

3a. VARA DO TRABALHO DE JUNDIAÍ.

Processo n. 02.068/2007-0.

Vieram os autos conclusos, para a prolação da seguinte

S E N T E N Ç A

Trata-se de demanda proposta por ADILSON BARCELOS ALMEIDA, qualificado às fls. 03, em face de GAFOR LTDA. e SPAL INDÚSTRIA BRASILEIRA DE BEBIDAS S.A., qualificadas às fls. 03.

Alega o reclamante que foi admitido pela 2ª reclamada para exercer a função de motorista carreteiro; que foi dispensado em 01.09.1997, quando recebeu suas verbas rescisórias e continuou trabalhando na 2ª reclamada, sem registro, até 01.09.1998, quando foi registrado pela 1ª reclamada para desenvolver as mesmas atividades antes realizadas.

Sustenta que trabalhava em horas extras sem receber corretamente os valores que lhe eram devidos; que recebia valores de cunho salarial que não integravam a remuneração.

Pleiteia os direitos decorrentes dos fatos narrados.

Em defesa, fls. 129/142 e fls. 383/396, as reclamadas contestam os fatos narrados pelo reclamante, pugnano pelo julgamento da improcedência dos pedidos.

Na audiência, fls. 126/128, foram colhidos os depoimentos do reclamante e da 1ª reclamada, encerrando-se a instrução processual.

Razões finais remissivas.

Inconciliados.

É o relatório.

D E C I D E - S E .

I - Prescrição.

O melhor entendimento a respeito da prescrição quinquenal, prevista constitucionalmente, é de que ela somente terá incidência nos contratos de trabalho em curso, quando regulada, definitivamente, a garantia contra a dispensa arbitrária, prevista no inciso I, do mesmo art. 7°. Não se pode supor que o constituinte, da Constituição cidadã, tenha permitido que a lesão a direitos trabalhistas se concretizasse sem qualquer possibilidade de reação do trabalhador (mesmo individualmente considerado). A prescrição durante a vigência do contrato de trabalho, no qual o empregado se vincula sem qualquer garantia, constitui afronta ao próprio aparato constitucional de proteção ao trabalho e à dignidade humana. Exatamente para não se produzir tal resultado é que o artigo 7°. , em seu "caput", inicia com a fixação do princípio da melhoria da condição social do trabalhador e logo no inciso I, fixa a garantia do emprego contra a dispensa arbitrária. Claro, não imaginou o constituinte que o legislador ordinário fosse tão rapidamente cair em profundo estado de inconstitucionalidade por omissão. No entanto, o efeito dessa inércia não será, simplesmente, o de negar ao trabalhador a garantia de emprego, mas, sobretudo, o de obstar a eficácia da norma pertinente à prescrição quinquenal, pois esta, logicamente, esta condicionada ao adimplemento daquela, sem o que os princípios da melhoria da condição social do trabalhador, do valor social do trabalho e da dignidade humana são tornados letras mortas.

No entanto, há de se reconhecer, pelo menos em termos do Tribunal Regional da 15ª. Região, esse entendimento não tem tido acolhida. Desse modo, enquanto o TST não se pronunciar a respeito, nos processos já julgados e que por ventura lhe tenham sido encaminhados, para agilização das ações e respeito ao entendimento que até então restou unânime em sentido contrário, convém pronunciar a prescrição quinquenal nos restritos termos do inciso XXIX, do art. 7°. ,

da CF.

Assim, sem prejuízo de continuar tentando formular convencimento a respeito no debate acadêmico, com pretensão de futura repercussão na jurisprudência, declaro prescritas as parcelas anteriores 06.06.2001, deixando-se claro que o prazo prescricional em questão, em respeito à literalidade do dispositivo constitucional, deve ser contado, retroativamente, do término do contrato de trabalho, vez que restou conferido o direito de "ação, quanto aos créditos resultantes das relações de trabalho, com prazo prescricional de cinco anos para os trabalhadores urbanos e rurais, até o limite de dois anos após a extinção do contrato de trabalho" (inciso XXIX, do art. 7º., da CF).

Não fosse esse o entendimento, o que se teria, em concreto, é que não se atingiria jamais a objetividade do preceito constitucional, pois, sem a garantia concreta da relação de emprego contra a dispensa arbitrária, o que se teria é que em todas relações de emprego que durassem mais que cinco anos, os trabalhadores não teriam como exercer seu direito, constitucional, quanto a pleitear direitos com o lapso prescricional de 05 (cinco) anos.

II - Ilegitimidade passiva da 2ª reclamada.

A legitimidade é a pertinência subjetiva da ação, isto é, a regularidade do poder de demandar de determinada pessoa sobre determinado objeto. Assim, se alguém dirige sua reclamação em face de determinada pessoa, pugnando por sua responsabilização, a qualquer título, somente essa pessoa pode responder à demanda, não havendo outra que detenha tal legitimidade. Note-se que, aí, não se fala em legitimidade do ponto de vista material, mas sim no aspecto processual, em que deve ser demandado aquele contra que se pretende ver o direito reconhecido. Por tais razões, rejeito a preliminar.

Rejeito.

III - Da medida da responsabilidade.

Declara-se a responsabilidade solidária da 2ª reclamada com relação às obrigações trabalhistas decorrentes da relação de emprego havida entre o reclamante e a 1ª reclamada.

Nos termos do art. 896, do Código Civil

(artigo 265, do novo Código Civil), a solidariedade não se presume e resulta da lei ou da vontade das partes. No entanto, no que se refere à solidariedade passiva, que nos interessa mais de perto, tem ganhado força entre os doutrinadores a noção que admite a presunção da solidariedade, para satisfação mais eficiente da obrigação, como se dá em outros países .

A Súmula 331, do C. TST, alude a uma responsabilidade subsidiária. O termo, "data venia", é infeliz.

Quando há pluralidade de devedores e o credor pode exigir de todos a totalidade da dívida, se está diante da hipótese de solidariedade, instituto jurídico que traduz tal situação. Quando a sentença reconhece a responsabilidade do tomador dos serviços, a sua responsabilidade, perante a Justiça do Trabalho, é por toda a dívida declarada e não por parte dela. Há, portanto, uma hipótese de solidariedade, indiscutivelmente, pois o credor (reclamante) pode exigir de ambos (prestador e tomador) a totalidade da dívida.

O que poderia haver, na relação entre tomador e prestador, como ocorre no caso da fiança, seria o exercício daquilo que se denomina, benefício de ordem (art. 1491, CC), pelo qual o fiador tem direito a requerer que primeiro se executem os bens do devedor principal. Mas, o benefício de ordem depende de iniciativa do fiador - parte no processo - e deve ser requerido, nos moldes do art. 1491, do Código Civil, conforme lembra Caio Mário da Silva Pereira: "Demandado, tem o fiador o benefício de ordem, em virtude do qual lhe cabe exigir, até a contestação da lide, que seja primeiramente executado o devedor, e, para que se efetive, deverá ele nomear bens a este pertencentes, sitos no mesmo município, livres e desembargados, suficientes para suportar a solução do débito (Código Civil, art. 1491)."

Mesmo assim, essa hipótese não se configura no caso da terceirização, pois não há previsão legal expressa neste sentido e uma vez declarada a solidariedade o benefício de ordem se exclui, como regra. Ensina Caio Mário: "é da essência da solidariedade que o devedor possa ser demandado pela totalidade da dívida (*totum et totaliter*) e sem benefício de ordem".

Assim, por imperativo jurídico, a responsabilidade do tomador dos serviços trata-se de uma responsabilidade solidária, sem benefício de ordem.

Solidariedade esta que não seria presumida, mas declarada judicialmente, com base no postulado jurídico da culpa "in eligendo".

Aliás, mesmo o elemento culpa pode ser abandonado, atraindo-se a noção de culpa objetiva decorrente de responsabilidade civil, nos termos do artigo 927 do novo Código Civil e seu parágrafo único, que passaram a considerar o ato que antes é ato meramente culposo (vide o artigo 186, do novo Código) como ato ilícito.

E, para aqueles mais renitentes, que se apegam a um formalismo jurídico, extraído do teor do art. 896, do Código Civil, formalismo este que em concreto não existe, vale lembrar o disposto no artigo 455, da CLT, que pode ser aplicado analogicamente ao presente caso.

Dispõe tal artigo: "Nos contratos de subempreiteira responderá o subempreiteiro pelas obrigações derivadas do contrato de trabalho que celebrar, cabendo, todavia, aos empregados, o direito de reclamação contra o empreiteiro principal pelo inadimplemento daquelas obrigações por parte do primeiro.

Parágrafo único. Ao empreiteiro principal fica ressalvada, nos termos da lei civil, ação regressiva contra o subempreiteiro e a retenção de importâncias a este devidas, para a garantia das obrigações previstas neste artigo."

Vê-se, portanto, que a lei trabalhista fixou a solidariedade nas relações de terceirização, na medida em que conferiu ao trabalhador o direito de ação em face do tomador dos serviços - empreiteiro - e sem benefício de ordem, pois o que se garantiu a este foi a ação regressiva contra o prestador - subempreiteiro. Neste sentido, a seguinte Ementa: Destituída a intermediadora de mão-de-obra de idoneidade econômica e financeira, tem-se a empresa tomadora do serviço como responsável solidária pelos ônus do contrato de trabalho, pelo princípio da culpa *in eligendo*, o mesmo que informa e fundamenta a regra do art. 455, do estatuto obreiro. (TRT - 8ª R - Ac. nº 4947/95 - Rel. Juiz Itair Sá da Silva - DJPA 23.01.96 - pág. 05)

Aliás, a solidariedade entre tomador e prestador de serviços está expressamente prevista em outros dispositivos legais, a saber: art. 15, parágrafo 1o. da Lei n. 8.036/90 e art. 2o., I, do Decreto n. 99.684/90, sobre

FGTS; e Ordem de Serviço n. 87/83, sobre contribuições previdenciárias.

Frise-se ainda que eventual cláusula do contrato firmado entre as empresas, que negue qualquer tipo de solidariedade, é nula de pleno direito, pois sua aplicabilidade pode impedir o adimplemento de obrigações trabalhistas (art. 9o., da CLT). Neste sentido, aliás, merece destaque o disposto no artigo 187, do novo Código Civil: "Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes". Ora, realizar negócios jurídicos cujo propósito é afastar-se de responsabilidade pelo adimplemento de direitos de terceiros, evidentemente, não pode ser considerado como ato lícito, nos termos da atual visão social do próprio direito civil.

Neste aspecto da responsabilidade civil por ato ilícito, merece relevo o artigo 934 do novo Código Civil, que estabelece o direito de ressarcimento para aquele que indenizar o dano provocado por ato de outrem, conduzindo à idéia de que não há benefício de ordem possível no que tange à busca de indenização quando na prática do ato ilícito concorrerem mais de uma pessoa. Esta conclusão, aliás, é inevitável quando se verifica o teor do artigo 942, que assim dispõe:

"Art. 942. Os bens do responsável pela ofensa ou violação do direito de outrem ficam sujeitos à reparação do dano causado; e, se a ofensa tiver mais de um autor, todos responderão solidariamente pela reparação.

Parágrafo único. São solidariamente responsáveis com os autores os co-autores e as pessoas designadas no art. 932." (grifou-se).

Essas regras, obviamente, possuem pertinência total no fenômeno da terceirização. Assim, uma empresa que contrata uma outra para lhe prestar serviços, pondo trabalhadores à sua disposição, ainda que o faça dentro de um pretense direito, terá responsabilidade solidária pelos danos causados aos trabalhadores pelo risco a que expôs os direitos destes, tratando-se, pois, de uma responsabilidade objetiva (parágrafo único do art. 927).

Destaque-se que a Lei 9.472/97, ao permitir a existência de contratos entre a concessionária e terceiros,

não exclui a responsabilidade de ambas pelos débitos trabalhistas, nem poderia fazê-lo, já que se seria negar a essa relação toda a teoria geral de Direito, o que não se admite sequer por hipótese.

Não há incidência possível nesta situação da regra de que "a solidariedade não se presume, resultando de lei ou da vontade das partes" (art. 896, antigo CC; art. 265, atual Código), porque a solidariedade em questão é fixada por declaração judicial de uma responsabilidade civil, decorrente da prática de ato ilícito, no seu conceito social atual. Aliás, neste sentido, a regra do artigo 265 não parece nem mesmo ser afastada, vez que a solidariedade declarada, com tais parâmetros, decorre, agora, da própria lei (art. 942 e seu parágrafo).

Lembre-se, ademais, que já na Declaração dos Objetivos da Organização Internacional do Trabalho, de 1944, foi firmado o princípio, até hoje não superado no contexto jurídico internacional, de que o trabalho não é mercadoria.

Tal sentido pode ser encontrado, também, na Declaração da OIT, relativa aos princípios fundamentais do trabalho, ao dispor que "a justiça social é essencial para assegurar uma paz universal e durável" e que "o crescimento econômico é essencial mas não é suficiente para assegurar a equidade, o progresso social e a erradicação da pobreza, e que isto confirma a necessidade para a OIT de promover políticas sociais sólidas, a justiça e instituições democráticas".

Esses preceitos, aliás, foram o fundamento para que a OIT, em 1949, adotasse a Convenção n. 96, estabelecendo que as agências de colocação de mão-de-obra, com finalidade lucrativa, deveriam ser suprimidas da realidade social dos países membros de forma progressiva e definitiva.

