

TUTELA ANTECIPADA NA AÇÃO CIVIL PÚBLICA.

Jorge Luiz Souto Maior^(*)

Trata-se de institutos processuais recentes, que não possuem contornos ainda não muito bem definidos. Tanto a antecipação da tutela quanto a ação civil pública comportam uma séria quase infindável de discussões jurídicas, ainda mais no processo do trabalho, onde tudo é sempre muito mais complicado.

De qualquer modo, é crucial que se recorde que os dois institutos em apreço foram criados para o aprimoramento da prestação jurisdicional. Para cumprir esse papel, ambos devem produzir resultados na vida do direito que, efetivamente, provoquem tal melhora no funcionamento do Judiciário. E, é claro, que a produção desses resultados depende muito de nossa atuação enquanto operadores do direito. O direito é muito mais aquilo que os operadores do direito dizem que ele é do que o que está dito na lei. Está em nossas mãos – ou melhor, em nossas mentes –, portanto, a opção de tornar verdadeira a promessa legislativa, ou de torná-la letra morta.

Em outras palavras, o alcance dos institutos processuais será aquele que nossa vontade determinar. O direito processual, vale lembrar, tem por finalidade aplicar o direito material, mas se o propósito de quem faz atuar o direito for o de não fazer valer o direito material, amarrar a atuação jurisdicional nas amarras processuais é o melhor caminho para se chegar a esse objetivo, pois não se precisa declarar, expressamente, tal intenção. Claro que tal intenção não reflete, necessariamente, um propósito de má fé ou coisas do gênero. É, em verdade, bastante natural, pois não se pode esquecer que é da própria índole da ciência processual (que está impregnado nas suas tradições) não produzir resultados, principalmente quando se trata de aplicar direitos de cunho social, tendo lugar neste aspecto a observação de

^(*) Juiz Titular da 3ª. Vara do Trabalho de Jundiaí, SP. Livre-docente em direito do trabalho pela USP.

Boaventura Santos no sentido de que: "quanto mais caracterizadamente uma lei protege os interesses populares e emergentes maior a probabilidade de que ela não seja aplicada".

É verdade que sob o ponto de vista teórico, o direito processual tem avançado muito em direção da busca da produção de resultados concretos e justos na realidade. Essa mudança vem desde o início do movimento denominado de movimento em prol do acesso à justiça, encabeçada por Mauro Cappelletti, tendo atingido, mais recentemente, a fase da busca da plena efetividade da prestação jurisdicional, que pode ser traduzida pela conhecida frase de Chiovenda: "o processo deve dar, a quem tem um direito, tudo aquilo e precisamente aquilo que ele tem o direito de obter"¹.

Mas, o processo deve almejar mais, pois um processo despreocupado com a justiça das suas decisões pode simplesmente dar a cada um o que é seu, ou seja: ao rico, sua riqueza, ao pobre, sua pobreza². A mais alta Corte francesa, por exemplo, nos idos de 1930, acabou pronunciando, expressamente, que: "a pobreza é uma desgraça pela qual o direito nenhuma responsabilidade pode assumir"³.

Nessa linha de idéias, vários institutos processuais foram criados, com a finalidade de melhorar a prestação jurisdicional, mas, na prática, tais institutos ainda poucos resultados têm produzido. Isso se dá, em parte, infelizmente, por falta de conhecimento jurídico dos próprios operadores do direito – que, atrelados com os diversos afazeres da vida moderna – não têm sequer tido tempo para estudar os novos institutos; mas, se dá, também, pelo apego a formalismos tradicionais que estão alojados na "inconsciência" jurídica, provocando um verdadeiro temor de que se possa, por intermédio do processo, produzir resultados no mundo real, ainda mais quando se trata de conferir direito a um trabalhador.

¹. "Dell'azione nascente del contratto preliminare", in Revista del Diritto Commerciale, 9/1.

². Anatole Frande, *apud* Mauro Cappelletti, "Os métodos aleternativos de solução de conflitos no quadro do movimento universal de acesso à justiça", Revista de Processo, n. 74, p. 96.

³. Cappelletti, *ob. cit.*, "Os métodos alternativos...", p. 96.

Alguém poderia se insurgir contra essa abordagem, um tanto quanto pessimista, e citar alguns exemplos de concretização desses novos preceitos processuais. Mas, ainda que reconhecendo a existência desses exemplos, a verdade é que se trata de felizes exceções, com o pesar que vem da constatação de que tais institutos têm produzido efeitos com muito maior frequência na seara civil do que na esfera trabalhista.

No que se refere à tutela antecipada, por exemplo, pouquíssimos são os exemplos de sua concessão no processo do trabalho. Aliás, tantas foram as objeções criadas pela jurisprudência trabalhista para a aplicação desse instituto na esfera laboral que se sequer os advogados têm se arriscado a pedir uma tutela antecipada nas reclamações trabalhistas.

