

O abuso do direito no processo do trabalho Litigância de má-fé

Por: Ricardo Pereira de Freitas Guimarães.

Publicado no livro: "O direito e o processo do trabalho na sociedade contemporânea" - Editora LTR - edição 2005.

Dissertar sobre o tema proposto, e principalmente quanto a sua concepção filosófica, se tornou objetivo difícil principalmente após a antinomia do instituto e sua possível geometria estudada por Planiol¹ e as aporias relatadas por Josserand² que de forma corajosa e profunda, trouxeram ao mundo há mais de um século, conceitos, críticas e teorias viscerais sobre o tema. Porém, podemos observar, que a imagem fixada sobre o abuso do direito na esfera processual restou firmada através da união de idéias e construções doutrinárias, que somadas, tentam explicar e conceituar o instituto, que possui noção supralegal nas palavras de Venosa citado por Stoco³. Nessa linha, podemos destacar a maestria de Pontes de Miranda⁴ que disse o que todos pensamos, mas não conseguimos expressar em nossa escrita, conceituando um dos pilares do conceito de abuso do direito processual nas seguintes linhas: *"Há limites aos direitos e há abusos sem traspassar limites. Não se confundam limitação aos direitos e reação ao abuso do exercício do direito, ou melhor, o exercício lesivo. Quando o legislador percebe que o contorno de um direito é demasiado, ou que a força, ou intensidade, com que se exerce, é nociva, ou perigosa a extensão em que se lança, concebe as regras jurídicas que o limitem, que lhe ponham menos avançados os marcos, que lhe tirem um pouco da violência ou do espaço que conquista"*. Já Caio Mario⁵, com brilhantismo que lhe é inerente, destacou: *"Abusa, pois de seu direito o titular que dele se utiliza levando um malefício a outrem, inspirado na intenção de fazer mal, e sem proveito próprio. O fundamento ético da teoria pode, pois, assentar em que a lei não deve permitir que alguém se sirva de seu direito exclusivamente para causar dano a outrem"*. Extraíndo da doutrina civil a proximidade conceitual do abuso do direito, cumpre salientar, que tanto na esfera processual como na esfera do direito material, o abuso pode ser conceituado de forma similar, sendo que naquela se encontra retratado pela má-fé processual, ou seja, abuso de estar em juízo ou de utilizar indevidamente (abusivamente) os

¹ Marcel Planiol. "Traité Élémentaire de droit civil.2.Ed.Paris,1902,vol 02.

² L. Josserand. "De l' Esprit des droits et de leur relativité. Paris. 1927.

³ Rui Stoco. "Abuso de direito e má-fé processual". Editora Revista dos Tribunais, pág.56

⁴ F. C. Pontes de Miranda. "Comentários ao código de processo civil".5.Ed Rio de Janeiro. Forense, pág 351-352.

⁵ Caio Mario da Silva Pereira. "Instituições de direito civil". Editora Forense- RJ. 1995, vol I.