IV - Período sem registro.

O próprio reclamante afirmou em seu depoimento, fl. 126, que no período de 01.09.1997 a 08.1998 trabalhou como motorista autônomo, não prestando serviços nem para a 1ª nem para a 2ª reclamada.

Portanto, improcede o pedido de vínculo empregatício nesse período.

V - Horas extras.

Assevera o reclamante que a partir de 01.09.1998 passou a trabalhar 12 horas de trabalho por 12 de descanso, não tendo recebido pelas horas extras; que a reclamada enquadrou o reclamante na exceção do art. 62, I, da CLT para não pagar horas extras, mas exercia efetivo controle sobre o trabalho do reclamante.

Esclarece em seu depoimento que trabalhava das 18h às 6h, de segunda a sexta, tendo trabalhado um domingo sim, outro não; que cerca de três anos depois passou a trabalhar no sistema 24x24, das 18 às 18, sendo que aos sábados encerrava a jornada às 16h; que em muitas ocasiões, sobretudo no verão, tomava um banho, ou em casa ou na própria sede da 2ª reclamada, e retomava o trabalho em seguida, indo até domingo às 22h, que se repetia até segunda às 18h.

A 1ª reclamada alega que não tinha controle sobre a jornada do reclamante, estando este sujeito à norma do art. 62, I, da CLT.

Em depoimento pessoal a 1ª reclamada aduz que os motoristas costumam entrar às 18h; que fazem viagens para São Paulo e o mais longe que vão é até Santos; que o destino são os depósitos da 2ª reclamada e retornam por volta das 24h/1h, quando um outro motorista assume o caminhão, encerrando-se a jornada do primeiro; que a jornada do segundo termina às 10h; que possui a escala dos motoristas, onde constam os horários cumpridos pelos motoristas conforme narrado" (fl. 127).

Pois bem.

Costuma-se dizer que os motoristas carreteiros não estão sujeitos a limite de jornada de trabalho porque exercem trabalho externo. No entanto, pensado o direito na perspectiva social, sobressai o direito da sociedade de que esses trabalhadores tenham sua jornada de trabalho limitada, sendo esta uma obrigação primária que se impõe ao empregador, por ser este quem exige ou permite a execução de serviços por parte de seu empregado.

Baseado na idéia equivocada de que estes trabalhadores não estão sujeitos a limite de jornada, tem-se estabelecido a sua remuneração em conformidade com os quilômetros rodados, e os motoristas, para receberem uma remuneração maior, acabam trabalhando dias e noites inteiros,

sob o efeito de drogas para não dormir. Com isso, no entanto, põem em risco não só a sua vida como a de todos que trafegam nas rodovias¹.

Para correção dessa situação, de interesse público, há de se pensar no direito que todos os cidadãos têm de que esses empregados trabalhem menos. Neste sentido, o passo jurídico a ser dado é o de excluí-los da excepcionalidade prevista no inciso I, do art. 62, atribuindo ao empregador a obrigação de possuir controles efetivos das suas jornadas de trabalho, atribuindo-lhe, ainda, o encargo de juntar tais controles em juízo, quando a questão for debatida judicialmente, sob pena de se considerar verdadeira a versão declinada pelo reclamante.

Este controle, aliás, é sempre possível (basta lembrar dos caminhões que trazem a inscrição, "veículo rastreado por radar") e trata-se, como dito, de uma obrigação do empregador, o que implica que recai sobre si o encargo da prova das horas de trabalho, em eventual discussão em juízo a seu respeito.

A própria 1ª reclamada afirmou em seu depoimento que possuía um relatório da escala dos motoristas, onde constam os horários declinados no mesmo depoimento, mas tais documentos não foram juntados aos autos.

Assim, não se aplica ao presente caso, o inciso I, do art. 62 da CLT.

Acolhem-se, portanto, como verdadeiros os horários apontados na inicial e condenam-se as reclamadas, solidariamente, ao pagamento de 5h extras por dia, 3 vezes por semana; 9h extras em dois sábados e dois domingos por mês, com adicional legal ou convencional, o mais benéfico ao reclamante e reflexos. As horas laboradas em domingos devem ser pagas com acréscimo de 100%.

Autorizo a dedução dos valores pagos sob os mesmos títulos ora deferidos, desde que os respectivos comprovantes tenham sido juntados aos autos até o final da instrução processual.

VI - Integração salarial.

Diz o reclamante que a partir de 01.09.1998

1. Vide, a propósito, reportagem de Glenda Mezarobba, Revista Veja, ed. de 26/03/97, p. 9.

passou a receber salário fixo e um adicional de produtividade, pago por quilômetro rodado; que os valores, na realidade, configuram salário, devendo integrar a remuneração para todos os efeitos.

A 1ª reclamada se defende dizendo que a partir de 2006 o reclamante passou a "ser atingido" pelo "Sistema de Produtividade e Participação em Resultados", fruto de Acordo Coletivo de Trabalho. A 1ª reclamada, no entanto, não contesta especificamente o pedido do reclamante, que diz respeito ao "adicional de produtividade" e que abrange todo o contrato, desde 01.09.1998.

De fato há nos extratos relativos aos pagamentos efetuados ao reclamante a comprovação de pagamento de participação em resultados, ou "PPPR", cf. fl. 245, mas nem mesmo os tais valores integravam a remuneração do reclamante para todos os efeitos legais.

Portanto, condeno as reclamadas, solidariamente, ao pagamento das diferenças salariais pleiteadas, em razão da integração do adicional de produtividade, de 01.09.1997 a 06.06.2006.

VII - Dano Social e Sua Reparação.

Em novembro de 2006, por sentença proferida nos autos do processo n. 916/04-3, a 2ª. reclamada, SPAL INDÚSTRIA BRASILEIRA DE BEBIDAS S.A. (COCA-COLA), foi condenada ao pagamento de direitos trabalhistas a LUIZ APARECIDO RICARDO, além de indenização suplementar, advinda do dano social, caracterizada pela utilização do trabalho do reclamante, na função de motorista, por intermédio de empresa interposta que, sem idoneidade econômica, não garantira ao trabalhador direitos fundamentais, tais como a anotação da Carteira de Trabalho, o que repercute, como se sabe, na esfera dos direitos previdenciários do trabalhador. Além disso, pela ausência da consideração do reclamante como empregado, seu trabalho era utilizado muito além do limite permitido por lei, chegando mesmo a atingir semanas inteiras, em completo desrespeito à condição humana do Sr. LUIZ APARECIDO RICARDO, que, no período de 25/01/04 a 25/04/04, serviu aos interesses econômicos da 2ª. reclamada.

Conforme verificado no processo n. 1.317/07-0, a situação era generalizada no setor de transporte dos produtos da 2ª. reclamada, atingindo também a ajudantes de motoristas, que igualmente eram contratados por empresas

interpostas, isto é, por pessoas físicas notoriamente desprovidas de capital. Neste segundo caso mencionado, o reclamante, MAURO LUCAS DE CAMPOS, trabalhou de 17/02/2005 a 30/09/06, com salário mensal de R\$480,00, sendo que sua CTPS somente foi anotada em 01.07.2005, tendo cumprido diversas horas extras ao longo de seu contrato de trabalho, numa jornada, declarada judicialmente, das 5h00 às 21h00 de segunda a sábado, sem que tais horas lhe tivessem sido pagas.

Nesse mesmo período, até meados de 2008, a 2ª. reclamada contratou diversos motoristas por intermédio das empresas SANSSEYS TRANSPORTES LTDA. e NISSEYS TRANSPORTES LTDA. Com o encerramento do contrato que havia entre a 2ª. reclamada e ditas empresas, várias reclamações trabalhistas foram ajuizadas, sendo que em todas elas foram pleiteadas horas extras e apresentado nas defesas (vide processos n. 1.116/06, 395/08-8, 507/08-0, 986/08-5, 1.286/08-8) o mesmo argumento irresponsável, social e juridicamente falando, de que os motoristas cumpriam jornada externa o que significa dizer que a 2ª. reclamada admitia, ainda que em tese, que os motoristas que conduziam os seus produtos aos pontos de venda podiam permanecer ao volante 24 horas por dia, sete dias por semana, e que isso seria plenamente regular...

No que se refere aos motoristas que prestavam serviços à 2ª. reclamada por intermédio da SANSSEYS/NISSEYS, adveio ainda o fenômeno da ausência do pagamento de verbas rescisórias, que possuem, como se deveria saber, natureza alimentar, vez que se referem a uma compensação financeira pela perda do emprego.

E, se não bastasse, à ausência de pagamento seguiu-se uma resistência contra o adimplemento dessa obrigação, por parte das reclamadas, nos processos originados das ações propostas pelos trabalhadores (motoristas), a partir de uma espécie de "jogo de empurra". A NISSEYS, dizendo que nenhuma relação tinha com a empresa SANSSEYS, empregadora do reclamante, e esta, a SANSSEYS, aduzindo que não houve o pagamento das verbas rescisórias ao reclamante por culpa da 2ª. reclamada, SPAL (COCA-COLA), que teria encerrado, de forma abrupta, o contrato que havia entre ambas, culminando a perversidade com o argumento da 2ª. reclamada, SPAL (COCA-COLA), de que nada tinha a ver com situação, pois não teria contratado o reclamante.

E na visão da 2ª. reclamada a história estaria definitivamente resolvida.

Mas, concretamente, tal história não é apenas uma questão de avaliação dos efeitos obrigacionais decorrentes do contrato de natureza civil formulado entre as empresas. As reclamadas, cada qual com sua razão, participaram de um negócio cujo objetivo maior era mesmo a exploração do trabalho alheio, tanto que na primeira discrepância de interesses entre elas, deixaram os trabalhadores, todos eles, sem o recebimento de seus direitos rescisórios, que possuem, vale repisar, natureza alimentar.

A situação é imperdoável, sobretudo se consideramos que os serviços desses trabalhadores foram destinados a uma das maiores empresas do mundo, a Coca-cola. Não é admissível que o desenvolvimento da atividade econômica de uma empresa de sucesso como esta se desenvolva ao custo do não pagamento de direitos trabalhistas. Bem, se pode dizer que não fora ela quem deixou de pagar os direitos trabalhistas, mas, o fato concreto é que a terceirização apenas obscurece a realidade. Em verdade, a Coca-cola contratou uma empresa para que os serviços dos motoristas fossem prestados em conformidade com os interesses dela, contratante. No mínimo deveria a Coca-cola garantir que os direitos trabalhistas dessas pessoas fossem efetivamente respeitados, sendo mais injustificável ainda o seu ato de depois vir a juízo, diante do fato incontroverso de que as verbas rescisórias, alimentares, desses trabalhadores não foram pagas, postar-se como quem não tem nada a ver com a história.

É evidente que a Coca-cola tinha plena ciência da quantidade de horas trabalhadas pelos motoristas e mais ainda de que nenhuma hora extra lhes era paga.

Do modo como restou configurado nos autos mencionados, transparece que para a 2ª. reclamada a satisfação de seus interesses econômicos pouco importa o efetivo respeito aos direitos de trabalhadores que prestam serviços em sua rede produtiva.

Tome-se, como exemplo, a hipótese desses autos, refletida nos processos acima enunciados: o reclamante perde o emprego e não recebe verbas rescisórias. Se ele vai ter problemas pessoais com isso, pouco importa às reclamadas. Estas diante da lógica formal da terceirização consideram que tudo não passa de um jogo, sem regras, que pode ser impulsionado ao seu bel prazer, parecendo até que quanto maior o sacrifício que imponham ao trabalhador maior o prazer das reclamadas, sobretudo da 2ª. reclamada, Coca-cola.

A 2ª. reclamada tenta fazer crer, conforme dito por seu representante em uma das audiências realizadas na 3ª. Vara do Trabalho de Jundiaí, que a cessação do contrato com a SANSSEYS/NISSEYS deu ensejo a uma tentativa de regularização da situação dos transportes dos produtos da 2ª. reclamada, advindo a contratação da empresa GAFOR LTDA. Mas, como verificado no processo n. 734/2008-6, o motorista, Sr. WILLIAM FERNANDES MARQUEZIN, foi contratado pela GAFOR LTDA. em 22/10/07, ou seja, quando ainda a SANSSEYS prestava serviços à SPAL, conforme consta dos processos acima mencionados. No processo n. 395/08-8, por exemplo, o reclamante, ROSALINO LUIZ MARINHO, trabalhou como motorista, transportando produtos da 2ª. reclamada, por intermédio da empresa SANSSEYS, de 01/09/04 a 03/03/08.

O que se percebe, portanto, é que apesar das condenações de que fora alvo a 2ª. reclamada, quanto ao modo de exploração do trabalho alheio, para concretização da atividade de transporte de seus produtos aos pontos de venda, o que, por certo, é essencial à consecução de fins econômicos, não houve progresso relevante.

A bem da verdade, para ser completamente justo, houve algum progresso sim, pois antes os motoristas, diante da precariedade econômica das empresas contratadas pela 2ª. reclamada, sequer tinham suas CTPS anotadas e, posteriormente, com a intermediação da SANSSEYS e depois da GAFOR esse direito passou a ser garantido aos trabalhadores.