De ação civil pública, então, pouco se houve falar e olhe que na Região em que atuo, a 15^a. Região, o Ministério Público tem atuação intensa e os juízes, com regra, têm dado acolhida às pretensões deduzidas em tais ações. Mas, nas minhas mãos, em mais de sete anos como juiz, passaram apenas duas ações civis públicas.

Analisemos, então, tais institutos, sob o aspecto puramente técnico, para ver se as coisas poderiam ser bem diferentes.

Iniciemos pela tutela antecipada.

Em razão da mudança de mentalidade a respeito do papel que o processo devia cumprir na sociedade, fruto das idéias que fundamentaram o movimento do acesso à justiça, houve, por assim dizer, um maior comprometimento dos juízes com os resultados do processo, ou em outras palavras, a ética foi trazida para a processualística. Por isso, começaram a proliferar, inicialmente, na doutrina e posteriormente na jurisprudência, as denominadas tutelas cautelares satisfativas. Um provimento dado em ação cautelar que não preservava a utilidade prática de um outro processo, considerado principal, mas que satisfazia a pretensão deduzida, em cognição sumária, quando houvesse risco de dano irreparável que a delonga processual pudesse causar, principalmente com relação a direitos ligados à personalidade (direito à vida, à liberdade, à saúde etc.), direitos que, conforme a presunção de inocência, que vem do direito penal, não devem depender de

uma ação judicial que os declare, para que sejam efetivados, só se podendo atingi-los por uma decisão judicial que modifique a situação fática que lhes fornece fundamento, naturalmente.

O aumento constante da concessão dessas medidas acabou, no entanto, incomodando bastante. Incomodava os processualistas (na verdade, a uma parte deles), que insistiam em dizer que não havia o tal “poder geral de cautela do juiz” e que as cautelares não podiam ser utilizadas com a finalidade de garantir o direito, já que teria sido criada para assegurar a utilidade prática do processo principal. Incomodava, também, as Administrações Públicas, que, por mais paradoxal que possa parecer, são as maiores agressoras dos direitos ligados à personalidade dos cidadãos em nosso país. Isso provocou, em 1992, a criação de uma Lei (n. 8.437), que proibiu a concessão de medida cautelar que esgotasse, no todo ou em parte, o objeto da ação (art. 1º., § 3º.), em face da Fazenda Pública.

Em 1994, pela Lei n. 8.952, foi, então, criada a figura processual da tutela antecipada, que, de certo modo, teve o objetivo de dar contornos mais precisos à cautelar satisfativa, recolocando a ação cautelar dentro de seus padrões tradicionais. E, mantendo-se a preocupação do Estado em não ser atingido por um provimento dessa natureza, em 1997, editou-se uma Medida Provisória (n. 1.570), convertida na Lei n. 9.494/97, para estender os termos da Lei n. 8.437/92 também para as tutelas antecipadas.

No entanto, a exemplo do que ocorreu com a greve, quando se passou a considerá-la um direito, o que se realizava com certa liberdade, teve que começar a ser realizado dentro dos padrões fixados na lei.

Com a criação da tutela antecipada, pela Lei n. 8.952/94, que deu nova redação ao artigo 273, do CPC, restringiu-se, portanto, a atuação dos juízes, no que se refere ao exercício de seu poder geral de cautela, porque foram estabelecidos requisitos específicos para a concessão de tal tutela, tais como: a proibição de sua concessão quando exista risco de irreversibilidade; e fixação de que a execução da tutela antecipada se deve dar nos moldes da execução provisória, que, como todos sabem, não importa em atos de alienação dos bens constritos do devedor.

Ora, com essas restrições a tutela antecipada, realmente, não tem muita efetividade, a tal ponto de um grande processualista ter tido que o único objetivo da tutela antecipada seria a eliminação do efeito suspensivo do recurso de apelação. No processo do trabalho, então, não teria objetivo nenhum. Primeiro, porque, concedendo-se a tutela em favor de um “desempregado” (que são os reclamantes na justiça do trabalho), o risco de irreversibilidade é patente; e segundo, porque, aplicando-se o limite da execução provisória, para o tal desempregado a antecipação não resolve nada.

Diante desse impasse, aqueles mesmos autores e juízes que, inicialmente, sentiram a necessidade de se adotarem princípios éticos no processo, passaram a considerar que: ou se diz que a tutela antecipada não eliminou a cautelar satisfativa; ou que o artigo 273, que criou tal instituto precisa ser interpretado com base nos preceitos do movimento ao acesso à justiça.

Para estabelecer o alcance do novo instituto, é crucial recuperar a noção de que se tal instituto existe o seu propósito não pode ser visto apenas como o de limitador da cautelar satisfativa, mas como instituto de aprimoramento da atividade jurisdicional, que tem por propósito primordial evitar que a demora do processo cause um prejuízo irreparável ao autor, que pareça ter razão, podendo ser aplicado, também, nos casos de apresentação de defesas meramente procrastinatórias.

