

O *Dumping* Social do direito do trabalho contemporâneo

Victor Emílio Feital Soares¹

Resumo: Neste artigo se discute como o combate ao *dumping* social na Justiça do Trabalho colabora para evitar que fraudes trabalhistas possam ser utilizadas para prejudicar a concorrência. Sendo os custos com mão de obra relevantes para o equilíbrio econômico da empresa, o uso de mecanismos ilícitos para reduzi-los pode gerar uma vantagem competitiva desleal, a ser duramente reprimida pelo judiciário, sob pena de o concorrente desleal dominar o mercado, eliminando os empresários que cumprem com suas obrigações sociais. Para tal desiderato a doutrina e a jurisprudência trabalhista têm teorizado acerca novas formas de enfrentamento da delinquência patronal, sendo uma dessas teorias a que trata do *dumping* social. A economia demonstra que o Direito integra o conjunto de fatores e custos que o agente racional leva em consideração para a tomada de decisões. Destarte, o descumprimento do contrato de trabalho passa a ser uma boa opção quando as eventuais penalidades decorrentes não sejam suficientes para eliminar o proveito obtido. Ao final, justifica-se e propõe-se a utilização de indenizações suplementares que sejam aptas a eliminar o benefício econômico das condutas ilícitas. Busca-se, desta maneira, propor uma metodologia de abordagem do problema de modo que os casos levados ao judiciário sirvam como exemplo desestimulante e, assim, ajudem a evitar a reiteração destes comportamentos.

Palavras-chave: *Dumping* social. Precarização. Concorrência desleal.

1 Introdução

406

Ao neófito, basta algumas incursões junto a qualquer Vara do Trabalho para perceber que algumas empresas fazem das lides trabalhistas seu verdadeiro objeto social². Descumprem intencional e reiteradamente os direitos de seus trabalhadores confiantes de que, ao cabo de muitos meses, pagarão, na pior das hipóteses, apenas o que deveriam ter pago no passado.

Estas linhas se propõem a estudar como uma nova visão do Direito do Trabalho pode contribuir para a promoção da dignidade do trabalhador, agindo sobre as estruturas decisórias das empresas na busca da construção de um mercado ético no qual o desenvolvimento ocorra de forma sustentável. Espera-se assim, contribuir cientificamente para a valorização do ser humano e para a promoção da solidariedade por meio da efetivação do princípio da proteção ao trabalhador.

2 O Papel do Direito e do Estado nas Relações de Trabalho Contemporâneas

As relações de trabalho e produção se dão em um ambiente complexo e sensível. A tensão entre capital e trabalho é a base sobre a qual se desenvolve o sistema de produção que sustenta as sociedades capitalistas, como Brasil. A economia, no entanto, depende da preservação do equilíbrio entre estas forças. O predomínio de uma delas levaria à ruína todo o sistema eco-

¹ Bacharel em Direito, Analista Judiciário

² Atento a esta realidade, o CSJT estipulou como meta estratégica reduzir em 10% o índice de concentração de processo dos maiores litigantes até o ano de 2020, segundo o Plano Estratégico da Justiça do Trabalho, disponível em http://www.csjt.jus.br/c/document_library/get_file?uuid=f525e749-2197-438c-91ae-d31acfe4cbdf&groupId=955023, consulta em 9/6/2015.

nômico, ao menos na forma em que se encontra organizado no país. É necessário, portanto, que o trabalho e o capital encontrem meios de se harmonizarem. Caso isto não aconteça – o que ocorre quando uma das partes tem muito mais poder do que a outra – faz-se necessária a intervenção de um poder externo à relação, que seja capaz de equilibrar as forças antagônicas que buscam prevalecer uma sobre a outra. É por isso que em algumas sociedades a negociação coletiva é instrumento mais usual para estabelecer normas sobre as condições de trabalho; em outras, a lei é chamada a intervir, impondo condições mínimas indispensáveis à preservação do mercado de trabalho. No Brasil, o Direito do Trabalho é caracterizado pela forte intervenção do estado, utilizando-se da lei para regular as relações de trabalho e da Justiça do Trabalho para impor a adesão das partes.

Marcus Menezes Barberino Mendes (2007, p. 9), em interessante monografia sobre a justiça e o mercado de trabalho, aponta duas condicionantes políticas que orientaram o protagonismo estatal na montagem do sistema das relações de trabalho no Brasil: a assimetria de forças entre capitalistas e trabalhadores e a autonomia da política econômica de que o país gozou até o início da guerra fria. O autor explica, que o Estado brasileiro teve de reforçar seu papel de árbitro nos conflitos entre capital e trabalho justamente em decorrência do forte desequilíbrio de forças aí presentes, marca comum dos países de capitalismo tardio.

Esse papel de destaque ocupado pelo Estado não se restringe à criação de leis trabalhistas, mas perpassa também pelo judiciário. Conforme a doutrina de Mendes (2007, p. 19) o judiciário se associa ao executivo constituindo um novo elemento normatizador que tem ingerência tanto no contrato individual de trabalho como nas relações coletivas. Isso porque a decisão judicial e a indução de políticas públicas pelo Ministério do Trabalho e Emprego adquirem uma função simbólica relevante de expressar o que se considera ou não justo na relação de trabalho.

