. Um memorial de *amicus curiae* pode ser produzido, assim, por quem não é parte no processo, com vistas a auxiliar a Corte, contribuindo para o acerto da decisão, ou com vistas a sustentar determinada tese jurídica em defesa dos interesses públicos ou privados de terceiros, que serão indiretamente afetados pelo desfecho da questão⁽⁹⁾.

Segundo o professor Gustavo Binenbojm⁽¹⁰⁾: *É tradição do constitucionalismo norte-americano a admissão da figura do amicus curiae em processos alçados ao conhecimento da Suprema Corte, quando em discussão grandes questões constitucionais do interesse de toda a sociedade. O ingresso do amici curiae serve, assim, para pluralizar o debate que no sistema americano, é originariamente travado apenas entre as partes no processo. No âmbito da Suprema Corte norte-americana, a intervenção do amicus curiae é prevista na Rule 37 do Regimento Interno da Corte — Brief for an amicus curiae.*

Em verdade, a introdução do instituto no ordenamento jurídico brasileiro só se deu com tal propósito, por meio da promulgação da Lei n. 9.868/99, que sepultou de vez a disposição do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal que vedava a intervenção de terceiros nos processos de ação direta de inconstitucionalidade.

Trata-se de possibilidade de intervenção do *amicus curiae* nas hipóteses de ação declaratória de constitucionalidade e de ação direta de inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal, como bem definido no art. 7º, § 2º, da Lei n. 9.868/99:

Art. 7º Não se admitirá intervenção de terceiros no processo de ação direta de inconstitucionalidade.

§ 1º Os demais titulares referidos no § 2º poderão manifestar-se por escrito, sobre o objeto da ação e pedir juntada de documentos reputados úteis para o exame da matéria, no prazo das informações, bem como apresentar memoriais.

§ 2º O relator, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, poderá, por despacho irrecorrível, admitir, observado o prazo fixado no parágrafo anterior, a manifestação de outros órgãos ou entidades.

Finalmente, a Lei n. 9.882/99, que regulamenta a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental — ADPF, no § 1º do art. 6º prevê a participação do amigo da corte:

Art. 6º Apreciado o pedido de liminar, o relator solicitará as informações às autoridades responsáveis pela prática do ato questionado, no prazo de dez dias.

(9) Steven H. Gifis. *Law Dictionary*. Barrn's Educational Series, Inc., 1975. p. 112-12.

(10) *Revista Eletrônica de Direito de Estado*, n. 1 — janeiro/fevereiro/março/2005 — Salvador-Bahia-Brasil.

§ 1º *Se entender necessário, poderá o relator ouvir as partes nos processos que ensejarem a arguição, requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão, ou ainda, fixar data para declarações, em audiência pública, de pessoas com experiência e autoridade na matéria.*

§ 2º *Poderão ser autorizadas, a critério do relator, sustentação oral e juntada de memoriais, por requerimento dos interessados no processo.*

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça tem reafirmado que a figura do *amicus curiae* é uma importante inovação no direito admitida na esfera constitucional, igualmente na esfera infraconstitucional, objetivando a uniformização de interpretação de lei federal (vide EDcl no AgRg no Mandado de Segurança n. 12.459-DF — 2006/0273097-2).

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Medida Cautelar na ADI n. 2.321-7 — DF, em que foi relator o Min. Celso de Mello, conforme ementário n. 2.195-1, publicado no DJ de 10/06/2005, analisando o pedido de intervenção do *amicus curiae*, assim se pronunciou a fls. 47:

PROCESSO OBJETIVO DE CONTROLE NORMATIVO ABSTRATO — POSSIBILIDADE DE INTERVENÇÃO DO “AMICUS CURIAE”: UM FATOR DE PLURALIZAÇÃO E DE LEGITIMAÇÃO DO DEBATE CONSTITUCIONAL.

O ordenamento positivo brasileiro processualizou, na regra inscrita no art. 7º, § 2º da Lei n. 9.868/99, a figura do “amicus curiae”, permitindo, em consequência, que terceiros, desde que investidos de representatividade adequada, sejam admitidos na relação processual, para efeito de manifestação sobre a questão de direito subjacente à própria controvérsia constitucional.

A intervenção do “amicus curiae”, para legitimar-se, deve apoiar-se em razões que tornem desejável e útil a sua atuação processual na causa, em ordem a proporcionar meios que viabilizem uma adequada resolução do litígio constitucional.

A idéia nuclear que anima os propósitos teleológicos que motivaram a formulação da norma legal em causa, viabilizadora da intervenção do “amicus curiae” no processo de fiscalização normativa abstrata, tem por objetivo essencial pluralizar o debate constitucional, permitindo, desse modo, que o Supremo Tribunal Federal venha a dispor de todos os elementos informativos possíveis e necessários à resolução da controvérsia, visando-se, ainda, com tal abertura procedimental, superar a grave questão pertinente à legitimidade democrática das decisões emanadas desta Suprema Corte, quando no desempenho de seu extraordinário poder de efetuar, em abstrato, o controle concentrado de constitucionalidade. (grifei)

No contexto do ordenamento jurídico e da jurisprudência, o *amicus curiae* pode ter razões para intervir quando tiver contribuição para oferecer ao juiz ou ao relator da

decisão, desde que se mostre pertinente e necessária para a solução da controvérsia, à fim de superar grave questão ligada à legitimidade democrática das decisões emanadas do Poder Judiciário.

A sua introdução no anteprojeto do novo Código de Processo Civil é uma inovação salutar porque amplia o alcance dessa forma de intervenção de terceiro, para as ações cíveis em geral, a fim de que, *considerando a relevância da matéria, a especificidade do tema objeto da demanda ou repercussão social da lide, o juiz de ofício ou a requerimento das partes, solicitar ou admitir a manifestação de pessoa natural, órgão ou entidade especializada, no prazo de dez dias de sua intimação* (art. 320). Neste sentido, se harmoniza com o que dispõem os §§ 1º e 2º do art. 7º da Lei n. 9.868/99.

No exame prévio para determinar ou admitir a intervenção do *amicus curiae*, cabe ao juiz aquilatar a representatividade da pessoa, órgão ou entidade especializada, bem como a relevância da matéria controvertida. O binômio representatividade e relevância não podem escapar à análise para se aquilatar se será útil, desejável e necessária a sua atuação processual, para a melhor solução da lide.

Por fim, não tem cabimento ao *amicus curiae* deduzir pretensões iguais, semelhantes, subsidiárias ou supletivas àquelas formuladas pelo autor da ação ou réu, já que sua intervenção é de amigo da corte e não da parte.

Daí, o sábio comando do parágrafo único do art. 320: da decisão que admitir ou rejeitar a intervenção do *amicus curiae*, não caberá recurso.

A pergunta que não cala:

Tem cabimento essa modalidade de intervenção no processo do trabalho?

Não se pode descartá-la *a priori* em face da ampliação da competência da Justiça do Trabalho, de sorte que em determinada ação movida por um sindicato, em face de uma empresa, postulando a colocação de um equipamento de proteção coletiva, em determinada secção, o juiz pode chamar para ser ouvida a FUNDACENTRO — Fundação Centro Nacional de Prevenção de Acidente de Trabalho, órgão do Ministério do Trabalho e Emprego, por meio de seu pessoal técnico, se uma ou mais perícias realizadas se mostrarem deficientes, por exemplo.

Em ação de dissídio coletivo ou ação de cumprimento de instrumento normativo, em que, preliminarmente, se discute a legitimidade de representação sindical, não seria o caso de chamar o sindicato a que as partes aludiram, a fim de ser ouvido?

Em caso de profunda alteração das condições de trabalho por inovação tecnológica, em sindicato que vem alegando prejuízo aos trabalhadores, o juiz poderia ouvir empresa especializada na matéria, para apreciar a legitimidade ou não do ato patronal.

Nas dispensas coletivas sob o argumento de inovação tecnológica ou por razões de mercado, por que não ouvir especialista na matéria?

Vislumbra-se que sem burocratizar ou alongar a demanda será perfeitamente viável admitir ou determinar a oitiva do *amicus curiae*. Este poderá carrear informações concretas e úteis de forma não onerosa e eficiente, para a solução célere e justa, em questões de maior complexidade.

XI. Da rejeição liminar da demanda

É uma inovação que permite agilizar a prestação jurisdicional, introduzida no art. 317 do anteprojeto do novo Código de Processo Civil.

Art. 317. Independentemente da citação do réu, o juiz rejeitará liminarmente a demanda se:

I — manifestamente improcedente o pedido, desde que a decisão proferida não contrarie entendimento do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça, sumulado ou adotado em julgamento de casos repetitivos;

II — o pedido contrariar entendimento do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça, sumulado ou adotado em julgamento de casos repetitivos;

III — verificar, desde logo, a decadência ou a prescrição;

§ 1º Não interposta a apelação, o réu será intimado do trânsito em julgado da sentença.

§ 2º Aplica-se a este artigo, no que couber, o disposto no art. 316.

Não se trata, portanto, de mero indeferimento da petição inicial, por defeito de forma, mas de rejeição liminar da demanda. Curiosamente, o art. 469 do anteprojeto não a inclui nas hipóteses de sentença de mérito.

Na Justiça do Trabalho, é manifestamente improcedente, por força da Súmula Vinculante n. 04 do STF, o pedido de diferença de adicional de insalubridade, em que se pretende ver adotada, como base de cálculo, a remuneração superior ao salário mínimo.

Certas demandas em face de Estado de São Paulo, Município e autarquias, postulando diferenças salariais, a pretexto de inclusão de parcelas na base de cálculo, vêm sendo reiteradamente rejeitadas pela jurisprudência, inclusive pelo TST.

XII. Um processo civil sincrético e as suas repercussões

O anteprojeto do novo Código de Processo Civil incorpora todos os avanços que as minirreformas no atual Código introduziram, nitidamente materializando, ainda que timidamente, a longa experiência do processo na Justiça do Trabalho.

O exemplo mais significativo no processo do trabalho é o art. 799 e §§ da CLT, segundo o qual, o reclamado deve arguir todas as questões e exceções por ocasião da sua defesa. E mais, a arguição de exceção não suspende o andamento do feito, exceto em caso de incompetência absoluta. Além disso, consagra a irrecorribilidade imediata das decisões interlocutórias.

Introduziu, ainda, a proposta de um processo civil sincrético, na medida em que a execução da sentença se dá de forma célere e mais simplificada, privilegiando os interesses do credor, se comparada com a execução de título extrajudicial ou com o rito da Consolidação das Leis do Trabalho.

O anteprojeto já enuncia que a execução da sentença em ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação independe de citação do devedor (art. 490). Sendo parte pessoalmente intimada por carta para cumprimento da sentença ou decisão que reconhecer a existência de decisão, excetuadas as hipóteses de revelia, falta de informação do endereço da parte nos autos ou quando não for encontrada no endereço constante dos autos. De modo geral, decorrido o prazo previsto em lei ou na sentença para o cumprimento espontâneo da obrigação, seguir-se-á, imediatamente e de ofício, a sua execução. Para se exigir o cumprimento da sentença em face do fiador, será necessário que tenha participado da fase de conhecimento (art. 490 e parágrafos).

É convincente o argumento de que a Consolidação das Leis do Trabalho tem forma mais simplificada e célere se nos referimos à fase de conhecimento. Na fase de execução, exige-se, ainda, o requerimento do credor e a necessidade de citação do devedor para pagar, depositar ou oferecer bens à penhora⁽¹¹⁾.

Não é por outra razão que há um enorme conflito jurisprudencial, na própria Justiça do Trabalho, em torno da aplicação do art. 475-J do Código de Processo Civil vigente ao processo do trabalho, exatamente em razão da norma expressa do art. 880 da Consolidação.

Não se desconhece que o art. 878 legitima a execução *ex officio*⁽¹²⁾, porém, o procedimento executório só se deflagra pela citação do devedor, enquanto no anteprojeto do Código de Processo Civil se inicia por mera intimação do devedor, por carta.

Na liquidação da sentença, o avanço do atual Código de Processo Civil foi preservado no anteprojeto, em se tratando de apuração do valor por cálculo, como é caso

(11) Art. 880. Requerida a execução, o juiz ou presidente do tribunal mandará expedir mandado de citação do executado, a fim de que cumpra a decisão ou o acordo no prazo, pelo modo e sob as cominações estabelecidas ou, quando se tratar de pagamento em dinheiro, inclusive de contribuições sociais devidas à União, para que o faça em 48 (quarenta e oito) horas ou garanta a execução, sob pena de penhora.

(12) Art. 878. A execução poderá ser promovida por qualquer interessado, ou *ex officio* pelo próprio Juiz ou Presidente ou Tribunal competente, nos termos do artigo anterior.

de expressiva maioria das execuções trabalhistas. Como já nos referimos acima, não se submete ao complexo e moroso procedimento do art. 879 da Consolidação das Leis do Trabalho⁽¹³⁾.

Na sistemática do anteprojeto, o processo prosseguirá para que, de imediato, se proceda a sua liquidação (art. 494), em que o credor apresentará demonstrativo de cálculo discriminado e atualizado do débito, seguindo a intimação do executado para pagamento no prazo de quinze dias, sob pena da multa de dez por cento (art. 495). Se a elaboração do cálculo depender de dados que estejam em poder do devedor ou de terceiro, o juiz, a requerimento do devedor, poderá requisitá-lo (art. 495, § 1º).

Ora, estes dispositivos caem como uma luva no processo do trabalho, enquanto os juízes do trabalho relutam em aplicá-los, por apego às normas da Consolidação das Leis do Trabalho, não obstante flagrantemente ultrapassadas.

O cerco ao devedor contumaz se torna mais efetivo, se não efetua o pagamento espontâneo, quando institui honorários advocatícios em dez por cento sobre o valor da execução, sem prejuízo daqueles arbitrados na sentença (§4º do art. 495).

O anteprojeto se aproxima do processo do trabalho, quando permite a avaliação por oficial de justiça, o que desonera o procedimento de execução, em vez de nomear um avaliador.

A alienação se dará por iniciativa particular e por leilão judicial eletrônico ou presencial (art. 802). Admite-se a alienação por iniciativa própria do credor, ou por corretor

(13) Art. 879. Sendo ilíquida a sentença exequianda, ordenar-se-á, previamente, a sua liquidação, que poderá ser feita por cálculo, por arbitramento ou por artigos.

§ 1º Na liquidação, não se poderá modificar, ou inovar, a sentença liquidanda nem discutir matéria pertinente à causa principal.

§ 1º-A. A liquidação abrangerá, também, o cálculo das contribuições previdenciárias devidas.

§ 1º-B. As partes deverão ser previamente intimadas para a apresentação do cálculo de liquidação, inclusive da contribuição previdenciária incidente.

§ 2º Elaborada a conta e tornada líquida, o Juiz poderá abrir às partes prazo sucessivo de 10 (dez) dias para impugnação fundamentada com a indicação dos itens e valores objeto da discordância, sob pena de preclusão.

§ 3º Elaborada a conta pela parte ou pelos órgãos auxiliares da Justiça do Trabalho, o juiz procederá à intimação da União para manifestação, no prazo de 10 (dez) dias, sob pena de preclusão.

§ 4º A atualização do crédito devido à Previdência Social observará os critérios estabelecidos na legislação previdenciária.

§ 5º O Ministro de Estado da Fazenda poderá, mediante ato fundamentado, dispensar a manifestação da União quando o valor total das verbas que integram o salário-de-contribuição, na forma do art. 28 da Lei n. 8.212, de 24 de julho de 1991, ocasionar perda de escala decorrente da atuação do órgão jurídico.

§ 6º Tratando-se de cálculos de liquidação complexos, o juiz poderá nomear perito para a elaboração e fixará, depois da conclusão do trabalho, o valor dos respectivos honorários com observância, entre outros, dos critérios de razoabilidade e proporcionalidade.

credenciado. Não se fala mais em hasta pública, sob a forma de praça, remetendo-se diretamente à alienação por leilão. Nisso se aproximou do processo do trabalho.

A simplificação do procedimento para a adjudicação direta que encontrar forte resistência nos tribunais do trabalho, no anteprojeto, é avanço digno de nota.

A definição de limite para a qualificação de preço vil, se inferior a 50% do valor da avaliação, será um entrave, exceto se o juiz da alienação estipular outro preço. O percentual é elevado e pode dificultar a alienação em leilão.

O anteprojeto do novo Código de Processo Civil preconiza que a satisfação do crédito far-se-á, inclusive, pela adjudicação, pelo exequente, dos bens penhorados.

Admite-se expressamente a prescrição intercorrente na execução, tanto que o art. 845, VI, preconiza que o processo permanece suspenso, por tempo suficiente para perfar a prescrição, quando o devedor não possuir bens penhoráveis, ou se a alienação dos bens penhorados não se realizar por falta de licitantes e o exequente, em dez dias, não requerer a adjudicação nem indicar outros bens penhoráveis.

Conclusão

O anteprojeto do novo Código de Processo Civil, não obstante as críticas que lhes estão impondo alguns juristas, representa um grande avanço, porque se preocupou em oferecer à sociedade um Código extremamente didático, de fácil interpretação e, sobretudo, com a simplificação de procedimentos. A par destes avanços incorpora valores e princípios constitucionais, para oferecer à sociedade um diploma legal comprometido com a sua natureza de um método de resolução de conflitos. É lamentável, porém, que no Congresso Nacional já excluiu o Capítulo acerca das ações coletivas, porque a proposta da Comissão de Juristas, neste ponto, era avançadíssima, corrigindo algumas distorções de que foram vítimas a Ação Civil Pública e o Código de Defesa do Consumidor.

O processo do trabalho foi um berço da experiência positiva de simplificação dos procedimentos em prol da celeridade e efetividade, não traz riscos à segurança jurídica para os litigantes. Essas experiências foram, em grande parte, incorporadas ao anteprojeto, o que é salutar e louvável. Este é o momento em que os magistrados, advogados e membros do Ministério Público que militam e estudam o processo do trabalho devem preocupar-se em contribuir para que esses avanços não sofram nenhuma resistência para serem incorporados, sem apego às formas ultrapassadas. Isto, agora, inspirando-se em muitos avanços no processo civil.

Bibliografia

BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo Direito Constitucional brasileiro. *Revista de Direito da Procuradoria-Geral do Estado do Rio de Janeiro*, RJ, n. 54.

SILVA, Homero Batista Mateus da. In: Curso Orientação Jurisprudencial, Curso FMB — 2010.

GRINOVER, Ada Pellegrini *et alli*. In: *Bases científicas para um renovado direito processual — Mudanças estruturais para o novo processo civil*. Salvador: Podvim, 2009.

SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*, São Paulo: Saraiva, 1984, 3º. V. *Revista Jurídica Consulex*, ano XIV, 14 — 15.2.2010.

O PROJETO DO NOVO CPC E REFLEXOS NO PROCESSO DO TRABALHO — PRIMEIRAS IMPRESSÕES

Jorge Pinheiro Castelo⁽¹⁾

O artigo apresenta reflexões objetivas acerca de dispositivos do projeto do novo CPC que repercutem no Processo do Trabalho.

Trata, em relação ao *Livro I (Parte geral)*, dos princípios constitucionais, da interdição à decisão de surpresa, da possibilidade jurídica, da ação declaratória incidental, do incidente de desconsideração da personalidade jurídica e das tutelas de urgência e cautelar.

Quanto ao *Livro II (Processo de conhecimento e cumprimento de sentença)*, dos temas da novação processual, do *Amicus Curiae*, da audiência de conciliação, da incompetência relativa, da revelia, da ação declaratória incidental, da ação declaratória incidental de falsidade, da reconvenção, da denúncia em garantia, das questões prejudiciais, da fundamentação da sentença, das perguntas às testemunhas e da gravação da audiência.

(1) Advogado, especialista (pós-graduação), mestre, doutor e livre-docente pela Faculdade de Direito da Universidade São Paulo. Sócio do Escritório Palermo e Castelo Advogados. É o autor dos livros: “O Direito Processual do Trabalho na Moderna Teoria Geral do Processo”; “Tutela Antecipada na Teoria Geral do Processo”, “Tutela Antecipada no Processo do Trabalho” e “O Direito Material e Processual do Trabalho e a Pós-modernidade: A CLT, o CDC e as repercussões do novo Código Civil”, “Tratado de Direito Processual do Trabalho na Teoria Geral do Processo”, todos publicados pela Editora LTr.

Do *processo de execução*, objeto do *Livro III*, são mencionados os artigos que cuidam da praça e leilão, dos embargos à arrematação e ação anulatória, da adjudicação e alienação e dos créditos *propter rem*.

Por último, os artigos do *Livro IV (Dos processos nos Tribunais e dos meios de impugnação das decisões judiciais)* que se referem ao incidente de julgamento de demandas repetitivas, do julgamento conjunto de recursos especiais e extraordinários repetitivos, da superação dos requisitos de admissibilidade no julgamento dos recursos especiais e extraordinários, do aproveitamento máximo e da remessa ao Tribunal competente para julgamento dos recursos especiais e extraordinários, da mudança do entendimento sumulado, do regime das preclusões, do agravo de instrumento, da admissibilidade da apelação, do voto vencido, dos embargos de declaração, do prazo de decadência da ação rescisória e de sua utilização por violação à norma jurídica e por último, da reclamação.

Palavras-chave: Processo — Reforma do CPC — Projeto de CPC.

I. Introdução

A partir da exposição de motivos, constata-se que o Projeto busca uma maior organicidade e coesão do sistema processual, bem como a obtenção do resultado máximo do exercício da atividade jurisdicional, inclusive mediante sua simplificação, tudo com o objetivo de garantir maior aderência aos princípios constitucionais, visando maior efetividade e segurança jurídica.

O Projeto traz IV livros: Livro I com a Parte Geral, o Livro II cuida do Processo de Conhecimento e do Cumprimento da sentença, o Livro III trata do Processo de Execução e o Livro IV lida com a disciplina dos processos nos tribunais e dos meios de impugnação das decisões judiciais.

A partir de uma primeira análise, podemos dizer que, em boa parte, os objetivos foram alcançados, porém, de outro lado, vislumbramos muitos problemas e uma certa confusão que se percebe a partir da própria leitura da exposição de motivos que trata desordenadamente, em idas e vindas, dos diferentes livros (I a IV) e dos novos institutos.

Vejam, a seguir, numa apertada síntese, alguns pontos que, numa primeira leitura, nos pareceram mais importantes, em especial, no que podem refletir para o processo do trabalho.

II. Do Livro I — Parte geral

I. Dos princípios constitucionais — (art. 6º)

O art. 6º do Projeto determina que:

“Ao aplicar a lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum, observando sempre os princípios da dignidade da pessoa humana, da razoabilidade, da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade e da eficiência.”

O art. 6º reproduz alguns princípios jurídico-materiais constitucionais e regras de julgamento, embora, tenha omitido entre outros, a equidade, a analogia, as normas gerais de direito, o direito comparado, os usos e costumes, o que, inclusive, pode gerar discussões inúteis acerca da restrição.

Destaque-se que vários se trata de princípios constitucionais materiais de verificação dos atos de gestão da administração pública.

Os princípios são imperativos de justiça e encarnam a moralidade objetiva da sociedade e se convertem em fio condutor metodológico da concretização judicial da norma.

No entanto, exatamente, por se tratar de princípios, fica uma margem ampla para valoração judicial.

Ocorre que, ao trazer para o plano do processo e tornar princípios constitucionais abertos, com termos indeterminados, norma infraconstitucional concreta, abre-se a possibilidade de que a alegação da violação desse artigo seja utilizada de forma generalizada.

Isto porque, pela generalidade do conteúdo do artigo, servirá para quase todas as situações (v. g., dignidade da pessoa humana), como fundamento para interposição de Recursos Especiais e, no processo do trabalho, do Recurso de Revista com base na violação à lei, cuja análise da norma processual (materializada) será extremamente discricionária, gerando insegurança ao invés da almejada segurança.

2. Da interdição à decisão de surpresa

O art. 10 estabelece:

“O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual tenha que decidir de ofício.”

É norma a garantir a concreção do princípio do contraditório e da ampla defesa, impedindo-se as decisões de surpresa, ainda que se trate de questão de ordem pública.

Todavia, há exceção, conforme o disposto no parágrafo único do art. 10:

“O disposto no caput não se aplica aos casos de tutela de urgência e nas hipóteses do art. 307.”

Claro que as tutelas de urgência que exijam liminar *inaudita altera pars* não poderiam estar interditadas.

No entanto, o julgamento de improcedência liminar sem ouvir o autor, previsto no art. 307, afeta seriamente o devido processo legal, o contraditório e o direito de defesa, sendo séria restrição ao direito de ação.

3. Da possibilidade jurídica (arts. 17, 305, 327)

O art. 17 do Projeto estabelece que *“para propor a ação é necessário ter interesse e legitimidade”*, pretendendo deixar de lado a possibilidade jurídica como condição da ação.

Nesse mesmo sentido, os incisos II e III do art. 305 do Projeto do CPC.

No entanto, tal intento não é tão simples, posto que a possibilidade jurídica é uma das naturais condições da ação.

Basta ver os incisos do art. 327 do CPC que tratam das matérias da contestação, sendo que os incisos V, VI e VII cuidam, respectivamente, da preempção, da litispendência e da coisa julgada.

Ora, a perempção, a litispendência e a coisa julgada são vedações, em abstrato, que dizem respeito ao (exercício do) direito de ação, ou seja, às condições da ação; como não se referem à necessidade concreta da jurisdição e nem a adequação processual, tampouco, à legitimidade, estão inseridas na categoria da (im)possibilidade jurídica da demanda.

4. Da ação declaratória incidental (arts. 20 e 490)

A resolução da causa prejudicial referente à ação declaratória, como incidente, com procedimento próprio autônomo, deixou de existir.

A questão prejudicial erigida à causa prejudicial, quando for homogênea, será decidida na mesma sentença e será alcançada pela eficácia da coisa julgada (arts. 20 e 490 do Projeto)

5. Do incidente de desconsideração da personalidade jurídica (art. 77 e parágrafo único do art. 501)

O art. 77 do Livro I (Parte Geral) do Projeto do novo Código de Processo Civil trata do Incidente de Desconsideração da Personalidade Jurídica.

“Art. 77. Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado na forma da lei, o juiz pode, em qualquer processo ou procedimento, decidir, a requerimento da parte ou do Ministério Público, quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas e determinadas obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou dos sócios da pessoa jurídica ou aos bens de empresa do mesmo grupo econômico.

Parágrafo único. O incidente da desconsideração da personalidade jurídica:

I — pode ser suscitado nos casos de abuso de direito por parte do sócio;

II — é cabível em todas as fases do processo de conhecimento, no cumprimento de sentença e também na execução fundada em título executivo extrajudicial.”

Além disso, no que se refere a outros coobrigados, o parágrafo único do art. 501 do Projeto estabelece 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.”

Dessa forma, o Projeto prevê um incidente, que já pode ser suscitado mesmo na fase de conhecimento, mediante procedimento com contraditório e produção de provas, prévio à decisão que desconsidera a personalidade jurídica.

A necessidade da instauração de um incidente prévio para a desconconsideração da personalidade jurídica, com contraditório, não se admitindo a deliberação da efetivação da constrição legal antes da conclusão do incidente, sem dúvida alguma, dá maior segurança, porém, fragiliza em muito o instituto e afeta profundamente a efetividade do processo executivo, possibilitando o desvio e a ocultação patrimonial, até porque, o incidente, sempre, pode ser feito em contraditório, posticipado, por Embargos, ou mesmo por exceção de pré-executividade nos casos de violação de direito evidente.

Observa-se que o parágrafo único do art. 501 do Projeto impõe a participação do fiador, coobrigado ou corresponsável na fase de conhecimento, para que o título judicial possa ser executado contra ele.

Tendo em vista que a referência aos sócios, aos administradores, e, especialmente, às demais empresas do grupo econômico foi feita, especificamente, pelo art. 77, embora, também, sejam corresponsáveis ou coobrigados, a eles se aplica a regra da desconconsideração não se fazendo, pois, necessário que o incidente se dê na fase de conhecimento.

Apenas os coautores ou corresponsáveis pelo ato ilícito trabalhista, nos termos do parágrafo único do art. 501 do Projeto, deverão ser chamados na fase de conhecimento para que o cumprimento da sentença possa ser efetivado sobre eles como devedores solidários ou subsidiários.

Até porque trazer o incidente da desconconsideração da personalidade jurídica para alcançar sócios, administradores e, mesmo, as demais empresas do grupo na fase de conhecimento seria tornar, extremamente, pesado e demorado o processo de conhecimento.

O processo do trabalho já passou por essa experiência. Melhor esclarecendo.

Os arts. 2º, 10 e 448 da CLT estabelecem de pleno direito a completa desconconsideração da personalidade jurídica, na medida em que não conceitua o empregador como pessoa física nem como pessoa jurídica, e, sim como uma simbiose das duas coisas; é a universalidade composta pelo patrimônio moral e material dos sócios e da sociedade, incluindo o grupo econômico.

Por isso, por cerca de 40 anos, até meados de 1980, eram pacíficas a jurisprudência e a doutrina trabalhista no sentido da execução de qualquer empresa do grupo econômico, ainda que não tivesse integrado o processo de conhecimento e nem constasse do título judicial.

Em meados de 1980, em meio às inúmeras discussões em torno da responsabilidade das empresas coligadas do Grupo Diários Associados, veio a lume a Súmula n. 205 do Tribunal Superior do Trabalho que impedia o cumprimento da sentença contra empresas do grupo econômico que não tivessem participado da fase de conhecimento.

Com tal solução, a Súmula n. 205 passou a exigir o litisconsórcio multitudinário na fase de conhecimento, que sem dúvida impedia a eficiência e a efetividade da atividade jurisdicional.

Posterior e felizmente, a Súmula n. 205 foi cancelada, em novembro de 2003, retornando-se ao sistema ágil da desconsideração no momento oportuno da fase de execução.

Dessa forma, a desconsideração da personalidade jurídica para alcançar empresas do grupo econômico pelo Projeto, também, poderá ocorrer em execução, caso o entendimento seja diferente; então, teríamos que o incidente seria incompatível com o microsistema processual trabalhista.

6. Da tutela de urgência e da tutela cautelar (arts. 269-286)

O Projeto estabelece título específico relativo às tutelas de urgência, antecipatória e cautelar, bem como da tutela antecipada de evidência e extingue as ações cautelares nominadas.

A concessão da tutela cautelar (cujo objetivo é garantir o resultado útil do processo) ou da tutela antecipada satisfativa de urgência (cujo escopo é evitar o perecimento do direito) dependerá da presença da probabilidade e do dano irreparável ou de difícil reparação.

No Projeto, pelo art. 278, agora, fica, ainda, mais explícita do que no inciso II do art. 273 do atual CPC, a possibilidade da concessão da tutela antecipada de evidência que independe do *periculum in mora*.

III. Do Livro II — Do processo de conhecimento e cumprimento de sentença

1. Da novação processual (art. 304)

O inciso II e o parágrafo único do art. 304 do CPC autorizam autor e réu, até o saneamento do processo, a alterarem a causa de pedir e o pedido, e, a causa de pedir e o pedido contraposto, desde que haja consentimento das partes.

Embora seja uma possibilidade remota que uma das partes admita que a outra altere ou formule novos pedidos, a desestabilização da demanda, ainda que com o objetivo de atingir o máximo resultado, pode gerar mais problemas do que resultados.

2. Do *amicus curiae* (art. 322)

“O juiz ou o relator, considerando a relevância da matéria, a especificidade do tema objeto da demanda ou a repercussão social da controvérsia, poderá de ofício ou a requerimento

das partes, solicitar ou admitir a manifestação de pessoa natural ou jurídica, órgão ou entidade especializada, com representatividade adequada, no prazo de quinze dias da sua intimação.” (art. 322)

“A intervenção de que trata o caput não importa alteração de competência, nem autoriza a interposição de recursos.” (parágrafo único do art. 332)

A previsão da possibilidade da intervenção do *amicus curiae*, embora com o objetivo de melhorar o entendimento do julgador sobre a matéria, no primeiro grau de jurisdição, pode gerar maior complexidade processual tendo em vista a necessidade de se observar o contraditório, sendo que, normalmente, o *amicus curiae* por sua própria constituição e natureza tenderá para um dos lados.

3. Da audiência de conciliação (art. 323)

O art. 323 do Projeto estabelece a designação de uma audiência de conciliação prévia ao oferecimento da contestação. Sendo que o prazo da contestação (15 dias) será contado da data da audiência de conciliação frustrada.

Trata-se de procedimento incompatível com o processo do trabalho que tem um procedimento concentrado fundado na regra específica que prevê a audiência una, na qual, não havendo conciliação, é ofertada a contestação.

Vemos dois problemas, nessa bem-intencionada iniciativa.

Primeiro, é que, sem a leitura da contestação, o consagrado contraditório, estabelecido como regra máxima pelo Projeto, fica comprometido.

Com efeito, o réu negociará ciente do teor da petição inicial e das provas já trazidas com esta, ao passo que o autor negociará “às escuras” sem ter conhecimento da tese, da argumentação e das provas da defesa.

Em segundo lugar, possibilita ao réu não só maior prazo para contestar, como fazê-lo, tendo mais precisos os parâmetros reais da pretensão e das suas fragilidades.

4. Da incompetência relativa (inciso II do art. 327)

Foi extinto o incidente da incompetência relativa que passa a ser matéria de preliminar de defesa (inciso II do art. 327 do Projeto).

Fundamental para agilização do processo, posto que a resolução da questão pertinente à incompetência relativa não precisa ser suscitada num incidente próprio suspensivo da própria apresentação da defesa.

A resposta do réu, particularmente no processo do trabalho, deve se dar numa única oportunidade, independentemente da suspensão do procedimento quanto à resolução de mérito, para instruir e deliberar sobre a arguição da incompetência relativa.

5. Da revelia (art. 331)

Dispõe o art. 331 do Projeto que:

“Se o réu não contestar a ação, presumir-se-ão verdadeiros os fatos afirmados pelo autor, desde que as alegações deste sejam verossímeis.”

Dessa forma, acrescentou-se ao texto do CPC vigente, a ressalva da verossimilhança, o que é compreensível, muito embora, a questão da impossibilidade fática ou científica pudesse ser constada de ofício, dado o problema de se ter situações teratológicas.

No entanto, a referência à verossimilhança traz o problema do termo ser ambíguo, que, por vez, é tomado como sub-rogado de verdade; noutras vezes, como correspondente de probabilidade; e, ainda, como aparência de normalidade independente da prova.

6. Da ação declaratória incidental (arts. 20 e 490)

Foi extinta a resolução da causa prejudicial referente à ação declaratória como incidente com procedimento próprio autônomo.

A questão prejudicial erigida à causa prejudicial, quando for homogênea, será decidida na mesma sentença e será alcançada pela eficácia da coisa julgada (arts. 20 e 490 do Projeto)

7. Da ação declaratória incidental de falsidade (art. 420)

Também foi extinto incidente referente à ação declaratória incidental de falsidade como procedimento próprio e resolução em separado.

Após o contraditório, a decisão sobre a falsidade do documento constará da parte dispositiva da sentença, recebendo os efeitos da coisa julgada (art. 420)

8. Da reconvenção (art. 326)

O pedido reconvenicional não será feito mais por meio de processo e de procedimento próprio.

O Projeto prevê a generalização da possibilidade da apresentação do pedido (pretensão) contraposto, na peça de contestação, abrindo-se o contraditório pleno, sendo julgado concomitantemente com os demais pedidos (art. 326).

9. Da denunciação em garantia (art. 420)

A denunciação à lide e o chamamento ao processo foram fundidos num só instituto que é a denunciação em garantia, utilizada para chamar à lide os devedores solidários ou quando comportar ação regressiva, sendo que a sentença, também, decidirá quanto à obrigação regressiva.

10. Das questões prejudiciais (art. 490)

As questões prejudiciais de mérito são decididas com força de coisa julgada (art. 490)

Dessa forma, questões prejudiciais de mérito que antes eram resolvidas no despacho saneador ou noutro momento processual, agora, não haverá mais dúvida de que quando resolvidas terão força de coisa julgada.

11. Da fundamentação da sentença

Como reforço à exigência da fundamental substancial e não meramente aparente das decisões judiciais, dispõe o inciso IV do art. 476 que será nula a sentença que:

“não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo, capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador.”

12. Das perguntas às testemunhas (art. 445)

Dispõe o art. 445 que:

“As perguntas serão formuladas pelas partes diretamente à testemunha, começando pela que a arrolou, não admitindo o juiz aquelas que puderem induzir a resposta, não tiverem relação com a causa ou importarem em repetição de outra já respondida.”

Com a formulação das perguntas pelas partes (advogados) diretamente às testemunhas procura-se obter maior autenticidade na formulação, coerente com a busca do melhor contraditório e amplo direito de defesa.

No entanto, trata-se de inovação cujas consequências podem ser nefastas caso não se observem a lealdade e o respeito processual, para tanto a gravação das imagens e som será essencial.

13. Da gravação da audiência (§§ 5º e 6º do art. 351)

Dispõem os §§ 5º e 6º do art. 351 que:

“§ 5º A audiência poderá ser gravada em imagem e em áudio, meio digital ou analógico, desde que assegure o rápido acesso das partes e dos órgãos julgadores, observada a legislação específica.”

“§ 6º A gravação a que se refere o § 5º também poderá ser realizada diretamente por qualquer das partes, independente de autorização judicial.”

Trata-se de providência extremamente salutar à garantia do contraditório e do amplo direito de defesa, bem como para a transparência dos atos processuais e estímulo à urbanidade e lealdade processual entre os atores jurisdicionais.

IV. Do Livro III — Do processo de execução

1. Da praça e leilão (art. 834)

Em conformidade com o fixado nos arts. 834 e seguintes do Projeto, na execução, eliminou-se a distinção entre praça e leilão, assim, como a necessidade de duas hastas públicas. Desde a primeira, pode o bem ser alienado em valor inferior ao da avaliação, desde que não se trate de preço vil.

2. Dos embargos à arrematação — da ação anulatória (§§ 1º, 2º e 3º do art. 857)

Dispõem os §§ 1º, 2º e 3º do art. 857 que:

“§ 1º A arrematação poderá, no entanto, ser tornada sem efeito: (omissis)

§ 2º O juiz decidirá nos próprios autos da execução acerca dos vícios referidos no § 1º, enquanto não for expedida a carta de arrematação ou a ordem de entrega.

§ 3º Expedida, após dez dias, a carta de arrematação ou a ordem de entrega, o vício deverá ser argüido em ação autônoma, na qual o arrematante figurará como litisconsorte necessário.”

Dessa maneira, foram extintos os embargos à arrematação, devendo a discussão das nulidades ocorrer nos próprios autos da execução, enquanto não expedida a Carta de Arrematação ou a Ordem de Entrega; dez dias após a expedição, a discussão deverá se dar mediante ação anulatória autônoma para impugnar a arrematação.

3. Da adjudicação e alienação e os créditos *propter rem* (§ 1º do art. 863)

Dispõe o § 1º do art. 863 que:

*“No caso de adjudicação ou alienação, os créditos que recaem sobre o bem, inclusive os de natureza *propter rem*, sub-rogam-se sobre o respectivo preço, observada a ordem de preferência.”*

Trata-se de importante inovação, seguindo a regra prevista para o procedimento dos executivos fiscais e, que, por isso, deveria já ser observada para o processo do trabalho,

tendo em vista que o crédito trabalhista prefere ao fiscal, mas só é adotada por corrente, ainda, minoritária da jurisprudência.

Realmente, com a sub-rogação no preço a alienação ou a adjudicação do bem se dará isenta de dívidas para o adquirente, inclusive as de natureza *propter rem*, sendo que o crédito *propter rem* fica sub-rogado no preço da alienação e será pago a partir do preço pago/depositado, observada a ordem de preferência.

É medida que sem dúvida torna a adjudicação e alienação muito mais atrativas, porém, que vai gerar muita discussão com as prefeituras, com o redirecionamento das execuções fiscais, na medida em que a dívida se não saldada, no preço, continuará a existir no imóvel, mas só podendo ser cobrada do antigo proprietário e não mais dos novos adquirentes.

V. Do Livro IV — Dos processos nos tribunais e dos meios de impugnação das decisões judiciais

I. Do incidente de julgamento de demandas repetitivas (art. 930)

O incidente de resolução de demandas repetitivas consiste na identificação de processos que contenham questão de direito, que estejam ainda em primeiro grau de jurisdição para decisão conjunta pelo Tribunal Pleno ou pelo Órgão Especial do Tribunal.

“É admissível o incidente de demandas repetitivas sempre que identificada controvérsia com potencial de gerar relevante multiplicação de processos fundados em idêntica questão de direito e causar grave insegurança jurídica, decorrente do risco de existência de decisões conflitantes.” (art. 930)

“O juízo de admissibilidade e o julgamento do incidente competirão ao plenário do tribunal, ou, onde houver, ao órgão especial.” (art. 933)

O sistema abrange a possibilidade de suspensão do procedimento das demais ações, tanto no juízo de primeiro grau, quanto em segundo grau, com a suspensão dos processos no âmbito do Tribunal (art. 934), sendo possível por conta da matéria, ainda, o pedido ao STF ou ao STJ da suspensão de todos os processos em território nacional (art. 937):

“Julgado o incidente, a tese jurídica será aplicada a todos os processos que versem idêntica questão de direito e que tramitem na área de jurisdição do respectivo tribunal.” (art. 938)

“Não sendo observada a tese adotada pela decisão proferida no incidente, caberá reclamação para o tribunal competente.” (art. 941)

Portanto, o incidente de julgamento de demandas repetitivas diferentemente do mero incidente de uniformização, ao atrelá-lo a reclamação impõe sua observância diretamente pelo juiz ou indiretamente através da cassação da decisão contrária pela via da reclamação.

2. Do julgamento conjunto de recursos especiais e extraordinários repetitivos (art. 990)

Foi mantido e aperfeiçoado o regime de julgamento conjunto de recursos especiais e extraordinários repetitivos:

“Sempre que houver multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica questão de direito, o recurso extraordinário ou o recurso especial será processado nos termos deste artigo...” (art. 990)

“Caberá ao presidente do tribunal de origem selecionar um ou mais recursos representativos da controvérsia, os quais serão encaminhados ao Supremo Tribunal Federal ou ao Superior Tribunal de Justiça, independentemente do juízo de admissibilidade, ficando suspensos os demais recursos até pronunciamento definitivo do tribunal superior.” (art. 991)

3. Da superação dos requisitos de admissibilidade no julgamento dos recursos especiais e extraordinários (§ 2º do art. 983)

Existem matérias de alta relevância cujo interesse na sua resolução tem grande repercussão social e jurídica e que deveriam ser o mais rápido possível solucionadas pelos Tribunais Superiores, ou que não deveriam deixar de ser examinadas por conta de requisitos formais.

Nesse sentido, surgiu o § 2º do art. 983 que dispõe:

“Quando o recurso tempestivo contiver defeito formal que não se repute grave, o Superior Tribunal de Justiça ou Supremo Tribunal Federal poderão desconsiderar o vício, ou mandar saná-lo, julgando o mérito.” (§ 2º do art. 983)

Com isso, permite-se que os Tribunais Superiores apreciem o mérito de alguns recursos que veiculam questões relevantes, cuja solução é necessária para o aprimoramento do Direito, ainda que não estejam preenchidos os requisitos de admissibilidade considerados menos importantes, com o objetivo de privilegiar o conteúdo em detrimento da forma.

No entanto, tendo em vista a existência de inúmeros recursos repetitivos, exatamente, por isso, existem os incidentes de julgamento de demandas e recursos especiais e extraordinários, somente, no caso de recurso único, ou, do *leading case*, é que talvez

se pudesse justificar tal privilégio, que traz uma forte carga discricionária e mesmo subjetiva da escolha dos “processos eleitos” gerando insegurança, quebrando a isonomia e deixando uma grande porta aberta para abusos.

4. Do aproveitamento máximo e da remessa ao tribunal competente para julgamento dos recursos especiais e extraordinários

Não haverá mais extinção do processo por decisão de inadmissão de recurso especial, extraordinário, entendendo o tribunal que a competência é do outro que procederá a remessa ao tribunal competente.

“Se o relator, no Superior Tribunal de Justiça entender que o recurso especial versa sobre questão constitucional, deverá conceder prazo de quinze dias para que o recorrente deduza as razões que revelem a existência de repercussão geral, remetendo, em seguida, os autos ao Supremo Tribunal Federal, que procederá a admissibilidade, ou devolverá ao Superior Tribunal de Justiça, por decisão irrecorrível.” (art. 986)

“Se o relator, no Supremo Tribunal Federal entender que o recurso extraordinário versa sobre questão legal, sendo indireta a ofensa à Constituição da República, os autos serão remetidos ao Superior Tribunal de Justiça, para julgamento, por decisão irrecorrível.” (art. 987)

Além disso, pelo dispositivo do art. 988, diga-se de difícil compreensão, deverão ser decididas todas as questões que podem levar ao provimento ou ao improvimento do recurso, inclusive, abrindo-se ensejo para conhecimento das causas de pedir da inicial ou *causa excepiendi* da defesa que consistirem em matéria de direito, independentemente de outro recurso.

“Sendo o recurso extraordinário ou especial decidido com base em uma das causas de pedir ou em um fundamento da defesa, o Superior Tribunal de Justiça ou o Supremo Tribunal Federal examinará as demais ainda não julgadas, independentemente da interposição de outro recurso, desde que se trate de matéria de direito.” (art. 988)

5. Da alteração e novo julgamento dos tribunais em face da decisão do recurso especial ou recurso extraordinário originário do incidente de recursos repetitivos

Dispõe o inciso II do art. 994 do Projeto:

“Art. 994. Publicado o acórdão paradigma:

II — o tribunal de origem reapreciará o recurso julgado, observando-se a tese firmada, independentemente de juízo de admissibilidade do recurso especial ou extraordinário, na hipótese de o acórdão recorrido divergir da orientação da instância superior.”

Noutras palavras, criou-se mais uma hipótese em que os Tribunais podem voltar atrás, mesmo depois de proferida a decisão de mérito, não mais, apenas, por conta de embargos de declaração ou erro material, mas com o objetivo de economia processual e segurança jurídica.

Destaque-se que, aqui, também, supera-se o juízo de admissibilidade em favor da segurança jurídica da observância da orientação superior.

