

DUMPING SOCIAL OU DELINQUÊNCIA PATRONAL NA RELAÇÃO DE EMPREGO?

José Augusto Rodrigues Pinto*

1 – INTRODUÇÃO AO TEMA

Desde o século passado, mormente em sua segunda metade, o Direito passou por uma impressionante mutação estrutural que, disseminando-se por todos os seus ramos – clássicos ou emergentes – começa a consolidar resultados neste início do terceiro milênio.

Constituindo a ciência jurídica um complexo homogêneo, seria temerário dizer que a transformação se manifesta com mais rapidez e densidade em uns do que em outros dos seus segmentos. Mas, não é nenhum despropósito considerá-la mais nítida e enfática nos segmentos mais sensíveis ao anseio de efetivo equacionamento e solução dos conflitos humanos espicaçados pelas mudanças não menos impactantes ocorridas em áreas estreitamente afins do conhecimento, como as da Economia e da Sociologia.

Neste caso, sem nenhuma dúvida, estão o Direito Constitucional, por sua função de “direito-síntese”, na magnífica definição de *Chaves Junior*¹; o Direito do Trabalho, por sua missão de sistematizar um tipo de relação jurídica diretamente conectada à dignidade material e moral da vida humana; e o Direito Processual, pela consciência de não poder continuar sendo “apenas *um meio* para obter a defesa do direito subjetivo e a paz jurídica”², nem de ver a tramitação das lides no Judiciário “ser reduzida à sua dimensão técnica, socialmente neutra, como era comum ser concebido pela teoria processualista”³, sob pena de se reduzirem os novos direitos sociais e econômicos “a meras declarações políticas, de conteúdo e funções mistificadores”⁴.

* *Desembargador Federal do Trabalho da 5ª Região (aposentado).*

1 CHAVES Jr. *Instituições de Direito Público e Privado*. Rio de Janeiro: Forense, 1988, p. 142.

2 Aut. e ob. cits., p. 125.

3 SANTOS Boaventura de Sousa. *Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade*. 12. ed. São Paulo, Cortez, p. 167.

4 Aut. e ob. cits., p. 168.

Essas rápidas reflexões se inspiram na estreita correlação que existe entre a mutação estrutural do Direito e a suposta figura do *dumping social*, cuja projeção trabalhista ocupou espaço rapidamente – como é típico dos fatos de nossa época – no Direito material e processual do Trabalho e chegou aos pretórios no seio de dissídios individuais.

A matéria ainda está em fase de maturação, considerando-se a medida do tempo necessário à absorção das inovações doutrinárias pela cautela jurisprudencial e pelo conservadorismo normativo até a completa cristalização em novos institutos e situações jurídicas. Daí comportar dúvidas e incertezas e justificar, como proposta de estudo, que se cobre resposta a duas perguntas que não conseguimos calar:

1ª A figura que vem sendo identificada pelo nome de *dumping social* no Direito do Trabalho corresponde ao conceito e ao conteúdo do verdadeiro *dumping* ou lhe é completamente estranha?

2ª As medidas de reação repressiva, preconizadas na doutrina e acolhidas em decisões judiciais, à sombra do conceito de *dumping social*, são as mais acertadas e eficazes?

2 – ORIGEM, CONCEITO, NATUREZA E OBJETIVO DO *DUMPING*

Iniciemos esclarecendo o conceito de *dumping* pelo magistério dos doutos:

“A expressão *dumping* provém do verbo inglês *dump*, significando desfazer-se de algo e depositá-lo em determinado local, como se fosse lixo. No mercado internacional uma empresa executa *dumping* quando: (a) detém certo poder de estipular preço de seu produto no mercado local (empresa em concorrência imperfeita); e (b) perspectiva de aumentar o lucro por meio de venda no mercado internacional. Essa empresa, então, vende no mercado externo seu produto a preço inferior ao vendido no mercado local, provocando elevada perda de bem-estar ao consumidor nacional, porque os residentes locais não conseguem comprar o produto a ser vendido no estrangeiro.”⁵

Em síntese, isso quer dizer:

Prática de comércio internacional consistente na venda de mercadorias em praça estrangeira por preço sistematicamente inferior ao

5 FRAHM Catarina; VILLATORE Marco Antônio César. *Dumping social e o Direito do Trabalho*. Disponível em: <<http://www.scribd.com>>. Acesso em: 30 jun. 2011.

do mercado interno ou ao de produtos concorrentes, tendo como fito a eliminação da concorrência.

O conceito próprio do *dumping*, e sua ambientação internacional, absolutamente claros na lição da doutrina, são estritamente econômicos, tanto quanto a natureza e o fim a cuja consecução serve. O avanço da prática se deve à face negativa do expansionismo industrial e da globalização das trocas, responsável pela grave deterioração da ética no comércio internacional. Não é difícil divisar seu impulso final na direção do monopólio da atividade na qual é exercido.