remédios jurídicos disponíveis às partes. Não obstante às teorias discutidas sobre o tema (subjéctiva e objectiva), é de se observar, que o abuso do direito na esfera processual se caracteriza pela utilização do processo sem um fim sério e legítimo. Importante salientar a importância do instituto no presente momento histórico, sobretudo, após o reconhecimento normativo explícito pelo ordenamento jurídico substantivo do abuso do direito como ato ilícito desde a edição da lei 10.406/2002 (código civil) que dita em seu artigo 187: *“Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico e social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”*. A mudança de escopo propiciada pela inserção no ordenamento jurídico da figura permite, hoje, maior identificação de eventual abuso cometido pelas partes, ou seja, a atitude contrária da parte quanto ao fim social, econômico, boa-fé e bons costumes de um direito exercido, permitindo interpretar referido ato como abusivo. Isso traz à presente quadra a total e irremediável decadência da expressão “o que não está nos autos não está no mundo”, visto que hoje, a solução de um conflito interessa ao mundo (sociedade como um todo) seja pelos efeitos sociais ou econômicos da decisão proferida, ou até mesmo, pelo simples fato – que não é tão simples assim - de ofender os bons costumes da sociedade. A tutela a ser entregue interessa ao mundo e não só às partes envolvidas no litígio. Nessa trajetória, entramos de vez num tempo de “queda livre” do positivismo exacerbado e da simples teoria, importando sim, a remodelagem de premissas e de repensar o próprio fim do processo. Já advertia Castanheira Neves, citado por Wandelli⁶ *“Dessa maneira, não há um “direito perfeito”, nem o “direito existente”, ou um “outro direito” a alcançar, pois o direito é tarefa que se faz, não substância que se descobre”*. Portanto, é de vital importância, que se compreenda a ausência de possibilidade da criação de um rol taxativo de subsunção de fatos a totalidade das normas para que se reconheça o abuso do direito no processo. Na verdade, se faz necessário, a realização de um juízo de valor com a efetiva busca de uma ponderação entre a providência processual adotada pela parte em relação ao próprio processo, e essa providência em relação à sociedade como um todo. Note-se que impossível ainda, se valer de uma geometria absoluta como na moldura relatada por Kelsen⁷ para se fixar os limites do abuso, pois muitas vezes, a análise se dá em terreno movediço, ou seja, em circunstâncias não favoráveis a proximidade da certeza denominada de verossimilhança. Ressalte-se, que sendo o terreno inseguro, não haverá espaço para a aplicação de qualquer sanção em face de suposto abuso, visto que referido instituto somente encontra espaço quando presente a verossimilhança (ainda que esse advenha de um juízo de valor), não há, pois, qualquer rachadura para que se reconheça o abuso sem que esse se encontre acompanhado, no mínimo, da “quase certeza” do ato abusivo, sob pena de se criar falsa premissa, afastando o instituto do seu real objetivo, qual seja, a solução breve e justa não só do litígio que envolve as partes, mas também sob o enfoque do interesse social e econômico. Além de propício a indenização, o ato processual praticado de forma abusiva possui sanções peculiares como

⁶ Leonardo Vieira Wandelli. “ despedida abusiva, LTR, março 2004, página 171.

⁷ Hans Kelsen. “Teoria Pura do direito (trad. João Baptista Machado) 5ª edição Coimbra.

as estampadas no artigo 18 e 601 do código de processo civil, ora tratado como má-fé (artigo 17 do CPC), ora tratado como ato atentatório à dignidade da justiça (artigo 600 do CPC). O importante é compreender que referidas previsões não visam apenas proteger às partes, e sim o todo denominado sociedade, essa é a visão que devemos ter hoje. Afinal, o que é atentar contra a dignidade da justiça senão menosprezar de forma indireta - e muitas vezes direta - determinações judiciais, ou posturas exigidas da parte por força de lei, como aquelas constantes no artigo 14 do Código de Processo Civil Brasileiro, aplicável a Justiça do Trabalho de forma subsidiária por força do artigo 769 da Norma Consolidada.

No contexto da Justiça do trabalho, justiça que caminha sob o espectro de “justiça social” – em que pese alguns tentarem afastar esse seu viés – com maior atenção há que se observar o eventual abuso de direito das partes, visto que a natureza alimentar do salário, o exagerado valor dado ao capital em detrimento do ser humano (muitas vezes tratado como produto de consumo), a superioridade financeira das empresas em face dos empregados, o alto índice de desemprego, a falta de apoio governamental e a falta de seriedade de algumas representações profissionais e econômicas são condições propícias para a existência de abusos não só durante o processo, como antes mesmo do ingresso da ação, e como exemplo, podemos citar a criação das comissões de conciliação prévia que se deu através da “falida” lei 9.958 de janeiro de 2000, lei essa que de um lado ajudou pouco a esvaziar o judiciário, e de outro, garantiu a segurança e total impunidade a alguns péssimos empregadores em detrimento dos direitos de alguns empregados. O abuso do direito não pode ter qualquer espaço na esfera trabalhista, pois incompatível em seu âmago com os próprios princípios que regem o processo e o direito do trabalho. Lembramos que Para Reale⁸ princípios são “*verdades ou juízos fundamentais, que servem de alicerce ou de garantia de certeza a um conjunto de juízos, ordenados em um sistema de conceitos relativos a dada proporção da realidade*”. Nos Ensina o Professor Amauri Mascaro do Nascimento⁹ que “*os princípios jurídicos são valores que o direito reconhece como idéias fundantes do ordenamento jurídico, dos quais as regras jurídicas não devem afastar-se para que possam cumprir adequadamente seus fins*”. Para Beltran¹⁰ princípio é “*o ponto de partida ou o começo de qualquer coisa, ato de principiar*”. Na classificação de Giglio¹¹ são quatro os princípios próprios do direito processual do trabalho, a saber: 1) protecionista; 2) jurisdição normativa; 3) despersonalização do empregador; 4) Simplificação procedimental (ex: *jus postulandi* e comunicação postal dos atos) . Entre os princípios citados, destaque-se a possibilidade do ingresso em Juízo sem a presença de advogado (*jus postulandi*), e a título exemplificativo, citemos uma reclamação trabalhista reduzida a termo pelo serventário da justiça, e em sede de audiência, ao ser