O Direito do Trabalho contemporâneo desenvolveu-se no Brasil como ferramenta do Estado para regular a tensão entre o capital e o trabalho, sofrendo com intensidade variável influências de ambos os lados. Ele reflete, portanto, a disputa de orientações relativamente antagônicas que precisam ser harmonizadas a fim de dar efetividade aos diversos valores buscados pela sociedade brasileira, estabelecidos por meio da Constituição Federal. Pesam nesta balança a necessidade de proteção ao trabalhador, parte hipossuficiente no contrato laboral, e a busca do desenvolvimento econômico e do pleno emprego, sem os quais a dignidade humana não pode ser atingida. Tais objetivos devem ser atingidos em um ambiente hostil, eivado de sucessivas crises, conflitos de interesses e competição acirrada e, muitas vezes desleal. Neste ambiente, o descumprimento do Direito do Trabalho, não raro, é utilizado como forma de obter vantagem competitiva ilícita, evocando a ação dos órgãos estatais na proteção dos trabalhadores, dos empresários honestos e até mesmo da concorrência.

Os percalços enfrentados pelo Direito do Trabalho contemporâneo fazem parte de um conjunto maior de tormentos vividos em todos os espaços sociais. “O momento conflituoso está umbilicalmente associado às formas de se organizar a sociedade e a **crise do Estado**” (OLIVEIRA, 2009, p. 23). O professor Murilo Oliveira esclarece que a incapacidade do Direito em dar soluções rápidas para os conflitos das relações sociais (denominada de Crise do Direito), contribui para o agravamento da crise. Para o autor, o modelo jurídico “individualista, formalista

e patrimonialista” (OLIVEIRA, 2009, p. 23) não se coaduna com uma sociedade que se tornou “plural, desigual e diferente” (OLIVEIRA, 2009, p. 23). Este descompasso entre o plano dos fatos e o Direito acarreta a perda da eficácia de muitas normas.

Edilton Meireles (2012, p. 17) ensina a Constituição do Trabalho, ou seja, o conjunto de normas constitucionais que dizem respeito às relações de trabalho, supera o ideal de igualdade formal, reconhecendo a hipossuficiência do trabalhador e assumindo o papel de promover a sua emancipação “em uma verdadeira discriminação positiva fixada pelo legislador”. O jurista (2012, p. 19), com apoio na doutrina de Canotilho, afirma que a Constituição brasileira erigiu a valorização social do trabalho como elemento privilegiado para a realização do “princípio da democracia econômica e social.” Este processo de constitucionalização do Direito do Trabalho promoveu um reencontro deste ramo jurídico com suas origens, voltando-se novamente para a centralidade da pessoa humana e impondo limites de caráter social ao poder econômico. Este aspecto social da constituição do trabalho resulta da manifestação da dignidade humana, que tem no labor um instrumento essencial para sua realização, pois que o trabalho é um dos fatores essenciais que possibilitam o pleno desenvolvimento da personalidade.

A proteção ao trabalhador decorre diretamente do modelo de estado adotado pela CRFB/88, fazendo valer a intenção do poder constituinte de dar privilégio ao trabalho como valor fundamental da sociedade brasileira, impedindo assim que outros bens jurídicos, como o lucro ou a ‘racionalidade econômica’ sobre ele prevaleçam. Ocorre que, entre os valores constantes das previsões constitucionais e a realidade dos fatos há um abismo fragante, que traz ao observador perplexidade sobre a efetividade destas normas. Frente a tal questão, FERNANDEZ (2014, p. 58) esclarece que compete ao judiciário trabalhista o papel de afastar qualquer função simbólica da constituição laboral, fazendo com que seus valores sejam efetivados. É papel do magistrado trabalhista fazer valer o sistema de proteção do trabalho instituído a partir da Carta Maior, decorrente da aplicação dos princípios ínsitos ao Direito Laboral.

A Constituição do Trabalho, de alguma maneira, interage intimamente com outro subsistema constitucional denominado de Constituição Econômica. Ele engloba os dispositivos constitucionais que criam um sistema econômico e orientam a ação de seus agentes. A Constituição adota o sistema capitalista de produção, ao passo em que cria limites à atuação no mercado. Por esta razão, a Constituição Econômica prevê a livre iniciativa como valor fundamental, mas a ela impõe restrições. Dentre as limitações à livre iniciativa, o art. 170 da CRFB/1988 traz em seu caput a valorização do trabalho e no inciso VII a redução das desigualdades sociais. Portanto, as condutas empresariais que atentem contra a dignidade do trabalhador, reduzam benefícios ou aumentem os lucros de forma irrazoável carecem de legitimidade por estarem em conflito com os valores fundamentais estabelecidos na Carta Maior. A priori, a valorização do trabalho deve prevalecer sobre a livre -iniciativa e o direito de propriedade, por ser um importante valor revelador da dignidade humana. Oliveira (2009, p. 157) esclarece que tal raciocínio nada mais é do que a reafirmação do princípio da proteção ao hipossuficiente, reformulado à luz da força normativa dos princípios.

Outro princípio relevante da Constituição Econômica, corolário da livre-iniciativa, é o da livre-concorrência, que consiste, conforme a lição de Fernandez (2014, p. 47), na previsão

constitucional que autoriza que os particulares estabeleçam competição entre si em um dado nicho lícito de mercado, buscando conquistar clientela de forma leal, vedando-se as práticas que visem obstar a concorrência. O autor ressalta que não há livre-iniciativa sem livre-concorrência, pois a lealdade dos competidores é necessária para que todos possam ter acesso ao mercado. Sem a proteção à concorrência para limitá-la, a livre-iniciativa poderia permitir que certos competidores ditassem as regras de importantes segmentos do mercado, impedindo o acesso de outros concorrentes. “O livre acesso ao mercado, afinal, jamais será efetivamente alcançado se não houver livre disputa de clientela” (FERNANDEZ, 2014, p. 48).