Tal instituto assemelha-se a uma tutela cautelar, porque se baseia no mesmo postulado do risco da demora do processo, mas da cautelar, em termos tradicionais, se diferencia porque busca a satisfação da pretensão deduzida e não apenas assegurar a utilidade do processo. Não se pode considerá-lo uma cautelar também porque as cautelares não se executam e, nos moldes da lei, a antecipação está sujeita a execução. Além disso, a tutela também pode ser concedida em razão de ter o réu apresentado defesa protelatória, o que não guarda correspondência com o fundamento das decisões de natureza cautelar.

Por outro lado, não é uma sentença ou uma decisão interlocutória, porque se baseia em postulados distintos daqueles a que tais decisões se apóiam.

Com efeito, a antecipação que se faz não é da tutela em si, mas dos efeitos da tutela. A antecipação, portanto, tem por objetivo primordial, produzir efeitos concretos na realidade.

Trata-se, pois, de um novo instituto processual, configurando-se uma tarefa inglória a de buscar identificar sua natureza jurídica dentro dos padrões jurídicos conhecidos.

A tutela antecipada não é cautelar, mas também não é uma decisão de mérito. Trata-se de uma decisão proferida em cognição sumária, dentro de um processo de cognição exauriente, que tem por objetivo antecipar a própria efetividade do processo, ou seja, a aptidão do processo para produzir resultados na realidade. Neste aspecto, aliás, é interessante ressaltar que não se deve confundir tutela antecipada com julgamento antecipado da lide. Os pressupostos de tais decisões são distintos. Alguém pode imaginar que havendo nos autos elementos suficientes para firmar convicção a favor do autor, seria ilógico conceder a tutela antecipada, pois já se poderia proferir a sentença. Ocorre que a sentença, para produzir efeitos concretos na realidade, precisa da ocorrência do trânsito em julgado e, ainda assim, estar sujeita a execução, nos casos de decisão condenatória. A tutela antecipada, apesar de se basear em um juízo apenas de probabilidade, tem como função, exatamente, produzir efeitos imediatos na realidade. Desse modo, em termos de produção de resultados, a antecipação da tutela é mais eficiente que a sentença e, por isso mesmo, nada impede – e até aconselha-se, quando presentes os requisitos legais – que a antecipação da tutela seja concedida no momento da prolação da sentença.

Para se deferir a tutela, diz a lei, o juiz deverá verificar se há prova inequívoca da verossimilhança da alegação.

Prova inequívoca da verossimilhança significa que o juiz deve ter elementos concretos – uma prova clara, não necessariamente uma prova escrita – para considerar que é bem mais provável que ao final o autor tenha ganho de causa, e não o réu⁴.

⁴. José Carlos Barbosa Moreira, "A antecipação da tutela jurisdicional na reforma do Código de Processo Civil", Revista de Processo, n. 81, p. 204..

Quanto ao risco de irreversibilidade, cabe verificar que a irreversibilidade referida na lei não é dos efeitos fáticos produzidos pela antecipação, mas do provimento em si, o que tem poucas chances de ocorrer já que para a concessão da medida, como visto, há a formação de um juízo de valor, ainda que em cognição sumária. Como diz Luiz Guilherme Marinoni, “O que o artigo 273 veda, quando fala que a tutela não poderá ser concedida quando houver perigo de ‘irreversibilidade do provimento antecipado’ – que nada tem a ver, repita-se, com irreversibilidade dos efeitos fáticos do provimento – são determinadas declarações e constituições provisórias.(...) Quando o artigo 273 afirma que a tutela não poderá ser concedida quando houver perigo de irreversibilidade do provimento, ele está proibindo, por exemplo, a *antecipação da constituição de uma relação jurídica de filiação ou a antecipação da desconstituição de um casamento*”⁵.

Neste sentido, mesmo com juízo de probabilidade é pouco provável que a parte contrária tenha razão⁶.

Ademais, se fosse visto sob um prisma puramente econômico, o requisito da irreversibilidade poderia significar, concretamente, que somente os ricos teriam direito ao instituto da antecipação da tutela.

Se o fundamento da antecipação for a defesa protelatória, então, esse risco praticamente não existe, principalmente na Justiça do Trabalho, já que o direito material trabalhista é tarifado, ou seja, as repercussões pelas agressões aos direitos estão previstas na própria lei. Isso torna muito mais difícil que uma tutela antecipada pelo fundamento da evidência seja revertida.

No que se refere à execução da medida, há de se destacar que a execução referida no § 3º, do art. 273, não é o procedimento da execução por quantia certa contra devedor solvente. Conforme preleciona Marinoni, a execução em questão não se faz nos moldes do processo expropriatório comum da execução por quantia certa, pois com a antecipação visa-se assegurar o resultado prático da demanda. Assim, utiliza-se do

⁵. A Antecipação da Tutela, São Paulo, Malheiros, 1999, pp. 173 e 174.