Os resultados proveitosos para os seus agentes, potencializados com o passar do tempo e a mudança da dinâmica econômica, se tornaram fatores responsáveis pela multiplicação e, dentro dela, pela maleabilidade formal que passou a dar a impressão de elasticidade conceitual. Para isso, contribuiu largamente o que chamaremos de *interiorização do dumping*, processo de absorção da figura para aplicação no âmbito exclusivamente nacional ou interno, e de alargamento da ação da esfera comercial para a industrial, transparente nessas variáveis ampliativas de seu primitivo alcance:

– Exportação por preço inferior ao vigente no mercado interno para conquistar novos mercados ou escoar excessos de produção.

– Venda por preço abaixo do custo para inviabilizar existencialmente a concorrência.

– Ato de venda de grandes quantidades a preço muito abaixo do normal no mercado, ou virtualmente desconsiderado, fora do alcance dos competidores.

Por esses atalhos se percebe a diversificação da prática de um ato de concorrência desleal, com a mesma finalidade, sem conservar, evidentemente, a origem e o conceito puro do *dumping*. Assim, embora sua configuração genuína jamais tenha fugido da esfera econômica de identidade e natureza, encorajou a falsa impressão de ter passado a admitir *extensões conceituais*, onde apenas devem ser vistos *meios* ou *efeitos* decorrentes de sua prática.

Antes de passarmos a isso, urge ponderar que nem toda oferta de produto a preço inferior ao de empresas concorrentes, no plano internacional ou *interiorizado*, se caracteriza como *dumping*, pois nenhuma patologia existe na adoção de métodos apropriados para diminuir o custo de atividade econômica por aumento de produtividade. São exemplos disso o investimento em modernização de equipamentos, o aperfeiçoamento de métodos e técnicas de produção de bens ou prestação de serviços, o treinamento e estímulo remuneratório de pessoal. A patologia de conduta só aparece na malignidade do propósito de sufofocar a concorrência agredindo os fatores que a estimulam. É o que deixa claro

o preâmbulo do “Acordo” celebrado pelos países da Comunidade Econômica Europeia para a adoção de medidas *antidumping*:

“Há que distinguir o *dumping* das simples práticas de venda a preços baixos que resultam de custos inferiores ou de produtividade superior. O critério essencial na matéria não é, com efeito, a relação entre o preço do produto exportado e o do mercado no país da importação, mas a relação existente entre o preço do produto exportado e o seu valor normal.”⁶

3 – EXTENSÕES CONCEITUAIS

Repetimos que a rapidez evolutiva dos fatos de nossa época gera uma espécie de compactação dos ramos do conhecimento pela interação de concepções que antes criavam institutos de atuação hermética em cada qual.

O invulgar *boom* do domínio de recursos técnicos e científicos, impulsores de múltipla produção de riquezas, facultou uma profícua (para os seus beneficiários) diversidade de *meios* de exercício do *dumping*, assim entendidas as faixas mais fáceis de explorar para a compressão desleal de custos que, não sendo acompanhada por outras empresas, terminará expulsando-as do mercado.

No rol daninho desses meios propícios destaca-se, na área civil dos negócios jurídicos, a inadimplência de obrigações contratuais com fornecedores; na área tributária, a sonegação, e na área trabalhista, a fraude à legislação tutelar, tão mais rentável quanto menor seja a rede normativa protetora do trabalhador.

Por outra parte, malgrado o desiderato do *dumping* tenha determinação muito precisa, assestando sua mira apenas na empresa ou empresas que se deseja expulsar do mercado, é óbvio que, por tabela, tumultua a ordem jurídica, desequilibrando as relações de interesse e envolvendo terceiros nas manobras espúrias exigidas para sua consumação. Seguramente, a área mais dúctil ao êxito dessas manobras é a da relação de emprego, pelo flanco que o poder de direção, e sua face oposta, a subordinação jurídica e econômica do trabalhador, abrem ao encolhimento da planilha financeira impiedosamente expurgada de encargos trabalhistas e sociais com o mínimo de resistência do prejudicado, no mais das vezes.

Por outro lado, as piruetas jurídicas postas em prática em favor do *dumping* repercutem na ordem social, em sua dimensão genérica, pelo clima de insegurança e insatisfação a que dão lugar, e na dimensão específica do *consumo*,

6 Google, *Medidas antidumping, Europa, síntese da legislação da União Europeia*, verbete *Dumping*. Acesso em: 30 jun. 2011.

pela perda de bem-estar destacada por *Frahm e Villatore* em sua conceituação do verdadeiro *dumping*.

O óbvio enlaçamento dos *expedientes jurídicos* (civis, trabalhistas e consumeristas) usados para chegar ao *dumping* e dos malefícios sociais decorrentes de seu avanço e clímax, condicionou o raciocínio analítico a enxergar nesses expedientes uma propriedade de *extensão conceitual* do próprio *dumping*, quando não passam de *meios para consumá-lo* ou de *efeitos danosos de sua consumação*.

Essa enganosa característica merece análise extremamente atilada, principalmente pelas distorções de tratamento repressivo a um imaginário *dumping social trabalhista* (fusão das extensões *social e jurídica*), que iremos enfrentar proximamente em nossas especulações (ver n. 5 *infra*).