6. Da mudança do entendimento sumulado (inciso IV e § 1º do art. 882)

O § 1º do art. 882 do Projeto diz expressamente que: *“A mudança de entendimento sedimentado observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando o imperativo da estabilidade das relações jurídicas.”*

É a busca de uma maior segurança jurídica, tornando mais estável o entendimento expresso nas Súmulas.

O inciso IV do art. 882 do Projeto estabelece a observância da modulação dos efeitos da alteração da Súmula para preservar a segurança jurídica e o interesse social.

7. Do regime das preclusões (art. 963)

No Projeto do novo CPC, desaparece o agravo retido e altera-se o regime das preclusões, de forma que todas as decisões anteriores à sentença podem ser impugnadas na apelação.

“As questões resolvidas na fase cognitiva, se a decisão a seu respeito não comportar agravo de instrumento, não ficam cobertas pela preclusão e devem ser suscitadas em preliminar de apelação, eventualmente interposta contra a decisão final, ou nas contra-razões.”
(§ 1º do art. 963)

Com esse novo posicionamento, o regime das preclusões das decisões da primeira instância fica igual ao regime adotado pelo processo do trabalho.

8. Do agravo de instrumento (art. 969)

O agravo de instrumento volta ao regime no qual só é admitido em situações especiais, de maior gravidade e que, no mais das vezes, afete a própria lide.

Neste sentido, dispõe o art. 969:

*“Cabe agravo de instrumento contra decisões interlocutórias que versarem sobre:
I — tutelas de urgência ou da evidência;*

- II — o mérito da causa;
- III — rejeição da alegação de convenção de arbitragem;
- IV — o incidente de resolução de descon sideração da personalidade jurídica;
- V — a gratuidade da justiça;
- VI — a exibição ou posse de documento ou coisa;
- VII — exclusão de litisconsórcio por ilegitimidade;
- VIII — a limitação do litisconsórcio;
- IX — a admissão ou inadmissão de intervenção de terceiros;
- X — outros casos expressamente previstos em lei.” (art. 969)

Permite-se a sustentação oral do agravo de instrumento no caso de tutela de urgência e da evidência.

No projeto original, ainda, permitia-se no caso de decisão do mérito da causa, depois passou a não constar mais do texto, o que é um erro, visto que caso se admita a sentença interlocutória mista, ou a decisão interlocutória de parte da lide (por exemplo, relativa ao julgamento do mérito do incidente de descon sideração da personalidade jurídica, ou de causa prejudicial de mérito referente a pedido específico de parte da lide), no saneador, ou em outro momento processual, com o julgamento de parte do mérito, evidente seria o direito à sustentação oral.

Também, deveria ser admitida a sustentação oral nas demais hipóteses de cabimento do agravo, tendo em vista a relevância jurídica delas e na observância do amplo direito de defesa e do contraditório efetivo buscado pelo Projeto.

9. Da admissibilidade da apelação (art. 966)

O recurso de apelação é interposto perante o 1º grau de jurisdição.

Todavia, o juízo de admissibilidade da apelação é retirado do juiz de primeiro grau e será exercido apenas pelo Tribunal.

“A apelação será interposta e processada no juízo de primeiro grau, intimado o apelado e decorrido o prazo da resposta, os autos serão remetidos ao tribunal, onde será realizado o juízo de admissibilidade.” (art. 966)

Medida bem interessante que afasta a dupla discussão e evita a interposição do agravo de instrumento.

Trata-se de procedimento compatível com o processo do trabalho, que seria passível de assimilação, muito embora inexistia a omissão que possibilitaria a subsidiariedade,

na medida em que CLT prevê o agravo de instrumento contra despachos que denegarem a interposição dos recursos (aliena *b* do art. 897 da Consolidação), ou seja, importando na conclusão que há juízo de admissibilidade do recurso ordinário pelo primeiro grau.

10. Do voto vencido (§ 3º do art. 896)

O relator deverá declarar o voto vencido, sendo este considerado como parte integrante do acórdão, inclusive para fins de prequestionamento:

“O voto vencido será necessariamente declarado e considerado parte integrante do acórdão para todos os fins legais, inclusive de prequestionamento.” (§ 3º do art. 896)

11. Dos embargos de declaração (art. 979)

Dispõe o art. 979 do Projeto:

“Consideram-se incluídos no acórdão elementos que o embargante pleiteou, para fins de prequestionamento, ainda que os embargos de declaração não sejam admitidos, caso o tribunal superior considere existentes omissão, contradição e obscuridade.”

Importante inovação, possibilitando o imediato julgamento, caso o processo esteja em condições de julgamento a partir da presunção gerada.

O inciso III da Súmula n. 297 do TST já prevê essa possibilidade, como medida de agilização; em verdade, na maior parte das vezes, só é possível de ser adotada tal postura em se tratando de matéria de direito, ou de fato incontroverso aferível pela leitura da inicial e da defesa; do contrário, a presunção da ocorrência da circunstância de fato por conta da omissão, da obscuridade ou da contradição do acórdão estaria prejudicando a parte contrária, invertendo o prejudicado.

Os embargos embora interrompam o prazo para interposição de outros recursos, não mais suspenderão a eficácia da decisão embargada, salvo se demonstrada a probabilidade de provimento ou, sendo relevante a fundamentação, houver risco de dano grave ou difícil reparação (art. 980 e § 1º).

E, *“não serão admitidos novos embargos declaratórios, se os anteriores houverem sido considerados protelatórios” (§ 5º do art. 980)*, medida de discutível juridicidade tendo em vista que interdida a oposição de novos embargos declaratórios de maneira absolutamente subjetiva e discricionária.

12. Do prazo de decadência da ação rescisória (art. 928)

Pelo art. 928 do Projeto:

“O direito de propor ação rescisória se extingue em um ano contado do trânsito em julgado da decisão.”

A drástica redução do prazo de decadência, supostamente em prol da segurança jurídica, nos parece excessivamente perigosa dada a gravidade das situações específicas que dão ensejo à rescisão da decisão transitada em julgado, e mesmo em face da má qualidade técnica jurídica de uma quantidade razoável das decisões fruto, dentre outras mazelas largamente apontadas pelos estudiosos, do excesso de trabalho.

Noutras palavras, a dosagem exagerada do remédio ao invés de propiciar segurança irá perpetuar a insegurança, não só pela preservação de julgados ilegais, teratológicos e que causam danos irreparáveis (casos referidos nos incisos de admissibilidade da ação rescisória), como por dar um certo salvo-conduto maior para tais ilegalidades, na medida em que o prazo para sua reparação ficou exíguo demais.

13. Da ação rescisória por violação à norma jurídica (inciso V do art. 919)

Dispõe o inciso V do art. 919 do Projeto do novo CPC que:

“Art. 919. A sentença ou o acórdão de mérito, transitado em julgado, podem ser rescindidos quando:

(omissis)

V — violarem manifestamente a norma jurídica.”

O Projeto deixou de lado a expressão “violar literal disposição de lei” pelo “violarem manifestamente a norma jurídica”.

Ocorre que, a partir do pluralismo jurídico, o conceito de norma jurídica é bem mais amplo que a lei, podendo alcançar a positividade normativa por meio de regulamentos, portarias, bem como a normatização autônoma, não heterônoma, ou seja, não estatal, como os contratos, as convenções, os acordos coletivos, etc.

Abriu-se, pois, um amplo espectro de insegurança jurídica.

14. Da reclamação (arts. 943/947)

No Capítulo VIII do Título I do Livro IV, pelos arts. 943/947, estabeleceu-se a reclamação, agora, no corpo do Código de Processo (não mais, apenas, a partir da regulamentação dos Regimentos Internos pela referência constitucional ao STJ e ao STF), ou seja, foi instituída como recurso integrante do rol de recursos parte da teoria geral do processo.

Criou-se a reclamação, inclusive, fora dos tribunais superiores, para preservar a competência, garantir autoridade das decisões do Tribunal, a observância de súmula vinculante do SFT e assegurar a observância da tese firmada no incidente de demandas repetitivas (pelos Tribunais).

A partir dessa inserção como norma processual geral, torna-se possível adotá-la, dada a omissão e compatibilidade, a partir da subsidiaridade, para os Tribunais Trabalhistas, especialmente, o TST, o que é fundamental, tendo em vista que o STF havia considerado inconstitucional a adoção do instituto da reclamação pelo Regimento Interno do TST por falta de regra processual originária de legislação constitucional ou federal.

APONTAMENTOS SOBRE A ANTECIPAÇÃO DA TUTELA NO PROCESSO DO TRABALHO

Salvador Franco de Lima Laurino⁽¹⁾

Neste artigo, o autor faz uma interessante reflexão sobre a antecipação da tutela jurisdicional prevista no art. 273 do Código de Processo Civil em relação aos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, sugerindo uma harmonização que contribua para uma prestação jurisdicional célere, efetiva e justa.

A partir de um confronto entre o tempo de duração do processo e a efetividade da prestação jurisdicional, o autor elencou avanços pioneiros introduzidos pelo processo do trabalho e enfatizou a importância da evolução do processo civil e da própria ordem constitucional que abrigou princípios voltados a uma prestação jurisdicional mais efetiva. Contudo, baseado em doutrina sobre a matéria, ressalta que “a força normativa dos princípios não invalida o papel da lei”, razão pela qual devem ser aplicados de forma cautelosa para que o julgador não incida em “um subjetivismo e ativismo inaceitáveis em um contexto democrático”.

A partir dessas premissas, o autor sugere critérios para uma aplicação equânime da antecipação da tutela, afastando a possibilidade de sua concessão de ofício pelo juiz, admitindo-a basicamente em duas situações: “quando existir *urgência* na proteção do direito ou quando for o caso de *evidência* da existência do direito”.

Palavras-chave: Antecipação da tutela — Efetividade — Tutela por urgência — Tutela por evidência.

(1) Desembargador do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região. Mestre em Direito Processual pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Especializou-se no Instituto de Direito do Trabalho da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

A necessidade de proteger direitos contra a demora na prestação jurisdicional e, ao mesmo tempo, agir com cautela para evitar a invasão indevida na esfera jurídica do réu sempre se colocou como um desafio para a elaboração de um sistema processual capaz de aportar na conciliação entre duas exigências geralmente contrastantes: a *celeridade* e a *ponderação*.

Talvez seja o mais antigo e intrincado problema dos sistemas processuais em todos os tempos, visto que a necessidade de *fazer depressa* colide com a necessidade de *fazer bem*⁽²⁾. A sabedoria do legislador está em saber distribuir de maneira equilibrada entre os litigantes o custo imposto pelo tempo para não onerar um deles em benefício do adversário.

Como ensinou GALENO LACERDA, a milenar lição da história revela a coexistência de dois sistemas processuais perfeitamente diferenciados. “Um, a iniciar-se com mandado liminar de autoridade; outro, a pressupor o equilíbrio e a igualdade dos litigantes no contraditório. O processo não passa, no fundo, de um produto da cultura e da civilização do meio onde atua. Num ambiente de individualismo jurídico, o rito processual se torna lento, pesado, longo no tempo. Na medida, porém, em que preponderem valores sociais, a tendência se inverte, em favor do procedimento sumário. O ideal haverá de residir no ‘justo equilíbrio’ destas tensões.”⁽³⁾

Na primeira metade do século XX, o surgimento do processo do trabalho resultou da necessidade de adaptação da legislação processual a um ramo do direito material que rompia com o individualismo e avançava em direção à socialização. Enquanto o processo civil se destinava à solução de conflitos em que os litigantes supostamente se encontravam em pé de igualdade, o processo do trabalho disciplinava uma relação marcada pela desigualdade de forças e voltada à proteção do sujeito mais fraco.

Inovações como o impulso oficial, o poder de instrução do juiz, o recurso contra sentença sem efeito suspensivo, a irrecorribilidade das decisões interlocutórias, o poder do juiz de iniciar a execução de ofício miravam o equilíbrio de forças entre os litigantes e que rompiam com a concepção individualista do processo civil clássico, em que o juiz agia como mero espectador de um duelo entre sujeitos considerados iguais, sem maiores poderes de impulso e instrução para que sua intervenção não viesse a desequilibrar a disputa judicial.

Embora o processo do trabalho tenha sido pioneiro em criar regras que levassem os litigantes à paridade de armas, visando assegurar efetiva tutela jurisdicional, o movimento de superação do individualismo de cunho liberal que se verificou na segunda metade

(2) Cf. PIERO CALAMANDREI. *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*. Padova: CEDAM, 1936. p. 19/20.

(3) Cf. Mandados e sentenças liminares. In: *Revista Forense*, n. 263, cit., p. 18, 1971.

do século XX refletiu-se no processo civil, que corrigiu a rota e avançou orientado pelo ideal de efetividade simbolizado pelo postulado da “maior coincidência possível”.

Se no começo do século XX e ainda nos anos 1970, o processo do trabalho impulsionou a evolução do direito processual em direção à efetividade da proteção judicial, em nosso tempo, ele se enriquece com a unidade do direito processual e, em função da regra de aplicação subsidiária contida no art. 769 da CLT, beneficia-se da modernização do processo civil de forma a reforçar o seu histórico compromisso com a efetividade da tutela jurisdicional.

É sabido que a Constituição de 1988 operou uma *revolução de juridicidade* no sistema jurídico. Como o texto constitucional é essencialmente baseado em princípios, o sistema jurídico deixou de ser concebido como um *sistema de regras* para ser compreendido como um *sistema de princípios*. A partir do final dos anos 90, consolidou-se a abordagem por meio da qual a ordem jurídica passa a ser lida e apreendida sob a lente da Constituição⁽⁴⁾.

Em face dessa perspectiva, o “justo equilíbrio” entre as exigências contrastantes de *celeridade* e *ponderação* deve ser encontrado à luz dos princípios do *acesso à justiça* e do *devido processo legal*, que, proclamados nos incisos XXXV e LIV do art. 5º da Constituição, equacionam a tensão entre *autoridade* do Estado e *liberdade* dos indivíduos e grupos. São os pontos de partida que devem presidir a *aplicação* e a *interpretação* das normas de direito processual.

O *acesso à justiça* representa a *autoridade*. É o direito à jurisdição, a garantia de que as pretensões dirigidas ao sistema judiciário serão aceitas, processadas e julgadas de modo a atribuir adequada, efetiva e tempestiva tutela jurisdicional a quem tem razão. O direito de livre e amplo acesso à jurisdição é o pressuposto de eficácia de todos os demais direitos⁽⁵⁾. De pouco valeria o direito material se não houvesse juizes independentes e com força superior aos litigantes para impor o cumprimento da lei quando falta a obediência espontânea⁽⁶⁾.

O *devido processo legal* representa a *liberdade*. É o direito a um *processo justo*, qualificado pelas garantias de justiça conquistadas ao longo da história de lutas da humanidade contra o despotismo⁽⁷⁾. O processo é um *procedimento em contraditório*: um conjunto ordenado de atos que disciplina o exercício do poder do juiz e a participação das partes na formação do provimento⁽⁸⁾. Enquanto o *procedimento* é a garantia de legalidade, de que

(4) Cf. PAULO BONAVIDES. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 255/270.

(5) Cf. CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO. *Instituições de direito processual civil*, I. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 199.

(6) RUY BARBOSA. Oração aos Moços. In: *Escritos e discursos seletos*. Rio de Janeiro: Nova Aguilar, 1997. p. 673.

(7) Cf. CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO. *Instituições*, I, cit., p. 245.

(8) Cf. ELIO FAZZALARI. *Il processo ordinario di cognizione*, I. Torino: UTET, 1989. p. 51/54.

as atividades realizadas no processo, destinadas à aplicação da lei, serão também guiadas pela lei, o *contraditório* é a garantia de que os litigantes terão ciência dos atos praticados no processo para que possam reagir e participar da formação do convencimento do juiz, formulando alegações, produzindo provas, interpondo recursos para obter um provimento favorável⁽⁹⁾.

A força normativa dos princípios não invalida o papel da lei. A recente teoria constitucional exagerou a importância dos princípios e gerou uma perspectiva que desdenha tanto da relevância como da capacidade de o direito infraconstitucional solucionar os conflitos jurídicos. É comum o afastamento da lei para dar lugar à aplicação de um princípio como vetor único na solução de um caso concreto. “Essa operação, que não envolve apenas a confirmação da normatividade e da supremacia dos princípios constitucionais, encobre um subjetivismo e um ativismo inaceitáveis em um contexto democrático. A mera opção por certo princípio, em detrimento do ordenamento jurídico restante, não se comporta em nenhuma teoria constitucional aceitável.”⁽¹⁰⁾

Em face da exigência de contraditório, o processo configura-se como um método dialético de debate, uma caminhada que se faz por afirmações, oposições e sínteses desde um ponto de partida, que é a demanda, o ato por meio da qual o autor provoca o exercício da jurisdição, até um ponto final, que é o provimento de mérito, em que, após solucionar as questões de *fato* e de *direito* que surgiram durante o contraditório, o juiz acolhe ou rejeita a pretensão do autor.

As atividades necessárias ao contraditório consomem tempo e, em certas situações, o decurso do tempo entre o ajuizamento da demanda e o provimento final pode causar lesão irreparável ou de difícil reparação ao direito a que se pede proteção judicial. Em outras situações, o direito que o autor afirma ser titular mostra-se de plano evidente, pelo que não é justo que suporte o ônus do tempo de duração do processo enquanto o réu seja beneficiado pela conservação de uma situação contrária à ordem jurídica.

De maneira a neutralizar os efeitos negativos que o tempo pode causar sobre os direitos, que configura uma forma de denegação de justiça, o sistema processual estabelece as *medidas cautelares* e a *antecipação de tutela*. Embora sejam técnicas diferentes, voltadas a proteger situações diferentes, convergem para o objetivo comum de evitar que o decurso do tempo necessário ao contraditório venha a comprometer a efetividade do direito ou a eficiência do sistema processual.

A *antecipação de tutela* é admitida em duas situações: quando existir *urgência* na proteção do direito ou quando for o caso de *evidência* da existência do direito. Na

(9) Cf. CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO. Princípio do contraditório. In: *Fundamentos do processo civil moderno*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986. p. 93/94.

(10) Cf. ANDRÉ RAMOS TAVARES. *Fronteiras da hermenêutica constitucional*. São Paulo: Método, 2006. p. 88.

primeira hipótese, busca-se assegurar a *efetividade* do direito; na segunda, a *eficiência* do sistema processual⁽¹¹⁾.

O art. 273 do CPC, de aplicação subsidiária ao processo do trabalho, estabelece que “o juiz poderá, a requerimento da parte”, “antecipar os efeitos da tutela postulada pretendida no pedido inicial” desde que, existindo “prova inequívoca”, se convença da “verossimilhança da alegação” e: i) “haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação”; ou ii) “fique caracterizado o abuso de direito de defesa”, ou “o manifesto propósito protelatório do réu”, ou “quando um ou mais dos pedidos cumulados, ou parcela deles, mostrar-se incontroverso”.

À partida, a locução “O juiz poderá, a requerimento da parte...” mostra que a antecipação de tutela depende de iniciativa de parte. O juiz não pode conceder a antecipação de ofício. Embora o art. 11 da Lei da Ação Civil Pública preveja a possibilidade de liminar de ofício, a leitura sistemática do Código do Consumidor e do CPC revela que se cuida de liminar com natureza cautelar e não de antecipação de tutela, que sempre depende de iniciativa de parte.

A expressão “prova inequívoca” não comporta interpretação literal. Isso porque prova alguma é inequívoca. Não há prova que ofereça certeza absoluta. O documento pode ser falso, a testemunha pode ter mentido. Por mais convergentes que sejam as provas, não há como excluir a possibilidade de engano⁽¹²⁾. Por isso, a exigência de “prova inequívoca” deve ser entendida como a de “prova suficiente” a um “juízo de probabilidade”, a um “juízo provisório” que, ao cabo das oportunidades de participação em contraditório, será substituído por um “juízo definitivo”, posto que amparado em um “juízo de certeza”⁽¹³⁾.

A hipótese de antecipação de tutela por *urgência* está prevista no inciso I do art. 273. É o “fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação”. São situações da vida em que o tempo exigido para o esgotamento das oportunidades de participação em contraditório é incompatível com o tempo que se impõe para a efetiva proteção do direito. No juízo de verossimilhança exigido para a apreciação da liminar, o juiz deve levar em consideração: i) a natureza do bem jurídico ameaçado; ii) a dificuldade do autor na prova da alegação; iii) a credibilidade da alegação conforme as regras da experiência; iv) a própria urgência narrada pelo autor⁽¹⁴⁾.

A antecipação de tutela por *evidência* está prevista no inciso II e no § 6º do art. 273 do CPC. Cabe quando ficar caracterizado “o abuso de direito ou de defesa”, “o propósito

(11) Cf. JORGE PINHEIRO CASTELO. *Tutela antecipada*, I. São Paulo: LTr, 1999. p. 359.

(12) Cf. ESTÊVÃO MALLET. *Antecipação da tutela no processo do trabalho*. São Paulo, LTr, 1998. p. 52.

(13) Cf. LUIZ GUILHERME MARINONI & SÉRGIO CRUZ ARENHART. *Manual do processo de conhecimento*. São Paulo: RT, 2003. p. 243.

(14) *Idem*, p. 245.

protelatório do réu” ou “quando o pedido não for impugnado”. O objetivo é distribuir de forma equilibrada entre os litigantes o tempo de duração do processo, sem prejudicar o direito de defesa. Impede-se que o réu, que aparentemente está a violar o direito, beneficie-se do tempo necessário para a produção da prova em prejuízo do autor. “A partir do momento em que se percebe que o tempo do processo também é um ônus, conclui-se facilmente que o processo tradicional joga unicamente nas costas do autor o ônus do tempo do processo, como se ele fosse o ‘culpado’ pela demora inerente à cognição dos direitos.”⁽¹⁵⁾

A antecipação de tutela por evidência utiliza as seguintes técnicas: i) técnica da reserva da cognição da exceção substancial indireta infundada (CPC, art. 273, II); ii) técnica monitoria (CPC, art. 273, II); iii) técnica da não contestação ou do reconhecimento parcial (CPC, art. 273, § 6º); iv) técnica do julgamento antecipado de parcela do pedido ou de um dos pedidos cumulados (CPC, art. 273, § 6º)⁽¹⁶⁾.

A defesa indireta de mérito configura-se quando o réu admite o fato constitutivo e alega um fato modificativo, impeditivo ou extintivo do direito afirmado pelo autor. Se o fato constitutivo é incontroverso e a defesa indireta de mérito revela-se infundada, justifica-se a antecipação da tutela para que o autor não seja prejudicado pelo custo da demora da produção da prova pretendida pelo réu.

Aplica-se a “técnica monitoria” quando há prova suficiente do fato constitutivo e a defesa de mérito, ainda que direta, não tem consistência. Embora o réu tenha o direito de produzir a prova de um fato improvável, há um acréscimo de tempo na duração do processo, pelo que é possível a antecipação da tutela de forma a liberar o autor do ônus do tempo necessário à dilação probatória em benefício do réu.

Outra hipótese é quando o réu não contesta precisamente os fatos alegados na inicial (CPC, art. 302). Exemplo: o autor afirma que foi vítima de acidente de trabalho e postula o pagamento de indenização por *lucros cessantes* e *danos emergentes*. O réu admite o acidente, nega a incapacidade e, portanto, os *lucros cessantes*. Contudo, não impugna a afirmativa de *danos emergentes*, como despesas com médicos e medicamentos, o que justifica a antecipação quanto a essa parte do pedido. A antecipação por evidência cabe ainda com o reconhecimento implícito da parcela do pedido, em que, por exemplo, o autor postula a condenação no pagamento de \$ 100 e o réu afirma que a dívida é de apenas \$ 40⁽¹⁷⁾.

Também é possível a antecipação de parcela do pedido ou de um dos pedidos cumulados em caso de pedido incontroverso. Neste caso, antecipa-se o que não é controvertido enquanto a instrução prossegue em relação ao que depende de dilação probatória.

(15) *Ibidem*, p. 269.

(16) *Ibidem*, p. 269.

(17) *Ibidem*, p. 271.

O § 2º do art. 273 do Código de Processo Civil estabelece que não se concederá a medida quando houver “perigo de irreversibilidade” do “provimento antecipado”. A letra da norma justifica duas observações. A primeira é que o legislador quis se referir aos “efeitos do provimento antecipado” e não ao “provimento antecipado”, que é provisório e, portanto, sempre sujeito à reversão⁽¹⁸⁾. A segunda é que todo e qualquer provimento produz efeitos irreversíveis. O que passou não pode deixar de ter acontecido. Os atos praticados são sempre irreversíveis: incorporam-se à história e não há força humana capaz de apagá-los retroativamente (*quod factum est, infectum fieri nequit*)⁽¹⁹⁾.

Logo, a norma cuida da impossibilidade de restabelecer, em caso de reforma da decisão, o estado de fato e de direito anterior à concessão da medida. É a regra na tutela de evidência. No caso de tutela de urgência, o “perigo de irreversibilidade” não exclui a antecipação. É que, na lógica da tutela de urgência, o direito *provável* prevalece sobre o *improvável*. Estima-se que é melhor prevenir o prejuízo irreparável de um direito cuja existência pareça provável a priorizar a proteção de um direito que pareça improvável.⁽²⁰⁾

Por outro lado, o § 3º do art. 273 do CPC dispõe que o cumprimento da antecipação de tutela se faz, “no que couber”, mediante o procedimento da execução provisória (CPC, art. 475-O). No caso de antecipação de tutela por evidência, a execução segue apenas até a penhora (CLT, art. 899, *caput*). Mas, no caso de antecipação por urgência, permite-se a liberação de depósito em dinheiro ao autor ou a mesmo a alienação de domínio. Trata-se de exceção que se justifica pelo “receio de dano irreparável ou de difícil reparação”, já que a única hipótese de execução provisória e completa no processo do trabalho é aquela prevista no § 2º do art. 893 da CLT, que resulta do esgotamento dos recursos na esfera da Justiça do Trabalho. Nem poderia ser diferente, uma vez que a antecipação da tutela em caso de urgência perderia toda utilidade prática se fosse necessário suspender a execução na penhora. Aliás, é a possibilidade de execução completa que, em situações de urgência, justifica a antecipação da tutela na sentença.

Se algum risco de injustiça é inevitável, ele tem de ser reduzido até os limites do possível⁽²¹⁾. Como a urgência não permite uma investigação mais criteriosa dos fatos, o juiz deve ponderar os valores em confronto para definir qual deve prevalecer. Para tanto, deve-se orientar pelo princípio da proporcionalidade e buscar solução que, ao mesmo tempo, seja capaz de proteger o direito do autor e causar o menor prejuízo possível ao réu.

(18) Cf. NELSON NERY JUNIOR. *Atualidades sobre o processo civil*. São Paulo: RT, 1995. p. 59.

(19) Cf. ESTÊVÃO MALLET, *op. cit.*, p. 100.

(20) Cf. FERRUCCIO TOMMASEO. *I provvedimenti d'urgenza — struttura i limiti della tutela anticipatoria*. Padova: CEDAM, 1983. p. 155.

(21) É risco que está presente em qualquer sistema processual. “A sabedoria do juiz reside em dispensar os rigores absolutos de uma *certeza*, aceitando a *probabilidade adequada* e dimensionando os riscos que legitimamente podem ser enfrentados.” (Cf. CÂNDIDO DINAMARCO. *A reforma do código de processo civil*. São Paulo: Malheiros, 1995. p. 144).

De todo modo, se não existir impedimento no plano do direito substancial, como ocorre com os alimentos, que não comportam repetição, o autor deve indenizar os prejuízos causados com posterior reversão da decisão. Por analogia com a regra contida no art. 811 do CPC, prevalece o princípio *solve et repete*. A responsabilidade é objetiva: existindo dano e provado o nexo de causalidade com a efetivação da antecipação, o autor tem o dever de indenizar.

A Súmula n. 414 do TST trata dos meios de impugnação da antecipação de tutela. Quando a medida é concedida em *liminar*, cabe a impetração de mandado de segurança, visto que não há recurso próprio no processo do trabalho para a impugnação de decisão interlocutória (CLT, art. 893, § 1º). Quando a antecipação de tutela é concedida na *sentença*, o meio adequado de impugnação é o recurso ordinário, seguido de ação cautelar para obter efeito suspensivo destinado a impedir o imediato cumprimento da sentença.

A JUSTIÇA ANALÓGICA RUMO AO PROCESSO DIGITAL: A PEJOTAEIZAÇÃO DA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL TRABALHISTA

Rodrigo Garcia Schwarz⁽¹⁾

Resumo: As novas tecnologias de informação e comunicação, bem como a facilidade de acesso à *Internet*, vêm alterando a forma de nos relacionarmos, em todos os segmentos sociais, inclusive naqueles que envolvem os cidadãos e o Poder Público — considerado em todas as suas esferas, tanto na administração direta, quanto na indireta.

Como corolário dessa transformação, aliada à facilidade de acesso à informação, exige-se que a administração pública se adapte às novas concepções, e, conseqüentemente, aja com maior transparência e que ofereça serviço público mais ágil e eficiente — o que tem possibilitado que os cidadãos obtenham respostas mais rápidas às suas demandas e, também, que possam controlar melhor os gastos públicos.

O Poder Judiciário não está à margem dessas mudanças de paradigmas, devendo, portanto, ajustar-se a elas, mormente porque é o responsável pela pacificação social e, de igual forma aos demais Poderes, deve pautar as suas ações nas aspirações sociais por maior transparência e segurança da informação.

(1) Juiz do Trabalho na 11ª Vara do Trabalho de Guarulhos (2ª Região), cujos processos tramitam exclusivamente pelo Sistema PJe, Especialista em Direitos Sociais, em Direito da Saúde, em Política e em Mediação Intercultural, Doutor em Direito do Estado (Pontifícia Universidade Católica de São Paulo), Doutor em Direito do Trabalho e da Seguridade Social (Universidad de Castilla-La Mancha) e Doutor em História Social (Pontifícia Universidade Católica de São Paulo), com pós-doutorados na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, na Universidad de Manizales (Colômbia) e na Universidad Nacional de Córdoba (Argentina).

Assim, para possibilitar um maior e mais efetivo acesso ao direito de ação, a tecnologia de informação e comunicação tem tido papel fundamental na transformação do clássico processo judicial, que tramitava de forma analógica, para transformá-lo em digital, impactando em conceito e princípios tradicionais.

A partir da promulgação da Lei n. 11.419/2006 — que criou as bases para o processo judicial eletrônico (PJe) no Brasil, ao dispor sobre a informatização do processo judicial — os tribunais passaram, dentro do seu âmbito, a regulamentar novas formas de comunicação dos atos processuais, desassociado da sua forma clássica, com o objetivo de dar maior celeridade e efetividade ao processo.

Todavia, houve, e há, a necessidade de se criar mecanismos de segurança da informação, como o uso de assinatura digital baseada em certificado digital emitido por autoridade certificadora credenciada.

Nesse sentido, o PJe se mostra como a mais atual resposta do Poder Judiciário aos anseios da sociedade por um processo judicial mais moderno e efetivo, cuja implementação permite uma atuação mais célere e racional da justiça, com a eliminação do processo físico e do tempo despendido com tarefas meramente burocráticas, que em nada contribuem para a efetiva prestação jurisdicional.

Portanto, essencial perceber que o PJe não se trata de uma forma meramente eletrônica de tramitação processual, com a simples transposição do processo físico para dentro do computador, mas sim de uma nova ferramenta, com novos procedimentos e nova racionalidade.

O PJe, no âmbito da Justiça do Trabalho, se mostra como um requisito primordial para o desenvolvimento de uma Justiça mais segura, rápida, eficiente, avançada, cujos desafios para a sua efetiva consolidação se referem às garantias de estabilidade e segurança do *software*, bem como a sua adaptação à lei processual vigente, apesar de impor o repensar de alguns conceitos e procedimentos.

Palavras-chaves: PJe-Informação, transparência e segurança.

As novas tecnologias de informação e comunicação, por meio de movimentos que interligam informacionalismo, economia do conhecimento e sociedade em rede, têm se convertido, de forma contundente, e em ritmo vertiginoso, em parte importante de nossas vidas. Esse conjunto de recursos, técnicas e procedimentos utilizados no processamento, no armazenamento e na transmissão — cada vez mais fáceis, mais rápidos e mais intensos — de informações faz-se dramaticamente presente em cada vez mais dimensões de nossas vidas econômicas, sociais e culturais: da agricultura ao monitoramento do meio ambiente planetário, do clima global ou da biodiversidade, e à democracia participativa, passando, do local ao global, pelo e-comércio, pelos serviços financeiros remotos (*home banking*), pelo teletrabalho, pela tele-educação (*e-learning*), pela telemedicina (*tele-saúde*), pelos novos processos de tomada de decisões e pela reforma organizacional e modernização do setor público. Alterando as formas mais tradicionais de interação entre cidadãos (sujeitos de direitos), empresas públicas e privadas e gestores públicos e agências políticas, e as respectivas redes sociais, profissionais e educacionais, e fornecendo novas capacidades a estas mesmas redes (Manuel Castells), as novas tecnologias de informação e comunicação tendem a ocupar, inegavelmente, um lugar de relevância crescente na vida humana e no funcionamento das sociedades, colocando novos desafios aos seus agentes e interferindo no cotidiano e na delimitação dos horizontes existenciais dos cidadãos — e, por extensão, nas suas demandas e nas respostas dos poderes públicos às demandas sociais.

Computadores e computadores ultraportáteis — *notebooks*, *ultrabooks* e *netbooks* —, *tablets*, GPS e telefones celulares, entre outros dispositivos eletrônicos, redes sem fio em locais como um escritório (o trabalho), um bar, um aeroporto, um terminal rodoviário ou um parque, ou até mesmo em casa, com conexão instantânea à *internet*, e serviços destinados à informação e à comunicação remota, como correios eletrônicos (*e-mails*), mensagens de texto no telefone celular, *blogs*, redes sociais (*MySpace*, *Facebook*, *LinkedIn*, *Twitter*, etc.) e aplicativos *on-line* em páginas *web* (*YouTube*, *eMule*, *Kazaa*, etc.), têm modificado nossas formas de expressão e interação e nossas referências de espaço e de tempo. Fazemos, com eles, muitas coisas, a partir de praticamente qualquer lugar, por uns poucos cliques. Artistas, personalidades públicas e políticos, e também pessoas comuns, têm seus *blogs*, seus vídeos no *YouTube* e estão presentes nas redes sociais. Todos nós podemos, com acesso à *internet*, compartilhar ideias, fotografias, imagens e arquivos de vídeo e/ou áudio de forma quase ilimitada. Também os protestos sociais organizam-se — e, às vezes, efetivamente se realizam e se propagam — por meio das redes sociais, na *web*. Desenvolvem-se plataformas de comércio eletrônico, de bancos *on-line*, de *e-saúde*, de *e-learning*, etc. Há sites na *web* onde podemos ter acesso a serviços tão inusitados, numa perspectiva virtual, como consultas espirituais, astrologia, numerologia, tarô e feitiços para o amor e a sorte — e até serviços *on-line* para que possamos encontrar o amor da nossa vida com uns poucos cliques. Desenvolvem-se, portanto, novas ferramentas e novas modalidades de inclusão e de exclusão. A nossa vida, essencialmente analógica, ganha uma crescente — e envolvente — dimensão digital; nós,

seres analógicos, estamos cada vez mais imbricados em processos digitais; e a sociedade, analógica na sua essência, está se transformando em uma sociedade em rede.

Essas mudanças dramáticas em nossas vidas, relacionadas ao processamento e à difusão da informação por novos meios tecnológicos, à comunicação remota instantânea, à aparição de novos códigos e linguagens e à especialização progressiva dos conteúdos nas pequenas telas dos dispositivos eletrônicos que usamos impactam fortemente também a política e o setor público. Os cidadãos, de forma cada vez mais intensa e frequente, requerem uma administração pública — um serviço público — mais ágil, mais transparente, mais conectada e mais adaptada à sociedade da informação em temas de práticas de (boa) governança. Atualmente, por meio de distintos *sites* na *internet*, o cidadão pode, em vários países, pagar contribuições, impostos e taxas, solicitar benefícios da seguridade social, licenciar veículos automotores, solicitar certidões, solicitar licenças para a construção civil, fazer denúncias, consultar dados cadastrais pessoais, requerer documentos pessoais (documentos de identidade, cadastros fiscais, passaportes, licenças para a condução de veículos automotores, etc.), fazer sua matrícula em estabelecimentos de educação superior, acessar catálogos de bibliotecas e documentos públicos em geral, inscrever-se em concursos públicos, etc.; as empresas também podem, via *web*, apresentar declarações, pagar impostos e taxas, obter informações, registros, certidões e licenças ambientais, publicar balanços contábeis e informações econômico-financeiras de interesse de seus investidores e do mercado em geral e participar de compras públicas e licitações.

As administrações públicas, nesse contexto, têm que poder, nas suas diversas esferas, com o recurso a essas tecnologias de informação e comunicação, dar respostas mais rápidas aos cidadãos — às suas demandas sociais — e tornar mais transparentes, mais céleres e mais participativos os processos de tomada de decisões. A publicidade, por intermédio da *web*, de dados concernentes ao orçamento dos entes públicos e às despesas públicas, às licitações, aos concursos públicos e às contratações públicas, dá maior transparência e densidade democrática às decisões nas diversas esferas de poderes do Estado, pelo acesso à informação pública e pelo controle da corrupção. Em diversos países, iniciativas de leis de transparência, de acesso à informação e de boas práticas de governança têm posto em marcha ações que tendem a ampliar — qualiquantitativamente — o direito fundamental dos cidadãos à informação e à participação e que reforçam a responsabilidade dos gestores públicos no exercício de suas funções, sobretudo no manejo dos recursos que são de todos, experiências que contribuem, virtuosamente, para reforçar a democracia e os direitos dos cidadãos. No Brasil, por exemplo, a Lei de Transparência (LC n. 131/2009) obriga a União, os Estados e os Municípios — inclusive os órgãos legislativos e judiciários — à publicação de suas receitas e despesas na *internet*.

Nesse contexto, o Poder Judiciário é também devedor de uma maior acessibilidade e de uma maior transparência aos cidadãos (jurisdicionados) — se não, em verdade, o maior dos devedores, já que julga os reclamos sociais contra os demais setores do Estado. Em

vários países, diferentes experiências têm tratado de buscar ampliar a acessibilidade aos — e a transparência substancial dos — trâmites judiciais, sempre com o objetivo de garantir aos cidadãos um processo judicial mais acessível, mais célere, mais transparente e mais seguro — e, portanto, uma atuação judicial mais efetiva e mais justa. As novas tecnologias de informação e comunicação, sem dúvida, impactam sobre o exercício do direito de ação e colocam novos desafios a uma resposta judiciária efetiva — impactam, portanto, sobre a forma do processo, dos atos processuais e dos documentos juntados ao processo, sobre os trâmites do processo e até mesmo sobre os próprios princípios do processo judicial tradicional, transformando a nossa Justiça analógica em justiça eletrônica. Nesse sentido, a *International Association of Procedural Law* (IAPL) dedicou, em 2010, a Conferência de Pécs (Hungria) exclusivamente à matéria da justiça eletrônica (*Electronic Justice — Present and Future*), para estudar os impactos das novas tecnologias de informação e comunicação sobre o processo judicial — o acesso à Justiça, a tramitação do processo, a documentação eletrônica, os meios eletrônicos de prova e a efetividade do processo —, sobre os seus princípios tradicionais, como a oralidade, a publicidade e o devido processo legal e, em consequência, sobre a própria estrutura e o funcionamento dos órgãos do Poder Judiciário tradicional. Entre outros desafios, estão identificados, na Conferência de Pécs:

- 1) a necessidade de garantir a rápida correção de problemas verificados nas funcionalidades dos sistemas informatizados;
- 2) as exigências crescentes de infraestrutura de *hardware* e *software* dos órgãos judiciais;
- 3) a necessidade de maximização da segurança dos dados;
- 4) a manutenção da atualização rápida das informações sobre os atos processuais praticados eletronicamente;
- 5) o desenvolvimento contínuo de mecanismos eficientes de capacitação dos usuários internos e externos do sistema;
- 6) a necessidade de melhorias na standardização, na indexação e na precisão das informações constantes de bancos de dados do Poder Judiciário;
- 7) a superação de óbices culturais à mudança de interface — do papel ao parcial ou totalmente eletrônico;
- 8) o desenvolvimento de instrumentos que inibam o uso indevido ou inautêntico de assinaturas eletrônicas ou senhas;
- 9) a provável ampliação da demanda por serviços judiciais a partir da melhoria do acesso ao Poder Judiciário;
- 10) a melhoria de requisitos ergonômicos e de uso dos sistemas informatizados, de forma a minimizar os impactos negativos do uso dos *hardwares* e *softwares*

sobre a saúde dos usuários, sobretudo dos magistrados, dos servidores da Justiça e outros agentes do Poder Judiciário;

- 11) a ampliação efetiva da interoperabilidade e do intercâmbio de informações entre os diversos sistemas de diferentes órgãos do Poder Judiciário e entre estes e os sistemas de outros órgãos públicos e de entidades que mantenham bancos de dados de relevância pública, como, no Brasil, os sistemas de dados do Ministério do Trabalho e Emprego e do Ministério da Previdência Social;
- 12) a maximização da eficiência nas correções e nas melhorias dos sistemas;
- 13) a revisão de leis e regulamentos que sejam anacrônicos quanto ao modo de ser extremamente dinâmico da relação que se desenvolve eletronicamente;
- 14) a atenção à demanda pelo espaço de armazenamento eletrônico (*storage*);
- 15) a garantia de segurança e acessibilidade ao conteúdo de provas recolhidas por meios eletrônicos, inclusive em arquivos de áudio e vídeo;
- 16) a maximização da acessibilidade dos sistemas a portadores de deficiência — por exemplo, cegos que poderiam utilizar sintetizadores vocais avançados, o que poderia, inclusive, ampliar a presença de pessoas portadoras de deficiência na magistratura, na advocacia e em outras carreiras relacionadas ao sistema de Justiça;
- 17) a definição de limites para a prática de atos não presenciais pelos órgãos do Poder Judiciário;
- 18) o oferecimento de adequado tratamento legal aos problemas relacionados à indisponibilidade temporária dos sistemas e a outras falhas do sistema que não possam ser atribuídas ao próprio usuário;
- 19) a reavaliação da importância estratégica do pessoal de TI dos órgãos do Poder Judiciário e da forma de interação entre o pessoal de TI e os magistrados e o pessoal dos setores judiciais;
- 20) a atenção às peculiaridades de cada ramo do Poder Judiciário;
- 21) a garantia de autonomia estratégica ao Poder Judiciário no desenvolvimento e na manutenção de *softwares* no âmbito do processo eletrônico, eliminando-se, de forma progressiva, a dependência ante terceiros; e
- 22) a atenção à necessidade de fluxos flexíveis na disciplina da condução judicial do processo.

No Brasil, as bases do processo judicial eletrônico são dadas pela Lei n. 11.419/2006, que dispõe sobre a informatização do processo judicial. E há alguns anos os tribunais já vêm incorporando, progressivamente, as novas tecnologias de informação e comunicação na tramitação de processos judiciais, na comunicação de atos processuais, na transmissão de peças processuais e nas suas distintas práticas de facilitação do acesso ao Judiciário, do acompanhamento da tramitação do processo pelos cidadãos — jurisdicionados — e pelos respectivos advogados e da disponibilização, aos cidadãos em geral, de informações a respeito da sua jurisprudência, dos seus atos normativos e dos seus serviços. A partir da Lei n. 11.280/2006, passou-se a admitir que os próprios tribunais regulamentassem, no respectivo âmbito da sua jurisdição, a prática e a comunicação de atos processuais por meios eletrônicos em geral, observados alguns requisitos mínimos necessários de autenticidade, integridade, validade jurídica e interoperabilidade. Já a Lei n. 11.419/2006 permite o envio de petições e de recursos e a prática de atos processuais em geral por meio eletrônico, com o uso de assinatura digital baseada em certificado digital emitido por autoridade certificadora credenciada, a criação de diários eletrônicos, disponibilizados na *internet*, em substituição à publicação oficial em papel, que os livros cartorários e demais repositórios dos órgãos do Poder Judiciário possam ser gerados e armazenados em meio totalmente eletrônico e que a própria conservação dos autos pode ser efetuada por meio eletrônico.

Entre essas experiências históricas, com maior ou menor ênfase entre os tribunais, nos distintos ramos do Poder Judiciário, reservadas as respectivas peculiaridades, podem ser identificadas: (a) a transmissão de petições e recursos por fac-símile e, posteriormente por sistemas eletrônicos criados pelos próprios tribunais e/ou por correio eletrônico (*e-mail*); (b) a intimação ou notificação de advogados previamente cadastrados por correio eletrônico; (c) a emissão de alertas sobre quaisquer movimentações processuais para os usuários cadastrados por correio eletrônico; (d) a assinatura de atos dos magistrados com o uso de assinatura digital baseada em certificado emitido por autoridade certificadora credenciada; (e) a disponibilização do teor de atas, certidões e decisões na *web*, por *sites* mantidos pelos tribunais na *internet*; (f) a disponibilização de informações a respeito da tramitação do processo na *web*, por *sites* mantidos pelos tribunais na *internet*; (g) a criação de mecanismos de busca de jurisprudência pela *internet*; (h) a gravação em mídias de áudio e/ou vídeo de audiências, substitutiva da transcrição, por meios mecânicos, dos depoimentos em atas; e (i) a criação de salas virtuais de audiências para os juízos penais. Além disso, por meio convênios, criaram-se condições para que a Justiça, a partir de uns poucos cliques, *on-line*, pudesse determinar o bloqueio de valores junto a instituições financeiras e a inscrição de restrições à transferência de veículos automotores no respectivo registro de propriedade, consultar dados cadastrais de devedores junto à Receita Federal ou consultar dados de trabalhadores no Cadastro Nacional de Informações Sociais (sistemas como o BacenJud, o RenaJud, o InfoJud, etc.).

No entanto, a mais atual e incisiva experiência, nesse processo de intensificação do uso das novas tecnologias de informação e comunicação pelo Judiciário em benefício do

cidadão — do jurisdicionado — na busca de um processo mais moderno e mais efetivo — mais acessível e também mais seguro e mais transparente — é o Processo Judicial Eletrônico (PJe). O PJe, sistema de informatização do processo judicial, consolida uma trajetória por meio da qual o Judiciário vem buscando, respondendo aos anseios dos cidadãos — jurisdicionados —, a sua modernização e a modernização do próprio processo judicial no âmbito dessa difícil equação que é a Justiça.

