

Uso estratégico do Termo de Ajuste de Conduta para a prevenção de litígios judiciais

FREDERICO DE ANDRADE GABRICH

Doutor e Mestre (UFMG). Professor Adjunto (FUMEC).

MAX EMILIANO DA SILVA SENA

Doutorando em Direito (PUS-Minas). Mestre em Direito (FUMEC). Professor de Direito Constitucional (FADIVALE).

Artigo recebido em 28/4/2017 e aprovado em 18/3/2018.

SUMÁRIO: *1 Introdução • 2 Por que uma estratégia jurídica para prevenir litígios judiciais na área trabalhista? • 3 Comentários sobre estratégia jurídica empresarial • 4 O termo de ajuste de conduta no âmbito do estado democrático de direito. Instrumentalização da cidadania • 5 Aspectos normativos do Termo de Ajuste de Conduta com foco na área trabalhista • 6 Vantagens e possíveis desvantagens do Termo de Ajuste de Conduta • 7 Conclusão • 8 Referências.*

RESUMO: O presente artigo objetiva analisar, na perspectiva da empresa, como o Termo de Ajuste de Conduta (TAC) pode ser utilizado estrategicamente na prevenção de litígios judiciais na área trabalhista, palco de consideráveis discordâncias com repercussão coletiva. Por permitir amplo diálogo entre as partes legitimadas, com a participação ativa da empresa na construção das cláusulas, o TAC pode ser preferível ao processo. Ademais, trata-se de uma via de solução rápida, de baixo custo e que preserva a imagem empresarial. Utilizou-se o método de abordagem indutivo e a pesquisa dogmático-jurídica de natureza bibliográfica, por meio de consulta em obras e legislação.

PALAVRAS-CHAVE: Termo de Ajuste de Conduta • Estratégia Jurídica • Diálogo • Prevenção • Litígio.

Strategic use of the Conduct Adjustment Instrument for the prevention of judicial disputes

CONTENTS: *1 Introduction • 2 Why a legal strategy to prevent litigation in the labor area? • 3 Comments on corporate legal strategy • 4 The Conduct Adjustment Instrument within the democratic state of law • 5 Legal aspects of the Conduct Adjustment Instrument with emphasis on the labor area • 6 Advantages and possible disadvantages of the Conduct Adjustment Instrument • 7 Conclusion • 8 References.*

ABSTRACT: This article aims to analyze, from the company's perspective, how the Conduct Adjustment Instrument (CAI) can be used strategically in the prevention of litigation in the labor area, a stage for considerable disagreements with collective repercussions. As it allows a broad dialogue between the eligible parties, with the active participation of the company in constructing the clauses, the CAI may be preferable to the process. In addition, it is a fast, low-cost solution that preserves the corporate image. It was used the method of inductive approach and the dogmatic-juridical research of bibliographical nature, through the consultation of works and legislation.

KEYWORDS: Conduct Adjustment Instrument • Legal Strategy • Dialogue • Prevention • Litigation.

Uso estratégico del Término de Ajuste de Conducta para prevención de disputas legales

CONTENIDO: *1 Introducción • 2 ¿Por qué una estrategia legal para evitar litigios en el trabajo? • 3 Comentarios sobre la estrategia legal corporativa • 4 El Término de Ajuste de conducta bajo el estado de derecho democrático. Instrumentalización de la ciudadanía • 5 Aspectos normativos del Término de Ajuste de Conducta centrado en el trabajo • 6 Ventajas y posibles inconvenientes del Término de Ajuste de Conducta • 7 Conclusión • 8 Referencias.*

RESUMEN: En este artículo se pretende analizar, desde la perspectiva de la empresa, como el Término de Ajuste de Conducta (TAC) puede ser utilizada estratégicamente para evitar litigios en el ámbito laboral, el escenario de desacuerdos considerables con efectos colectivos. Al permitir amplio diálogo entre las partes legítimas, con la participación activa de la empresa en la construcción de las cláusulas, el TAC puede ser preferible al proceso. Por otra parte, es un camino rápido, de bajo costo y que preserva la imagen corporativa. Se utilizó el método inductivo y la investigación dogmático-jurídica de la naturaleza bibliográfica, a través de pesquisa en obras y en la legislación.

PALABRAS CLAVE: Término de Ajuste de Conducta • Estrategia Legal • Diálogo • Prevención • Litigios.

1 Introdução

A sociedade empresarial deve elaborar e implementar um planejamento estratégico para que tenha condições de alcançar os seus objetivos, como forma de antever entraves e soluções em cenários racionalmente factíveis.

Não obstante o planejamento elaborado, é possível que ocorram intercorrências durante o percurso, notadamente no cumprimento das normas atinentes às relações de trabalho, que ocupam considerável campo de aplicação do Direito, sendo objeto de crescente número de litígios perante o Poder Judiciário Trabalhista.

Mesmo nesse cenário, existe a possibilidade de se utilizar estrategicamente o Termo de Ajuste de Conduta (TAC) como importante forma de se alcançar uma solução rápida, barata, dialógica e eficaz de irregularidades de conotação coletiva, de modo a se evitar o litígio, que sempre deve ser objeto de prevenção no âmbito de um planejamento estratégico. No campo das relações trabalhistas individuais, haverá reflexos positivos com a extinção ou diminuição de litígios judiciais. Neste trabalho, foram objeto de análise os aspectos normativos acerca do instituto, com a discussão sobre como o TAC pode ser adequadamente utilizado dentro de um planejamento estratégico, na perspectiva empresarial.

O marco teórico adotado assenta-se no direito de acesso à justiça à luz de uma leitura consentânea com o Estado Democrático de Direito, em que as partes envolvidas devem ter condições de alcançar a pacificação social por meio de procedimentos dialógicos garantidos pelo Estado.

Ao final, será possível concluir que o TAC se insere nessa concepção democrática e constitucional, na medida em que traduz um importante instrumento estratégico para a prevenção de litígios trabalhistas sob a perspectiva empresarial.

