

O Dano Social e sua Reparação.

Jorge Luiz Souto Maior^(*)

Importa compreender 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, portanto, um erro histórico, uma traição com 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. 6º., 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 trabalhistas (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

^(*) Juiz do trabalho, titular da 3ª. Vara do Trabalho de Jundiaí Professor livre-docente da Faculdade de Direito da USP.

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. 60, 4º., IV), a qual não pode, assim, servir de argumento nem de esteio à exclusão dos direitos sociais"¹.

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).

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,

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

conforme definido no art. 20, inciso I, da Lei n. 8.884/94², punível na forma do art. 23, inciso I, da mesma lei³. 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 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, juizes, 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 uma "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

² "Art. 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;"

³ "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;"

lucros mediante a exploração do trabalho alheio. Os limites dessa exploração, para preservação da dignidade humana do trabalhador, respeito a outros valores humanos da vida em sociedade e 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 2^a. 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)⁴ 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 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. Como cidadão, é possível dizer: "isso é uma vergonha!"

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

Cumprir verificar que o próprio Direito Civil avançou no reconhecimento da situação de que vivemos em uma "sociedade de produção em massa"⁵ Atualmente, nos termos dos arts. 186⁶ e 187⁷ 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 risco⁸ comete ato ilícito. O ilícito,

⁴ 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.

⁵ 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.

⁶ "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."

⁷ "Art. 187. 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."

⁸ Art. 927, parágrafo único: "Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem"

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 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 Oliveira⁹, 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"¹⁰. "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."¹¹

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.

No aspecto da legitimidade individual esclarece Mauro Cappelletti:

⁹. O Dano Pessoal no Direito do Trabalho, SP, Ed. LTr, 2002, p. 26.

¹⁰. "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.

¹¹. Idem, p. 131.

"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."¹²

"...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."¹³

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 estruturais¹⁴.

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"¹⁵.

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 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

¹². Ibidem, p. 136.

¹³. Ibidem, p. 137.

¹⁴. Ibidem, pp. 137-140.

¹⁵. Ibidem, p. 141.

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”¹⁶, 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, 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.

¹⁶. *Ibidem*, p. 153.

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 até mesmo 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 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: salários em atraso; pagamento de salários "por fora"; trabalho em horas extras de forma habitual, sem anotação de cartão de ponto de forma fidedigna e o pagamento do adicional correspondente; não recolhimento de FGTS; não pagamento das verbas rescisórias; ausência de anotação da CTPS (muitas vezes com utilização fraudulenta de terceirização, cooperativas de trabalho, estagiários, temporários etc.); não concessão de férias; não concessão de intervalo para refeição e descanso; trabalho em condições insalubres ou perigosas, sem eliminação concreta dos riscos à saúde etc., 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. Da mesma forma, a atitude deliberada, consciente e economicamente inescusável de se agredir a ordem jurídica, com utilização de tática

O fato concreto é que as agressões deliberadas aos Direitos Sociais, muitas vezes com avaliação de vantagem pelo próprio trabalhador, que aceita trabalhar sem registro, mediante forjada formalização de uma pessoa jurídica fantasma, para não recolher contribuição previdenciária e pagar menos imposto, ocorrem de forma cada vez mais crescente, gerando a lógica destrutiva de uma espécie de "pacto antisocial".

Está claro, então, que as práticas reiteradas de agressões deliberadas e inescusáveis (ou seja, sem o possível perdão de uma carência econômica) aos direitos trabalhistas constituem grave dano de natureza social, uma ilegalidade que precisa de correção específica, que, claro, se deve fazer da forma mais eficaz possível, qual seja, por intermédio do reconhecimento da extensão dos poderes do juiz no que se refere ao provimento

jurisdicional nas lides individuais em que se reconhece a ocorrência do dano em questão.

A esta necessária ação do juiz, em defesa da autoridade da ordem jurídica, sequer se poderia opor com o argumento de que não 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. Os poderes do juiz neste sentido, portanto, são o pressuposto da razão de sua própria existência.

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 esse poder ao juiz.

Como fundamentos positivistas da reparação do dano social é possível citar, por exemplo, o artigo 404, parágrafo único¹⁷, do Código Civil, e os artigos 832, § 1º.¹⁸, e 652, "d"¹⁹, 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 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

¹⁷. "Art. 404. As perdas e danos, nas obrigações de pagamento em dinheiro, serão pagas com atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, abrangendo juros, custas e honorários de advogado, sem prejuízo da pena convencional.

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

¹⁸. "Quando a decisão concluir pela procedência do pedido, determinará o prazo e as condições para o seu cumprimento"

¹⁹. "Art. 652 - Compete às Juntas de Conciliação e Julgamento:

(...)

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

peças, desfazimento de obra, impedimento de atividade nociva, além de requisição de força policial”.

Como se vê, a possibilidade do 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 constituiu 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. 765²⁰) e liberdade para solução justa do caso na perspectiva da equidade, conforme previsão dos arts. 8^o²¹. e 766²², não se esquecendo da perspectiva dos efeitos 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. 8.078/90²³, definida como crime no artigo 66 da mesma Lei²⁴, punível com “detenção de três meses a um ano e multa”.

²⁰. “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”

²¹. “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.”

²². “Art. 766. Nos dissídios sobre estipulação de salários, serão estabelecidas condições que, assegurando justos salários aos trabalhadores, permitam também justa retribuição às empresas interessadas.”

²³. “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)

²⁴. “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.”

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 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 descordo 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.

Poder-se-ia, então, condenar o agressor do interesse social a pagar uma multa (com caráter indenizatório), com reversão para algum ente estatal, ou mesmo para alguma ONG (que atue na área social). Mas, isso, sinceramente, não me parece aceitável. Com relação ao Estado, porque destinar a ele o dinheiro é uma incoerência, na medida em que a situação só se concretizou por ter ele descumprido o seu papel no que tange à fiscalização. Com relação às ONGs, porque não há controle efetivo sobre a destinação da verba. De todo modo, como dito, não é esta a questão que interessa. Quem achar que a reparação do dano social, reconhecido nas ações individuais, deva ter essa destinação que o faça, pois o que importa é o efeito prático de recomposição da autoridade do ordenamento. O que não se pode, de jeito algum, é deixar que o dano social, reconhecido perante um ou vários processos judiciais, reste impune.

Sem eliminar outros possíveis efeitos, especialmente no que tange à determinação da prática de obrigações de fazer para informação aos consumidores do ilícito cometido ou para resgatar a autoridade do preceito fundamental da dignidade humana, a fixação de uma pena pecuniária ao agressor contumaz e

convicto da ordem jurídica trabalhista, com destinação para o autor da ação individual, parece-me o modo mais adequado de reparar o dano social, por ser uma decisão mais facilmente executável. Não se trata de uma atitude que visa enriquecer indevidamente o autor. Seu propósito é inibir a repetição do ilícito; anular o lucro obtido pelo réu com a atitude de agressão ao ordenamento; e fazer crer a todos os demais empregadores, concorrentes do réu, que o respeito à ordem jurídica não lhes representa um prejuízo concorrencial.

São Paulo, 13 de outubro de 2007.