No entanto, com relação à limitação da jornada a questão continuou exatamente a mesma. Conforme apurado no processo n. 734/2008-6, as reclamadas, GAFOR e SPAL, continuaram apresentando suas defesas simplesmente alegando, de forma social e juridicamente irresponsável, que o reclamante não estava sujeito a controle de horários em razão do disposto no art. 62, inciso I, da CLT, deixando de juntar aos autos controles de frequência, mesmo diante da alegação do reclamante, naqueles autos, de que trabalhava das **5h30 às 24h00**, de segunda à sexta-feira e aos sábados das **5h30 às 22h00**, com apenas 20 minutos de intervalo para refeição e descanso.

É evidente, portanto, que a evolução não é suficiente e está muito aquém do que se imagina seja o ideal, ainda mais considerando o propósito da 2ª. reclamada, COCA-COLA, de servir como paradigma de RESPONSABILIDADE SOCIAL.

Veja, por exemplo, que a própria reclamada

diz-se preocupada com o desenvolvimento social do país, tendo, inclusive, criado o Instituto Coca-Cola Brasil, para investir em Programas ligados à Educação.

Na mesma linha, tem apoiado atividades de preservação do meio ambiente, utilizando-se, como estratégia de marketing, a própria forma de distribuição de seus produtos aos pontos de venda. Em uma propaganda da 2ª. reclamada, que se circula pela mídia, uma criança se diz orgulhosa de que seu pai dirige um caminhão da Coca-cola, levando alegria para as pessoas.

É preciso, no entanto, que a propaganda esteja em conformidade com a realidade.

Quem conhece o modo como os produtos da 2ª. reclamada são de fato transportados para os pontos de venda se sente agredido pela propaganda em questão.

Em verdade, a criança deveria dizer: "Meu pai dirige um caminhão da GAFOR, que traz o nome Coca-cola. Pode até ser que ele leve alegria para alguém, mas o faz à custa de sua própria saúde. Todo dia ele chega tarde em casa porque faz inúmeras horas extras e tanto a GAFOR quanto a Coca-cola não lhe pagam essas horas."

Poderia, também, dizer: "A Coca-cola diz que se preocupa com a alegria dos outros e com a sustentabilidade do Planeta, mas ela despreza os direitos do meu pai e também os meus, pois, para sobreviver, diante dos padrões de trabalho exigidos pela Coca-cola, passo dias e até semanas sem ver o meu pai, que trabalhava das 5 às 24h."

Ou, ainda: "Meu pai dirige um caminhão da Coca-cola, que pena! Ele leva alegria para os outros e a tristeza para dentro de nossa casa."

Claro, é difícil imaginar uma criança dizendo essas coisas, pois o fascínio que a coca-cola exerce sobre as pessoas, sobretudo em crianças, em razão de seu marketing intenso, é muito grande e é até capaz que a ausência do pai sequer seja sentida diante do orgulho de poder dizer, para os coleguinhas, que o pai dirige um caminhão da coca-cola, mesmo que não seja, concretamente, da coca-cola.

Mas, isso só aumenta a autêntica responsabilidade social da Coca-cola. Uma responsabilidade que lhe impõe um padrão de conduta respeitoso para com os

trabalhadores, que efetivam sua atividade econômica, e para com os consumidores, que complementam o ciclo produtivo. **A propaganda enganosa**, que obscurece o dado concreto de uma exploração do trabalho sem o respeito aos direitos sociais, é, portanto, uma agressão a toda sociedade.

O respeito aos direitos sociais constitui, ademais, o limite ético da produção econômica. Os valores traduzidos nesses direitos são definidos com conformidade com padrões jurídicos ligados ao Direito do Trabalho, sendo a limitação da jornada de trabalho um direito fundamental exatamente para que os pais de família cumpram o seu dever de educar e de participar da vida de seus filhos. O trabalho é um valor, mas não é tudo. Assim, na perspectiva da responsabilidade social, ditada pelo direito, a expressão ideal não se resume àquela produzida na propaganda: "meu pai dirige um caminhão da coca-cola". A ela deve se seguir o complemento: "...mas também tem vida própria depois que cumpre sua jornada de trabalho".

Não se trata, pois, de negar a importância da 2ª. reclamada como fomentadora do desenvolvimento econômico, do emprego, muito pelo contrário. Mas é exatamente em razão da sua importância para a sociedade que sua conduta deve ser paradigmática no que tange ao respeito aos Direitos Humanos, que se apresenta como instrumento eficaz para preservar a dignidade do trabalhador, permitindo-lhe o desenvolvimento pessoal, dentro e fora do trabalho.

A necessidade humana, por óbvio, não legitima a supressão de direitos fundamentais, sendo o trabalho apenas um dos direitos fundamentais do homem, embora seja extremamente importante, sobretudo dentro de uma sociedade capitalista.

Aliás, por falar em capitalismo, cumpre lembrar que as agressões ao Direito do Trabalho acabam atingindo uma grande quantidade de pessoas, sendo que dessas agressões algumas empresas se valem para obter vantagem na concorrência econômica com relação a várias outras empresas. Isto implica a produção de danos não apenas aos trabalhadores, mas também a outros empregadores que, "inadvertidamente", cumprem a legislação trabalhista, ou que, cedendo às práticas adotadas pela concorrência, se vêem forçados, economicamente falando, a agir da mesma forma. Resultado: precarização completa das relações sociais, que se baseiam na lógica do capitalismo de produção.

Veja-se, por exemplo, o que esta prática reiterada de não se limitar devidamente a jornada de trabalho dos motoristas por parte da 2ª. reclamada, que se vale para tanto, da tática da intermediação de mão-de-obra, deixando transparecer para o público leigo em geral que está fora de seu controle esse resultado, gera na realidade local.

Ora, a 2ª. reclamada não é a única grande empresa que necessita da atividade de motoristas para o transporte de seus produtos e assim a sua consideração de que não deve limitar as jornadas dos motoristas não vale somente para si, mas todas as demais empresas, o que equivale, portanto, a uma negação geral da existência do direito dos trabalhadores a uma existência digna, pois toda a sua vida estará potencialmente tomada por um único valor: o trabalho.

Em segundo lugar, cumpre lembrar que a 2ª. reclamada é um exemplo, dentro do modelo capitalista, de sucesso produtivo, e sua postura, portanto, gera um paradigma de conduta, que conduz o modelo produtivo para o lado da verdadeira responsabilidade social ou transforma essa noção em mera retórica de comércio.

Entretanto, no que tange aos motoristas de caminhão, que transportam seus produtos, a Coca-cola vem a juízo dizer que os motoristas são trabalhadores externos e que, por isso, nenhum controle sobre sua jornada é possível e que, conseqüentemente, não lhes é garantido o direito fundamental à limitação da jornada de trabalho.

Mas, como ficam as empresas que cumprem a legislação trabalhista no que tange a este tipo de trabalho?

As Casas Bahia, por exemplo, outra grande empresa, que possui inúmeros motoristas, os quais, diariamente, conduzem produtos para diversas de suas lojas em São Paulo (Capital), e outras cidades do interior paulista e até de outros Estados, não traz esse argumento. Os motoristas, que são seus empregados, contratados por ela diretamente, possuem cartões de ponto e as discussões que eventualmente se apresentam em reclamações trabalhistas resumem-se, muitas vezes, à apuração de diferenças nos cartões ou a verificar se a integralidade das horas extras estão consignadas nos cartões. Não é, por óbvio, uma situação ideal, pois, primeiro horas extras só deveriam existir de forma excepcional e segundo existindo deveriam ser inequivocamente pagas. Um conflito que envolve horas extras não pagas é um problema social relevante qualquer que seja a

discussão que o envolva. Mas, por outro lado, enquanto isso, em vários outros processos de várias outras empresas, as questões são muito mais graves.

Como demonstrado acima, na Coca-cola (Spal), por exemplo, cuja atividade também requer essencialmente o transporte diário de produtos para bares e supermercados, os motoristas e ajudantes são contratados por empresas interpostas, que sequer possuem idoneidade econômica e que, por isso, ou contratam motoristas e ajudantes sem registro, impondo-lhes jornadas de trabalho efetivamente desumanas, como se verificou no processo n. 1.317/07-0 (**cópia da ata em anexo**), ou, registrando, não se preocupam com a limitação de suas jornadas de trabalho, tudo com a conveniente omissão da Coca-cola. Esta prática valeu algumas condenações por dano social à referida empresa e, agora, ao que parece está minimizando a situação, mas continua, de forma fraudulenta, terceirizando o serviço, que é essencial aos seus objetivos produtivos.

A AMBEV, concorrente da 2ª. reclamada - cujas fábricas são uma em frente à outra - faz pior. Como verificado no processo 1.045/08-9 (**decisão em anexo**), engendra contratos com "distribuidoras", que, de fato, não distribuem nada, apenas fornecem veículos para transportar os produtos da reclamada aos pontos de venda, sendo que as tais distribuidoras, "financiando" para estes a compra dos caminhões, contratam os motoristas como "autônomos" e estes, prestando serviços totalmente inseridos na estrutura empresarial alheia ainda são responsáveis pelos custos da atividade com a manutenção do caminhão e contratação de ajudantes.

Assim, de duas uma: ou a Casas Bahia, acreditando na eficácia dos Direitos, é uma "otária", como na crônica de Carlos Heitor Cony, ou as demais, todas elas, praticam uma ilegalidade na busca de obter vantagem na concorrência econômica, passando por cima de direitos fundamentais, o que, quando avaliada no contexto mais amplo, representa um grave dano de natureza social, exigindo imediata e exemplar coerção.

Dada a pertinência, convém, ademais, reproduzir a Crônica em questão:

Amigo meu foi com a namorada passar o Carnaval em Búzios. Pegou um congestionamento de 25 quilômetros na estrada da Manilha e foi assaltado por dois bandidos,

que nem usavam capuzes para não chamar a atenção dos outros carros engarrafados.

Recebeu ordem de ir em frente, no ritmo lento do tráfego, se desse algum sinal acusando o assalto, seria sacrificado na hora. O jeito foi obedecer. Quando o trânsito melhorasse, os bandidos ficariam com o carro e libertariam os dois. O que realmente aconteceu, hora e meia mais tarde.

Da experiência de dirigir com uma arma na nuca, o meu amigo guardou um detalhe que o impressionou. O calor era muito, sol forte. Aproveitando centenas de carros engarrafados, vendedores de água, de refrigerantes e de biscoitos passavam entre as filas, suando como demônios em fornalhas coletivas. Um dos bandidos sentiu sede, mandou que o outro providenciasse uma **Coca-Cola**: "Pede a esse otário uma coca geladinha". O meu amigo pensou que o otário em questão fosse ele mesmo: além de estar sendo assaltado, teria de pagar uma Coca para o bandido.

O otário era o vendedor, um sujeito forte, com a pele tostada brilhando de suor, ganhando trocados na manhã de sol - se conseguisse vender todo o estoque que trazia nas costas, mal teria dinheiro para o almoço à beira da estrada. Um otário.

Com uma arma roubada por aí, ele poderia estar dentro do carro refrigerado, mais um pouco e teria o carro todo para passar o Carnaval. Enquanto houver otários no mundo, é mole trabalhar sem pegar no pesado. Ser apanhado pela polícia é um acidente de percurso, um risco do "metier".

Estatisticamente, ele poderia se refrescar com a Coca, ficar com o carro e ganhar o seu dia.

A questão que se coloca é: devemos continuar premiando os "espertos" e condenando os "otários"?

Pois bem, respeitando-se o critério de impor efeitos jurídicos em conformidade com a gravidade e a extensão do dano provocado pelo ilícito, as empresas que agridem deliberadamente os direitos trabalhistas, com intuito de obter vantagem econômica, devem sofrer as conseqüências do ilícito que cometem, ao menos na perspectiva da reparação do dano social produzido.

Destaque-se, a respeito, o Enunciado n. 4, da 1ª. Jornada de Direito Material e Processual da Justiça do Trabalho, organizada pela Anamatra e realizada nos dias 21 a 23 de novembro de 2007, no Tribunal Superior do Trabalho, em Brasília, com o seguinte teor:

“DUMPING SOCIAL”. DANO À SOCIEDADE. INDENIZAÇÃO SUPLEMENTAR. As agressões reincidentes e inescusáveis aos direitos trabalhistas geram um dano à sociedade, pois com tal prática desconsidera-se, propositalmente, a estrutura do Estado social e do próprio modelo capitalista com a obtenção de vantagem indevida perante a concorrência. A prática, portanto, reflete o conhecido “dumping social”, motivando a necessária reação do Judiciário trabalhista para corrigi-la. O dano à sociedade configura ato ilícito, por exercício abusivo do direito, já que extrapola limites econômicos e sociais, nos exatos termos dos arts. 186, 187 e 927 do Código Civil. Encontra-se no art. 404, parágrafo único do Código Civil, o fundamento de ordem positiva para impingir ao agressor contumaz uma indenização suplementar, como, aliás, já previam os artigos 652, “d”, e 832, § 1º, da CLT.”