2 Por que uma estratégia jurídica para prevenir litígios judiciais na área trabalhista?

Antes mesmo de se tecer considerações sobre estratégia jurídica e acerca do Termo de Ajuste de Conduta (TAC), principia-se a abordagem do tema com a indagação: por que uma estratégia jurídica para prevenir litígios judiciais na área trabalhista?

A resposta a esse questionamento mostra-se crucial para que se tenha condição de aferir e dimensionar a relevância da estratégia jurídica por meio do TAC para a correção de eventuais irregularidades detectadas em determinada empresa e, por consequência, para que se evitem litígios perante o Poder Judiciário Trabalhista.

Por meio de uma análise reflexiva, percebe-se que as relações de trabalho consubstanciam um dos terrenos mais férteis para o aflorar de litígios, o que se explica pelo fato de representarem numericamente, ainda que potencialmente, um dos objetos de maior aplicabilidade das normas jurídicas, juntamente com o direito do consumidor.

Com efeito, a título de exemplo, tem-se que a aplicação do direito penal destina-se àqueles que praticam algum ilícito penal. Todavia, a grande maioria das pessoas não figura no polo passivo de ações criminais, ficando, assim, fora do campo de aplicação do direito penal. Quanto ao direito civil, destaca-se o direito das obrigações, cuja maior aplicabilidade recai sobre quem possui patrimônio, o que, como é cediço, não traduz a realidade da maioria. Citam-se esses exemplos apenas para destacar que, por outro lado, a maioria das pessoas trabalha e, portanto, encontra-se regida pelas normas jurídicas trabalhistas ou atinentes ao trabalho.

Dessa forma, tendo em vista que considerável parte da população exerce algum tipo de trabalho, das relações travadas entre empresas e trabalhadores ressaem maiores possibilidades de ocorrência de discordâncias acerca de direitos, as quais poderão desaguar no ajuizamento de ações perante o Poder Judiciário.

Para se ter uma ideia sobre o volume de litígios na área trabalhista, no ano de 2015, no Brasil, foram contabilizados dois milhões e seiscentos mil novos litígios na Justiça do Trabalho, conforme dados divulgados pelo Tribunal Superior do Trabalho (TST) e veiculados no portal de notícias G1 (TREVISAN, 2016). Segundo a matéria, em relação a 2014, ocorreu um aumento de 12,3% em 2015, pelo que os 2,6 milhões de ações traduzem um recorde de toda a série histórica, iniciada em 1941.

É oportuno registrar que muitas das desconformidades jurídicas veiculadas em ações individuais acabam por configurar lesão de natureza coletiva, por sua dimensão e recorrência, atraindo a tutela de direitos metaindividuais (difusos, coletivos e individuais homogêneos), a cargo dos órgãos legitimados, o que será objeto de análise mais aprofundada em tópico posterior.

Diante de irregularidades que apontem para a ocorrência de violação de direitos metaindividuais, é possível evitar o ajuizamento de ação judicial perante o Poder Judiciário, por meio do TAC, que pode ser adotado como importante e benéfico instrumento de estratégia jurídica empresarial para a solução e prevenção de litígios trabalhistas.

Essa prevenção de litígios judiciais alcançará também os litígios individuais em relação aos temas que, por recorrência, acabam por configurar lesão coletiva, objeto do TAC.

Dessa forma, considerando que o litígio deve ser prevenido no âmbito de um planejamento estratégico empresarial, e tendo em vista que muitas vezes, em que pesem os esforços, é possível a ocorrência de desconformidades com as normas legais, o TAC apresenta-se como notável e expedito instrumento de solução extrajudicial de controvérsias, apto a prevenir o ajuizamento de ações judiciais perante o Poder Judiciário trabalhista.

3 Comentários sobre estratégia jurídica empresarial

No Brasil, é corriqueiro ouvir de parte dos empresários que o empreendimento não vai bem, que a empresa encontra-se atolada em dívidas, que a atuação do Poder Público tem sido nociva aos negócios, que as normas jurídicas travam o livre desenrolar de suas atividades, entre outras reclamações, algumas delas pertinentes, as quais, de uma forma ou de outra, desmotivam o empresário e muitas vezes levam à inevitável extinção do empreendimento, gerando consequências negativas para o empresário, para os trabalhadores dispensados, para a sociedade e também para o Estado, em uma perspectiva social e econômica.

Não obstante a plausibilidade de alegações que tangenciam a ausência de uma atuação do Poder Público com a finalidade de promover o livre desenvolvimento das empresas, certo é que parcela considerável dos empresários inicia a exploração de uma determinada atividade sem um mínimo de noção sobre o negócio em si e/ou acerca da normatividade regente. Faltam-lhes, em suma, um planejamento estratégico adequado para o direcionamento de suas ações. Muitos empresários, sem esse planejamento, mais se parecem com um navio à deriva, sem segurança e sem destino.

O planejamento em testilha está a indicar que o empresário deve ter a exata noção de sua realidade atual, a fim de ter condições de projetar o seu futuro e instrumentalizar o atingimento de suas metas, tudo a partir das possibilidades estudadas e consideradas racionalmente factíveis. Uma vez construído o planejamento, tem-se que eleger os instrumentos aptos para a persecução e alcance das metas estabelecidas, os quais, ademais, deverão ser adequados à superação dos óbices que normalmente ocorrem e que foram estudados e antevistos em cenários possíveis.

A respeito do tema, oportunas e esclarecedoras as lições de Gabrich (2010):

A maioria avassaladora dos negócios dos empresários individuais e das sociedades empresárias são constituídos e administrados sem qualquer tipo de planejamento jurídico (societário, tributário, contratual ou trabalhista), financeiro, contábil ou administrativo. Somente algumas poucas organizações empresariais inseridas no capitalismo internacional, têm uma atitude um pouco diferente.