⁶. José Roberto dos Santos Bedaque, Tutela Cautelar e Tutela Antecipada: Tutelas Sumárias e de Urgência, São Paulo, Malheiros, 1998, p.328.

processo de execução porque não se pode impor ao demandado, por via indireta, no caso de obrigação de pagar, a satisfação da pretensão ou penalizá-lo com prisão, mas tal execução pode ser feita nos próprios autos do processo de conhecimento⁷, que se inicia não por citação, mas por ordem de pagamento, sem a possibilidade de oferecimento de embargos (a não ser embargos de terceiros) e pode atingir a concreta expropriação do bem, com entrega do dinheiro ao autor, quando isso for relevante para, efetivamente, produzir os efeitos pretendidos pela tutela antecipatória concedida.

Esse posicionamento se justifica até porque se adotada fosse a limitação da execução provisória não se antecipariam os efeitos da tutela, mas tão somente os trâmites da execução⁸.

Para cumprimento da tutela o juiz pode fixar multas, mesmo no que tange às obrigações de pagar. Como diz José Roberto dos Santos Bedaque: “Nada obsta, todavia, a adoção de outras técnicas, principalmente se verificada a insuficiência da execução por expropriação. A fixação de multa pecuniária pelo descumprimento do provimento antecipatório constitui providência possível, adequada e útil para conferir maior efetividade à antecipação”⁹.

Neste sentido, posiciona-se, também, Estêvão Mallet: “Assim, poderá o juiz, para garantir a pronta e perfeita observância da tutela antecipada, na hipótese do art. 273, inciso I, do CPC, adotar qualquer das medidas previstas no parágrafo 5º., do art. 461, servir-se de outras consideradas mais adequadas ou, ainda, estabelecer multa diária em caso de descumprimento da decisão.”¹⁰

⁷. Conforme, também, Humberto Theodoro (“Antecipação de tutela em ações declaratórias e constitutivas”. Revista de Processo, São Paulo, RT, 94, p. 27)

⁸. "...'a execução provisória', na sua concepção originária (que não mais satisfaz em vista das atuais necessidades da sociedade moderna), parece não supor a necessidade de realização imediata do direito de crédito, mas **somente a necessidade de aceleração da atividade executiva para a segurança do juízo.**" - grifou-se (Marinoni, Tutela Antecipatória, Julgamento Antecipado e Execução Imediata da Sentença. São Paulo, RT, 1997, p. 201)

⁹. Ob. cit., “Tutela Cautelar...”, p. 365.

¹⁰. Antecipação da Tutela no Processo do Trabalho, São Paulo, LTr, 1998, p. 118.

E, arremata Marinoni: “justamente porque não é possível o emprego da prisão – como forma de coerção – fora da tutela alimentar, não deve ficar descartado o emprego da multa na tutela antecipatória de pagamento de soma em dinheiro baseada em fundado receio de dano.”¹¹

Cabe frisar, ainda, que dependem de execução apenas as sentenças condenatórias, pois as demais se cumprem por outros mecanismos. A expressão, “no que couber”, constante do § 3º, do art. 273, do CPC, deixa margem a tal entendimento, o que permite concluir, também, ser possível a antecipação da tutela nas ações constitutivas ou meramente declaratórias.

Além disso, não se pode esquecer que os próprios juízes já se beneficiaram de tutelas antecipadas, com efetivo recebimento do bem da vida pleiteado (AOr, 470-5-RS, DJU 244/51/51.294, 17/12/96, conforme lembra José Roberto dos Santos Bedaque¹² e, mais recentemente, AORMC-630/DF, DJU 08/03/2000, referente ao “auxílio-moradia”) e não seria nem mesmo moral negar-se tal direito ao trabalhador quando evidente o seu direito, apenas para atender a postulados formais, que sequer a forma, se bem aplicada, preserva.

A tutela antecipada pode, também, ser concedida “ex officio”, nos casos em que a efetividade do provimento jurisdicional dependa dessa medida, principalmente quando o fundamento da concessão seja o exercício abusivo do direito de defesa, e com mais razão ainda no processo do trabalho, onde a própria execução definitiva pode começar por iniciativa do juiz (regra que se estende, naturalmente, às antecipações, que possuem função, nitidamente, executiva) e onde o princípio inquisitório tem bastante relevo, conforme prevê o art. 765, da CLT.

Como adverte José Roberto dos Santos Bedaque, “...apesar de presentes os requisitos legais, a antecipação dos efeitos da tutela

¹¹. Ob. cit., “A Antecipação...”, p. 192.

¹². Ob. cit., “Tutela cautelar...”, p. 326.

jurisdicional não é requerida pela parte, a atuação *ex officio* do juiz constitui o único meio de se preservar a utilidade do resultado do processo”¹³.