Não é por outra razão que a Constituição Federal (art. 173, § 4º) estabelece que a lei deverá reprimir o abuso de poder econômico que busque: a) a dominação de mercados; b) eliminação da concorrência; e c) o aumento abusivo dos lucros. Caso tais condutas sejam verificadas, a Lei Maior estabelece (art. 173, §5º) a responsabilização concomitante da pessoa jurídica e de seus dirigentes, devendo-lhes ser cominadas penalidades compatíveis com a natureza dos ilícitos praticados.

Os fatos demonstram que muitos empresários, premiados pelas tensões da concorrência, adotam estratégias negociais espúrias, descumprindo deliberada e reiteradamente as normas fixadas pelo Direito do Trabalho, causando danos individuais e coletivos aos trabalhadores como meio de redução de custos que permita a obtenção de vantagem competitiva ilícita que lhes permita dominar certos segmentos do mercado, o que também causa danos coletivos aos consumidores, por meio da eliminação da concorrência, infligindo, ainda, dano individual a certos competidores e coletivo ao mercado empresarial. Diante destes casos, a atuação do Estado se faz necessária para a preservação do próprio modelo capitalista, efetivando o princípio da proteção aos trabalhadores e o princípio da livre concorrência.

409

3 Análise Jurídico Econômica do *Dumping Social*

Fernandez (2014), em lúcida monografia sobre o tema, buscou demonstrar as contribuições que a Análise Econômica do Direito (também denominada de *Law and Economics*) pode trazer para a compreensão e tratamento jurídico do *dumping social*. De fato, as decisões empresariais que levam ao cometimento desta modalidade de concorrência desleal são deliberações de natureza econômica. Portanto, conceitos oriundos da economia são fundamentais para sua compreensão. Da mesma forma, as tutelas judiciais que venham a opor-se a estas condutas indesejadas devem atacar justamente suas motivações econômicas.

Convém apresentar algum esclarecimento sobre o agente racional. Em *Law and Economics* considera-se racional aquele que busca “a maximização da utilidade como elemento determinante de seu comportamento” (FERNANDEZ, 2014, p. 71). Desta forma, o agente racional avalia de antemão os custos e consequências de sua ação, optando por aquele comportamento que apresente a melhor relação entre custos e benefícios.

Marcos Madeira de Matos Martins, em minuciosa dissertação acerca do valor do trabalho humano, esclarece que cabe ao administrador da empresa “zelar pelos recursos estruturais, financeiros e humanos da empresa” (MARTINS, 2012, p. 62). Por este motivo, o administrador zeloso deve aplicar diversas metodologias de natureza administrativa, econômica e jurídica para

tomar decisões que beneficiem a empresa. Esta é a forma racional de decidir. A escolha racional consiste na maximização dos benefícios pela seleção da “melhor alternativa permitida pelas restrições” (MARTINS, 2012, p. 63).

O Direito fixa o preço das condutas e estabelece sanções dentro de uma estrutura de direitos. A responsabilidade e a obrigação são os preços atribuídos à conduta, sendo a sanção também ponderada pelo agente ao realizar a alocação de seus escassos recursos. Tais características permitem ao agente decidir em que medida participará em uma atividade que gere certa obrigação legal e se cumprirá ou não com essa obrigação. Como se vê, a decisão de descumprir uma obrigação jurídica decorre de um juízo de ponderação entre os custos referentes ao descumprimento e ao cumprimento. A sanção pode ser utilizada como medida do custo de descumprimento da obrigação, influenciando na escala de preferências do agente. Tornar o custo do descumprimento mais elevado do que o custo do cumprimento de uma obrigação legal é medida afirmativa da própria norma. Martins (2012, p. 59), ressalta que até mesmo as penalidades de privação de direitos podem ser mensuradas como custos.

Essa teoria permite compreender os comportamentos que constituem concorrência desleal. Isso porque muitas vezes um empresário orienta sua conduta a provocar, deliberadamente, prejuízo a um concorrente (ou um conjunto deles) como estratégia de dominar uma determinada fatia de mercado. Neste sentido, Martins (2012, p. 143) traz à baila a teoria do não cumprimento eficiente do contrato, que consiste em mecanismo oriundo da Análise Econômica do Direito que permite avaliar se, em um negócio jurídico, o descumprimento intencional do contrato pode importar em maior eficiência econômica para uma das partes. Essa análise é importante porque “o “remédio” para o não cumprimento deveria ser escolhido tendo em conta os efeitos que teria sobre as decisões das partes de cumprir ou não cumprir” (MARTINS, 2012, p. 142).

O autor explica que o não cumprimento é eficiente quando, após o pagamento de indenização que repare integralmente os danos do outro contratante, a parte descumpridora de suas obrigações fique em uma situação econômica superior àquela que ficaria se tivesse cumprido o contrato. A indenização integral deve ser suficiente para que a contraparte seja indiferente ao cumprimento ou à indenização. Atendidos tais pressupostos, o descumprimento resultaria em um resultado economicamente mais eficiente do que o cumprimento. Martins (2012, p. 146) explica que a teoria do descumprimento eficiente perde eficácia quando há uma orientação que permita a execução específica de uma obrigação de fazer ou a restituição dos benefícios auferidos com a inadimplência por meio dos denominados *punitive damages*.

Assim, tendo em vista o caráter de ordem pública das normas que regem o contrato de trabalho, não parece razoável aplicar a teoria do descumprimento eficiente neste tipo negócio jurídico. Não é aceitável, por exemplo, que uma empresa economize recursos com os sistemas de segurança de seus empregados por julgar que, após o pagamento das indenizações por acidente de trabalho (para os quais pode até haver um contrato de seguro), seus custos seriam reduzidos. O conhecimento da teoria, no entanto, pode trazer valiosa contribuição para o Direito do Trabalho, pois permite compreender o mecanismo de tomada de decisões empresariais de modo que, possa o juiz intervir na relação, reequilibrando os custos envolvidos, por meio de uma sanção suplementar suficiente para eliminar a eficiência do descumprimento do contrato de trabalho.