Planejar é, em síntese, construir cenários possíveis, com objetivo de antever ou antecipar o futuro, para a concretização dos objetivos estabelecidos antes. Nesse sentido, o planejamento implica a elaboração de um conjunto de ações voltadas para implementação dos objetivos pré-determinados.

Por outro, a palavra estratégia tem origem na arte de coordenar a ação das forças militares, políticas, econômicas e morais implicadas na condução de um conflito ou na preparação de defesa de uma nação, tendo evoluído como tempo, especialmente no plano negocial e empresarial, para hoje ser compreendida como a arte de aplicar com a máxima eficácia possível os recursos de que se dispõe, visando alcançar os objetivos definidos pelo estrategista. (GABRICH, 2010, p. 13-14).

A elaboração e a implementação de um planejamento estratégico exigem, em primeiro lugar, uma alteração de paradigma, com a adoção de um *pensar estratégico*, dada a constatação de que, na vida particular ou na condução dos negócios, normalmente as pessoas nada planejam, optando por simplesmente *ver o que acontece*.

Não somente as pessoas, mas também as ciências e os campos do saber envolvidos devem adotar novas posturas e novos conceitos, a fim de que, de fato, ofertem aos interessados ferramentas que sejam aptas à obtenção dos resultados desejados, pois, do contrário, serão um fim e si mesmos, e inúteis para a melhoria da sociedade.

Gabrich (2010), nesse ponto, leciona que:

Esse pensar estratégico pressupõe uma disposição de encarar o conhecimento científico com que se conta e as pessoas envolvidas na execução de uma atividade organizada (no Estado ou fora dele), como instrumentos necessários ao alcance dos objetivos pré-estabelecidos. Tais objetivos normalmente estão vinculados à determinação da maior felicidade possível, do maior número possível de pessoas, com o menor custo (de tempo e de dinheiro) possível diante das circunstâncias fáticas, jurídicas, econômicas, sociais e políticas relacionadas ao caso. (GABRICH, 2010, p. 16).

No que tange à ciência jurídica, a mudança de paradigma e a adoção de um *pensar estratégico* terão o desafio de romper com o tradicionalismo, o conservadorismo e o pensar hermético objetos de um verdadeiro doutrinação religioso realizado nas faculdades, em que a tônica do Direito reside no *não fazer, no não pode isso* e no *aquilo também não pode*.

Segundo esse doutrinação com ênfase na conduta negativa (do não fazer) do Direito, em caso de violação da norma imposta ou da não submissão de uma pessoa à vontade da outra, inevitavelmente o violador, rebelde ou insubmisso, será alvo de um processo judicial, tendo que responder por seus atos perante o Estado-Juiz.

Não há como negar que o litígio prende-se de forma visceral ao ensino jurídico atualmente ministrado nas faculdades, em cujos currículos as disciplinas processuais ocupam maior espaço e programam e direcionam o acadêmico, futuro profissional do Direito, para a contenda e não para a solução dos empasses sociais.

Portanto, a começar pela alteração de paradigma, oxigenada por um *pensar estratégico*, revela-se primordial que o empresário tenha consciência das realidades sociais, econômicas, políticas e jurídicas que permeiam e circundam o seu empreendimento, traçando, a partir desse conhecimento prévio, os objetivos que deseja alcançar. Sem objetivos resta impossível aferir sucesso em que qualquer área da vida. Traçadas as metas, deve o empresário montar a melhor estratégia para o atingimento delas, antevendo os cenários possíveis em termos de fatores internos e externos que terão o potencial de oferecer resistências ou dificuldades próprias da atividade explorada, ou mesmo agregar valor ao negócio.

Muitas questões, que surgem como óbices ao desenvolvimento empresarial, mormente na área trabalhista, podem simplesmente ser evitadas ou facilmente superadas se previamente a empresa construir um planejamento estratégico, no qual devem ser projetados os cenários possíveis, mediante o atendimento empresarial ao preconizado no ordenamento jurídico.

À guisa de exemplo, se uma sociedade empresarial conta com cem ou mais empregados, no planejamento estratégico deve-se prever a promoção de medidas para o cumprimento da cota legal em favor das pessoas com deficiência e/ou reabilitadas, tendo em vista o disposto no artigo 93, da Lei nº 8.231/1991. No mesmo sentido, a partir do conhecimento prévio da legislação, deverá promover a contratação de aprendizes, como consta no art. 429 do Decreto-Lei nº 5.452/1943, evitando, assim, futuras autuações da Auditoria Fiscal do Trabalho ou ações do Ministério Público do Trabalho.

O planejamento estratégico demanda conhecimento e aplicação de vários ramos do saber (Administração, Direito, Economia, entre outros), sendo que, em relação à área jurídica, ao invés das travas do seu viés negativo, do não pode fazer, o Direito proporcionará à empresa um caminho pavimentado com as possibilidades oferecidas pelo ordenamento para o melhor desenvolvimento da atividade, da afirmação da marca empresarial e, por consequência, do alcance dos resultados desejados, mediante a “determinação da maior felicidade possível, do maior número possível de pessoas, com o menor custo (de tempo e de dinheiro) possível diante das circunstâncias fáticas, jurídicas, econômicas, sociais e políticas relacionadas ao caso” (GABRICH, 2010, p. 16).

4 O Termo de Ajuste de Conduta no âmbito do Estado Democrático de Direito. Instrumentalização da cidadania.

O princípio da legalidade representa uma grande conquista em termos de garantias para o cidadão, como salvaguarda contra abusos e arbitrariedades praticadas pelos governantes, detentores do poder de coerção. Esse princípio é a pedra de toque do Estado de Direito, no qual os governantes encontram-se jungidos e submissos às normas que eles mesmos editam.