Com relação às sentenças de condenação por obrigações de fazer e de não fazer a mesma Lei n. 8.952/94 conferiu-lhes tratamento especial, acrescentando dispositivos no art. 461, do CPC, e pelos quais tem se considerado que o juiz pode ordenar a prática do ato, entendendo-se que o descumprimento da determinação do juiz configura o crime de desobediência, previsto no artigo 340, do Código Penal, o que dá a tal provimento uma natureza mandamental.

Vejamos, agora, a ação civil pública.

A ação civil pública, igualmente, é outro instituto processual que deve ser visto como instrumento de aprimoramento da via jurisdicional. Criada em 1985, a ação civil pública teve seu campo de atuação ampliado pelo Código de Defesa do Consumidor, em 1990, para abranger também os interesses ou direitos individuais homogêneos e em 1995, pela EC n. 75, que possibilitou a defesa dos direitos constitucionais e sociais.

Com isso, a ação civil pública passou a ter um extenso campo de atuação e muito se tem discutido quanto aos limites que devem ser impostos ao Ministério Público no que se refere à sua iniciativa para a propositura da ação civil pública, notadamente, na esfera trabalhista.

Mas, o que cabe indagar neste estudo, é se há a possibilidade de concessão de tutela antecipada na ação civil pública. Não resta dúvida de que a resposta é afirmativa. Tal possibilidade, aliás, está prevista expressamente no artigo 12 da LACP e no artigo 84, do Código de Defesa do Consumidor, que se aplica, subsidiariamente, à ACP.

Cumprido destacar, a propósito, que o objeto precípua da ação civil pública é o de tornar efetiva uma obrigação de fazer ou de não fazer, nos casos de direitos coletivos “*lato sensu*” e direitos individuais homogêneos, quando haja agressão ao interesse social, podendo o juiz impor

¹³. Tutela Cautelar e Tutela Antecipada: tutelas sumárias e de urgência, São Paulo, Malheiros, 1998, p. 352.

multas e demais medidas para se atingir o resultado prático pretendido na ação, o que dá à ação civil pública uma natureza cominatória (art. 287, do CPC) e também inibitória, ou seja, o provimento dado não é apenas condenatório mas mandamental¹⁴.

Assim, a tutela antecipatória que se conceda nesta ação, primeiro – é bom que se frise – segue os parâmetros fixados no art. 84, do CDC, que tem a mesma redação do art. 461, do CPC, e não os do art. 273, do CPC (muito embora essa observação não fosse muito relevante na medida em que se aplique o artigo 273 de forma razoável, como acima sustentado), e, segundo, possui, igualmente, caráter mandamental, isto é, uma vez concedida deve ser cumprida no prazo fixado pelo juiz, sob pena de aplicação de multa cominatória e de se considerar o não cumprimento como crime de desobediência, previsto no art. 340, do Código Penal.

A tutela antecipada e a ação civil pública, vistas desse modo, apresentam-se como instrumentos de suma importância para a efetivação da ordem jurídica e cuja aplicação, em larga escala, é de extrema importância para a preservação da própria dignidade nas relações de trabalho. Basta que se queira aplicar tais institutos. Mas, na esfera trabalhista, quanto a este querer, o problema não é apenas de ordem processual (ou seja, um apego ao tecnicismo do processo), mas um problema que se localiza, também, na órbita do direito material, vez que se tem tentado impregnar nas mentes dos operadores do direito do trabalho que este direito está fora de moda.

Para a comprovação dessa afirmação, e para fazer uma objeção a ela, importante que se faça uma análise histórica, que nos permitirá entender melhor o contexto em que vivemos.

O direito do trabalho, dizem, foi uma conquista dos trabalhadores. Entretanto, a história demonstra que as reações dos trabalhadores contra as condições de trabalho a que eram submetidos, por ocasião da Revolução Industrial, não lhes trouxeram benefícios imediatos (vide, a propósito, a clássica obra, *Germinal*, de Émile Zola). As reivindicações dos trabalhadores começam a se tornar mais organizadas e mais

¹⁴. Vide Kazuo Watanabe, “Demandas coletivas e os problemas emergentes da práxis forense”, *Revista de Processo*, n. 67, p. 15.

consistentes quando surgem as idéias de cunho socialista, reforçadas pelas Encíclicas Papais, em especial a Rerum Novarum, que passaram a considerar o trabalhador como ente político, até provocarem, em 1917, a tomada do poder na Rússia, pelos proletários. Essa situação gerou uma reação política do Estado capitalista europeu, e a reação consistiu em “roubar” o conteúdo da pregação socialista, com a integração de direitos sociais à ordem jurídica. Inicialmente, direitos previdenciários e posteriormente, direitos de proteção do trabalhador, direitos esses que foram se alargando, principalmente, nos períodos pós-guerras.