O custo do trabalho representa significativo dispêndio do processo produtivo. Este custo tem especial sensibilidade às ações do empregador, uma vez que o trabalhador, em razão da dependência econômica, muitas vezes não consegue fazer valer seus direitos sem colocar em risco seu emprego e, portanto, sua sobrevivência. Por tais razões, os direitos trabalhistas frequentemente são violados de forma intencional e reiterada, como estratégia empresarial destinada à obtenção de vantagem competitiva, embora ilícita.

Na lição de Martins (2012, p. 141) o *dumping* social é um dos instrumentos utilizados pelas empresas como forma de reduzir o custo do “valor-trabalho”. Tem como especial consequência a possibilidade de redução forçada do valor do produto posto no mercado, o que conduz à concorrência desleal e ao domínio de um segmento relevante do mercado. Daí se despreende que, de uma só vez, o *dumping* social, atenta contra os direitos dos trabalhadores, dos concorrentes e do mercado de consumo. Esta prática condenável ataca, concomitantemente, três dos valores mais relevantes da constituição econômica: a valorização do trabalho (art. 170, caput), a livre concorrência (art. 170, IV) e a proteção ao consumidor (art. 170, V).

Maior, Moreira e Severo (2014, p. 25) explicam que o *dumping* social é uma das formas de dano social, uma vez que sua prática fere o projeto constitucional que fundamenta a legislação trabalhista, sendo a sua reparação, portanto, “essencial para a recuperação da autoridade do ordenamento brasileiro”.

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. Um modo, portanto, de manter vigente o sistema, diante de suas crises cíclicas e de sua clara tendência autofágica (MAIOR; MOREIRA; SEVERO, p. 31).

411

Portanto, o *dumping* social ao ferir os direitos sociais, constitui dano que ultrapassa a esfera das relações privadas e atinge toda a sociedade. A repressão ao *dumping* social confere à concorrência um sentido ético que se estende até mesmo ao consumo, que também deve ser socialmente responsável.

Fernandez (2014, p. 86) refere-se a três dimensões de danos gerados pelo *dumping* social: danos aos concorrentes; ofensa à legislação trabalhista; e prejuízos de médio e longo prazo aos consumidores. O autor (2014, p. 133) enumera diversos danos sociais provocados pelo *dumping* social, a saber:

1. falência de empresas que não conseguem competir com os produtos comercializados pelo concorrente desleal;
2. Tendência de muitas empresas em acompanhar a estratégia econômica representada pelo *dumping* social;
3. redução do poder de compra a longo prazo; e
4. risco de inviabilidade do modelo econômico instituído pela Constituição.

Como se vê, a prática do *dumping* social opera efeitos nocivos que se estendem muito além do contrato individual de trabalho. Os danos atingem todos os trabalhadores da empresa, de forma imediata, mas também outros trabalhadores de empresas concorrentes que podem ter suas condições de trabalho degradadas como forma de sobrevivência da empresa à concorrência desleal. Atingem os empresários concorrentes honestos, que veem suas receitas minguarem pela impossibilidade de acompanhar os baixos custos de produção obtidos de forma ilícita pelo concorrente desleal. Os prejuízos alcançam, ainda, os consumidores pela falta de competição que ocorre em médio e longo prazo. Os danos apontados ferem os mais caros valores insculpidos na Constituição Federal e atingem de forma direta e indireta parte significativa da sociedade, clamando pela ação do Estado para a restauração do Direito.

O artigo 110 da lei 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor) acresceu dispositivo na Lei de Ação Civil Pública (lei 7.347/85) estendendo sua utilização para a defesa de qualquer interesse coletivo e difuso. Além disso, Medeiros Neto (2015, p. 16) aponta que o CDC reconheceu a coletividade como titular de direitos³. Também, a Lei Antitruste (lei 8.884/94) alterou a Lei de Ação Civil Pública para explicar que tal ação é aplicável tanto aos danos morais quanto aos patrimoniais. Estas alterações instrumentalizaram a defesa dos interesses coletivos, fornecendo a solução processual adequada à obtenção de sua reparação em juízo.

Medeiros Neto (2015, p. 16) esclarece que o dano moral coletivo caracteriza-se *in re ipsa*, pelo mero cometimento de conduta ilícita que promova grave violação de direitos transindividuais. Despicienda, portanto, a apresentação de prova do dano, bastando a comprovação da conduta ilícita. Provada a prática de fato que atinja interesses coletivos, restará objetivamente comprovado o dano moral coletivo. O autor aponta algumas condutas recorrentes nas relações de trabalho, cuja ocorrência causa dano moral coletivo:

- (a) exploração do trabalho de crianças e adolescentes; (b) submissão de grupo de trabalhadores a condições degradantes, a serviço forçado, em condições análogas à de escravo, ou mediante regime de servidão por dívida; (c) manutenção de meio ambiente de trabalho inadequado e descumprimento de normas trabalhistas básicas de segurança e saúde, incluídas as disposições de proteção à jornada do trabalho; (d) discriminação, abuso de poder e assédio moral ou sexual nas relações laborais; (e) submissão de trabalhadores a situações indignas, humilhantes e vexatórias (por exemplo, como forma de indução para cumprimento de metas de produção ou de vendas); (f) terceirização ilícita de mão de obra, por meio de empresas interpostas, cooperativas, associações, organizações não governamentais ou outras entidades públicas ou privadas; (g) contratação irregular de trabalhadores pela administração pública direta ou indireta, sem submissão a concurso público, em violação ao estatuto constitucional; (h) uso de fraude, simulação, ameaça, coação ou dolo para burlar ou sonegar direitos trabalhistas ou obter vantagens indevidas; (i) criação de obstáculos e utilização de ardis e ameaças para o exercício do direito à liberdade sindical (MEDEIROS NETO, 2015, p. 18).