Historicamente, tem-se a Magna Carta do rei João Sem Terra, de 1215, editada por pressão dos barões burgueses que se viram reféns dos mandos de desmandos da realeza. Em que pese ser um documento sem o caráter de generalidade, haja vista que beneficiava apenas uma parcela abastada da sociedade, a Magna Carta tem o seu valor em termos de precedente histórico de previsão de direitos humanos de primeira dimensão, que impõem condutas negativas ao Estado, como forma de proteger o indivíduo. Além disso, inspirou documentos internacionais e constituições de muitos países, como é o caso do Brasil, ao prever, por exemplo, que ninguém perderá os seus bens a não ser segundo a lei da terra, o que está a apontar para o conhecido princípio do devido processo legal.

Em momento posterior, no contexto de péssimas condições de trabalho, durante a Revolução Industrial europeia do século XIX, foram gestados os direitos de segunda dimensão, ante a constatação de que o não fazer do Estado revela-se insuficiente para alterar a realidade social de parte da população, tendo sido imperioso, por isso, que o Estado oferecesse prestações positivas em favor das pessoas, ligadas à melhoria das condições de trabalho e previdência e assistência sociais. Esses chamados direitos sociais possuem como meta a persecução da igualdade material e não apenas formal, como é a tônica no âmbito dos direitos de primeira dimensão.

É importante assentar que, com uma outra variação interpretativa, tanto nos direitos de primeira como nos de segunda dimensão, os titulares dos direitos são individualmente considerados, podendo-se, assim, vislumbrar um viés individualista em ambos.

Em termos de classificação do surgimento dos direitos humanos sob a perspectiva de dimensões, têm-se os direitos de terceira dimensão, “marcados pela alteração da sociedade por profundas mudanças na comunidade internacional (sociedade de massa, crescente desenvolvimento tecnológico e científico), identificando-se profundas alterações nas relações econômico-sociais” (LENZA, 2014, p. 1.057-1.058).

O mundo globalizado é palco de uma sociedade de massa e, por consequência, de problemas de massa. Nada e ninguém pode se considerar totalmente independente, mas tudo se encontra conectado de alguma forma, numa relação de interdependência. Viver ilhado, neste contexto, significa asfixia social, econômica, cultural, normativa, tecnológica e existencial.

Diferentemente do que ocorre nos direitos de primeira e segunda dimensão, nos direitos de terceira dimensão tem-se como marca a transindividualidade, ou seja, os direitos envolvidos ultrapassam a esfera do indivíduo, “pois são concernentes à proteção do gênero humano, com altíssimo teor de humanismo e universalidade” (LENZA, 2014, p. 1.058).

Na esteira de Paulo Bonavides, Lenza (2014, p. 1.058) enumera os seguintes direitos de terceira dimensão: “direito ao desenvolvimento; direito à paz (...); direito ao meio ambiente; direito de propriedade sobre o patrimônio comum da humanidade; direito de comunicação”.

No cesto de direitos de terceira dimensão, incluem-se os chamados direitos metaindividuais, ou seja, difusos, coletivos e individuais homogêneos.

O artigo 81 da Lei nº 8.078/1990 (Código de Defesa Consumidor) assim classifica tais direitos ao dispor sobre a sua tutela coletiva:

Art. 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo.

Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de:

I - interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato;

II - interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base;

III - interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum. (BRASIL, 1990).

Se os direitos de primeira e segunda dimensões marcam interesses de natureza individual, ou individualmente avaliáveis, os direitos de terceira dimensão sinalizam para os interesses da humanidade e da própria existência humana.

A par da previsão de direitos em favor das pessoas, notadamente os direitos sociais, outro fenômeno passa a se evidenciar, qual seja, o da juridicização dos direitos, por meio do recorrente ajuizamento de ações perante o Poder Judiciário para o usufruto dos benefícios garantidos na legislação.

Analisando esse movimento de juridicização nas experiências francesa, americana e inglesa, Chevallier (2009) tece algumas ponderações, aplicáveis também ao Brasil:

A multiplicação das ações levadas aos tribunais mostra que o juiz está encarregado nas sociedades contemporâneas de compor as diferenças de toda ordem, em vista a preservar os equilíbrios sociais: ele se vê transferir a responsabilidade de “cortar os nós górdios da história, da moral, da economia” (A. MINC, 1998) é a ele que compete “ponderar os interesses” (C.A. MORAND, dir., 1997) e definir as soluções socialmente aceitáveis. (...) Mais profundamente, o recurso à Justiça se impõe a partir do momento em que os conflitos entre indivíduos e grupos são formulados em termos de “conflitos de direitos”. Com efeito, a retórica dos direitos e liberdades confere às controvérsias um caráter absoluto e não suscetível de discussão pela via dos procedimentos democráticos, que visam ao compromisso: trata-se aqui de decidir entre pretensões contrapostas, mas igualmente estimáveis, e dificilmente conciliáveis. (CHEVALLIER, 2009, p. 131).

Nessa era de direitos conferidos ao indivíduo e a diversas classes e grupos (mulheres, pessoas com deficiência e idosos, por exemplo), constata-se a ocorrência, em fase anterior ao movimento de juridicização, do fenômeno de inflação normativa, mediante uma copiosa edição de normas pelo parlamento, face à hipersubjetivação, ou seja, a absolutização do ser humano, enquanto centro de convergência de todo o sistema.

Esse movimento de juridicização desnuda a incapacidade dos atores sociais de resolverem entre si as questões que afloram no seio da sociedade, com a falência do diálogo e dos mecanismos de solução consensual de conflitos.

A esse respeito, Chevallier (2009, p. 134) consigna que:

[...] o direito tende a tornar-se a “panaceia”, substituindo-se aos outros modos de regulação para resolver os diversos problemas da sociedade. Pode-se ver nessa expansão a expressão do mal-estar das sociedades contemporâneas: ela traduzirá a elevação dos riscos, o sentimento de insegurança, a fragilização dos mecanismos de autorregulação social, o esfacelamento do liame social; o “abuso do direito” seria marca de uma “sociedade de desconfiança”, na qual cada um tem necessidade de se sentir protegido de uma trama cerrada de regras redutoras da incerteza. A juridicização crescente do tecido social se traduz no fato de que o direito é, a partir de então, chamado a reger as relações humanas que se submetiam anteriormente a modos de regulação extrajudiciais ou na confiança. (CHEVALLIER, 2009, p. 134).