Importa compreender, definitivamente, que os direitos sociais são o fruto do compromisso firmado pela humanidade para que se pudesse produzir, concretamente, justiça social dentro de uma sociedade capitalista. Esse compromisso em torno da eficácia dos Direitos Sociais se institucionalizou em diversos documentos internacionais nos períodos pós-guerra, representando também, portanto, um pacto para a preservação da paz mundial. Sem justiça social não há paz, preconiza o preâmbulo da OIT (Organização Internacional do Trabalho). Quebrar esse pacto significa, por conseguinte, um erro histórico, uma traição a nossos antepassados e também assumir uma atitude de descompromisso com relação às gerações futuras.

Os Direitos Sociais (Direito do Trabalho e Direito da Seguridade Social, com inserção nas Constituições) constituem a fórmula criada para desenvolver o que se convencionou chamar de capitalismo socialmente responsável.

Sob o ângulo exclusivo do positivismo jurídico pátrio, é possível, ademais, constatar que o Direito Social, por via reflexa, atinge outras esferas da vida em sociedade: o meio-ambiente; a infância; a educação; a habitação; a alimentação; a saúde; a assistência aos necessitados; o lazer (art. 60., da Constituição Federal brasileira), como forma de fazer valer o direito à vida na

sua concepção mais ampla. Neste sentido, até mesmo valores que são normalmente, indicados como direitos liberais por excelência, a liberdade, a igualdade, a propriedade, são atingidos pela formação de um Direito Social e o seu conseqüente Estado Social. Prova disso são as diversas proposições contidas na Constituição brasileira. A propósito, destaque-se que o valor social do trabalho e a proteção da dignidade humana foram alçados a princípios fundamentais da República (art. 1o., incisos III, e IV), assim como também se deu com o objetivo de construir uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3o., inciso I) e que o Brasil rege-se nas suas relações internacionais seguindo o princípio da prevalência dos direitos humanos (art. 4o., inciso II).

Além disso, vale lembrar que os direitos sociais, conforme definição do art. 6o. e aos quais se integrou a especificação dos direitos de natureza trabalhista (arts. 7o. a 9o.), foram inseridos no título "Dos Direitos e Garantias Fundamentais", juntamente com os direitos individuais (art. 5o.), nos quais se prevê, ademais, expressamente, que a "propriedade atenderá a sua função social" (inciso XXIII), tendo sido incorporados, portanto, à cláusula pétrea da Constituição, conforme bem acentua Paulo Bonavides: "só uma hermenêutica constitucional dos direitos fundamentais em harmonia com os postulados do Estado Social e democrático de direito pode iluminar e guiar a reflexão do jurista para a resposta alternativa acima esboçada, que tem por si a base de legitimidade haurida na tábua dos princípios gravados na própria Constituição (arts. 1o., 3o. e 170) e que, conforme vimos, fazem irrecusavelmente inconstitucional toda inteligência restritiva da locução jurídica 'direitos e garantias individuais' (art. 6o., 4o., IV), a qual não pode, assim, servir de argumento nem de esteio à exclusão dos direitos sociais"².

O fato é que, como se pode ver, o Direito Social, não é apenas uma normatividade específica. Trata-se, isto sim, de uma regra de caráter transcendental, que impõe valores à sociedade e, conseqüentemente, a todo ordenamento jurídico. E que valores são estes? Os valores são: a solidariedade (como responsabilidade social de caráter obrigacional), a justiça social (como conseqüência da necessária política de distribuição dos recursos econômicos e culturais produzidos pelo sistema), e a proteção da dignidade humana (como forma de impedir que os interesses econômicos suplantem a necessária respeitabilidade à condição humana).

2. Curso de Direito Constitucional, Malheiros, São Paulo, 1997, p. 597.

Importante, ademais, compreender que a imposição desses valores se dá tanto ao Estado, como propulsor das políticas de promoção social e de garantidor das normas jurídicas sociais, quanto a todos os cidadãos, nas suas correlações intersubjetivas.

O Direito Social, portanto, não apenas se apresenta como um regulador das relações sociais, ele busca promover, em concreto, o bem-estar social, valendo-se do caráter obrigacional do direito e da força coercitiva do Estado. Para o Direito Social a regulação não se dá apenas na perspectiva dos efeitos dos atos praticados, mas também e principalmente no sentido de impor, obrigatoriamente, a realização de certos atos.

Esse capitalismo socialmente responsável perfaz-se tanto na perspectiva da produção de bens e oferecimento de serviços quanto na ótica do consumo, como faces da mesma moeda. Deve pautar-se, também, por um sentido ético, na medida em que o desrespeito às normas de caráter social traz para o agressor uma vantagem econômica frente aos seus concorrentes, mas que, ao final, conduz a todos ao grande risco da instabilidade social.

O desrespeito aos direitos trabalhistas representa, conseqüentemente, um crime contra a ordem econômica, conforme definido no art. 20, inciso I, da Lei n. 8.884/94³, punível na forma do art. 23, inciso I, da mesma lei⁴. Nos termos da lei em questão, **“Serão solidariamente responsáveis as empresas ou entidades integrantes de grupo econômico, de fato ou de direito, que praticarem infração da ordem econômica”** (art. 17), o que elimina, aliás, qualquer possibilidade de discussão quanto à responsabilidade de todas as empresas (tomadoras, prestadoras etc.) que, de algum modo, beneficiam-se economicamente da exploração do trabalho humano sem respeito ao retorno social necessariamente conseqüente.

O art. 170 da Constituição brasileira é claro ao estipular que “a ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da

3. “ 20. Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados:

I - limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a *livre concorrência* ou a livre iniciativa;”

4. “Art. 23. A prática de infração da ordem econômica sujeita os responsáveis às seguintes penas:

I - no caso de empresa, multa de um a trinta por cento do valor do faturamento bruto no seu último exercício, excluídos os impostos, a qual nunca será inferior à vantagem auferida, quando quantificável;”

justiça social”, observados, dentre outros, os princípios da função social da propriedade (inciso III) e da busca do pleno emprego (inciso VIII). O próprio Código Civil não passou em branco a respeito, fixando a função social do contrato (art. 421 e § 1º. Do art. 1.228).

Todas essas normas, por óbvio, não podem ser tidas como sem qualquer significação. A sua relevância parte do reconhecimento de que uma sociedade, que se desenvolve nos padrões do capitalismo, para sobreviver, depende da eficácia das normas do Direito Social, pois esse é o seu projeto básico de desenvolvimento.

A eficácia das normas de natureza social depende, certamente, dos profissionais do direito (advogados, juízes, procuradores, professores, juristas em geral), mas também de um sentido ético desenvolvido em termos concorrenciais, para que reprimendas sejam difundidas publicamente aos agressores da ordem jurídica social a fim de que a sociedade tenha ciência da situação, desenvolvendo-se uma necessária reação até mesmo em termos de um consumo socialmente responsável, com favorecimento às empresas que têm no efetivo respeito aos direitos sociais o seu sentido ético.

A responsabilidade social, tão em moda, não pode ser vista apenas como mera “jogada” de marketing, como se a solidariedade fosse um favor, um ato de benevolência. Na ordem jurídica do Estado Social as empresas têm obrigações de natureza social em razão de o próprio sistema lhes permitir a busca de lucros mediante a exploração do trabalho alheio. Os limites dessa exploração para a preservação da dignidade humana do trabalhador, o respeito a outros valores humanos da vida em sociedade e o favorecimento da melhoria da condição econômica do trabalhador, com os custos sociais conseqüentes, fixam a essência do modelo de sociedade que a humanidade pós-guerra resolveu seguir e do qual a Constituição brasileira de 1988 não se desvinculou, como visto.

O Direito Social foi incorporado às Constituições como valor essencial. Essa noção axiológica faz com que o Direito Social, como os Direitos Humanos em geral, tenha incidência na realidade independente de uma lei que o prescreva expressamente e, se necessário, até contrariando alguma lei existente. A partir da verificação dos horrores da 2ª. Guerra mundial, a humanidade entendeu que o desrespeito às normas ligadas aos direitos humanos constitui um crime contra a humanidade (vide o julgamento de Nuremberg).

O que a humanidade espera dos juizes, conseqüentemente, é que não flexibilizem os conceitos pertinentes aos direitos humanos (intimidade, privacidade, liberdade, não discriminação, dignidade), assim como os preceitos insertos no Direito Social (direito à vida, à saúde, à educação, ao trabalho digno, à infância, à maternidade, ao descanso, ao lazer), pois as conveniências políticas podem conduzir a criação de leis que satisfaçam interesses espúrios (vide, neste sentido, o filme Sessão Especial de Justiça), flexibilidade esta da qual, aliás, aproveitam-se para florescer os regimes ditatoriais.

Os Direitos Sociais, portanto, não podem ser reduzidos a uma questão de custo. Não é próprio desse modelo de sociedade vislumbrar meramente saídas imediatistas de diminuição de custo da produção, pois que isso significa quebrar o projeto de sociedade sem pôr outro em seu lugar. É o caos das próprias razões. Afinal, há muito se base: a soma da satisfação dos interesses particulares não é capaz de criar um projeto de sociedade.

Em nossa realidade, no entanto, várias têm sido as situações de desrespeito pleno aos direitos trabalhistas e, conseqüentemente, à pessoa do trabalhador. Pode-se pensar que isso se dá involuntariamente em razão de uma questão de dificuldade econômica, mas não é bem assim. Claro, a dificuldade econômica também existe, mas o que preocupa mais são as atitudes deliberadas de grandes empresas (que não têm problemas econômicos) de descumprir seu papel social (ao mesmo tempo em que se anunciam para o público em geral como "socialmente responsáveis"). As terceirizações, subcontratações, falências fraudulentas, táticas de fragilização do empregado (como falta de registro, transformação do trabalhador em pessoa jurídica, dispensas sem pagamento de verbas rescisórias, justas causas fabricadas) têm imposto a milhões de cidadãos brasileiros um enorme sacrifício quanto a seus direitos constitucionalmente consagrados, sendo que tal situação tem, como visto, enorme repercussão no custo social (principalmente no que tange à seguridade social, à saúde e à educação)⁵ e no desenvolvimento econômico (diminuição do mercado interno), favorecendo, portanto, apenas às empresas multinacionais, ou seja, as que possuem capital estrangeiro, que produzem para o exterior, atendendo a propósitos monopolistas e com isso levando à falência as pequenas e médias empresas nacionais, e

5. Nós, da elite, não sentimos o efeito dessa situação, mas isso porque pagamos segurança, escola e planos de previdência e saúde, todos de natureza privada.

que irão embora quando sentirem que nossa sociedade não deu certo. Interessante perceber, também, que a lógica da precarização é mais facilmente implementada em grandes conglomerados empresariais, marcados pela impessoalidade, do que em pequenos empreendimentos nos quais o contato humano entre o patrão e o empregado é muito maior, assumindo, às vezes, aspectos até de certo modo familiares. Dentro desse contexto as pequenas e médias empresas são, igualmente, vítimas (apenas estão identificando de forma equivocada o seu algoz).

Em muitas outras situações assiste-se a participação do próprio Estado nesta exploração, utilizando-se das táticas de redução de custo: contratação de pessoas sem concurso público; utilização da "terceirização" para prestação de serviços; e licitações pelo menor custo para construção de obras. Como resultado, o Estado reduz seu custo, as empresas ganhadoras das licitações adquirem seus ganhos e os trabalhadores executam os seus serviços, mas não recebem, integralmente, seus direitos. As pontes, as ruas, as estradas, os túneis, são construídos à custa do sacrifício dos direitos sociais.

O desrespeito deliberado e inescusável da ordem jurídica trabalhista, portanto, representa inegável dano à sociedade.

Cumpramos verificar que o próprio Direito Civil avançou no reconhecimento da situação de que vivemos em uma "sociedade de produção em massa"⁶. Atualmente, nos termos dos arts. 186⁷ e 187⁸ do Código Civil, aquele que, ultrapassando os limites impostos pelo fim econômico ou social, gera dano ou mesmo expõe o direito de outrem a um risco⁹ comete ato ilícito. O ilícito, portanto, tanto se perfaz pela provocação de um dano a outrem, individualmente identificado, quanto pela desconsideração dos interesses sociais e econômicos, coletivamente considerados. Na ocorrência de dano de natureza social, surge, por óbvio, a necessidade de se apenar o autor do ilícito, para recuperar a eficácia do ordenamento, pois um

6. Cf. expressão de Mauro Cappelletti, *in* "Formações sociais e interesses coletivos diante da justiça civil", tradução de Nelson Renato Palaia Ribeiro de Campos, "in" Revista de Processo, RT, São Paulo, jan-mar/1977, p. 130.

7. "Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito."

8. "Art. 187. Também ato ilícito o de um direito que, ao exercê-lo, manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes."

9. Art. 927, parágrafo único: "Haverá obrigação de reparar o dano, de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por natureza, para os direitos de outrem."

ilícito não é mero inadimplemento contratual e o valor da indenização, conforme prevê o art. 944, do CC, mede-se pela extensão do dano, ou seja, considerando o seu aspecto individual ou social. Como já advertira Paulo Eduardo Vieira de Oliveira¹⁰, o efeito do ato ilícito é medido, igualmente, sob o prisma da integridade social.

Rompidas foram, pois, em termos de definição do ilícito e de sua reparação, as fronteiras do individualismo.

