

Artigos

A força pedagógica da Ação Civil Pública e dos termos de ajustamento de conduta.



MÔNICA SETTE LOPES

Juíza da 12a Vara do Trabalho de Belo Horizonte. Doutora em Filosofia do Direito pela UFMG. Professora dos cursos de graduação e de pós-graduação da Faculdade de Direito da UFMG.

Resumo

Ação civil pública e dos termos de ajuste de conduta são instrumentos processuais que revelam a fragilidade do sistema jurídico na medida em que seu objetivo é enfatizar o sentido já fixado no comando da lei com vistas a defini-lo concretamente para situações futuras. Esta circunstância é demonstrativa da qualidade especial da execução nas hipóteses de seu descumprimento. Mais do que a menção estática à sanção e sua exigência compulsória, é preciso exercitar o seu sentido pedagógico pela força do argumento específico, como único caminho que pode levar à assimilação dos princípios que vivem na raiz da lei.

Abstract

The *ação civil pública* and the *termos de ajuste de conduta* are processual instruments which reveal the judicial system fragility, since their main destination is to emphasize the sense already established in the law, in order to define its concrete application to future situations. This circumstance demonstrates the special quality of the execution when they are not spontaneously obeyed. Beyond the static mention of the sanction and its compulsory exigency, it is necessary to exercise its pedagogical destination using the power of the specific argument, as the only way to achieve the assimilation of the principles that live in the law's foundation.

No final de 2004, os jornais estamparam as notícias do tsunami, dando ênfase à imprevisão de sua chegada e às mortes que gerou. Uma frase simples ficou guardada e é trazida agora na abertura deste trabalho:

*"A água estava no nível do céu. E tinha a mesma cor azul escuro. Não sabia se era o céu ou o mar fazendo aquilo."*¹

¹ Lee Srisangad, dono de um bangalô na ilha de Phi Phi, devastada pelo maremoto. Folha de São Paulo, quinta-feira, 06 de Janeiro de 2005, p. A 13.

[...] A necessidade do controle da adequação da norma e de seu processo de aplicação percorre variadas etapas do pensamento jurídico e pode ser retomada na mensagem dada ao juiz por meio de dispositivo que se envereda pela tradição como um preceito instrumental, de sobredireito. (...) O percurso para atender aos fins sociais e às exigências do bem comum não implica caminho de sentido único".

O objetivo deste trabalho não é, certamente, falar da violência das forças da natureza, mas é mostrar como o comportamento humano mistura-se a estes riscos se não assimila os limites de tutela que a historicidade humana construiu pelo direito. Isto fica patente quando se analisa o modo com a ação civil pública e os termos de ajuste de conduta se colocam no que concerne à sanção. Este é um tema fundamental que diz respeito a determinada etapa da evolução do direito brasileiro e, por isto, se apropria daquilo que na natureza das coisas é o inesperado, o surpreendente, *o céu quando se mistura com o mar*.

A edição de leis baseia-se em um processo de absorção de dados da realidade, valorados segundo critérios de proteção e/ou de interesse que precisam ser compreendidos, analisados e criticados. Os estudiosos dos direito, desde os tempos mais remotos, procuram indagar se os critérios são justos, se a sanção é adequada, se o processo para a solução do conflito é acertado². As respostas vão sendo dadas a partir da experiência global de cada tempo, num percurso dialético cujo fim sequer se vislumbra.

A necessidade do controle da adequação da norma e de seu processo de aplicação percorre variadas etapas do pensamento jurídico e pode ser retomada na mensagem dada ao juiz por meio de dispositivo que se envereda pela tradição como um preceito instrumental, de sobredireito. Trata-se do art. 5º da já remota Lei de Introdução ao Código Civil³. Não há dúvida de que os parâmetros definidores *da justiça do caso concreto* são também móveis e serão preenchidos pelo juiz a partir do complexo processo de interpretação que retoma a análise da lei, do caso concreto e dos princípios de tutela que estão na raiz de um e de outro. O percurso para atender aos fins sociais e às exigências do bem comum não implica caminho de sentido único.

Haverá sempre duas linhas de justiça que se confrontam e, simultaneamente, interagem: um sentido de justiça – vinculado às idéias de liberdade, de igualdade, de realização das finalidades essenciais do ser humano – que perpassa a história e a vivência social das comunidades e um outro que se consuma em técnica humana de solução de conflitos, visível nas leis e nos processos criados para sua aplicação ao caso concreto.

O papel que se outorga ao direito é relevante, apesar das dificuldades, na medida em que vai estabelecendo meios para consolidar a distribuição de critérios proporcionais ou aproximativos de igualação, numa valoração que embute as diferenças. Os seres humanos só poderão ser verdadeiramente iguais quando a todos forem concedidos os mesmos níveis de amplo acesso ao conhecimento ou de aptidão para assimilar a informação e os fundamentos sobre as fontes de irradiação

2 Quem tiver curiosidade e quiser fazer uma única viagem para provar esta alegação, pode ir diretamente ao Platão de As leis.

3 “Art. 5º - Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum.”

[...] A ação civil pública e o termo de ajuste de conduta pertencem à faixa especial da evolução do direito, caracterizada pela despersonalização aparente com vistas à atribuição de proteção. O anonimato do destinatário final da tutela jurídica é um recurso para escondê-lo dos efeitos perversos que poderiam advir da insolubilidade do conflito fundamental".

da vida.