Os fenômenos acima vistos, em que pesem os aspectos positivos da previsão de direitos fundamentais por meio de prestações negativas ou positivas por parte do Estado, acabam por gerar situações de tensões mais acentuadas no seio da sociedade, face à recorrência da judicialização da maioria das questões surgidas entre as pessoas, canalizando para o Estado-Juiz o poder de dizer o direito e de resolver todos os desentendimentos. Nesse terreno, a participação do cidadão resta estéril, o diálogo inexistente e os mecanismos de autocomposição são relegados em nome da supremacia da palavra estatal.

Não obstante, no âmbito do Estado Democrático de Direito, cabe ao Estado proporcionar canais dialógicos, que permitam uma maior participação do cidadão na tomada das decisões, por meio de uma análise ativa e crítica da realidade.

Na Constituição federal de 1988, em seu artigo 1º, ao alçar a cidadania à condição de fundamento da República Federativa do Brasil e dispor que todo o poder emana do povo, o Constituinte não limitou o exercício da cidadania à capacidade eleitoral ativa e passiva, ou seja, ao direito de votar e de ser votado (sufrágio universal).

Pelo contrário, o conceito alargado de cidadania está a indicar que ao cidadão devem ser garantidos o acesso às informações sobre tudo o que diz respeito às ações estatais, bem como o exercício do seu direito de ser ouvido e de alguma forma influenciar na tomada das decisões, por meio de procedimentos democráticos colocados à sua disposição, como condição para se imprimir legitimidade às decisões do Poder Público.

A propósito da temática, recorrendo sobre a Teoria Discursiva de Habermas, Dias (2003) esclarece que:

O princípio do discurso exige do cidadão participante uma disposição ao diálogo e à obtenção de consenso no momento de configurar sua autolegislação. Assim, o princípio da democracia só pode surgir no cerne de um sistema de direitos e de forma institucionalizada. (...) A legitimidade do direito pode ser reconhecida, na Teoria discursiva do direito e da democracia, "...através de uma compreensão procedimental do direito e de uma qualificação do cidadão que só fundamente a titularidade a direitos em relação a uma condição de cidadania que simultaneamente garanta autonomia pública e privada". A teoria do discurso, nesse sentido, opõe-se à clientelização do cidadão e o direito deve descobrir fontes de legitimação que não se encontram, atualmente, à sua disposição. Habermas (1996) descreve a necessidade de uma legitimação mais ampla do direito, que somente ocorrerá mediante a criação de canais jurídicos abertos à sociedade civil para os poderes de sancionar, organizar e executar do Estado. [...] Essa necessidade de criar canais de comunicação no âmbito da esfera pública irá desencadear alterações na forma de conceber e pensar a esfera administrativa [...], pelo emprego de um poder administrativo vinculado ao poder comunicativo [...]. (DIAS, 2003, p. 115-116).

A partir do que se expôs, resta claro que o TAC insere-se como importante instrumento para o exercício da cidadania, por proporcionar o diálogo entre as partes interessadas, conformando-se perfeitamente com o Estado Democrático de Direito instituído pela Constituição federal de 1988.

Em reforço a essa natureza constitucional, cidadã e democrática do TAC, deve-se proceder à releitura do direito de acesso à justiça, que não esteja a significar apenas o acesso ao Poder Judiciário (muitas vezes imprescindível). Com efeito, o acesso à Justiça, "ou seja, o que os autores chamam de 'ênfase de acesso à Justiça [...], vários doutrinadores afirmam que tal movimento é, na verdade, muito mais amplo" (LORENTZ, 2002, p. 25), significando o direito à uma solução justa e adequada para as questões sociais, ou seja, à pacificação não necessariamente cogente e imposta, mas construída mediante o diálogo entre os cidadãos ou entre estes e o Estado.

Nesse sentido, são pertinentes as ponderações de Fonseca (2013):

O paradigma do Estado democrático de direito, aliado à globalização, implica mudanças nas concepções de acesso à justiça, gerando uma verdadeira globalização dos meios acessivos, com novos instrumentos propiciantes de pacificação social. Traz presente a ideia de democratizar, seja no sentido de alargar e apresentar novos caminhos de ingresso, seja para integrar pessoas excluídas da cidadania. A economia global exige reflexão do Direito e do seu propósito de amenizar as mazelas sociais. [...] Os palcos de prevenção e resolução jurídica de conflitos devem ser repartidos dentro da estrutura estatal e, também, estendidos ao setor privado. (FONSECA, 2013, p. 60).

Portanto, o TAC insere-se no âmbito do Estado Democrático de Direito como relevante mecanismo apto à solução de impasses, mediante pacificação social construída por meio do diálogo entre as partes interessadas.

5 Aspectos normativos do Termo de Ajuste de Conduta com foco na área trabalhista

5.1 Previsão legal

O TAC encontra-se regulado pelo §6º do artigo 5º da Lei nº 7.347/1985 (Lei de Ação Civil Pública), acrescentado pela Lei nº 8.078/1990.

Segundo Melo (2008, p. 68), o TAC “tem sua origem no art. 55, parágrafo único da Lei nº 7.244/84 – Lei das Pequenas Causas – que conferiu ao acordo extrajudicial celebrado entre as partes e referendado pelo Ministério Público natureza de título executivo extrajudicial”.

A origem legislativa remota do TAC, para Fonseca (2013),

[...] reporta-se ao revogado art. 6º do Código Florestal (Lei nº 4.771/1965), que previa espécie de compromisso, ao admitir que o proprietário de floresta pudesse gravá-la com perpetuidade, desde que verificada existência de interesse pública pela autoridade florestal. Esse vínculo constaria de termo assinado e averbado à margem da inscrição o Registro Público. (FONSECA, 2013, p. 64).