³ CDC Art. 2º Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.

Parágrafo único. Equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo.

Diante do que já se expôs neste trabalho, percebe-se que as condutas elencadas nas alíneas b, c, e, f e g constituem tipo especial de dano moral coletivo denominado de *dumping* social, em virtude de serem condutas de natureza econômica, voltadas à redução ilícita de custos com sacrifício de direitos dos trabalhadores em prejuízo da livre concorrência.

O combate ao *dumping* social requer a aplicação de sanções adequadas, que retirem as vantagens obtidas com sua prática e ajudem a evitar a repetição dos atos ilícitos. A mera restauração do *status quo ante* não é eficaz para evitar o *dumping* social, sendo necessário adotar medidas que configurem, de fato, sanções jurídicas e que sejam suficientes para a dissuasão da concorrência desleal.

4 Sanções aplicáveis aos casos de *Dumping* Social

Os atos configuradores do *dumping* social constituem caso de responsabilidade civil objetiva. A doutrina e jurisprudência laborais tem entendido que a efetivação do *dumping* social ocorre simplesmente a partir da reiterada submissão de trabalhadores a condições incompatíveis com a proteção que lhes é oferecida pelo Direito do Trabalho, independentemente da redução artificial de preços. Fernandez (2014, p. 169) alega que o *dumping* social configura abuso de direito apto a afastar a necessidade de verificação de culpa, nos termos do enunciado 37 da JDC⁴.

O combate ao *dumping* social constitui responsabilidade judicial de preservação do princípio da proteção e rejeição às práticas de concorrência desleal, de modo a promover a efetivação das normas constitucionais. Como caso de responsabilidade civil objetiva, o *dumping* social enseja a indenização pelos danos causados, seja aos trabalhadores individualmente, seja à sociedade.

Não há dúvidas de que o trabalhador lesado merece a reparação dos danos materiais e morais sofridos, porém, muitas vezes essa reparação por si só é insuficiente para evitar a reiteração da conduta lesiva, porque ela é economicamente vantajosa. Cabe ao Estado, nestes casos, como mediador das forças capital *versus* trabalho restaurar a hegemonia do ordenamento.

Quando a indenização ‘ortodoxa’ se mostra ineficaz, resta ao aplicador do Direito utilizar-se da função pedagógica (ou sancionatória) da responsabilidade civil, aplicando uma ‘indenização’ suplementar, também conhecida como *punitive damages*.

A indenização suplementar ultrapassa a mera função compensatória da lesão, adquirindo feição punitiva que visa à eliminação da vantagem econômica auferida pelo agente a partir do ato ilícito. Ela visa, portanto, eliminar todos os benefícios decorrentes do ato ilícito e, em alguns casos promover ainda uma desvantagem econômica razoável, com caráter pedagógico, destinada a evitar sua repetição. Os *punitive damages* constituem um acréscimo na condenação destinada à indenização do sujeito lesado, que agrava a sanção como forma de evitar a reincidência e desestimular práticas semelhantes por outros agentes. Sua adoção pela jurisprudência

⁴ Enunciado 37 – “Art. 187: a responsabilidade civil decorrente do abuso do direito independe de culpa e fundamenta-se somente no critério objetivo-finalístico.” (Disponível em <http://daleth.cjf.jus.br/revista/enunciados/IJornada.pdf>, consulta em 6/5/2015).

brasileira guarda relação com o processo de constitucionalização do direito, sendo perfeitamente apropriada ao Direito do Trabalho Contemporâneo.

A utilização dos *punitive damages* enfrenta alguma oposição, sob alegação de que a função pedagógica da responsabilidade contraria o art. 944 do Código Civil, que estabelece que a indenização deverá ser proporcional ao dano causado. Fernandez (2014, p. 144) aponta que tal preceito só pode ser aplicado em danos patrimoniais, pois nos ilícitos extrapatrimoniais a extensão do prejuízo não pode ser mensurada. Neste mesmo sentido caminha o entendimento firmado pelo enunciado 379 da IV Jornada de Direito Civil, que afirma que a previsão do caput do art. 944 não afasta a função punitiva ou pedagógica da responsabilidade civil.

Fernandez (2014, p. 157) leciona que a aplicação da indenização suplementar em casos de *dumping* social encontra fundamento nos artigos 652, 'd' e 832, §1º da CLT, aliados ao artigo 404, parágrafo único do Código Civil. De fato, o primeiro dispositivo confere ao juiz trabalhista o poder de impor multas e outras penalidades; já o segundo artigo estabelece que cabe ao juiz determinar as condições do cumprimento de suas decisões; o último normativo, por sua vez, estabelece explicitamente a possibilidade de aplicação de indenização suplementar. O autor entende, ainda que pode o juiz trabalhista aplicar a indenização suplementar de ofício, quando constatar que as condutas reiteradas e intencionais do empregador configuram o *dumping* social.