A ação civil pública e o termo de ajuste de conduta pertencem à faixa especial da evolução do direito, caracterizada pela despersonalização aparente com vistas à atribuição de proteção. O anonimato do destinatário final da tutela jurídica é um recurso para escondê-lo dos efeitos perversos que poderiam advir da insolubilidade do conflito fundamental. O acesso à justiça, como um direito de sustentação geral, pode ficar comprometido pelo poder maior que venha a deter o devedor potencial. Isto ocorre, muito especialmente, quando se trata do direito do trabalho em que a oposição dos interesses entre capital e trabalho é um dado irretorquível.

Não há necessidade de repisar o tratamento conceitual, teórico ou procedimental já tecido com tanta percuciência e acuidade sobre o tema na doutrina brasileira contemporânea.⁴

O ponto de partida, porém, é a natureza estrangulada das coisas, principalmente as falácias em torno da teoria e da prática jurídicas que podem partir de várias apropriações, mas que aqui tomam Ferrajoli como referência:

“A ótica jurídica através da qual se lê a realidade acaba por tornar impossível o conhecimento e a crítica não só dos direitos regulados, mas também do próprio direito vigente, de que impede captar, de um lado, os aspectos de inefetividade das normas de nível superior e, de outro, os aspectos de invalidez das normas de nível inferior.

Diante de semelhantes ilusões a experiência ensina que nenhuma garantia jurídica pode sustentar-se exclusivamente sobre as normas; que nenhum direito fundamental pode sobreviver concretamente sem o apoio da luta para sua realização por parte de quem é seu titular e da solidariedade com ela de forças políticas e sociais; que, em suma, um sistema jurídico, mesmo quando tecnicamente perfeito, não pode garantir nada.”⁵

4 Para um maior aprofundamento nas questões conceituais e operacionais da ação civil pública, cf., entre outros, ADAMOVICH, 2005; CÉSAR, 2005; LISBOA, 2007; MARTINS FILHO, 1997; MARTINS FILHO, 1994; MELO, 2004; OLIVEIRA, 1998; RIBEIRO JÚNIOR, CORDEIRO, FAVA, CAIXETA, 2006; ROCHA, 1996; SIMÓN, Sandra Lia. Os desafios do Ministério Público do Trabalho no novo século. In: PAIXÃO, RODRIGUES, CALDAS, 2005, p.363-383.

5 Para um maior aprofundamento nas questões conceituais e operacionais da ação civil pública, cf., entre outros, ADAMOVICH, 2005; CÉSAR, 2005; LISBOA, 2007; MARTINS FILHO, 1997; MARTINS FILHO, 1994; MELO, 2004; OLIVEIRA, 1998; RIBEIRO JÚNIOR, CORDEIRO, FAVA, CAIXETA, 2006; ROCHA, 1996; SIMÓN, Sandra Lia. Os desafios do Ministério Público do Trabalho no novo século. In: PAIXÃO, RODRIGUES, CALDAS, 2005, p.363-383.

O autor italiano prossegue falando de garantias externas que são tão importantes quanto as garantias internas entre as quais se situa, naturalmente, aquela que é estruturante do ponto de vista da norma que é a sanção.

A rediscussão idéias-matrizes de justiça e de ética cabe a esta altura porque a questão fundamental diz respeito, mais uma vez e sempre, à assimilação do comando normativo, à autonomização do sentido da lei com sua introjeção no sujeito que tem um dever a cumprir e que deveria fazê-lo independentemente dos efeitos externos ou heterônomos da sanção imposta por um terceiro, ainda que este terceiro seja o Estado personalizado no juiz.

Quando a empresa espontaneamente, compreende a importância de manter condições de salubridade condignas no ambiente de trabalho como um valor (ou uma virtude) inerente em suas práticas administrativas, não há certamente qualquer necessidade em reprimir o sentido da lei.

A idéia é de que a ação civil pública em sua processualidade que começa com a denúncia ou a ciência de fato que infringe norma do sistema e vai até o esgotamento da execução, abrangendo a possibilidade de composição pelo Termo de Ajuste de Conduta, não constitui um simples instrumento formal, mas um mecanismo para fomentar garantias externas, ou seja, para buscar a adesão ao sistema e a inoculação na prática do sentimento do justo que se coaduna com a tutela jurídica atribuída ao trabalho.

Tratar da execução da *ação civil pública* ou dos termos de ajuste de conduta demanda se abram os olhos para sua natureza própria e para os efeitos por meio dela antecipados com vistas ao atendimento de uma finalidade, a qual é, precipuamente, fazer cumprir a lei, em sua generalidade, como padrão uniformizador de condutas. O objetivo é tornar concreto o sentido a abstrato da lei sem que haja necessidade, porém, da identificação daqueles que são destinatários da incidência da norma como credores do dever nela estabelecido.

Tanto a sentença na ação civil pública como o teor do termo de ajuste de conduta revigoram vocação para captar o futuro que existe na lei.⁶ Isto se dá em razão da natureza dos interesses difusos e coletivos, diversa dos *individuais homogêneos*. Ives Gandra Martins Filho pontua a distinção a partir do que ele chama de divisor de águas: a potencialidade da lesão nos difusos e coletivos e a concretude da lesão nos individuais homogêneos.⁷

Há nisto, portanto, um paradoxo que costuma ser ressaltado: se a lei já existe, qual seria o sentido de uma sentença (norma individual)

6 Sobre a indeterminação que se confunde com generalidade e a aptidão para gerar efeitos para o futuro, cf. TRT – 4ª Região. 00890-2001-004-04-00-2 (AP) DO 17.03.05 Relator Juiz João Ghisleni Filho.