5.2 Natureza jurídica

A teor do §6º do artigo 5º da Lei nº 7.347/1985, a natureza jurídica do TAC é de título executivo extrajudicial: “§6º Os órgãos públicos legitimados poderão tomar dos interessados compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais, mediante cominações, que terá eficácia de título executivo extrajudicial” (BRASIL, 1985).

Assim, uma vez comprovado descumprimento da obrigação prevista no TAC, é possível o ajuizamento de ação judicial de execução para obrigar o Compromissado ao cumprimento da obrigação de fazer e não fazer inadimplida, mediante a cominação de multa (*astreintes*), bem como para o pagamento do valor pecuniário previsto no TAC para o caso de violação da obrigação ajustada.

Frise-se, por pertinente, que a multa prevista no TAC para o caso de descumprimento de determinada obrigação é apenas cominada e apenas virá à tona se e caso ocorra o inadimplemento, de molde que, observada a obrigação, não há de se falar em pagamento de multa, que, no caso, figura como preceito secundário da obrigação de fazer e não fazer pactuada.

5.3 Legitimados para assinatura do Termo de Ajuste de Conduta

O §6º do artigo 5º da Lei nº 7.347/1985 giza que podem tomar o ajuste de conduta os órgãos públicos legitimados citados no *caput* do artigo, quais sejam, o Ministério Público, a Defensoria Pública, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, a autarquia, empresa pública, fundação ou sociedade de economia mista, excluídas, portanto, “as associações civis e fundações de direito privado, que não são pessoas jurídicas de direito público” (MELO, 2008, p. 70).

No entanto, há controvérsias acerca da legitimidade ativa das empresas públicas e sociedades de economia mista para a tomada de Termo de Ajuste de Conduta. Examinando a questão, Mazzilli (1999) concluiu pela existência de três categorias de legitimados, cujo entendimento é perfilhado neste trabalho:

- a) a daqueles legitimados que, incontestavelmente, podem tomar compromisso de ajustamento: Ministério Público, Estados, Municípios, Distrito Federal e órgãos públicos, ainda que sem personalidade jurídica, especificamente destinados à defesa de interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos;
- b) a dos legitimados que, incontestavelmente, não podem tomar o compromisso: as associações civis, as fundações privadas, as empresas públicas e as sociedades de economia mista;
- c) a dos legitimados sobre os quais é questionável possam tomar esses compromissos, como as fundações públicas e as autarquias. (MAZZILLI, 1999, p. 300-301).

Embora o rol de legitimados ativos seja amplo, tem-se que, na prática, o Ministério Público é o que mais se utiliza desse instrumento para a tutela dos

direitos metaindividuais, devido ao seu perfil constitucional de defensor da ordem jurídica, do regime democrático e dos direitos sociais e individuais indisponíveis, bem como do poder de investigação de que dispõe.

Ademais, no processo do trabalho, quanto ao TAC, somente o firmado perante o Ministério Público do Trabalho possui natureza de título executivo legalmente prevista, a teor do artigo 876 da CLT – Consolidação das Leis do Trabalho.

Já no que tange à legitimidade passiva, todo aquele que em tese figuraria no polo passivo de uma ação judicial encontra-se apto a firmar TAC, podendo, assim, ser pessoa física ou pessoa jurídica de direito público ou privado.

5.4 Objeto do Termo de Ajuste de Conduta

O artigo 129, III, da Constituição federal de 1988 estabelece que o Ministério Público possui o poder de instaurar inquérito civil, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos.

Face à notícia de violação de direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos, o Ministério Público do Trabalho, no âmbito de violação de natureza trabalhista, foco do presente trabalho, poderá instaurar inquérito civil, de natureza facultativa e inquisitorial, para a devida investigação dos fatos.

Reunidos os elementos que convirjam para a ocorrência das irregularidades denunciadas, é possível a solução extrajudicial do caso, mediante a assinatura de TAC ou o ajuizamento da competente ação perante o Poder Judiciário Trabalhista.

Optando as partes pela solução dialogada e extrajudicial, o TAC contemplará obrigações consentâneas com a tutela dos direitos violados, consistentes em obrigações de fazer, de não fazer, de dar ou de pagar.

Como preceito secundário da obrigação principal (obrigação de fazer, não fazer, dar ou pagar) normalmente comina-se multa, de viés coercitivo-psicológico, que somente virá à tona em caso de violação da obrigação pactuada.

O valor da multa não pode ser aleatório, mas deve levar em consideração o grau de relevância do bem jurídico envolvido, a gravidade da conduta, a sua recorrência, entre outros fatores, a fim de que se logre desestimular o descumprimento.

A respeito do valor da multa e dos critérios para a sua fixação, Fonseca (2013) pondera que:

Em caso de previsão de cominação sob a forma de obrigação de dar (multa), cabe às partes acertarem sobre o valor a ser fixado. Alguns critérios argumentativos poderão ser utilizados: (i) natureza da obrigação;

(ii) gravidade de eventual descumprimento da obrigação; (iii) situação econômica do legitimado passivo; (iv) desestímulo a eventual inobservância do compromisso; (v) vedação do enriquecimento ilícito; (vi) antecedentes do infrator; (vii) confissão; (viii) arrependimento posterior; (ix) arrependimento eficaz, entre outros. (FONSECA, 2013, p. 145).

Os valores de eventuais multas aplicadas poderão ser revertidos a algum Fundo público, objetivando a reconstituição dos bens lesados, mediante aplicação por analogia do disposto no artigo 13 da Lei nº 7.347/1985, que se refere à condenação em caso de ajuizamento da ação competente.

5.5 Vigência das cláusulas

A vigência das cláusulas constantes do TAC dependerá da obrigação pactuada.

Em caso de obrigação de fazer e não fazer de caráter continuativo (como, por exemplo, pagamento de salários e concessão de férias), a vigência será por prazo indeterminado, a par do prazo indeterminado de que se reveste a norma legal violada. Enquanto não for alterada a norma regente, a cláusula continuará em vigor.