O PJe apresenta-se como um sistema de informatização do processo judicial que facilita o acesso de todos os intervenientes à mesma documentação e aos atos do processo em tempo real, evitando o uso do papel como suporte físico para tais atos e documentos. Sua implantação permitirá a eliminação do papel como suporte físico do processo judicial e incrementará imediatamente a celeridade na tramitação dos diferentes procedimentos, a segurança do próprio processo e a densidade do direito fundamental de petição e de defesa dos jurisdicionados — direito tomado aqui na sua dimensão mais ampla —, tornando mais transparente a ação de todos os intervenientes no processo, do advogado ao magistrado, passando pelos diversos auxiliares da Justiça (servidores, peritos, etc.), já que se viabiliza o acompanhamento remoto e em tempo real da tramitação do processo e da prática de todos os atos processuais correspondentes — especialmente os dos cartórios e dos magistrados —, e conduzindo um sistema processual analógico moroso à modernização necessária e possível em termos de usos sociais da própria tecnologia. Por intermédio do PJe, por exemplo, o advogado pode, em tempo real, sem ter que se deslocar à serventia, consultar a tramitação do processo judicial, verificar o tempo de permanência do processo em cada fase processual, o órgão responsável pela respectiva pendência e nele intervir a distância para praticar quaisquer atos necessários ao andamento do feito. Pode visualizar todo o conjunto de atos praticados, imprimir os alvarás judiciais assinados eletronicamente no seu próprio escritório, ou atas, certidões e outros documentos constituintes dos autos, e saber, com precisão, em que momento determinado ato foi efetivamente praticado pelo magistrado. O magistrado, por sua vez, pode acompanhar o andamento dos atos cartoriais, no âmbito do órgão jurisdicional, na exata medida da sua prática pelo respectivo servidor, localizar com extrema facilidade os processos que deseja consultar e/ou em que deve intervir e verificar o exato momento em que foram interpostos e juntados aos autos os distintos documentos e petições que integram o processo.

A implantação progressiva do processo judicial eletrônico em todos os ramos do Poder Judiciário, coordenada pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), é fundamental ao processo de modernização do sistema brasileiro de Justiça. O PJe foi lançado oficialmente em 21 de junho de 2011, e consiste em um sistema (*software*) padronizado que permite a prática de todos os atos e o armazenamento de todos os dados e documentos do processo judicial diretamente no sistema eletrônico, sem o recurso ao papel como suporte, assim como o acompanhamento da tramitação do processo em tempo real, desenvolvido pelo CNJ a partir da experiência e com a colaboração de diversos tribunais, acessível de forma ininterrupta por meio da *internet*. Com o PJe, pretende-se que os

tribunais brasileiros adotem uma solução única, utilizando programas de código aberto acessíveis via *web*, gratuita para os respectivos usuários e que atenta para os devidos requisitos de segurança e interoperabilidade, racionalizando rotinas e despesas — com eficiência no emprego dos recursos públicos — com o *software* e permitindo o direcionamento do emprego massivo de seus recursos financeiros, tecnológicos e de pessoal para a sua finalidade: a resolução de conflitos.

No âmbito da Justiça do Trabalho, a implantação do PJe (PJe/JT) está a cargo do Conselho Superior da Justiça do Trabalho. Sua implantação progressiva, hoje já abarcando cerca de 40% das unidades da Justiça do Trabalho — atualmente, o PJe/JT está instalado no Tribunal Superior do Trabalho e em 830 Varas divididas entre os 24 Tribunais Regionais do Trabalho, com mais de 200 mil advogados cadastrados e 800 mil processos trabalhistas em curso —, permite a superação de uma secular tradição jurídica baseada no papel e a adequação da Justiça do Trabalho aos novos tempos, aperfeiçoando-se o sistema judicial trabalhista brasileiro no sentido de garantir-se ao cidadão um mais amplo acesso à Justiça, mais celeridade na tramitação do processo judicial, mais segurança e mais transparência no processo e, conseqüentemente, maior efetividade da própria prestação jurisdicional e maior eficiência do Judiciário a serviço do cidadão.

É importante perceber que o PJe/JT não é apenas um sistema de tramitação, por via eletrônica, de processos judiciais, tampouco corresponde à simples transposição de registros inicialmente realizados em papel para o meio eletrônico: é um sistema novo, com uma racionalidade nova, onde todo o processo judicial é eletrônico, da petição inicial ao arquivamento definitivo do processo, passando pela resposta do reclamado, pelo registro da audiência, pelos despachos e decisões judiciais, pelos recursos e pelos atos de execução forçada, e que é produzido e acompanhado pelos respectivos intervenientes — advogados, magistrados, servidores, peritos, etc. — única e diretamente por meio do próprio *software*, em tempo real, mediante uma conexão à *internet* e de certificados digitais, assinaturas eletrônicas e senhas. Em síntese, simplesmente se acessa o PJe/JT pela *internet*, de forma remota, a partir de qualquer computador; com um certificado digital emitido por uma autoridade certificadora credenciada, que permite a identificação do interveniente, e uma senha pessoal, são realizados, sucessivamente, todos os atos processuais diretamente no sistema, em tempo real: a petição inicial, a resposta do reclamado, as exceções, os recursos, etc. Os documentos, previamente digitalizados (em formato PDF), são anexados pelo usuário concomitantemente ao devido peticionamento, por *upload*. Os despachos e as decisões do magistrado também são produzidos no sistema, pela mesma forma de acesso e autenticação, e também em tempo real. As atas de audiências e as certidões, de forma análoga, são introduzidas e autenticadas no sistema. O mesmo ocorre com todos os atos praticados por auxiliares da Justiça, como os peritos. As intimações e notificações iniciais são expedidas em papel; no entanto, a partir da intervenção do advogado nomeado pela parte, as intimações e notificações supervenientes passam a ser realizadas pelo próprio sistema. Torna-se permanentemente visíveis a data e a hora de produção, de integração ao sistema e de autenticação e/ou validação de todos

os atos do processo e qualquer interveniente pode, a partir de qualquer computador conectado à internet, e em tempo real, visualizar a tramitação integral do processo judicial, as peças produzidas e os documentos juntados a ele.

As vantagens do PJe/JT sobre o processo convencional, em papel, são inúmeras. A implantação do processo totalmente eletrônico no âmbito da Justiça do Trabalho é um requisito fundamental para o desenvolvimento de uma nova Administração da Justiça que seja: (a) mais segura, pois permite a autenticação, pela certificação eletrônica, dos atos e documentos que se incorporam ao processo; (b) mais rápida, pois os procedimentos se tornam mais céleres com a fácil visualização do processo e com a eliminação de tarefas como a juntada física de documentos aos autos, a numeração de folhas, etc., possibilitando-se oferecer uma resposta ao jurisdicionado em menor tempo; (c) mais eficiente, pois se otimizam os recursos materiais e humanos por uma Justiça mais racional e mais ágil; (d) tecnologicamente mais avançada e mais próxima das novas tecnologias de informação e comunicação que ocupam um lugar crescente na vida humana e no funcionamento das sociedades; (e) mais interconectada, pois a produção eletrônica dos atos e documentos favorece o intercâmbio de informações e a comunicação entre os órgãos judiciais e outras instituições e órgãos implicados na Administração da Justiça; e, sobretudo, (f) mais pública e, assim, mais acessível e transparente. Assim, com o PJe/JT, obtém-se uma Justiça do Trabalho mais acessível, transparente, ágil e eficiente e, conseqüentemente, mais efetiva.

No momento, os principais desafios relacionados à consolidação do PJe/JT dizem respeito às garantias de estabilidade (disponibilidade) e segurança do *software*. A opção do CNJ (e, no âmbito da Justiça do Trabalho, do CSJT) pelo PJe exigiu um esforço dirigido à sua expansão e, neste momento, consolidado o sistema como peça-chave do processo de modernização do sistema brasileiro de Justiça, o maior esforço da cúpula do Judiciário, e a maior preocupação dos usuários do sistema, é no sentido de garantir-se o acesso estável de todos ao PJe, que vem apresentando constantes indisponibilidades temporárias, quer pelo grande volume da respectiva base de dados, quer pelo elevado número de acessos, quer pelas consultas automatizadas. O momento requer energia, mas serenidade, e convida a um esforço pelo PJe: compete aos magistrados e aos servidores um especial empenho no sentido de minimizarem-se os impactos negativos às partes e aos advogados dos períodos de indisponibilidade do sistema. É importante recordar que o PJe, no seu atual estágio de implantação, não é uma simples aposta de turno dos órgãos de cúpula do Judiciário, nem um processo em avaliação, mas um sistema consolidado e em expansão. Aprimorá-lo é extremamente importante, e é nesse sentido que se faz cada vez mais importante a crítica racional ao sistema e a busca de soluções criativas e seguras para os problemas que surgem com a progressiva expansão do sistema, sobretudo nos tribunais de grande porte, e para as quais a participação dos usuários do sistema, por intermédio de seus órgãos de classe e associações, é absolutamente fundamental.

É importante registrar que as dificuldades iniciais não parecem arrefecer o ânimo daqueles que se entusiasmam com o PJe. Acompanhando magistrados e servidores que

atuam em Varas totalmente eletrônicas, em que todos os processos tramitam pela via do PJe, é fácil verificar que a ampla maioria desses magistrados e servidores prefere não voltar a atuar com processos judiciais em papel. A impressão é que, a par das dificuldades do PJe, o papel é algo que, analógico, ficou parado no tempo. O digital é mais atrativo, mais fácil e mais racional: o serviço do cartório digital é mais interativo e mais solidário, e a eliminação de tarefas pouco intelectuais, como a juntada de documentos (papel) aos autos e a numeração das respectivas folhas torna o servidor mais especializado, mais prestativo e mais atencioso com o próximo.

É claro que a implantação do PJe traz, consigo, novos problemas e desafios. Embora a atenção esteja, agora, centrada na questão de garantir-se a estabilidade (disponibilidade) e a segurança do *software*, é imprescindível que sejam trazidas outras questões à pauta. Por exemplo:

- 1) a necessidade de uma maior interação entre os usuários do sistema, o pessoal de TI dos tribunais e o pessoal de TI da cúpula do Judiciário, a fim de agilizar-se a correção de problemas verificados nas funcionalidades dos sistemas informatizados;
- 2) a discussão, com a participação das associações representativas de magistrados e servidores, a respeito da infraestrutura de *hardware* e *software* dos tribunais;
- 3) a discussão, com a participação das associações representativas de magistrados e servidores, a respeito do cronograma de expansão do PJe;
- 4) a disponibilização de informações mais claras a respeito da segurança dos dados;
- 5) a disponibilização de informações mais claras a respeito das indisponibilidades temporárias do sistema, suas causas e sua extensão;
- 6) a capacitação permanente dos usuários internos e externos do sistema;
- 7) a superação de óbices culturais à mudança de interface;
- 8) a maximização da acessibilidade a portadores de deficiência;
- 9) o esforço pela integração a sistemas externos — hoje, um alvará para saque de valores depositados junto ao FGTS, assinado eletronicamente, deve ser impresso e levado à Caixa Econômica Federal; a interconexão de sistemas do Judiciário e de outros órgãos, como a Caixa Econômica Federal, permitiria a eliminação do papel na tramitação da ordem entre um e outro órgão (como já se fez no caso do BacenJud, por exemplo).

Quatro outras questões, enfim, despontam como extremamente relevantes quando o assunto é a pejoatização da prestação jurisdicional trabalhista e, conseqüentemente, da Justiça do Trabalho.

Por um lado, o uso do sistema PJe tem, de fato, reduzido o tempo de tramitação dos processos ou, pelo menos, o tempo necessário para a produção de cada ato processual, em geral. Dados do CSJT indicam uma redução do tempo de tramitação de cada processo em 60%, aproximadamente, em especial graças à eliminação de atividades como a autuação física, protocolos e juntadas, numeração de folhas, controles físicos de prazos, etc. E quem trabalha com o PJe presencia essa realidade: a redução do tempo do processo — produção dos atos processuais — é nítida e ponderável. O processo está disponível *on-line*, está mais acessível, e isso elimina também o fator temporal da movimentação — o chamado “tempo burocrático” do processo. No entanto, por outro lado, a maior acessibilidade do PJe e a redução do tempo do processo, conduzem, de forma concomitante, a um incremento da demanda — é bastante lógico supor que, quanto melhor o sistema de Justiça, maior será a demanda dos interessados ao sistema. E, de fato, outra realidade presenciada por quem trabalha com o PJe é a ampliação da demanda a partir da implantação do sistema, pelas facilidades que ele oferece. É necessário que estejamos preparados para esse aumento da demanda, inclusive sob o ponto de vista do incremento dos recursos financeiros, tecnológicos e, sobretudo, humanos (número de servidores por unidade judiciária, por exemplo) que esse aumento da demanda supõe.

Além disso, é imprescindível a discussão a respeito da melhoria de requisitos ergonômicos e de uso dos sistemas informatizados, de forma a minimizar os impactos negativos do uso dos *hardwares* e *softwares* sobre a saúde dos usuários, sobretudo dos magistrados, dos servidores da Justiça e outros agentes do Poder Judiciário, e implementar uma mentalidade de saudável ponderação no acesso ao sistema, já que este pode ser acessado em qualquer dia da semana e em qualquer hora do dia, e remotamente: estando o sistema disponível *on-line*, permanentemente, uma mentalidade de desconexão, com a separação necessária do tempo de trabalho das demais esferas da vida, é uma questão imprescindível à saúde dos magistrados e dos servidores da Justiça.

Também devemos ter muito claro que o PJe é uma ferramenta a serviço da Justiça, e não o contrário. E que, conseqüentemente, o sistema deve adequar-se à lei processual e ao procedimento adotado pelo magistrado na condução do processo, e não o contrário. O PJe tende a superar princípios importantes do processo trabalhista, como o da oralidade, e é importante colocar em discussão os impactos do uso do PJe sobre o processo judicial — sobre a tramitação do processo e sobre os seus princípios tradicionais. Um exemplo claro da ponderação que devemos ter, para a preservação dos preceitos concernentes ao processo — no nosso caso, à CLT, em especial —, diz respeito a uma situação constantemente invocada por magistrados nas primeiras audiências realizadas eletronicamente: exige-se que o *upload* da defesa do reclamado ao sistema informatizado seja realizado antes da audiência, para viabilizar-se a audiência, ou que a defesa seja apresentada oralmente — e, nesse caso, transcrita, em termos, na ata de audiência. Supondo-se que o reclamado fez o *upload* da sua defesa antes da audiência e não compareceu à primeira sessão da audiência, qual seria o efeito do não comparecimento? Declarar-se-ia o reclamado ausente revel, como prevê a CLT, a par da defesa previamente juntada ao sistema?

E na hipótese de não comparecimento do reclamante à sessão, o procedimento correto seria o arquivamento da reclamação ou a declaração da sua confissão ficta, pois já juntada a defesa ao sistema? Ora, juntar a defesa ao sistema, por simples *upload*, apenas para que se possa dar conta de uma deficiência do próprio PJe, já que a juntada da defesa do reclamado na própria audiência atrairia uma série de dificuldades do ponto de vista tecnológico, não é juridicamente correspondente à apresentação da defesa em audiência: a defesa foi juntada ao sistema previamente, mas é a presença do reclamado na audiência que validará a juntada da defesa, como prevê a CLT — deixa claro a Súmula n. 122 do TST: ausente o reclamante, o processo será, portanto, arquivado, tratando-se da sessão inaugural da audiência; ausente o reclamado, este será declarado revel e confesso quanto à matéria de fato (art. 844 da CLT). Ou alguém deixaria de declarar a revelia do reclamado ausente à audiência caso este encaminhasse à unidade judiciária, antecipadamente, uma contestação por fac-símile? Ou seja, há que se refletir sobre os preceitos legais que regem a tramitação do processo e sobre os seus princípios, para que o PJe, simples ferramenta, não se volte contra o procedimento legal.

Por fim, a pejotaeização da Justiça do Trabalho conduz a uma realidade em que o recurso ao advogado, pelo jurisdicionado, reclamante ou reclamado, já não se faz apenas pela questão do conhecimento técnico jurídico, ou seja, pela expertise para a causa, mas também pela questão do conhecimento tecnológico e da posse de meios para acessar o próprio sistema — o fato de possuir a certificação digital necessária para acessar o sistema, o *hardware* (computador) necessário, conectado à *internet*, e a *expertise* tecnológica para operá-lo. É claro que o *ius postulandi* da parte, no PJe, fica extremamente debilitado, pois é absolutamente necessário o devido conhecimento tecnológico — e a posse de recursos econômicos — para o acesso pleno ao processo. É certo que o reclamante continua podendo apresentar ao distribuidor uma reclamação verbal, que será reduzida a termo e integrada ao PJe, mas o acompanhamento pleno da reclamação não será possível sem a posse de meios tecnológicos e econômicos — a posse de certificado digital e de um computador conectado à *internet* e a *expertise* necessária para operar de forma eficiente o sistema informatizado.

Em síntese, o PJe é uma realidade que não pode ser negada. Mais do que isso, é um marco mais do que significativo, porém, verdadeiramente fundamental na modernização do processo judicial e da própria Justiça, agregando ao processo judicial e ao Judiciário mais acessibilidade, mais celeridade, mais transparência e mais efetividade. É importante, contudo, a discussão a respeito dos seus impactos sobre o processo judicial, sobre os seus princípios tradicionais, sobre a própria estrutura e o funcionamento dos órgãos do Poder Judiciário, sobre os jurisdicionados e sobre os magistrados e servidores da Justiça, e a ampla participação de magistrados e servidores na formulação e no acompanhamento das políticas de implementação, avaliação e controle do PJe, pelas suas associações. A sociedade transforma-se com as novas tecnologias de informação e comunicação; a Justiça do Trabalho, que é aquela que sente mais profundamente as desigualdades sociais,

deve estar atenta para essas novas tecnologias e para as novas modalidades de inclusão e de exclusão social, obrigando-se a revigorar racionalmente a sua estrutura, velando pela sua modernização para tornar-se cada vez mais acessível, segura, célere e transparente, ou seja, mais efetiva — do analógico ao digital. Mas, de forma ponderada, dialogando com os seus usuários, ouvindo os magistrados e os servidores por intermédio de suas associações, e assim atentando para que a criatura — o PJe — não se volte contra o criador — a Justiça.

EL RECURSO DE CASACIÓN EN EL NUEVO PROCESO PERUANO

Javier Arévalo Vela⁽¹⁾

Resumo: O presente trabalho, cujo autor é Ministro da Corte Suprema de Justiça da República Peruana, traça um panorama do que é e como funciona o recurso de cassação, nos moldes estabelecidos pela nova lei processual trabalhista daquele país (Lei n. 29.497, com vigência territorial progressiva desde 15.7.2010 — conteúdo disponível em <http://www.mintra.gob.pe/LEYPROCESALTRABAJO/pdf/ley_29497_trabajo.pdf>). Trata-se, a rigor, de uma modalidade de impugnação bastante assemelhada ao recurso de revista do processo laboral brasileiro, possuindo, na avaliação do articulista, duas funções fundamentais: a de preservação do ordenamento jurídico (função nomofilática) e a de pacificação jurisprudencial (função uniformizadora). Dentro desta perspectiva, ele tem cabimento nos casos de violação direta de norma jurídica — sem especificação quanto à classe ou hierarquia desta — e de contrariedade aos precedentes vinculantes ditados pelo Tribunal Constitucional ou pela Salas Sociais da Corte Suprema de Justiça da República, não possuindo, por outro lado, efeito suspensivo, o que potencializa, como regra geral, a possibilidade de execução completa do título judicial ainda em discussão.

Palavras-chave: Processo trabalhista — Direito comparado — Peru — Recursos — Cassação — Uniformização jurisprudencial.

(1) Juez Supremo Titular, Presidente de la Segunda Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, Magister en Derecho, Profesor de la Maestría en Derecho del Trabajo de la Universidad de San Martín de Porres. E-mail: <arevalovela@yahoo.es>.

Sumário: 1. Introducción. 2. Antecedentes históricos del recurso de casación en materia laboral. 3. Definición. 4. Fines. 5. Causales 6. Requisitos de admisibilidad. 7. Requisitos de procedencia. 8. Trámite. 9. Efectos. 10. Consecuencias del recurso de casación declarado fundado. 11. Precedente vinculante de la Corte Suprema de Justicia de la República. 12. Publicación de sentencias. 13. Conclusiones. 14. Bibliografía.

Sumilla: Se analiza como la Nueva Ley Procesal del Trabajo regula el Recurso de Casación.

Palabras-clave: Recurso de Casación — Nueva Ley Procesal del Trabajo.

1. Introducción

En las líneas siguientes efectuaremos un breve análisis de la manera como la Ley n. 29.497, Nueva Ley Procesal del Trabajo (en adelante NLPT), vigente en forma progresiva desde el 15 de julio de 2010, en sus artículos 34º al 41º, regula el recurso de casación, resaltando los aciertos, pero también los errores y deficiencias que en materia de tan importante medio impugnatorio contiene la precitada norma adjetiva.

No podemos dejar de advertir al lector que para la debida comprensión del marco jurídico de la casación laboral, recurriremos en todo momento a las disposiciones del Código Procesal Civil (en adelante el CPC), norma que resulta de aplicación supletoria al proceso laboral conforme a la Primera Disposición Complementaria de la NLPT, así como a opiniones doctrinarias emitidas respecto del recurso de casación normado por el Código Procesal Civil, las que resultan válidas también para las causas laborales, dado que la fuente matriz del recurso de casación en el ámbito de trabajo es el recurso de casación civil.

2. Antecedentes históricos del recurso de casación en materia laboral

Las primeras normas dictadas en el Perú para regular los procesos judiciales de trabajo ignoraron el recurso de casación; fue con la promulgación en diciembre de 1991, del Decreto Legislativo n. 767, Ley Orgánica del Poder Judicial, que por primera vez, se hizo referencia a que dicho recurso procedería en los casos expresamente previstos por la ley, dejando a la legislación especial la forma de regularlo, lo que recién ocurrió en 1996 al promulgarse la antigua Ley Procesal del Trabajo, Ley n. 26.636.

Respecto de la introducción del recurso de casación en materia laboral por la Ley n. 26.636, SANDOVAL, en su oportunidad nos decía: *“Actualmente el hecho de que en los procesos laborales no haya la posibilidad del recurso de casación permite que se presenten resoluciones contradictorias en las diferentes salas laborales del país. Puedan darse sobre el mismo tipo de situaciones que son resueltas”*⁽²⁾.

Se desprende con claridad del párrafo transcrito que para el legislador de 1996 el principal fin del recurso de casación era la unificación de los criterios jurisdiccionales a efectos de evitar resoluciones contradictorias.

Con la finalidad de restringir el acceso al recurso de casación, el texto original de la Ley n. 26.636, fue objeto de modificación por la Ley n. 27.021, publicada el 23 de noviembre de 1998, siendo uno de los aspectos más importantes de dicha modificatoria el suprimir el citado recurso contra autos.

Al elaborarse el anteproyecto de NLPT, los miembros de la comisión reformadora consideramos que era necesario regular el recurso casación, de una manera tal que la interposición del mismo no constituyera un factor de demora del proceso laboral y que las

(2) SANDOVAL AGUIRRE, Oswaldo: 1996; La Ley Procesal del Trabajo, Primera Edición, p. 419.

causales de infracción normativa que lo justificaran estuvieran taxativamente previstas en la ley, es por ello que en el texto del anteproyecto remitido por el Poder Ejecutivo se enumeraba expresamente las infracciones normativas que por las que se podía interponer el recurso de casación.

Lamentablemente el Poder Legislativo modificó el texto presentado, introduciendo una causal genérica, prescindiendo de enumerar las causales casatorias que contenía el texto original, lo que constituye un factor de demora y confusión en el trámite y resolución del mencionado recurso.

3. Definición

La NLPT no define el recurso de casación, por lo que, a continuación citamos algunas definiciones doctrinarias relevantes para después presentar la nuestra.

Según TOYAMA:

“El recurso de casación es un medio impugnatorio de carácter extraordinario — que, en rigor, no da lugar a una instancia — por el cual el Estado busca controlar la adecuada aplicación de las normas jurídicas a los casos concretos y, de esta forma, brindar seguridad jurídica a las partes y unificar los criterios jurisprudenciales”⁽³⁾.

Para ROMERO:

“El recurso de casación es el que se interpone ante la Corte Suprema de la República contra fallos definitivos en los casos que se consideran que se han infringido leyes o doctrina admitida por la jurisprudencia, o incumplido reglas de procedimiento”⁽⁴⁾.

Por nuestra parte nos atrevemos a definir la casación como un medio impugnatorio de carácter extraordinario mediante el cual se busca lograr la correcta aplicación e interpretación del derecho objetivo y la unificación de los criterios jurisdiccionales.

4. Fines

En cuanto a la finalidad del recurso de casación la NLPT tampoco contiene norma alguna que indique los fines que persigue dicho recurso. En la doctrina al recurso de casación se le atribuyen principalmente los fines siguientes: el nomofiláctico, uniformizador y dikelógico.

(3) TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge: 2010; La Casación Laboral; EN: Doctrina y Análisis sobre la Nueva Ley Procesal del Trabajo, Primera Edición, p. 199-212.

(4) ROMERO MONTES, Francisco Javier: 2011; El Nuevo Proceso Laboral, Primera Edición, p. 246; Lima.

Al respecto el tratadista CAMPOS nos dice que “...*el recurso extraordinario de casación persigue en materia laboral dos finalidades fundamentales, que son: la defensa de la ley sustancial o sustantiva y la unificación de la jurisprudencia laboral en el país*”⁽⁵⁾.

La NLPT no señala taxativamente que fines se atribuye al recurso de casación, por tal motivo aplicando supletoriamente el artículo 384° del CPC modificado por la Ley n. 29.364, podemos concluir que los fines de dicho recurso en materia laboral son también: la función nomofiláctica y la función uniformizadora.

La *función nomofiláctica*, está referida a la protección del ordenamiento jurídico, ya que no puede aceptarse que cada juez interprete las normas jurídicas de manera tal que, para un mismo asunto la misma norma tenga diferentes sentidos.

Esta finalidad no afecta en nada la independencia de los jueces de instancia al momento de resolver, pues, como bien nos dice NIEVA: “...*todos los órganos jurisdiccionales, en uso de su independencia, pueden interpretar las normas jurídicas como deseen. Pero precisamente porque ello es así, la existencia de una jurisprudencia uniforme que oriente su labor, posibilita que el ordenamiento jurídico no acabe siendo un galimatías de interpretaciones divergentes. Además si los órganos inferiores siguen la jurisprudencia del Tribunal Supremo, evitarán con mayor probabilidad la casación de las resoluciones que dicten*”⁽⁶⁾.

La *función uniformizadora*, persigue que en las decisiones de los jueces exista unidad y coherencia, evitando la expedición de fallos contradictorios en causas similares; para ello el Tribunal Supremo deberá establecer criterios que unifiquen la jurisprudencia garantizando la seguridad jurídica y la igualdad ante la ley.

Resaltando el papel de la función uniformizadora en la previsibilidad de los fallos judiciales, BUENDIA sostiene: “*Todo ciudadano, antes de emprender un proceso está en su derecho de conocer cuál es la respuesta que la jurisdicción ofrece a su problema. Sólo de esta forma podrá saber si el Derecho le asiste y, en consecuencia, si debe emprender un litigio para que el Estado le otorgue aquello que particularmente no puede obtener. Si en la búsqueda de esa respuesta sólo encuentra confusión y disparidad, sencillamente no existe un ordenamiento que le ampare pues, como hemos dicho, el Derecho no es sino un instrumento con el que regular y ordenar las relaciones sociales. Por ello es absolutamente necesario no sólo unificar criterios, sino hacerlo de modo que sea cognoscible por los justiciables*”⁽⁷⁾.

Somos de la opinión que una próxima reforma de la NLPT deberá considerar el incluir una disposición que precise los fines del recurso de casación en materia laboral.

(5) CAMPOS RIVERA, Domingo: 2003; Derecho Procesal Laboral, Primera Edición, p. 224; Editorial Temis, Bogotá.

(6) NIEVA FENOL, Jorge : 2003; El Recurso de Casación Civil, Primera Edición, p. 78, Editorial Ariel, Barcelona.

(7) BUENDIA CANOVAS, Alejandro: 2006, La Casación Civil, Primera Edición, p. 254-255, Editorial Dijusa, Madrid.

5. Causales

Las causales de casación son los supuestos contemplados en la ley como justificantes para la interposición del recurso de casación.

De acuerdo con el artículo 34º de la NLPT las causales del recurso de casación son dos: a) la infracción normativa que incida directamente sobre la decisión contenida en la resolución impugnada; y b) el apartamiento de los precedentes vinculantes dictados por el Tribunal Constitucional o la Corte Suprema de Justicia de la República.

Tradicionalmente, la Doctrina procesalista ha aceptado que las causales que motivan la interposición del recurso de casación pueden tener su origen en errores in iudicando o *errores in procedendo*.

El *error in iudicando* es el *error material*, se presenta cuando el juzgador lesiona la norma sustantiva bajo cualquier forma; mientras que el *error in procedendo* es el error de procedimiento, se presenta cuando se infringe las normas adjetivas.

Además de los errores antes descritos, destacados tratadistas como CARRION consideran que: “...hay otros que tienen relación con determinados elementos que se producen dentro del proceso, como son las cuestiones de hecho y de prueba, cuya apreciación y valoración errónea pueden conducir a decisiones arbitrarias o absurdas, en donde algunos estudiosos encuentran motivaciones habilitantes del recurso de casación”⁽⁸⁾.

Las causales de casación previstas en el artículo 34º de la NLPT nos merecen el comentario siguiente:

a) Infracción normativa

La infracción normativa podemos conceptualizarla como la afectación a las normas jurídicas en que incurre la Sala Superior al emitir una resolución, originando con ello que la parte que se considere afectada por la misma, pueda interponer el respectivo recurso de casación.

Respecto de los alcances del concepto de infracción normativa quedan subsumidas en el mismo las causales que anteriormente contemplaba la Ley n. 26.636 relativas a interpretación errónea, aplicación indebida e inaplicación de una norma de derecho material, pero además se incluyen otro tipo de normas como son las de carácter adjetivo.

Sobre la posibilidad que las normas contenidas en convenios colectivos puedan ser objeto de denuncia casatoria opinamos que, si bien los convenios colectivos constituyen normas materiales propias del Derecho laboral, debido a su origen particular, sólo son aplicables a un sector de trabajadores o empleadores, no teniendo para el ordenamiento

(8) CARRIÓN LUGO, Jorge: 2003; El Recurso de Casación en el Perú — Vol. I; Segunda Edición, p. 93; Editorial Grijley; Lima.

jurídico nacional la importancia que tienen las normas legales. En sentido coincidente con nuestra posición EGAS sostiene: “...por más que se sostenga que la contratación colectiva es fuente de derechos laborales, su violación no debería ser materia del recurso de casación; pues la finalidad de éste, como lo hemos dicho, es velar por la observancia uniforme de la norma de derecho, generalmente considerada; y no para un caso particular o de aplicación limitada a un reducido grupo de personas, como lo son los comprendidos dentro de la contratación colectiva”⁽⁹⁾.

No podemos dejar de calificar como desafortunada la redacción de la causal casatoria de “infracción normativa” pues, la amplitud de la misma va a permitir que abogados faltos de ética y de conocimientos jurídicos la invoquen de una manera indiscriminada respecto de cualquier tipo de normas con la afirmación que la infracción ha incidido en la resolución impugnada.

b) Apartamiento de los precedentes vinculantes del Tribunal Constitucional o de la Corte Suprema de Justicia de la República

El Tribunal Constitucional ha definido el precedente vinculante en los términos siguientes:

“Regla jurídica expuesta en un caso particular y concreto que el Tribunal Constitucional decide establecer como regla general; y, que, por ende, deviene en parámetro normativo para la resolución de futuros procesos de naturaleza homóloga.

El precedente constitucional tiene por su condición de tal, efectos similares a una ley. Es decir, la regla general externalizada como precedente a partir de un caso concreto se convierte en una regla preceptiva común que alcanza a todos los justiciables y que es oponible frente a los poderes públicos.

En puridad, la fijación de un precedente constitucional significa que ante la existencia de una sentencia con unos específicos fundamentos o argumentos y una decisión en un determinado sentido, será obligatorio resolver los futuros casos semejantes según los términos de dicha sentencia”⁽¹⁰⁾.

Podemos afirmar entonces que “...el precedente constitucional vinculante es un instrumento a través del cual el Tribunal Constitucional impone a los demás órganos del Estado su criterio de interpretación de la Constitución y de la ley”⁽¹¹⁾.

No podemos dejar de resaltar que por mandato del artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, los jueces están obligados a interpretar y aplicar las

(9) EGAS PEÑA, Jorge: 1999, Temas de Derecho Laboral II, p. 33, Editora EDINO, Ecuador — Guayaquil.

(10) STC n. 024-2003-AI/TC — Caso Municipalidad Distrital de Lurín contra la Municipalidad Provincial de Huarochirí y otro.

(11) ARÉVALO VELA, Javier: 2008; Introducción al Derecho del Trabajo, Primera Edición, p. 48; Editora Jurídica Grijley e.i.r.l.; Lima.

leyes, normas con jerarquía de ley, así como las disposiciones reglamentarias según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional.

6. Requisitos de admisibilidad

El artículo 35º de la NLPT consigna los requisitos formales exigidos al recurso de casación, que son los siguientes:

a) Se interpone contra las sentencias y autos expedidos por las Cortes Superiores como órganos de segundo grado, que ponen fin al proceso:

Este requisito exige que una Sala Superior actuando en grado de apelación haya emitido un auto o sentencia que ponga fin al proceso, además exige que tratándose de resoluciones que ordenen el pago de sumas líquidas, el monto ordenado pagar debe ser superior a las cien (100) Unidades de Referencia Procesal (URP), no importando, en este caso, que parte interponga el recurso.

El recurso será improcedente cuando se interponga contra sentencias que ordenan a la instancia inferior emitir nuevo fallo (art. 35 inc. 1), tal es el caso de las sentencias superiores que declaran nula la sentencia de primera instancia.

b) Se interpone ante el órgano jurisdiccional que expidió la resolución impugnada:

Este requisito exige que el recurso de casación sea interpuesto ante la Sala Laboral o Mixta que ha emitido el pronunciamiento que se cuestiona.

De acuerdo con la NLPT la Sala Superior no tiene facultad para calificar el recurso interpuesto sino que debe recepcionarlo y elevarlo a la Sala Suprema dentro de los tres días hábiles de haberlo recibido (art. 35 inc. 2). Es decir actúa como un mero órgano tramitador.

En el caso que la Sala Superior calificara el recurso de casación, la Sala Suprema deberá anular esta calificación.

c) Se interpone dentro del plazo de (10) diez días de notificada la resolución que se impugna:

Este requisito precisa que a partir del día siguiente de notificada la sentencia expedida en segunda instancia, la parte que así lo considere conveniente para sus intereses, tendrá diez (10) días útiles para presentar por escrito a la mesa de partes de la Sala Laboral o Mixta que expidió dicha sentencia su recurso de casación (art. 35 inc. 3), la cual deberá elevar la causa a la Sala Suprema dentro del tercer día sin mayor trámite.

De acuerdo a la NLPT la Sala Superior no tiene competencia para calificar la procedencia del recurso interpuesto, facultad que es privativa de la Corte Suprema.

Si el recurso no fuera interpuesto dentro del plazo antes indicado la posibilidad de interponerlo precluye y la resolución queda firme.

d) Acreditando el pago o la exoneración de la tasa judicial respectiva:

Se debe acompañar al recurso obligatoriamente la correspondiente tasa judicial cuando quien lo interpone es el empleador; si el recurrente fuera el trabajador sólo estará obligado a pagar la tasa judicial en los casos que la ley así lo prevea expresamente.

En el supuesto que no se acompañe la tasa correspondiente o haciéndolo ésta sea diminuta, la Sala Suprema está en la obligación de conceder a la parte que interpone el recurso el plazo de tres días para que subsane su omisión, vencido el cual sin que se cumpla lo ordenado, el recurso debe ser rechazado (art. 35 inc. 4).

7. Requisitos de procedencia

El art. 36 de la NLPT enumera cuales deben ser los requisitos de fondo que debe cumplir el recurso de casación.

a) Que el recurrente no haya consentido la resolución adversa de primera instancia que haya sido confirmada por la recurrida:

Este requisito exige que quien interpone el recurso de casación no se haya conformado con la resolución de primera instancia que le fue desfavorable y que la Sala Laboral o Mixta confirmó en segunda instancia (art. 36 inc. 1).

b) Descripción clara y precisa de la infracción normativa o el apartamiento del precedente vinculante:

El recurso debe ser fundamentado, caso contrario será declarado improcedente.

El artículo 36 de la NLPT, exige que el recurso de casación tenga claridad en su fundamentación y precisión en las causales descritas que son invocadas para sustentarlo (art. 36 inc. 2).

c) Demostración de la incidencia directa de la infracción normativa sobre la decisión impugnada:

En cuanto a la incidencia directa de la infracción normativa sobre la decisión de segunda instancia, entendemos que se trata de la demostración del nexo causal existente entre la infracción normativa y lo decidido por la resolución materia del recurso (art. 36 inc. 3).

d) Indicación si el pedido es anulatorio o revocatorio:

La NLPT introduce un requisito que no existía en la Ley n. 26.636, consistente en la exigencia de indicar si el pedido casatorio es anulatorio o revocatorio, precisando si la nulidad solicitada es total o parcial, así como hasta que momento del proceso debe llegar la misma.

Cuando el pedido sea revocatorio debe precisarse en que debe consistir la actuación de la Corte Suprema.

En el supuesto que concurren en el petitorio ambos recursos debe entenderse como anulatorio el principal y como subordinado el revocatorio (art. 36 inc.).

8. Trámite

De acuerdo con el art. 37 de la NLPT el trámite del recurso de casación es el siguiente:

Recibido el recurso de casación por la Sala Suprema ésta procede a examinar si el mismo cumple con todos los requisitos mencionados en los arts. 35 y 36 y de acuerdo a ello lo declara inadmisibile, improcedente o procedente según sea el caso.

De ser declarado procedente el recurso, la Sala Suprema fijará fecha para la vista de la causa.

El informe oral puede ser solicitado por las partes dentro de los tres (03) días hábiles siguientes a la notificación de la resolución que fija el día para la vista de la causa.

Una vez finalizado el informe oral, corresponde a la Sala Suprema resolver el recurso en forma inmediata o en un tiempo no mayor de sesenta (60) minutos, por excepción se admite que el recurso sea resuelto dentro de los cinco (05) días hábiles siguientes.

En el caso que no se hubiere solicitado informe oral o habiéndolo hecho no se concurre a la vista de la causa, la Sala Suprema, sin necesidad de citación notifica la sentencia al quinto día hábil siguiente en su despacho.

Comentando una disposición similar contenida en el artículo 158º de la Ley Orgánica Procesal de Venezuela, el autor HENRIQUEZ nos dice: *“Una vez celebrada la audiencia oral, pública y contradictoria, previa la exposición de las partes, y del estudio realizado a las actas procesales y pruebas que cursan en actos, tienen el deber de pronunciar el dispositivo del fallo, una vez concluido el debate oral, en un lapso no mayor de sesenta (60) minutos, contados a partir de la finalización de las exposiciones de las partes, o en la oportunidad señalada expresamente por el Tribunal, cuando por la complejidad del asunto debatido, o por caso fortuito o fuerza mayor, se haya diferido el dispositivo, el cual no podrá exceder de cinco (05) días*

hábiles, una vez agotado el debate. Esta norma es muy útil porque permite al juez, en el tiempo establecido, retirarse de la audiencia, a fin de estudiar y examinar lo que ha sido expuesto en forma oral por las partes, y así en forma clara, precisa y determinada, pronunciar la decisión correspondiente⁽¹²⁾.

9. Efectos del recurso de casación

De acuerdo con el art. 38 de la NLPT los efectos del recurso de casación son los siguientes:

Carece de efecto suspensivo, pues, su interposición no suspende la ejecución de las sentencias. Excepcionalmente, sólo cuando se trate de obligaciones de dar suma de dinero, a pedido de parte y previo depósito a nombre del juzgado de origen o carta fianza renovable por el importe total reconocido, el Juez de la demanda suspenderá la ejecución mediante resolución fundamentada e inimpugnable.

Tratándose del pago de sumas dinerarias el total reconocido incluye el capital, los intereses a la fecha de interposición del recurso, los costos y las costas, así como los intereses estimados que, por dichos conceptos, se devenguen hasta dentro de un año de interpuesto el recurso. La liquidación es efectuada por un perito contable.

En el caso que el demandante tuviese trabada una medida cautelar, debe notificársele a fin de que, en el plazo de cinco (05) días hábiles, elija entre conservar la medida cautelar trabada o sustituirla por el depósito o la carta fianza ofrecidos. Si el demandante no señala su elección en el plazo concedido, se entiende que sustituye la medida cautelar por el depósito o la carta fianza en cualquiera de los casos, el juez de la demanda dispone la suspensión de la ejecución.

10. Consecuencias del recurso de casación declarado fundado

De conformidad con el art. 39 de la NLPT, la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia de la República, luego de declarar la procedencia del recurso de casación debe dictar la sentencia que corresponda declarando fundado o infundado el recurso.

En el caso que el Recurso de Casación se declare fundado por una causal de infracción de una norma material, la Sala Suprema procede a anular la sentencia superior y actuando como sede de instancia resuelve el conflicto sometido a su consideración, es por ello, que no efectúa reenvío a la instancia inferior. Al resolver de esta

(12) HENRIQUEZ LA ROCHE, Ricardo: 2006; Nuevo Proceso Laboral Venezolano. 3era. Edición; p. 562-563; Editorial CEJUZ; Caracas.

manera, si bien no se convierte en una tercera instancia, si actúa como una Sala de mérito, pues, evalúa los medios probatorios y los hechos, ya que de otra manera no podría decidir para confirmar o revocar la sentencia de primera instancia, después de haber anulado la sentencia de vista.

En estos casos la Sala Suprema sólo emite un pronunciamiento sobre el derecho amparado, pero no se pronuncia respecto a los montos dinerarios, los mismos que ordena sean objeto de liquidación por el Juzgado que originalmente conoció de la causa.

Cuando se declare fundado el Recurso de Casación por infracción de normas relativas a la tutela jurisdiccional o al debido proceso, la Sala Suprema procede a anular la sentencia superior y usando su facultad de reenvío ordena que la Sala Superior emita nuevo fallo siguiendo los criterios contenidos en la resolución casatoria. También puede ocurrir que la infracción recurrida sea de tal magnitud que amerite la declaración de la nulidad de todo lo actuado hasta la etapa en que se cometió la infracción que origina tal nulidad.

11. Precedente vinculante de la Corte Suprema de Justicia de la República

Los precedentes judiciales, están constituidos por los fallos de la Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia de la República, que a pesar de resolver un caso concreto tienen tal relevancia por su contenido y por su forma de aprobación, que gozan de autoridad para ser invocados en la solución de casos similares.

Actualmente no existen en nuestro ordenamiento jurídico precedentes judiciales en materia de Derecho del Trabajo declarados como tales, sin embargo, el art. 40 de la NLPT considera la posibilidad de establecer esta clase de precedentes con la finalidad de garantizar la uniformidad de criterios en determinado tema contribuyendo a la seguridad jurídica y la predictibilidad de los fallos.

De acuerdo a la norma en mención la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia de la República, encargada de conocer del recurso de casación puede convocar a un pleno casatorio de los jueces supremos que conformen otras salas en materia constitucional y social, si las hubiere, a efectos de emitir sentencia que constituya o varíe un precedente judicial.

La decisión que se tome por mayoría absoluta de los asistentes al pleno casatorio constituye precedente judicial y vincula a los órganos jurisdiccionales de la República hasta que sea modificada por otro precedente.

Los abogados pueden informar oralmente en la vista de causa, ante el pleno casatorio.

12. *Publicación de sentencias*

Con la finalidad que las decisiones de la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema de la República, en materia laboral sean de conocimiento público, el artículo 41º de la NLPT dispone que luego de notificar la sentencia a las partes, la misma sea publicada de forma obligatoria en el diario oficial “El Peruano”, contengan o no precedente judicial, e incluso las que declaran improcedente el recurso, dentro del plazo de sesenta (60) días de expedida la sentencia, bajo responsabilidad.

13. *Conclusiones*

Primero. El recurso de casación es un medio impugnatorio de carácter extraordinario, cuya finalidad aun es materia de debate por la doctrina tanto nacional como extranjera, y cuya regulación legislativa ha sido cambiante y confusa, convirtiéndolo en uno de los recursos más difíciles de elaborar por los abogados y complicados de resolver por los jueces supremos.

Segundo. La Nueva Ley Procesal del Trabajo, dejando de lado, en gran parte, la propuesta regulatoria del recurso de casación que contenía el Anteproyecto de la misma, ha recogido el modelo casatorio introducido por la Ley n. 29.364 modificatoria del Código Procesal Civil, el mismo que no ha tenido efectos positivos sobre el proceso civil, sino que por el contrario ha contribuido a la sobrecarga procesal en la Corte Suprema de Justicia de la República, con la consiguiente demora en la solución de las causas.

Tercero. Se hace necesario que antes que la Nueva Ley Procesal del Trabajo entre en vigencia en la totalidad de los Distritos Judiciales del país, se efectúe una reforma de la misma, en materia casatoria, a efectos de evitar que se repitan en el proceso laboral los efectos negativos que la Ley n. 29.364 ha producido en el proceso civil.

14. *Bibliografía*

ARÉVALO VELA, Javier: 2008; Introducción al Derecho del Trabajo, Primera Edición, Editora Jurídica Grijley e.i.r.l.; Lima.

BUENDIA CANOVAS, Alejandro: 2006, La Casación Civil, Primera Edición, p. 254-255, Editorial Dijusa, Madrid.

CAMPOS RIVERA, Domingo: 2003; Derecho Procesal Laboral, Primera Edición; Editorial Temis, Bogotá.

CARRIÓN LUGO, Jorge: 2003; El Recurso de Casación en el Perú — Vol. I; Segunda Edición, Editorial Grijley; Lima.