Desse relato da origem do direito do trabalho duas conclusões podem ser extraídas: primeira, que o direito do trabalho tem seus fundamentos fincados em uma tensão ideológica; e, segunda, que a concessão de direitos para os trabalhadores foi uma tática de sobrevivência do Estado Capitalista. Por isso, já se disse que o direito do trabalho em verdade trata-se de um direito burguês para o operário.

Entretanto, em 1989, ocorreu o fato simbólico do fim dos ideais socialistas, a “queda do muro de Berlim”. A partir de então, o mundo passa a conhecer a verdadeira feição do capitalismo, sem que se aperceba disso, no entanto. A verdadeira feição do capitalismo, que nada tem a ver com a ordem moral do capitalista, é da expansão do capital a qualquer custo, sem limites, quer no que se refere às fronteiras territoriais, quer no que diz respeito aos direitos de natureza social. Imperando a lei da oferta e da procura, os direitos sociais não são mais encarados como elementos da preservação da dignidade humana, mas como custo econômico.

Neste novo contexto, o capital não mais precisa ceder às pressões da ameaça de uma ideologia socialista. O capitalista, por isso, sai de uma posição de defesa, no que se refere à contraposição das reivindicações de trabalhadores e passa, abertamente, a atacar os direitos sociais. Eliminar custos, essa é a palavra de ordem e o custo mais fácil de ser eliminado é o custo do trabalho, já que o trabalhador, sem convicção ideológica, premido pela necessidade e assustado pelo fantasma do desemprego, é uma presa fácil, mesmo sob o aspecto coletivo (o sindicalismo está morto).

Sob o aspecto do avanço dos ideais econômicos no que se refere aos limites territoriais, fala-se em globalização – que, no entanto, é uma via de mão única direcionada pelos países que ostentam o capital, pois ao contrário do que se diz, esse capital tem sim nacionalidade. Sob o aspecto do avanço sobre os direitos sociais falou-se, inicialmente, em flexibilização (que, entre nós, já está presente desde 1967) e fala-se, agora, abertamente, em desregulamentação (que seria feita, neste novo modelo, pela via coletiva, para que os políticos não se comprometam historicamente, pois para essa população, totalmente despolitizada, não têm mesmo muitas satisfações a dar). E o argumento retórico que justifica tudo isso é a “modernização”, que pretende nos fazer crer que não há mais luta de classes, que trabalhadores e empresários são, agora, parceiros sociais e que a forma dos trabalhadores demonstrarem que podem se inserir nesse mundo moderno é aceitando reduzir os seus direitos, induzindo-os a acreditar que o surgimento do direito do trabalho foi um desvio indevido na história da humanidade, fruto de uma equivocada intervenção do Estado nas relações sociais – esquecendo-se, plenamente, no entanto, das razões que motivaram tal intervenção.

O direito do trabalho, no contexto dessa perversa leitura, é identificado como o vilão da história, deixando a entender que foram os trabalhadores os culpados pelo insucesso econômico de alguns países, mais ou menos na linha de pensamento já defendida por Thomas Malthus, que dizia: o pobre é o único culpado por sua pobreza, afinal ele se reproduz muito.

O que se vê, no entanto, com certa tristeza é que não há oposição a essas idéias, já que não há tensão em termos ideológicos. Não há quem tenha coragem de defender, abertamente, os ideais socialistas – no máximo fala-se em onda rosa, que não faz muito meu gênero – e toda análise que se faz sobre o futuro do direito do trabalho acaba reproduzindo a ideologia da modernidade, concluindo que a CLT é mesmo retrógrada e que os direitos trabalhistas precisam ser desconstitucionalizados, que a lei deve ser mais flexível e que o custo do trabalho deve ser reduzido.

Nada se fala da importância do direito do trabalho como instrumento jurídico de preservação da dignidade do trabalhador.

Ora, mesmo reconhecendo-se sua origem burguesa – e não fascista, como supõem alguns (discussão que é, de qualquer modo, irrelevante pois o fascismo foi, igualmente, uma criação do capitalismo) – o fato é que o direito do trabalho, assim como todo e qualquer direito social (e principalmente a Declaração dos Direitos do Homem) não podem ser desprezados como importantes armas de manutenção da ética nas relações de trabalho.

Ainda que se possam encontrar na CLT algumas regras ultrapassadas, especialmente, no que se refere ao direito coletivo, a perspectiva primordial dos operadores do direito do trabalho não pode ser esta, a da eliminação de custos econômicos. O direito do trabalho, principalmente, em situações de crise econômica tem o importante papel de impor limites jurídicos aos ditames econômicos, preservando o respeito à pessoa humana e contribuindo para uma melhor distribuição de renda.