7 MARTINS FILHO, 1997, p. 25. Cf. a distinção ainda em ADAMOVITCH, 2005, p. 115-144, ROCHA, 1996, p. 31-46, MANCUSO, 1988, GRINOVER, 1996, p. 100.

que simplesmente repetisse o seu conteúdo? Se é ela que é apropriada para a definição de um risco potencial ou para a valoração de um dado concreto, qual é o sentido da renovação de seu comando sem a identificação dos credores do direito?

A resposta é simples: a existência da lei não coincide na prática com uma aceitação espontânea e a ação civil pública é um instrumento criado para superar esta incerteza, que é do sistema, e para recriar o padrão normativo já existente de forma mais clara e direta dentro do âmbito daqueles que são seus destinatários, com a mesma potencialidade e diferimento no tempo que são característicos da lei. O efeito é a redundância, mas ela decorre de uma imposição do sistema que tem sempre que ultrapassar o estigma da possibilidade de não ser conhecido ou de não ser aceito.

A sanção que se conecta a uma e a outra situação, por sua vez, não pode ser compreendida fora de contexto. Neste sentido, é também importante decifrar no misterioso horizonte dos problemas jurídicos onde está o *céu* e onde está o *mar*, mesmo quando se apresentem na mesma cor aparente.

A pertinência da sanção como um elemento formal da norma jurídica ganha em autores como *Kelsen*⁸, especialmente, um realce para a figura da execução forçada, que é a parte estruturante mais vistosa no que concerne aos objetivos da ação civil pública. A sentença nela proferida assume a dupla vertente de declaração (pleonástica ou enfática) de um sentido geral da ordem jurídica e também de meio para executá-la forçosamente e para fazê-la implementar-se na realidade.

Há uma conotação política no simples ato de o Ministério Público suscitar a questão: a própria conduta ativa do agente estatal na avaliação do cumprimento da lei já exala sua destinação no sentido do cumprimento da decisão. A discussão do tema deve, por conseguinte, ser vista como uma passagem do processo que é mais importante do que a decisão propriamente. A internalização do sentido protetor da norma pode fazer-se numa perspectiva potencial no percurso pelo qual transita o diálogo das partes. As manifestações processuais podem ser vistas como mero cumprimento de etapas formais ou elas podem ser apreendidas como canais para a introjeção do sentido tutelar, dado fundamental de todo o direito. Não se trata da simples imposição da sanção e do temor à força abstrata da lei, mas de algo mais profundo que é a adesão ao sentido da tutela. Esta atividade pedagógica exige atenção minuciosa, participação ativa de todos os envolvidos e a consciência da necessidade de domínio da dialética das diferenças. A argumentação deve ser clara, franca, transparente, mas compreensiva dos percalços que são inerentes no conflito e do caráter cogente e indisponível das regras que integram o direito do trabalho, as quais devem ser absorvidas em sua especificidade concreta.

É neste ponto, na força da atuação, que o Ministério Público se distingue do sindicato como defensor de interesses difusos ou coletivos.

8 KELSEN, 1962, p. 149-151.

Os sindicatos defendem os trabalhadores que “a ordem jurídica protege”⁹, o Ministério Público “defende a própria *ordem jurídica* protetora dos interesses coletivos dos trabalhadores.”¹⁰

Ele deve agregar ao processo a linha de historicidade que caracteriza o próprio direito, em geral, e o Direito do Trabalho, em especial, porque a compreensão dos processos de implantação da norma jurídica escapa aos limites formais e à capacidade de contenção pela sanção. A assimilação consciente e consumadora constitui a face mais problemática da dinâmica jurídica e é um dado de sua história que exige franqueza e imaginação para a composição do argumento peculiar a cada caso e a certeza da impossibilidade de esgotamento absoluto de todos os desvãos de cada cena de crise.

A ação civil pública, com a despersonalização dos interessados que lhe é característica, faz parte de determinado momento de conjunção histórica dos valores tutelares do direito. A apreensão do quadro tal como se situa na atualidade não pode, porém, perder o nexos com os transtornos e os tormentos do passado, como se percebe de uma visita curta a *Boaventura de Souza Santos*:

“Num período de transição paradigmática, o conhecimento antigo é um guia fraco que precisa ser substituído por um novo conhecimento. Precisamos de uma ciência da turbulência, sensível às novas exigências intelectuais e políticas de utopias mais eficazes e realistas do que aquelas pelas quais vivemos no passado recente. A nova constelação de sentido não nasce do nada. Tem muito a lucrar se escavar o passado em busca de tradições intelectuais e políticas banidas ou marginalizadas, cuja autenticidade surge sob uma nova luz depois de se “desnaturalizar” ou até de provar a arbitrariedade desse banimento e marginalização. Acima de tudo o novo conhecimento assenta-se num des-pensar do velho conhecimento ainda hegemônico, do conhecimento que não admite a existência de uma crise paradigmática porque se recusa a ver que todas as soluções progressistas e auspiciosas por ele pensadas foram rejeitadas ou tornaram-se inexecutáveis.”¹¹

Mesmo que os instrumentos até aqui usados funcionem como *guias*

9 MARTINS FILHO, 1997, p. 30.

10 MARTINS FILHO, 1997, p. 30.

11 SANTOS, 2000, v. 1, A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência, p. 186.

fracos, é essencial avaliar a exequibilidade das novas proposições de modo a adaptá-las aos contornos e às necessidades da realidade com a inteira consciência dos obstáculos. O desprezo pela experiência passada e a sensação de que este ou aquele instrumento é um campo de soluções plenas, que possibilita uma transição para um novo paradigma de tutela, pode ser um risco para a dimensão conflitual se não houver uma absoluta clareza no modo como as ações são desenvolvidas e na linguagem como são versadas.