4 – PRIMEIRA EXTENSÃO CONCEITUAL: DUMPING SOCIAL

Pelo até aqui raciocinado, acreditamos que ficou patente só caber no conceito próprio de *dumping* o conjunto de atos destinados a promover o estrangulamento da concorrência comercial, com o concurso industrial indispensável à produção dos produtos a serem comercializados. Entretanto, o alto teor predatório da natureza do *dumping* pode ter repercussão sob a forma de dano transindividual difuso que seus efeitos impõem ao organismo social, ou de dano individual que impõe aos sujeitos dos contratos que prejudicar. Apenas exemplificando, alternativamente: o fechamento forçado de empresas congêneres, e/ou a supressão de postos de trabalho pelo encolhimento do mercado, assim como a perda de clientela do fornecedor de matérias primas a empresas extintas por sua pressão.

Genericamente danoso à sociedade é o colonialismo econômico configurado pelo monopólio. Individualmente danoso ao empregado é o desemprego a que o lança o fechamento da empresa com a qual mantinha sua relação de emprego. As aparentes *extensões conceituais do dumping* (*social*, no primeiro aspecto do exemplo, *jurídica*, no segundo), não passam de *efeitos colaterais do dumping*, nas áreas sociológica e jurídica.

O que procuramos situar e ilustrar é a demonstração a não mais poder de que não é verdade existirem *extensões conceituais do dumping*, mas sim *efeitos colaterais* (sociais e jurídicos) de sua prática bem-sucedida. Efeitos – é bom acentuar-se – com potencial de despertar justo clamor reativo, pela deslealdade social e juridicamente censurável da conduta empresarial, porém diversos e distantes do efeito principal do *dumping*.

Então, se existisse a *extensão conceitual do dumping social* este seria o seu conteúdo:

– Deterioração da ordem social pelos efeitos econômicos do *dumping*.

Daí se percebe que o comprometimento da ordem social pode, sim, decorrer do *dumping* empresarial, e deve ser reprimido com ele. Mas, se decorrer do mero *exercício abusivo do direito na execução dos negócios jurídicos*, é de ser reprimido por si mesmo, com outros desdobramentos. A questão, que encararemos pouco mais adiante, é de *dimensão*, (ver n. 7, a). O que não nos parece cientificamente desejável é distorcer o conceito de *dumping* com extensões conceituais que não lhe cabem, quando o que se está testemunhando são *resultados colaterais de sua prática* sem nenhuma identificação com a *substância material* do instituto. Isso continuará a ser detalhado no item seguinte.

5 – SEGUNDA EXTENSÃO CONCEITUAL: DUMPING JURÍDICO

A prática do *dumping* tumultua a ordem jurídica do mesmo modo que a social.

Até diremos que o faz com intensidade bem maior porque, além dos danos diretos ou reflexos que impõe aos sujeitos dos negócios jurídicos, deles se serve como *ponte* para concretizar seu perverso projeto econômico.

O *dumping* atropela preferencialmente o Direito em três de seus mais importantes segmentos na dinâmica social moderna: civil, na medida em que invade a área das obrigações (contratos) e do direito de empresa; trabalhista, na medida em que manipula malignamente a relação individual de emprego; e consumerista, na medida em que tumultua as relações de consumo.

Aqui também defrontamos uma questão de *dimensão*, pois na maior parte das vezes o que *aparenta ser dumping* é mera malícia jurídica para obter vantagem do ilícito na execução do contrato, *à forfait* do dano que possam sofrer o outro contratante ou terceiros em face dos negócios jurídicos, além do próprio todo social.

Importante para a tese que procuramos firmar é a veemente repulsa do Direito à *confusão entre o fim e os efeitos dos atos que lhe incumbe disciplinar*. Em hipóteses como a que analisamos, os efeitos do *dumping* e da *inexecução abusiva dos contratos* são muito próximos da similaridade, mas o fim de cada um *denuncia naturezas totalmente distintas* – sendo muito estranho e inadequado forçá-los a partilhar uma só identidade.

6 – DUMPING SOCIAL NA RELAÇÃO DE TRABALHO

A extensão conceitual rotulada de *dumping social trabalhista*, na verdade, corresponde à deterioração do contrato individual de emprego em benefício do lucro do empregador com sacrifício das obrigações e encargos sociais tutelares do empregado. É óbvio que, indiretamente, isso atinge as empresas concorrentes, mas fica longíssimo do propósito de extermínio empresarial, este, sim, caracterizador do *dumping*.

Quando é intenção exercer o *dumping*, a relação de emprego aparece como *um dos meios* possíveis para o êxito do resultado, por duas razões:

“1ª As facilidades proporcionadas pela inexistência ou fragilidade da legislação social de determinados países, ou seu recorrente desrespeito num negócio jurídico em que a desigualdade econômica dos sujeitos torna um deles extremamente vulnerável às pressões ilícitas do outro.

2ª O considerável peso dos encargos contratuais e sociais da mão de obra na composição da planilha de custos do produto a ser oferecido ao mercado, devido a uma legislação preocupada em proteger a pessoa do trabalhador.”

No primeiro fator aparece, com o máximo de nitidez, o aspecto da *caracterização diferencial* entre o *dumping* e a simples *execução contratual abusiva*.