414

A indenização suplementar se justifica porque a simples determinação de cessação da conduta danosa sem a restituição do proveito econômico dela obtido seria verdadeiro incentivo ao ilícito, criando grave risco jurídico para a sociedade ao demonstrar a fragilidade das leis na defesa dos interesses transindividuais. “Isso implicaria, pode-se afirmar, no esvaziamento ético do sistema de responsabilidade civil, refletindo a perda do seu norte de justiça e dos seus objetivos de pacificação e equilíbrio social.” (MEDEIROS NETO, 2015, p.20).

Aproveitando-se das compreensões trazidas pela Análise Econômica do Direito, Fernandez (2014, p. 174) esclarece que a relação entre condutas e sanção segue uma relação inversamente proporcional denominada de ‘pendente negativa da curva de demanda’, de modo que a ‘demanda’ de uma determinada conduta será menor à medida que seu ‘preço’ seja mais elevado. Este fato faz com que, nos casos de utilização de *punitive damages* o enfoque do aplicador deve direcionar-se ao réu (aquele que praticou o dano) e não à vítima. Portanto, a sanção extraordinária deve buscar fazer com que o réu torne à situação anterior à conduta danosa, retirando-lhe todo o proveito que obteve com a conduta ilícita.

De todo modo, o valor da sanção não pode ser estabelecido de forma arbitrária. Há que se considerar que o dever de fundamentação das decisões judiciais também abrange a estipulação do valor das condenações. Muito embora não seja possível fixar com rigor matemático o valor das lesões cometidas contra a livre concorrência e a valorização do trabalho humana, a doutrina e a jurisprudência têm apresentado alguns critérios que podem ser utilizados para a quantificação das indenizações extraordinárias decorrentes do dano social. Como parâmetros para fixação do valor da condenação Medeiros Neto (2015, p. 24 e ss.) e Fernandez (2014, p. 174 e ss.) propõem que o juiz leve em conta:

1. “a natureza, a gravidade e a repercussão da lesão”, trazendo à ponderação a relevância do valor social agravado, a possibilidade de reversão ou redução da extensão dos danos, considerando ainda a sua abrangência (local, regional, suprarregional ou nacional). No caso do *dumping* social a natureza do dano tem especial relevância, tendo em vista que constitui o meio ilícito para a obtenção de proveito econômico e vantagem competitiva desleal;
2. “a situação econômica do ofensor”, que implica em considerar o patrimônio e a capacidade financeira do autor do dano, obtida por meio de informações contábeis, fiscais ou bancárias, a fim de que o valor da indenização suplementar realmente apresente efeito pedagógico;
3. “o proveito obtido com a conduta ilícita”, que tem especial relevância nos danos de natureza econômica, como o *dumping* social, isto porque nestes casos o proveito econômico constitui a motivação para o cometimento da ação geradora do dano moral coletivo. A indenização suplementar deve, portanto, eliminar todo o proveito do ilícito, como meio de desestimular sua reiteração;
4. “o grau da culpa ou do dolo, se presentes e a verificação de reincidência”, uma vez que as condutas intencionais e reiteradas demonstram desprezo pelos valores constitucionais especialmente protegidos pelo ordenamento e, por isso mesmo, devem sofrer reação de maior intensidade para a preservação do sistema jurídico. Este parâmetro também toma relevância nos casos de *dumping* social, uma vez que a intencionalidade e reiteração das condutas são elementos essenciais para sua configuração; e
5. “o grau de reprobabilidade social da conduta adotada”, critério segundo qual o juiz deverá interpretar o grau de censura que determinadas condutas enfrentam na sociedade. Deve-se levar em conta, ainda, o prolongamento do dano e a duração dos efeitos para determinar maior ou menor repreensão à atitude lesiva.

Outra consideração importante acerca da indenização suplementar diz respeito à sua destinação. Considerando tratar-se de indenização, ainda que com certo caráter punitivo, razoável cogitar que os recursos devem ser utilizados para recompor, na medida do possível, os bens jurídicos lesados. Este entendimento é condizente com o artigo 13 da lei 7.347/85⁵. O Decreto 1.306/85 regulamentou a Lei da Ação Civil Pública, estabelecendo o Fundo de Defesa dos Direitos Difusos (FDD), cuja finalidade é a reparação dos danos causados a diversos direitos difusos. Medeiros Neto (2015, p. 27) informa que a Justiça do Trabalho afastou a utilização do FDD, entendendo que nesta justiça especializada as condenações deveriam ser destinadas ao Fundo de Amparo ao Trabalhador (FAT). Fernandez (2014, p. 182) apresenta entendimento de que o FAT é fundo adequado para a destinação das condenações decorrentes de *dumping* social, tendo em vista que o fundo visa à reconstituição dos direitos trabalhistas lesados, bem como a promoção de medidas de incentivo ao desenvolvimento econômico. Fernandez (2014, p. 182) admite que,

⁵ Art. 13. Havendo condenação em dinheiro, a indenização pelo dano causado reverterá a um fundo gerido por um Conselho Federal ou por Conselhos Estaduais de que participarão necessariamente o Ministério Público e representantes da comunidade, sendo seus recursos destinados à reconstituição dos bens lesados.

não sendo os recursos destinados ao FAT, seja o réu compelido a uma prestação material em favor à sociedade.

Medeiros Neto (2015, p. 27 e 28) esclarece que o FAT tem a finalidade específica de custear o seguro desemprego, o abono do PIS e outros programas de desenvolvimento econômico, sem qualquer adequação às finalidades de reparação de bens jurídicos eventualmente lesados. Há que se considerar, ainda, que o MPT não participa do FAT, o que demonstra o descumprimento dos requisitos do art 13 da LACP.