Norberto Bobbio cuidando de virtude e de regras, como faixas em que se situam, de um lado, a moralidade, e, de outro, a juridicidade, diz que seria melhor analisar a relação entre elas, como “exigências práticas diversas, não opostas, das quais se originam e às quais obedecem.”¹²

As virtudes podem ser vistas como valores apropriados pela conduta humana, especialmente a partir da ética. Ainda que tenham perdido, como suporte, a força que tiveram em outros momentos da história ocidental, não será de todo incorreto ver-se nelas uma das feições da inoculação prática dos princípios e especialmente dos princípios jurídicos que atuam na cena da interpretação.

Por isto, Norberto Bobbio faz a apologia da *mitezza* como a virtude que poderia levar a uma política não violenta ou não sangrenta, porque baseada na necessidade que há em que um ser humano se relacione com o outro para “vencer o mal que há em sua alma.”¹³ Trata-se de uma virtude social baseada na simplicidade que protege de “hermetismos inúteis e das posições ambíguas”¹⁴ e que se caracteriza pela “limpidez, clareza e recusa de simulação.”¹⁵

Na ação civil pública, o destaque especial para a verberação das figuras do interesse difuso e do interesse coletivo revela o aspecto fragilizante apontado por Ferrajoli: ela é cabalmente um instrumento redundante fundado na recalcitrância no cumprimento da lei. O seu objetivo é a reiteração do teor concreto e abstrato da lei pontuada num feixe de relações jurídicas que, no que concerne ao direito do trabalho, abrange necessariamente as figuras dos empregados atuais e potenciais contrapostos a um empregador específico. Ela assume a antinomia fundamental e mais grave do sistema: a certeza de que ele não é espontaneamente assimilado e que é preciso o destaque de sua generalidade e abstração ainda uma vez. Se o sistema precisa de um instrumento como a ação civil pública, ele admite sua própria fragilidade e o caráter ideal de todos os pressupostos em que se baseia. De outro modo, não se pode entender esta necessidade de enfatizar que a lei é a lei.

Não se quer com isto dizer que ela é inútil em si, mas chamar a atenção para uma contingência que interfere em sua processualidade

12 BOBBIO, 2005, p. 59.

13 BOBBIO, 2005, p. 62.

14 BOBBIO, 2005, p. 73.

15 BOBBIO, 2005, p. 73.

e que deve ser tomada em consideração quando este mecanismo for usado. Aí se assenta a importância do enfrentamento do problema com a clareza, a limpidez e recusa a simulação que deve caracterizar o diálogo que visa à solução e não ao agravamento do problema.

Se a ação civil pública (vista como sistema complexo com procedimentos preliminares e com uma execução que é também especial porque compreende normalmente uma sanção fixada em valores altos pela compreensão geral do papel das astreintes na hipótese) parte da constatação de que o sistema não basta por si mesmo e de que é necessário um novo alerta no sentido da generalidade, a sua posição deveria refletir uma ênfase especial e diferenciada e não simplesmente repetir a expressão generalizadora da lei e a distância que ela tem da cena fática.

A sua dimensão pedagógica deve atender à necessidade de se internalizar a conduta devida, mas ela exige uma consciência da dinâmica concreto do problema e a exposição ampla das tramas em jogo e de suas dificuldades. Poder-se-ia falar em construção de um consenso em torno de uma faixa problemática ou conflitual. No entanto é preciso cautela para a compreensão de que este não é um processo linear ou sem arestas. A mensagem de Luhmann tem pertinência:

“A legitimação pelo procedimento não leva, pois, necessariamente, ao consenso efetivo, à harmonia colectiva de opiniões sobre justiça e injustiça, ou ainda àquilo que Parsons enigmáticamente denominou “articulation of power with real commitments” (articulação do poder com compromisso real). A legitimidade não pode ser totalmente concebida como “interiorização” duma instituição, como conscientização pessoal de convicções socialmente constituídas.”¹⁶

A legitimidade da ação civil pública, dos termos de ajuste de conduta e dos agentes públicos que neles atuam em escala processual ou de composição não pode ser concebida como interiorização de uma situação jurídica complexa do ponto de vista do sentido regulamentar. Esta assimilação não se resolve, nem se consuma pela só utilização do procedimento e pela articulação dos poderes em torno da sanção e de sua execução forçada. Por isto, a decisão pode fixar-se no vazio que não importa sob o prisma formal do procedimento, mas é relevante enquanto problema decorrente da construção efetiva do sistema jurídico em sua versão individualizadora.

Humberto Theodoro Júnior aponta da transação judicial como um dos substitutivos da jurisdição e vê nela os atributos da praticidade e

16 LUHMANN, 1980, p. 100.

da conveniência¹⁷ e esta é uma idéia que está indissolavelmente ligada à construção do consenso.