No aspecto da reparação, o tema em questão atrai a aplicação do provimento jurisdicional denominado na experiência americana de *fluid recovery* ou ressarcimento fluído ou global, quando o juiz condena o réu de forma que também o dano coletivo seja reparado, ainda que não se saiba quantos e quais foram os prejudicados e mesmo tendo sido a ação intentada por um único indivíduo que alegue o próprio prejuízo.

O renomado autor italiano, Mauro Cappelletti, desde a década de 70 já preconiza essa necessária avaliação da realidade. Como diz o referido autor, "Atividades e relações se referem sempre mais freqüentemente a categorias inteiras de indivíduos, e não a qualquer indivíduo, sobretudo. Os direitos e os deveres não se apresentam mais, como nos Códigos tradicionais, de inspiração individualista-liberal, como direitos e deveres essencialmente individuais, mas meta-individuais e coletivos"¹¹. "Continuar, segundo a tradição individualista do modelo oitocentista, a atribuir direitos exclusivamente a pessoas individuais (...) significaria tornar impossível uma efetiva proteção jurídica daqueles direitos, exatamente na ocasião em que surgem como elementos cada vez mais essenciais para a vida civil."¹²

Na perspectiva da reparação dos interesses e direitos coletivos (sociais), esse autor demonstra a insuficiência das soluções jurídicas que mantêm a legitimidade da correção no âmbito das ações individuais dos lesados, nos limites estritos de seu dano, e mesmo de outras que conferem, de forma hegemônica, ao Ministério Público a legitimidade para essa defesa.

10. O Dano Pessoal no Direito do Trabalho, SP, Ed. LTr, 2002, p. 26.

11. "Formações sociais e interesses coletivos diante da justiça civil", tradução de Nelson Renato Palaia Ribeiro de Campos, "in" Revista de Processo, RT, São Paulo, jan-mar/1977, p. 131.

12. Idem, p. 131.

No aspecto da legitimidade individual esclarece Mauro Cappelletti:

"O indivíduo 'pessoalmente lesado', legitimado a agir exclusivamente para a reparação do dano a ele advindo, não está em posição de assegurar nem a si mesmo nem à coletividade uma adequada tutela contra violações de interesses coletivos."¹³

"...a eventual demanda, limitando-se ao dano advindo a apenas um entre milhares ou milhões de prejudicados, será privada de uma eficaz consequência, preventiva ou repressiva, nos cotejos do prejudicado e a vantagem da coletividade."¹⁴

Sobre a exclusividade de ação ao Ministério Público, repetindo outros autores, posiciona-se o autor no sentido de que o Ministério Público é "inclinado a não agir", em razão de diversas limitações estruturais¹⁵.

Esse autor preconiza, portanto, que se ampliem os sujeitos legitimados para agir na perspectiva coletiva, incluindo entidades privadas. Esclarece, no entanto, que isso não é suficiente, demonstrando a essencialidade da "extensão dos poderes do juiz", que não deve mais limitar-se "a determinar o ressarcimento do 'dano sofrido' pela parte agente, nem, em geral, a decidir questões com eficácia limitada às partes presentes em juízo. Ao contrário, o juiz é legitimado a estender o âmbito da própria decisão, de modo a compreender a totalidade do dano produzido pelo réu, e, em geral, a decidir eficazmente mesmo às *absent parties* ou precisamente *erga omnes*. É a revolução dos conceitos tradicionais de responsabilidade civil e de ressarcimento dos danos, como também daqueles de coisa julgada e do princípio do contraditório"¹⁶.

Mais adiante em seu texto reafirma:

"...os efeitos das decisões devam estender-se também aos sujeitos não presentes na causa."

"...no campo mais tradicional do

13. Ibidem, p. 136.

14. Ibidem, p. 137.

15. Ibidem, pp. 137-140.

16. Ibidem, p. 141.

ressarcimento do dano, não se deve mais reparar só o dano sofrido (pelo autor presente em Juízo), mas o *dano globalmente produzido* (pelo réu à coletividade inteira). Se de fato o juiz devesse, por exemplo, limitar-se a condenar a indústria poluente a ressarcir só o dano advindo a qualquer autor, uma tal demanda teria raramente um efeito determinante: normalmente, o comportamento poluente continuaria imperturbado, porque o dano a compensar ao autor esporádico seria sempre mais inferior aos custos necessários para evitar qualquer comportamento."

Além disso, adverte o autor em questão para algo extremamente importante, qual seja, o fato de que apenas o ressarcimento dos danos individuais, ainda que coletivamente defendidos, não atinge a esfera da necessária reparação do ilícito cometido na perspectiva social. Como explica Cappelletti, "Se (...) o juiz condenar o réu a ressarcir o dano causado a centenas, milhares ou, até, milhões de membros de uma coletividade idealmente representada por aquele autor, surgirão os grandes problemas de identificação daquelas centenas, milhares ou milhões de pessoas; de distribuição de arrecadação entre eles; do uso, enfim, ou a quem destinar o eventual resíduo não reclamado dos membros da coletividade"¹⁷, surgindo daí a necessidade do já mencionado provimento jurisdicional do *fluid recovery* (ressarcimento fluído) para que o ilícito seja reprimido integralmente, não se restringindo, pois, apenas ao aspecto dos interesses individuais.

É fácil compreender o que disse o mestre italiano quando vislumbramos a realidade atual das agressões aos direitos trabalhistas no Brasil.

A legitimidade estrita ao lesado, individualmente considerado, é insuficiente e a legitimidade coletiva, conferida ao Ministério Público do Trabalho e aos sindicatos, não tem sido, reconhecidamente, satisfatória para a correção da realidade, nem mesmo contanto com a atuação fiscalizatória do Ministério do Trabalho e Emprego, tanto que ela está aí consagrada, como é de conhecimento de todos.

Muitas vezes as lesões não têm uma repercussão econômica muito grande e os lesados,

17. *Ibidem*, p. 153.

individualmente, não se sentem estimulados a ingressar com ações em juízo e nem mesmo os entes coletivos dão a tais lesões a devida importância. Outras vezes, mesmo tendo repercussão econômica palpável, muitos trabalhadores deixam de ingressar em juízo com medo de não conseguirem novo emprego, pois impera em nossa realidade a cultura de que mover ação na Justiça é ato de rebeldia. O agressor da ordem jurídica trabalhista conta, portanto, com o fato conhecido de que nem todos os trabalhadores lhe acionam na Justiça (na verdade os que o fazem sequer são a maioria). Conta, ainda, com: o prazo prescricional de 05 (cinco) anos; a possibilidade de acordo (pelo qual acaba pagando bem menos do que devia); e a demora processual. Assim, mesmo considerando os juros trabalhistas de 1% ao mês não capitalizados e a correção monetária, não cumprir, adequadamente, os direitos trabalhistas, tornou-se entre nós uma espécie de "bom negócio", como já advertira o ex-Presidente do TST, o saudoso Orlando Teixeira da Costa.

As agressões ao Direito do Trabalho acabam atingindo uma grande quantidade de pessoas, sendo que destas agressões o empregador muitas vezes se vale para obter vantagem na concorrência econômica com relação a vários outros empregadores. Isto implica, portanto, dano a outros empregadores não identificados que, inadvertidamente, cumprem a legislação trabalhista, ou que, de certo modo, se vêem forçados a agir da mesma forma. Resultado: precarização completa das relações sociais, que se baseiam na lógica do capitalismo de produção.

Óbvio que esta prática traduz-se como "dumping social", que prejudica a toda a sociedade e óbvio, igualmente, que o aparato judiciário não será nunca suficiente para dar vazão às inúmeras demandas em que se busca, meramente, a recomposição da ordem jurídica na perspectiva individual, o que representa um desestímulo para o acesso à justiça e um incentivo ao descumprimento da ordem jurídica.

Nunca é demais recordar, que descumprir, deliberada e reincidentemente, a legislação trabalhista, ou mesmo pôr em risco sua efetividade, representa um descomprometimento histórico com a humanidade, haja vista que a formação do direito do trabalho está ligada diretamente com o advento dos direitos humanos que foram consagrados, fora do âmbito da perspectiva meramente liberal do Século XIX, a partir do final da 2a. guerra mundial, pelo reconhecimento de que a concorrência desregrada entre as potências econômicas conduziu os países à conflagração.

Já passou, portanto, da hora do Judiciário trabalhista brasileiro tomar pulso da situação e reverter esse quadro, que não tem similar no mundo. Há algum tempo atrás, mesmo que indevidamente, porque alheio a uma análise jurídica mais profunda, até se poderia sustentar que a culpa pela situação vivida nas relações de trabalho, quanto ao descumprimento da legislação trabalhista, não seria dos juizes, mas de uma legislação frágil, que não fornecia instrumentos para correção da realidade. Hoje, no entanto, essa alegação alienada não se justifica sob nenhum aspecto. Como visto, o próprio Código Civil, com respaldo constitucional, apresenta-se como instrumento de uma necessária atitude contrária aos atos que negligenciam, deliberadamente, o direito social e, portanto, aplicando-se normas e preceitos extraídos da teoria geral do direito, a atuação dos juizes para reparação do dano social sequer pode ser reprimida retoricamente com o argumento de que se trata da aplicação de um direito retrógrado originário da "mente fascista de Vargas".

Como critério objetivo para apuração da repercussão social das agressões ao Direito do Trabalho, pode-se valer da noção jurídica da reincidência, trazida, expressamente, no art. 59, da Lei n. 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor) e que, no Direito Penal, constitui circunstância agravante da pena (art. 61, I, CP) e impede a concessão de fiança (art. 323, III, CPP). Outro critério é o da avaliação quanto a ter sido uma atitude deliberada e assumida de desrespeito à ordem jurídica, como, por exemplo, a contratação sem anotação da Carteira de Trabalho ou a utilização de mecanismos para fraudar a aplicação da ordem jurídica trabalhista, valendo lembrar que o ato voluntário e inescusável é, igualmente, um valor com representação jurídica, haja vista o disposto no inciso LXVII, do art. 5º., da CF.

É de suma importância compreender que com

relação às empresas que habitam o cotidiano das Varas, valendo-se da prática inescrupulosa de agressões aos direitos dos trabalhadores, para ampliarem seus lucros, a mera aplicação do direito do trabalho, recompondo-se a ordem jurídica individual, com pagamento de juros e correção monetária, por óbvio, não compensa o dano experimentado pela sociedade.

Portanto, nas reclamações trabalhistas em que tais condutas forem constatadas (agressões reincidentes ou ação deliberada, consciente e economicamente inescusável de não respeitar a ordem jurídica trabalhista), tais como a que se apresenta na hipótese dos presentes autos, como acima destacado, deve-se proferir condenação que vise a reparação específica pertinente ao dano social perpetrado, fixada "ex officio" pelo juiz da causa, pois a perspectiva não é a da mera proteção do patrimônio individual.

A esta necessária ação do juiz, em defesa da autoridade da ordem jurídica, sequer se poderia opor com o argumento de que não há lei que o permita agir desse modo, pois seria o mesmo que dizer que o direito nega-se a si mesmo, na medida em que o juiz, responsável pela sua defesa, não tem poderes para fazê-lo atuar.

De todo modo, essa objeção traz consigo o germe de sua própria destruição, na medida em que o ordenamento jurídico pátrio, em diversas passagens, atribui, expressamente, esse poder ao juiz.

Como fundamentos positivistas da reparação do dano social é possível citar, por exemplo, o artigo 404, parágrafo único¹⁸, do Código Civil, e os artigos 832, § 1º.¹⁹, e 652, "d"²⁰, da CLT, todos inseridos, aliás, no âmbito das contendas individuais.

Lembre-se, ademais, que o art. 81, do Código de Defesa do Consumidor, deixou claro que a "defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas" pode

18. "Art. 404. As perdas e danos, nas obrigações de em dinheiro, serão pagas com atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, abrangendo , e ários de advogado, sem prejuízo da pena convencional.

Parágrafo único. Provado que os da mora não cobrem o prejuízo, e não havendo pena convencional, o juiz conceder ao credor indenização suplementar."

19. "Quando a decisão concluir pela procedência do pedido, determinará o prazo e as condições para o seu cumprimento."

20. "Art. 652 - Compete às Juntas de Conciliação e Julgamento:

(...)

d) impor multas e demais penalidades relativas aos atos de sua competência".

ser exercida em juízo individualmente, buscando-se uma tutela plena para o respeito à ordem jurídica, afinal, como dito logo em seguida, no art. 83, para “a defesa dos direitos e interesses protegidos por este código são admissíveis todas as espécies de ações capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela” (art. 83).

Além disso, o artigo 84, do mesmo Código, garante ao juiz a possibilidade de proferir decisão alheia ao pedido formulado, visando a assegurar o resultado equivalente ao do adimplemento: “Art. 84. Na ação que tenha por objeto o cumprimento da obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento.” Permite-lhe, ainda, “impor multa diária ao réu, independentemente de pedido do autor, se for suficiente ou compatível com a obrigação, fixando prazo razoável para o cumprimento do preceito” (§ 4º.). Acrescenta o § 5º que “Para a tutela específica ou para a obtenção do resultado prático equivalente, poderá o juiz determinar as medidas necessárias, tais como busca e apreensão, remoção de coisas e pessoas, desfazimento de obra, impedimento de atividade nociva, além de requisição de força policial”.