É importante assentar que, em se tratando de obrigação de caráter continuativo, a finalidade alvitrada por meio do TAC cinge-se ao caráter inibitório da medida pactuada, a fim de que a conduta seja e continue sendo observada. Isso porque, uma vez ocorrido o ilícito, há receio de que volte a ocorrer, nisto residindo o caráter inibitório e preventivo da obrigação. Em suma, o TAC deve imprimir o mesmo patamar de proteção do bem jurídico lesado que se seria alcançado por meio de um provimento judicial. Nesse sentido, a Constituição federal de 1988, no art. 5º, estabelece que a mera ameaça de lesão deve ser objeto de tutela.

Já em se tratando de obrigação sem o caráter de continuidade, uma vez cumprida a obrigação operar-se-á o seu esgotamento. Como exemplo, cita-se a obrigação consistente em construir banheiros separados por sexo em determinado estabelecimento empresarial. Construído o banheiro, tem-se por extinta a obrigação.

5.6 Possibilidades de flexibilização

Na condição de defensores dos direitos metaindividuais, não detêm os legitimados ativos amplos poderes quando da assinatura de TAC, até porque não são eles os titulares dos direitos e interesses envolvidos.

Não obstante, é possível discutir prazos, condições e valores de multas para o cumprimento das obrigações, podendo o legitimado passivo participar ativamente da construção das cláusulas objeto do TAC.

5.7 Fiscalização de cumprimento

Decorridos os prazos fixados no TAC, segue-se o processo de aferição de cumprimento das obrigações, sendo que na área trabalhista essa pode se dar mediante fiscalização empreendida pela Auditoria-Fiscal do Trabalho, ou mediante inspeção do Membro do Ministério Público do Trabalho, que também poderá requisitar documentos à empresa ou outro legitimado passivo.

Mesmo nessa fase, terá o legitimado passivo a possibilidade de alegar suas razões e de se insurgir contra a aplicação de determinada multa ou de interpretação a respeito de eventual descumprimento de uma obrigação, em consonância com o espírito democrático que norteia o instituto.

5.8 O Ministério Público do Trabalho

Como visto, embora o rol de legitimados ativos para a tomada do TAC não seja restrito, na prática, o Ministério Público é o que mais lança mão desse importante instrumento para a tutela dos direitos metaindividuais violados.

Na área trabalhista, o Ministério Público do Trabalho (MPT), como um dos ramos do Ministério Público da União (MPU), é o encarregado da defesa da ordem jurídica trabalhista e dos direitos sociais envolvidos.

Ao Ministério Público do Trabalho, como ramo do especializado do Ministério Público, são conferidos todos os poderes previstos na Constituição federal de 1988 e demais leis infraconstitucionais, notadamente na Lei Complementar nº 75, de 20 de maio de 1993, que dispõe sobre a organização, as atribuições e o estatuto do Ministério Público da União.

No que diz respeito à tramitação dos procedimentos investigatórios e à assinatura de TAC, citam-se como normas de regência a Resolução nº 69, de 12

de dezembro de 2007, do Conselho Superior do Ministério Público do Trabalho (CSMPT) e a Resolução nº 23, de 17 de setembro de 2007, do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP).

5.9 Conceito de Termo de Ajuste de Conduta

A partir do que se expôs até aqui, entende-se ser possível a construção de um conceito de TAC, como sendo um negócio jurídico transacional, com natureza jurídica de título executivo extrajudicial, celebrado entre o interessado, pessoa física ou jurídica, e o poder público, por meio dos agentes legitimados à propositura da ação civil pública, por meio do qual são pactuadas obrigações de fazer, de não fazer, de pagar e/ou de dar, como forma de prevenir litígios judiciais e garantir o respeito a direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos, a partir de um processo dialógico entre as partes envolvidas.

6 Vantagens e possíveis desvantagens do Termo de Ajuste de Conduta

A principal vantagem do TAC reside no fato de ser fruto de diálogo entre as partes. Um TAC nunca é imposto. Ninguém está obrigado a assiná-lo ou a aceitar de maneira impositiva quaisquer de seus termos.

Isso porque esse instrumento privilegia a solução dialogada, com a possibilidade de, durante as tratativas, o legitimado passivo expor suas razões, a sua realidade e as suas possibilidades em termos de prazos e condições, mediante ampla participação na construção das cláusulas do TAC.

Diferentemente do que ocorre em uma ação judicial, para cuja tramitação há um rito determinado, decorrendo ao final uma sentença que poderá impor o cumprimento das obrigações requeridas na inicial, sem possibilidade de maiores discussões, no TAC o legitimado passivo *tem voz e vez*, dentro de uma relação democrática, discursiva e dialógica.

Considerando o propósito de análise do TAC como estratégica jurídica empresarial para prevenção de litígios, de forma resumida, citam-se algumas vantagens proporcionadas pelo TAC na perspectiva do legitimado passivo, tudo a depender, obviamente, do caso concreto:

- 1 – Permite ampla participação do legitimado passivo, que terá voz e vez na construção das cláusulas;
- 2 – Informalidade, a permitir diálogo mais aberto com o legitimado ativo;

- 3 – Possibilidade de discussão de prazos, condições e valores de multas;
- 4 – Deixa em evidência a boa-fé e a livre disposição da empresa em se adequar às normas legais;
- 5 – Preserva a imagem da empresa, diferentemente do que ocorre em caso de uma condenação advinda de uma sentença judicial;
- 6 – Redução de despesas processuais;
- 7 – Menor desgaste físico e emocional;
- 8 – Solução rápida das questões envolvidas;
- 9 – Desnecessidade de reserva financeira para fazer face a uma possível condenação judicial, que pode incluir o pagamento de indenização por danos morais coletivos;
- 10 – Demonstração, no âmbito interno da empresa, do seu compromisso para com os seus empregados e com o meio ambiente material e imaterial, a depender das obrigações assumidas;
- 11 – Credibilidade para com credores e futuros investidores, face à antecipação da empresa em se adequar à legislação, sem necessidade de imposição judicial; e
- 12 – Extinção ou diminuição de litígios judiciais individuais em relação aos temas objeto do TAC.