Neste caso, porém, a margem para a transação é pequena porque se está às voltas com a interpretação da lei para o futuro, ou seja, com o sentido intransponível e sempre próximo da literalidade possível da própria ordem jurídica. Não se pode, portanto, nesta esfera de conjecturas, fixar que a lei não será cumprida, como um fator-padrão da negociabilidade. Ainda que este limite seja irretorquível e que ganhe vulto em situações pontuais de grave lesão (como trabalho escravo, trabalho do menor), há, porém, determinadas faixas de interesse em que a necessidade de adaptação clama pela intermediação do fator tempo, a fim de projetar para o futuro uma adesão integral da empresa ao sistema. Estes são os casos em que haja necessidade de alteração no ambiente de trabalho, com a exigência de obras, ou aqueles em que a mudança estrutural na composição do quadro funcional não prescindia de adaptações, como dispensas, admissões e até mesmo a assunção de um determinado risco decorrente da dependência da empresas de fatores que escapam a seu controle. Como exemplo desta última situação, pode mencionar-se a contratação de portadores de necessidades especiais sabendo-se que, na realidade brasileira, a atitude preventiva ou de formação é diminuta o que constringe as potencialidades de abertura de mais frentes no mercado de trabalho.

O grande dilema é a ilusão de plenitude das formas jurídicas como fator de efetiva (ou suficiente) influência no processo de adesão do destinatário. Esta é uma crença que não escapa de liames meramente positivistas, na medida em que sua base de apoio é apenas a forma: o direito é apreendido essencialmente do ponto de vista da norma jurídica e de sua inserção num sistema em que a sanção se apresenta como componente vital e essencial ou como único caminho para cobrar o cumprimento da norma.

A história do direito revela uma aguda frustração no que concerne à eficiência da sanção como impulso para a adesão ao sistema normativo e, principalmente, aos limites tutelares por ele impostos. A imposição agressiva do comando não significa a sua implantação como um dado da cultura, como um ponto de apoio que justifique a sua absorção pelas práticas da empresa com a convicção do tratar-se aquela da melhor solução. A ação civil pública pode significar um sinal como este, um sinal de pacificação, de afirmação da certeza na interpretação do sistema jurídico e do estabelecimento de modos razoáveis para sua inserção na situação fática dos destinatários da regra e para sua assimilação a partir da finalidade que a norma quer.

É exatamente nesta seara que deve entrar o cuidado na fixação das multas e/ou das cominações. A experiência, vista pela fresta de casos controvertidos trazidos a juízo, revela hipóteses em que a multa, por seu valor, substituiu e atrofiou o interesse da parte no cumprimento da obrigação, na medida em que passou a ser um problema, um centro

17 THEODORO JÚNIOR, 1999, p. 493, n. 478.

conflituoso que mascarou o objeto central da ação, ou seja, aquele bem juridicamente relevante que ela tinha por objetivo garantir. Pode-se afirmar que se a empresa tivesse observado a coisa julgada ou o teor do termo de ajuste conduta, que reproduzem o sentido da lei, cujo conhecimento também se presume, não haveria a necessidade de aplicar-se a sanção. A afirmação é correta, mas ela despreza o problema central já indicado: não é a sanção o que leva a pessoa a cumprir a lei. O risco dela tem um caráter mediador, mas até ele exige a absorção convicta do sentido do comando da lei e o conhecimento de sua funcionalidade. Por isto, a decisão deve ser lavrada de forma a incentivar a introjeção de tal sentido e a sanção deve ter uma ponderação consciente desta processualidade. É preciso, sempre que seja possível, estabelecer os canais claros para a realização das alterações no tempo, para a acomodação dos novos fatores do ambiente em sua dinâmica. Quanto tempo será necessário para a reforma do local de trabalho? Que medidas concretas devem ser adotadas e qual a dificuldade delas?

Tome-se um exemplo de faixas coincidentes da ordem jurídica. Numa ação civil pública em que se obrigue um estabelecimento bancário a dotar todas as suas agências de portas giratórias com detectores de metal é preciso considerar que cada agência deverá ter o seu planejamento de espaço (inclusive para o atendimento dos portadores de necessidades especiais) e que os serviços serão realizados com a agilidade que caracteriza as empreitadas no cenário nacional.

A composição da decisão deve, portanto, constituir um plano para concitar o destinatário a assimilar a linha tutelar. A sanção pode ser progressiva e a adaptação ou a modificação do espaço nos casos em que este seja o ponto controvertido deve ser sempre o objetivo a se sobrepor à incidência dela, pelo que o prazo ou um projeto para a implantação processual deve ser sempre enfrentado.

A ação civil pública não pode ter como objetivo precípua o de aplicar sanção em sua matriz fundadora, porque isto implicaria um amesquinamento de suas potencialidades. O objetivo não pode ser o enriquecimento do FAT.¹⁸ A história revela um processo dominante no sentido da substituição da pena de privação liberdade por indenização e seus vários aspectos entre os quais um interesse do Estado em auferir renda.¹⁹ No entanto, a questão marcante na hipótese centra-se no atendimento do sentido de tutela objetivado pela norma jurídica, que no direito do trabalho se desdobra em várias circunstâncias concorrentes na execução do contrato de trabalho.

Em decisão proferida pelo TRT da 4ª Região, de que foi relator o Juiz João Ghisleni Filho, foi autorizada a alteração do pactuado em ação

18 Cf. sobre a natureza infraconstitucional da autorização para a imposição de astreintes fixadas pelo descumprimento de obrigação de fazer e não fazer imposta em sentença de procedência de ação civil pública, TST – 3ª T. AIRR - 838/2001-084-03-41 - DJ - 17/02/2006 – Relator Juiz Convocado Ricardo Machado.