EGAS PEÑA, Jorge: 1999, Temas de Derecho Laboral II, p. 33, Editora EDINO, Ecuador — Guayaquil.

HENRIQUEZ LA ROCHE, Ricardo: 2006; Nuevo Proceso Laboral Venezolano. Tercera. Edición; Editorial CEJUZ; Caracas.

NIEVA FENOLL, Jorge: El Recurso de Casación Civil, Primera Edición 2003, Editorial Ariel S.A.

SANDOVAL AGUIRRE, Oswaldo: 1996; La Ley Procesal del Trabajo, Primera Edición.

ROMERO MONTES, Francisco Javier: 2011; El Nuevo Proceso Laboral, Primera Edición, Lima.

TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge: 2010; La Casación Laboral; EN: Doctrina y Análisis sobre la Nueva Ley Procesal del Trabajo, Primera Edición.

COBRO EJECUTIVO DE CRÉDITOS DE NATURALEZA LABORAL

Sebastián César Coppoletta⁽¹⁾

Resumo: Na República Argentina, embora o direito material (de fundo) possua índole nacional, o direito processual, aí incluído o direito processual do trabalho, é descentralizado, na medida em que cada unidade (província) da Federação possui ampla autonomia para criar e modificar suas normas instrumentais. No presente artigo, o autor, Juiz Camarista Laboral (Desembargador do Trabalho) na Província de Santa Fé, procede a uma análise dos procedimentos judiciais abreviados recentemente ali introduzidos, pela Lei n. 13.039 (publicada em junho de 2010), no Código Processual Laboral Provincial. Para este efeito, inicia registrando a falta, no âmbito do direito material, de normas que desde logo reconheçam a natureza de título judicial a situações de violação de preceitos substantivos, o que transporta a solução do problema para a multiforme dimensão ins-

(1) Juez de la Cámara de Apelación en lo Laboral, sala II, Santa Fe. Secretario de Redacción de la Revista de Derecho Laboral, editorial Rubinzal Culzoni. Profesor de grado en la materia Derecho del Trabajo, en la carrera de Abogacia. Universidad Nacional del Litoral, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. Profesor de postgrado en la Especialización en Derecho Laboral. Universidad Nacional del Litoral, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. Coordinador de la carrera de postgrado en la Especialización en Derecho Laboral. Universidad Nacional del Litoral, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. Profesor invitado en la carrera de postgrado en la Especialización en Derecho Laboral. Universidad Nacional de Córdoba. Profesor invitado en la carrera de postgrado en la Especialización en Derecho Laboral. Universidad Nacional de Rosario. Abogado (Universidad Nacional del Litoral). Master en Asesoramiento Jurídico de Empresas (Universidad Austral) Master of Law in International Commercial Law (University of Kent, England) Ex becario del Curso para Expertos Latinoamericanos en Relaciones Laborales (Universidad de Bologna y Castilla La Mancha).

trumental, na qual, de outro lado, se detecta a pouca efetividade dos processos cautelares, bem como dos processos executivos em que se imponha a existência de um título que contenha reconhecimento expresso da dívida trabalhista. Para buscar superar e avançar no trato do tema, destaca-se, na novel legislação adjetiva local — arts. 122 e seguintes do Código Provincial (<http://www.santafelegal.com.ar/cods/cpl.html>) — o procedimento abreviado de tipo monitorio, fundado, essencialmente, em documentos nos quais se constate a existência de um crédito com alta probabilidade de ser procedente.

Palavras-chave: Processo trabalhista — Direito comparado — Argentina — Execução — Procedimento monitorio.

1. Introducción

El desarrollo del análisis jurídico de las normas sustanciales y procesales que regulan las herramientas legales para obtener el cobro forzado de los créditos de origen laboral lleva necesariamente a una crítica de los principios que informan al Derecho del Trabajo — en especial, el principio protectorio — y de sus principales instituciones — en especial, el contrato de trabajo —, en tanto aquellas normas sustanciales y procesales se explican en función de éstos principios e instituciones legales.

Principios e instituciones estos que se encuentran en constante discusión, y que en éste especial ámbito de la ejecución de créditos laborales muestran sus principales puntos críticos.

2. La estructura del Derecho del Trabajo

El Derecho del Trabajo, como rama autónoma del Derecho, reconoce en su origen y en su existencia un paradigma: la diferencia en el poder de negociación existentes entre las dos partes del contrato “empleado y empleador”.

Este paradigma significó la justificación del nacimiento de ésta rama especial del Derecho, independizándose del Derecho Civil y del Derecho Comercial.

La relación jurídica que vincula al trabajador y al empleador se origina en un contrato⁽²⁾.

El contrato es, en su expresión mínima, un acuerdo de voluntades entre dos (o más) personas, las cuales buscan a través del acuerdo regular sus derechos y obligaciones⁽³⁾.

Ese acuerdo de voluntades es contenido en un marco regulatorio que, en principio, fue acordado por las mismas partes, posibilitando a una y otra la obtención de aquellos bienes y servicios para la satisfacción de sus propias necesidades e intereses. De este modo, los contratos poseen una importante función económica, al servir como instrumento de cambio de bienes y servicios dentro de un determinado espacio económico. En tal sentido, “[E]l contrato se manifiesta como el gran instrumento para la circulación de los bienes y los servicios”⁽⁴⁾.

(2) Situación ésta que talvez represente una aplicación demasiado extensa del concepto de contrato, “contractualizando” relaciones sociales no contractuales por el simple hecho de no encontrar otra institución jurídica distinta al contrato para usar como molde.

(3) Sobre los distintos conceptos de contrato, ver: Sola, Juan Vicente; *Constitución y Economía*. Lexis Nexis (Buenos Aires); p. 271.

(4) López de Zavalía, Fernando J.; *Teoría del contrato*; T.1; Ed. Zavalía; 3ª ed.; p. 29.

La variedad de estos acuerdos de voluntades presenta una gran amplitud y en consecuencia, “[E]l proceso de intercambio que diariamente tiene lugar en nuestra sociedad conlleva millones de transacciones que tienen lugar mediante la celebración de contratos de lo más variados”⁽⁵⁾.

La celebración de contratos no depende necesariamente del derecho contractual. Aún en ausencia de éste último se podrían generar contratos en el seno de una sociedad que serían cumplidos en base a la buena fe, sin necesidad del amparo legal que le otorgue fuerza vinculante a ese acuerdo de voluntades⁽⁶⁾. Aún más, cierto sector de la filosofía, en especial el utilitarismo, sostiene que la fuerza vinculatoria de los contratos proviene de la utilidad que éste genera para las partes contratantes.

Pero en verdad, ante la carencia de un derecho contractual, al contratante que, fuera de la buena fe, incumpliese las obligaciones asumidas no sería posible someterlo a un sistema legal de sanciones e indemnizaciones por su obrar antijurídico. Podría existir un sistema social de sanciones, como por ejemplo, aquel que previese retirar al comerciante incumplidor, por decisión de sus pares, del tráfico mercantil. Sin embargo, tal sistema sólo permitiría “celebrar contratos con personas cuya seriedad, capacidad económica y solvencia pudiera apreciarse. La suma de transacciones sería mucho más reducida que con el derecho contractual y la coaccionabilidad judicial de las acciones contractuales. Así considerado, en un sistema de libertad de contratación el derecho contractual representa, por así decirlo, un ‘lubricante’ para la economía, que incrementa considerablemente el número y alcance de las transacciones, con el cual aumenta la divisibilidad del trabajo y la eficiencia”⁽⁷⁾. Las costumbres, las sanciones morales o la fuerza de la opinión pública podrían, quizás, bastar para asegurar el cumplimiento, pero tales fuerzas solo servirían para arreglos locales y a corto plazo⁽⁸⁾; mientras que cuando la suerte del acuerdo dependa de la actuación de numerosas personas, alejadas en el tiempo y en el espacio, los pactos exigibles legalmente se vuelven indispensables. Bueno es aclarar en este punto que la costumbre asegurará el cumplimiento del acuerdo entre aquellos que la consideren obligatoria, las sanciones morales sólo tienen poder de coerción para los que adhieren a ese sistema de valores, y la fuerza de la opinión pública únicamente vincula a los que son protagonistas del mercado en cuestión.

De esta forma, el derecho contractual potencia los efectos económicos del contrato, otorgándole garantías de ejecutabilidad al acuerdo logrado y estableciendo las normas supletorias para el caso que el acuerdo presente dificultades en su etapa de

(5) Pastor, Santos; *Sistema jurídico y economía*; Tecnos. Madrid. ; p. 148.

(6) Posner, Richard A.; *El análisis económico del derecho*. Fondo de Cultura Económica. México. (1998); p. 90.

(7) Schäfer, Hans-Bernd y Ott, Claus; *Manual de análisis económico del derecho civil*; Ed. Tecnos. Madrid; p. 261.

(8) Weissman, Jacob; *El derecho en una sociedad de libre empresa. Análisis y casos judiciales*; Editorial F. Trillas SA, México; (1967); p. 114.

cumplimiento. Económicamente esto se traduce en un aumento del intercambio de bienes y servicios dentro del mercado, aumento que es posibilitado por la regulación por el derecho contractual de los principales instrumentos que facilitan dicho intercambio.

“El sistema de property rights se conforma como base a partir de la cual es posible proceder a las transacciones que maximicen el valor de los recursos, siempre y cuando cumplan las propiedades de exclusividad y plena transmisibilidad. (...) Un sistema de property rights, sin embargo, requiere a su vez su expreso reconocimiento legal así como la existencia de un sistema de exigibilidad para que los intercambios puedan ser efectuados. (...) Precisamente el sistema que reconoce, regula y garantiza la posibilidad de los intercambios es el sistema que se conoce como derecho de los contratos. (...) El derecho de los contratos, por lo tanto, es el medio que permite el intercambio de derechos y obligaciones y quien garantiza que dicho intercambio se realice con seguridad”⁽⁹⁾.

“La función primordial del derecho de contratos consiste, pues, en proporcionar un conjunto de reglas — y de mecanismos que garanticen el cumplimiento de esas reglas — que aseguren que los individuos realizan sus deseos en lo concerniente a un contrato, garantizando el cumplimiento de lo acordado, permitiendo, de esta manera, que el tráfico de bienes y servicios (de derechos) tenga lugar y que éstos fluyan de las manos de quienes menos los valoren a quienes los valoren más, que no son otros que quienes estén dispuestos a pagar más por ellos”⁽¹⁰⁾.

Evidentemente, y dado que el derecho contractual posee las reglas fundamentales que gobiernan las transacciones de mercado, la función del derecho de contratos es mucho más útil en aquellos sistemas que responden al concepto de economía de mercado. En éste sentido, Hugh Collins, sostiene que *“en las sociedades en las que los mercados sirven como los mecanismos principales para la producción y distribución de riqueza, ésta rama del derecho adquiere capital importancia”⁽¹¹⁾.*

A partir del Siglo XIX, los contratos comenzaron a valer porque eran acuerdos voluntariamente deseados; lo que era libremente querido, era justo. La voluntad pasó a ser la fuente de las obligaciones contractuales, al punto que toda intervención estatal, que no fuera para salvaguardar los principios esenciales del orden público, era considerada altamente dañosa.

Vélez Sarsfield hizo suya esta concepción, plasmándola en el art. 1.197 del Código Civil original, en virtud de lo cual, las convenciones hechas en los contratos forman para las partes una regla a la que debe someterse como a la ley misma, y sin dar lugar al vicio de lesión.

(9) Torres López, Juan; *Análisis económico del derecho*; Tecnos. Madrid.; p. 55.

(10) Pastor, Santos; *Op. Cit.*

(11) Collins, Hugh; *The law of contract*; 2nd Ed.; Butterworths. Londres.; p. 1.

El contractualismo se basaba en el supuesto de libertad e igualdad de las partes: dos sujetos, libres e iguales en su poder de negociación y en la información sobre el negocio, celebran un acuerdo por el cual obtienen beneficios para sus intereses particulares. Pero la realidad demostró que esta situación de negociación no era más que una loable aspiración: la experiencia ha demostrado que cada vez se concentra mayor poder — económico, de negociación, etc. — en manos de unos pocos. La libertad y la igualdad subsisten en el plano jurídico, pero tienden a desaparecer en lo económico. En este marco, lo libremente querido no es necesariamente justo. Las indudables desigualdades existentes tienen como lógico resultado del sometimiento de una de las partes respecto de la otra.

De esta forma, en el marco del desequilibrio contractual reconocido, aparece el contrato de trabajo y su marco regulatorio, el Derecho del Trabajo, como rama jurídica autónoma e independiente. Y esta rama especial del Derecho se construye sobre una idea jurídica básica: la noción de subordinación.

Si bien es imposible — e inapropiado — intentar dar un concepto de subordinación jurídica en un párrafo, a los efectos del presente trabajo importa destacar que ésta noción se construye sobre la pérdida parcial de libertad individual de una persona (trabajador) que se incorpora a una estructura empresaria organizada por otra persona (empresario empleador) y en virtud de la cual el trabajador obtiene la certeza de la obtención de un beneficio periódico (salario) a cambio de una conducta (trabajo) sin afrontar los riesgos económicos o jurídicos de la empresa que quedan en principio a cargo del empresario.

Como se ve, en éste “contrato” de trabajo no queda nada de aquel contrato entre iguales ideado por el contractualismo. Si bien queda la voluntad de cada parte de ingresar libremente al contrato, esa libertad por lo menos desde la perspectiva del trabajador es cada vez más dudosa en cuanto su trabajo es el único medio de intercambio que esta persona posee para intentar obtener los bienes y servicios que satisfagan sus necesidades (y las de su núcleo familiar).

Y entonces, ¿por qué se sigue utilizando la estructura de un contrato en la relación individual subordinada de trabajo dependiente? No sólo por la costumbre antedicha de contractualizar relaciones sociales, aún no contractuales, sino además por el interés de utilizar la regulación imperativa estatal referida *ut supra* como marco regulatorio de la relación jurídica laboral a través de la integración del contrato de trabajo con normas de orden público.

Esta regulación imperativa de fuente estatal, que origina el orden público laboral, tiene como finalidad proteger a la parte débil — subordinada — del contrato de trabajo: el trabajador. Partiendo de la desigualdad originaria de las partes, el principio protectorio busca a través de las normas legales laborales llevar la situación contractual a un equilibrio artificial. Para ello se utilizan distintas técnicas, pero a los efectos del presente importan destacar la limitación de la capacidad de negociación del trabajador, estableciendo materias que integran el contrato y que no son negociables por las partes, y negando la capacidad de renunciar y hasta de negociar sus derechos laborales.

Así, desde una idea básica inicial construida sobre el molde de un contrato, la desigualdad congénita de ésta relación de trabajo subordinada genera a través del Derecho del Trabajo un sistema de normas legales que integran de orden público el contenido de aquel contrato, protegiendo al trabajador, quien como destinatario de la protección de las leyes laborales es considerado un sujeto de especial tutela⁽¹²⁾.

3. La ejecución de créditos laborales: su problema sustancial

El punto anterior tiene por objeto plantear ante el lector la diferencia que existe entre el trabajador como acreedor laboral y otros sujetos acreedores en otras ramas del derecho. Estos últimos, se encuentran bajo regulaciones jurídicas que normalmente presuponen que el acreedor se encuentra frente a su deudor en cierta situación de negociación en la que puede valerse de algún título o garantía que ante el incumplimiento de la prestación debida permita ejecutar forzosamente el crédito.

Sin embargo, el Derecho del Trabajo se construye sobre la idea que el acreedor laboral (trabajador) no se encuentra frente a su deudor (empleador) en posición de negociación suficiente como para exigir y obtener una garantía de las obligaciones que le son debidas.

Pero el Derecho del Trabajo — en su aspecto sustancial — y su principio protectorio no han utilizado como técnica de protección del trabajador el otorgamiento de derechos con garantías ejecutivas de origen legal. El reconocimiento de la necesidad de no sólo otorgar derechos que hagan a la protección del trabajador sino también posibilitar el cobro expedito de los créditos ha sido un mérito del Derecho Procesal del Trabajo antes que del Derecho sustantivo laboral. Y aún así, éste tema es una asignatura pendiente en el Derecho del Trabajo.

Repasaremos a continuación los principales sistemas sancionatorios regulados en las leyes laborales de fondo (sin pretender agotar todos), destacando sus particularidades pero también señalando sus semejanzas en cuanto a la falta de otorgamiento de créditos de naturaleza ejecutiva al trabajador.

4. La ejecución de créditos laborales: su problema sustancial. Créditos de origen remuneratorios

El contrato de trabajo crea entre las partes una relación obligacional sinalagmática de carácter estructural. Este sinalagma estructural significa que al momento de la contrata-

(12) CSJN; 21.9.2004; in re *Aquino, Isacio c. Cargo Servicios Industriales S.A.* sostiene "...el art. 14 bis de la Constitución Nacional no ha tenido otra finalidad que hacer de todo hombre y mujer trabajadores, sujetos de preferente tutela constitucional". La Ley n. 2004-F-95.

ción, cuando se crean las obligaciones a cargo de cada contratante, cada prestación es la causa o el interés tenido en cuenta por la contraparte para obligarse por la prestación a su cargo. El empleador paga el salario porque cuenta con la capacidad de trabajo del empleado, y el trabajador pone a disposición su capacidad de trabajo porque percibe un salario⁽¹³⁾.

Sin embargo, el contrato de trabajo no genera un sinalagma funcional perfecto; en tanto las obligaciones contenidas en el sinalagma estructural no deben ser cumplidas en forma simultánea: iniciada la relación laboral dependiente por el ingreso del trabajador en la estructura empresarial, el trabajador debe poner inmediatamente su capacidad de trabajo a disposición del empleador, pero la obligación de éste último de pagar el salario está sometida a plazos legales⁽¹⁴⁾. Habiendo cumplido su obligación principal de trabajar⁽¹⁵⁾ el trabajador devenga el crédito remuneratorio pero debe esperar el plazo legal para el pago de las remuneraciones.

Vencido los plazos legales para el pago de las remuneraciones por el empleador, y no habiéndose cumplido total o parcialmente aquella, el derecho sustantivo laboral⁽¹⁶⁾ no reconoce en ésa deuda un título que traiga aparejada ejecución, y conforme lo expuesto *ut supra* el trabajador es un acreedor salarial que normalmente no se encuentra en condiciones de exigir al empleador-deudor un título ejecutivo que instrumente esa deuda.

5. La ejecución de créditos laborales: su problema sustancial. Las indemnizaciones debidas como consecuencia del despido arbitrario del trabajador

El art. 14 Bis de la Constitución Nacional dispone la protección del trabajador contra el despido arbitrario, esto es, la rescisión contractual dispuesta por el empleador sin tener como causa un incumplimiento contractual de su contraparte — el trabajador — (injuria laboral en los términos de la Ley n. 20.744)⁽¹⁷⁾.

De este modo, el despido dispuesto por el empleador sin la invocación de una injuria laboral grave es un acto ilícito, sancionado por el ordenamiento laboral con la imposición al empleador de una indemnización dineraria debida al trabajador.

(13) Caballero, Julio C.; Pico, Jorge E.; Carcavallo, Hugo; y Tosca, Diego M; *Salario*.; en Ackerman, Mario (Director); *Tratado de Derecho del Trabajo*. Tomo III. Ed. Rubinzal Culzoni. Santa Fe. (2005); p. 265.

(14) Y el trabajador remunerado a jornal o por hora, cobra por semana o quincena, el trabajador mensualizado cobra su salario al vencimiento del mes y el sueldo anual complementario se devenga mensualmente pero se paga en dos cuotas semestrales. Arts. 126 y 128 Ley n. 20.744.

(15) Técnicamente, poner a disposición del empleador su capacidad de trabajo, por lo cual el trabajador cumple adecuadamente su obligación estando a disposición aún cuando el empleador no asigne tareas.

(16) Las soluciones del derecho procesal laboral son tratadas *infra*.

(17) Estando comprendido también en la categoría de despido arbitrario, el que comunica el trabajador con causa en un grave incumplimiento de las obligaciones a cargo del empleador, que no consienta la prosecución del vínculo laboral (despido indirecto).

Pero lo destacable del sistema legal sustantivo argentino es que reconoce al acto ilícito del empleador consecuencias extintivas del contrato del trabajo, aún independientemente de que el empleador cumpla en tiempo y forma la obligación de indemnizar al trabajador.

De esta forma, desde el punto de vista del derecho laboral de fondo, ante el despido del trabajador sin expresión de justa causa, el art. 245 de la Ley n. 20.744 impone al empleador el pago de una indemnización tarifada (indemnización por antigüedad) que presume sin admitir prueba en contrario la existencia de un daño indemnizable sufrido por el trabajador y la cuantía de esa indemnización, pero no reviste al crédito del trabajador damnificado de ninguna naturaleza ejecutiva para obtener la ejecución forzada del empleador-deudor.

El art. 2 de la Ley n. 25.323 regula la situación del empleador que incumple el pago de la indemnización debida, pero se limita a agravar la cuantía de la misma, sin ofrecer opciones de cobro por vía ejecutiva⁽¹⁸⁾.

A éste panorama debe agregarse que la República Argentina no ha ratificado el Convenio OIT n. 158 sobre la terminación de la relación de trabajo⁽¹⁹⁾, el cual dispone en su art. 4: “No se pondrá término a la relación de trabajo de un trabajador a menos que exista para ello una causa justificada relacionada con su capacidad o su conducta o basada en las necesidades de funcionamiento de la empresa, establecimiento o servicio”. La ratificación⁽²⁰⁾ del Convenio OIT n.º 158 implicaría para Argentina la necesidad de modificar la Ley n. 20.744 abandonando la posibilidad actual de despido del trabajador sin expresión de causa y, aún más, sin el pago de las indemnizaciones legales previstas.

6. La ejecución de créditos laborales: su problema sustancial. La indemnización especial por despido de representante sindical sin el previo trámite de exclusión de su tutela

La Ley n. 23.551 dispone la imposibilidad de despedir, suspender o modificar unilateralmente por parte del empleador las condiciones de trabajo de los sujetos a los cuales esta misma ley otorga protección como sujetos sindicales⁽²¹⁾. En caso de violación

(18) Machado, José Daniel; *Teoría y práctica del artículo 2 de la Ley n. 25.323*. Revista de Derecho Laboral 2009-2. *Contratación y registración laboral*. Ed. Rubinzal Culzoni. Santa Fe (2009); p. 397 y sigs.

(19) <<http://www.ilo.org/ilolex/spanish/convdisp1.htm>>, asimismo, considerar la Recomendación OIT n. 166 sobre la terminación de la relación de trabajo: <<http://www.ilo.org/ilolex/spanish/recdisp1.htm>>.

(20) A lo cual la República Argentina se encuentra comprometida a tratar internamente y dar las explicaciones correspondientes ante los órganos de OIT conforme el art. 19 inc. 5 de la Constitución de OIT.

(21) Art. 52 Ley n. 23.551.

de la tutela sindical, el trabajador tutelado cuenta con la acción de reinstalación, la cual tramita procesalmente a través del juicio sumarísimo⁽²²⁾.

Sin embargo, llegado el caso en que el empleador dispone el despido⁽²³⁾ del trabajador representante sindical — aún cuando exista justa causa de despido- sin intentar previamente que el Juez laboral excluya la tutela sindical, el sujeto protegido cuenta con la opción de reclamar la reinstalación en su puesto de trabajo percibiendo los salarios no abonados, o considerarse despedido en forma indirecta teniendo derecho al cobro de una indemnización especial⁽²⁴⁾, además de las que le son debidas a cualquier trabajador por despido sin justa causa.

La misma opción por hacerse acreedor de una indemnización especial cuenta el trabajador tutelado cuando ha intentado con éxito la acción de reinstalación y el empleador no cumple la sentencia (aún ante la imposición de *astreintes*), o el empleador ha intentado sin éxito la acción de exclusión de tutela sindical⁽²⁵⁾. En ambos supuestos, la comunicación de despido indirecto del trabajador lo hace acreedor de esa indemnización especial

De este modo, la Ley n. 23.551 permite al sujeto sindical tutelado aceptar la extinción del contrato de trabajo efectuada por el empleador en violación a la tutela legal, y hacerse acreedor de una indemnización especial pero, nuevamente, ni la extinción del contrato de trabajo se encuentra condicionada al efectivo pago de la indemnización debida ni el incumplimiento de dicho pago otorga desde el punto de vista sustancial al trabajador un título de naturaleza ejecutiva para su cobro.

Como corolario, en el aspecto indemnizatorio, toda la protección sindical se diluye en tanto en ése aspecto, el trabajador sindical tutelado tiene un crédito de mayor cuantía respecto a un trabajador sin tutela sindical, pero en definitiva ambos cuentan con un crédito de igual naturaleza que no conlleva ejecución, ni cuentan en las respectivas leyes de fondo con un trámite ejecutivo para su cobro forzado.

7. La ejecución de créditos laborales: su problema sustancial. La indemnización debida por la omisión de registración del contrato de trabajo

El art. 7 de la Ley n. 24.013 impone al empleador la obligación de registrar el contrato de trabajo. La omisión en su cumplimiento genera una doble sanción: a) la

(22) Machado, José Daniel y Ojeda, Raúl Horacio; *Tutela sindical*. Ed. Rubinzal Culzoni. Santa Fe (2006); p. 315.

(23) O la suspensión.

(24) Art. 52 Ley n. 23.551. Esta posibilidad del trabajador tutela de optar por la indemnización sin antes intentar la vía de la reinstalación no es pacífica, aún cuando es mayoritaria. Ver: Machado, José Daniel y Ojeda, Raúl Horacio; *Op. Cit.*; p. 333 y sigs.

(25) Art. 30 Decreto n. 467/88.

imposición de multas administrativas; b) el otorgamiento al trabajador del derecho a indemnización especial.

Las multas administrativas serán impuestas por quien esté a cargo del ejercicio de la policía laboral según las circunstancias del lugar y la persona del empleador (Estado Nacional o Estado Provincial), pero sus montos están unificado a nivel nacional por la Ley n. 25.212 en su Anexo 2 (Pacto Federal del Trabajo). Los cobros de éstas multas por parte de la administración provincial o nacional seguirán los trámites administrativos y/o judiciales pertinentes en cada jurisdicción.

En lo que hace a las indemnizaciones especiales a las que el trabajador es acreedor, las mismas están reguladas en los arts. 8, 9, 10, 11 y 15 de la Ley n. 24.013 y art. 1º de la Ley n. 25.323; la primera, para el caso en que la relación de trabajo se encuentre vigente al momento en que el trabajador intima al empleador a la adecuada registración, y la segunda, para el caso en que el contrato de trabajo se extinga sin intimación previa de registración. De tal modo, los dos regímenes no son acumulables.

Sin embargo, a diferencia de los sistemas de cobro estatal de multas que usualmente se tramitan por un sistema de ejecución fiscal contra el empleador, el trabajador no cuenta con un crédito indemnizatorio con fuerza ejecutiva en ninguno de los dos sistemas.

8. La ejecución de créditos laborales: su problema sustancial. La indemnización debida por la omisión de entrega de certificados

El art. 80 de la Ley n. 20.744 impone al empleador la obligación de entregar al trabajador una serie de certificados relacionados a la relación de trabajo al momento en que ésta se extingue por cualquier motivo. Durante la vigencia de la relación laboral, el trabajador podrá intimar al empleador a la entrega de los certificados, cuando medien causas razonables.

El incumplimiento por parte del empleador de su obligación de entrega de certificados se sanciona con una indemnización especial a la que el trabajador es acreedor, que se cuantifica en un monto equivalente a tres veces la mejor remuneración mensual, normal y habitual percibida por el trabajador en el último año o tiempo de prestación de servicios si fuera menor al año.

El incumplimiento del empleador en la entrega de los certificados puede ser aún sancionado con la imposición de astreintes para forzar su cumplimiento.

Pero, deberá observarse, que nuevamente el acreedor laboral carece de un título de naturaleza ejecutiva para lograr el cobro de su crédito, por lo cual conforme la regulación sustancial y sin perjuicio de lo que se expone infra respecto de soluciones procesales, deberá transitar la vía del proceso ordinario declarativo para luego ejecutar la sentencia.

9. La ejecución de créditos laborales: su problema procesal

Conforme lo expuesto *ut supra*, a pesar de la estructura del Derecho del Trabajo que reconoce una desigualdad de origen en el contrato de trabajo y del principio protectorio que informa toda la regulación legal laboral, el Derecho del Trabajo ha otorgado al trabajador, como sujeto especialmente protegido, un amplio menú de derechos pero ha fallado en la efectividad de tales derechos en tanto no se han previstos que los incumplimientos de ciertos derechos laborales generen créditos que traigan aparejada ejecución por los trámites ejecutivos previstos en forma ordinaria (no específicos en materia laboral) en las distintas leyes procesales.

Los avances — recientes — que el Derecho del Trabajo está logrando en ésta materia proviene del Derecho Procesal del Trabajo, y se encuentran en las distintas normas procesales laborales de las Provincias. Por lo tanto, no existe aquí una uniformidad proveniente de las normas sustanciales de fondo emanadas del Poder Legislativo Nacional, sino por el contrario, distintas normas provinciales lo que genera que trabajadores de distintas provinciales puedan utilizar o no mejores recursos procesales ejecutivos para lograr la satisfacción de sus créditos por parte del empleador.

El proceso laboral, reconocido con diversos matices en cada provincia, usualmente responde a la estructura clásica del trámite declarativo y de condena, con una instancia ulterior de ejecución de sentencia⁽²⁶⁾.

En forma excepcional, el proceso laboral ha incorporado procesos urgentes⁽²⁷⁾ o cautelares desarrollados en el seno del proceso civil, pero esto ha sido más en virtud de creaciones pretorianas que de regulaciones legales procesales positivas. Así, doctrinariamente se reconoce la procedencia de una medida autosatisfactiva para lograr el pago de salarios adeudados o de indemnizaciones debidas por el despido sin justa causa comunicado por el empleador⁽²⁸⁾.

La principal crítica⁽²⁹⁾ que se formula a éste proceso clásico declarativo es que si bien se construye sobre los principios generales del derecho procesal del trabajo⁽³⁰⁾ no

(26) Machado, José Daniel; *El proceso de estructura monitoria y los créditos laborales*. Revista de Derecho Laboral. *Procedimiento laboral I*. 2007 -1. Ed. Rubinzal - Culzoni. Santa Fe. p. 115 y sigs.

(27) Morando, Juan Martín; *Introducción al estudio de los procesos urgentes en relación con el Derecho del Trabajo*. Revista de Derecho Laboral. *Procedimiento laboral II*. 2007 -2. Ed. Rubinzal - Culzoni. Santa Fe. p. 167 y sigs.

(28) Peyrano, Jorge W. y Vitantonio, Nicolás; *De nuevo sobre las denominadas "medidas autosatisfactivas" (con especial aplicación al Derecho del Trabajo)*. Revista de Derecho Laboral. *Procedimiento laboral II*. 2007 -2. Ed. Rubinzal - Culzoni. Santa Fe. p. 11 y sigs.

(29) Machado, José Daniel; *op. cit.* p. 118. Con quien coincido en la crítica.

(30) Los cuales, a su vez, se identifican con los principios generales del Derecho del Trabajo sustantivo. Piña, María del Carmen; *Principios del Derecho Procesal del Trabajo. Una revisión acorde con los tiempos*. Revista de Derecho Laboral. *Procedimiento laboral III*. 2008 -1. Ed. Rubinzal - Culzoni. Santa Fe. p. 19 y sigs.

distingue entre aquellas situaciones en las que se requiere un proceso amplio de pre-
via prueba y posterior declaración judicial⁽³¹⁾ de aquellos otros supuestos en los que no
se requiere ese debate dialéctico previo a la declaración judicial en tanto los derechos
son reconocidos por el sistema legal sustantivo sin mayor posibilidad de contradicción
por parte del empleador-deudor⁽³²⁾.

La superación de éste problema procesal, tratando de otorgar trámites especial-
mente abreviados, ha sido buscada en principio a través de los sistemas de títulos
ejecutivos o de procesos de pronto pago, con resultados no muy alentadores. La nove-
dad en la materia viene dada por la reciente modificación del Código Procesal Laboral
de la Provincia de Santa Fe, incorporando trámites abreviados de carácter monitorios.

Expondré a continuación las características principales y críticas a éstos sistemas
procesales.

10. La ejecución de créditos laborales: su problema procesal. Los sistemas de trámite declarativo ordinario con posterior ejecución de sentencia. Sistemas procesales en la Nación y en la Provincia de Buenos Aires

En la Provincia de Buenos Aires, la Ley n. 11.653 establece un proceso laboral or-
dinario de instancia única, que tramita ante tribunales colegiados, y para el cual está
previsto una instancia extraordinaria de Casación sobre las cuestiones de Derecho⁽³³⁾.

Tramitado el proceso declarativo ordinario y pasada en calidad de cosa juzgada
la sentencia dictada, el art. 49 de la Ley n. 11.653 regula el proceso de su ejecución,
conforme los trámites procesales habituales de ejecución de sentencia.

En el ámbito nacional, la Ley n. 18.345 regula el proceso laboral; estructura-
do sobre un proceso de conocimiento ordinario con posterior etapa de ejecución de
sentencia⁽³⁴⁾.

Ambos procesos, con sus diferencias en las características del tribunal y los recur-
sos disponibles y otras características particulares⁽³⁵⁾ que no hacen al objeto de éste

(31) Por ejemplo, un despido invocando justa causa, la cual es discutida por el trabajador que reclama el pago de indemnizaciones.

(32) Por ejemplo, el despido comunicado por el empleador sin invocación de justa causa terminado el período de prueba; frente al cual se dispara automáticamente el derecho del acreedor-trabajador al cobro de las indemnizaciones legales tarifadas, frente a lo cual entre las pocas excepciones que caben se encuentra principalmente la de pago.

(33) Maddaloni, Osvaldo A y Tula, Diego J.; *Régimen procesal de la Provincia de Buenos Aires*; en Ackerman, Mario (Dir.); *Tratado de Derecho del Trabajo*. Tomo IX. Derecho procesal del trabajo. Ed. Rubinzal Culzoni. Santa Fe (2009); p. 171 y sigs.

(34) Trionfetti, Víctor Rodolfo; *Régimen procesal nacional*; en Ackerman, Mario (Dir.); *Tratado de Derecho del Trabajo*. Tomo IX. Derecho procesal del trabajo. Ed. Rubinzal Culzoni. Santa Fe (2009); p. 171 y sigs.

(35) En el ámbito nacional, la Ley n. 24.635 establece una instancia de conciliación previa a la presentación de la demanda.

trabajo, representan el típico proceso dialéctico de conocimiento. Que pueden resultar muy justos y apropiados cuando la resolución de la litis requiere que se encuentre “*garantizada la oportunidad de un debate pleno sobre la causa o causas de la obligación u obligaciones que se reclaman en la demanda y, asimismo, sobre la causa o causas extintivas o impeditivas que aleguen en su defensa el demandado*”⁽³⁶⁾, pero que no prevén otro proceso cuando la litis no requiere estas circunstancias. Y estos segundos litigios, en definitiva, son sometidos al único proceso laboral articulado sobre la garantía del debate.

No existiendo créditos laborales que sean otorgados por las leyes de fondo como títulos ejecutivos con los que se pueda recurrir a los trámites ejecutivos procesales previstos en los códigos adjetivos civiles y comerciales, la falta de procesos ejecutivos específicamente laborales regulados en éstos códigos de rito cierra definitivamente la puerta a toda posibilidad del acreedor laboral de obtener el cobro de su crédito de una manera expedita y ágil, debiéndose siempre discutirse en forma amplia sobre la causa del crédito que reclama.

11. La ejecución de créditos laborales: su problema procesal. Los sistemas de títulos ejecutivos en el derecho laboral

Sin duda alguna, un sistema de ejecución de créditos basado en el sistema de títulos ejecutivo es una buena idea para tutelar el cobro de los créditos laborales. Sin embargo, y a ello se debe la primera parte de éste trabajo, diseñar en el Derecho del Trabajo una ejecución basada en títulos como si fuera un sistema comercial choca contra la misma estructura del Derecho del Trabajo, porque evidentemente el trabajador no se encuentra en una posición negocial suficiente para obtener por parte de su empleador-deudor un título ejecutivo⁽³⁷⁾, y como he sostenido *ut supra*, el Derecho del Trabajo — sustantivo — no reconoce derechos contenidos en títulos ejecutivos. Por ello, las soluciones procesales laborales basadas en el sistema de título ejecutivo tienen el primer escollo en la misma entrada al sistema, esto es, la generación del título.

12. Los sistemas de títulos ejecutivos en el derecho laboral. Sistema procesal de la Provincia de Córdoba

La Provincia de Córdoba regula un proceso laboral de tipo ejecutivo, en el que ha previsto la preparación de la vía ejecutiva, que básicamente consiste en diligencias de prueba anticipada tendentes al reconocimiento de los instrumentos en los que consta el crédito, o del cual se desprenden los elementos de hecho necesarios para calcularle.

(36) Trionfetti, Víctor Rodolfo; *Op. cejemplit.*; p. 146.

(37) Este sería el caso del trabajador al que se le deben dos meses de salario y ante la promesa del empleador de regularizar la situación en un plazo breve, el trabajador exige un pagaré que instrumente la deuda.

El art. 68 del Código de Procedimientos del Trabajo de la Provincia de Córdoba (Ley n. 7.987)⁽³⁸⁾, en lo que importa al presente trabajo dispone: “*Procederá el juicio ejecutivo: 1) Cuando se demande el pago de un crédito líquido, exigible y proveniente de una relación laboral en favor de algún trabajador, que conste en instrumento público presentado en forma o privado reconocido judicialmente. (...) 5) En los demás títulos en los cuales las leyes le atribuyan fuerza ejecutiva*”. Reiteramos lo expuesto *ut supra* sobre la carencia de créditos que traigan aparejada ejecución reconocidos en la legislación de fondo laboral. En consecuencia, el primer supuesto implica el reconocimiento de la deuda por el empleador, y el segundo supuesto (pto 5 del artículo 68) es inaplicable en tanto no existen títulos ejecutivos con origen en las leyes laborales.

Luego, el art. 69 CPT otorga la posibilidad de preparar la vía ejecutiva, disponiendo que “[L]a vía ejecutiva podrá prepararse solicitando: 1) Que el deudor de una suma de dinero reconozca su firma, cuando el instrumento sea privado. 2) Que el empleador reconozca la firma o autenticidad de la comunicación de extinción de la relación laboral que genere la obligación legal de indemnizar y de los recibos de pago de remuneraciones donde conste el monto percibido, la categoría y la antigüedad del dependiente. 3) Que el empleador previamente intimado por el dependiente al pago de remuneraciones, sueldo o salarios reconozca el vínculo y la deuda. (...)”. De todas maneras, la entrada al sistema ejecutivo sigue siendo siempre a través de la voluntad del deudor, en la medida en que reconozca la deuda. O bien para el caso en que no comparezca a la audiencia que se fija a los efectos; o que negando su firma en esa audiencia luego esta sea tenida por auténtica a través de prueba pericial.

13. Los sistemas de títulos ejecutivos en el derecho laboral. Sistema procesal de la Provincia de Mendoza

El art. 88 del Código Procesal de la Provincia de Mendoza, modificado por Ley n. 5.725, comienza enunciando: “*Corresponde juicio ejecutivo contra los empleadores deudores de sumas de dinero y que consten en instrumento público o privado que traigan aparejada ejecución*”. Hasta aquí la vía procesal es idónea, pero como se ha expuesto *ut supra* el trabajador carece usualmente de instrumentos que traigan aparejada ejecución, en tanto las leyes sustantivas laborales no otorgan éste carácter a los créditos laborales. Pero si eventualmente un crédito laboral es reconocido en éstos términos, procederá la vía ejecutiva.

A renglón seguido el art. 88 CPL establece un procedimiento de preparación del título, que es absolutamente necesario para movilizar la primera parte del artículo dada la carencia de legislación de fondo que reconozcan créditos ejecutivos al trabajador, pero

(38) Piña, María Estela y Calvimonte, Beatriz; *Régimen procesal en la Provincia de Córdoba*; en Ackerman, Mario (Dir.); *Tratado de Derecho del Trabajo*. Tomo IX. Derecho procesal del trabajo. Ed. Rubinzal Culzoni. Santa Fe (2009); p. 435 y sigs.

se regula sólo para el caso del cobro de remuneraciones⁽³⁹⁾. El actor deberá acompañar a la demanda con pretensiones ejecutivas por la deuda de remuneraciones, el último recibo de sueldo con el que conste y, si tuviese, una copia del contrato de trabajo⁽⁴⁰⁾. Si el empleador demandado contesta el traslado negando la existencia de contrato de trabajo, no procede la vía ejecutiva, más allá de la sanción que la propia norma prevé (recargo de hasta el 100% del monto de condena). De este modo, aún teniendo el trabajador a su disposición la posibilidad de contar con un título ejecutivo, la preparación del mismo depende de la voluntad del deudor.

Por otro lado, si el deudor no comparece a la audiencia para el reconocimiento de firma y documental para la que es citado, ello perfecciona el título ejecutivo y habilita la vía. El mismo efecto ejecutivo se consigue si el deudor comparece a la audiencia, niega su firma pero luego esta es tenida por auténtica a través de prueba pericial. Nuevamente, el deudor demandado será pasible de una multa equivalente a un monto de hasta el 100% del monto de condena.

14. La ejecución de créditos laborales: su problema procesal. El sistema de pronto pago en el derecho laboral y en el Código Procesal Laboral de la Provincia de Santa Fe

El pronto pago no es un proceso de tipo ejecutivo, pero tampoco es un típico proceso ordinario de conocimiento. No es lo primero porque no existe en el origen del proceso un pronunciamiento de un órgano jurisdiccional o un título que por ley habilite la vía ejecutiva; y no es lo segundo porque no existe una etapa plena de prueba tendiente a convencer al Juez sobre las pretensiones de las partes⁽⁴¹⁾.

En el pronto pago como proceso declarativo abreviado, el reconocimiento de la deuda efectuado por el propio empleador-deudor es condición necesaria para la procedencia del proceso⁽⁴²⁾ y, por lo tanto, nuevamente al igual que en los procesos ejecutivos, el mayor problema se encuentra en la entrada al sistema. Aquí, en el sistema del pronto pago, el acceso al sistema está condicionado a la voluntad del deudor.

(39) Livellara, Carlos; *Procedimiento laboral en la Provincia de Mendoza.*; en: Ackerman, Mario (Dir.); *Tratado de Derecho del Trabajo*. Tomo IX. Derecho procesal del trabajo. Ed. Rubinzal Culzoni. Santa Fe (2009); p. 494.

(40) Recordamos que el contrato de trabajo regulado en la Ley n. 20.744 es no formal, requiriéndose sólo por excepción la forma escrita.

(41) Viana, Oscar Daniel; *La declaración de pronto pago, ¿supone un pronunciamiento declarativo o ejecutivo?* En Vitantonio, Nicolás J. R. (Director); *Código Procesal Laboral de la Provincia de Santa Fe*. Tomo II. Ed. Nova Tesis.; p. 315.

(42) Juzgado de 1ª Instancia de Distrito en lo Laboral de la 5ª Nominación, Santa Fe, 14.11.2006, in re *Ortega, José I. c/ Aguas Provinciales de Santa Fe SA*. La Ley *On-line* Derecho del Trabajo — n. 465. Revista La Ley Litoral 2007. p. 709. Cámara de Apelaciones en lo Laboral de Santa Fe, Sala II; 31.3.2004; *Durani, Luis Antonio y otros c/ Transportadora Mesopotámica SRL s/ Laboral*. Inédito.

Y aún más, ese reconocimiento de deuda por parte del deudor-empleador debe ser expreso, ofreciendo dificultades habilitar la vía del pronto pago como consecuencia del reconocimiento tácito de una deuda⁽⁴³⁾.

El Derecho del Trabajo no regula en forma particular el reconocimiento de deuda, sino que se aplican las normas del Código Civil en la materia. Luego, el Código Procesal Laboral de la Provincia de Santa Fe regula en forma especial a través del procedimiento de pronto pago ciertas consecuencias del reconocimiento de deuda en el Derecho Laboral: la posibilidad del acreedor de reclamar el pago en forma inmediata de la deuda reconocida, si se dan los demás requisitos de ley.

Destacan Pizarro y Vallespinos que en Derecho Civil la doctrina mayoritaria sostiene que el reconocimiento de deuda es “un acto jurídico unilateral, por medio del cual se emite un declaración de voluntad destinada a producir ciertos efectos jurídicos y, concretamente, a admitir la existencia de una obligación, para estar, de tal modo, a las consecuencias que conforme derecho correspondan”⁽⁴⁴⁾.

Con respecto a sus efectos jurídicos, el Código Civil regula el reconocimiento de deuda como medio probatorio de la obligación, por lo que tiene efectos declarativo y no constitutivo de la misma. El reconocimiento de deuda no es causa de la obligación sino que ésta última pre-existe al reconocimiento; y a través del reconocimiento se declara la existencia de la deuda probándose la misma por la propia declaración del deudor.

Conforme el art. 718 del Código Civil, el reconocimiento es una “*declaración*”; y el art. 720 del Código Civil dispone que el reconocimiento de la deuda puede ser realizado en forma expresa o tácita. De esta forma, es reconocimiento expreso de la deuda aquel “*que se practica con la intención de hacer constar la existencia de la obligación*”⁽⁴⁵⁾. (conf. art. 722 del Código Civil); y es reconocimiento tácito de la deuda “*el que surge de los hechos de conducta obrados por el deudor, si persuaden con certidumbre acerca de su voluntad de admitir la existencia de la obligación*”⁽⁴⁶⁾ (conf. art. 721 del Código Civil).

De esta forma, los arts. 718, 721 y 722 del Código Civil regulan el reconocimiento de deuda como un hecho del deudor que manifiesta estar obligado. Las formas expresa o

(43) Sobre la procedencia del pronto pago a partir de un reconocimiento tácito de deuda: a favor: Viana, Oscar Daniel; *op. cit.*; p. 305 y 306; quien cita a Villarruel-Viana; *El procedimiento de pronto pago laboral*. Zeus, T 32, D-156. En contra: Coppoletta, Sebastián César, *Reconocimiento de deuda y procedimiento laboral de pronto pago*. La Ley On-line Derecho del Trabajo — n. 465. Revista La Ley Litoral 2007. p. 709.

