

JUSTIÇA & CIDADANIA[®]

Edição 162 • Fevereiro 2014



Desembargador José Renato Nalini – Presidente do TJESP

O DESAFIO DE GERIR O MAIOR TRIBUNAL DO BRASIL

Editorial: Os poderes do Ministério Público

Dumping social ou delinquência patronal na relação de emprego?

José Augusto Rodrigues Pinto

Desembargador (aposentado) do TRT-5ª Região
Professor Adjunto IV da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia

1. Introdução ao tema

Desde o século passado, mormente em sua segunda metade, o Direito passou por impressionante mutação estrutural que, disseminando-se por todos os ramos – clássicos ou emergentes – começa a consolidar resultados neste início do terceiro milênio. Sendo a ciência jurídica um complexo homogêneo, seria temerário dizer que a transformação se dá com mais rapidez e densidade em uns do que em outros segmentos. Mas, não é nenhum despropósito considerá-la mais nítida e enfática nos mais sensíveis ao anseio de efetivo equacionamento e solução dos conflitos humanos espicados pelos impactos sofridos em áreas estreitamente afins do conhecimento, como as da Economia e da Sociologia. É o caso, sem dúvida, do Direito Constitucional, por sua função de “direito-síntese”, na magnífica definição de *Chaves Junior*¹; do Direito do Trabalho, por sua missão de sistematizar um tipo de relação jurídica diretamente conectada à dignidade material e moral da vida humana; do Direito Processual, pela certeza de não poder continuar sendo “apenas *um meio* para obter a defesa do direito subjetivo e a paz jurídica”², nem vendo o trâmite das lides no Judiciário “ser reduzido 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

Nessas rápidas reflexões cabe o forte elo da mutação estrutural do Direito com a figura do *dumping social*,

cujas irradiações ocupou espaço rapidamente no Direito material e processual do Trabalho e chegou aos pretórios nos autos de dissídios individuais.

A matéria ainda está em fase de maturação, considerando-se o tempo que levam a cautela jurisprudencial e o conservadorismo normativo para absorver as inovações doutrinárias até cristalizá-las em novos institutos e situações jurídicas. Daí as dúvidas e incertezas, que justificam procurar resposta para duas questões que desafiam o poder de reflexão do jurista:

1ª) A figura ora denominada *dumping social* no Direito do Trabalho corresponde ao conceito e ao conteúdo do verdadeiro *dumping*, ou lhe é completamente estranha?

2ª) As medidas doutrinárias de reação repressiva, endossadas pela jurisprudência, à sombra da qualificação de *dumping social*, são as mais acertadas e eficazes?

2. Origem, conceito, natureza e objetivo do *dumping*

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

Ou seja, em síntese: uma prática de comércio internacional consistente na venda de mercadorias em praça estrangeira por preço sistematicamente inferior ao do mercado interno ou ao de produtos concorrentes, tendo por meta eliminar a concorrência.

O conceito próprio do *dumping*, e sua ambientação internacional, absolutamente claros na lição dos especialistas, são estritamente econômicos, tanto quanto a natureza e o fim colimado. Seu uso evoluiu na face negativa do expansionismo industrial e da globalização das trocas, responsável pela grave deterioração da ética no comércio internacional com vistas à monopolização final da atividade exercida.

Os resultados proveitosos para os seus agentes, potencializados pelo passar do tempo e pela mudança da dinâmica econômica, lhe estimularam a multiplicação com maleabilidade formal que passou a dar a impressão de elasticidade conceitual. Deve-se isso, em grande medida, ao que chamaremos de *interiorização do dumping*, processo de adotado no âmbito exclusivamente *nacional ou interno*, e de alargamento da ação da esfera comercial para a industrial, transparente nessas variáveis ampliadas de seu alcance primitivo:

– 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, ou virtualmente desconsiderado, fora do alcance dos competidores.

Por esses atalhos se mostra a mudança no perfil de outro ato de concorrência desleal, com o mesmo fim de proveito ilícito, porém com evidente distinção de gênese e de conceito original do *dumping*. Assim, tangenciando a esfera econômica de identidade e natureza, conseguiu-se a falsa impressão de ser possível admitir extensões conceituais qualificativas do *dumping*, onde apenas existem meios para sua prática, ou efeitos dela decorrentes.