19 Cf. os vários artigos de GARNOT, 2005.

civil pública conjugando-se os seguintes argumentos²⁰: “o interesse precípua do MPT, em realidade, nunca foi exatamente o pagamento das astreintes (condenação pecuniária de natureza diversa da cláusula penal), muito menos em valores extremamente elevados que possam implicar no fechamento dos já escassos postos de trabalho, mas sim o efetivo cumprimento, pela devedora, da obrigação de fazer sentenciada” e o vulto da execução. Como a empresa era uma gráfica, acolheu-se um pedido alternativo.

A possibilidade de redução do valor da multa, com o uso do art. 645, parágrafo único do CPC deve observar segundo Raimundo Simão de Melo dois argumentos: o caráter preventivo e o caráter sancionatório da multa.²¹ Francisco Antônio de Oliveira diz que a vantagem das astreintes é que elas não criam um “ambiente de violência física, ainda que se articule contra a vontade e se reflita no patrimônio do devedor.”²² No entanto, é oportuna sempre uma avaliação concreta, caso a caso, para estabelecer o melhor modo de atingir o objetivo precípua que é a garantia de cumprimento da norma conjugada com sua viabilização concreta.

Deve-se ter em mente um sentido construtivo, apaziguador, que pode possibilitar os resultados num plano de assimilação ou de adesão que é mais satisfatório do que o incentivo ao conflito por meio de qualquer veículo.

Portanto e apontando a faculdade gnosiológica como o dado mais importante da sanção, principalmente quando inserida como elemento essencial da vida da consciência, é oportuna a lição de *D’Agostino*, que afirma que ela

“aparece com uma das chaves hermenêuticas de acesso à verdade do homem: da qual a necessidade, para além de descrevê-la e de examinar-lhe a função, seja de pesquisar seu sentido, para compreender sua ineludível presença na vida do direito. A sanção precisa

20 TRT – 4ª Região. 01114-1997-231-04-00-1 (AP). DJ 11/04/2006. Relator Juiz João Ghisleni Filho. No sentido da permissão de diminuição da multa, quando se constatar o cumprimento parcial do ajustado e da liquidez do termo de ajuste de conduta, que significa a necessidade de avaliação do que foi efetivamente cumprido, cf. TST, 5ª T., RR - 751/2003-911-11-00, DJ - 02/06/2006, Relator Ministro Gelson de Azevedo e TRT – 3ª Região. 7ª T. 00673-2002-040-03-00-2 AP – DJMG 21.10.04. Relator Juiz Convocado Milton Vasques Thibau de Almeida.

21 MELO, 2004, p. 84. Cf. no sentido da impossibilidade de alteração do valor da multa – TRT – 17ª Região 00137.2003.181.17.00.5 AP. DJ 24.08.04. Rel. Juíza Maria de Lourdes Vanderlei e Souza.

22 OLIVEIRA, 1999, p. 72. Sobre a natureza da multa que é diversa da simples cláusula penal e não substitui a obrigação ou o dever principal, cf. TST – 1ª T. ED-RR-1.630/2000-007-17-00.1. DJ 17.03.2006. Rel. Min. Emmanoel Pereira e TRT – 3ª Região. 7ª T. 00569-2003-027-03-00-9 RO, DJMG 26/04/05, p. 18. Juíza Relatora Convocada Wilméia da Costa Benevides.

ser ressemantizada, precisa ser reinserida no circuito da prática."²³

Não se deve ver a execução como o lugar da sanção exclusivamente. Ainda que ele seja devida, atribuir-se a ela a prioridade como elemento de destinação do direito impossibilitará a avaliação do proveito das iniciativas que se destinem a uma adesão maior à norma. É a linha de *Olivecrona*:

*“toda tentativa de configurar de modo científico a dita força vinculante do direito como qualquer coisa além da pressão psicológica que é exercida sobre as pessoas conduz necessariamente à absurdidade e à contradição, porque os direitos e os deveres não representam realidade de fato, mas são racionalização dos impulsos psíquicos, vinda de hipóstases formadas em contextos socioculturais muito diverso daquele atual e na origem carregada de significados mágicos.”*²⁴

Estes significados mágicos acentuam-se na própria força de abordagem da questão tormentosa que é o descumprimento da norma. O processo para se chegar ao termo de ajuste de conduta não pode ser a imposição, mas a construção, pedagógica, da adesão ao sistema. Naturalmente não se pode viver a utopia de que ele será atingido em todas as circunstâncias, mas quando o processo é calçado pelo sentido da *mitezza* até a execução da sanção é mais fácil e possibilita a renovação do incentivo à assimilação com mais chances de sucesso. É preciso compreender que os processos não terminam com a sentença. Em se tratando de uma norma individual que se volta para o futuro, eles começam com ela.