(44) Pizarro, Ramón D. y Vallespinos, Carlos G.; *Instituciones de derecho privado. Obligaciones*. Tomo 3. Ed. Hammurabi. Buenos Aires (1999); p. 437.

(45) Llambías, Jorge Joaquín; *Código Civil Anotado*. Tomo II A; Ed. Abeledo Perrot; p. 559.

(46) Llambías, Jorge Joaquín; *op. cit.*; p. 557.

tácita hacen más a la inmediatez o no de la declaración del deudor respecto de la deuda que se reconoce; pero ambos implican una acción del deudor reconociente.

Sin embargo, surge de la doctrina que el reconocimiento tácito del art. 721 del Código Civil puede ser clasificado en dos tipos, si se lo interpreta en conjunto con el art. 918 del Código Civil y la nota al art. 3.989 del Código Civil: 1) reconocimiento tácito por acción; 2) reconocimiento tácito por omisión. En los cuales, el primero sería el regulado en el art. 721 del Código Civil: hechos de conducta, acciones del deudor que persuadan suficientemente sobre su voluntad de reconocer la deuda (Ejemplo: pago de intereses que reconoce el capital adeudado); y el segundo serían situaciones donde el reconociente debería haberse manifestado en cuanto a no estar obligado respecto de una deuda que se le imputa y sin embargo se abstiene de expresarse; existe una omisión que persuade suficientemente sobre la voluntad de reconocer la deuda (Ejemplo: incontestación de la demanda⁽⁴⁷⁾, oposición de la prescripción liberatoria frente a la pretensión de pago⁽⁴⁸⁾ sin negar la deuda⁽⁴⁹⁾).

El art. 121, primer párrafo, del Código Procesal Laboral de la Provincia de Santa Fe⁽⁵⁰⁾ hace referencia al reconocimiento expreso de deuda que una de las partes realice durante el trámite del juicio o en sede administrativa.

Con ello, el Código Procesal Laboral parecería deja fuera al reconocimiento tácito por acción de deuda como reconocimiento suficiente para disparar a pedido de parte el proceso especial de pronto pago, con lo cual, el único supuesto de reconocimiento tácito válido para abrir el procedimiento de pronto pago parecería estar regulado en el párrafo segundo del art. 121 del Código Procesal Laboral, cuando refiere a la sentencia parcialmente consentida. Sin embargo, la doctrina se ha manifestado a favor de habilitar el proceso de pronto pago como consecuencia de un reconocimiento tácito — por acción — de la deuda⁽⁵¹⁾.

Y aún mayores dudas abre la posibilidad de habilitar la vía del pronto pago por un reconocimiento de deuda tácito por omisión. En el Derecho Civil, como regla general el

(47) Alterini, Atilio Anibal; Ameal, Oscar y López Cabana, Roberto; *Derecho de Obligaciones Civiles y Comerciales*. 1ª Ed. Abeledo Perrot. Buenos Aires; p. 76.

(48) Pizarro, Ramón D. y Vallespinos, Carlos G.; *op. cit.*; p. 441.

(49) Llambías, Jorge Joaquín; *op. cit.*; p. 558.

(50) Art. 121 (texto ordenado por Ley n. 13.039): Procedencia del pronto pago. Si una de las partes, en cualquier estado del juicio o en actuaciones labradas por ante la autoridad administrativa del trabajo, reconociera adeudar a la otra algún crédito cuyo importe fuera líquido o pudiera liquidarse por simples operaciones contables y tuviera por origen la relación laboral, el juez, a petición de parte, ordenará su inmediato pago, quedando expedito en caso contrario el procedimiento establecido por este Código para su ejecución. En caso de que la sentencia fuere consentida parcialmente, procederá igualmente el pago in — mediato o la ejecución en lo que no ha sido objeto de recurso.

(51) Viana, Oscar Daniel; *op. cit.*; p. 305 y 306; quien cita a Villarruel-Viana; *El procedimiento de pronto pago laboral*. Zeus, T 32, D-156.

silencio no es manifestación de voluntad. Sin embargo, en el Derecho del Trabajo, el art. 57 Ley n. 20.744 impone al empleador la obligación de pronunciarse cuando es requerido por su empleado, y en el Derecho Procesal Laboral santafesino también existen ciertas regulaciones que asignan valor probatorio al silencio de una parte⁽⁵²⁾.

Esto podría convalidar el reconocimiento tácito por omisión como elemento suficiente para habilitar el procedimiento de pronto pago, entendiéndose que ha existido una declaración de voluntad tacita por omisión del empleador requerido por su empleado que no contesta la misma, o supuestos de incontestación de la demanda o de absolución ficta de posiciones.

No obstante ello, entiendo que un procedimiento de pronto pago laboral iniciado como consecuencia de un reconocimiento de deuda tácito por omisión no supera el test de constitucionalidad de observancia del art. 15 *in fine* de la Constitución de la Provincia de Santa Fe, en cuanto dispone que “*Ninguna prestación patrimonial puede ser impuesta sino conforme a la ley*”.

No debe confundirse, respecto del reconocimiento de deuda tácito por omisión, los efectos que atribuye al mismo el Código Civil y los efectos que otras leyes puedan otorgarle. El Código Civil se limita a otorgar a éste reconocimiento de deuda el efecto probatorio de la deuda objeto del reconocimiento, sin ir más allá de eso; lo cual es plenamente aplicable en el proceso laboral dentro de la etapa probatoria del juicio ordinario. Ahora bien, esto no implica sin más la existencia de una voluntad reconocedora de la deuda emitida por el sujeto deudor que libere al Juez de la prueba de esa deuda y lo habilite a ordenar su inmediato pago. No existe en éste caso una manifestación de voluntad por acción (expresa o tácita) que respetando los derechos subjetivos constitucionales de propiedad privada y debida defensa del deudor permita al Juez ordenar el pronto en base a esa manifestación del deudor. Fuera de la voluntad del deudor⁽⁵³⁾, que no existe en el reconocimiento de deuda tácito por omisión, no hay norma legal que imponga a esa abstención de expresarse la entidad tal de plena prueba de la deuda que releve al Juez de indagar sobre la misma.

En esto son claros los arts. 50, 66 y 67 del Código Procesal Laboral santafesino, los cuales ante la abstención de manifestarse del demandado imponen una sanción de tipo probatorio: una presunción *juris tantum* que, por efecto de éstas, invierte la carga probatoria sobre los hechos alegados. Estos artículos no imponen como sanción una presunción *jure et de jure* sobre la existencia y liquidez de la deuda y, por lo tanto, si el Juez habilita el pronto pago laboral sobre la base de las mismas, estaría violando los derechos constitucionales de defensa en juicio y de propiedad del demandado.

(52) Arts. 47 incs. b y c; 50; 66 y 67 del Código Procesal laboral de la Provincia de Santa Fe.

(53) Cámara de Apelaciones en lo Laboral de Santa Fe, Sala II; 31.3.2004; *Durani, Luis Antonio y otros c/ Transportadora Mesopotámica SRL s/ Laboral*. Inédito.

Distinto es el caso del reconocimiento de deuda tácito por acción, en el cual el deudor emite una declaración de voluntad que, de alguna manera, permite al Juez prescindir dentro de ciertos límites de la prueba de la deuda que ya ha sido reconocida por el deudor.

15. La ejecución de créditos laborales: su problema procesal. El sistema de procesos abreviados de tipo monitorio en el Código Procesal Laboral de la Provincia de Santa Fe

Reconociendo que el proceso laboral ordinario de tipo contradictorio y declarativo no es ni suficiente ni adecuado para dar respuesta a la tutela efectiva que el trabajador requiere como sujeto de especial protección constitucional, y que los procesos ejecutivos basados en el título o en el reconocimiento expreso de la deuda o los procesos cautelares han sido respuestas de aplicación a situaciones excepcionales que no han ayudado a expresar procesalmente la protección del trabajador, el nuevo paso en materia de cobro por vía expedita de créditos de naturaleza laboral ha sido dado por la reforma al Código Procesal Laboral de la Provincia de Santa Fe sancionada recientemente⁽⁵⁴⁾.

Conforme lo he expuesto *ut supra*, los problemas presentados en los sistemas basados en el título ejecutivo o en el pronto pago se encuentra en la entrada al sistema de ejecución, siendo natural de ésta materia la imposibilidad que el trabajador cuente con un título ejecutivo o con un reconocimiento expreso de la deuda por su empleador. Por ello, la reforma procesal santafesina ha introducido una serie de procesos especiales de estructura abreviada, posibilitando prescindir del contradictorio en aquellos casos en que dada la naturaleza de los derechos en juego, no existe mucho por discutir.

Estos procesos declarativos de estructura monitoria⁽⁵⁵⁾ pretenden superar los problemas de acceso al sistema señalados en los procesos ejecutivos prescindiendo de la voluntad declarativa de la deuda por parte del deudor y del carácter ejecutivo del título, siendo suficiente que al demandar el sujeto acreedor presente documentos de los cuales surja que el pago del crédito reclamado tiene altas probabilidades de ser procedente, sin la necesidad que esos documentos sean considerados títulos ejecutivos por la legislación de fondo.

La reforma al Código Procesal Laboral santafesino prefirió, entonces, mantenerse dentro de la lógica de los procesos de conocimiento adoptando un trámite abreviado que fisonómicamente recuerda al llamado proceso monitorio, aunque se diferencia de este en que su progreso no depende de la contumacia del demandado.

(54) Ley de la Provincia de Santa Fe n. 13.039.

(55) Machado, José Daniel; *El proceso de estructura monitoria y los créditos laborales*. Revista de Derecho Laboral. 2007-1. *Procedimiento laboral I*. Ed. Rubinzal Culzoni. Santa Fe (2007); p. 115 y sigs.

Este trámite declarativo abreviado encuentra su *ratio* de admisibilidad en la circunstancia de que el crédito reclamado sea *evidente*, y de contar al menos con la alta probabilidad de ser ciertas las circunstancias de hecho en que se funda. A este último fin se requiere que la demanda esté sustentada en prueba documental.

La reforma procesal debió en optar entre el *reconocimiento previo* de los instrumentos (al modo de la legislación de la Provincia de Córdoba, o de Mendoza) o basarse, en cambio, en una *presunción de veracidad* de los atribuidos por el trabajador a su empleador o a terceros; garantizando el derecho de defensa dejando a salvo la posibilidad de que el demandado niegue su autenticidad.

El Código Procesal Laboral reformado posee ahora un sistema mixto, ya que incluye unas condiciones generales de admisibilidad que dependen del concurso de las circunstancias arriba reseñadas (derecho abstracto indiscutible y alta probabilidad documentada de los hechos conforme a los cuales deviene derecho subjetivo concreto), pero luego enuncia los supuestos más frecuentes en que la vía abreviada debe considerarse procedente⁽⁵⁶⁾.

De este modo, el proceso declarativo con trámite abreviado se encuentra disponible — en forma genérica — para el caso en que el trabajador “*al demandar el pago de una suma de dinero líquida o que se puede liquidar mediante simples operaciones contables: a) invoque pretensiones que tornen innecesario cualquier debate causal o de derecho en torno a la procedencia del crédito; y b) lo haga con respaldo documental que confiera fuerte probabilidad de ser ciertas las circunstancias de hecho de las que dependa la existencia y cuantificación de aquél*”⁽⁵⁷⁾.

Pero, luego, en forma específica, y sin perjuicio de otros supuestos, “*se entenderá especialmente que habilitan esta vía: a) el despido directo sin invocación de causa, o en que la invocada viole de modo evidente la carga de suficiente claridad o resulte manifiestamente inconsistente con la configuración legal de la injuria; b) el despido indirecto por falta de pago de haberes, previamente intimados; c) el despido directo justificado en fuerza mayor o en falta o disminución de trabajo, respecto de la indemnización atenuada que corresponde en tales casos; d) el pago de la indemnización acordada por la ley en los demás supuestos de extinción del contrato que sólo dependan de la verificación objetiva de un hecho, siempre que el mismo se documente con la demanda; en el supuesto de la indemnización por incapacidad absoluta e inculpable se entenderá verificado, a estos fines, si se acompaña dictamen médico oficial que acredite una incapacidad del 66% o más; e) el pago de salarios en mora, cuando con la demanda se acompañen copias de recibos por periodos anteriores u otros instrumentos de los que se desprenda verosimilmente que la relación laboral se encontraba vigente al momento en que se afirman devengados.*”

(56) Art. 123 Código Procesal Laboral de la Provincia de Santa Fe reformado por Ley n. 13.039.

(57) Art. 122 Código Procesal Laboral de la Provincia de Santa Fe reformado por Ley n. 13.039.

El trámite abreviado procede también para dos obligaciones que no consisten en el pago de sumas de dinero. Ellas son las de *expedir certificaciones* y la de *reinstalar al representante gremial*, en las específicas circunstancias que se consagran en los arts. 124 y 125 del Código Procesal Laboral santafesino reformado por Ley n. 13.039.

Recibida y admitida la demanda por el Juez en lo que hace a los aspectos sustanciales del derecho invocado y a la propia competencia, y poniendo de manifiesto la característica ejecutiva de éstos procesos aún cuando responden a un tipo de proceso declarativo, el Juez deberá resolver por auto fundado “ordenando el cumplimiento de la obligación demandada dentro de los diez días”; pudiéndose asimismo “ordenarse la traba de embargo preventivo por el importe de la demanda, sus intereses y costas”⁽⁵⁸⁾. Y reafirmando el carácter neo-ejecutivo del éste proceso, el art. 127 CPL dispone que la notificación de la resolución dictada por el Juez deberá notificarse mediante Oficial de Justicia, desplazando la notificación habitual regulada en el CPL a través de los empleados notificadores, recordando la intervención del Oficial de Justicia en el diligenciamiento del mandamiento de intimación de pago y embargo en el proceso ejecutivo regulado en el Código Procesal Civil y Comercial.

Si bien el Código Procesal Laboral santafesino ha optado en éstos casos por un trámite procesal que se ubica dentro de los procesos de conocimiento pero con un trámite muy abreviado, y por ello no podemos afirmar estrictamente la naturaleza ejecutiva del proceso, lo cierto es que más allá de las denominaciones, éste proceso monitorio responde a la estructura de un juicio ejecutivo desde que la primera decisión del Juez, aún *in audita parte*, es ordenar el pago del crédito reclamado, con intervención del Oficial de Justicia en la notificación — que en éste proceso no se menciona como mandamiento —. Pero, por otro lado, y ahora destacando el carácter de juicio declarativo, el art. 129 CPL dispone que el allanamiento del deudor ante el requerimiento de pago, “concluye la fase declarativa quedando expedita la ejecución conforme a las normas de este código, en la que sólo podrán discutirse los aspectos aritméticos de la liquidación”.

En cuanto a la oposición del demandado, este cuenta con las posibilidades de invocar de circunstancias extintivas de la obligación, de negar la autenticidad de los documentos imputados en la demanda, y la alternativa de postular *razones concretas que en el caso tornen conveniente la tramitación ordinaria*, cuya ponderación se remite al fundado criterio judicial en doble instancia⁽⁵⁹⁾.

La oposición del demandado podrá dar lugar a la producción de prueba pericial o informativa.

(58) Art. 127 Código Procesal Laboral de la Provincia de Santa Fe reformado por Ley n. 13.039.

(59) Art. 130 Código Procesal Laboral de la Provincia de Santa Fe reformado por Ley n. 13.039. Por ejemplo, si una viuda demanda la indemnización por muerte del trabajador acreditando el vínculo, el deceso y la relación laboral, el demandado podría oponerse al progreso del trámite abreviado demostrando que hay otros pretendientes que reclaman el mismo derecho (una conviviente), o que el vínculo se encontraba ya disuelto al momento de la muerte.

Luego, el Juez dictará resolución admitiendo o rechazando las oposiciones formuladas por el actor. En el caso en que admita la oposición, esta resolución es inapelable para el actor, quedando libre la acción declarativa ordinaria.

16. Corolario

El Derecho del Trabajo ha dado enormes pasos en la consideración del trabajador como un sujeto de especial protección constitucional, a la luz de las normas internacionales interpretadas por la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Sin embargo, el reconocimiento de mejores derechos protectorios en el derecho sustantivo no se refleja directamente en un mejor nivel de protección eficaz de los derechos de los trabajadores en tanto el Derecho Laboral sustantivo no reconoce al trabajador créditos que puedan ser cobrados compulsivamente con independencia del debate de su causa, y el Derecho Laboral Procesal no ha contemplado tradicionalmente procesos ejecutivos específicamente laborales adecuados para efectivizar esa protección.

El cobro ejecutivo de créditos de naturaleza laboral ha demostrado ser muy poco eficaz a través de las vías de los procesos ejecutivos basados en el título o en el reconocimiento expreso de deuda; y los procesos cautelares o urgentes han sido respuestas valiosas pero excepcionales que no otorgan soluciones de fondo.

Ahora, la respuesta se busca a través de los procesos monitorios, estructurados sobre la base clásica del proceso ordinario, pero prescindiendo al máximo de la estricta contradictoria clásica en aquellas situaciones en las que el derecho conferido por el sistema jurídico sustantivo no requiere de mayores verificaciones ni deja lugar a discusiones.

La reforma al Código Procesal Laboral de la Provincia de Santa Fe es el avance más novedoso en la materia. Siendo recientemente implementada, deberemos esperar un tiempo prudencial para efectuarles las críticas al sistema que, como toda obra humana, seguramente es perfectible.

A AÇÃO CIVIL PÚBLICA E A SUA IMPORTÂNCIA COMO INSTRUMENTO DE REALIZAÇÃO DO DIREITO MATERIAL DO TRABALHO

Hélio Grasselli⁽¹⁾

Sem enveredar para a discussão doutrinária que estabelece uma dicotomia nas ações coletivas, reservando à ação civil pública a busca da cessação da lesão existente, com atuação para o futuro, sem feição reparatória, e à ação civil coletiva a reparação dos danos já ocorridos, isto é, voltada para o passado, é inegável a importância desse instituto na solução dos conflitos intersubjetivos de interesses submetidos ao Poder Judiciário.

Por essa ação, que tem suas origens na *class action* americana, busca-se uma solução única para a violação de direitos de que são titulares sujeitos determináveis e indeterminados, vale dizer, titulares de direitos ou interesses individuais homogêneos, coletivos ou difusos, na dicção do art. 81 do Código de Defesa do Consumidor.

Como manifestação inequívoca do princípio da economia processual, emergem de modo cristalino as vantagens da ação civil pública, quer pela possibilidade de por uma só ação solucionar coletivamente um feixe de conflitos individuais, quer pela legitimação concorrente ou extraordinária de terceiros, retirando, com isso, os naturais inconvenientes que numa demanda judicial soem acontecer entre o titular do direito violado e o ofensor.

Dito de outro modo, evita-se o ajuizamento de diversas ações buscando o mesmo bem da vida, que pode ser obtido mediante solução coletiva, muito mais eficaz em face

(1) Juiz Titular da 1ª Vara do Trabalho de São José do Rio Preto, Juiz Convocado do TRT da 15ª Região, Mestre pela PUC/SP, Professor na Pós-graduação da FAAP.

da sua abrangência, da impossibilidade de decisões conflitantes sobre uma mesma matéria ou fato e do uso mais racional da máquina judiciária.

A legitimação concorrente ou extraordinária do Ministério Público, das associações de defesa do consumidor, dos sindicatos e dos entes públicos traz à baila a discussão sobre a necessidade de concordância prévia ou incidental do titular do direito individual para que se possa manejar a ação civil pública.

Sem muito esforço é possível afirmar que a concordância prévia ou depois de ajuizada a ação é absolutamente dispensável. E não poderia ser diferente, já que a ação civil pública pode ser intentada para defender direitos até mesmo de pessoas indeterminadas.

Alguém também poderia objetar as vantagens da ação civil pública alegando que o direito de ação, embora público, é subjetivo, isto é, pode ou não ser exercitado, dependendo unicamente da vontade do seu titular.

Realmente isso é verdade, mas não é menos certo que a disciplina legal desse tipo de ação, apesar de não vedar a concomitância da ação individual com a civil pública, estabelece a necessidade do litigante requerer a suspensão do dissídio individual para poder se beneficiar da tutela coletiva.

A ação civil pública é instrumento tão célere e eficaz para a realização do direito material que forças contrárias a essa efetividade fizeram inserir na legislação dispositivo de manifesta inconstitucionalidade (Lei n. 9.494/97), restringindo os efeitos da coisa julgada produzida na ACP aos limites da competência territorial do juízo prolator da decisão.

Especificamente em sede de Direito Processual do Trabalho, hodiernamente, a ação civil pública vem sendo cada vez mais utilizada, sobretudo pelo Ministério Público do Trabalho.

Em nosso sentir, a atuação ministerial contribui acentuadamente não só para a diminuição das ações individuais, mas, também, para as demandas contidas que certamente iriam eclodir ao longo do tempo.

Essa atuação, outrossim, vem suprir a deficiência estrutural do Poder Executivo que, através do Ministério do Trabalho e Emprego, não consegue dar resposta satisfatória à demanda de fiscalização do cumprimento das normas de Direito do Trabalho, notadamente das normas de medicina, higiene e segurança no trabalho.

Temos verificado nos últimos anos o Ministério Público do Trabalho protagonizar iniciativas que resultam não apenas em ações civis públicas, mas, também, na instauração de inquéritos civis públicos nos quais são firmados inúmeros Termos de Ajustamento de Conduta — TAC.

Ainda que em muitos casos esses “TACs” consubstanciem obrigações que já se encontram na legislação do trabalho, seu descumprimento pode resultar em multas (*astreintes*), muito mais eficazes que a atuação administrativa.

Destaque especial deve ser dado à atuação ministerial ligada à prevenção de acidentes do trabalho e de doenças ocupacionais, bem como à busca da dignidade humana e da melhoria das condições de trabalho.

Nesse sentido, notadamente no âmbito do TRT da 15ª Região, são frequentes as medidas visando obrigar as empresas a oferecer alojamentos dignos aos trabalhadores migrantes, banheiros e locais decentes para as refeições — principalmente no âmbito rural —, transporte seguro, pausas e rodízios em funções que demandam esforços repetitivos, conforto térmico, fornecimento de equipamentos de proteção individual adequados, proteção especial para as máquinas a fim de evitar acidentes, além da observância das normas de ergonomia.

Também não pode passar despercebida a atuação visando aniquilar o trabalho em condições análogas às de escravo, a proibição do trabalho infantil e a contratação direta, sem intermediários, notadamente no setor de colheita de laranjas.

Os resultados positivos dessas medidas já se fazem sentir nas estatísticas que, mesmo em época de pleno emprego, já demonstram considerável redução no número de doenças ocupacionais.

Como integrantes do Poder Judiciário, deparamo-nos recentemente com um recurso ordinário interposto contra sentença proferida em ação civil pública proposta pelo *Parquet* trabalhista, processo n. 0001117-52.2011.5.15.0081, que determinara a proibição da remuneração por produção para o corte manual da cana.

A matéria tratada é inédita no Brasil e suscitou acalorados debates jurídicos, inclusive na Sessão de Julgamento realizada em outubro de 2013, na 11ª Câmara do TRT 15.

Como consta do voto em que fui designado relator, o cortador de cana remunerado por produção não trabalha a mais porque assim deseja. Muito pelo contrário: ele trabalha a mais, chegando a adoecer e a morrer nos canaviais, unicamente porque precisa. Sua liberdade de escolha, aqui, é flagrantemente tolhida pela sua necessidade de sobreviver e prover sua família, de forma que a proibição do pagamento por produção é medida que se impõe naquele tipo de atividade.

Embora a legislação consolidada admita em caráter geral o pagamento por produção, este somente deve ser aceito para determinadas funções, não se podendo olvidar que a legislação é de 1943, muito anterior à Constituição de 1988 que tem como Fundamentos da República (art. 1º, III e IV, da CF/88) a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre-iniciativa e, como objetivos fundamentais (art. 3º,

I, III e IV, da CF/88), construir uma sociedade livre, justa e solidária, erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais, promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação, prevalência dos direitos humanos nas relações internacionais (art. 4º, II, da CF/88) e proibição do retrocesso social.

Todos os dias, sem exceção, a Justiça do Trabalho se depara com situações da mais alta importância social. Contudo — e essa afirmação pode ser endossada por aqueles que militam de verdade na área —, faz tempo que uma questão de tamanho impacto social, que definitivamente oferece a oportunidade de fazer valer a força normativa da Constituição Federal de 1998, não bate a essas ilustres portas.

Muito se fala, principalmente em âmbito teórico, sobre a necessidade de aplicação direta da Constituição Federal, da necessidade de interpretação da lei conforme o Texto Maior. Entrementes, pouco se faz de efetivo nesse sentido. É chegada a hora de abandonar velhas práticas estritamente legalistas e formais. A Justiça do Trabalho tem, nesse caso, oportunidade de fazer real diferença na vida de muitos jurisdicionados. Vamos em frente!

ACÓRDÃO

Recurso Ordinário

TRT 15ª Região — 6ª Turma — 11ª Câmara

Processo n. 0001117-52.2011.5.15.0081

Recorrente: Usina Santa Fé S.A.

Recorrido: Ministério Público do Trabalho — PRT/15ª Região

Origem: Vara do Trabalho de Matão

Juiz Sentenciante: Renato da Fonseca Janon

EMENTA: *“Ação coletiva. Interesse individual homogêneo. Legitimidade ativa do Ministério Público do Trabalho. Cortador de cana. Pagamento por produção. Proibição. Singularidade da atividade. Possibilidade. Respeito à dignidade da pessoa humana e ao valor social do trabalho. 1. O Ministério Público do Trabalho, como é cediço, possui legitimidade para tutelar interesses individuais homogêneos, além, obviamente, dos difusos e dos coletivos. 2. In casu, não há de se falar em interesse individual heterogêneo, tal como pretende a reclamada. O fato de todos os trabalhadores serem cortadores de cana e receberem por produção configura, indubitavelmente, a origem comum apta a ensejar a aplicação do art. 81, parágrafo único, inc. III, do Código de Defesa do Consumidor. O que se pretende, na verdade, é conferir nova nomenclatura a instituto já definido pelo referido dispositivo legal. 3. A proibição do pagamento por produção, no caso específico dos cortadores de cana, é medida impeditiva de retrocesso social. Como é sabido, nesse caso existe um estímulo financeiro capaz de levar o trabalhador aos seus limites físicos e mentais para que, mesmo assim, aufera salário mensal aviltante e incapaz de suprir as necessidades básicas próprias e as de sua família. 4. Não se deve concluir pela proibição do pagamento por produção para todas as profissões, mas tão somente para aquelas cujas peculiaridades as tornem penosas, degradantes e degenerativas do ser humano. É o caso dos cortadores de cana, embora não exclusivamente. 5. Deve-se entender, de uma vez por todas, que o cor-*

tador de cana remunerado por produção não trabalha a mais porque assim deseja. Muito pelo contrário: ele trabalha a mais, chegando a morrer nos canaviais, unicamente porque precisa. Sua liberdade de escolha, aqui, é flagrantemente tolhida pela sua necessidade de sobreviver e prover sua família. 6. A dignidade da pessoa humana e o valor social do trabalho, Fundamentos da República Federativa do Brasil, devem impedir a manutenção de uma situação que remonta aos abusos cometidos durante a 1ª Revolução Industrial, de modo que a coisificação do ser humano que trabalha nos canaviais é realidade que não se admite há muito tempo.”

Inconformada com a r. sentença de fls. 1.418/1.529, recorre a reclamada (fls. 1.538/1.551).

Em suas razões de recurso ordinário, alega, preliminarmente, que o feito deve ser extinto sem resolução de mérito, haja vista eventual ilegitimidade ativa do órgão ministerial para tutelar suposto direito individual heterogêneo. No mérito, sustenta que o pagamento por produção é autorizado pela lei, de modo que o Poder Judiciário equivocou-se ao proferir sentença proibindo a reclamada de remunerar seus empregados por unidade produzida. Por derradeiro, alega que a imposição de multa em caso de desobedecimento da obrigação de não fazer imposta judicialmente não encontra amparo legal e, se mantida, acarretará enriquecimento ilícito do recorrido.

O Ministério Público do Trabalho, por intermédio de seu digno representante, Dr. Rafael de Araújo Gomes, contrapôs-se aos argumentos apresentados, concluindo pela necessidade de manutenção da r. sentença proferida (fls. 1.559/1.564).

É o relatório.

Admissibilidade

Conheço do recurso interposto porque presentes os requisitos de admissibilidade.

Das preliminares arguidas pela reclamada

Em suas razões de recurso ordinário, a reclamada esforçou-se por demonstrar, por intermédio de preliminares e prejudiciais, que o mérito da questão não deve ser julgado. Basta, para tanto, notar o quão extensa foi sua argumentação no que toca à tentativa de convencer este E. TRT a acatar alguma das inúmeras preliminares arguidas.

De maneira geral, alegou que o tema envolvendo o pagamento por unidade de produção, especificamente no caso dos cortadores de cana-de-açúcar, diz respeito a típico interesse individual heterogêneo, o que afasta a legitimidade de atuação do órgão ministerial. Aliado a isso, sustentou que a Ação Civil Pública julgada procedente pelo magistrado de 1ª Instância carece de objeto, haja vista a tomada de compromisso de ajustamento de conduta às previsões legais perante o Ministério Público do Trabalho. Por fim, construiu fundamentação no sentido de demonstrar que o pagamento por produção é permitido pela legislação em vigor, de modo que a r. sentença feriu o princípio da legalidade.

Em síntese, esses foram os argumentos apresentados pela reclamada, muito embora estejam eles apresentados em diversos tópicos que, de uma maneira ou de outra, repetem-se sucessivamente.

A despeito de a r. sentença proferida ter enfrentado todos os óbices de mérito apresentados, utilizando-se de persuasão racional refinada e precisa — com a qual concordo plenamente, a importância jurídica e social da causa, e também o dever, impulsiona a análise, ainda que breve, dos pontos obstativos apresentados pela reclamada.

Eis, então, os fundamentos.

Da perda de objeto da ação

Como primeiro ponto, a reclamada alega que a ação que ensejou a presente discussão perdeu o objeto, sendo inaplicáveis os fundamentos da sentença. Afirma, a fim de justificar sua defesa, que os trabalhadores possuem condições dignas de trabalho, mormente com a assinatura, sem resistência, do TAC proposto pelo Ministério Público do Trabalho.

Prima facie, afastado a preliminar apresentada, de modo que não assiste razão à reclamada.

Da ata de audiência realizada na sede da PTM Araraquara, f. 720, constou expressamente, item 3, que a ação prosseguiria com relação ao pedido referido no item 8, letra “e”, para julgamento de mérito, não sendo abrangido por conciliação ou desistência. Portanto, beira à má-fé a alegação da ré.

Ora, se a Ação Civil Pública que originou a presente discussão tivesse perdido seu objeto, a reclamada não se esforçaria para demonstrar que o pagamento por unidade de produção é legal. Isso porque o único e exclusivo objeto da ação ajuizada pelo Ministério Público do Trabalho foi impedir o pagamento por produção dos cortadores de cana que laboram para a reclamada.

Os fundamentos apresentados pela reclamada, nesse tópico especificamente considerado, apresentam inegável deficiência técnico-processual, pois afirmar que a Ação Civil Pública perdeu o objeto seria exatamente o mesmo que reconhecer a procedência do pedido formulado pelo órgão ministerial. Isso tudo em termos práticos, obviamente.

Nessa cadência, a perda do objeto ocorreria se a reclamada afirmasse não mais remunerar seus empregados em razão da quantidade produzida. Evidentemente que a pretensão resistida, apta a justificar a atuação ministerial, ainda perdura.

Não fosse assim e a reclamada teria aderido, de maneira integral, ao termo de compromisso de ajustamento de conduta proposto pelo Ministério Público do Trabalho, o qual combatia a famigerada prática de pagamento por produção aos cortadores de cana.

Já que não aquiesceu, em âmbito extrajudicial, em se abster de remunerar seus empregados em razão da produção aferida, a ação coletiva foi ajuizada como única maneira de pacificar o ponto conflitivo restante.

Sendo assim, por óbvio, não há que se falar em perda do objeto da ação civil pública que ensejou o atingimento do presente momento processual, de modo que **afasto** a primeira preliminar.

Da ilegitimidade ativa do Ministério Público

Em segundo lugar, a reclamada afirma que o interesse envolvido no presente caso é evidentemente heterogêneo, cuja consequência processual é o afastamento da legitimidade de atuação do Ministério Público do Trabalho. Argui, assim, que não existe origem comum que una os trabalhadores, pois a situação de cada um deles deve ser analisada individualmente.

Primeiramente, consigne-se que, na hipótese vertente, o Ministério Público do Trabalho pediu e obteve, em face da recorrente, a condenação para se abster de remunerar seus empregados, envolvidos na atividade de corte manual de cana-de-açúcar, por unidade de produção, sob pena de multa de R\$ 1.500,00 (mil e quinhentos reais) por trabalhador atingido, a cada mês em que se verificar o descumprimento.

Assim, luzidio que se trata de tutela de interesses difusos, não havendo a determinação dos sujeitos atingidos, pois os atuais e futuros empregados serão beneficiados com a proteção do bem maior que é a saúde e a vida.

Efetivamente, *não se pretendeu e não se obteve, em face da recorrente, nesta Ação Civil Pública* o pagamento de reparações pecuniárias individuais, para satisfazer determinados empregados, mas o cumprimento da obrigação de não fazer, a fim de sanar de forma coletiva e indivisível, a prática funesta do pagamento por produção.

Tratando-se da defesa de interesses coletivos e difusos, adequado se mostra o uso da Ação Civil Pública, nos termos da Lei n. 7.347/85, art. 1º, IV, c.c. com art. 129, III, da Constituição Federal e art. 83, III, da Lei Complementar n. 5/93.

Ainda que não se tratasse de direitos difusos, mas sim de individuais homogêneos, é patente a legitimidade do Ministério Público do Trabalho.

A tutela coletiva dos direitos na Justiça representa, conforme afirma Ada Pellegrini Grinover, uma verdadeira revolução, cujo escopo maior é a garantia da universalidade da jurisdição⁽¹⁾.

(1) GRINOVER, Ada Pellegrini. *O Processo. Estudos e Pareceres*. São Paulo: DPJ, 2009, p. 249.

A maior revolução talvez se tenha dado exatamente no campo do processo: de um processo individualista a um modelo social, de esquemas abstratos a esquemas concretos, do plano estático ao plano dinâmico, o processo transformou-se de individual em coletivo, ora inspirando-se no sistema das class actions da common Law, ora estruturando novas técnicas, mais aderentes à realidade social e política subjacente. Tudo isso alterou o quadro do acesso à Justiça, facilitado por intermédio dos portadores, em juízo, dos interesses transindividuais, que se substituem aos litigantes a título individual, fracos do ponto de vista econômico e organizacional, e que simplesmente não levavam suas pretensões ao Poder Judiciário. E com isso também se desenhou uma nova realidade para o princípio da universalidade da jurisdição, a qual se abriu a novas causas e a novos titulares de conflitos.

Sob tal prisma, busca-se atualmente a permissão para que o maior número de lesões, ainda que individualmente de pequena repercussão, seja coletivamente sanado pela Justiça ou no âmbito extrajudicial, de forma a se obter a necessária pacificação social. Nesse sentido, a pretensão da recorrente de obrigar, com o provimento de seu apelo, cada trabalhador individualmente lesado a buscar o seu direito fora da tutela coletiva é, antes de mais nada, um enorme retrocesso, sob o aspecto processual, social e doutrinário. É a efetiva negação do direito.

Efetivamente, é difícil acreditar que a reclamada defenda uma tese tão reacionária em matéria de tutela coletiva dos direitos fundamentais, que já foi ultrapassada pelos avanços da ciência processual contemporânea.

É bem verdade que até pouco tempo ainda se viam decisões que pretendiam restringir à legitimidade do Ministério Público do Trabalho, retirando-lhe a possibilidade de tutela dos direitos e interesses individuais homogêneos.

Todavia, essas decisões, invariavelmente, foram reformadas pelas Cortes superiores, pois esse entendimento ofendia a Constituição Federal e a Lei Complementar n. 75/93, art. 6º, inciso VII, alínea “d”, desconsiderava uma das razões de ser das ações coletivas: eliminar as lesões de massa, julgando-as em uma só ação (tutela coletiva de direitos).

Bem por isso, a restrição que se encontrava à defesa dos direitos individuais homogêneos pelo Ministério Público do Trabalho, foi reformada pelo e. Supremo Tribunal Federal, que assim decidiu no caso:

O Ministério Público do Trabalho interpôs RE (fls. 471/494) para que fosse reconhecida sua legitimidade processual para defesa de interesses individuais homogêneos, com fundamento em precedentes do STF. O RE foi admitido (fls. 533/534). A PGR opinou favoravelmente à pretensão do Recorrente (fls. 541/545). Destaco do parecer: “... O E. Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento do Recurso Extraordinário 213.015-0, Relator Ministro NÉRI DA SILVEIRA, DJ de 24.05.2002, fixou o entendimento de que, independentemente da própria lei fixar o conceito interesse coletivo, ele é conceito de direito constitucional, “na medida em que a Carta Política dele faz uso para especificar as espécies de interesses que compete ao Ministério

Público defender (CF, art. 129, III)”. Reportando-se ao RE 163.231-3/SP, o E. Ministro NÉRI DA SILVEIRA recordou que, naquele julgado, a Corte havia fixado o entendimento de que são direitos “... coletivos aqueles pertencentes a grupos, categorias ou classes de pessoas determináveis, ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base” e que os “Direitos ou interesses homogêneos são os que têm a mesma origem comum (art. 81, III, da Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990) constituindo-se uma subespécie de direitos coletivos” (fls. 543). O acórdão recorrido está em confronto. Dou provimento ao RE. Publique-se. Brasília, 17 de dezembro de 2003. Ministro NELSON JOBIM, Relator (RE 393229, publicado em 2.2.2004).

Percebe-se, assim, que a Suprema Corte já firmou jurisprudência no sentido de que os interesses individuais homogêneos, para os fins da tutela coletiva, são subespécie de direitos coletivos. Então, a disposição no art. 83, inciso III, que afirma que cabe ao Ministério Público do Trabalho o ajuizamento de ações civis públicas para a tutela de direitos coletivos dos trabalhadores abrange tanto os direitos difusos, coletivos *stricto sensu* e individuais homogêneos.

Assim, analisando-se o recurso da ré, percebe-se que estamos diante de um **pleonasm**o, ou seja, **inventou-se um novo nome para a mesma a tese, antiga, já rejeitada pela Corte Suprema. Requentou-se a tese, agora sob o pomposo nome de tutela dos “interesses heterogêneos”**, contudo, trata-se da **mesma tese retrógrada, processual e social, que pretende que cada trabalhador prejudicado procure a tutela judicial de forma individual**. É um grande retrocesso na ciência do direito e um flagrante desprestígio aos julgamentos do Supremo Tribunal Federal!

Como se sabe, a tendência moderna é a “molecularização” das demandas, e não sua “atomização”, segundo ensina Kazuo Watanabe, para quem todo o sistema de tutela coletiva foi construído com o escopo de ***“tratar molecularmente os conflitos de interesses coletivos, em contraposição à técnica tradicional de solução atomizada, para com isso conferir peso político maior às demandas coletivas, solucionar mais adequadamente os conflitos coletivos, evitar decisões conflitantes e aliviar a sobrecarga do Poder Judiciário, atulhado de demandas fragmentárias”*** (“Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do projeto”. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 631).

Nesse sentido, confira-se o seguinte acórdão:

1. Ministério Público do Trabalho — Legitimidade para propor Ação Civil Pública: O Ministério Público do Trabalho tem legitimidade para promover, no âmbito da Justiça do Trabalho, ação civil pública para defesa de interesses coletivos, quando desrespeitados os direitos sociais constitucionalmente garantidos. Inteligência dos arts. 127 e 129 da Constituição Federal e art. 83 da Lei Complementar n. 75/93. 2. Ministério Público do Trabalho — Defesa de Interesses Relevantes e Indisponíveis: ***A tendência mundial do Direito moderno, inaugurada no Encontro de Florença, presidido por Mauro Cappelletti, em 1975, é a de coletivizar as soluções decorrentes dos conflitos entre pessoas. A ação civil pública é um remédio eficaz e abrangente para a solução de tais conflitos, nada impedindo que seja proposta***

para pretensões condenatórias e de obrigações de fazer e não fazer. Há longa data que se pacificou o entendimento de que a ação civil pública é cabível na Justiça do Trabalho, com certas adaptações procedimentais, eis que compatível com princípios informadores do processo obreiro. É veículo rápido de solução dos conflitos e, por ser abrangente, deve ser prestigiado. Segurança que se denega. (TRT 2ª Região — Processo: SDI — 00741/2000-2. Espécie: Mandado de Segurança — Acórdão: 2000017094.) (negrejamos)

É sempre bom deixar claro que a defesa dos direitos fundamentais dos trabalhadores por meio da ação coletiva traz inúmeras vantagens, dentre as quais se destacam: 1) evita a proliferação de demandas repetitivas sobre os mesmos fatos; 2) a despersonalização do polo ativo da demanda, impedindo que os lesados sofram as agruras de uma demanda judicial. Isso é salutar na Justiça do Trabalho — leia-se Justiça de desempregados —, haja vista que, na inexistência de estabilidade no emprego, raramente os trabalhadores se sentem em condições de demandar em face do seu empregador, mesmo porque apresentam significativo temor em relação ao desemprego, ainda mais quando estão em situação de vínculo empregatício com a sociedade empresária; 3) a democratização do acesso ao Judiciário; 4) a ocupação do polo ativo por uma pessoa com melhores condições de litigar em face dos grandes conglomerados, causadores de lesões de massa, já que o cidadão sozinho não teria condições de fazê-lo, o que asseguraria a igualdade processual no polo da demanda e daria maior paridade de armas aos lesados, pois o homem comum não tem condições financeiras para custear uma demanda e tampouco possui condições psicológicas para aguardar por longo tempo; 5) evita a proliferação de decisões contraditórias sobre a mesma questão fática que tanto desprestígio traz ao Poder Judiciário. O cidadão comum não consegue entender porque a sua demanda não foi acolhida, ao contrário do que ocorreu com seu colega de trabalho; 6) dá concretude aos princípios da celeridade e economia processuais art. 5º — incisos XXXV e LXXVIII — CF/88.

A tese reacionária de se criar os interesses ou direitos “individuais heterogêneos”, a par das três categorias previstas na Lei n. 8.078/90, é nítida tentativa de escapar da jurisprudência uniforme da Corte Constitucional acerca da ampla legitimidade do Ministério Público do Trabalho na defesa dos direitos fundamentais dos trabalhadores.

Já passou a fase da ilegitimidade do MPT para a tutela dos interesses difusos, a respeito dos quais se dizia, no início da década de 1990, que nem sequer existiam na seara laboral! Já passou a fase da negatividade da legitimidade para a tutela dos interesses coletivos. Já passou a fase da ilegitimidade do MPT para os individuais homogêneos, expressamente afastada pela mais alta corte judiciária do Brasil. Diante disso, é de pensar-se: até onde vai a sanha dos que não querem a coletivização do processo do trabalho? A universalidade da Justiça para a pacificação social? A reparação das lesões de maneira rápida e eficaz? Francamente, a quem serve a restrição da atuação do Ministério Público na tutela coletiva dos direitos indisponíveis, sociais, dos trabalhadores? A quem serve a fragmentação das ações? Certamente não serve para a efetivação dos direitos fundamentais dos trabalhadores e para a construção de uma sociedade mais igualitária.

De outra ponta, alguém duvida de que os trabalhadores devem ter direito a um ambiente de trabalho seguro e sadio, a uma forma de remuneração que não leve o trabalhador ao seu esgotamento físico e mental? É patente, com certeza, a legitimidade do Ministério Público do Trabalho nesta ação civil pública.

Ao afirmar que a ação civil pública descreve situação de “direitos heterogêneos”, a recorrente pretende, efetivamente, a não existência de direitos difusos e coletivos, bem como de individuais homogêneos. Isto porque **todo ato que resulta em direitos coletivos em sentido amplo pode também gerar lesão a direitos individuais. Sob esse argumento não existiriam direitos coletivos ou difusos no âmbito trabalhista, pois todas as lesões acabam sendo “experimentadas” individualmente por cada um dos trabalhadores da ré.**

Vê-se, logo, o equívoco do apelo apresentado. Toda experiência coletiva trabalhista é composta também de experiências individuais. Toda lesão, seja ao meio ambiente do trabalho, seja de fraude trabalhista, ou mesmo de discriminação ou ataque a direito fundamental, atinge individualmente algum ou alguns trabalhadores. Ao contrário, grande parte das lesões individuais trabalhistas tende a atingir também uma dimensão coletiva, pela própria natureza de massa das relações de trabalho. Essa a opinião de Barbagelata⁽²⁾, quando fala justamente do particularismo do Direito do Trabalho:

“A dimensão coletiva se projeta no conflito individual e nas relações dessa natureza, não só pela eventualidade de que todo conflito individual se transforme em coletivo, mas também pela própria integração do problema do trabalhador, individualmente considerado, no mundo do trabalho. Em princípio, a dita integração tem como consequência que todo ato com relação a um conflito individual adquire projeção coletiva.”

Demais disso, ainda que não se considere a existência de interesses difusos, salta aos olhos a origem comum apta a unir os interesses individuais dos cortadores de cana expostos ao pagamento por produção, o que evidencia sua homogeneidade.⁽³⁾

Ora, são todos cortadores de cana remunerados por produção. Não considerar esse contexto fático como origem comum suficiente para configurar o interesse individual homogêneo previsto pelo art. 81, parágrafo único, inc. III do CDC, seria o mesmo que negar vigência a dispositivo de lei plenamente em consonância com o art. 127 da Constituição Federal.

Peço vênua, assim, para transcrever trecho da r. sentença. *In verbis*:

“*Em casos similares, o Eg. Regional da 15ª Região assim se pronunciou: PROC. TRT/15ª REGIÃO N. 00860-2001-079-15-00-9 RO (21.718/2003- RO-2) AÇÃO CIVIL PÚBLICA.*

(2) BARBAGELATA, Héctor-Hugo. *O Particularismo do Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 1996. p. 24.

(3) Cf. Melo, Guilherme Bassi de. *Interesses transindividuais na esfera trabalhista* (no prelo). Editora LTr (aguardando publicação).

MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO. DEFESA DE DIREITOS DIFUSOS, COLETIVOS OU INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS. LEGITIMIDADE. Ao Ministério Público compete, nos termos da Constituição Federal vigente, promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos (art. 129, III). Nesse sentido, assegura-lhe a Lei Complementar n. 75, de 20 de maio de 1993, como instrumento de atuação, a capacidade de promover o inquérito civil e a ação civil pública para (...) interesses individuais indisponíveis, homogêneos, sociais, difusos e coletivos (art. 6º, VII, “d”), especialmente quando decorrentes dos direitos sociais dos trabalhadores (art. 84, II). No mesmo trilhar, aliás, está o art. 5º da Lei n. 7.347, de 24 de julho de 1985. Assim, detém legitimidade o Ministério Público do Trabalho para, mediante ação civil pública, pleitear a tutela não só de interesses difusos ou coletivos como também individuais homogêneos, entendidos como decorrentes de uma origem comum, fixa no tempo, correspondente a ato concreto lesivo ao ordenamento jurídico, que permite a determinação imediata de quais membros da coletividade foram atingidos. RELATOR LUÍS CARLOS CÂNDIDO MARTINS SOTERO DA SILVA PROCESSO TRT/15ª REGIÃO N. 01322-2005-091-15-00-9 INTERESSES INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS — LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO. Quando o objeto da lide se refere a interesses que advêm de origem comum, e ostentam natureza homogênea, está justificada a legitimidade do Ministério Público para figurar no pólo ativo da ação civil pública, o que vem conferir celeridade na solução dos casos de macro-lesão e garantir maior segurança jurídica, evitando decisões conflitantes.

RELATORA TEREZA APARECIDA ASTA GEMIGNANI PROCESSO TRT/15ª REGIÃO N. 2028/2000-MS-9 “Os interesses individuais homogêneos, segundo o Código de Defesa do Consumidor, são aqueles de grupo, categoria ou classe de pessoas determinadas ou determináveis, que compartilhem prejuízos divisíveis, de origem comum, ou seja, oriundos das mesmas circunstâncias de fato, embora em sentido lato os interesses individuais homogêneos não deixam de ser também interesses coletivos. Ora, a ação civil pública presta-se basicamente à defesa dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, sendo inquestionável que o Ministério Público detém legitimidade, decorrente de legitimação extraordinária. Isto porque a Lei Complementar n. 75/93, que regulamentou as atribuições do Ministério Público da União, no capítulo que trata das atribuições do Ministério Público do Trabalho, estabelece, expressamente, no art. 83, inciso III, a legitimidade do Órgão Ministerial para propor ação civil pública no âmbito da Justiça do Trabalho para defesa de interesses coletivos, quando desrespeitados os direitos sociais constitucionalmente garantidos. E, embora tal preceito seja omissivo quanto aos interesses individuais homogêneos, haja vista que refere-se apenas a interesses coletivos, os quais, em princípio, abrangeriam somente os difusos e coletivos “stricto sensu”, esta omissão é sanada pelo art. 84, da mesma Lei Complementar n. 75/93, o qual afirma expressamente que ao Ministério Público do Trabalho incumbe exercer as funções institucionais previstas nos Capítulos I, II, III, IV, do Título I, sendo certo que no Capítulo II, do Título I, no seu art. 6º, inciso VII, alínea “d”, é expressamente outorgado ao Ministério Público da União legitimidade para promover a ação civil pública para a defesa de “outros interesses individuais indisponíveis homogêneos, sociais, difusos e coletivos”, atraindo a conclusão lógica de que o Ministério Públi-

co do Trabalho detêm igual legitimidade no âmbito das suas atribuições. E essa legitimidade é ressaltada, de forma inequívoca, quando, como no caso, os interesses individuais homogêneos, espécie da qual é gênero o interesse coletivo, adquirem tal volume e importância que acarretam transtornos sociais em desobediência à ordem jurídica. De resto, é do órgão judicial de primeira instância a competência para a prestação de tutela em matéria de interesses metaindividuais no campo das relações de trabalho, nos termos do art. 651 do diploma consolidado...”. RELATOR SAMUEL CORREA LEITE

Em decisão oriunda do Plenário do Supremo Tribunal Federal, em voto da lavra do eminente Ministro Maurício Corrêa, assim se decidiu sobre os interesses coletivos:

“4. Direitos ou interesses homogêneos são os que têm a mesma origem comum, constituindo-se subespécies de direitos coletivos. 4.1. Quer se afirme na espécie interesses coletivos ou particularmente interesses homogêneos, stricto sensu, ambos estão cingidos a uma mesma base jurídica, sendo coletivos, explicitamente dizendo, porque são relativos a grupos, categorias ou classes de pessoas, que conquanto digam respeito às pessoas isoladamente não se classificam como direitos individuais para o fim de ser vedada a sua defesa em ação civil pública, porque sua concepção finalística destina-se à proteção desses grupos, categoria ou classe de pessoas.” (RE 163.231-3/ SP, in DJU 29.6.2001.)

O C. Tribunal Superior do Trabalho, no julgamento do processo TST-RR-738.714/2001.0, mediante acórdão da lavra do Ministro Barros Levenhagen, também decidiu:

“os interesses coletivos podem ser tanto os transindividuais, de natureza indivisível, de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base, como os interesses individuais homogêneos, subespécie daquela, decorrentes de origem comum no tocante aos fatos geradores de tais direitos, origem idêntica essa que recomenda a defesa de todos a um só tempo. Assim, a indeterminação é a característica fundamental dos interesses difusos e a determinação é a daqueles interesses que envolvem os coletivos.”

Na realidade, frise-se, o que se evidencia é uma tentativa de criar nomenclatura diferenciada para instituto jurídico já existente. O Código de Defesa do Consumidor é extremamente claro ao dispor sobre os interesses individuais homogêneos, de modo que a transmutação dessa categoria de interesses para os supostamente “interesses individuais heterogêneos” beira a má-fé.

Se não bastasse esse argumento, é imperioso lembrar que a Constituição Federal de 1988, em seu art. 127, *caput*, determina a legitimidade do Ministério Público para tutelar interesses individuais indisponíveis, ainda que puramente individuais.

Desnecessário ressaltar que estamos diante de situação que envolve tutela da vida e da saúde dos trabalhadores, de modo que a questão do pagamento por produção é apenas a causa que desencadeia o contexto trágico que a realidade nos tem demonstrado.

Por todo o exposto, demonstrado que se trata de interesse difuso, o Ministério Público do Trabalho possui legitimidade para tutelá-lo, e mesmo que se tratasse de interesses individuais homogêneos, a solução seria a mesma, assim, *afasto* a segunda preliminar trazida pela reclamada.

Da falta de interesse processual — Postulação contrária à lei

Nesse ponto particular, a reclamada afirma que o Ministério Público do Trabalho ajuizou ação com objeto contrário à lei, de modo que o feito deve ser extinto sem resolução de mérito, nos moldes do preconizado pelo art. 267, inc. VI, do CPC. Salienta, ademais, que a litigância de má-fé deve ser reconhecida, haja vista a postulação afrontosa a texto expresso de lei.

Há, aqui e mais uma vez, espantosa confusão entre a preliminar arguida e o próprio mérito a ser oportunamente apreciado. Desse modo, não assiste razão à reclamada.

O interesse processual, como é cediço, resume-se no binômio necessidade e adequação, cuja verificação deve ser concomitante. Uma análise bastante perfunctória dos autos demonstra que o interesse processual é evidente e decorre do fato de que a reclamada não aquiesceu com todas as cláusulas do termo de compromisso de ajustamento de conduta proposto pelo órgão ministerial. De fato, necessária a provocação do Judiciário para ver sua pretensão apreciada. Por fim, indubitável a adequação do meio eleito pelo Ministério Público do Trabalho.

O fato de a reclamada defender que o pagamento por produção decorre diretamente da legislação infraconstitucional em vigor resume, na realidade, verdadeira análise de mérito.

Justamente porque sua análise de mérito baseia-se em premissa juridicamente distinta da apresentada na inicial é que o interesse processual se sobreleva e se torna irrefragável. Entendesse o órgão ministerial da mesma forma que a reclamada e, aí sim, não haveria pretensão resistida justificadora da necessidade e da adequação, respectivamente, da provocação judicial e do meio eleito. Felizmente, essa coincidência de entendimentos não se verifica na prática.

Por todo o exposto, **afasto** a terceira preliminar apresentada pela reclamada.

Da carência de interesse processual — Condição objeto de negociação sindical

Como quarta preliminar de mérito, a reclamada afirma que as condições de trabalho referentes ao pagamento por produção foram negociadas, de forma coletiva, entre os legítimos representantes das partes envolvidas. Assim, mais uma vez pugna pela não existência de interesse processual apto a ensejar a atuação do Ministério Público do Trabalho.

Pois bem. Não assiste, novamente, razão à reclamada.

Cristalino o fato de que a atuação do órgão ministerial tem como finalidade precípua a tutela da vida e da saúde dos cortadores de cana que laboram para a reclamada. Sendo assim, a pretensão ministerial tem fundamento constitucional direto e irretorquível. Portanto, seria antijurídico negar interesse processual ao órgão ministerial porque existentes cláusulas negociadas que versam sobre o esquema de pagamento ora esgrimado.

Ademais, não pode o negociado prevalecer sobre normas constitucionais que visam proteger a vida e a saúde dos trabalhadores.

Nesse sentido, transcrevo, mais uma vez, a correta argumentação apresentada pelo magistrado de 1ª Instância, *in verbis*:

“Da mesma forma, não há que se falar em carência de interesse processual por versar o pedido sobre “condição objeto de negociação sindical”, pois o disposto no art. 7º, inciso XXVI, da Carta Magna” reconhece o direito à celebração das normas coletivas como um “direito social do trabalhador”, de modo que estas normas podem ampliar os direitos trabalhistas, mas não reduzi-los ou erradicá-los, sendo que, nos termos do art. 620 da CLT, havendo conflito, prevalecem somente as condições que forem mais benéficas aos empregados. Além disso, a mesma Constituição que reconhece o direito à negociação coletiva também prevê, de forma expressa e antecedente, que todo o ordenamento jurídico deverá ser interpretado à luz do princípio da dignidade da pessoa humana, nos termos do art. 1º, III, da Carta Magna. Significa dizer: não se admite norma coletiva que coloque em risco a saúde e a vida dos trabalhadores. Também não havia necessidade alguma de o autor mencionar as normas coletivas ou de fazer qualquer pedido a esse respeito, uma vez que não se trata de ação anulatória de cláusula convencional ou de acordo coletivo, não sendo a pretensão dirigida a toda categoria nem, tampouco, à entidade sindical, mas sim à empregadora.”

Interessante, aqui, transcrever a argumentação apresentada pela reclamada a fim de justificar a imperatividade e prevalência daquilo que foi negociado, *in verbis*:

“25. Note-se que o estabelecimento de salário por produção, ao contrário do disposto na r. sentença, não tem o condão de erradicar ou reduzir qualquer direito trabalhista; ao reverso, se trata apenas e tão somente da aplicação de um direito regularmente previsto na CLT e que, obviamente, está em plena consonância com a Constituição vigente, pois visa a melhoria das condições sociais dos trabalhadores, como prescreve o art. 7º, *caput*, da CF.” (grifo nosso) (fl. 1.543 — verso)

Causa espécie a afirmação de que o pagamento por produção, para aqueles que devem sustentar suas famílias com a garantia de um salário mínimo, é medida que visa a melhoria das condições sociais dos trabalhadores. Contudo, porque aqui haverá apreciação do mérito, reservo-me a afirmar, somente, que nessa conclusão da reclamada há necessária inversão dos valores consagrados, com muito sangue e suor, pela Constituição Federal.

Por conseguinte, *afasto* a quarta preliminar de mérito apresentada pela reclamada.

Do litisconsórcio necessário

Como quinta preliminar de mérito, a reclamada afirma que os sindicatos profissionais rurais, a Federação da Agricultura do Estado de São Paulo e os sindicatos profissionais de Nova Europa, Ibitinga e Tabatinga deveriam ter figurado como litisconsortes necessários desde o início do processo.

Alega, portanto, que a pretensão de ver afastada cláusula de negociação coletiva que prevê o pagamento por produção deveria ser acompanhada da participação processual obrigatória daqueles que a entabularam. Assim, como a pretendida integração aos polos ativo e passivo não ocorreu, a reclamada pugna, mais uma vez, pela extinção do processo sem resolução do mérito.

Não há que se falar, *in casu*, em litisconsórcio necessário, de modo que não merecem guarida as razões de inconformismo apresentadas pela reclamada.

Trata-se, como bem delimitada pela r. sentença, de ação ajuizada pelo Ministério Público do Trabalho com o objetivo único de coibir a reclamada de estabelecer remuneração por produção aos seus empregados cortadores de cana.

Evidente, assim, que a decisão proferida, delimitada pelo pedido elaborado na inicial, volta-se somente contra a reclamada, motivo pelo qual seria desnecessário e processualmente impossível chamar ao processo os referidos litisconsortes, mormente na condição de necessários.

O art. 47 do CPC, cuja aplicação é bastante duvidosa no processo do trabalho (seja ele individual ou coletivo), assim dispõe:

“Art. 47. Há litisconsórcio necessário, quando, por disposição de lei ou pela natureza da relação jurídica, o juiz tiver de decidir a lide de modo uniforme para todas as partes; caso em que a eficácia da sentença dependerá da citação de todos os litisconsortes no processo.

Parágrafo único. O juiz ordenará ao autor que promova a citação de todos os litisconsortes necessários, dentro do prazo que assinar, sob pena de declarar extinto o processo.”

Não existe, nos autos, o contexto que justifica a aplicação do referido dispositivo legal. Isso porque, em primeiro lugar, não existem partes, mas tão somente uma parte no polo passivo, que é a reclamada. Em segundo lugar, não existe imposição legal ou natureza da relação jurídica que imponha a integração necessária dos referidos sindicatos aos polos da presente demanda.

É sempre bom lembrar que não é conveniente o livre acesso de litisconsortes e de assistentes na ação civil pública, pois a experiência demonstra que isso leva a situações de difícil solução, atrasando a entrega da tutela jurisdicional.

Não obstante, o cidadão não pode ingressar espontaneamente como litisconsorte em ações coletivas e nem obrigatoriamente pode ser chamado a atuar no feito, pois haveria o indesejado litisconsórcio *multitudinário*, com número excessivo de pessoas no polo passivo, o que certamente acarreta tumulto procedimental e processual, impedindo o regular desenvolvimento da função jurisdicional.

O TST já decidiu que nos casos de direitos difusos, transindividuais e de natureza indivisível, de que são titulares pessoas indeterminadas, não existe campo propício à aplicação de normas processuais eminentemente concebidas para a citação em demandas de natureza individual, sob pena mesmo de se inviabilizarem as ações coletivas. As regras desenvolvidas para a disciplina das lides individuais são insuficientes para atender às peculiaridades das lides coletivas⁽⁴⁾.

De fato, tomemos como exemplo as ações que combatem as contratações sem concurso público — ofensa ao disposto no art. 37, CF/88.

Na Justiça Comum, especificamente nas ações civis públicas para combater irregularidades nas contratações sem concurso público, é comum a determinação de citação de todos os empregados contratados irregularmente, bem como de todos os inscritos no certame público, já que estes eventualmente teriam interesse no feito. As demandas tramitam por anos e sem previsão de julgamento do mérito. Caso fosse adotado o posicionamento da Justiça do Trabalho⁽⁵⁾, os feitos seriam resolvidos de forma célere e menos onerosa aos cofres públicos⁽⁶⁾.

A obrigatoriedade de se incluir no polo passivo da ação coletiva todos os indivíduos que foram contratados sem concurso público poderia inviabilizar a entrega da tutela jurisdicional, atrapalhar o andamento do Poder Judiciário e causar o seu descrédito perante a sociedade⁽⁷⁾. Some-se a isso que a citação de todos os trabalhadores contratados irregularmente — ou dos milhares de inscritos ao certame público — causaria enorme

(4) ROAR n. 814964, 2001, DJ de 20.8.2004. Proc. n. TST-ROAR-814.964/2001.2. SBDI-2. Relator: Min. Renato de Lacerda Paiva. No caso, discutia-se a necessidade de citação de todos os empregados contratados sem concurso público. A citação de todos os trabalhadores inviabilizaria o prosseguimento da ação coletiva, perpetuando a irregularidade combatida pelo MP.

(5) “Ação civil pública. Litisconsórcio necessário. Não cabimento. Devido às peculiaridades dos interesses tutelados pela ação civil pública, nela descabe a aplicação pura e simples do princípio dos limites subjetivos da coisa julgada. Ao contrário do processo civil tradicional onde a coisa julgada limita-se às partes do processo, na ação civil pública a sentença, salvo se a ação for julgada improcedente por deficiência de prova, fará coisa julgada *erga omnes*, ou seja, tanto a ação julgada procedente como a improcedente adquirem autoridade de coisa julgada perante todos os membros da coletividade.” (TRT da 10ª Região, RO-983/2000. Relator: Juiz Mário Macedo Fernandes Caron.)

(6) Cf. Procedimento n. 000004.2005.15.008/3 (número antigo 02 2153-5) PRT15.

(7) SIMON Sandra Lia. Devido processo legal e a tutela dos interesses metaindividuais. *Revista do Ministério Público do Trabalho*. São Paulo: LTr, p. 36, 1998..

tumulto processual e inviabilizaria a ação coletiva. A medida é equivocada, haja vista que, quando se trata de interesses difusos e coletivos, os titulares são indeterminados e o objeto é indivisível.

Além disso, o fato de terceiros estranhos à relação processual virem a ser atingidos pelos efeitos da decisão proferida na ação coletiva não é o suficiente para a formação do litisconsórcio, pois essa é a característica marcante da tutela coletiva, ou seja, oponível contra todos, inclusive em face daqueles que não integraram a relação processual, conforme determinam a LACP e o CDC⁽⁸⁾.

Nos casos de interesses metaindividuais, o dogma processual dos limites objetivos da coisa julgada deve ceder à realidade diante da impossibilidade de tais interesses serem cindidos e, portanto, desdobrados em dois ou mais direitos subjetivos. Disso advém a necessidade de se ampliar os limites subjetivos da coisa julgada, que passam a atingir até mesmo quem não foi parte na relação jurídica material⁽⁹⁾.

Assim, nesse ponto, a Justiça do Trabalho ocupa uma significativa posição de vanguarda⁽¹⁰⁾.

Além dos argumentos já expendidos com relação ao litisconsórcio, acresça-se que, como será asseverado adiante sobre o princípio da vedação ao retrocesso social, é nessa condição que se rechaça a alegação da ré, pois, conforme asseverado pelo MPT (fl. 103 e fls. 1.563/1.564), há uma política institucional desse órgão para combater a remuneração por produção, que causa adoecimento, mutilação e mortes, não só no Estado de São Paulo, mas em todo o país.

Aliás, essa mesma política foi adotada quando do combate à terceirização no campo, às falsas cooperativas de mão de obra rurais, às falsas parcerias agrícolas no tomate, aos falsos estagiários, aos antigos “guardinhas”, para a observância da NR31, das normas de meio ambiente pela indústria cerâmica; em todas essas demandas sempre se ouvia a

(8) Cf. Acórdão do TJSP, 9ª Câmara, Agravo n. 3312-5-SP, Relator: Des. Sidnei Beneti, Julgado em: 10.4.1996. Ementa: Ação civil pública endereçada contra realizadores de loteamento irregular. Desnecessidade de citação dos ocupantes do loteamento e de adquirentes de lotes. “A citação numerosa e volátil, dada a mutação notória de pessoas interessadas em questões como a presente, apenas viria perenizar o litígio, levando, também, à perenização do loteamento apontado como irregular. Agravo provido para anular a determinação de citação dos ocupantes.”

(9) BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo*. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 95-96.

(10) Ação rescisória. Terceiro interessado em ação civil pública. Citação. “A ação civil pública visa à salvaguarda dos interesses que envolvam tutela de direitos difusos, onde temos uma pulverização dos interesses dos lesados, por isso que a Lei 7.347, de 1985, estabelece regime litisconsorcial meramente facultativo, não exigindo, sob pena de nulidade do processo — aliás, não expressamente cominada —, a citação do terceiro interessado, cujo interesse é sempre individual.” (TRT, AR 00256/2000, Relator: Juiz Bertholdo Satyro, Acórdão publicado no DJ de 13/072001, No mesmo sentido, *vide* Processos ns. 0176440-13.1999.5.15.0010; TST-ROAR-005/2004-000-11-00.4 — SBDI 2; e ROAR — 5/2004-000-11-00.

mesma alegação empresarial da quebra do princípio de livre-concorrência, que sempre foi rechaçada pelo Judiciário porque a livre-concorrência deve ser analisada na plenitude da disposição contida no art. 170, CF/88, especialmente a valorização do trabalho humano e de que a livre-iniciativa tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os princípios da função social da propriedade, da defesa do meio ambiente, aí incluído o do trabalho, e a redução das desigualdades regionais e sociais.

Ademais, a livre-concorrência não se sobrepõe aos direitos fundamentais dos trabalhadores e à dignidade da pessoa humana. Diante desse caso concreto, o sopesamento necessário de princípios constitucionais faz com que a dignidade da pessoa humana e a valorização social do trabalho se sobreponham — não excluam, obviamente — à livre iniciativa.

Destarte, afasto a quinta preliminar de mérito aduzida pela reclamada, de modo que não se deve falar, aqui, em litisconsórcio necessário.

Da carência de interesse processual — Existência de TAC

Por derradeiro, a reclamada insiste em defender suposta ausência de interesse processual por parte do Ministério Público do Trabalho. Desta vez, por outro lado, argumenta que existe termo de compromisso de ajustamento de conduta tomado pelo órgão ministerial e em cumprimento pela reclamada.

Também nesse ponto não assiste razão à reclamada.

Volto a repetir, da ata de audiência realizada na sede da PTM Araraquara, fl. 720, constou expressamente, item 3, que a ação prosseguiria com relação ao pedido referido no item 8, letra “e”, para julgamento de mérito, não sendo abrangido por conciliação ou desistência. Portanto, beira a ma-fé a alegação da ré.

Assim, esse ponto comporta refutação bastante simples e direta, qual seja: a reclamada não aquiesceu com a cláusula do mencionado TAC no que toca à proibição de pagamento por produção. Ora, evidente, então, que o objeto da Ação Civil Pública ajuizada e julgada procedente em 1ª Instância é remanescente, ou seja, não foi contemplado no acordo assinado pela reclamada perante o Ministério Público do Trabalho.

Ainda que assim não fosse, o MPT ou outro legitimado poderia, a qualquer tempo, convencendo-se da ilegalidade do pagamento por produção, poderia propor a ação civil pública.

Sendo assim, **afasto** a sexta e última preliminar arguida pela reclamada, deixando bastante claro que o objeto da Ação Civil Pública julgada procedente pelo magistrado *a quo* não foi contemplado pelo TAC assinado perante o Ministério Público do Trabalho.

Por todo o exposto, **decido afastar** todas as preliminares de mérito suscitadas pela reclamada, haja vista os argumentos apresentados nos itens acima detalhados.

Mérito

Alegação da legalidade do salário por produção

“No que diz respeito aos bens naturais e exteriores, primeiro que tudo é um dever da autoridade pública subtrair o pobre operário à desumanidade de ávidos especuladores, que abusam, sem nenhuma descrição, tanto das pessoas como das coisas. Não é justo nem humano exigir do homem tanto trabalho a ponto de fazer pelo excesso da fadiga embrutecer o espírito e enfraquecer o corpo.” (Item 25 da Carta Encíclica *Rerum Novarum*)

Do contexto fático no qual se insere o cortador de cana

A reclamada aduz, como razão principal de seu inconformismo, que o pagamento de salário por produção, garantido o mínimo, é condizente com a legislação vigente. Especificamente, salienta que a r. sentença contraria o disposto nos arts. 78 e 457, § 1º da CLT, além do teor da OJ n. 235 da SDI — I e Súmula n. 340, ambos do C. TST.

Inicialmente, consigne-se a complexidade dos cálculos para a aferição da remuneração do trabalhador, conforme relatado na petição inicial, f. 58/62, especialmente f. 61, já seria suficiente para uma reprimenda por parte do Poder Judiciário. Esclareça-se que não houve impugnação na contestação, f. 681 e seguintes, portanto, trata-se de fato incontroverso.

Percebe-se que o empregado faz o seu trabalho, corta a cana, após isso, todo o cálculo da remuneração fica a cargo da ré, apesar de estarmos em pleno século XXI, na sociedade da informação, da internet, da comunicação instantânea, ainda assim, o sistema e os meios de realização dos cálculos remontam ao século XVIII.

O trabalhador não tem a menor condição de efetivamente aferir quantas toneladas de cana foram cortadas, pois o cálculo é feito por uma média da cana cortada, porém, conjuga-se metros cortados x toneladas. Transparência, definitivamente, não há.

O sistema é digno de uma tese de doutorado em matemática, todavia, para os cortadores, representa miséria, adoecimento e morte. Os números apresentados à fl. 75 bem o demonstram.

Assim, não assiste razão à reclamada, de modo que adoto as razões de decidir apresentadas pelo magistrado de 1ª Instância e acrescento os argumentos a seguir desenvolvidos.

“Por que morrem os cortadores de cana?”

Difícil de acreditar que essa pergunta tenha cabimento quase dois séculos e meio depois da 1ª Revolução Industrial, quase cento e cinquenta anos após a abolição da escravatura no Brasil, vinte e cinco anos após a promulgação da Constituição Federal de 1988, entre tantos outros parâmetros temporais que poderiam ser citados.

Contudo, ela não apenas tem cabimento como apresenta resposta certa: morrem porque não suportam o esquema adotado pelas empresas para, entre outros pontos, remunerar seu trabalho. Trata-se de trabalhadores forçados e conduzidos à exaustão.

Aviltados em sua dignidade desde a contratação, pois trabalham numa das profissões mais penosas do mundo contemporâneo com garantia, apenas, do salário mínimo, são forçados a chegar a completa exaustão para que consigam, no final do mês, obter uma remuneração que varia entre 600 (seiscentos) e 900 (novecentos) reais.

É muito provável que alguns empresários gastem esse valor a cada jantar, a cada almoço, a cada camisa comprada, a cada viagem de helicóptero (só com o combustível, obviamente) etc. Ora, esse é o valor aproximado que os componentes da classe média alta gastam para comprar um terno de qualidade moderada. Esse é o valor, por exemplo, correspondente à metade daquele cobrado pelo próximo console de *videogame* que compram para os seus filhos no natal. Esse é o valor, ainda, que gastam na revisão mecânica de seus carros. Esse é o valor da compra que fazem no supermercado e que, certamente, suprirá as necessidades de suas famílias por 3 ou 4 dias. Esse é o valor da mensalidade escolar de seus filhos. Esse é o valor da prestação que se paga, a curto e médio prazo, pela vida de um ser humano.

Trata-se de um valor que muitos gastam com compromissos rotineiros. Compromissos que, sem sombra de dúvidas, estão muito distantes da realidade dos cortadores de cana. A verdade é que essa média salarial mensal é conquistada com um esforço muito além daquele que podemos imaginar, mesmo que tenhamos a sensibilidade de nos colocar em seus lugares — o que é raro.

Fala-se, hoje em dia, na crescente porcentagem de afastamento dos membros da magistratura e do Ministério Público por questões relacionadas à depressão ou estresse decorrente da grande quantidade de trabalho. Imagina, então, qual a situação daquele trabalhador que se insere no seguinte contexto:

“A partir da década de 90 houve um grande aumento da produtividade do trabalho. Os trabalhadores para manterem seus empregos na cana necessitam hoje cortar no mínimo 10 toneladas de cana por dia, para se manterem empregados; a média cortada expandiu-se para 12 toneladas de cana por dia. Portanto, a produtividade média cresceu em 100%, saiu de 6 toneladas/homem/dia, na década de 80, e chegou a 12 toneladas de cana por dia, na presente década. O fato dos trabalhadores hoje terem uma produtividade de duas vezes superior a da década de 80 se deve a um conjunto de fatores:

- O aumento da quantidade de trabalhadores disponíveis para o corte de cana e esta maior disponibilidade se devem a três fatores:
 1. aumento da mecanização do corte de cana;
 2. o aumento do desemprego geral da economia, provocada por duas décadas de baixo crescimento econômico; e

3. expansão da fronteira agrícola para as regiões do cerrado, atingindo o sul do Piauí e a região da pré-amazônia maranhense, destruindo as formas de reprodução da pequena propriedade agrícola familiar, predominante nestes estados.
- Possibilidade de seleção mais apurada pelos departamentos de recursos humanos das usinas. Esta seleção mais apurada de trabalhadores leva a: seleção de trabalhadores mais jovens, redução da contratação de mulheres e a possibilidade de contratação de trabalhadores oriundos de regiões mais distantes de São Paulo (Norte de Minas, Sul da Bahia, Maranhão e Piauí).
 - A seleção mais apurada permite que as usinas implementem a contratação por período de experiência, onde os trabalhadores que não conseguem atingir a nova média de produção, 10 toneladas de cana por dia, são demitidos antes de completarem três meses de contrato.
 - **Um trabalhador que corta hoje 12 toneladas de cana em média por dia de trabalho realiza as seguintes atividades no dia:**
 - **Caminha 8.800 metros;**
 - **Despende 366.300 golpes de podão;**
 - **Carrega 12 toneladas de cana em montes de 15 k em média cada um, portanto, ele faz 800 trajetos levando 15 K nos braços por uma distância de 1,5 a 3 metros;**
 - **Faz aproximadamente 36.630 flexões de perna para golpear a cana;**
 - **Perde, em média 8 litros de água por dia, por realizar toda esta atividade sob sol forte do interior de São Paulo, sob os efeitos da poeira, da fuligem expelida pela cana queimada, trajando uma indumentária que o protege, da cana, mas aumenta a temperatura corporal.**

Com todo este detalhamento pormenorizado da atividade do corte de cana, fica fácil entendermos porque morrem os trabalhadores rurais cortadores de cana em São Paulo. A solução para este problema, ao meu ver, não se dará através mudanças que não vão ao cerne da questão. **O que vai ao centro da questão, que são as mortes dos trabalhadores cortadores de cana pelo excesso de trabalho é o pagamento por produção.** Enquanto o setor sucroalcooleiro permanecer com esta dicotomia interna: de um lado, utiliza o que há de mais moderno em termos tecnológicos e organizacionais; uma tecnologia típica do século XXI (tratores e máquinas agrícolas de última geração, agricultura de precisão, controlada por geoprocessamento via satélite etc.); mas manterem, de outro lado, relações de trabalho, já combatidas e banidas do mundo desde o século XVIII, trabalhadores continuarão morrendo.

Isto porque os 10 que morreram nas duas últimas décadas são uma amostra insignificante do total que deve morrer todas as safras clandestinamente. Ao longo dos últimos 20 anos que me dedico à análise das condições de vida e trabalho dos trabalhadores rurais, colhi vários depoimentos de trabalhadores que relatavam mortes como as agora tornadas públicas através do excelente trabalho da Pastoral do Migrante de Guariba.”⁽¹¹⁾ (grifo nosso)

Não existe atleta profissional que tenha um desgaste físico e mental diário tal como o apresentado nas linhas transcritas acima. Não se deve olvidar, por oportuno, que a alimentação desses trabalhadores não se compara a de um atleta profissional.

Conforme demonstrar-se-á adiante, o esforço físico diário dos cortadores de cana equivale ao desgaste de um corredor que disputa uma maratona, contudo, enquanto este é um atleta de alto nível, com roupa e alimentação adequada, o trabalhador não tem a alimentação adequada e deve usar os EPIs que aumentam em muito o esforço realizado.

A ciência já comprovou que o excesso de trabalho leva à fadiga do trabalhador.

Não é por outra razão que a legislação obreira vem sendo aperfeiçoada ao longo de sua história, sempre no sentido de reduzir a jornada de trabalho, garantir um tempo mínimo de descanso intra e entre jornadas e na semana, além do direito de férias. Todo esse aparato legislativo tem por escopo possibilitar ao obreiro a recuperação do desgaste sofrido no trabalho, preservando sua saúde⁽¹²⁾, segurança e capacidade produtiva. Quando isso não é respeitado, surgem os problemas, dentre eles, o principal é a fadiga.

Fadiga, para Itiro Iida⁽¹³⁾: “é o efeito de um trabalho continuado, que provoca uma redução reversível da capacidade do organismo e uma **degradação qualitativa desse trabalho**” (negrejam).

O autor explica que, dentre os vários fatores — todos de efeitos cumulativos — causadores da fadiga encontram-se, em primeiro lugar, os fisiológicos, relacionados com a intensidade e duração do trabalho físico e intelectual.

Prossegue o escritor:

“uma pessoa fatigada tende a aceitar menores padrões de precisão e segurança. Ela começa a fazer uma simplificação de sua tarefa, eliminando tudo o que não for essencial. Os índices de erro começam a crescer. Um motorista fatigado, por exemplo,

(11) Trecho retirado do artigo intitulado “Por que morrem os cortadores de cana?”, da autoria de Francisco Alves, Professor Adjunto da Universidade Federal de São Carlos. Disponível do sítio da Pastoral do Migrante de Guariba.

(12) A Organização Mundial de Saúde define saúde como sendo um estado de completo bem-estar físico, mental e social e não apenas a ausência da doença ou da enfermidade.

(13) *Ergonomia, Projeto e Produção*. Ed. Edgard Blücher Ltda., 1990. p. 284.

olha menos para os instrumentos de controle e reduz a frequência das mudanças de marcha. Observa-se que os pilotos de avião fatigados apresentam uma tendência irresistível de relaxar quando se aproximam do aeroporto, e isso produz um repentino aumento de erros, que *podem resultar em acidentes*. Mesmo que a pessoa pense que esteja fazendo o melhor possível, o seu padrão de desempenho vai piorando.”⁽¹⁴⁾

Estudando os efeitos da duração de trabalho sobre o organismo humano, Ingborg Sell leciona que: “*é necessário um equilíbrio entre fadiga acumulada e repouso, num ciclo de 24 horas, para garantir a saúde e a capacidade de rendimento da pessoa. Se não houver a recuperação, o repouso na medida certa, ocorrerá um acúmulo de fadiga e esta pode tornar-se crônica.*”

Em seguida, a autora lista os seguintes sintomas advindos da fadiga:

“sensação subjetiva de cansaço, sonolência, falta de vontade para trabalhar; perturbações no raciocínio, dificuldades; redução do nível de atenção; redução da velocidade de captação de estímulos; diminuição da capacidade física e motora.”⁽¹⁵⁾

E conclui:

“Com a fadiga aumenta a tendência a atos inseguros, erros; aumenta o tempo de reação de uma pessoa, o que *aumenta o risco de acidentes*.”⁽¹⁶⁾ (*grifamos*)

Itiro Iida acrescenta que: “*a fadiga fisiológica, desde que não ultrapasse certos limites, é reversível e o corpo se recupera com pausas concedidas durante o trabalho ou com o repouso diário.*” E acrescenta:

“*Entretanto, existe um outro tipo de fadiga, chamada de crônica que não é aliviada por pausas ou sonos e tem efeito cumulativo. (...) Com o tempo, pode causar doenças como úlceras, doenças mentais e cardíacas. Nessa situação, o descanso já não é suficiente para se recuperar, devendo se recorrer ao tratamento médico.*” (op. cit., p. 285)

Destarte, é inegável que não se pode admitir uma forma de remuneração que possibilita o trabalho até a exaustão, até a fadiga, que causa acidentes, adoecimentos e mortes.

O que se pretende demonstrar, com efeito, é que não estamos diante de possibilidades ou eventualidades. Não se trata de eventos incertos. Muito pelo contrário. A nefasta condição de exposição da saúde dos cortadores de cana é triste realidade cientificamente comprovada! Não há presunção, indução ou dedução de raciocínio: há constatação objetiva.

(14) Iida, Itiro, *op. cit.*, p. 284.

(15) *Medicina Básica do Trabalho*, Vol. II, Coord. Sebastião Ivone Vieira, Genesis, 1994, 1. ed., p. 283.

(16) Sell, Ingborg, *op. cit.*, p. 284.

Nesse contexto, exsurge relevante e imprescindível o cruzamento técnico e matemático de dados realizado pela Administração Pública Federal para constatar o nexó técnico epidemiológico (NTEP) que incide nas atividades realizadas pelos cortadores de cana.

Imperioso salientar, e isso demonstra que a gravidade do caso faz com que empregadores e empregados se unam pela mesma causa, que o próprio portal eletrônico do SESI (Serviço Social da Indústria), por iniciativa da Confederação Nacional da Indústria (CNI), disponibiliza ferramenta de busca correlacionada a cada setor de atividade econômica que tem por objetivo apresentar os estudos relativos à situação dos trabalhadores envolvidos.

No caso dos cortadores de cana, mencionado portal apresenta cinco estudos científicos cujo único escopo é demonstrar a penosidade da atividade relacionado ao corte de cana⁽¹⁷⁾.

Apenas para ilustrar, o artigo intitulado “Desgaste fisiológica dos cortadores de cana de açúcar e a contribuição da ergonomia na saúde do trabalhador”, da autoria de Erivelton Fontana de Laat e Rodolfo Andrade de Gouveia Vilela⁽¹⁸⁾, traz a seguinte informação:

“O sistema de pagamento por produção, associado à precarização dos alojamentos, meios de transporte, alimentação insuficiente e condições trabalho nocivas, sem pausas para descanso, podem agravar os riscos de acidentes e o desgaste prematuro destes trabalhadores. Desde o período de 2004-2005, o Ministério Público do Trabalho de Campinas vem suspeitando da relação das ocorrências de 13 mortes às condições de trabalho que teriam levado os trabalhadores à exaustão (BOLETIM INFORMATIVO DA PROCURADORIA REGIONAL DO TRABALHO DA 15ª REGIÃO, 2005).

Cabe ressaltar que a Norma Brasileira de Ergonomia (NR-17 da Portaria 3214/78 — Ministério do Trabalho e Emprego) não admite o pagamento por produção quando existem riscos à saúde dos trabalhadores, uma vez que este tipo de pagamento induz o trabalhador a ultrapassar os limites fisiológicos em busca de um rendimento financeiro extra.” (grifo nosso)

Em outro estudo, agora de autoria solitária, o prof. Erivelton Fontana de Laat⁽¹⁹⁾ afirma que o ciclo médio do corte de cana é de 5,677 segundos. Com efeito, nesse curtíssimo período de tempo, o trabalhador abraça, carrega, corta, joga, reposiciona e segura a cana cortada. Ora, partindo-se do pressuposto, em nenhum momento contrariado pela reclamada, de que qualquer ciclo de atividade menor que 30 segundos é extremamente

(17) Disponível em: <http://prosst1.sesi.org.br/portal/main.jsp?lumPageId=4028E4810FF37F2A010FF3B1FDAB07AD&lumI=publicacao.listPublicacoesCNAE&COD_CLASSIFICACAO_CNAE=281>.

(18) Disponível em: <<http://www.efdeportes.com/efd111/desgaste-fisiologico-dos-cortadores-de-cana-de-acucar.htm#traz>>.

(19) Disponível em: <http://www.cerest.piracicaba.sp.gov.br/site/images/maratona_perigosa_nos_canaviais_erivelton.pdf>.

repetitivo⁽²⁰⁾, não há dúvida de que a atividade realizada pelo cortador de cana é muito mais extenuante do que aquelas tratadas pela NR-36.

No mesmo sentido, para que não se levante qualquer suspeita sobre as referências utilizadas até o momento, são as conclusões de Sonia Cortina Hess no bojo do Parecer Técnico n. 01/2008⁽²¹⁾, cujo trecho a seguir transcrito resume bem a questão:

“Estudo conclusivo do Pesquisador Britânico, Dr. Phoolchund (1991) dá conta de que “os trabalhadores das plantações de cana-de-açúcar apresentam elevados níveis de acidentes ocupacionais e estão expostos à alta toxicidade dos pesticidas. Eles também podem apresentar um risco elevado de adoecerem por câncer de pulmão (mesotelioma), e isto pode estar relacionado à prática da queima da palha, na época da colheita da cana”. Estudos recentes têm referendado as suspeitas daquele pesquisador (ZAMPERLINI et al., 1997; GODOI et al., 2004).”

E continua:

Estudo conclusivo do Pesquisador Britânico, Dr. Phoolchund (1991) dá conta de que “os trabalhadores das plantações de cana-de-açúcar apresentam elevados níveis de acidentes ocupacionais e estão expostos à alta toxicidade dos pesticidas. Eles também podem apresentar um risco elevado de adoecerem por câncer de pulmão (mesotelioma), e isto pode estar relacionado à prática da queima da palha, na época da colheita da cana”. Estudos recentes têm referendado as suspeitas daquele pesquisador (ZAMPERLINI et al., 1997; GODOI et al., 2004).”

Ora, pois. As conclusões, embora óbvias e já expostas anteriormente, devem, sobretudo, ser exaltadas diante da circunstância de apresentarem credibilidade científica indubitável. São estudos internacionais publicados em periódicos de circulação mundial.

O contexto é exatamente o de seres humanos que vivem para trabalhar. Remunerados por produção, como é o caso retratado nos autos, jamais trabalharão para viver. A bem da verdade, pode-se afirmar que o sistema remuneratório por produção é o mais cruel, nefasto e luctífero existente. Seu efeito, principalmente no caso dos cortadores de cana, é absolutamente contrário ao pretendido. Nessa hipótese, o trabalhador não se submete à exaustão para ser dignamente recompensado. Submete-se à exaustão porque somente assim atingirá remuneração capaz de suprir suas necessidades animais.

Repita-se: capaz de suprir suas necessidades animais, não de ser humano amparado pela dignidade e pela valorização social de seu trabalho. Os cortadores de cana, como

(20) Disponível em: <http://www.portal.ufra.edu.br/attachments/1026_ERGONOMIA%20E%20SEGURAN%C3%87A%20DO%20TRABALHO.pdf>.

(21) Parecer Técnico n. 01/2008. Campo Grande. 6.5.2008. Disponível em: <<http://pesquisa.fundacentro.gov.br/linkpdf/40399.pdf>>. Acesso em 3.out.2013.

é público e notório, têm rotina diária muito parecida com a de um animal selvagem: trabalham (caçam) para poder comer, dormem (para recuperar as energias), acordam, trabalham (caçam) para poder comer etc. E esse quadro funesto apenas existe por conta da maneira como são remunerados.

Interessante notar, por oportuno, que a reclamada apresentou argumentação no sentido de que o pagamento por produção tem o efeito de evitar “corpo mole” por parte dos trabalhadores.

Causa espécie e indignação esse tipo de defesa. Ora, a CLT prevê expressamente a possibilidade de dispensa por justa causa em caso de desídia ou “corpo mole” (art. 482, alínea ‘e’). Ademais, mesmo se não houvesse essa previsão legal, coisificar um ser humano não é a melhor forma de incentivar sua produção e, sobre esse ponto, mentes prudentes devem concordar.

Sua atividade é tão penosa, desgastante e exaustiva que o C. TST, em diversas oportunidades, a reconheceu como sendo de risco. Como exemplo, pode-se citar as duas ementas seguintes:

“INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS. ACIDENTE DO TRABALHO DURANTE LABOR EM CORTE DE CANA-DE-AÇÚCAR. ATIVIDADE DE RISCO. TEORIA DA RESPONSABILIDADE OBJETIVA. **No caso dos autos, o Regional constatou que a reclamante exercia atividade de corte de cana-de-açúcar e consignou a existência do dano sofrido pela trabalhadora em razão de acidente no ambiente de trabalho — conquanto utilizasse luvas de proteção para as mãos, considerado inadequado pelo laudo pericial, posto que — apresentava deficiências na sua proteção —, que lhe ocasionou um corte no punho esquerdo, deixando sequelas, dentre elas, atrofia muscular acentuada do polegar esquerdo e outros problemas neurológicos e funcionais, bem como, por óbvio, o nexo causal com as atividades por ela desempenhadas, não havendo como afastar a responsabilidade da reclamada pelo evento danoso. O art. 927, parágrafo único, do Código Civil de 2002, c/c o parágrafo único do art. 8º da CLT, autoriza a aplicação, no âmbito do Direito do Trabalho, da teoria da responsabilidade objetiva do empregador, nos casos de acidente de trabalho, quando as atividades exercidas pelo empregado são de risco, conforme comprovadamente é o caso em análise. E, especificamente, no tocante ao risco da atividade desenvolvida no corte de cana-de-açúcar, esta Corte tem entendido que a responsabilidade do empregador, nesses casos, é objetiva. Recurso de revista não conhecido.(...) RR-2501-54.2007.5.09.0567, Data de Julgamento: 18.12.2012, Relator Ministro: José Roberto Freire Pimenta, 2ª Turma, Data de Publicação: DEJT 15.2.2013.)**

“INDENIZAÇÃO DECORRENTE DE ACIDENTE DE TRABALHO DURANTE LABOR EM CORTE DE CANA-DE-AÇÚCAR. ATIVIDADE DE RISCO. TEORIA DA RESPONSABILIDADE OBJETIVA. **No caso dos autos, incontroverso que o reclamante**

exercia atividade de corte de cana de açúcar, tendo sofrido acidente no ambiente de trabalho, não obstante utilizasse equipamento de proteção. O acidente de trabalho lhe ocasionou deformidade anatômica e funcional das extremidades do 2º e 3º dedos da mão esquerda, deixando sequelas irreversíveis, dentre elas, “uma atrofia musculoligamentar, principalmente no 3º dedo da mão esquerda, que pelo tempo e evolução e ao exame clínico se mostra irreversível”. Por óbvio, inarredável o nexos causal com as atividades por ele desempenhadas, não havendo como afastar a responsabilidade da reclamada pelo evento danoso. O art. 927, parágrafo único, do Código Civil de 2002, c/c o parágrafo único do art. 8º da CLT, autoriza a aplicação, no âmbito do Direito do Trabalho, da teoria da responsabilidade objetiva do empregador, nos casos de acidente de trabalho, quando as atividades exercidas pelo empregado são de risco, conforme comprovadamente é o caso em análise. E, especificamente, no tocante ao risco da atividade desenvolvida no corte de cana-de-açúcar, esta Corte tem entendido que a responsabilidade do empregador, nesses casos, é objetiva, prescindindo da comprovação de dolo ou culpa do empregador.” (Processo RR 28540-90.2006.5.15.0071, Data do julgamento: 13.3.2013, Relator: Ministro José Roberto Freire Pimenta, 2ª Turma, Data da publicação: DEJT 26.3.2013.)