Diante da inadequação do FAT ao que prevê o art. 13 da LACP e da carência de correlação do FDD com as finalidades reparatórias dos direitos trabalhistas lesados, defende-se a interpretação ampliativa ao referido artigo, para permitir outras destinações aos recursos provenientes de condenações em dinheiro nas demandas de natureza coletiva da Justiça Trabalhista. Medeiros Neto (2015, p. 28) argumenta que a LACP é anterior à CRFB/88, tendo a lei maior estabelecido uma postura inovadora na tutela dos direitos coletivos, buscando sua efetividade. Assim, diante dos novos valores constitucionalmente estabelecidos, imperioso reconhecer que a destinação exclusiva aos fundos não mais persiste no ordenamento pátrio. O autor esclarece que os princípios da adequação e efetividade da tutela jurisdicional e da ampla e integral reparação dos danos conferem ao juiz poderes buscar a solução mais adequada para conferir eficácia à tutela jurisdicional na reparação aos interesses transindividuais lesados. Tais poderes importam na possibilidade de que o juiz possa definir de ofício o destino a ser dado aos recursos, de forma a buscar sempre a máxima efetividade.

416

Neste sentido esclarecedor o entendimento firmado pela 2ª Turma do STJ no RESP 1.114893 – MG, segundo o qual “a legislação de amparo aos sujeitos vulneráveis e dos interesses difusos deve ser interpretada da maneira que lhes seja mais favorável e melhor possa viabilizar, no plano da eficácia, a prestação jurisdicional e a *ratio essendi* de sua garantia.” Por estes motivos, a Turma afirmou que os benefícios auferidos pelo degradador, por meio da exploração ilegal de recursos ambientais, devem reverter à coletividade.

No mesmo sentido caminha decisão exarada pela 2ª Turma do TRT5 no ROrd 0000452-71.2011.5.05.0030. Trata-se de ACP movida pelo MPT contra a União lojas Leader S.A., por meio da qual o *parquet* solicitou a condenação da ré a pagar indenização por danos morais coletivos decorrentes da inobservância de normas relativas à segurança do trabalhador. A turma condenou a ré a indenizar os danos morais coletivos por ela causados no valor de R\$ 200.000,00, a serem aplicados em programas de atendimento a vítimas de enfermidades provocadas pelo trabalho, uma vez que a reversão dos recursos ao FAT não permitiria uma tutela efetiva nos termos do art. 461-A do CPC.

O TST também esposou o mesmo entendimento no RR nº 658200-89.2009.5.09.0670, por meio do qual a American Glass Products do Brasil S.A. foi condenada a pagar R\$ 200.000,00 por danos morais coletivos decorrentes do descumprimento da cota legal para pessoas portadoras de deficiência prevista no art. 93 da lei 8.213/91. A 7ª Turma determinou o direcionamento dos recursos à Associação de Pais e Amigos dos Excepcionais, para que fossem aplicados em ações de habilitação de pessoas portadoras de deficiência.

Por fim, é conveniente abordar a questão que toca ao reconhecimento de ofício, pelo juiz, da prática do *dumping* social. Em que pese a possibilidade de reconhecimento *in re ipsa*, há situações em que ele pode ser afastado mediante comprovação da existência de determinados fatos. Por exemplo: desincumbindo-se o réu de comprovar que uma determinada prática é recorrentemente adotada por todos os concorrentes (como ocorre nos episódios em que a prática está estabelecida em convenção coletiva de grande abrangência), ficaria afastada a existência de *dumping* social por não haver concorrência desleal. Neste caso, a condenação de uma única empresa a impedir de permanecer atuando no mercado, em benefício de outros concorrentes que cometem os mesmos atos ilícitos. Estaria, portanto, o judiciário atuando a favor das práticas ilegais e não combatendo-as. Neste exemplo, seria mais razoável determinar exclusivamente a reparação dos danos efetivamente ocorridos, sem o uso de indenização suplementar. Portanto, a configuração do *dumping* social é questão de fato e de direito que também deve ser submetida ao contraditório.

O princípio da razoabilidade recomenda que, havendo várias soluções para um problema, deve-se escolher aquela que represente menos prejuízos às partes envolvidas. Portanto, há que se considerar que o Estado brasileiro possui instituições competentes para atuar na prevenção, investigação e repressão do descumprimento das normas de proteção social. Destarte, nota-se que há alternativas eficazes que permitem o combate ao *dumping* social sem que haja necessidade de privar os acusados do direito de defesa. Portanto é mais razoável que o juiz ao verificar indícios da prática de *dumping* social dê conhecimento ao Sindicato interessado, ao Ministério Público do Trabalho e ao Ministério do Trabalho e Emprego para que apurem os fatos em sua completude, apliquem as medidas administrativas cabíveis e apresentem, se for o caso, as necessárias ações coletivas.

417

5 Considerações

Em meio a tantas forças antagônicas, a mão de obra aponta como um dos fatores mais maleáveis para o corte de despesas. Isto porque os ideais liberais têm, ainda, muita força. Ademais, o trabalhador submete-se com facilidade ao arbítrio patronal, uma vez que depende do emprego para sobreviver. Aproveitando-se desta fraqueza, o empregador pode, então, optar pelo descumprimento eficiente do contrato de trabalho, cometendo *dumping* social.

O direito assume o papel de regulador de forças para buscar promover o equilíbrio entre capital e trabalho, forças não cooperativas, buscando que a tensão entre tais fatores produtivos seja resolvida de forma benéfica para todos os interessados, sobretudo para a sociedade. A norma age como um dos custos de transação a serem considerados pelo empresário no momento em que avalia a conveniência de cumprir as obrigações decorrentes do contrato de trabalho. O direito tem o poder de interferir na estrutura decisória do sujeito econômico.