Como se vê, a possibilidade de o juiz agir de ofício para preservar a autoridade do ordenamento jurídico foi agasalhada pelo direito processual e no que se refere ao respeito à regulamentação do Direito do Trabalho constitui até mesmo um dever, pois o não cumprimento convicto e inescusável dos preceitos trabalhistas fere o próprio pacto que se estabeleceu na formação do nosso Estado Democrático de Direito Social, para fins de desenvolvimento do modelo capitalista em bases sustentáveis e com verdadeira responsabilidade social.

A Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) não foi alheia ao fenômeno, atribuindo ao juiz amplos poderes instrutórios (art. 765²¹) e liberdade para solução justa do caso na perspectiva da equidade, conforme previsão dos arts. 8º²². e 766²³, não se esquecendo da perspectiva dos efeitos

21. “Art. 765. Os Juízos e Tribunais do Trabalho terão ampla liberdade na direção do processo e velarão pelo andamento rápido das causas, podendo determinar qualquer diligência necessária ao esclarecimento delas”

22. “Art. 8º. As autoridades administrativas e a Justiça do Trabalho, na falta de disposições legais ou contratuais, decidirão, conforme o caso, pela jurisprudência, por analogia, por equidade e outros princípios e normas gerais de direito, principalmente do direito do trabalho, e, ainda, de acordo com os usos e costumes, o direito comparado, mas sempre de maneira que nenhum interesse de classe ou particular prevaleça sobre o interesse público.”

23. “Art. 766. Nos dissídios sobre estipulação de salários, serão estabelecidas condições que, assegurando justos salários aos trabalhadores, permitam também justa retribuição às empresas interessadas.”

sociais, conforme regra do já citado art. 652, "d".

A incidência dos preceitos do Código do Consumidor, para correção das práticas ilegais nas relações de trabalho, é inteiramente pertinente eis que o consumo se insere na mesma lógica do capitalismo de produção que o Direito do Trabalho regula e organiza.

A respeito das relações de consumo, compete, ainda, verificar que vários segmentos empresariais têm se valido da retórica da "responsabilidade social", para vender a sua marca. Mas, ao participarem de negócios jurídicos, que põem em risco a eficácia dos direitos sociais, contrariam o seu próprio compromisso, fazendo com que sua propaganda, em torno da responsabilidade social, seja catalogada juridicamente como uma **publicidade enganosa**, nos termos do art. 37, da Lei n. 8.078/90²⁴, definida como crime no artigo 66 da mesma Lei²⁵, punível com "detenção de três meses a um ano e multa".

Destaque-se que "a proteção contra a publicidade enganosa e abusiva, métodos comerciais coercitivos ou desleais, bem como contra práticas e cláusulas abusivas ou impostas no fornecimento de produtos e serviços" é um direito dos consumidores, conforme artigo 6º., inciso IV, da Lei n. 8.078/90.

No aspecto da punição ao agressor da ordem jurídica com repercussão social, dispõe o art. 78, da Lei n. 8.078/90, que "Além das penas privativas de liberdade e de multa, podem ser impostas, cumulativa ou alternadamente, observado o disposto nos arts. 44 a 47, do Código Penal: **I - a interdição temporária de direitos; II - a publicação em órgãos de comunicação de grande circulação ou audiência, às expensas do condenado, de notícia sobre os fatos e a condenação; III - a prestação de serviços à comunidade.**"

Grande relevo tem a providência do inciso II, já que o consumo socialmente responsável é um dever jurídico no Estado Social, mas para que seja exercido é essencial que

24. "Art. 37. É proibida toda publicidade enganosa ou abusiva.

§ 1º É enganosa qualquer modalidade de informação ou comunicação de caráter publicitário, inteira ou parcialmente falsa, ou, por qualquer outro modo, mesmo por omissão, capaz de induzir em erro o consumidor a respeito da natureza, características, qualidade, quantidade, propriedades, origem, preço e quaisquer outros dados sobre produtos e serviços." (grifou-se)

25. "Art. 66. Fazer afirmação falsa ou enganosa, ou omitir informação relevante sobre a natureza, característica, qualidade, quantidade, segurança, desempenho, durabilidade, preço ou garantia de produtos ou serviços."

a sociedade tenha conhecimento dos atos ilícitos praticados. O direito à informação, ademais, é expressamente catalogado como direito básicos do consumidor (art. 6º., inciso III: "a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade e preço, bem como sobre os riscos que apresentem"

Aliás, faz parte Da Política Nacional de Relações de Consumo a necessária "educação e informação de fornecedores e consumidores, quanto aos seus direitos e deveres, com vistas à melhoria do mercado de consumo", nos termos do inciso IV, do art. 4º., da Lei n. 8.078/90, sendo relevante recordar que o direito à informação é preceito fundamental do respeito ao princípio da boa-fé objetiva, essencial no desenvolvimento de uma sociedade sadia.

Nem se diga que faltaria à Justiça do Trabalho competência para aplicar todas essas regras, afinal a política econômica, o consumo e as relações de trabalho estão ligadas de forma indissolúvel à mesma lógica. Além disso, os efeitos jurídicos dos ilícitos constados fazem parte da competência derivada. Lembre-se, a propósito, que a Emenda Constitucional 45 de 2004 atribuiu à Justiça do Trabalho competência para todas as repercussões jurídicas relativas à exploração do trabalho humano no contexto produtivo, conferindo-lhe, inclusive, a tarefa de executar as contribuições previdenciárias decorrentes das suas decisões. Há quem diga, com razão, que mesmo a competência penal relativa às questões trabalhistas foi conduzida à Justiça do Trabalho, sendo relevante destacar que também o direito penal preocupou-se com o desrespeito à ordem jurídica trabalhista, definindo como crime a conduta de "Frustrar, mediante fraude ou violência, direito assegurado pela legislação do trabalho" (art. 203), com pena de "detenção de um ano a dois anos, e multa, além da pena correspondente à violência".

Diante de tudo isso, o que se espera do Judiciário é que faça valer todo o aparato jurídico para manter a autoridade do ordenamento jurídico no aspecto da eficácia das normas do Direito Social, não fazendo vistas grossas para a realidade, não fingindo que desconhece a realidade em que vive, e não permitindo que as fraudes à legislação trabalhista tenham êxito. Sobretudo, exige-se do Judiciário que reconheça ser sua a obrigação de tentar mudar a realidade quando em desacordo com o Direito.

Vale repisar que a tentativa de inibir as

ações corretivas, pondo em discussão qual seria o ente legítimo para receber a reparação de cunho social, não tem a menor razão de ser, como acima delineado. Concretamente, a forma de se fixarem a reparação e o beneficiário da obrigação determinada não são o mais importante. Não se podem pôr como obstáculos à ação concreta para reparação do dano social, que visa revitalizar a autoridade da ordem jurídica, as discussões processuais em torno da legitimidade e dos limites da ação do juiz ao pedido formulado. O que se exige do juiz é que, diante do fato demonstrado, que repercute no interesse social, penalize o agressor para desestimulá-lo na repetição da prática e para compensar o benefício econômico já obtido. A medida corretiva, assim, vai desde a condenação ao pagamento de uma indenização adicional (ou suplementar), destinada ao autor da ação individual, em virtude da facilidade de implementação da medida, até a determinação de obrigações de fazer, voltadas a práticas de atos em benefício da comunidade.

Em âmbito mundial, vários são os exemplos de penalização de empresas que descumprem seus compromissos sociais em termos de preservação de direitos humanos. Muito se fala a respeito da proteção do meio-ambiente, mas é óbvio que a proteção do ser humano está em primeiro plano, pois um meio ambiente saudável sem homens saudáveis que dele possam usufruir nada vale.

Roberto Basilone Leite, em sua obra, *Introdução do Estudo do Consumidor*²⁶, traz uma análise de caso paradigmático dessa atuação jurisdicional corretiva, ocorrido nos EUA. Trata-se do caso *Gore vs BMW*, do qual se extraiu o princípio jurídico do desestímulo, que é "princípio oriundo do Direito Penal, apropriado pela doutrina civilista que trata da responsabilidade por danos metapatrimoniais". Esclarece o autor que "diante de uma lei destinada a garantir determinado direito consumerístico, tanto individual, quanto difuso ou coletivo, presume-se implícito, nas punições nela estipuladas, o intuito de desestimular o possível infrator à prática do ato ou omissão lesivos".

Dada a pertinência, convém reproduzir o relato de Basilone:

"Exemplo bem ilustrativo da aplicação do princípio do desestímulo, colhido por Paulo Soares Bugarin²⁷, consiste na decisão

26. Roberto Basilone. *Introdução ao direito do consumidor*. São Paulo: LTr, 2002. p. 97-100.

27. Paulo Soares. "O direito do consumidor e o devido processo legal na moderna jurisprudência

prolatada no caso BMW of North America, Inc. versus Gore. Após adquirir um veículo BMW novo de um revendedor do Estado do Alabama, Gore descobriu que o carro fora repintado. Ajuizou ação de ressarcimento de danos (compensatory damages) e de punição por danos (punitive damages) contra a American Distributor of BMW, em que a empresa foi condenada ao pagamento de US\$ 4.000,00 a título de compensatory damages e mais US\$ 4 milhões a título de punitive damages.

A sanção foi reduzida posteriormente pelas Cortes superiores, mas o que interessa, neste passo, é apenas destacar o raciocínio lógico da primeira decisão. US\$ 4 milhões teria sido o valor dos lucros obtidos pela empresa com a venda de todo o lote 'condenado' de veículos repintados. Com tal punição, pretendia o juiz criar um precedente tendente a eliminar no produtor justamente o interesse econômico da assunção do risco de lançar produto defeituoso no mercado.

É comum o empresário pautar suas decisões exclusivamente com base em cálculos financeiros. Suponhamos que, num lote de determinada mercadoria pronto para a comercialização, o produtor constate um certo defeito em todas as unidades. O cálculo das probabilidades, no entanto, indica que poucos consumidores acabarão notando ou sofrendo prejuízos em decorrência desse defeito. O empresário poderá sentir-se tentado a ceder ao seguinte raciocínio: se vier a ocorrer dano a uns poucos consumidores e o ressarcimento das respectivas despesas for pequeno em relação aos lucros obtidos com a colocação daquele lote no mercado, compensa a ele correr o risco.

Contudo, se ele souber que a ocorrência de lesão a um único consumidor o sujeitará a uma pena pecuniária equivalente ou até superior aos referidos lucros, não valerá mais a pena correr o risco: estará eliminada a própria

constitucional norte-americana: o caso BMW of North America, Inc. V. Gore". Revista de Informação Legislativa, Brasília, DF, v. 36, n. 143, jul./set. 1999, p. 234.

vantagem subjacente à decisão de risco de comercializar o lote "defeituoso" que seria a certeza de algum lucro. O fator psicológico instaurador da tentação restará bastante enfraquecido, pois seu objeto principal 'a certeza do lucro' terá sido eliminado. Nisso consiste o princípio do desestímulo.

Pode-se concluir, afinal, este tópico, mencionando que a indenização de desestímulo tem três funções distintas: a) a função reparatória ou compensatória, conforme se trate, respectivamente, de dano material ou imaterial; b) a função pedagógica ou didática, que procura sanar as eficiências culturais do lesante; c) a função punitiva ou de desestímulo, que diminui no lesante a pulsão para a prática lesiva."

A posição em questão vem se difundindo na jurisprudência brasileira nas matérias pertinentes ao Código do Consumidor, conforme decisão, proferida em 2007, pela 3ª. Turma Recursal Cível dos Juizados Especiais Cíveis do Rio Grande do Sul, no processo n. 7100120866, que tinha como partes, EVA SHIRLEI MELLO MACHADO e KATER ADMINISTRADORA DE EVENTOS LTDA., e da qual foi relator o Dr. Eugênio Facchini Neto, que contém a Ementa abaixo transcrita:

"TOTO BOLA. Sistema de loterias de chances múltiplas. fraude que retirava ao consumidor a chance de vencer. ação de reparação de danos materiais e morais. danos materiais limitados ao valor das cartelas comprovadamente adquiridas. danos morais puros não caracterizados. Possibilidade, porém, de excepcional aplicação da função punitiva da responsabilidade civil. na presença de danos mais propriamente sociais do que individuais, recomenda-se o recolhimento dos valores da condenação ao fundo de defesa de interesses difusos. recurso parcialmente provido.

1. Não há que se falar em perda de uma

chance, diante da remota possibilidade de ganho em um sistema de loterias. Danos materiais consistentes apenas no valor das cartelas comprovadamente adquiridas, sem reais chances de êxito.

2. Ausência de danos morais puros, que se caracterizam pela presença da dor física ou sofrimento moral, situações de angústia, forte estresse, grave desconforto, exposição à situação de vexame, vulnerabilidade ou outra ofensa a direitos da personalidade.
3. Presença de fraude, porém, que não pode passar em branco. Além de possíveis respostas na esfera do direito penal e administrativo, o direito civil também pode contribuir para orientar os atores sociais no sentido de evitar determinadas condutas, mediante a punição econômica de quem age em desacordo com padrões mínimos exigidos pela ética das relações sociais e econômicas. Trata-se da função punitiva e dissuasória que a responsabilidade civil pode, excepcionalmente, assumir, ao lado de sua clássica função reparatória/compensatória. "O Direito deve ser mais esperto do que o torto", frustrando as indevidas expectativas de lucro ilícito, à custa dos consumidores de boa fé.
4. Considerando, porém, que os danos verificados são mais sociais do que propriamente individuais, não é razoável que haja uma apropriação particular de tais valores, evitando-se a disfunção alhures denominada de *overcompensation*. Nesse caso, cabível a destinação do numerário para o Fundo de Defesa de Direitos Difusos, criado pela Lei 7.347/85, e aplicável também aos danos coletivos de consumo, nos termos do art. 100, parágrafo único, do CDC. Tratando-se de dano social ocorrido no âmbito do Estado do Rio

Grande do Sul, a condenação deverá reverter para o fundo gaúcho de defesa do consumidor.”