Sobre as atividades exercidas pelos cortadores de cana, assim se manifestou o Ilustre Desembargador João Batista Martins Cesar, relator nos autos do processo n. 0223700-21.2008.5.15.0156, *in verbis*:

“Infelizmente, os cortadores de cana têm sido ‘coisificados’, de modo que, caso adoeçam ou morram, são tratados como simples ferramentas de trabalho e, por isso, podem ser prontamente substituídos por ‘modelos’ mais jovens e fortes, invariavelmente advindos de longínquas regiões do sertão brasileiro e, por conta disso, mais resistentes e facilmente explorados.

A esse respeito, interessa transcrever os seguintes dados sobre as condições de trabalho da categoria, citados por Francisco José Alves, professor do departamento de engenharia de produção da Universidade Federal de São Carlos (UFSCAR), Estado de São Paulo:

“A expectativa de vida de um trabalhador cortando 12 toneladas por dia é de 10 a 12 anos, menor que a expectativa de um trabalhador escravo do fim do século XIX, que era de 12 a 15 anos. *Mais do que dez safras cortando cana, o trabalhador está incapacitado para o trabalho: está com lordose e uma série de doenças decorrentes do trabalho. A única expectativa que ele tem é pedir aposentadoria.” (Pesquisador prega extinção do trabalho por produção, Repórter Brasil, 2007. Disponível em: <<http://www.reporterbrasil.org.br/exibe.php?id=1139>>.) (negrejou-se)*

Destarte, é incontestável, público e notório que as atividades nas lavouras de cana-de-açúcar são extremamente repetitivas, tornando-se estafante e degradante da saúde do obreiro.

Por derradeiro, sobre a atividade dos cortadores de cana, peço vênias para transcrever trecho do voto de relatoria do Excelentíssimo Desembargador deste E. TRT, Dr. Flávio Nunes Campos, nos autos do processo n. 0001473-23.2012.5.15.0110, *ipsis litteris*:

“Tenho ciência, como dito anteriormente e até pela minha atuação como Membro do Ministério Público e Magistrado desta E. Corte, que a função de cortador de cana é uma das mais desumanas existentes — se não a mais — onde o trabalhador é exposto a vários agentes de risco e assombrados, diariamente, pelos empregadores na busca de uma produtividade e lucratividade cada vez maior, ainda mais atualmente, onde o etanol virou figura de destaque no campo internacional. Nesse sentido, chama a atenção vários editoriais lançados na mídia, mas, especialmente, aquele da lavra de Luiz Paulo Juttel, intitulado **“Desgaste físico diário do cortador de cana é igual ao de maratonista”**, onde afirma: “Pesquisadores da Unimep divulgaram dados prévios de um estudo sobre o corte manual da cana no interior paulista. Pela primeira vez se conduziu um estudo empírico sobre a ergonomia no trabalho do cortador. **Em apenas 10 minutos esse trabalhador corta 400 Kg de cana, realiza 131 golpes de facão e flexiona o tronco 138 vezes.** A extenuante jornada não conta com repouso e tenta garantir a sobrevivência das famílias dos cortadores. **“A conclusão que chegamos é que a condição física de um cortador de cana se assemelha a de um maratonista.** Seus músculos são franzinos, mas sua resistência é elevada”, afirma Erivelton Fontana de Laat, coordenador da pesquisa. O estudo também aponta que muitos dos problemas de saúde que acometem esses trabalhadores são os mesmos a que estão sujeitos atletas de alto desempenho. Mas sob quais condições? O principal fator de risco no corte da cana, de acordo com dados do estudo piloto realizado em maio, é a sobrecarga na atividade cardiorrespiratória do trabalhador. Através do uso de uma metodologia que levou em consideração aspectos como a frequência cardíaca (em repouso, média e máxima), idade e produção diária em toneladas, Laat descobriu que **seis dos dez trabalhadores analisados ultrapassaram o limite cardiorrespiratório tolerável à saúde. Alguns chegaram a picos de mais de 180 batimentos cardíacos por minuto. “O que acontece nos canaviais é semelhante a um atleta que ultrapassa o seu limite de treino. Ao invés de correr cinco quilômetros, ele tenta percorrer a distância de uma maratona todos os dias”**, diz Laat. Os resultados foram apresentados a procuradores do Ministério Público e do Ministério do Trabalho no seminário “Condições de trabalho no plantio e corte de cana”, que ocorreu no final de abril, em Campinas. Temperatura e risco de lesões por repetição. Com o auxílio de um *software* francês, os pesquisadores analisaram a rotina de trabalho de um cortador que ao fim do dia havia cortado 11,54 toneladas de cana. Quando se amplia **os dados obtidos em 10 minutos para um dia inteiro de trabalho chega-se a 3792 golpes de facão e 3994 flexões de coluna, o que representa um sério risco à coluna e articulações, segundo informa Laat (JPG). Cortador amola o facão utilizado 3792 vezes por dia.** Fonte: Grupo Móvel 15a PRT. O estudo da Unimep também tratou sobre o ciclo de atividades repetitivas do cortador. Em média ele precisa de 5,6 segundos para abraçar um feixe com cinco a dez varas de cana, puxar ou balançar, flexionar a coluna, cortar o feixe rente ao solo, jogar a cana em montes e progredir. “Estudos ergonômicos mostram que qualquer

atividade laboral com ciclo de repetição inferior a 30 segundos possui grande risco de surgimento lesões”, afirma o pesquisador. O sol é outro fator preocupante. Na medição feita em maio — que é um mês de temperatura agradável — o termômetro marcou a temperatura máxima de 27,40 graus *Celsius* no canavial. A média ficou em 26 graus. De acordo com a Norma Regulamentadora (NR) 15 do Ministério do Trabalho e Emprego, toda atividade laboral pesada realizada em lugares com temperatura ambiente entre 26 e 28 graus *Celsius* precisam de pausas de 30 minutos para cada 30 minutos de trabalho. Essa NR não é cumprida nos canaviais paulistas. Laat comenta que, em sua pesquisa de campo, percebeu que a empresa contratante até indicava alguns momentos de pausa no trabalho através do som da buzina de um ônibus. No entanto, como não havia fiscalização sobre o cumprimento desta pausa, praticamente nenhum cortador largava seu facão para descansar, já que a pausa pode significar perda de produção e, portanto, de dinheiro. Para a maioria dos procuradores presentes ao seminário de Campinas esse é o motivo dos trabalhadores suportarem tão duras condições de trabalho. O piso salarial da categoria é de aproximadamente 500 reais. Entretanto, como o pagamento varia de acordo com a produção individual, um bom cortador — um campeão como é chamado na lavoura — pode chegar a rendimentos mensais de 1200 a 1500 reais. Para a grande maioria da massa trabalhadora do setor, formada principalmente por migrantes do Nordeste e Norte, tal valor é muito mais do que ganhariam em suas regiões natais. A extenuante jornada de trabalho é tolerada por homens que querem, a todo custo, garantir a sobrevivência de suas famílias. “Tem a questão emblemática também. Por exemplo, um cortador migrante que compra uma moto ao fim da safra de cana é visto como herói pelos mais jovens da sua região”, completa Laat. Morte no trabalho. Entretanto, a luta frenética pela subsistência faz com que os cortadores não levem em consideração fatos como a morte de companheiros. Segundo a Pastoral do Migrante de Guariba, 20 trabalhadores rurais do setor sucroalcooleiro morreram de 2004 até agora. Os poucos que possuem o motivo da morte registrado no atestado de óbito apontam, principalmente, morte por parada cardiorrespiratória. Vários estudiosos e sindicalistas do setor dizem não haver dúvidas que essas mortes sofrem forte influência da rotina de trabalho mensurada agora pela equipe da Unimep. O resultado final deste trabalho final será apresentado em 2009 e abordará outras questões como a poeira da queima da cana inalada pelos cortadores, a massa corpórea ganha ou perdida no decorrer da safra e a comida ingerida por esses trabalhadores. Os pesquisadores querem traçar um paralelo entre os dados quantitativos coletados e a qualidade de vida dos trabalhadores. Atualmente, um cortador de cana consegue trabalhar, em média, até os 35 anos, afirma Laat. Um dos objetivos dessa pesquisa, de acordo com os seus idealizadores, é fornecer ao judiciário material científico crível que contribua com o julgamento de ações trabalhistas ou civis públicas referentes ao tema. Dessa maneira, eles acreditam que se pode caminhar na direção de um futuro laboral mais humano para aqueles que ajudam a garantir a energia do país” (Com Ciência Notícias] 3/6/2008 — <<http://www.comciencia.br/>

comciencia/handler.php?section=3icia=459>) (negritamos). Daí chegarmos à mesma conclusão do advogado português José Augusto Ferreira da Silva, que salienta que “quando Bill Clinton proferiu a frase muito celebrada pelos cultores do neoliberalismo: “Qualquer trabalho é melhor do que nenhum” estava longe do ideário das nossas Constituições democráticas e progressivas” (in TRABALHO DIGNO — Um direito fundamental dos povos livres Disponível em:<<http://sisnet.aduaneiras.com.br/lex/doutrinas/arquivos/241006m.pdf>>).”

Da Certeza Científica Acerca dos Riscos à Vida e à Saúde do Cortador de Cana e do Princípio da Vedação ao Retrocesso Social

Pois bem. A intenção, até esse ponto da argumentação, foi a de demonstrar o triste contexto fático no qual o cortador de cana está inserido.

Nem se argumente que o trabalho degradante dos cortadores de cana seja apenas conjectura, não é. Do simples confronto do CNAE da empresa (0113 — cultivo de cana-de-açúcar) com Decreto n. 6.042/2007, constata-se que esses trabalhadores estão sujeitos às seguintes moléstias:

- * F10 — F19 — transtornos mentais e comportamentos devidos ao uso de substâncias psicoativas
- * F20 — F29 — esquizofrenia, transtornos esquizotípicos e transtornos delirantes
- * G40 — G47 — transtornos episódicos e paroxísticos
- * H53 — H54 — transtornos visuais e cegueira
- * I10 — I15 — doenças hipertensivas
- * I30 — I52 — outras formas de doença do coração
- * J40 — J47 — doenças crônicas das vias aéreas inferiores
- * K20 — K31 — doenças do esôfago, do estômago e do duodeno
- * K35 — K38 — doenças do apêndice
- * K40 — K46 — hérnias
- * M00 — M25 — artropatias
- * M40 — M54 — dorsopatias
- * S00 — S09 — traumatismos da cabeça
- * S20 — S29 — traumatismos do tórax

- * S30 — S39 — traumatismos do abdome, do dorso, da coluna lombar e da pelve
- * S40 — S49 — traumatismos do ombro e do braço
- * S60 — S69 — traumatismos do punho e da mão
- * T90 — T98 — sequelas de traumatismos, de intoxicações e de outras consequências

Assim, não é conjectura, mas fato reconhecido pelo ordenamento jurídico.

A partir desse momento, a argumentação desenvolvida será eminentemente jurídica, tal como pretende a reclamada.

No artigo 1º — incisos III e IV — da Constituição Federal brasileira de 1988 estão consagrados como fundamentos da República a dignidade da pessoa humana, bem como os valores sociais do trabalho e da livre-iniciativa. Nos incisos I, III e IV do artigo 3º estão colocados entre os objetivos fundamentais da República Brasileira uma sociedade livre, justa e solidária, sem pobreza, marginalização e desigualdades, assim como a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. O artigo 4º preceitua que o Brasil deverá nortear as suas relações internacionais com base no princípio da prevalência dos direitos humanos (inciso II).

Dessa forma, o constituinte deixou claro que esses valores configuram a base do Estado Democrático de Direito e devem servir de referência para qualquer interpretação do texto constitucional.

A ampla previsão dos direitos laborais — art. 7º e seguintes — representa a consagração de lutas históricas dos trabalhadores, galgando o Brasil ao patamar dos Estados ditos de “Primeiro Mundo”⁽²²⁾.

Ainda em relação à Norma em comento, seu art. 170 ressalta que: “A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre-iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observada a função social da propriedade (III).”

Por seu turno, o art. 193 prevê que a ordem social terá como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais.

Dessa forma, embora o mesmo texto constitucional garanta o valor da livre-iniciativa, ela está adstrita à valorização do trabalho humano e à função social da propriedade,

(22) É com um grande atraso que os direitos dos trabalhadores foram positivados no texto constitucional brasileiro, já que a Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), prevê em seu artigo XXIII — 1 que “toda pessoa tem direito ao trabalho, à livre escolha de emprego, a condições justas e favoráveis de trabalho e à proteção contra o desemprego”.

conforme se apreende de seu art. 5º (XXIII) e dos arts. 170, 173, 184, 186⁽²³⁾, sempre visando o bem-estar e a justiça sociais.

Mencione-se que a saúde é um direito fundamental de todos os cidadãos (art. 6º, CR/88), por isso é uma obrigação primária do Estado. A saúde é básica, porque é, no fundo, tudo, condição primeira para a existência de qualquer outro direito. Daí o fato de a Constituição Brasileira estabelecer que **SAÚDE É DIREITO DE TODOS E DEVER DO ESTADO**.

Nesse sentido, vejam-se as disposições constantes dos arts. 196 e 197, CR/88, *in verbis*:

“Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.”

“Art. 197. São de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado.”

Assim, a saúde é direito de todos, garantido por meio de políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença.

Pois bem. Beatriz Montanhana afirma que:

“a partir da inserção dos direitos sociais no bojo do texto constitucional, sob o título ‘Dos Direitos e Garantias Fundamentais’, passam esses direitos a merecer do Estado total garantia de sua eficácia, na mesma intensidade que estão garantidos os direitos civis e políticos.”⁽²⁴⁾

Portanto, no confronto entre a livre-iniciativa e os direitos fundamentais dos trabalhadores, deve o Estado tomar partido e garantir estes últimos, pois os mesmos propiciam o equilíbrio social indispensável para a existência do Estado Democrático de Direito.

(23) Art. 186. A função social é cumprida quando a propriedade rural atende, simultaneamente, segundo critérios e graus de exigência estabelecidos em lei, aos seguintes requisitos:

II — utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente;

III — observância das disposições que regulam as relações de trabalho;

IV — exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores.

(24) MONTANHANA, Beatriz. A constitucionalização dos direitos sociais e a afirmação da dignidade do trabalhador. In: FREITAS JÚNIOR, Antônio Rodrigues (Coord.). *Direito do trabalho — direitos humanos*. São Paulo: BH, 2006. p. 92.

A implementação e a manutenção dos direitos fundamentais dos trabalhadores não podem ser obstadas pelo exercício irresponsável do poder econômico. É fato que a globalização não tem limitações territoriais, ultrapassando fronteiras e provocando feridas sociais por todo o globo terrestre. Além disso, os Estados são manipulados ao sabor dos capitais especulativos, o que precariza direitos em nome da competitividade global e vai ao encontro de um círculo vicioso que só poderá ser rompido com o esforço de todos os atores sociais.

É preciso ter em mente que todos devem envidar esforços para a implementação dos direitos fundamentais dos trabalhadores, de modo a que estes tenham condições de vida dignas. Este deve ser o fundamento de todas as ações humanas, inclusive para a aplicação e hermenêutica das normas constitucionais.

Não se pode duvidar do magistério de Mieczyslaw Manole quando o autor explica que as normas, em sua totalidade, devem ser interpretadas de modo a que “os direitos humanos e democráticos não sejam violados, mas, pelo contrário, preservados e expandidos. A velha máxima romana *in dubio pro reo* deveria ser modificada: *in dubio pro iuribus hominis* (em caso de dúvida, decida em favor dos direitos humanos)”⁽²⁵⁾

E assim deve ser porque é a partir do trabalho que o homem consegue interagir socialmente, bem como manter a si próprio e sua família. É através do processo laboral que a maioria esmagadora dos cidadãos alcança uma vida digna e exerce plenamente a cidadania. Portanto, não só o trabalho deve ser garantido, mas também sua realização em condições dignas. É isso que manterá a estrutura social e a paz, bem maior de toda a humanidade⁽²⁶⁾.

Não foi por outra razão a preocupação do constituinte com a dignidade do trabalhador, garantindo-se a construção de uma sociedade livre, justa e solidária; o desenvolvimento nacional; e a erradicação da pobreza e da marginalização, reduzindo-se as desigualdades sociais e regionais, provendo-se o bem de todos sem qualquer distinção, conforme se apreende no art. 3º da Constituição Federal de 1988.

É revelador o constante no art. 193 da Norma ora em comento, quando apregoa que a ordem social tem como base o primado do trabalho e como objetivo o bem-estar e a justiça social.

(25) *Apud* MONTANHANA, Beatriz. A constitucionalização dos direitos sociais e a afirmação da dignidade do trabalhador. In: FREITAS JÚNIOR, Antônio Rodrigues (Coord.), *op. cit.*, p. 102.

(26) COMPARATO, Fábio Konder, *op. cit.*, p. 50. Para este autor, “a cada grande surto de violência, os homens recuam, horrorizados, à vista da ignomínia que afinal se abre claramente diante de seus olhos; e o remorso pelas torturas, as mutilações em massa, os massacres coletivos e as explorações aviltantes faz nascer nas consciências, agora purificadas, a exigência de novas regras de uma vida mais digna para todos”.

Some-se a isso que os direitos humanos estão alicerçados em toda a história da humanidade e em constante ascensão. Portanto, cabe a todos os atores sociais lutar por seu desenvolvimento e efetiva implementação.

Sobre o assunto, Hannah Arendt ensina com maestria que “o debate a respeito do que são os direitos humanos e como devem ser definidos é parte e parcela de nossa história, de nosso passado e de nosso presente”⁽²⁷⁾. Acrescente-se que esse debate definirá o futuro no que tange à construção de uma sociedade pluralista que ofereça um patamar civilizatório a todos — ou de uma sociedade excludente —, onde poucos terão acesso ao mínimo necessário para sobreviver com dignidade e à beira do caos social.

Na visão de Ignacy Sachs:

“Não se insistirá nunca o bastante sobre o fato de que a ascensão dos direitos é fruto de lutas, que os direitos são conquistados, às vezes com barricadas, em um processo histórico cheio de vicissitudes, por meio do qual as necessidades e as aspirações se articulam em reivindicações e em estandartes de luta antes de serem reconhecidos como direitos.”⁽²⁸⁾

Destaque-se, ainda, a necessidade de se passar às futuras gerações um mundo melhor, liberto do egoísmo e da apatia humana, já que tais déficits sociais conduziram a várias guerras e pode levar a novos conflitos armados, dos quais as baixas humanas podem ser exorbitantes no sentido demográfico⁽²⁹⁾.

Cabe a todo e qualquer agente social persistir na evolução da sociedade de forma a que uma maioria não seja lesada frente à ambição desenfreada de uma minoria privilegiada. A igualdade social não está restrita na paridade dos direitos e dos deveres de seus membros; ela vai além, pois implica na ajuda aos mais fracos, visando que estes também logrem melhoria em suas condições sociais.

É fato que o trabalho humano constitui a base de toda a sociedade, assim como é fato que sem ele haveria uma legião de famintos e a atual sociedade de consumo — ou consumista — não existiria. Assim, os direitos fundamentais devem chegar a todos os trabalhadores na condição de medida de direito e de justiça social.

O direito do trabalho contemporâneo foi conquistado à custa de lutas e mortes, conforme se apreende historicamente com a data comemorativa do “Dia do Trabalho”.

(27) *Apud* PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e o trabalho. In: FREITAS JÚNIOR, Antônio Rodrigues (Coord.), *op. cit.*, p. 289.

(28) *Idem, op. cit.*, 2011. p. 167.

(29) SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. *O direito do trabalho como instrumento de justiça social*. São Paulo: LTr, 2000. p. 382. Ainda sobre o tema, confira ROUSSEAU, Jean-Jacques. *O contrato social*. São Paulo: Escala Educacional, 2006. p. 9, obra na qual o autor entende que abandonar os homens à própria sorte é esquecer a razão de ser do Estado, bem como do contrato social, que dá título ao livro.

A sociedade deve ser suficientemente evoluída para que não sejam necessárias novas barricadas para se fazer valer os direitos fundamentais.

É preciso reafirmar que em todo o mundo já se difunde a consciência de uma sociedade pós-industrial harmônica, na qual a cultura, a indústria e as atividades terciárias operam conjuntamente, reduzindo o trabalho e preparando um novo sistema social baseado no tempo livre e no ócio criativo⁽³⁰⁾.

Assim, os seres humanos são responsáveis pela preparação desse novo sistema social que venha a valorizar o processo laboral e garantir ao trabalhador a retribuição justa, propiciando-se, dessa forma, a sobrevivência em condições justas e adequadas.

Apesar de estarmos diante de uma questão jurídica, ela é indissociável do questionamento sob o ponto de vista humano. Os cortadores não são máquinas, são pessoas, e esta dimensão não se pode perder de vista.

Lamentavelmente, a birola (câimbra seguida de tontura, dor de cabeça e vômitos — termo utilizado pelos cortadores) é frequente no campo, assim como é frequente a morte por excesso de trabalho. Atualmente, não se vê os chicotes e as correntes, contudo, quem tem os olhos da justiça social os veem. Continuam lá, embora invisíveis — mas sensíveis, pois essa nova escravidão leva à morte pelo esforço do trabalho estafante⁽³¹⁾.

Não há dúvidas de que se está diante de trabalho degradante. Sobre essa questão, Denise Lapolla de Paula Aguiar Andrade, Procuradora do Trabalho, assevera:

“como definir trabalho em condições degradantes? Degradante, adjetivo do verbo degradar, no dizer de Aurélio Buarque de Holanda, significa privar de dignidades ou encargos, estragar, deteriorar; rebaixar. Trabalho degradante é, pois, aquele que priva o trabalhador de dignidade, que o rebaixa e o prejudica, a ponto, inclusive, de estragar, deteriorar sua saúde. Observe-se que mais uma vez o princípio da dignidade serve como marco diferencial de situações fáticas. Um trabalho penoso que implique certo sacrifício, por exemplo, não será considerado degradante se os direitos trabalhistas de quem o prestar estiverem preservados e as condições adversas, devidamente mitigadas/compensadas com equipamentos de proteção/pagamento de adicionais devidos. Por outro lado, será degradante aquele que tiver péssimas condições de trabalho e remuneração incompatível, falta de garantias mínimas de saúde e segurança; limitação na alimentação e moradia. Enfim, aquele que explora a necessidade e a miséria do trabalhador. Aquele que o faz submeter-se a condições indignas. É o respeito à pessoa humana e à sua dignidade que, se não observados, caracterizam trabalho em condi-

(30) MASI, Domenico de. *O futuro do trabalho*. Rio de Janeiro: José Olympio, 2000. p. 289-290.

(31) Cf. Maria Aparecida Moraes Silva, pesquisadora da UNESP, para quem o excesso de trabalho pode caracterizar a escravidão. Eles estão morrendo de overdose de trabalho, *Jornal Brasil de Fato*, de 24 a 30 de junho de 2004.

ções degradantes. Daqui já se pode tecer uma comparação entre o trabalho forçado, conforme previsto na Convenção n. 29 da OIT e o trabalho degradante. O primeiro é aquele obrigatório e sujeito à pena, mas que até sua supressão total terá de respeitar a dignidade daquele de quem é exigido. O segundo pode ter causa justificadora e não ser forçado, mas sua ilegitimidade advém das condições de prestação em desrespeito à dignidade de quem o executa. Trabalho forçado é, pois, uma categoria ampla, que envolve diversas modalidades de trabalho involuntário, inclusive o escravo.” (A LEI N. 10.803/2003 E A NOVA DEFINIÇÃO DE TRABALHO ESCRAVO — DIFERENÇAS ENTRE TRABALHO ESCRAVO, FORÇADO E DEGRADANTE — Revista do Ministério Público do Trabalho n. 29, março/2005. São Paulo: LTr, 2005, p. 81/82.)

Luzidia, destarte, a violação ao disposto no inciso III, art. 5º, da Lei Maior, que, depois de afirmar que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, veda o tratamento desumano ou degradante.

Se o Direito é fato, valor e norma, certo é que a admissão da remuneração do cortador de cana pelo esquema da produção encontra óbice na Lei Maior, haja vista a violação dos arts. 1º, 3º, 4º, 5º, 6º, 7º, 170, 173, 184, 186 e 193, da Constituição Federal.

O pagamento por produção também implica desrespeito aos arts. 196 e 197, que impõem políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença. E doença e morte é o que se vê com essa forma de remuneração.

Não há dúvida de que as normas constitucionais aqui mencionadas têm como ponto em comum o *impedimento de retrocessos sociais*.

Realmente, diante do caráter indissolúvel dos direitos econômicos, sociais, culturais, civis e políticos, ganha relevo a cláusula de proibição do retrocesso social, decorrente da aplicação progressiva dos direitos humanos.

Os direitos fundamentais representam, na história da humanidade, um caminhar à frente, ou seja, uma construção social em permanente evolução e progressiva ampliação, vedando-se o retrocesso social.⁽³²⁾

Apesar de as atividades dos cortadores serem desempenhadas sob calor excessivo, (veja-se quadro de fl. 32 da inicial) o PCMSO da ré faz o reconhecimento da necessidade de conforto térmico, como medida de prevenção à fadiga, apenas em favor dos trabalhadores que realizam **atividades intelectuais** (fl. 4 da inicial), fato não contestado, portanto, incontroverso. Constata-se, assim, a ausência de cuidados mínimos com a saúde dos cortadores.

(32) Cf. ADI 1.946/DF; ADI 2.065-0/DF; ADI 3.104/DF; ADI 3.105-8/DF; ADI 3.128-7/DF; e o Mandado de Segurança n. 24.875-1/DF.

O princípio da proibição do retrocesso social — ou aplicação progressiva dos direitos sociais — consiste na proibição da redução desses direitos, garantindo-se ao cidadão o acúmulo do patrimônio jurídico adquirido no decorrer do processo histórico. Está alicerçado constitucionalmente no princípio da dignidade da pessoa humana — art. 1º; no princípio da segurança jurídica — art. 5º, inciso XXXVI — art. 7º, *caput* (além de outros que visem a melhoria de sua condição social) CF/88; e no princípio da máxima eficácia e efetividade das normas definidoras de direitos fundamentais — art. 5º, § 1º⁽³³⁾.

Dessa forma, os direitos sociais⁽³⁴⁾ já realizados estão constitucionalmente assegurados, passando a configurar uma garantia institucional e um direito subjetivo, sendo inconstitucionais quaisquer medidas legislativas que impliquem em sua anulação, revogação ou aniquilação⁽³⁵⁾.

Esse princípio — da proibição do retrocesso social — possui conteúdo positivo, ou seja, de dever do Poder Legislativo na manutenção e ampliação progressiva dos direitos fundamentais, assegurando-se, dessa forma, o avanço social. O conteúdo negativo diz respeito à proibição de elaboração de normas que não respeitem os direitos já conquistados; é a vedação do retrocesso social.⁽³⁶⁾

Pelo princípio da vedação ao retrocesso, o Estado não pode invocar norma interna para deixar de cumprir um pacto internacional, **devendo assumir uma posição pró-ativa na defesa dos direitos humanos**.

O princípio de vedação ou proibição do retrocesso social, da progressividade dos direitos humanos, está em consonância com os arts. 2º, 11, 16, 18, 21 e 22 do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais — PIDESC (NY), aprovado em 16.12.1966 — XXI Sessão da Assembleia Geral das Nações Unidas — Resolução n. 2.200-A —, integrado ao ordenamento jurídico brasileiro em 24 de abril de 1992 por meio do Decreto-lei n. 226, de 12 de dezembro de 1991 (aprovação), e do Decreto n. 591, de 6 de julho de 1992 (promulgação)⁽³⁷⁾. Os Estados assumiram a obrigação de tornar efetivos os direitos econômicos, sociais e culturais.

(33) SARLET, Ingo Wolfgang, *op. cit.*, p. 449.

(34) Direitos dos trabalhadores; direito à saúde; direito à educação; entre outros.

(35) CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 1998. p. 340. Assevera este autor que “o núcleo essencial dos direitos sociais já realizado e efetivado através de medidas legislativas deve considerar-se constitucionalmente garantido, sendo inconstitucionais quaisquer medidas estaduais que, sem a criação de outros esquemas alternativos ou compensatórios, se traduzam na prática numa ‘anulação’, ‘revogação’ ou ‘aniquilação’ pura e simples desse núcleo essencial. A liberdade do legislador tem como limite o núcleo essencial já realizado”.

(36) SARLET, Ingo Wolfgang, *op. cit.*, p. 205. Cf. também COMPARATO, Fábio Konder, *op. cit.*, p. 79.

(37) Cf. <http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/pacto_dir_economicos.htm>. Acesso em: 1.out.2013.

Igualmente converge com o Protocolo Adicional — Pacto de San Salvador — 17.11.1988 — Arts. 1º, 17 e 19, bem como com a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22.11.1969, art. 26.

Nesse sentido, oportuno observar o estudo realizado por Guilherme Bassi de Melo no que toca à natureza das disposições contidas no art. 1º da Constituição Federal. *In verbis*:

“Nesse passo, é possível conceber a democracia, que caracteriza o Estado de Direito brasileiro, como a possibilidade de participação popular, diretamente ou por representação, na tomada de rumos e definição de finalidades da nação. Essa participação, salienta-se, ocorre de modo que cada indivíduo será considerado de maneira igual, sem que um cidadão, por sua condição social ou econômica, seja privilegiado em detrimento de outro.

Evidente, no que toca à democracia, a existência da primeira cláusula de repúdio às barbáries ocorridas nos últimos dois séculos, em que o povo se submetia aos desígnios de uma diminuta parcela da população, haja vista a consideração diferenciada e detrimetosa de sua consideração como agrupamento social em que todos os indivíduos devem ser tratados de maneira igual.

(...)

A dignidade da pessoa humana, como quarta cláusula de repúdio, possui papel diferenciado na ordem jurídica brasileira, embora sua análise seja objeto de item específico, pode-se afirmar que seu conceito diz respeito à garantia de o indivíduo ser aquilo que é e aquilo que ele deve ser. Isso significa que o indivíduo, sendo aquilo que ele é, deve ser tratado e considerado como um ser humano único e singular, com peculiaridades que devem ser respeitadas e reconhecidas pelos seus semelhantes. Por outro lado, e de maneira integrativa, ser aquilo que ele deve ser diz respeito ao fato de que o indivíduo deve se autodeterminar da maneira que melhor lhe aprouver, desde que respeitada a dignidade de seus pares. É evidente que essa cláusula de repúdio dirige-se, indubitavelmente — e exemplificativamente —, ao confronto da situação de extermínio verificada contra os judeus e os homossexuais durante a Segunda Guerra Mundial. Por conta de orientações religiosas e sexuais diferenciadas, um número muito além daquele previsto em estatísticas oficiais da época foi eliminado, da forma mais repulsiva, do âmbito de existência humana. Seguindo essa linha de raciocínio, o art. 1º, inc. IV, da Constituição Federal, afirma a valorização social do trabalho e da livre iniciativa. **Não existe dúvida de que, se realizado de maneira digna, o trabalho possui irrefragável valor social**, sendo um dos mais importantes direitos decorrentes da cidadania. Desta forma, atribuindo conteúdo ao valor social do trabalho, a Constituição Federal, em seu art. 7º, atribui aos trabalhadores um extenso rol de direitos fundamentais. Reconhece-se, com isso, que **ao trabalho se atribui importância ímpar na sociedade, de modo que, por intermédio dele, pode-se alcançar uma sociedade livre, justa e solidária, entre outros objetivos**.

Mas não é só. O legislador constituinte entendeu por bem atribuir valor social também à livre iniciativa, colocando-se no mesmo dispositivo constitucional que o trabalho. Isso não ocorreu de forma despropositada. **Existe, aqui, uma necessidade de se harmonizar os eternos interesses conflitantes existentes entre capital e trabalho. Isso para que a supervalorização do trabalho não inviabilização a exploração de atividades econômicas e, concomitantemente, a selvageria do capital não suprima a dignidade do trabalho.** Essa quinta cláusula de repúdio, por assim dizer, volta-se contra a exploração descomedida do ser humano durante as duas primeiras revoluções industriais e, por que não, dos judeus expurgados para os campos de concentração. (...).⁽³⁸⁾

Dar provimento total ao recurso da empresa significaria chancelar o retrocesso social, admitir-se o trabalho degradante.

Esclareça-se, por oportuno, que acolher a pretensão do MPT, pondo fim ao pagamento por produção no caso dos cortadores de cana, não representa um “ativismo” judicial desenfreado. Pelo contrário, põe-se freio no capitalismo selvagem, que causa sofrimento, adoecimento e mortes.

O E. STF reconhece que o Poder Judiciário pode intervir em políticas públicas para assegurar direitos fundamentais.

O Poder Judiciário pode e deve perscrutar a legalidade do ato administrativo quando o ente político descumpra os encargos político-jurídicos que sobre ele incidem, comprometendo a eficácia e a integridade de direitos sociais assegurados pela Lei Maior.

Dessa forma, ainda que a competência primária para formular e executar políticas públicas caiba aos Poderes Legislativo e Executivo, é possível, de forma excepcional, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, que o Poder Judiciário determine a sua implementação, quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatário, vierem a comprometer, com a sua omissão, a eficácia e a integridade de direitos fundamentais previstos na Constituição.

Nesse sentido, os seguintes precedentes do E. STF: AI n. 646.079/SP, Relator o Ministro MARCO AURÉLIO, DJ de 28.11.08, AI n. 725.891/SC, Relator o Ministro CELSO DE MELLO, DJ de 10.10.08, AI 474.444-AgR/SP, Rel. Min. MARCO AURÉLIO — RE 410.715-AgR/SP, Rel. Min. CELSO DE MELLO — RE 436.996-AgR/SP, Rel. CELSO DE MELLO, AI 455.802/SP, Rel. Min. MARCO AURÉLIO — AI 475.571/SP, Rel. Min. MARCO AURÉLIO — RE 401.673/SP, Rel. Min. MARCO AURÉLIO — RE 411.518-AgR/SP, Rel. Min. MARCO AURÉLIO. RE 431.773/SP, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, AI 813590/

(38) Dissertação de Mestrado apresentada à PUC/SP, no ano de 2013, sob o título: *Configuração do dano à moral difusa a partir da delimitação jurídica do patrimônio imaterial coletivo*, p. 52-56.

MG — Rel. Min. DIAS TOFFOLI, AI 598212/PR, Rel. Min. Celso de Mello; ADPF 45/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO (Informativo/STF n. 345/2004)⁽³⁹⁾.

LUIZA CRISTINA FONSECA FRISCHEISEN, na obra “Políticas Públicas — A Responsabilidade do Administrador e o Ministério Público”, p. 59, 95 e 97, São Paulo, Max Limonad, 2000), sobre a limitação da discricionariedade do administrador público na concretização das políticas constitucionais, assevera que:

“Nesse contexto constitucional, que implica também na renovação das práticas políticas, o administrador está vinculado às políticas públicas estabelecidas na Constituição Federal; a sua omissão é passível de responsabilização e a sua margem de discricionariedade é mínima, não contemplando o não fazer.

(...)

Como demonstrado no item anterior, o administrador público está vinculado à Constituição e às normas infraconstitucionais para a implementação das políticas públicas relativas à ordem social constitucional, ou seja, própria à finalidade da mesma: o bem-estar e a justiça social.

(...)

Conclui-se, portanto, que o administrador não tem discricionariedade para deliberar sobre a oportunidade e conveniência de implementação de políticas públicas discriminadas na ordem social constitucional, pois tal restou deliberado pelo Constituinte e pelo legislador que elaborou as normas de integração.

(...)

As dúvidas sobre essa margem de discricionariedade devem ser dirimidas pelo Judiciário, cabendo ao Juiz dar sentido concreto à norma e controlar a legitimidade do ato administrativo (omissivo ou comissivo), verificando se o mesmo não contraria sua finalidade constitucional, no caso, a concretização da ordem social constitucional.”

(39) ADPF 45/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO (Informativo/STF n. 345/2004): ‘ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. A QUESTÃO DA LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DO CONTROLE E DA INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO EM TEMA DE IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS, QUANDO CONFIGURADA HIPÓTESE DE ABUSIVIDADE GOVERNAMENTAL. DIMENSÃO POLÍTICA DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL ATRIBUÍDA AO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. INOPONIBILIDADE DO ARBÍTRIO ESTATAL À EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS, ECONÔMICOSE CULTURAIS. CARÁTER RELATIVO DA LIBERDADE DE CONFORMAÇÃO DO LEGISLADOR’. CONSIDERAÇÕES EM TORNO DA CLÁUSULA DA ‘RESERVA DO POSSÍVEL’. NECESSIDADE DE PRESERVAÇÃO, EM FAVOR DOS INDIVÍDUOS, DA INTEGRIDADE E DA INTANGIBILIDADE DO NÚCLEO CONSUBSTANCIADOR DO ‘MÍNIMO EXISTENCIAL’. VIABILIDADE INSTRUMENTAL DA ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO NO PROCESSO DE CONCRETIZAÇÃO DAS LIBERDADES POSITIVAS (DIREITOS CONSTITUCIONAIS DE SEGUNDA GERAÇÃO)’.

Assevere-se que a “teoria do financeiramente possível” tem sido constantemente afastada pelo Poder Judiciário, que obriga o Poder Público a desempenhar o papel que lhe conferiu a Constituição Federal. A atual jurisprudência do STF, acima mencionada, tem exigido, além da alegação de inexistência de recursos, a efetiva comprovação dessa inexistência, o que o Ministro Eros Grau chamou de exaustão orçamentária.

Assim, se o Poder Judiciário pode intervir e determinar a execução de políticas públicas voltadas a concretizar os princípios de bem-estar e justiça social, por muito mais razão pode limitar a vontade dos particulares, de forma a restringir o pagamento por produção, que provoca sofrimentos, adoecimentos e mortes em flagrante desrespeito aos preceitos constitucionais garantidores da vida, saúde, dignidade do ser humano e da função social da propriedade.

Assim, consideradas como cláusulas impeditivas de retrocessos sociais, as previsões do art. 1º, especialmente os incisos III e IV, da Constituição Federal, devem servir de respaldo à pretensão aduzida pelo órgão ministerial em sua inicial.

Do Pagamento por Produção no Caso das Atividades Penosas e Insalubres. Da Interpretação da CLT Conforme a Constituição.

Por conseguinte, pode-se dizer que a manutenção do esquema de remuneração por produção, para o cortador de cana, é situação odiosa que revela retrocesso social inquestionável, haja vista a indução camuflada no sentido de valorizar o trabalhador que produz mais. E, aqui, fala-se em toneladas a mais para que, no final do mês, todos estejam estafados e, mesmo assim, mal remunerados.

Deve-se entender, de uma vez por todas, que o cortador de cana submetido à modalidade de pagamento por produção não trabalha mais porque quer. Muito pelo contrário: ele trabalha mais porque precisa, porque é sub-remunerado e, para que não se sinta ainda mais aviltado em sua dignidade, possa prover as necessidades básicas e vitais de sua família. Sua liberdade de escolha, aqui, é flagrantemente tolhida pela sua necessidade de sobreviver e prover sua família.

Nesse sentido, ademais, há muito tempo decide o este E.TRT, como a ementa a seguir transcrita revela, *in verbis*:

“Não há dúvida de que remuneração por unidade de produção estimule o trabalhador a produzir, mas é interpretação avessa à lógica econômica e ao direito que o excesso de jornada só atende aos interesses do empregado. Não se pode esquecer que quanto mais elevada a média de produção diária, haverá uma tendência de menor preço por unidade de produção. Com isto, frustra a expectativa de se obter maior ganho diário. Este sistema de remuneração acaba por pressionar o trabalhador a obter maior produção diária, sem considerar o esforço exigido, muitas vezes além dos limites de sua capacidade física, que fica exaurida no final da jornada.

O trabalho em excesso de jornada diária ou semanal será sempre desrespeito aos limites constitucionais (art. 7º, XIII CF/88) e legais (art. 58 da CLT), seja para o trabalhador remunerado por unidade de tempo (hora, dia ou mês) seja para aquele remunerado por unidade de produção ou tarefa. Estabelecendo a Constituição um adicional mínimo de 50% por hora de trabalho extraordinário, sem fazer distinção, não pode o intérprete fazer distinguir a pretexto de forma de remuneração. (TRT/SP, 15ª Região, Ac. 47.568/98. Proc. n. 11.372/97. DOE 26.1.99, p. 27. Rel. José Antônio Pancotti, 2ª T.)

A conclusão a que se chega, então, é a de que o pagamento por produção não deve ser proibido de forma genérica e abstrata, de modo a abranger todos os tipos de trabalhadores. **A proibição, por óbvio, deve ser específica e correlacionada às peculiaridades concernentes aos cortadores de cana, não excluídos outros profissionais que apresentem um quadro inerente de degradação de sua saúde** (tal como os responsáveis pela desossa de coxas de frango nos frigoríficos).

Isso, como é cediço, em razão da situação ofensiva à dignidade humana e ao valor social do trabalho que é criada quando o cortador de cana é estimulado a produzir mais e mais para que consiga garantir o mínimo imprescindível à sua sobrevivência.

Imperioso observar, nessa cadência, que mesmo antes de a OJ n. 173 da SDI-I ser alterada em 14.09.2012, o próprio TST vinha reconhecendo a incidência do adicional de insalubridade por conta da exposição a calor excessivo a que se submetem os cortadores de cana.

Assim, interessante citar as seguintes ementas, salientando que todas foram utilizadas como precedente para impulsionar a adição do item II à OJ n. 173 da SDI — I do C. TST, *in verbis*:

RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO PELA RECLAMADA (...) ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. CORTADOR DE CANA-DE-ACÚCAR. EXPOSIÇÃO AO CALOR. Na hipótese, a condição insalubre a que estava submetido o empregado — excesso de calor — encontra-se devidamente prevista nas normas regulamentadoras do Ministério do Trabalho (NR 15 Anexo 3). Assim, não procede a alegação de contrariedade ao entendimento consubstanciado na Orientação Jurisprudencial n. 173 da SDI-I do Tribunal Superior do Trabalho, visto que o adicional de insalubridade foi deferido com base no excessivo calor, e não em face da exposição a raios solares. Frise-se que a conclusão do laudo pericial, no sentido de que — o IBUTG medido no local de trabalho chegou a 31, 2 °C, sendo que o máximo permitido é 25 °C —, respalda o entendimento sufragado pela Corte de origem. Incólumes, portanto, os dispositivos invocados. De outro lado, não se prestam à demonstração de dissenso jurisprudencial, nos termos do art. 896, a, da Consolidação das Leis do Trabalho, arestos provenientes de Turmas deste Tribunal Superior. De igual modo, resultam inservíveis arestos inespecíficos, consoante disposto na Súmula n. 296, I, do Tribunal Superior do Trabalho. Recurso de revista não conhecido. (...) (RR-123300-59.2008.5.09.0093, 1ª Turma, Rel. Min. Lelio Bentes Corrêa, DJ de 2.9.2011.)

(...) ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. TRABALHO EM LAVOURA DE CANA-DE-AÇÚCAR. EXPOSIÇÃO AO CALOR E À UMIDADE. PREVISÃO NOS ANEXOS NS. 3 E 10 DA NR N. 15 DA PORTARIA N. 3.214/78 DO MINISTÉRIO DO TRABALHO E EMPREGO. O Regional destacou o laudo pericial, segundo o qual a reclamante prestava serviços no corte de cana-de-açúcar, exposta ao calor e à umidade, que se encontram previstas como insalubres nos Anexos 3 e 10 da NR 15 da Portaria n. 3.214/78 do Ministério do Trabalho, conforme consignado no laudo pericial. O Tribunal *a quo* também transcreveu trecho do laudo pericial, em que consta que o uso de EPIs não reduzem a incidência dos agentes agressivos no organismo do trabalhador, em relação às condições de insalubridade de grau médio no ambiente com a presença de Calor — Anexo n. 3, e com a presença de Umidade — Anexo n. 10, todos da NR-15, a níveis dentro dos limites de tolerância. Não se trata, portanto, de simples exposição do trabalhador a raios solares ou a variações climáticas, havendo previsão na Norma Regulamentadora n. 15, Anexo n. 3, da Portaria n. 3.214/78, quanto à insalubridade pelo trabalho exposto ao calor, quando ultrapassado o limite de tolerância, como ocorreu na hipótese dos autos. Isso sem falar na exposição à umidade prevista no Anexo 10 da citada portaria. Assim, havendo previsão legal para o deferimento do adicional de insalubridade, não há falar em contrariedade à Orientação Jurisprudencial n. 173 da SBDI-1 do TST. Recurso de revista não conhecido. (...) (RR-151800-91.2005.5.09.0562, 2ª Turma, Rel. Min. José Roberto Freire Pimenta, DJ de 7.10.2011)

RECURSO DE REVISTA — ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. TRABALHADOR RURAL EM LAVOURA DE CANA-DE-AÇÚCAR. EXPOSIÇÃO A CALOR EXCESSIVO. O empregado que se expõe ao calor excessivo em razão da atividade desempenhada a céu aberto na lavoura de cana-de-açúcar faz jus ao adicional de insalubridade em grau médio, sendo inaplicável, no caso, o disposto na Orientação Jurisprudencial 173 da SBDI-1 do TST, porque não se trata de simples exposição a raios solares, mas sim de exposição a agente mais penoso, qual seja, o calor excessivo. Recurso de Revista não conhecido. (RR-93400-66.2005.5.15.0029, 8ª Turma, Rel. Min. Márcio Eurico Vitral Amaro, DJ de 30.9.2011.)

RECURSO DE REVISTA. (...) 3. ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. EXPOSIÇÃO A CALOR EXCESSIVO. LAVOURA DE CANA-DE-AÇÚCAR. ANEXO 3 DA NR 15 DO MINISTÉRIO DO TRABALHO E EMPREGO. Dos fundamentos expostos pela Corte *a quo*, não há como entender violados os arts. 5º, II, da CF e 190 e 195 da CLT, tendo em vista que o perito constatou que a atividade desenvolvida pelo reclamante se enquadrava em hipótese de insalubridade prevista em norma regulamentadora do Ministério do Trabalho e Emprego. Ademais, não se trata de aplicação da OJ n. 173 da SBDI-1 do TST, conforme precedentes desta Corte. Recurso de revista não conhecido. (...) (RR-175200-22.2008.5.09.0242, 8ª Turma, Rel. Min. Dora Maria da Costa, DJ de 2.9.2011.)