O comportamento nele firmado é oportunista da disparidade legislativa, no plano internacional, que move, por exemplo, a empresa a encerrar a atividade econômica num país para estabelecer-se em outro, de onde passa a exportar seu produto a preço irresistível pela concorrência interna, com o fim de extermínio. Isso é *dumping*, em toda a plenitude de sua *natureza econômica*, embora com inevitáveis *efeitos colaterais (social e jurídico)*. Seu conceito equivocado como *dumping social* transparece neste comentário:

“Governos e empregadores de países altamente desenvolvidos frequentemente acusam governos menos desenvolvidos de praticar o *dumping social* por deliberadamente negligenciar regras trabalhistas. Pode, então, ser o *dumping social* invocado com o intuito de proteger o mercado interno de países desenvolvidos das mercadorias produzidas pela mão de obra carente de direitos mínimos do trabalhador: longas jornadas de trabalho, utilização de mão de obra infantil, precário sistema previdenciário, etc.”⁷

7 FRAHM Carina; VILLATORE Marco Antônio César. “*Dumping Social...*” cit., p. 2. Acesso em: 30 jun. 2011.

O comportamento firmado no segundo fator não vai além do simples descumprimento ilícito de obrigações contratuais e encargos sociais, que produz, em escala proporcional, os mesmos *efeitos colaterais (social e jurídico)* do *dumping*, mas se distingue, expressivamente, pela *natureza* e pelo *fim*. As distinções se retratam na *diferença dimensional* (ver n. 7, a), que este comentário ressalta:

“(...) empresas que deixam de pagar direitos aos seus empregados acabam auferindo mais lucros e, conseqüentemente, possuem mais recursos para enfrentar as empresas concorrentes, podendo colocar seus produtos no mercado a um preço menor.”⁸

Por ambas as formas reprováveis de conduta a realidade mostra como é fácil utilizar o Direito (*in casu*, o do Trabalho), inescrupulosamente, no encaço do macrorresultado econômico do *dumping* pelo esmagamento da concorrência empresarial ou do microrresultado de ampliação do lucro pela inadimplência contratual. Esta última hipótese é que está sendo erradamente conceituada, *venia permissa*, como *dumping social*.

7 – REAÇÃO REPRESSIVA

Já foi referenciado que, no plano do comércio exterior, medidas de repressão ao *dumping*, no seu conceito próprio, são concertadas em tratados internacionais e resoluções de organismos supranacionais. Entretanto, no plano do que denominamos *interiorização do dumping*, quer em seu conceito próprio, quer em suas pretensas *extensões conceituais*, são patentes a inexistência de legislação protetora do trabalhador e a ineficiência de medidas assestadas contra o desrespeito à legislação tutelar, representada, em nosso Direito do Trabalho, pela CLT e leis complementares, cujo sistema de penalidades administrativas, além da irrisão dos valores, se notabiliza pela inoperância da apuração das transgressões e da execução judicial das escassas inscrições na dívida ativa da União a que devem reverter.

O mal-estar causado por essa desoladora paisagem instigou nossos doutrinadores ao preenchimento do vazio normativo com barreiras substitutivas do mesmo viés econômico do *dumping*, numa autêntica aplicação do princípio terapêutico *similia similibus curantur*. Eis o sumo da pregação doutrinária, respectivamente, no Direito material e processual do Trabalho:

8 ANDRADE Alexsander F.S. de. “*Dumping social sob a ótica da Justiça do Trabalho*”. Disponível em: <<http://www.parana-online.com.br>>. Acesso em: 15 jun. 2011.

“O fato é que (...) o Direito Social não é apenas uma normatividade específica. Trata-se, isso sim, de uma regra de caráter transcendental, que impõe valores à sociedade e, conseqüentemente, a todo o ordenamento jurídico.”⁹

“(...) a função jurisdicional passa a ser encarada como uma função essencial ao desenvolvimento do Direito, seja pela estipulação da norma jurídica do caso concreto, seja pela interpretação dos textos normativos, definindo-se a norma geral que deles deve ser extraída e que deve ser aplicada a casos semelhantes.”¹⁰

A correlação desses pensamentos com a matéria da nossa abordagem indica à reflexão seus próximos passos, atentos ao nexos crucial dessa *neoliberalização* com a *segurança da ordem jurídica*. Tais passos conduzem a três avaliações de acerto:

1. do comportamento doutrinário;
2. da repercussão judicial do comportamento doutrinário;
3. do desvio de bom-senso judicial quando identifica o *dumping* em situações de simples transgressão de normas trabalhistas e em impor e dosar sanções pecuniárias repressivas.

A resposta à primeira avaliação é positiva e se condensa no excerto seguinte:

“As agressões reincidentes e inescusáveis aos direitos trabalhistas geram um dano à sociedade, pois com tal prática se desconsidera, propositadamente, a estrutura do Estado social e do próprio modelo capitalista com obtenção de vantagem indevida perante a concorrência. A prática, portanto, reflete o conhecido ‘*dumping* social’, motivando a necessária do Judiciário trabalhista para corrigi-la.”¹¹

“O desrespeito deliberado e inescusável da ordem jurídica trabalhista representa inegável dano à sociedade (...) Portanto, nas reclamações trabalhistas em que tais condutas forem constatadas (agressões reincidentes ou ações deliberadas, consciente e economicamente inescusáveis) de não respeitar a ordem jurídica trabalhista (...) deve-se proferir conde-

9 SOUTO MAIOR Jorge Luiz. O dano social e sua reparação. São Paulo, *Revista LTr – Legislação do Trabalho*, 71-1/1.317.

10 DIDIER Jr., Fredie. Cláusulas gerais processuais. *Revista da Academia de Letras Jurídicas da Bahia*, Salvador, n. 16, jun./dez. 2011.