A proposta ético-econômica que passa a ser defendida pelo Estado Social instituído pela CRFB/88, requer a ação repressiva voltada à anulação dos benefícios auferidos pelas condutas empresariais desleais e antiéticas, que se dá pelo exercício do poder de polícia e pela atuação do poder judiciário. Entre tais ações desponta o combate ao *dumping* social.

Após todas as considerações feitas neste trabalho, parece razoável defender que a natureza econômica do *dumping* social lhe confere aspecto peculiar apto a defini-lo como um instituto jurídico singular, que deve ter um tratamento judicial que lhe seja apropriado. O *dumping* social constitui, em verdade uma espécie de dano moral coletivo, especialmente caracterizada por sua natureza econômica.

Como visto, a função econômica do Direito do Trabalho é interferir no sistema de valores do decisor racional de modo a buscar um equilíbrio nos interesses antagônicos e não colaborativos de empregados, empregadores e concorrentes. A condenação em valor aquém do necessário torna o descumprimento do contrato de trabalho eficiente, afastando o caráter pedagógico da sanção e promovendo, portanto, o efeito contaminação (*race to the bottom*). Já a condenação excessiva torna-se injusta, prejudicando a livre iniciativa e, conseqüentemente a economia nacional, desestimulando o empreendedorismo.

Não basta, portanto, indicar na decisão os critérios utilizados na quantificação da sanção. É necessário apontar os pressupostos que levaram ao estabelecimento do valor reputado a cada critério. A finalidade pedagógica das condenações, nestes casos, é auferida retirando-se do agente os benefícios auferidos com a conduta ilícita. Este, portanto, deve ser o principal critério de quantificação.

418

Pode-se, estabelecer a base do valor da condenação por meio de perícia contábil-econômica voltada a levantar o acréscimo financeiro auferido com a prática do *dumping* social, considerando ainda o benefício obtido pelo reinvestimento dos valores economizados, de acordo com a taxa de retorno do negócio. Este é o valor mínimo da condenação, abaixo do qual ela perde seu caráter pedagógico-preventivo. Uma vez que o valor mínimo da condenação seja definido por perícia, submetida ao mais amplo contraditório durante a instrução processual, pode-se acrescer percentuais razoáveis decorrentes da aplicação dos demais critérios quantificadores. Estes percentuais podem ser estabelecidos dentro de uma faixa (de 0% a 5%, por exemplo), apurando-se, para cada critério um percentual proporcional à intensidade em que a situação analisada nele incida. Tomando o porte econômico da empresa, a título exemplificativo, pode-se adotar 0% para microempresas, 1% para empresas de pequeno porte, 2,5% para empresas de médio porte, 3,5% para empresas de grande porte e 5% para as maiores empresas do país. Ao final da definição dos percentuais referentes a cada critério, eles devem ser somados e acrescidos à condenação-base. Assim, se utilizados os parâmetros aqui indicados, a penalidade pode corresponder a um mínimo equivalente ao benefício econômico obtido por meio da conduta lesiva e, no máximo, a este valor acrescido de 25%. Garante-se, desta forma, uma decisão justa e adequada aos fins pedagógicos próprios dos *punitive damages*.

Referências

CARVALHO, Augusto Cesar Leite de. **Direito do Trabalho**. Aracaju: Evocatti, 2011.

MEIRELES, Edilton. A Constituição do Trabalho. **Revista Trabalhista: Direito e Processo**. São Paulo, v. , n. 35, p. 15-21, set. 2010. Trimestral.

MONTEIRO, Alice de Barros. **Curso de Direito do Trabalho**. 7. ed. São Paulo: Ltr, 2011.

FERNANDEZ, Leandro. *Dumping Social*. São Paulo: Saraiva, 2014.

MAIOR, Jorge Luiz Souto; MOREIRA, Ranúlio Mendes; SEVERO, Valdete Souto. *Dumping Social nas relações de trabalho*. 2 ed., São Paulo: LTR, 2014.

MARTINEZ, Luciano. **Curso de direito do trabalho**: relações individuais, sindicais e coletivas do trabalho. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MARTINS, Marcos Madeira de Mattos. **A empresa e o valor do trabalho humano**. Lisboa: Almedina, 2012.

MEDEIROS NETO, Xisto Tiago de. O dano moral coletivo e a sua reparação. **Revista Eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região**. Curitiba: v. 4, n. 38, p. 11-35, mar. 2015.

MENDES, Marcus Menezes Barberino. **Justiça do Trabalho e Mercado de Trabalho**: Trajetória e Interação do Judiciário e a Regulação do Trabalho no Brasil. 2007. 187 f. Dissertação (Mestrado). Curso de Economia, Departamento de Instituto de Economia, Universidade Estadual de Campinas, Campinas, 2007.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Direito Contemporâneo do Trabalho**. São Paulo: Saraiva, 2011.

OLIVEIRA, Murilo Carvalho Sampaio. **(Re)pensando o Princípio da Proteção na Contemporaneidade**. São Paulo: Ltr, 2009.

PINTO, José Augusto Rodrigues. *Dumping Social ou Delinquência Patronal na Relação de Emprego?* **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**, Brasília, v. 3, n. 77, p. 136-156, jul. 2011. Trimestral.

RODRIGUEZ, Américo Plá. **Princípios de Direito do Trabalho**. Tradução de Wagner D. Giglio. 3. ed. São Paulo: Ltr, 2000.

VIEIRA, Maria Margareth Garcia. **A globalização e as relações de trabalho**: a Lei de Contrato a Prazo no Brasil como Instrumento de Combate ao Desemprego. 2.ed., Juruá, 2009.