Por isto, assim como não seria certamente a conduta mais correta o envio de um termo de compromisso pelo correio com uma ordem de que seja assinado e as cópias enviadas como modo de expressão do não aceitação espontâneo do ajuste de conduta, não será conduta adequada deixar a execução simplesmente correr como se fosse um mero conjunto ordenado de atos processuais. O ajuste exige o burilamento dos detalhes de fato e o seu conhecimento aprofundado pelo Ministério Público que pode chegar a ele com muito mais precisão do que o juiz. A execução exige a renovação do espírito de construção da conciliação. Não se trata da superação ou do afastamento dos termos da coisa julgada mas de tentar imprimir seus efeitos concretamente na realidade como um dado corriqueiro ou natural. Trata-se de definir concreta e profundamente o sentido preciso da lei na situação de fato,

23 D'AGOSTINO, 1995, p. 17-9.

24 FARALLI, Carla. Diritto e magia. In: PATTARO, 1982, p. 43.

[...] na ação civil pública implicará sempre a abertura de uma nova frente problemática ligada à absorção do campo fático pelo normativo, ainda que ele esteja nesta hipótese pontuado numa definição que se espera concreta pela decisão exequenda. O âmbito da pesquisa probatória e seus limites vão naturalmente variar em cada situação. No entanto, pode haver uma nova necessidade de enfrentamento cognitivo e de definição da dimensão integral dos pólos de absorção da norma".

com sua assimilação completa.

Não se discutem mais as questões da competência da Justiça do Trabalho para o julgamento de ações civis públicas e para a execução dos termos de ajuste de conduta não cumpridos.²⁵ No entanto, um dos aspectos mais interessantes, e que toca exatamente no ponto acima focado, diz respeito à prova do cumprimento do TAC ou à execução da sanção pela alegação do descumprimento da decisão proferida na ação civil pública, quando a manifestação do devedor seja a excludente de cumprimento.

Qual é o limite para a aferição do fato?

Sabe-se, e a repetição tem caráter meramente enfático, que o provimento na ação civil pública visa a atingir fatos futuros, os quais, como é lógico, não se haviam consumado quando da solução da demanda. Isto significa que a execução na ação civil pública implicará sempre a abertura de uma nova frente problemática ligada à absorção do campo fático pelo normativo, ainda que ele esteja nesta hipótese pontuado numa definição que se espera concreta pela decisão exequenda. O âmbito da pesquisa probatória e seus limites vão naturalmente variar em cada situação. No entanto, pode haver uma nova necessidade de enfrentamento cognitivo e de definição da dimensão integral dos pólos de absorção da norma. Numa época em que se discute a possibilidade de a autuação fiscal aplicar multa nas situações em que reconheça a existência de relação de emprego não assimilada espontaneamente pelo empregador, deve-se adotar a contrapartida que é a possibilidade de ampla discussão de cada caso, com a outorga da máxima possibilidade de exercício da defesa e do contraditório.²⁶ Neste sentido e dentro da escala pedagógica a que se referiu, não parece adequado se considere qualquer auto de infração como sendo um *em si* superior e impassível de contestação ou mesmo de contextualização. O exercício contraposto da argumentação e da informação constitui canal essencial para a diminuição das arestas. É preciso que ele seja entendido sob este enfoque e que as soluções sejam ágeis mas não desprezem a necessidade da plena exposição dos pontos

25 MARTINS FILHO, 1997, p. 66. Cf. as seguintes decisões sobre competência, TST – 1ª T. AIRR - 483/2001-083-03-40, DJ, 04/11/2005, Relator Min. João Oreste Dalazen; TST – 3ª T. RR 805185/2001. DJ, 15/04/2005 Rel. Ministro Carlos Alberto Reis de Paula; TST – 2ª T. RR 805133/2001. DJ, 21/11/2003, Relator Juiz Convocado Saulo Emídio dos Santos; TST – 2ª T, RR 656184/2000, DJ, 21/11/2003, Relator Ministro Renato de Lacerda Paiva; TRT – 13ª Região AGPE 644/1999, DO 09-04-2000, Redator designado Juiz Francisco de Assis Carvalho e Silva; TRT – 3ª Região. 5ª T. AP - 2104/01, DJMG 23/06/01, p. 21. Juíza Relator Desembargadora Emília Facchini.

26 Cf. sobre a prova de cumprimento como ônus do empregador – TRT-PR-00532-2002-089-09-00-3-ACO-02256-2004. DJPR, 06-02-2004. Relator Juiz Luiz Eduardo Gunther, e sobre a necessidade de permitir a produção de tal prova quando efetivamente requerida – TRT – 3ª Região. 6ª T. 00948-2002-084-03-00-2 AP, MG 31/07/03, Juíza Redatora Convocada Nanci de Melo e Silva e TRT – 3ª Região, 3ª T. 01863-1998-013-03-00-7 AP - DJ 17/01/2004. Rel. Juiz Paulo Roberto Sifuentes Costa.

de vista e mesmo da dilação probatória, tendo em vista que qualquer alegação de descumprimento se conformará em fatos que são novidade na perspectiva dos elementos do processo que antecederam a decisão ou o acordo que o extinguiu com resolução do mérito ou que é o título exequendo. O futuro em relação à decisão ou à assinatura do TAC se transforma, na execução, num passado que deve ser amplamente dado ao conhecimento do juiz.

O caráter geral e abstrato da sentença proferida na ação civil pública²⁷ não se dissocia de uma especial qualidade da redação do texto com vistas a conquistar a adesão do destinatário e a evitar que a litigiosidade brote nas execuções exatamente pelo risco da imposição de uma nova e complexa etapa cognitiva.