11 Enunciado nº 04 da 1ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho, Brasília, outubro 2007.

nação que vise à reparação pertinente ao dano social perpetrado, fixada *ex officio* pelo juiz da causa, pois a perspectiva não é de mera proteção do patrimônio individual.”¹²

Dos termos gerais dessas conclusões não temos por que discordar, na primeira avaliação, diante da já reconhecida evidência de ser possível uma efetiva manipulação do Direito do Trabalho como *meio* ou *instrumento auxiliar* para a obtenção do fim econômico do *dumping* e o profundo abalo que isso traz à ordem social.

A segunda avaliação aponta firme tendência das sentenças lidas para reprimir pecuniariamente o que se está entendendo caracterizar o suposto *dumping social* (no caso, *trabalhista*), ainda que, *et pour cause*, num avanço meio errático. Tal tendência, entretanto, não autoriza desprezar a adoção de posicionamento oposto, a teor do abaixo transcrito:

“Pedido de indenização pela prática de dano social feito em ação trabalhista contra empresas do ramo calçadista foi negado pelo juiz Luiz Carlos Roveda, titular da Vara do Trabalho de Brusque (...) O juiz negou o pedido por entender que não é da competência do Judiciário fixar multas não previstas na legislação. Esses pedidos são razoáveis e até se coadunam com os princípios gerais do direito, porém, na essência, elegem o Judiciário para suprimir as deficiências fiscalizadoras do Executivo e a inércia do Legislativo e das organizações sindicais, pondera o juiz.”¹³

De nossa parte, convimos em considerar que a ortodoxia (ou o conservadorismo) deste último entendimento trafega na contramão do trânsito do Direito em direção a uma atividade mais solta de preenchimento de vácuos normativos contrários ao interesse social, bastante perceptível nesta observação:

“(...) no campo mais tradicional do ressarcimento do dano, não se deve reparar só o dano sofrido (pelo autor presente em juízo), mas o dano *globalmente produzido* (pelo réu à coletividade inteira).”¹⁴

Todavia, é na terceira avaliação que reside o nó de toda a problemática perscrutada, bem merecedor do radicalismo de tratamento do rei Górdio. E, pelo que nos foi dado pesquisar e remoer, um nó que, no entrechoque de fundamentações titubeantes, não está sendo compreendido como conviria no

12 SOUTO MAIOR Jorge. *O dano social...*, cit., p. 1.319.

13 Indenização é indeferida na Justiça do Trabalho. In: *Notícias Jurídicas*, 21.09.2010. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br>>. Acesso em: 30 jun. 2011.

14 CAPELLETI Mauro, *Formações sociais e interesses coletivos diante da Justiça Civil. Apud SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. O dano social...*, cit., p. 1.320, destaca do original.

confronto com três fatores vitais de equacionamento correto da matéria: *dimensão, valoração e destinação*.

Meditemos juntos sobre cada um deles.

a) Dimensão

É notório que as sentenças que estão sendo proferidas na trilha doutrinária não distinguem a altura piramidal da figura do *dumping* da dimensão rasteira da inadimplência contratual como fonte de lucro ilícito.

Duas ilustrações nos parecem elucidar a miopia que embaça a clareza da compreensão.

Determinada empresa¹⁵ foi condenada a pagar \$50.000,00 (cinquenta mil reais) a uma instituição beneficente *completamente estranha à lide trabalhista julgada*, sob pretexto de “indenização suplementar” da condenação em horas extraordinárias habituais. O juízo desconsiderou o fato provado de ter havido compensação pelo sistema de banco de horas, firmando-se na observância dos parâmetros da convenção coletiva que a autorizou e na ilação (por falta de apoio na instrução) das “inúmeras reclamações” de idêntico perfil em que já se envolvera a empresa.

Num outro caso, certa empresa foi condenada a pagar \$100.000.000,00 (*sic*, cem milhões de reais) por “danos coletivos” dos empregados, ao fundamento de que não pagava horas extraordinárias *in itinere*. Segundo a ilação da sentença, bastante clara na expressão supositiva, o lucro da empresa “teria sido” (*sic*) de \$200.000.000,00 (*sic*, duzentos milhões de reais) em cinco anos.¹⁶

As ilustrações refletem fielmente a conclusão já citada de que, *em tese*, empresas que assim transgridem a legislação do trabalho elevam ilicitamente seu lucro e superam as concorrentes com a colocação de seus produtos ou serviços a preços mais baixos (ver n. 5 *supra*).

Note-se que em nenhuma das ilustrações há o mínimo indício de prática de *dumping*, sendo claro que o descumprimento das obrigações contratuais foi *um fim em si mesmo* e não *um meio de extermínio de empresa(s) concorrente(s)*. Logo, o *dano social* que respaldou as sanções não foi *um efeito de dumping*, mas simples *reflexo de dano individual dos empregados* (no caso, à saúde, por excesso iterativo de jornada, e financeiro, por privação do pagamento de horas excedentes com adicional indenizatório).