Aliás, mesmo sob o ponto de vista puramente econômico a redução de ganhos do trabalhador não se justifica. Primeiro, porque o trabalhador é o consumidor que o capitalista precisa para escoar sua produção. E, segundo, porque a flexibilização que se tem imposto ao direito do trabalho, tornando as suas poucas regras de proteção ao trabalhador sem qualquer eficácia, tem provocado um aumento absurdo de acidentes do trabalho, dentre eles as doenças profissionais, que acabam gerando um altíssimo custo para a sociedade.

E ainda que assim não fosse, pergunta-se: do que adiantaria obter sucesso econômico sem desenvolvimento social? Do que poderia se orgulhar essa sociedade – se é que ela desse modo possa continuar existindo por muito tempo – diante da constatação de que enquanto uns poucos andam de carro importado, uma grande quantidade de pessoas morre de fome pelas ruas? Afinal, como dito pelo próprio Thomas Malthus: "Se um país não tivesse outro meio de se tornar rico que não fosse o de ter êxito na competição com a redução dos salários, diria sem titubear: pereçam semelhantes riquezas."¹⁵

¹⁵. *Apud*, Héctor-Hugo Barbagelata, O Particularismo do Direito do Trabalho. Tradução de Adilson Alkimim Cunha. São Paulo, LTr, 1996, p. 149.

Além disso, faz-se uma reforma da legislação trabalhista extremamente perversa para os pequenos e médios empregadores, que são os que mais empregam, fomentando-se uma outra tendência natural do capitalismo que é o monopólio, isto porque as regras de flexibilização são condicionadas à realização de instrumentos normativos e estas empresas não têm força para negociar com os sindicatos dos trabalhadores. Somente as grandes empresas possuem força de pressão. Assim, o custo do trabalho diminui apenas para as grandes empresas, geralmente, estrangeiras, que empregam poucas pessoas, e que remetem o lucro dessa exploração para o seu país de origem, gerando o aniquilamento dos pequenos produtores. Uma verdadeira reforma, sob a perspectiva econômica, deveria preservar os direitos do trabalhador e institucionalizar uma política fiscal séria de incentivo à produção e taxar, de forma rigorosa, a especulação financeira.

Mas, é possível tentar mudar o rumo que se tem tentado impor à histórica da humanidade. O que embasa esta assertiva é a constatação de que o ordenamento jurídico – em virtude dos diversos anos de tensão ideológica por que passou o mundo e também para se manter a retórica do Estado democrático de direito – foi dotado de diversos instrumentos que nos permitem oferecer uma oposição ao avanço desses ideais na órbita do direito. Não precisamos ir de armas em punho às ruas, para lutar por declarações de direitos. Isso já fizeram por nós os nossos antepassados, o que torna a nossa discussão em torno do querer aplicar esses direitos sociais, uma questão de dever e até de responsabilidade histórica.

A ação civil pública, por exemplo, pode ser utilizada para conferir sanção às regras do direito material do trabalho, que é um direito público por excelência, embora a doutrina insista em catalogá-lo como direito privado¹⁶. O direito do trabalho, por ser desprovido de sanção, na linha do

¹⁶. Vide, neste sentido, importante decisão proferida pelo TRT da 24ª. Região: EMENTA : AÇÃO CIVIL PÚBLICA - FIXAÇÃO DE MULTA COMINATÓRIA - PREVISIBILIDADE DE MULTAS ADMINISTRATIVAS - POSSIBILIDADE O fato de já estar prevista na legislação uma multa de cunho administrativo para o inadimplemento de obrigações de fazer, não impede que o julgador se utilize de um meio de natureza processual posto pela própria legislação à sua disposição, com o fito de fazer valer sua autoridade jurisdicional. A imposição de astreintes, previsto especificamente no art. 11, da Lei da Ação Civil Pública e art. 84, do Código de Defesa do Consumidor (de aplicação subsidiária àquela), mostra-se como meio para o alcance da satisfação da obrigação pela

pensamento de Boaventura Santos, referida inicialmente, é um direito para não ser cumprido. Trata-se, na verdade, de uma mera enunciação de preceitos, já que não há verdadeiras sanções para o descumpridor da norma, o que provoca esse intenso conflito nas relações trabalhistas e não o fato de que a economia não o suporta (pelo menos na realidade do Brasil, onde o custo do trabalho é baixíssimo). Com a ação civil pública, portanto, pode-se suprir esse defeito e imporem-se multas àqueles que de forma deliberada e generalizada agredem a ordem jurídica trabalhista, causando prejuízos não só aos trabalhadores, individualmente considerados, mas a toda a sociedade, pois é com base na exploração social que esses empregadores se aprimoram na concorrência econômica.