No acórdão em questão, destaca o relator:

“A função punitiva, presente na antigüidade jurídica, havia sido quase que esquecida nos tempos modernos, após a definitiva demarcação dos espaços destinados à responsabilidade civil e à responsabilidade penal. A esta última estaria confinada a função punitiva. Todavia, quando se passou a aceitar a compensabilidade dos danos extrapatrimoniais, especialmente os danos morais puros, percebeu-se estar presente ali também a idéia de uma função punitiva da responsabilidade civil. Para os familiares da vítima de um homicídio, por exemplo, a obtenção de uma compensação econômica paga pelo causador da morte representa uma forma estilizada e civilizada de vingança, pois no imaginário popular está-se também a *punir* o ofensor pelo mal causado quando ele vem a ser condenado a pagar uma indenização.

Com a enorme difusão contemporânea da tutela jurídica (inclusive através de mecanismos da responsabilidade civil) dos direitos da personalidade, recuperou-se a idéia de *penas privadas*. Daí um certo *revival* da função punitiva, tendo sido precursores os sistemas jurídicos integrantes da família da *common law*, através dos conhecidos *punitive* (ou *exemplary*) *dammages*. Busca-se, em resumo, ‘punir’²⁸ alguém por alguma conduta praticada,

28. “Quanto à não exclusividade do direito penal para o exercício de funções sancionatórias, veja-se Paolo Cendon, “Responsabilità civile e pena privata”, in: Francesco D. Busnelli e G. Scalfi (org.), *Le pene private*, Milano, Giuffrè, 1985, p. 294, os estudos de Paolo Gallo, especialmente *Pene Private e Responsabilità Civile*, Milano: Giuffrè, 1996, e *Introduzione al Diritto Comparato*, vol. III, *Analisi Economica del Diritto*, Torino: Giappichelli, 1998, esp. p. 91s., e Giulio Ponzanelli, *La respnsabilità civile – profili di diritto comparato*, Bologna, Il Mulino, 1992, p. 30 e s. No direito francês, v. menção feita por Geneviève Viney, na sua *Introduction à la Reponsabilité*, volume integrante do *Traité de Droit Civil*, dirigido por Jacque

que ofenda gravemente o sentimento ético-jurídico prevalecente em determinada comunidade²⁹.”

E, mais adiante, destaca o aspecto da relevância social do dano, que não se repara na perspectiva individual, sobretudo quanto este se apresente ínfimo: “individualmente os danos sofridos foram ridiculamente ínfimos. Mas na sua globalidade, configuram um dano considerável. Tratando-se de fenômeno de massa - e fraudes do gênero só são intentadas justamente por causa disso (pequenas lesões a milhares ou milhões de consumidores) - a Justiça deve decidir levando em conta tal aspecto, e não somente a faceta individual do problema.”

O caso dos presentes autos, como é possível verificar, se encaixa, plenamente, na temática supra.

Por todos esses fundamentos, diante do dano social gerado pela prática adotada pela 2ª. reclamada, que é, efetivamente, a responsável pela situação criada que agrediu o Estado Social Democrático de Direito com a intenção de obter vantagem econômica indevida, condeno a 2ª. reclamada, Coca-cola, a pagar **multa equivalente a 30% do lucro obtido durante a “Semana Otimismo que Transforma”, de 17 a 23 de maio de 2009**, que será revertida, nos termos do art. 13 da Lei n. 7.347/85, ao Fundo de Defesa dos Direitos Difusos, instituído pela Lei n. 9.008/95 (Regulamentada pelo Decreto 1.306/94), cabendo ao Ministério Público do Trabalho, a fiscalização da efetiva aplicação desta verba para a reconstituição dos bens lesados, sobretudo no que tange a inibir a repetição da aludida prática, tais como a realização de diligências conjuntas com o Ministério do Trabalho; implementação de cursos de formação e de requalificação de trabalhadores quanto a conhecimento de seus direitos...

Até porque durante a semana em questão o

Ghestin, Paris: L.G.D.J., 1995, p. 122 e 123. No direito norte-americano, na obra coletiva *Punitive Damages* (Chicago: University of Chicago Press, 1992), v. especialmente a introdução de Cass Sunstein, “To punish or not?” (p. 75/76), além de Thomas H. Koenig and Michael L. Rustad, *In Defense of Tort Law*, New York: New York University Press, 2003, esp. p. 23/28.”

29. “Trata-se de uma função freqüentemente invocada pelos tribunais, do que serve de exemplo o seguinte acórdão: ‘Responsabilidade civil. Dano moral. Acusação injusta de furto em mercado. A injusta imputação de furto a cliente de mercado e a sua revista causam constrangimento passível de indenização. A fixação do dano deve levar em conta o caráter compensatório e *punitivo*’ (TJRS, 6ª. CC., C.C. 70001615152, j. em 11.04.01, rel. Des. Cacildo de Andrade Xavier).”

compromisso publicamente assumido pela 2ª. reclamada foi de destinar "parte" de seu lucro - não fixando limite - para o incentivo de práticas de transformação social <http://www.cocacolabrazil.com.br/semanaotimismoquetransforma/>

Além disso, deve a 2ª. reclamada, em cinco dias, sob pena de "astreinte" fixada em R\$5.000,00 por dia de atraso (a ser vertida para o Fundo acima), dar notícia em seu sítio da presente condenação, explicitando que o valor da multa a que fora condenada nos presentes autos foi originada da consideração do dano social por ela praticado quanto à exploração do trabalho dos motoristas de caminhão, da qual adveio a declaração judicial de que sua propaganda, na campanha "Otimismo que Transforma", foi enganosa.

IX- Honorários advocatícios.

Eis um tema que, efetivamente, macula a jurisprudência trabalhista.

Toda a argumentação, para negar a condenação em honorários advocatícios na Justiça do Trabalho, baseia-se na Lei n. 5.584/70. Diz-se, nos termos da Súmula n. 219, do C. TST, que os honorários advocatícios na Justiça do Trabalho são devidos apenas quando houver assistência pelo sindicato e quando o reclamante comprovar situação econômica que não permita demandar sem prejuízo do sustento.

Mas, em que lei, afinal, está dito isso, meu Deus?

A Lei n. 5.584/70, na parte em que trata do assunto em questão, cuida da Assistência Judiciária Gratuita na Justiça do Trabalho.

Para quem nunca leu a referida lei, eis o seu teor (na parte pertinente ao tema):

"Da Assistência Judiciária

Art 14. Na Justiça do Trabalho, a assistência judiciária a que se refere a Lei nº 1.060, de 5 de fevereiro de 1950, será prestada pelo Sindicato da categoria profissional a que pertencer o trabalhador.

§ 1º A assistência é devida a todo aquele que

perceber salário igual ou inferior ao dôbro do mínimo legal, ficando assegurado igual benefício ao trabalhador de maior salário, uma vez provado que sua situação econômica não lhe permite demandar, sem prejuízo do sustento próprio ou da família.

§ 2º A situação econômica do trabalhador será comprovada em atestado fornecido pela autoridade local do Ministério do Trabalho e Previdência Social, mediante diligência sumária, que não poderá exceder de 48 (quarenta e oito) horas.

§ 3º Não havendo no local a autoridade referida no parágrafo anterior, o atestado deverá ser expedido pelo Delegado de Polícia da circunscrição onde reside o empregado.

Art 15. Para auxiliar no patrocínio das causas, observados os arts. 50 e 72 da Lei nº 4.215, de 27 de abril de 1963, poderão ser designados pelas Diretorias dos Sindicatos Acadêmicos, de Direito, a partir da 4º Série, comprovadamente, matriculados em estabelecimento de ensino oficial ou sob fiscalização do Governo Federal.

Art 16. Os honorários do advogado pagos pelo vencido reverterão em favor do Sindicato assistente.

Art 17. Quando, nas respectivas comarcas, não houver Juntas de Conciliação e Julgamento ou não existir Sindicato da categoria profissional do trabalhador, é atribuído aos Promotores Públicos ou Defensores Públicos o encargo de prestar assistência judiciária prevista nesta lei.

Parágrafo único. Na hipótese prevista neste artigo, a importância proveniente da condenação nas despesas processuais será recolhida ao Tesouro do respectivo Estado.

Art 18. A assistência judiciária, nos termos da presente lei, será prestada ao trabalhador ainda que não seja associado do respectivo

Sindicato.

Art 19. Os diretores de Sindicatos que, sem comprovado motivo de ordem financeira, deixarem de dar cumprimento às disposições desta lei ficarão sujeitos à penalidade prevista no art. 553, alínea a da Consolidação das Leis do Trabalho.

Art 20. Esta lei entra em vigor na data de sua publicação, revogadas as disposições em contrário."

Como se vê (para quem quer ver), os artigos 14 e seguintes cuidam, unicamente, da Assistência Judiciária na Justiça do Trabalho, estabelecendo os efeitos jurídicos pertinentes.

Não há nesses dispositivos, como de fato não poderia haver, qualquer determinação no sentido de que "na Justiça do Trabalho os honorários advocatícios só são devidos quando houver assistência do sindicato". O que está dito é, unicamente, que a assistência judiciária será prestada pelo sindicato. Nada além.

Aliás, dos termos da referida lei o que se pode concluir, por interpretação extraída dos argumentos da lógica, é que o princípio da sucumbência incide no processo do trabalho. Com efeito, o art. 16 é claro ao dizer que os honorários devem ser pagos pelo vencido, sendo que no caso da prestação de assistência judiciária gratuita pelo sindicato, esses honorários são revertidos ao sindicato. Trata-se de uma previsão legal que estabelece uma exceção à regra de que os honorários advocatícios, fixados pela sucumbência, destinam-se à parte.

A cegueira é tão grande neste assunto, que se chega estabelecer um percentual de 15% a título de honorários que não tem qualquer previsão na tal Lei n. 5.584/70 (e poucos, ou ninguém, se dá conta disso).

O percentual de 15%, na verdade, está previsto no § 1º., do art. 11, da Lei n. 1.060/50:

"Art. 11. Os honorários de advogados e peritos, as custas do processo, as taxas e selos judiciários serão pagos pelo vencido, quando o beneficiário de assistência for

vencedor na causa.

§ 1º. Os honorários do advogado serão arbitrados pelo juiz até o máximo de 15% (quinze por cento) sobre o líquido apurado na execução da sentença.”

Mas, o valor fixado na lei é de 15% sobre o líquido apurado na execução. Esse critério de cálculo, no entanto, não é obedecido pela jurisprudência trabalhista (e ninguém sabe o porquê). Ou seja, aplica-se uma lei que não seria aplicável e ainda se o faz pela metade.

Mais interessante ainda, é que se aplica um percentual fixado em um dispositivo de lei que já fora revogado. A Lei n. 1.060 é de 1950 e em 1973 o novo Código de Processo Civil deu novos contornos à questão dos honorários de sucumbência. Nos termos do § 3º., do art. 20, do CPC, os honorários são fixados no percentual de 10 a 20%, tendo, reiteradamente, a Justiça Comum aplicado tal dispositivo para a fixação de honorários nos casos de assistência judiciária gratuita, conforme abaixo:

“ADV: JOÃO AUGUSTO FREITAS GONÇALVES (OAB 020.18A/RO), ROCHILMER MELLO DA ROCHA FILHO (OAB 000.635/RO), IZAAC PINTO CASTIEL (OAB 00001498AC) - Processo 001.05.017607-3 - Outras Ações de Rito Ordinário / Ordinário - AUTOR: Ernane Bezerra Elias - RÉ: Brasil Telecom S/A. - ... 3. DISPOSITIVO Isto posto, JULGO IMPROCEDENTE todos os pedidos formulados na ação. Condeno o Autor ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, estes fixados em 20% sobre o valor da causa, em conformidade com o § 3º, do artigo 20, do CPC. Entretanto, em razão do deferimento da assistência judiciária gratuita, às fls. 34/36, ficam os mesmos sobrestados pelo prazo de 05 (cinco) anos, conforme artigo 12, da Lei 1060/50. Publique-se. Registre-se. Intimem-se. VALOR DO PREPARO: R\$ 63,52 (sessenta e três reais e cinqüenta e dois centavos).”

“AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL - INSCRIÇÃO INDEVIDA DE NOME NOS ÓRGÃOS DE PROTEÇÃO AO CRÉDITO - DÉBITO PAGO ANTECIPADAMENTE - ABALO MORAL PRESUMIDO -

QUANTUM QUE DEVE SERVIR PARA AMENIZAR O PREJUÍZO PSÍQUICO SUPORTADO PELA VÍTIMA E REPRIMIR A REITERAÇÃO DE ATOS SEMELHANTES PELO OFENSOR - MAJORAÇÃO CONCEDIDA - VALOR QUE NÃO SE DESTINA AO ENRIQUECIMENTO DO LESADO - OBSERVÂNCIA DOS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE - HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS FIXADOS DE ACORDO COM OS PARÂMETROS DO § 3º DO ART. 20 DO CPC - MANUTENÇÃO DO PERCENTUAL FIXADO EM PRIMEIRO GRAU - CONCESSÃO DO BENEFÍCIO DA ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA - INTELIGÊNCIA DO ART. 4º DA LEI Nº 1.060/50 - RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO." (Apelação cível n. 2005.027541-3, de Concórdia - Relator: Jorge Schaefer Martins - Data da decisão: 31/10/05)

Mas, o problema é ainda mais grave, pois sequer a Lei n. 5.584/70 poderia ser invocada mesmo no que tange à prestação da assistência judiciária gratuita.

Fato é que a Lei n. 10.288/01 derogou os dispositivos da Lei n. 5.584/70 referentes à assistência judiciária gratuita, ao incluir o § 10 no artigo 789, da CLT, com o seguinte teor: "O sindicato da categoria profissional prestará assistência judiciária gratuita ao trabalhador desempregado ou que perceber salário inferior a 5(cinco) salários mínimos ou que declare, sob responsabilidade, não possuir, em razão dos encargos próprios e familiares, condições econômicas de prover a demanda."

Mais tarde, a Lei n. 10.537, de 27 de agosto de 2002, trouxe novo regramento para o artigo 789, da CLT, e simplesmente não repetiu a regra contida no § 10, acima mencionado.

Presentemente, por imposição do § 3º., do art. 790, da CLT, cuja redação também foi dada pela Lei n. 10.537/02, permite-se ao juiz conceder os benefícios da assistência judiciária gratuita, sem qualquer vinculação à assistência sindical.

Eis o seu teor:

"§ 3º É facultado aos juízes, órgãos julgadores e presidentes dos tribunais do trabalho de qualquer instância conceder, a requerimento ou de ofício, o benefício da justiça gratuita, inclusive quanto a traslados e

instrumentos, àqueles que perceberem salário igual ou inferior ao dobro do mínimo legal, ou declararem, sob as penas da lei, que não estão em condições de pagar as custas do processo sem prejuízo do sustento próprio ou de sua família.”

Portanto, interpretam-se, equivocadamente, vários dispositivos legais, muitos deles já revogados, para negar a aplicação da sucumbência no processo do trabalho.

O princípio da sucumbência no processo do trabalho, inegavelmente, incide no processo do trabalho, tanto que a improcedência total dos pedidos sujeita o reclamante ao pagamento das custas processuais e a avaliação de pretensão que requeira prova técnica sujeita a parte sucumbente ao pagamento dos honorários periciais.

Mesmo vigente o artigo 791, não se pode deixar de reconhecer que sua aplicabilidade, na realidade das Varas do Trabalho demonstra-se, nitidamente, excepcional, e sendo assim não pode constituir o fundamento para se criar uma regra, qual seja a de negar a condenação em honorários advocatícios no processo do trabalho.

Até porque, o fundamento básico da prestação jurisdicional justa consiste em que a parte que tem razão não seja penalizada com qualquer custo processual, revertendo-se estes para a parte perdedora.

E, sob a perspectiva do conceito de processo efetivo, ou seja, aquele que é eficiente para dar a cada um o que é seu por direito e nada além disso, a presença do advogado é fator decisivo para a consecução deste ideal. Com efeito, nos processos trabalhistas, não raramente, discutem-se temas como: interrupção da prescrição; ilegitimidade de parte, em decorrência de subempregada, sucessão, terceirização, grupo de empresas; litispendência; personalidade jurídica; desconsideração da personalidade jurídica; tutela antecipada; ação monitória; contagem de prazos; nulidades processuais; ônus da prova etc... Mesmo a avaliação dos efeitos dos fatos ocorridos na relação jurídica sob a ótica do direito material nem sempre é muito fácil. Vide, por exemplo, as controvérsias que pendem sobre temas como: aviso prévio cumprido em casa; subordinação jurídica; política salarial; direito adquirido; horas *in itinere*; salário *in natura*; integrações de verbas de natureza salarial; contratos a prazo; estabilidades provisórias etc..., ou seja, saber sobre direitos trabalhistas,

efetivamente, não é tarefa para leigos. Juízes e advogados organizam e participam de congressos, para tentar entender um pouco mais a respeito desses temas e muitas vezes acabam saindo com mais dúvidas. Imaginem, então, o trabalhador...

Por fim, impõe-se pôr em destaque a nova roupagem dada pelo atual Código Civil, em vigor de janeiro de 2003, ao instituto do inadimplemento das obrigações.

O novo Código não se limita a fixar que descumprimento da obrigação sujeita o inadimplente ao pagamento de perdas e danos, que eram, na sistemática do antigo Código, nas obrigações de pagamento em dinheiro, limitados aos juros de mora e custas (arts. 1.056 e 1.061, do antigo Código). O novo Código é bem mais severo com o devedor inadimplente e nos termos do artigo 389, o devedor que não cumpre a obrigação de pagar, no prazo devido, responde por perdas e danos, mais juros, atualização monetária e honorários advocatícios.

Este dispositivo enfraquece ainda mais o entendimento que não considerava devidos os honorários advocatícios no processo do trabalho. Ora, como se vê do novo texto legal, os honorários não decorrem simplesmente da sucumbência no processo, mas do próprio inadimplemento da obrigação (art. 389, do novo Código Civil).

Reforce-se este argumento com a observação de que as perdas e danos, nos termos do artigo 404, em casos de obrigações de pagar em dinheiro (caso mais comum na realidade trabalhista) abrangem atualização monetária, juros, custas e honorários, sem prejuízo de pena convencional que se não houver e não sendo os juros suficientes para suprir o prejuízo dão margem ao juiz para conceder indenização suplementar.

O entendimento de que no processo do trabalho não há condenação em honorários advocatícios, trata-se, portanto, de posicionamento que fere vários preceitos legais e constitucionais, isto sem falar dos ideais do movimento de acesso à justiça.

Devidos, portanto, os honorários advocatícios, na ordem de 20% sobre o valor da condenação.

X - IR e INSS.

Deve a reclamada calcular e comprovar nos

autos os recolhimentos fiscais (imposto de renda), acaso incidentes, nos termos do art. 46, da Lei n. 8.541/92, e do Provimento n. 1/96, da CGJT. Ou seja, o Imposto de Renda incide sobre o valor total das verbas de natureza salarial, devidamente atualizados (sem juros, sobre os quais não há incidência de Imposto de Renda), fixadas nesta sentença.

A responsabilidade do empregado, no entanto, é medida nos termos dos limites mensais e anuais de isenção e da alíquota pertinente, em conformidade com as disposições legais da época a que a parcela se refere. No que tange à responsabilidade do empregado, portanto, o cálculo do imposto de renda deve ser feito mês a mês.

O valor do Imposto de Renda devido, obedecendo ao critério da incidência sobre o valor total pago, que ultrapassar o limite de responsabilidade do empregado, conforme fixado no parágrafo anterior, ficará ao encargo do empregador, isto porque a sentença, ao declarar um direito, tem como efeito restituir as partes a situação fática e jurídica havida no momento do descumprimento do direito. Assim, se o empregado não pagaria imposto de renda, ou o pagaria com alíquota reduzida, caso seu direito fosse oportunamente respeitado, não há como lhe atribuir um encargo superior a este por imposição da sentença, pois, neste caso, a sentença não estaria produzindo o seu efeito natural.

Como a lei determina a realização do cálculo do Imposto de Renda sobre o total das verbas de natureza salarial, quando de seu efetivo pagamento, o valor do Imposto, que ultrapassa ao que o empregado pagaria se as parcelas fossem adimplidas no seu momento oportuno, recai, por princípio de justiça e por aplicação do próprio efeito retroativo da sentença declaratória, sobre aquele que desrespeitou o direito.

Diz-se, de forma equivocada, que não há agressão ao princípio da justiça no ato de determinar que o empregado pague o Imposto de Renda sobre a totalidade do valor recebido, pois no caso de serem ultrapassados os limites de sua responsabilidade, poderá o reclamante restituir o valor pago a mais no Ajuste Anual da Declaração do Imposto de Renda. Isto não se dá, entretanto, pois a restituição se concretiza somente se forem comprovadas despesas com valores restituíveis e não pelo mero fato aludido, que sequer tem como ser destacado no ajuste anual, até porque a declaração é relativa ao ano em que o valor do processo foi recebido e não a todos os anos a que o conjunto

das parcelas diz respeito.

Fica desde já declarado que cumpre à reclamada a elaboração do cálculo do Imposto devido, facultando-lhe reter, no ato do pagamento da dívida trabalhista, o que for de responsabilidade do empregado, nos termos da limitação acima fixada, sob pena de ficar responsável pela integralidade do recolhimento, com a conseqüente expedição de ofício à Receita Federal, para as providências devidas.

Quanto aos recolhimentos a título de contribuição previdenciária, deverão ser observados os seguintes parâmetros: a) a reclamada (na qualidade de empregador) será a responsável pelo recolhimento das contribuições sociais que lhe digam respeito e também daquelas devidas pelo reclamante (na condição de empregado), sem a faculdade de reter do crédito do reclamante as importâncias relativas aos recolhimentos do empregado, nos termos do art. 33, § 5o., da Lei n. 8.212/91, facultando-lhe observar o limite mensal do salário-de-contribuição; b) as contribuições sociais incidem sobre as parcelas de natureza salarial, reconhecidas nesta sentença, nos termos da lei previdenciária e serão apuradas em liquidação de sentença, tomando-se como base de cálculo o valor atualizado do crédito trabalhista (base de incidência), com juros e correção monetária na forma da legislação trabalhista; c) a incidência de atualização monetária e juros sobre a base de cálculo, para efeito de verificação da contribuição previdenciária, se justifica porque a atualização da contribuição previdenciária se faz com base na taxa SELIC e está já incluí correção monetária e juros; d) as alíquotas serão as previstas em lei na época do pagamento; e) o termo inicial da dívida previdenciária será o dia imediatamente seguinte à data limite para o recolhimento das contribuições sociais, contada da data do efetivo pagamento da execução trabalhista; f) não sendo paga no prazo mencionado no item anterior, a dívida previdenciária inadimplida sofrerá multa e atualização monetária, com juros pertinentes, nos termos da legislação previdenciária, a partir de então, sempre de responsabilidade da reclamada g) o termo inicial da dívida previdenciária e respectiva atualização quanto às contribuições decorrentes de reconhecimento do vínculo trabalhista, executáveis neste juízo, far-se-ão nos termos da lei previdenciária pertinente, com a realce para a responsabilização exclusiva da reclamada quanto aos recolhimentos devidos, nos termos do já citado art. 33, § 5o., da Lei n. 8.212/91, facultando-lhe observar o limite mensal do salário-de-contribuição.

C O N C L U S ã O .

Isto posto, julgo procedentes os pedidos formulados nesta reclamação, para o fim de condenar GAFOR LTDA e SPAL INDÚSTRIA BRASILEIRA DE BEBIDAS S.A., solidariamente, a pagarem a ADILSON BARCELOS ALMEIDA, nos termos da fundamentação supra e nos limites do pedido inicial: horas extras e reflexos; diferenças salariais pela não integração dos adicionais de produtividade; e honorários advocatícios na ordem de 20% sobre o valor da condenação.

Pelo dano social, condeno a 2ª. reclamada, Coca-cola, a pagar **multa equivalente a 30% do lucro obtido durante a "Semana Otimismo que Transforma", de 17 a 23 de maio de 2009**, que será revertida, nos termos do art. 13 da Lei n. 7.347/85, ao Fundo de Defesa dos Direitos Difusos, instituído pela Lei n. 9.008/95 (Regulamentada pelo Decreto 1.306/94), cabendo ao Ministério Público do Trabalho, a fiscalização da efetiva aplicação desta verba para a reconstituição dos bens lesados, sobretudo no que tange a inibir a repetição da aludida prática, tais como a realização de diligências conjuntas com o Ministério do Trabalho; implementação de cursos de formação e de requalificação de trabalhadores quanto a conhecimento de seus direitos...

Cumprir destacar que durante a semana em questão o compromisso publicamente assumido pela 2ª. reclamada foi de destinar "parte" de seu lucro - não fixando limite - para o incentivo de práticas de transformação social <http://www.cocacolabrazil.com.br/semanaotimismoquetransforma/>

Além disso, deve a 2ª. reclamada, em cinco dias, sob pena de "astreinte" fixada em R\$5.000,00 por dia de atraso (a ser vertida para o Fundo acima), dar notícia em seu sítio da presente condenação, explicitando que o valor da multa a que fora condenada nos presentes autos foi originada da consideração do dano social por ela praticado quanto à exploração do trabalho dos motoristas de caminhão, da qual adveio a declaração judicial de que sua propaganda, na campanha "Otimismo que Transforma", foi enganosa.

Juros e correção monetária, na forma da lei.

Custas pelas reclamadas, no importe de R\$1.000,00, calculadas sobre o valor da condenação arbitrado em R\$50.000,00.

Intimem-se as partes.

Nada mais.

JORGE LUIZ SOUTO MAIOR
Juiz Titular