Antes de esmiuçarmos isso, ponderemos que nem toda oferta de produto a preço inferior ao de empresas concorrentes, no plano internacional, ou no *interiorizado*, caracteriza o *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 sufocar a concorrência, usando fatores que a estimulam, como deixa claro o preâmbulo do “Acordo” celebrado pelos países da Comunidade Econômica Europeia para a adoção de medidas *antidumping*:

Há que se 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

A rapidez evolutiva dos fatos de nossa época gera uma espécie de compactação dos ramos do conhecimento pela interação de concepções que antes geravam institutos de atuação hermética em cada qual. O impressionante *boom* do domínio de recursos técnicos e científicos, impulsores da produção diversificada de riquezas, propiciou aos beneficiários do exercício do *dumping* enorme variedade de meios abertos nas faixas mais vulneráveis à compressão desleal de custos que, não utilizado por outras empresas, terminará expulsando-as do mercado.

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

De outra parte, malgrado o desiderato do *dumping* tenha um alvo muito preciso, assestando sua mira apenas na empresa ou empresas que se deseja excluir da competição, é óbvio que, por tabela, tumultua a

ordem jurídica, desequilibrando as relações colaterais de interesse e envolvendo terceiros nas manobras espúrias para completá-lo. 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 à atrofia da planilha financeira impiedosamente expurgada de encargos trabalhistas e sociais com o mínimo de resistência do prejudicado, no mais das vezes.

As piruetas jurídicas usadas para chegar ao *dumping* repercutem em toda a ordem social pelo clima de insegurança e insatisfação a que dão lugar, e na dimensão específica do *consumo*, pela perda de bem-estar destacada por *Frahm* e *Villatore* em sua definição do *dumping* autêntico. O óbvio enlaçamento dos *expedientes jurídicos* (civis, trabalhistas e consumeristas) usados para conseguir os malefícios econômicos do *dumping* provocam malefícios sociais decorrentes de seu avanço e clímax, instigando o raciocínio analítico a enxergar neles uma tipicidade de *extensão conceitual* do próprio *dumping*, quando não passam de *modos para consumá-lo* ou de *efeitos danosos da consumação*.

Essa enganosa característica merece análise extremamente atilada, mormente pelas distorções de tratamento repressivo de 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*

Creemos já estar patente que só cabe no conceito estrito de *dumping* o conjunto de atos destinados a promover o estrangulamento *econômico* da concorrência comercial, com o concurso industrial indispensável à criação dos produtos a ser 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 homogêneo 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 devida ao 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 advindo do monopólio final. 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 de *não ser verdade que existem extensões conceituais do dumping*, mas sim *efeitos colaterais* (sociais e jurídicos) de sua prática bem-sucedida. Efeitos – acentue-se – que fundamentam o clamor reativo à deslealdade econômica e a justa censura jurídica da conduta empresarial, *porém diversos e distantes do efeito principal do dumping*.

Então, se existisse a *extensão conceitual do dumping social*, seu conteúdo seria de *deterioração da ordem social pelos efeitos reflexos que ele provoca*.

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 em si mesmo, com outros desdobramentos. A questão, que encararemos pouco adiante, é de *dimensão*, (ver n. 7, a). O que não nos parece cientificamente desejável é distorcer o conceito de *dumping* com extensões que não lhe cabem, quando o que se observa 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 meta econômica do *dumping* tumultua a ordem jurídica tanto quanto a social. Até diremos que o faz com intensa frieza porque, além dos danos diretos ou reflexos que impõe aos sujeitos dos negócios jurídicos, deles se serve como *ponte* para concretizar seu perverso projeto.

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 defrontamos uma questão de *dimensão*, pois na maior parte das vezes o que *aparenta ser dumping* é mera malícia jurídica para tirar vantagem econômica do ilícito contraual, à forfait do prejuízo que inflige ao outro contratante ou a terceiros em face dos negócios jurídicos, e ao 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 *violação abusiva de direitos do trabalhador* 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* corresponde, em verdade, à agressão contratual à relação individual de emprego em benefício do lucro do empregador com sacrifício dos direitos 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* puro.

Quando é intenção exercer o *dumping* (*sem qualificativos*) 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.

A primeira razão revela, com a máxima nitidez, o aspecto da *caracterização diferencial* entre o *dumping* e a simples *execução contratual abusiva*. O comportamento nele delineado é possível pela 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 da concorrência. 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

A segunda razão não revela mais do que o simples descumprimento ilegal de obrigações trabalhistas 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) ressaltada no seguinte comentário:

[...] 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 (do Trabalho, *in casu*), inescrupulosamente, em busca do macro resultado econômico do *dumping* pelo esmagamento da concorrência empresarial, ou do micro resultado de ampliação do lucro pela inadimplência contratual. Esta última hipótese é que está sendo erradamente conceituada, *venia permissa*, como dumping social.