Evidentemente, a situação dos cortadores de cana é especial, diferenciada. E isso é demonstrado pelo próprio teor da OJ n. 173 da SDI-I. Assim, como regra, o adicional

de insalubridade não será devido aos trabalhadores pelo simples fato de realizarem suas atividades a céu aberto. Contudo, caso haja exposição a calor que ultrapasse os limites de tolerância, nesse caso o adicional será devido.

Oportuno lembrar, por oportuno, que a referida orientação jurisprudencial foi modificada justamente para atender aos reclamos dos cortadores de cana, como se infere das ementas transcritas acima e de seu próprio texto, abaixo colacionado:

173. ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. ATIVIDADE A CÉU ABERTO. EXPOSIÇÃO AO SOL E AO CALOR. (redação alterada na sessão do Tribunal Pleno realizada em 14.9.2012) — Res. n. 186/2012, DEJT divulgado em 25, 26 e 27.9.2012

I — Ausente previsão legal, indevido o adicional de insalubridade ao trabalhador em atividade a céu aberto, por sujeição à radiação solar (art. 195 da CLT e Anexo 7 da NR-15 da Portaria n. 3214/78 do MTE).

II — Tem direito ao adicional de insalubridade o trabalhador que exerce atividade exposto ao calor acima dos limites de tolerância, inclusive em ambiente externo com carga solar, nas condições previstas no Anexo 3 da NR-15 da Portaria n. 3.214/78 do MTE.

O mesmo raciocínio deve ser utilizado no presente caso. Com efeito, justamente porque a atividade realizada pelo cortador de cana é diferenciada (haja vista sua insalubridade inerente; e, obviamente, sua penosidade incontestada), a remuneração desses trabalhadores por critério de produção deve ser proibida.

Por conta disso, e considerando a especificidade do contexto fático no qual os cortadores de cana estão inseridos, importa transcrever o posicionamento do C. TST no que toca à OJ n. 235 da SDI-I e sua aplicação aos cortadores de cana, cujo texto foi utilizado de maneira falaciosa pela reclamada a fim de respaldar sua pretensão de ver permitida a remuneração de seus empregados por produção. *In verbis*:

RECURSO DE REVISTA. RURÍCOLA. HORAS *IN ITINERE*. SUPRESSÃO PREVISTA EM ACORDO COLETIVO DE TRABALHO. INVALIDADE. VIOLAÇÃO DO ART. 58, § 2º, DA CLT. NORMA DE CARÁTER COGENTE QUE INTEGRA O ROL DE DIREITOS MÍNIMOS DOS TRABALHADORES. REMUNERAÇÃO POR PRODUÇÃO. A Lei n. 10.243/2001, ao acrescentar o § 2º ao art. 58 da CLT, erigiu as horas *in itinere* à categoria de direito indisponível dos trabalhadores, garantido por norma de ordem pública, não se admitindo, portanto, a supressão da parcela mediante negociação coletiva. Precedentes da Subseção I Especializada em Dissídios Individuais desta Corte Superior. HORA EXTRA. SALÁRIO POR PRODUÇÃO. DIREITO À REMUNERAÇÃO DA HORA EXTRA INTEGRALMENTE (HORA MAIS ADICIONAL). Por ocasião da vista regimental pro-

ferida no julgamento dos recursos de revista-TST-RR-59000-34.2008.5.15.0057 e TST-RR-28700-35.2007.5.15.0151, no qual fui Integralmente acompanhado pelos ilustres pares integrante desta Turma, tive a oportunidade de proferir entendimento no sentido de que a Orientação Jurisprudencial n. 235 da SBDI-1 desta Corte — embora, não se desconheça que tenha sido firmada a partir de julgados proferidos em processos oriundos da indústria sucroalcooleira, como no caso — não deve ser aplicada aos trabalhadores braçais, como são os cortadores de cana. Isso porque o trabalho remunerado por tarefa é um misto do trabalho por unidade de obra e por unidade de tempo, de forma que não se identifica com o trabalho remunerado por comissão, de que trata a Súmula n. 340 do TST, que constitui a fonte de inspiração da mencionada orientação jurisprudencial. A limitação da jornada de trabalho a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais, prevista no inciso XIII deste dispositivo, objetiva a preservação da higidez física e mental do trabalhador, que, por isso mesmo, mais do que direito social, erige-se como direito individual indisponível por sua própria vontade. **Obviamente, se o trabalhador está submetido a estímulo financeiro para trabalhar mais e mais, sem a perspectiva de compensação de jornada, com preservação do mesmo ganho salarial mensal, o maior e único beneficiário é o setor produtivo, que se favorece deste trabalho. Por essa razão a aplicação da Orientação Jurisprudencial n. 235 da SBDI-1 do TST ao trabalho rural somente contribui para a precarização das relações de trabalho no campo, ao desrespeitar a dignidade do trabalhador que tem a valorização do seu trabalho condicionada a maior produtividade, ao limite da exaustão física e psicológica, e, conseqüentemente à redução de sua qualidade de vida.** Nesse contexto, não se pode conceber que o trabalho por produção esteja excepcionado da limitação da jornada diária e semanal, tutelada pela Constituição Federal e, conseqüentemente, da remuneração da hora extra integralmente (hora acrescida do respectivo adicional), devendo-se observar o adicional normativo, sempre que mais benéfico ao trabalhador. Recurso de revista conhecido e provido. (Processo: RR — 69600-82.2006.5.05.0342 Data de Julgamento: 14.9.2011, Relator Ministro: Walmir Oliveira da Costa, 1ª Turma, Data de Publicação: DEJT 23.9.2011.) (grifo nosso)

Nesse acórdão, como se nota, o C. TST mitigou a aplicação da OJ n. 235 da SDI-I quando diante de situações envolvendo cortadores de cana que são remunerados, exclusivamente ou não, por produção. Trata-se de importante decisão que reconhece a situação luctífera na qual está inserido o cortador de cana.

Interessante ressaltar, mais uma vez, o seguinte trecho constante da ementa transcrita, *in verbis*:

“Por essa razão a aplicação da Orientação Jurisprudencial n. 235 da SBDI-1 do TST ao trabalho rural somente contribui para a precarização das relações de trabalho no campo, ao desrespeitar a dignidade do trabalhador que tem a valorização do seu trabalho condicionada a maior produtividade, ao limite da exaustão física e psicológica, e, conseqüentemente à redução de sua qualidade de vida.” (grifo nosso)

No âmbito do TRT da 15ª Região são inúmeras as decisões que reconhecem as condições degradantes e extenuantes dos cortadores de cana, nesse sentido, podemos citar:

1) Processo. n. 0000518-16.2011.5.15.0081, de minha relatoria, tendo como Recorrente: Cambuhy Agrícola Ltda. Recorrido: Juvenal Alves da Silva. 6ª TURMA — 11ª CÂMARA, constando da fundamentação:

“Além disso, notórios os malefícios que podem causar à saúde humana a exposição excessiva ao sol, como: a desidratação, a insolação, danos na retina e na córnea e estresse térmico; e, da radiação ultravioleta (UV-B e UVA), as queimaduras na pele, bronzeamento pigmentar tardio, envelhecimento precoce e o aparecimento do melanoma e o mais terrível dos males, o câncer de pele.

(...)

Literaturas e artigos técnicos afirmam que quando há aumento da temperatura corporal ante o exercício (maratona, por exemplo) sob calor, o sistema cardiovascular tornar-se sobrecarregado já que deve transferir alta taxa de fluxo sanguíneo para a área entre a pele e os músculos, deixando as demais órgãos com pouca oxigenação. Negrejou-se.

2) PROCESSO 000456-67.2012.5.15.0104. Recorrente: AGROINDUSTRIAL OESTE PAULISTA LTDA. Recorrido: MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO — PROCURADORIA REGIONAL DO TRABALHO DA 15ª REGIÃO. 4ª Câmara — Segunda Turma. Rel. Des. Dagoberto Nishina, do qual constou:

“AÇÃO CIVIL PÚBLICA — SUPRESSÃO DOS REPOUSOS — DANO MORAL SOCIAL IN RE IPSA — INDUSTRIALIZAÇÃO DO AÇÚCAR E ÁLCOOL

A espécie é exemplo da industrialização do açúcar e álcool, na qual o lucro ascende e suplanta o valor humano.

Os métodos de trabalho continuam irracionais, desiguais, injustos, e os trabalhadores permanecem sem a proteção mínima da gênese da legislação trabalhista (1943), do estatuto do trabalhador rural (1973) e desrespeita-se até a Constituição.

Das Capitâneas Hereditárias às Usinas atuais, apenas o arado e o transporte por tração animal foram substituídos pelo trator, moendas circulares deram lugar a máquinas, esteiras, caldeiras, os produtos se diversificaram, os lucros ascenderam, a denominação foi modernizada e alardeada pelo mundo por um arauto falastrão: biocombustível.”

No corpo do v. acórdão foi mencionado:

As práticas da recorrente em relação aos seus empregados são medievais, remontam às dos engenhos do Século XVI — colheita pé a pé por facão, transporte, esmagação, transformação do caldo nas caldeiras e lucro.

(...)

Entretanto, os métodos de trabalho continuam irracionais, desiguais, injustos, e os trabalhadores permanecem sem a proteção mínima da gênese da legislação trabalhista (1943), do estatuto do trabalhador rural (1973) e desrespeita-se até a Constituição. A espécie é exemplo da industrialização do açúcar e álcool, na qual o lucro ascende e suplanta o valor humano.

3) Nos autos do processo n. 01182-2007-134-15-00-4 (numeração atual 0118200-66.2007.5.15.0134), acórdão publicado em 22.8.2008, Rel. Des. JOSÉ PEDRO DE CAMARGO RODRIGUES DE SOUZA, 3ª Câmara — Segunda Turma, consta a seguinte ementa:

“(...) A cada ano que passa a “produtividade/produção” aumenta e o respectivo preço diminui, dele se exigindo cada vez mais trabalho nessa atividade notoriamente penosa e prejudicial à saúde, o que conspira contra o art. 7º, XIII e XVI da Constituição Federal (horas extras somente em serviços extraordinários) e, também, contra os fundamentos do Estado Democrático de direito (dignidade da pessoa humana, valores sociais do trabalho e da livre-iniciativa), os princípios gerais da Atividade Econômica (art. 170) e da Ordem Social (art. 193). (...)”

Na fundamentação do v. acórdão constou:

“Hão de se ter em conta os princípios de proteção à saúde e higidez física do trabalhador, sem se desprezar o fato — público e notório — de que alguns empregados rurais têm trabalhado até a morte, literalmente.

A este respeito, interessa transcrever os seguintes dados sobre as condições de trabalho da categoria, citados por Francisco José Alves, professor do departamento de engenharia de produção da Universidade Federal de São Carlos, Estado de São Paulo:

A expectativa de vida de um trabalhador cortando 12 toneladas por dia é de 10 a 12 anos, menor que a expectativa de um trabalhador escravo do fim do século XIX, que era de 12 a 15 anos. Mais do que dez safras cortando cana, o trabalhador está incapacitado para o trabalho: está com lordose e uma série de doenças decorrentes do trabalho. A única expectativa que ele tem é pedir aposentadoria. (Pesquisador prega extinção do trabalho por produção, Repórter Brasil, 2007. Disponível em: <<http://www.reporterbrasil.org.br/exibe.php?id=1139>>.)

É incontestável, é público e notório, que a atividade nas lavouras de cana-de-açúcar é extremamente repetitiva, tornando-se estafante e degradante da saúde do obreiro.
(...)

Cabe relatar, ainda, que o Ministério do Trabalho, em situação análoga, cuidando de profissão que envolve atividades repetitivas, editou a NR 17, que se refere aos digitadores.

A norma proíbe “qualquer sistema de avaliação dos trabalhadores envolvidos 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” (item 17.6.4, a).

Ora, se a Norma Regulamentadora busca amparar a integridade física dos digitadores, com muito mais razão deve-se resguardar a saúde dos cortadores de cana, que, além de se submeterem às adversidades do meio ambiente de trabalho, realizam, todos os dias, milhares de movimentos com os braços, pernas e coluna, gerando doenças crônicas e reduzindo sua expectativa de vida.

Sobre a penosidade incontestável do trabalho no corte da cana, tenha-se em conta o que preleciona o Ilustre Procurador Regional do Trabalho, Prof. Dr. Raimundo Simão de Melo, em sua festejada e respeitada obra “Direito Ambiental do Trabalho e a Saúde do Trabalhador”, Editora LTr, São Paulo, 2008, p. 163, o qual sustenta, inclusive, a possibilidade de aplicação de adicional de penosidade, apesar da inércia do Poder Legislativo na regulamentação do inciso XXIII do art. 7º da CF.”

O mesmo Relator, nos autos do processo n. 1070-2008-154-15-00-9, assevera que a observância da NR-17 — item 17.6.3 (atividades que exijam sobrecarga muscular estática ou dinâmica do pescoço, ombros, dorso e membros superiores e inferiores) — implica a proibição do pagamento por produção nas lavouras de cana-de-açúcar, uma vez que a remuneração realizada desta forma impossibilita condições sadias de trabalho. E o art. 13, da Lei n. 5.889/73, determina que os estabelecimentos rurais observem as normas de segurança e higiene estabelecidas em Portaria do MTe.

4) PROCESSO TRT/15ª REGIÃO — N. 01339-2008-036-15-00-7. RECURSO ORDINÁRIO DA 1ª VARA DO TRABALHO DE ASSIS. RECORRENTE: APARECIDO RIBEIRO DA CRUZ. RECORRIDA: NOVA AMÉRICA S/A. — AGRÍCOLA. Rel. Des. MARIANE KHAYAT. 1ª TURMA — 2ª CÂMARA.

(...) escolha dos empregadores rurais de utilizar o empregado rural como mero instrumento para obtenção de lucro, mera mercadoria — dissociando a pessoa do trabalhador de sua dignidade — posição esta inaceitável desde a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, em 1948.

A questão é que se tornou necessário lançar um novo olhar sobre essa “cultura rústica” (fruto da exploração escravagista também aceita como natural durante séculos, reprise-se). Não se autoriza mais a continuidade de práticas incompatíveis com a dignidade humana do trabalhador do campo ou da cidade. E o Judiciário tem um papel fundamental na fixação desses novos rumos, concretizando os princípios entronizados na Carta Constitucional.

Na atual quadra da História, em que se vive em um Estado Democrático de Direito — que numa virada copernicana, tem o ser humano e seus valores como referência

de todo sistema jurídico — a dignidade da pessoa humana é uma cláusula supra-constitucional e deve orientar todas as relações humanas (vertical e horizontalmente), inclusive no plano internacional, como preconiza Peter Häberle ao anunciar a necessidade de um Estado Democrático Cooperativo como referência aos demais Estados no plano dos direitos humanos.

O pós-positivismo, que trouxe os valores da ética e da dignidade humana para dentro da disciplina do Direito, como marcas indelévels do sistema jurídico, não absorve mais a justificativa da legalidade estrita.”

Percebe-se, assim, que já passamos da fase do positivismo estrito, caminhamos para o pós-positivismo. Neste, os valores da ética, da dignidade da pessoa humana, da função social da propriedade devem nortear a busca da justiça social. A liberdade de contratar deve ser exercida em razão e nos limites da função social do contrato, conforme determina o art. 421 do Código Civil⁽⁴⁰⁾.

Diante de todas essas constatações fáticas e construções jurídicas é que se deve analisar o art. 78, *caput*, da CLT, fazendo-se a interpretação conforme a Constituição:

“Art. 78. Quando o salário for ajustado por empreitada, ou convencionado por tarefa ou peça, será garantida ao trabalhador uma remuneração diária nunca inferior à do salário mínimo por dia normal da região, zona ou subzona.”

Referido dispositivo legal não deve ser aplicado de maneira irrestrita e, o que é mais pernicioso, desatrelado dos Fundamentos da República Federativa do Brasil, especialmente a dignidade da pessoa humana e o valor social do trabalho (respectivamente, art. 1º, incs. III e IV, da CF).

Da forma como estabelecido originariamente, o art. 78, *caput*, da CLT visava situação de proporcionalidade entre as partes, qual seja: se o interesse da empresa é lucrar, nada mais razoável que pagar mais para o trabalhador que produz mais. Dessa forma todos ganham e a relação capital-trabalho mantém-se em equilíbrio. De fato, essa é uma ideia bastante interessante e que, ao lado da participação nos lucros e resultados, faz com que o trabalhador se insira de maneira mais efetiva na atividade empresária. De maneira mais clara: o trabalhador se sente fundamental na estrutura da empresa, passando a acreditar que o sucesso do empreendimento está diretamente relacionado à sua produtividade. Por conta disso, obviamente, será mais bem remunerado.

Entrementes, esse raciocínio é demasiado genérico, não contemplando situações específicas que fazem com que a equação capital-trabalho se desequilibre de maneira grosseira e injustificável.

(40) Art. 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.

Desse modo, o art. 78 da CLT encontra limites bem delimitados e que, certamente, fundamentam-se na sua própria finalidade. Assim, pode-se dizer que a remuneração por produção não é permitida para as atividades realizadas em situações de penosidade, degradantes, exaustivas etc. Isso porque, nesses casos, somente uma das partes se beneficia do labor excessivo: a empresa.

Isso é o que ocorre, principalmente e nesse caso, com as indústrias sucroalcooleiras (ou sucroenergéticas), haja vista o aumento público e notório de suas margens de lucro e, conseqüentemente e como condição, a diametralmente oposta situação do cortador de cana, que jamais será remunerado proporcionalmente ao lucro que ele gera, pois a média da cana cortada saltou de 2 toneladas dia para 12. Contudo, a remuneração desses trabalhadores continua praticamente a mesma das duas toneladas. Esse sistema perverso e nefasto não foi desejado pelo legislador ordinário quando da elaboração do art. 78 da CLT. Despiendo falar do legislador constituinte.

Por conta disso, pode-se afirmar que o art. 78 da CLT, ao permitir a remuneração por produção, disse mais do que queria, devendo ser interpretado de maneira restritiva. Saliente-se, antevendo argumentos contrários, que essa restrição é permitida constitucionalmente, haja vista tudo o quanto foi expendido sobre os Fundamentos da República Federativa do Brasil.

Com efeito, o art. 7º, *caput*, da Constituição Federal, ao prever e dar guarida ao princípio da norma mais favorável, permite a criação de situações negativas, isto é, situações que revelam direitos dos trabalhadores por intermédio da abstenção de algumas práticas por parte dos empregadores.

É o que ocorre com a proibição da remuneração por produção no caso dos cortadores de cana. Esse trabalhador, consideradas as peculiaridades de seu labor, tem o direito de não ser remunerado por produção, pois que essa prática acarreta situação contrária à melhoria de sua condição social.

Ora, não se pode admitir, portanto, que a exaustão a que chegam os cortadores de cana, quando não a morte, revela melhoria de sua condição social unicamente porque passa ganhar poucos reais a mais no final do mês, quantia incomensuravelmente desproporcional ao lucro que ele gera.

Nesse contexto, oportuno transcrever, mais uma vez, a argumentação apresentada pela reclamada, *in verbis*:

“25. Note-se que o estabelecimento de salário por produção, ao contrário do disposto na r. sentença, não tem o condão de erradicar ou reduzir qualquer direito trabalhista; ao reverso, se trata apenas e tão somente da aplicação de um direito regularmente previsto na CLT e que, obviamente, está em plena consonância com a Constituição vigente, pois visa a melhoria das condições sociais dos trabalhadores, como prescreve o art. 7º, *caput*, da CF.” (grifo nosso) (fl. 1.543 — verso)

De fato, soa estranha a afirmação de que o estabelecimento de salário por produção, no caso dos cortadores de cana, visa a melhoria de sua condição social. Pergunto-me, toda vez que leio esse trecho, qual seria a melhoria advinda desse contexto(?). Nenhuma, claro.

Como uma atividade reiteradamente reconhecida como de risco pelo C. TST, cuja remuneração geralmente não ultrapassa mil reais, cujo índice de acidentes de trabalho e doenças ocupacionais é assustador, cujas notícias de mortes causam náusea, cujas frequentes constatações de paradas cardiopulmonares são inaceitáveis, cuja funesta desproporção entre lucro gerado e salário auferido causa asco, como essa atividade, admitida sua remuneração por produção, pode revelar melhoria de condições sociais? Não há dúvida de que a condição socioeconômica dos empregadores melhora a cada cana que é cortada. Quanto aos trabalhadores, por outro lado, não se pode fazer essa afirmação, nem sob o mais remoto e ingênuo fundamento.

O Poder Judiciário não pode respaldar esse tipo de prática. A sociedade espera respostas efetivas e justas, mormente da Justiça do Trabalho. O momento pelo qual a sociedade brasileira passa, em que as manifestações populares têm ocupado importante espaço dos noticiários nacionais e internacionais, deve servir de norte para que o Judiciário profira suas decisões, especialmente quando reveladores da valorização do ser humano por intermédio da realização de um trabalho digno.

Não deve o Brasil, vinte e cinco anos após a promulgação da Constituição Federal de 1988, permitir tremendo retrocesso social. Não deve, sob pena de endossar e fazer crescer a triste estatística mundial, incentivar a *karoshi*, termo japonês criado na década de 1980 e que significa, literalmente, morte por excesso de trabalho.

Ressalte-se que a NR 17 — ERGONOMIA — Portaria GM n. 3.214, de 8.6.1978, em seu item 17.6.4. a, prevê:

“Nas atividades de processamento eletrônico de dados, deve-se, salvo o disposto em convenções e acordos coletivos de trabalho, observar o seguinte: a) o empregador não deve promover qualquer sistema de avaliação dos trabalhadores envolvidos 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;”

Percebe-se, portanto, que o salário por produção encontra limitações no próprio ordenamento positivado, como demonstrou a referido Portaria do MTE.

A referida Portaria tem por escopo a integridade física dos digitadores, portanto, por muito mais razão a saúde dos cortadores de cana deve ser resguardada, vez que desempenham atividades penosas e degradantes, em ambiente de trabalho hostil, como o rural, realizando, todos os dias, milhares de movimentos repetitivos com as mãos,

braços, pernas e coluna (risco de lesões osteomusculares), levando a doenças crônicas e reduzindo sensivelmente a sua expectativa de vida. Acresça-se a isso a atividade pesada em ambiente insalubre — calor excessivo — quadros 1 a 3 do Anexo 3 da NR-15)⁽⁴¹⁾⁻⁽⁴²⁾.

Aliás, entendimento contrário implicaria flagrante ofensa ao princípio da igualdade previsto no art. 5º, *caput*, CF/88.

Diga-se, por outro lado, que se uma Portaria do MTe pode modificar a forma de remuneração dos digitadores, por muito mais razão isso pode ser feito por meio de uma decisão judicial em tutela coletiva — com *status* constitucional — e proferida com a observância das regras processuais e da dialética.

Apesar de as atividades dos cortadores serem desempenhadas sob calor excessivo, (veja-se quadro de fl. 32 da inicial) o PCMSO da ré faz o reconhecimento da necessidade de conforto térmico, como medida de prevenção à fadiga, apenas em favor dos trabalhadores que realizam **atividades intelectuais** (fl. 4 da inicial), fato não contestado, portanto, incontroverso. Consta-se, assim, a ausência de cuidados mínimos com a saúde dos cortadores.

Ora, não existem questionamentos dignos de nota cujo objetivo seja atacar a Portaria GM n. 3.214/78. E qual o motivo da inexistência? Ele é muito claro: embora os digitadores também se enquadrem num contexto em que o pagamento por produção tem a potência de levá-lo ao adoecimento, seus empregadores ou tomadores de serviço não possuem — nem de muito longe — a capacidade econômica daqueles que empregam os cortadores de cana. Aqui, nova e infelizmente, vem o capital suprimindo o valor social do trabalho.

O artigo 78 deve ser interpretado em consonância com o art. 444, que preceitua que as relações contratuais de trabalho podem ser objeto de livre estipulação das partes interessadas **em tudo quanto não contravenha às disposições de proteção ao trabalho.**

Assim, o artigo em questão sofre restrição das disposições de proteção ao trabalho, especialmente quando se fala em um sistema de remuneração que leva à exaustão, adoecimento e mortes.

Ao contrário do afirmado no recurso (fl. 1.550 — verso), o art. 5º, da LIDB, não agasalha a sua pretensão, pois, se na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum, certamente isso não será alcançado com a manutenção de uma forma de remuneração que coisifica o homem.

Dar razão à recorrente, nesse particular, com efeito, será o mesmo que tornar letra morta alguns dos documentos internacionais — ratificados pelo Brasil — mais importantes da história mundial, dentre os quais é possível mencionar, *in verbis*:

(41) Veja quadro constante da f. 32 dos autos.

(42) De acordo com a NR 15, o índice IBTUG máximo deve ser de até 25 C.

- “Considerando que a paz para ser universal e duradoura deve assentar sobre a justiça social; Considerando que existem condições de trabalho que implicam, para grande número de indivíduos, miséria e privações, e que o descontentamento que daí decorre põe em perigo a paz e a harmonia universais, e considerando que é urgente melhorar essas condições no que se refere, por exemplo, à regulamentação das horas de trabalho, à fixação de uma duração máxima do dia e da semana de trabalho, ao recrutamento da mão-de-obra, à luta contra o desemprego, à garantia de um salário que assegure condições de existência convenientes, à proteção dos trabalhadores contra as moléstias graves ou profissionais e os acidentes do trabalho, à proteção das crianças, dos adolescentes e das mulheres, às pensões de velhice e de invalidez, à defesa dos interesses dos trabalhadores empregados no estrangeiro, à afirmação do princípio “para igual trabalho, mesmo salário”, à afirmação do princípio de liberdade sindical, à organização do ensino profissional e técnico, e outras medidas análogas; Considerando que a não adoção por qualquer nação de um regime de trabalho realmente humano cria obstáculos aos esforços das outras nações desejosas de melhorar a sorte dos trabalhadores nos seus próprios territórios.” — Preâmbulo da Constituição da OIT
- “Todo ser humano tem direito ao trabalho, à livre escolha de emprego, a condições justas e favoráveis de trabalho e à proteção contra o desemprego. 2. Todo ser humano, sem qualquer distinção, tem direito a igual remuneração por igual trabalho. 3. Todo ser humano que trabalha tem direito a uma remuneração justa e satisfatória, que lhe assegure, assim como à sua família, uma existência compatível com a dignidade humana e a que se acrescentarão, se necessário, outros meios de proteção social. 4. Todo ser humano tem direito a organizar sindicatos e a neles ingressar para proteção de seus interesses. Todo ser humano tem direito a repouso e lazer, inclusive a limitação razoável das horas de trabalho e a férias remuneradas periódicas.” (Artigos XXVIII e XXIX da Declaração Universal dos Direitos Humanos)
- “Ninguém poderá ser submetido à escravidão; a escravidão e o tráfico de escravos, em todas as suas formas, ficam proibidos.” (Art. 8º do Pacto Internacional sobre direitos Cíveis e Políticos, internalizado por intermédio do Decreto n. 592 de 6 de julho de 1992)
- “Os Estados Partes do presente pacto o reconhecem o direito de toda pessoa de gozar de condições de trabalho justas e favoráveis, que assegurem especialmente: a) uma remuneração que proporcione, no mínimo, a todos os trabalhadores: i) um salário equitativo e uma remuneração igual por um trabalho de igual valor, sem qualquer distinção; em particular, as mulheres deverão ter a garantia de condições de trabalho não inferiores às dos homens e receber a mesma remuneração que ele por trabalho

igual; ii) uma existência decente para eles e suas famílias, em conformidade com as disposições do presente Pacto; b) a segurança e a higiene no trabalho; c) igual oportunidade para todos de serem promovidos, em seu trabalho, à categoria superior que lhes corresponda, sem outras considerações que as de tempo de trabalho e capacidade; d) o descanso, o lazer, a limitação razoável das horas de trabalho e férias periódicas remuneradas, bem como remuneração nos dias de feriados públicos.” (Art. 7º do Pacto Internacional sobre os direitos econômicos, sociais e culturais)

Ressalte-se que a manutenção da r. sentença encontra razões até de ordem política econômica, pois a manutenção da remuneração por produção, que coisifica o trabalhador, conforme se vê da inicial às f. 60/62, pode acarretar severas sanções internacionais ao país pela prática de *dumping social*⁽⁴³⁾. É óbvio que ninguém deseja esse tipo de sanção, até porque o Brasil prega que a indústria sucroenergética produz um combustível limpo (etanol), portanto, esse combustível “limpo” não pode ser manchado com o sangue dos cortadores.

Na hipótese concreta (proibição do trabalho por produção), não se está negando vigência ao princípio da livre-iniciativa ou da legalidade (art. 5º, II). É que na colisão entre princípios constitucionais, diante da necessidade de ponderação (ou sopesamento), os princípios do direito à vida, à saúde, da função social da propriedade e da dignidade da pessoa humana devem prevalecer, em detrimento daqueles e diante das circunstâncias e condições inerentes ao caso concreto. Há uma relação de precedência condicionada, ou seja, o princípio da livre-iniciativa continua válido, muito embora com sua incidência restringida.

Sobre o assunto, sempre interessante trazer à tona as lições de Robert Alexy, *in verbis*:

“Princípios são mandamentos de otimização em face das possibilidades jurídicas e fáticas. A *máxima da proporcionalidade em sentido estrito*, ou seja, exigência de sopesamento, decorre da relativização em face das possibilidades jurídicas. Quando uma norma de direito fundamental com caráter de princípio colide com um princípio antagônico, a possibilidade jurídica para a realização dessa norma depende do princípio antagônico. Para se chegar a uma decisão é necessário um sopesamento nos termos da lei de colisão. Visto que a aplicação de princípios válidos — caso sejam aplicáveis — é obrigatória, e visto que para essa aplicação, nos casos de colisão, é necessário um sopesamento, o caráter

(43) O *dumping social* é caracterizado pela violação, de forma consciente e reiterada, dos direitos fundamentais dos trabalhadores, com o objetivo de conseguir vantagens comerciais e financeiras, aumentando a competitividade, provocando uma concorrência desleal no mercado, em razão do baixo custo da produção de bens ou serviços. Várias são as práticas que podem configurar o *dumping social*, como o pagamento inferior ao legal, o descumprimento da jornada de trabalho, a terceirização ilícita, a inobservância das normas de medicina e segurança do trabalho, entre outras.

principiológico das normas de direito fundamental implica a necessidade de um sopesamento quando elas colidem com princípios antagônicos.”⁽⁴⁴⁾

Todos os dias, sem exceção, a Justiça do Trabalho se depara com situações da mais alta importância social. Contudo — e essa afirmação pode ser endossada por aqueles que militam de verdade na área —, faz tempo que uma questão de tamanho impacto social, que definitivamente oferece a oportunidade de fazer valer a força normativa da Constituição Federal de 1998, não bate a essas ilustres portas. Muito se fala, principalmente em âmbito teórico, sobre a necessidade de aplicação direta da Constituição Federal, da necessidade de interpretação da lei conforme o Texto Maior. Entretanto, pouco se faz de efetivo nesse sentido. É chegada a hora de abandonar velhas práticas estritamente legalistas e formais. A Justiça do Trabalho tem, nesse caso, oportunidade de fazer real diferença na vida de muitos trabalhadores. E na própria economia, pois o passivo dessa chaga social é para ela canalizada.

Por conta de todo o exposto, acolhidas as razões de decidir apresentadas pelo magistrado de 1ª Instância, acrescidos os fundamentos apresentados anteriormente, com base na interpretação sistemática e conforme a Constituição do nosso ordenamento jurídico, impõe-se a manutenção da brilhante sentença de origem na parte em que determinou à reclamada que se abstenha de remunerar os cortadores de cana por produção.

Da multa imposta em caso de descumprimento da sentença

Por derradeiro, a reclamada alega que não existe amparo legal para a imposição judicial da multa em caso de descumprimento do quanto decidido. Ademais, alega que a imposição da referida multa acarretará enriquecimento sem causa do recorrido.

Evidentemente, não assiste razão à reclamada.

Primeiramente, no que toca ao argumento de que não existe amparo legal para a aplicação de multa em caso de descumprimento da decisão proferida pelo magistrado de 1ª Instância, parece que a reclamada desconhece o sistema processual vigente. Sua afirmação, nesse particular, causa estranheza.

Com efeito, a Lei da Ação Civil Pública prevê, em seu art. 3º, que a ação poderá ter por objeto o cumprimento de obrigação de não fazer. A seguir, demonstrando verdadeira interação criadora do chamado microsistema de tutela coletiva, seu art. 21 determina a aplicação do Título III do Código de Defesa do Consumidor às ações civis públicas.

Por conseguinte, o art. 84, § 4º, do Código de Defesa do Consumidor, prevê a possibilidade de o juiz impor, na sentença, multa diária, independentemente de pedido do autor, caso essa medida seja suficiente ou compatível com a obrigação.

(44) *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Ed. Malheiros, 2008. p. 117-118.

Eis, na ordem em que foram citados, os referidos dispositivos legais:

“Art. 3º A ação civil poderá ter por objeto a condenação em dinheiro ou o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer.

Art. 21. Aplicam-se à defesa dos direitos e interesses difusos, coletivos e individuais, no que for cabível, os dispositivos do Título III da lei que instituiu o Código de Defesa do Consumidor.”

“Art. 84. Na ação que tenha por objeto o cumprimento da obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento.

§ 4º O juiz poderá, na hipótese do § 3º ou na sentença, impor multa diária ao réu, independentemente de pedido do autor, se for suficiente ou compatível com a obrigação, fixando prazo razoável para o cumprimento do preceito.” (grifo nosso).

Já o art. 11 da LACP prevê: “Art. 11. Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz determinará o cumprimento da prestação da atividade devida ou a cessação da atividade nociva, sob pena de execução específica, ou de **cominação de multa diária, se esta for suficiente ou compatível, independentemente de requerimento do autor.**” (negrejou-se)

Nesse mesmo sentido, aliás, é a lição de Luiz Guilherme Marinoni, *in verbis*:

“Ora, como há um sistema de tutela coletiva dos direitos, integrado, fundamentalmente, pela Lei da Ação Civil Pública e pelo Código de Defesa do Consumidor — em razão do art. 90 do CDC, que manda aplicar às ações ajuizadas com base nesse Código as normas da Lei da Ação Civil Pública e do Código de Processo Civil, e do art. 21 da Lei da Ação Civil Pública, que afirma que são aplicáveis às ações nela fundadas as disposições processuais que estão no Código de Defesa do Consumidor —, não há dúvida de que o art. 84 do CDC sustenta a possibilidade da tutela inibitória pura para *qualquer direito difuso ou coletivo*.”⁽⁴⁵⁾

Portanto, absolutamente impossível sustentar a ausência de amparo legal para a imposição, na sentença, de multa cujo objetivo é ver obrigação de não fazer cumprida. Trata-se de medida que torna mais efetiva a imposição judicial.

É evidente que a multa aplicada tem o escopo de fazer prevalecer o aspecto inibitório do mandamento judicial. Não existe processo efetivo — considerado como técnica de solução de conflitos adotada pelo Estado — sem que haja a contrapartida coercitiva em caso de descumprimento da decisão proferida. Na verdade, a irresignação da reclamada perde razão de existir se considerarmos que haverá cumprimento da obrigação imposta.

(45) *Tutela inibitória: individual e coletiva*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 80.

Tanta insatisfação, traduzida pela estranha argumentação no sentido de que não existe previsão legal para o pagamento de multa diária nas ações coletivas, faz presumir que a reclamada pretende não cumprir a imposição que lhe seja desfavorável. Repito: quando se cumpre a lei e as determinações exaradas pelo Poder Judiciário, não existe porque temer a incidência da combatida (e muito útil) multa diária.

Nesse sentido, inclusive, foi o acórdão relatado pelo Desembargador João Batista Martins Cesar nos autos do processo n. 0000984-16.2012.5.150003, cuja ementa segue transcrita, *in verbis*:

EMENTA: “AÇÃO CIVIL PÚBLICA. TUTELA INIBITÓRIA. PRESERVAÇÃO DA SAÚDE E DA SEGURANÇA DO TRABALHADOR. NÃO CONSTATAÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DA LEI À ÉPOCA DA SENTENÇA. PEDIDOS DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO JULGADOS IMPROCEDENTES. RECURSO ORDINÁRIO PROVIDO. 1. A ação civil pública tem por finalidade, entre outros, inibir a continuidade ou a repetição de dano comprovado anteriormente. 2. É dever do Ministério Público do Trabalho levar a cabo todas as medidas previstas ou não proibidas pelo ordenamento jurídico a fim de evitar a ocorrência de novos danos. 3. O que se pretende, obviamente, é evitar o dano, haja vista que nenhuma indenização é bastante o suficiente para ‘compensar’ uma vida perdida, mormente quando essa vida se prestava ao trabalho e enriquecimento alheio. 4. Assim, nada impede que comportamentos ilegais aconteçam ou voltem a acontecer. A regra é clara: se a prevenção é possível, não se deve correr o risco. 5. Sentença que deve ser reformada para acolher os pedidos de tutela inibitória realizados em sede de Ação Civil Pública.”

Outro não é o entendimento do C. TST, como demonstra a ementa a seguir transcrita:

RECURSO DE REVISTA — AÇÃO CIVIL PÚBLICA — CONDENAÇÃO DA RÉ EM OBRIGAÇÃO DE NÃO FAZER — CONDUTA REGULARIZADA NO CURSO DO PROCESSO — MULTA COMINATÓRIA — CABIMENTO. A priorização da tutela específica na ação civil pública, que é consectário das previsões contidas nos arts. 3º e 11 da Lei n. 7.437/85, mais do que assegurar às partes o acesso ao bem da vida efetivamente perseguido através do processo, traz consigo valiosa possibilidade por buscar-se tanto a tutela reparatória — aquela que se volta à remoção do ilícito já efetivado — quanto à tutela inibitória, consistente na qualidade da prestação jurisdicional que busca evitar a consumação do ilícito e que, portanto, prescinde do dano. Independentemente da modalidade de tutela específica perseguida, tem-se que a efetividade, e mesmo a autoridade da decisão jurisdicional que a determina, fica condicionada à utilização de meios de coerção que efetivamente constroem o demandado a cumprir a prestação específica que lhe foi imposta. A multa cominatória já prevista no art. 11 da Lei n. 7.437/85, e que também encontrava respaldo no § 4º do art. 84 do CDC, foi generalizada no processo civil pelo § 4º do art. 461 do CPC e revela-se como instrumento pilar da ação civil pública, que hoje se constitui num dos mais efetivos meios de ju-

dicialização dos valores consagrados pela ordem constitucional. No caso, a pretensão deduzida pelo Ministério Público do Trabalho compõe-se de pedidos com naturezas jurídicas distintas: foi postulada condenação da ré ao pagamento de indenização por dano moral coletivo, como forma de reparar a coletividade pela violação da ordem jurídica já consumada, como também foi postulada a imposição, à ré, de obrigação de não fazer consistente na abstenção da exigência de horas extraordinárias de seus empregados fora dos limites legais, mediante tutela específica. Como forma de assegurar a efetividade do comando jurisdicional, constou do pedido da presente ação civil pública a imposição de multa diária no valor de R\$ 10.000,00 por trabalhador envolvido. Nesse contexto, a constatação de que a reclamada efetivamente violava as regras atinentes à jornada dos trabalhadores foi suficiente à imposição da obrigação, condenação esta que o juízo de primeiro grau acertadamente subsidiou com a imposição de multa pelo eventual descumprimento. Assim é que a superveniente adequação da ré à conduta imposta na sentença, a uma, não a isenta de responder pelo descumprimento de decisão judicial já verificado, porque aqui já se perfez a inadequação processual da conduta da empresa, que em nada se confunde com o acerto ou desacerto de suas práticas econômicas; a duas, não afasta a penalidade abstratamente imposta, uma vez que a adequação atual da conduta da empresa ao comando legal — que, aliás, não foi espontânea, mas resultado da coerção promovida pelo Poder Judiciário, após atuação incisiva do Estado por meio do Ministério do Trabalho e Emprego e do Ministério Público do Trabalho — não pode representar a isenção dos mecanismos de coação estatal a que esta situação regular perdure. Em última análise, a tutela que, num primeiro momento, caracterizava-se como reparatória, a partir da adequação da conduta empresarial converte-se em inibitória, ou seja, preventiva da lesão, que, por isso mesmo, prescinde da demonstração do dano. Impor à ré obrigação de não fazer sem imputar-lhe a multa cabível por eventual descumprimento desse mandamento significa subtrair força à autoridade das decisões dessa Justiça Especializada e, por consequência, também à atuação do Ministério Público do Trabalho no cumprimento de seu mister constitucional. (Processo: RR — 107500-26.2007.5.09.0513, Data de Julgamento: 14.9.2011, Relator Ministro: Luiz Philippe Vieira de Mello Filho, 1ª Turma, Data de Publicação: DEJT 23.9.2011) (grifo nosso)

Como é cediço, a imposição de multa diária para o caso de descumprimento da decisão judicial é a maneira mais fidedigna de sobrelevar, no processo, os princípios da prevenção e o da precaução.

Num primeiro momento, a prevenção deve ser parâmetro para os casos em que existe certeza científica a respeito do evento danoso. Infelizmente, como demonstrado por intermédio da citação de diversos estudos e informações oficiais (principalmente o NTEP), existe respaldo técnico-científico objetivo no sentido de que a atividade realizada pelos cortadores de cana — mormente porque pago por produção — é causa de acometimento das mais diversas moléstias, sendo que a grande maioria é crônica e acompanhará os trabalhadores pelo resto de suas curtas vidas.

Depois de constatada a existência de certeza científica sobre a ocorrência do dano, imperioso fazer incidir, de maneira conjunta, o princípio da precaução. Isso porque, na eventual e remota hipótese de não existir certeza científica para todas as moléstias, o simples indício ou suspeita fundada faz com que as atitudes potencialmente lesivas sejam evitadas e punidas.

Ora, trata-se da tutela do direito à vida e à saúde, de modo que não existe indenização posterior capaz de, integralmente, reparar a perda de uma vida ou o acometimento por uma das doenças trazidas pelo NTEP. As indenizações são formas jurídicas de criar 'compensações fictícias', haja vista que, nesses casos, não se pode retornar ao *status quo ante*. Por isso que a indenização é sempre a última medida jurídica que se pretende. Por isso, ademais, que a multa diária em caso de descumprimento da r. sentença prolatada pelo magistrado de origem deve ser mantida.

Em segundo lugar, a reclamada apresenta irresignação no sentido de que, caso a multa seja aplicada, haverá enriquecimento sem causa do recorrido. Trata-se, logicamente, de argumento falacioso cujo objetivo é apenas causar impacto. Ao menos é assim que deve entender, haja vista que é de conhecimento bastante mediano o fato de que as multas aplicadas em sede de ação civil pública não serão, jamais, revertidas ao Ministério Público do Trabalho, recorrido nesses autos.

É esse o teor do art. 13, *caput*, da Lei de Ação Civil Pública, *in verbis*:

“Art. 13. Havendo condenação em dinheiro, a indenização pelo dano causado reverterá a um fundo gerido por um Conselho Federal ou por Conselhos Estaduais de que participarão necessariamente o Ministério Público e representantes da comunidade, sendo seus recursos destinados à reconstituição dos bens lesados.”

Embora desnecessário adentrar a questão da destinação da multa, caso seja ela imposta, adoto posicionamento no sentido de que a destinação para o Fundo de Amparo ao Trabalhador — FAT fere a finalidade prevista pelo aludido dispositivo legal. O FAT, a despeito de ser o único fundo existente na Justiça do Trabalho, em nada se relaciona com a reconstituição dos bens lesados e eventualmente tutelados em sede de ações coletivas.

Mais interessante, e condizente com a finalidade da lei, é a conversão do valor arrecadado em obrigação de fazer, por exemplo, consubstanciada na compra de ambulâncias para os postos de saúde que atendem os trabalhadores da região abrangida pelos efeitos da coisa julgada. Nessa hipótese, porque diante de obrigação que se exaure no momento exato de seu cumprimento, não há de se falar em falta de condições materiais do Judiciário para acompanhar o cumprimento efetivo das destinações direcionadas para, por exemplo, entidades beneficentes (que ainda se revela mais consentâneo com a finalidade legal, se comparado com a destinação pura e simples para o FAT).

Portanto, porque existe amparo legal, de um lado, e porque jamais haverá destinação da multa para o recorrido (o Ministério Público do Trabalho), de outro, **nego provimento** ao pleito formulado pela reclamada, **mantendo** a r. sentença nesse ponto específico.

Em que pese todos esses argumentos, o apelo merece acolhimento apenas em um tópico: o prazo para implementação da medida. De fato, o prazo de dez dias revela-se por demais exíguo. Diante disso, a obrigação de se abster de remunerar por produção os trabalhadores envolvidos no corte manual de cana-de-açúcar deve ser implementada no prazo de 180 (cento e oitenta) dias a contar da intimação do trânsito em julgado.

Prequestionamento

Diante da fundamentação *supra*, tem-se por prequestionados todos os dispositivos legais e matérias pertinentes, restando observadas as diretrizes traçadas pela jurisprudência do STF (Súmula n. 365) e do TST (Súmulas ns. 284 e 297, bem como as Ojs-SDI-I n. 118 e 119).

Ressalto, por fim, que não se exige o pronunciamento do Julgador sobre todos os argumentos expendidos pelas partes, bastando os fundamentos que formaram sua convicção, conforme já decidido pelo STF (RE n. 184.347).

Dispositivo

Por todo exposto, resolvo **conhecer** o recurso ordinário interposto pela **Usina Santa Fé S.A.**, para, no mérito, **dar-lhe parcial provimento** apenas para ampliar o prazo de início do cumprimento da obrigação de não fazer para 180 (cento e oitenta) dias a contar da intimação do trânsito em julgado, mantida, no mais, a r. sentença atacada, inclusive o valor arbitrado à condenação, por seus próprios e jurídicos fundamentos e por aqueles acrescentados acima.

Hélio Grasselli, Relator Designado.

Produção Gráfica e Editoração Eletrônica: LINOTEC
Projeto de Capa: FABIO GIGLIO
Impressão: Gráfica Paym