⁸ Miguel Reale, “Filosofia do direito”, Saraiva, pág 54, edição de 1965.

⁹ Amauri Mascaro do Nascimento, “iniciação ao direito do trabalho”, 30ª edição, LTR 2004, pág. 126.

¹⁰ Ari Possidonio Beltran, “dilemas do trabalho e do emprego na atualidade”, edição 2001, LTR, pág 29.

¹¹ Wagner D. Giglio. “Direito Processual do Trabalho, edição 13ª, Saraiva, 2003. Página 70.

colhido o depoimento pessoal do Autor pelo Magistrado, observa-se à existência de contradições entre os requerimentos iniciais e o depoimento do Reclamante. Teria o serventário público “criado” uma reclamação trabalhista diversa da narrada pelo Reclamante quando reduzida a termo sua reclamação? Teria o serventário litigado de má-fé? É possível no presente caso assegurar que houve má-fé ou simples erro de informação? Houve intenção do serventário? Poderia o Juiz condenar de forma solidária o serventário como litigante de má-fé? Nos parece que não, visto que o serventário sequer é parte no processo. Este exemplo tenta retratar alguns exageros cometidos em face dos advogados, que eventualmente são condenados solidariamente com seus clientes sob o escopo da má-fé. Referida decisão nos parece ilegal e inconstitucional. Ilegal por ofender diretamente o artigo 14, parágrafo único do Código de Processo Civil, bem como o estatuto da advocacia (lei 8906.1994); e inconstitucional em razão de ferir o devido processo legal, cerceando o direito de defesa (CF, artigo 5º, inciso LIII, LIV, LV). São inúmeros os exemplos em que se pode identificar a má-fé no direito processual do trabalho, e entre os mais corriqueiros, podemos citar o adiamento da audiência sem que real necessidade exista, por ausência de testemunha supostamente convidada (artigo 825 da CLT), que merece maior atenção, pois tem sido utilizado como válvula de escape constantemente para protelar o processo. Note-se que apesar de ser fundamentada em previsão legal, ou seja, é um direito da parte adiar a audiência caso sua testemunha convidada não compareça, ultrapassa seu direito o ato de fingir o convite com intuito de simplesmente adiar a audiência. Importante salientar, que aqui se observa o interesse da sociedade em banir referida atitude dos fóruns trabalhistas, pois há evidente prejuízo a sociedade como um todo, pois todos os que se dirigem para a audiência deixaram seus afazeres, muitas vezes sobrecarregando colegas no seu trabalho, impedindo a solução de outra questão junto à pauta de audiência da Vara, trazendo prejuízo ao erário público, ente outras conseqüências. Em síntese, o abuso de direito deve ser repellido pelos tribunais com atitudes severas restrita às partes, evitando a procrastinação eterna das demandas, contudo, a verossimilhança deve estar presente para a aplicação da sanção, bem como a intenção malévola da parte, como assevera Agrícola Barbi¹². Ademais, o resultado dessa aplicação deve ter finalidade não só para a parte supostamente beneficiada, mas também para a sociedade como um todo. O momento vivido é de transição do simples interesse individual para o efetivo interesse coletivo. A transição é um momento difícil tanto quanto sua definição, que nas palavras de Stoco¹³ representa: “A transição é aquilo que, já sendo, ainda não é”.

¹² Agrícola Barbi. “Comentários ao Código de Processo Civil. Rio de Janeiro. Forense. 1995, página 176

¹³ Rui Stoco. “Abuso do direito e má-fé processual.” Editora Revista dos Tribunais. Página.35