A ação civil pública, portanto, pode ser instrumento eficaz para inibir, por exemplo:

a) o ato deliberado de certos empregadores que definitivamente não pagam verbas rescisórias e somente efetuam o pagamento desse direito em reclamações trabalhistas simuladas, para obtenção de quitação ampla e geral (o que, é bem verdade, só se concretiza por cochilo de alguns juízes)¹⁷;

b) a atuação de cooperativas de trabalho, verdadeiras intermediadoras de mão-de-obra;

c) o trabalho regular em horas extraordinárias, porque impede o ingresso de mais pessoas no mercado de trabalho;

requerida, é um mecanismo processual destinado a garantir a efetividade da ordem emitida pelo órgão jurisdicional. A pretensão do autor, tal como posta, revela a busca de uma ordem judicial que determine que a ré cumpra o "fazer", acompanhada da imposição de medida coercitiva que induza ao cumprimento espontâneo da obrigação. Trata-se da tutela específica da obrigação de fazer pretendida, a qual no entender de Ada Pellegrini Grinover "é praticamente coincidente com a idéia de efetividade do processo e da utilidade das decisões, pois nela, por definição, a atividade jurisdicional tende a proporcionar ao credor o exato resultado prático atingível pelo adimplemento" (in Tutela Jurisdicional nas obrigações de fazer e não fazer, Revista LTr , 59-08, p. 1026). (Ac. TP 643/99, Rel. Juiz Amaury Rodrigues Pinto Júnior, in Revista LTr, 64-03/373)

¹⁷. Conforme preconizado por José Roberto Freire Pimenta, "Lides simuladas: a Justiça do Trabalho como órgão homologador", Revista LTr 64-01/39.

d) o descaso com a segurança do trabalho, porque tem provocado uma legião de mutilados pelo Brasil a fora;

e) a imoral utilização de trabalhadores por empresa interposta, chamada pelos modernistas de terceirização, porque tal sistema de utilização de mão-de-obra, que já está na fase da “quarteirização”, faz do trabalhador um objeto de comércio, impede sua integração social, resulta em precarização de seus direitos e quase aniquila as garantias do recebimento de seu crédito trabalhista;

f) as dispensas coletivas, porque isso causa enorme prejuízo para a sociedade (apoiando-se, como parâmetro, nos preceitos jurídicos da Convenção 158, da OIT, que, aliás, está vigente em nosso ordenamento, embora não se queira ver isso);

g) a atuação agressiva aos direitos dos trabalhadores em comissões de conciliação, seja no âmbito das fábricas, seja nos sindicatos;

h) as contratações no serviço público, sem realização de concurso, principalmente, pela utilização do subterfúgio da terceirização.

Pretensões estas que podem, e devem, ser formuladas com pedido de tutela antecipada, com natureza inibitória, pois o agressor da ordem jurídica social não pode se beneficiar de uma delonga processual. A ordem jurídica social deve ser preservada de plano, sem necessidade de uma declaração judicial, em cognição exauriente, reservando-se ao agressor, caso queira, a possibilidade de litigar em defesa do direito que acredita possuir para agredir a ordem pública.

É lógico que essa nova postura processual agride a concepção tradicional do processo, o qual sempre foi visto como instrumento para satisfazer as pretensões resistidas. Agora, com os novos instrumentos (ação civil pública, Código de Defesa do Consumidor e tutela antecipada) o processo pode – e deve – ser utilizado como instrumento de inibição à prática do ato que impõe ao cidadão uma resistência aos seus direitos, principalmente no que se refere àqueles direitos constitucionalmente assegurados, e que objetivam preservar a dignidade humana, como é o caso, nitidamente, do direito do trabalho.

Como se vê, esses mecanismos fornecem ao direito uma intensa possibilidade de conferir justiça às relações de trabalho. É claro que a postura do Poder Judiciário também deve ser alterada, para que esse objetivo possa ser alcançado. Por isso, os operadores do direito possuem uma grande responsabilidade pelo mundo que está sendo recriado, vez que com tais instrumentos a mãos podem, concretamente, participar dessa obra. Só que o pressuposto da atuação em busca da concretização desse ideal é o de se acreditar na importância de um direito que imponha limites aos interesses econômicos e na necessidade, portanto, de torná-lo efetivo. Neste sentido, tem lugar as seguintes palavras de Hannah Arendt, que traduzem muito bem o que se quis transmitir neste estudo: “A fúria não é do modo nenhum uma reação, automática diante da miséria e do sofrimento em si mesmos: ninguém se enfurece com uma doença incurável ou um tremor de terra, ou com condições sociais que pareçam impossíveis de modificar. A fúria irrompe somente quando há boas razões para crer que tais condições poderiam ser mudadas e não o são. Só manifestamos uma reação de fúria quando nosso senso de justiça é injuriado; tal reação em absoluto não se produz por nos sentirmos vítimas da injustiça. como prova toda a história das revoluções, nas quais o movimento começou por iniciativa de membros das classes superiores, conduzindo a revolta dos oprimidos e miseráveis.”

Do contrário, resta apenas seguir a onda da modernidade...

São Paulo, 20 de abril de 2.000.