A chamada *individualidade* social do homem só pode ser amplamente exercitada com a experiência da crítica e com o exercício da exposição ampla à multifária vertente da vida, a qual pressupõe conhecimento exato da variabilidade das contingências concretas que perpassam o caminho da humanidade sob os mais variados prismas: sua história, sua economia, seus meios de alimentação, de diversão, sua arte, seu direito. É isto que *Arthur Kaufmann* ressalta ao afirmar que o homem

“quer realizar-se na história, em uma consciente confrontação com a situação histórica, única e irrepetível, de sua natureza e se realiza por meio de sua ação, assim como através da criação de suas obras. Mas o indivíduo nunca será capaz de realizar ditas obras sozinho e exclusivamente apoiado em si mesmo. Ele estará justamente na comunidade e com a comunidade. Por isto, precisamente porque a capacidade humana da pessoa não é um mero ser em si mesmo, não é tão somente individualidade impregnada de si, ela é sempre, a um mesmo tempo, “individualidade social.””²⁸

O conflito é uma experiência contundente da história humana, assim como as regras que visam a preveni-lo e a solucioná-lo. Compreender a força da vida desta individualidade social é tarefa sublime dos que exercem o ofício apaziguador, ainda que como voz do Estado. Deles se exige a compreensão do imprevisto e da falha, do bem e do mal, do erro e do acerto, dos paradoxos revividos da humanidade. Deles se exige a percepção do azul do céu e do azul do mar, mesmo quando não se saiba se é do céu ou do mar que vem a força que impulsiona, atormenta, confunde, mas dá sentido à vida.

27 MARTINS FILHO, 1997, p. 83.

28 KAUFMANN, 1999, p. 389.

BIBLIOGRAFIA

ADAMOVICH, Eduardo Henrique Raymundo von. Sistema da ação civil pública no processo do trabalho. São Paulo: LTr, 2005.

D'AGOSTINO, Francesco. La sanzione nell'esperienza giuridica. 4. ediz. Torino: G. Giappichelli, 1995.

BOBBIO, Norberto. Elogio da mitezza. In: BOBBIO, Norberto. O final da longa estrada: consideração sobre a moral e as virtudes. Trad. Lea Novaes. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 2005.

CÉSAR, João Batista Martins. Tutela coletiva: inquérito civil, poderes investigatórios do Ministério Público, enfoques trabalhistas. São Paulo: LTr, 2005

COMPARATO, Fábio Konder. Ética: direito, moral e religião no mundo moderno. São Paulo: Cia. Das Letras, 2006.

COSTA, Joaquin. Teoria del hecho jurídico individual y social. Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Argentina, 1947.

DINAMARCO, Pedro da Silva. Ação civil pública. São Paulo: Saraiva, 2001.

FERRAJOLI, Luigi. Derecho y razón: teoria del garantismo penal. Trad. Perfecto Andrés Ibanez et alii. 7. ed. Madrid: Trotta, 2005.

GARNOT, Benoît. Justice et argent: les crimes et les peines pécuniaire du XIIIe au XXIe siècle. Dijon: Éditions Universitaires, 2005.

GRINOVER, Ada Pellegrini. O processo em evolução. Rio de Janeiro: Forense universitária, 1996.

JAVIER, Francisco, ROIG, Ansuáteg (Ed.). Una discusión sobre derechos colectivos. Madrid: Dykinson, 2001.

KAUFMANN, Arthur. Filosofia do direito. Trad. Trad. Luiz Villar Borda e Ana Maria Montoya. Bogota: Universidad Externado de Colombia, 1999.

KELSEN, Hans. Théorie pure du droit. Trad. Charles Eisenmann. Paris: Dalloz, 1962.

LISBOA, Roberto Senise. Contratos difusos e coletivos. 3. ed. rev., atual. e amp. São Paulo: RT, 2007.

LUHMANN, Niklas. Legitimação pelo procedimento. Trad. Maria da Conceição Corte-Real. Brasília:UNB, 1980.

KERCHOVE, Michel van der, OST, Francois. Le systeme juridique entre ordre et desordre. Paris: PUF, 1988.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Interesses difusos: conceitos e legitimação para agir. São Paulo: RT, 1988.

MARTINS FILHO, Ives Gandra. Ação civil pública trabalhista. Recife: Nossa Livraria, 1997.

MARTINS FILHO, Ives Gandra. Processo coletivo do trabalho. São Paulo: LTr, 1994.

MELO, Raimundo Simão de. Ação civil pública na Justiça do Trabalho. 2. ed. São Paulo: LTr, 2004.

OLIVEIRA, Francisco Antonio de. Ação civil pública: enfoques trabalhistas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

PAIXÃO, Cristiano, RODRIGUES, Douglas Alencar, CALDAS, Roberto de Figueiredo (Coord.). Os novos horizontes do direito do trabalho. Homenagem ao Ministro José Luciano de Castilho Pereira. São Paulo: LTr, 2005.

PATTARO, Enrico (Org.). Contributi al realismo giuridico. Milano: Giuffrè, 1982.

RIBEIRO JÚNIOR, José Hortêncio, CORDEIRO, Juliana Vignoli, FAVA, Marcos Neves, CAIXETA, Sebastião Vieira (Org.). Ação coletiva na visão dos juízes e procuradores do trabalho. São Paulo: LTr, ANPT, ANAMATRA, 2006.

ROCHA, Ibraim. Ação civil pública e o processo do trabalho. São Paulo: LTr, 1996.

SANTOS, Boaventura Souza. Para um novo senso comum: a ciência, o direito e a política de transição paradigmática. São Paulo: Cortez, 2000, v. 1, A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência, p. 186.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de direito processual civil. 29. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

Publicado originalmente em: LOPES, Mônica Sette. A força pedagógica da ação civil pública e dos termos de ajustamento de conduta. REVISTA TRT - 9ª R., Curitiba, PR, Ano 32, n.58, Jan/Jun. 2007. (s.n.)