15 Cf. Proc. nº 0000900-76.2009.5.20.0004, Rte. Anne Marília Santos da Silva, Rda. G. Barbosa Comercial Ltda.

16 Disponível em: <<http://www.dgcgt.com.br>>. Consultado em: 30 jun. 2011.

Os exemplos a seguir de caracterização do que está sendo chamado *dumping social*, lembrados por um dos mais vibrantes áulicos do enquadramento linear dos abusos contratuais do empregador nesse conceito: subcontratações, contratação de falsas pessoas jurídicas, transferência da atividade para localidades permissivas de concorrência desleal sufocante da concorrência¹⁷, evidenciam a essencialidade do *diferencial de dimensão* para identificar o verdadeiro *dumping*, cujo qualificativo *social* não compõe sua natureza, pois apenas denuncia um *efeito colateral*.

b) Valoração

É igualmente notório estar faltando um *critério de valoração* que oriente a quantificação do acréscimo condenatório *antidumping*, por assim dizer. Valoração em três sentidos: o da prova, o do peso da transgressão contratual e o da proporcionalidade entre esta e a reação repressiva.

Observe-se, na primeira ilustração feita acima, a ausência de definição e de prova consistente da omissão iterativa de pagamento de horas extraordinárias, única razão para reconhecer uma situação de suposto *dumping social*. Note-se, ademais, que nenhuma investigação processual sustentou o fundamento das “inúmeras reclamações” em que a empresa se envolveu, nem a proporção entre o número de empregados que não reclamaram e o de reclamações, e muito menos a correlação do número de processos com o quadro de pessoal. Observe-se, ainda, que o reconhecimento da prática do suposto *dumping* é desdido pela constatação, na mesma sentença, de que “a autora não se desincumbiu do ônus que lhe competia de demonstrar que continuava trabalhando após a batida de ponto” (*sic*), dúvida que repercutiu explicitamente na iliquidez da condenação. Veja-se, por fim, que o valor arbitrado *de toda a condenação* não passou de R\$7.781,30 – do qual, abatido o líquido de \$5.000,00, a título de danos morais, deixa pouco mais de dois mil reais para a condenação em horas extraordinárias, que foi a base da *indenização suplementar por dumping social de valor vinte e cinco vezes maior*.

Na segunda ilustração, a expressão conjectural “teria lucrado” desnuda o irretorquível empirismo da proporção entre o ganho sideral de duzentos milhões de reais e uma *reparação social* não menos astronômica equivalente à sua metade (cem milhões de reais).

c) Destinação

É notória a invariável definição da *natureza indenizatória de dano* dada às sanções ao chamado *dumping social*. Mas, as qualificações denotam a va-

17 SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. *O dano social...*, cit., p. 1.318.

cilação em encontrar o adjetivo certo: *indenização “suplementar”*, *dano “à coletividade”*, *dano “coletivo”*. Esquisitíssimo é que a *destinação* dos valores favoreça entidades de direito público ou privado (organizações beneficentes, FAT etc.), inteiramente alheias à lide que os originou, e *à forfait* do empregado que sofreu *direta e individualmente* o dano de ordem material e moral.

Não há meio de conseguirmos alcançar a razão de ser da escolha.

Reflitamos, por amostragem, sobre o cerne fático-jurídico dos casos concretos que mais se repetem: não pagamento de horas extraordinárias habitualmente prestadas e seu adicional. Ora, o excesso de jornada, *remunerado ou não*, inflige um dano *material* de duas ordens, *inseparável do empregado que as prestou*: *a)* pelo desgaste orgânico irrecuperável, redutivo da vida útil de trabalho; *b)* pela inadimplência da contraprestação salarial indenizada. Se o juízo vê desproporção entre o abuso patronal e a condenação, a ponto de merecer uma *indenização suplementar*, só o empregado pode fazer jus a ela, pois foi ele *que sofreu diretamente o dano material e moral causado pela inadimplência*, nunca a sociedade em que *se reflète* o mal-estar provindo da inexecução faltosa do contrato. Mesmo que o reconhecimento seja de *dano coletivo*, a violência que o produz é a *direito individual homogêneo*, cuja reparação é devida ao conjunto dos titulares que o sofreram *direta e individualmente* – e não a instituições públicas ou privadas, escolhida aleatoriamente pelo juízo, que não sofreram dano de nenhuma espécie.

9 – REFLEXÕES DEDUTIVAS

Os dados até aqui reunidos, embora não deslindem, *per se*, o tema, já oferecem uma percepção parcial dedutiva, na medida em que permitem extrair algumas conclusões objetivas, a saber:

1ª) A aceitabilidade, numa ordem jurídica normativamente estruturada, da criação e aplicação pelo Poder Judiciário de sanções extralegais para reparar danos sociais insatisfatoriamente reprimíveis pelo sistema estabelecido. Por sua ousadia, a doutrinária exige extrema precisão de conceito, natureza, finalidade e alcance das providências que tomar e máximo comedimento de uso, a fim de manter incólume o sentimento da segurança jurídica – oxigênio da sociedade.