Não obstante seja sempre preferível uma solução dialogada entre as partes, a fim de não se fechar hermeticamente o debate crítico acerca a temática, seguem algumas possíveis desvantagens da celebração do TAC, nem sempre aplicáveis na perspectiva da empresa, na esteira da análise feita por Fonseca (2013):

- (i) dificuldade do processo de negociação e do extrato consensual
- (ii) relativização dos valores das obrigações de dar previstas e das penalidades contemplados no TAC
- (iii) banalização e desprestígio do instituto (...)
- (iv) utilização do TAC para fins ilícitos
- (v) desvantagens gerais: a) limitação do objeto o TAC; b) fragmentação de direitos metaindividuais; c) dificuldade de fiscalização das obrigações contempladas no TAC. (FONSECA, 2013, p. 185-186).

No que diz respeito ao legitimado ativo, tem-se a vantagem de uma tutela rápida das questões envolvidas e da disposição livremente demonstrada pela empresa em se ajustar ao ordenamento jurídico, de molde que a probabilidade de respeito aos bens jurídicos é muito maior, uma vez que o TAC decorre de construção entre as partes.

No âmbito do Poder Judiciário há grandes ganhos, na medida em que se evitam, não apenas a ação a ser ajuizada pelo Ministério Público do Trabalho, mas também várias outras ações individuais, de forma que o Judiciário, anteriormente ocupado repetidas vezes com as mesmas desconformidades objeto do TAC, ver-se-á livre do que se denomina atomização das ações judiciais.

7 Conclusão

Na elaboração e implementação adequadas de um planejamento estratégico empresarial, medidas aptas a prevenir a ocorrência de litígios judiciais devem ser adotadas. Não obstante, é possível que eles ocorram, notadamente na área trabalhista, que representa importante parcela de aplicação das normas jurídicas e de ocorrência de discordância ensejadoras de litígios judiciais.

Diante desse cenário, o Termo de Ajuste de Conduta (TAC) apresenta-se como um importante instrumento estratégico para a solução a prevenção de litígios, notadamente aqueles que versam sobre lesão de natureza coletiva, com notáveis benefícios para a empresa, por proporcionar amplo diálogo entre as partes, a participação empresarial na construção das cláusulas e na fixação de multas e prazos para cumprimento, sendo, ademais, uma solução rápida, de baixo custo e eficaz para a solução de impasses. Os benefícios também repercutirão no âmbito de possíveis litígios individuais, que serão extintos ou diminuídos, no que tange aos temas contemplados no TAC.

Além disso, o TAC contribui para a preservação da imagem da empresa e deixa transparecer o seu compromisso com o cumprimento espontâneo das normas regentes de suas relações no mundo do trabalho, atraindo, por consequência, credibilidade junto aos atuais e futuros investidores.

8 Referências

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em: 9 mar. 2022.

BRASIL. **Decreto-lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943**. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del5452compilado.htm. Acesso em: 9 mar. 2022.

BRASIL. **Lei Federal nº 7.347, de 24 de julho de 1985.** Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (**VETADO**) e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7347Compilada.htm. Acesso em: 9 mar. 2022.

BRASIL. **Lei Federal nº 8.078, de 11 de setembro de 1990.** Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078compilado.htm. Acesso em: 9 mar. 2022.

BRASIL. **Lei Federal nº 8.213, de 24 de julho de 1991.** Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8213compilado.htm. Acesso em: 9 mar. 2022.

BRASIL. **Lei Complementar Federal nº 75, de 20 de maio de 1993.** Dispõe sobre a organização, as atribuições e o estatuto do Ministério Público da União. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp75.htm. Acesso em: 9 mar. 2022.

BRASIL. **Resolução nº 23, de 17 de setembro de 2007.** Regulamenta os artigos 6º, inciso VII, e 7º, inciso I, da Lei Complementar nº 75/93 e os artigos 25, inciso IV, e 26, inciso I, da Lei nº 8.625/93, disciplinando, no âmbito do Ministério Público, a instauração e tramitação do inquérito civil. Disponível em: http://www.cnmp.mp.br/portal/images/Normas/Resolucoes/Resolucao_23_alterada_143.1.pdf. Acesso em: 9 mar. 2022.

BRASIL. **Resolução nº 69, de 12 de dezembro de 2007.** Disciplina, no âmbito do Ministério Público do Trabalho, a instauração e tramitação do inquérito civil, conforme artigo 16 da Resolução nº 23, de 17 de setembro de 2007, do Conselho Nacional do Ministério Público. Disponível em: <https://midia-ext.mpt.mp.br/pgt/csmpt/resolucoes/resolu69.pdf>. Acesso em: 9 mar. 2022.

DIAS, Maria Tereza Fonseca. **Direito administrativo pós-moderno.** Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

CHEVALLIER, Jacques. **O estado pós-moderno.** Tradução: Marçal Justen Filho. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

GABRICH, Frederico de Andrade (org.). **Análise estratégica do direito.** Belo Horizonte: Universidade FUMEC. Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, 2010.

FONSECA, Bruno Gomes Borges da. **Compromisso de ajustamento de conduta.** São Paulo: Ltr, 2013.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado.** 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

LORENTZ, Lutiana Nacur. **Métodos extrajudiciais de solução de conflitos trabalhistas.** São Paulo: Ltr, 2002.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **O inquérito civil**. São Paulo: Saraiva, 1999.

NERY, Ana Luiza de Andrade. **Compromisso de ajustamento de conduta**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

TREVIZAN, Karina; REIS, Thiago. **Com desemprego alto, processos da justiça do trabalho disparam em 2015**. Disponível em: <http://g1.globo.com/concursos-e-emprego/noticia/2016/02/com-desemprego-alto-processos-da-justica-do-trabalho-disparam-em-2015.html>. Acesso em: 9 mar. 2022.