2ª) A evidente falta de formulação de uma teoria consistente em torno do que vem sendo chamado de *dumping social*. Essa falta compromete a firmeza da adoção pelo Judiciário trabalhista, exatamente por falta de precisão conceitual, de compreensão da natureza, de foco, de finalidade e de comedimento da repressão.

3ª) A sensível ausência de critério uniforme para fixação de valor de sanções pecuniárias, a título de reprimir o chamado *dumping social* nos dissídios individuais do trabalho, além de desvio de direcionamento da reparação do *sujeito passivo direto do dano* (o empregado) para o *indireto* (a sociedade).

Essas deduções, claros sintomas de descompasso entre a realidade fática e a percepção judicial, projetam tons negativos sobre a imagem do Judiciário trabalhista. De fato, uma das virtudes mais exaltadas da Justiça do Trabalho é o idealismo dos seus agentes – um idealismo que se equilibra perigosamente sobre o fio de navalha do sectarismo ideológico. Assim, o superdimensionamento da conduta contratual faltosa do empregador, ou o subdimensionamento do conceito de *dumping*, como se preferir, pode servir de salvo-conduto à constrição econômica arbitrária da empresa e adquire um viés de maniqueísmo ideológico, segundo o qual tudo que provier do capital é pecaminoso e tudo que provier do trabalho é seráfico.

A fim de poder caminhar sobre o fio da navalha sem cortar os pés é que tentaremos:

a) Nomear e conceituar, de modo juridicamente seguro, o descumprimento abusivo das obrigações da empresa na relação de emprego, distinguindo-o da figura econômica do *dumping*.

b) Justificar a construção teórica da indenização suplementar do dano que causa ao empregado esse descumprimento abusivo.

c) Indicar critérios sensatos de quantificação do dano e direcionamento do valor quantificado para quem diretamente o sofreu e, portanto, seja credor da reparação.

10 – DELIQUÊNCIA PATRONAL E CONDENAÇÃO PUNITIVA

O rumo para chegar onde queremos pode ser encontrado num substancial trabalho que lemos do professor e magistrado *Rodrigo Trindade de Souza*¹⁸. Nele palpitam ideias irretocavelmente cristalinas sobre comportamentos antissociais dos sujeitos dos negócios jurídicos, em geral, e de empregadores no contrato individual de emprego, em particular. Com certeza, elas se ajustam, a molde de luva, ao fecho conclusivo deste estudo.

18 DE SOUZA Rodrigo Trindade. Punitive damages e o Direito do Trabalho – Adequação das condenações punitivas para a necessária repressão da delinquência patronal. São Paulo, *Revista LTr – Legislação do Trabalho*, 75-05/573 usque 587.

Tais comportamentos, marcadamente antissociais, no campo da relação de emprego, receberam do Autor o duro e justíssimo rótulo de “delinquência patronal”. O castigo que merecem foi rotulado de “condenação punitiva” tradução livre do *punitive damage* do direito pretoriano ianque, que preferiríamos chamar *compensação punitiva*, para evitar o risco do pleonasma.

Como primeiro cuidado, estabeleçamos o conceito das figuras com as quais vamos trabalhar daqui por diante.

Por *delinquência patronal* entenda-se:

Descumprimento pelo empregador das obrigações triviais do contrato individual de emprego, tornado abusivo pela habitualidade de sua prática, e inflige ao empregado prejuízo muito superior ao valor das compensações que a Lei, porventura, lhe assegure.

Por *condenação punitiva (ou compensação punitiva)* entenda-se:

Reparação pecuniária do dano diretamente causado ao empregado, e indiretamente à sociedade, pelo descumprimento patronal abusivo do contrato individual de emprego, compensativa da insuficiência de reparações asseguradas por Lei.

Como segundo cuidado, estabeleçamos a procedência das figuras acabadas de conceituar.

Sua gênese e desenvolvimento vêm da condenação de uma indústria fabricante de veículos automotivos, que recondicionara certo número deles e os lançara no mercado como sendo novos, sem dar conhecimento disso às revendas e ao público consumidor. Provado o fato em ação promovida por um dos adquirentes, o juízo condenou a empresa a ressarcir-lhe o prejuízo pela desvalorização do bem adquirido, estimando-o em razoáveis US\$ 4.000,00. Indo além, todavia, considerou que essa indenização não bastava à reparação do *dano social reflexo* (no caso, a ameaça de lesão jurídica difusa) imanente na conduta astuciosa da ré; por isso, multiplicou-o pelo número de unidades recondicionadas (1.000) e acrescentou o resultado (US\$ 4.000.000,00) ao valor de ressarcimento da desvalorização, intitulando-a *punitive damage*. A Suprema Corte confirmou sua redução à metade (US\$ 2.000.000,00), decidida pelo segundo grau da jurisdição, mas firmou-a como *precedente* para julgamento de lides similares, estabelecendo três balizas de contenção do arbítrio judicial, a saber:

1. O grau de intensidade da injúria.
2. A equivalência do valor da indenização com o efetivo prejuízo.

3. O equilíbrio com sanções legais civis, penais e administrativas de repressão da mesma conduta.

Para enquadrar com segurança o alvo visado na terceira baliza, avocamos as ponderações do Professor Trindade, virtual paradigma das conclusões que enunciaremos ao final:

“(...) a comparação entre os valores das *punitive damages* e as penalizações civis e criminais que possam ser impostas por condutas ilícitas pode fornecer um indício de excesso de fixação (...) No julgamento do Exxon Valdez, houve a análise de todos os demais prejuízos experimentados pela ré lesionante por conta dos fatos determinantes dos pedidos condenatórios, em especial a perda do navio e da carga, custos com limpeza e diversas indenizações compensatórias a que foi condenada. Verificando que a Exxon teve de despender mais de US\$ 3,4 bilhões entre multas e indenizações ressarcitórias, fixou a Corte que ‘*é difícil imaginar mais adequada punição por conduta negligente*’.”¹⁹

Este breve esboço da figura da *condenação (compensação) punitiva* e de seus limites de bom-senso, afinidades à parte, mostra a nítida diferença entre a *noção econômica do dumping* e a *noção jurídica da inexecução faltosa de relações bilaterais*: enquanto o primeiro visa à eliminação da concorrência empresarial por estrangulamento econômico, a segunda visa ao locupletamento ilícito por violação dos direitos de um dos sujeitos de um negócio jurídico pelo outro. Pensando nisso, atentamente, na área circunscrita da relação individual de emprego, a conclusão é inevitável: *enquanto a delinquência patronal pode ser um dos meios de exercício do dumping, o dumping dificilmente se completará com a simples prática da delinquência patronal*.

Daí deflui que a conduta antissocial destinada a aproveitar a ausência ou a debilidade da legislação trabalhista de determinado país para colocação de produtos cujo barateamento inviabilize a existência de empresa ou empresas concorrentes nacionais (*dumping*), causará *danos diretos à ordem econômica*, de que será vítima a sociedade atingida pela pressão monopolista, e à *ordem jurídica*, de que serão vítimas os trabalhadores cujas relações individuais de emprego deteriorar.

Ao contrário, a conduta antissocial que tiver por fim somente otimizar o lucro da empresa pelo descumprimento abusivo das obrigações oriundas das relações de emprego protegidas por legislação tutelar interna (*delinquência*

19 Aut. e obr. cits., p. 574-575, destaque nosso.

patronal), causará *dano direto aos empregados cujos direitos violar e indireto à ordem jurídica transgredida*.

Logicamente, o *dano social* extensivo do *dumping* deverá ser reparado à sociedade. Mas o *dano trabalhista intrínseco da delinquência patronal* só poderá ser reparado, com justiça, aos empregados que o sofreram diretamente. Isso entra pelos olhos, como acreditamos já ter demonstrado (ver n. 8 *supra*) nos casos de privação recorrente de salários, de prestação habitual de horas extraordinárias, *ainda que pagas*, de falta de atendimento às normas de proteção da saúde e segurança no trabalho, de sonegação de depósitos de FGTS e de sua multa por extinção imotivada do contrato etc. A dedução é tão instintiva que as próprias sentenças e a doutrina que as alimenta, apesar de proclamarem o fundamento no *dumping social*, estão denominando o pagamento punitivo pela natureza que realmente lhe corresponde: *indenização suplementar*.

11 – REFLEXÕES TERMINATIVAS

A exposição discursiva do tema cabe na síntese conclusiva abaixo:

1. O *dumping* é uma figura de natureza econômica inconfundível pela origem, conceito e objetivo, com o simples descumprimento abusivo das obrigações contratuais civis e trabalhistas pelo empregador.

2. A circunstância de sua prática produzir, sempre, efeito social danoso colateral não autoriza atribuir-lhe a extensão conceitual de *dumping social*.

3. As medidas de repressão ao *dumping*, tanto no plano internacional de sua origem quanto no plano interno a que sua prática se adaptou, são absolutamente distintas de medidas jurídicas de reparação dos danos social e individual que também colateralmente causar.

4. O descumprimento abusivo das obrigações trabalhistas pelo empregador, magnificamente cabível no severo conceito de *delinquência patronal*, inflige um *dano material e moral direto* ao empregado ou empregados, verdadeiro alvo da ilicitude empresarial, sem embargo de produzir o mesmo tipo de dano social colateral do *dumping*.

5. Assim, é pertinente dar à *delinquência patronal* o mesmo tratamento repressivo dispensado ao *dumping* para desestímulo de sua prática, fundado em *compensação punitiva*, além das indenizações porventura previstas na Lei trabalhista, com valor proporcional à intensidade do dano material e moral efetivamente infligido, como já vem sendo feito a título de *indenização suplementar por dumping social*.

6. Entretanto, é um lamentável equívoco destinar à *sociedade*, através de instituições de direito público ou privado, o valor da *compensação punitiva* imposta, como vem sendo feito, pois o *prejuízo real* a reparar é do empregado cujo direito individual a *delinquência patronal* violou diretamente.

7. Enquanto não regulamentada pela norma jurídica, a *compensação punitiva* (hoje denominada *indenização suplementar*) por dano decorrente de *delinquência patronal* (hoje classificado como *dumping social*) deverá ter sua quantificação balizada pelo juízo segundo os critérios de *gravidade da conduta reprimível, extensão e profundidade do dano causado e ponderação com sanções legais já previstas para a ilicitude da conduta*.