7. Reação repressiva da doutrina e da jurisprudência

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 protetora 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 provocar.

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:

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 os próximos passos da reflexão, atentos ao nexos crucial dessa neo-liberação com a segurança da ordem jurídica. Tais passos conduzem a três avaliações de acerto:

Do comportamento doutrinário;
Da repercussão judicial do comportamento doutrinário;
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 condenação 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, numa primeira avaliação, diante da já reconhecida evidência de ser possível uma efetiva manipulação do Direito do Trabalho como meio ou instrumento auxiliar para obter o 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, sob o pretexto de 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 contrário, 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 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. Tomemos duas ilustrações corretivas da miopia que embaça a clareza da compreensão.

Determinada empresa¹⁵ foi condenada a pagar R\$50.000,00 (cinquenta mil reais) a uma instituição beneficente completamente estranha à lide trabalhista julgada, sob pretexto de “indenização suplementar” (grifamos) 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.

Num outro caso, certa empresa foi condenada a pagar R\$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*, grifamos) de \$200.000.000,00 (*sic*, duzentos milhões de reais) em cinco anos.¹⁶

As ilustrações refletem fielmente a conclusão já expressa de que, em tese, empresas que assim transgrediram a legislação do trabalho elevaram ilicitamente seu lucro e superaram as concorrentes com a colocação de produtos ou serviços a preços mais baixos (ver n. 5 supra). Note-se, porém, 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 o simples reflexo do 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).

Os exemplos que seguem, de caracterização do que está sendo chamado *dumping social*, são dados 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. Mas, o que eles evidenciam é a essencialidade do diferencial de dimensão para identificar o verdadeiro *dumping*, cujo qualificativo social não compõe sua natureza, pois apenas evidencia 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 desdito 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 R\$5.000,00, a título de danos morais, ficam 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 variações qualificativas denotam a vacilação 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 totalmente alheia ao(s) empregado(s) vítima(s) direta e individual(ais) do dano de ordem material e moral.

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

Refletamos, 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, ambas inseparáveis 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 sobre a qual apenas se projeta 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, escolhidas aleatoriamente pelo juízo, que não sofreram dano de nenhuma espécie.

8. Reflexões dedutivas parciais

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 extraleais para reparar danos sociais insatisfatoriamente reprimidos pelo sistema estabelecido. Por sua ousadia, a doutrina 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 civilizada.

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, tingem de tons negativos 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 super dimensionamento da conduta contratual faltosa do empregador, ou o sub-dimensionamento do conceito de *dumping*, como se preferir, pode servir de salvo-conduto à constrição econômica arbitrária da empresa, adquirindo um viés de maniqueísmo ideológico, segundo o qual tudo que

provier do capital é pecaminoso e tudo que provier do trabalho é angelical.

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

- 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*.
- Justificar a construção teórica da indenização suplementar do dano que causa ao empregado esse descumprimento abusivo.
- Pautar critérios sensatos de quantificação do dano e direcionamento do valor quantificado para quem diretamente o sofreu e, portanto, seja credor da reparação.

9. Delinquência patronal e condenação punitiva

O rumo para se chegar onde queremos pode ser encontrado num substancial trabalho do professor e magistrado Rodrigo Trindade de Souza¹⁸. Nele palpitam idéias irretocavelmente cristalinas sobre comportamentos 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.

Tais comportamentos, marcantemente anti-sociais, no campo da relação de emprego, receberam do eminente autor o duro e justíssimo rótulo de “delinquência patronal” (grifamos). O castigo que merecem foi rotulado de “condenação punitiva” (grifamos), tradução livre do *punitive damage* do direito pretoriano ianque, que preferiríamos chamar compensação punitiva, para evitar o risco do pleonismo.

Estabelecamos com cuidado o conceito das figuras com as quais trabalharemos daqui por diante.

Por delinquência patronal entenda-se o comportamento anti-social do empregador, ínsito na transgressão abusiva e iterativa dos direitos tutelares do empregado na relação de emprego, impondo-lhe prejuízo material ou moral muito superior ao valor de ressarcimento porventura assegurado em Lei.

Por condenação punitiva (ou compensação punitiva) entenda-se a 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.

Estabelecamos, também, a procedência das figuras acabadas de conceituar. Sua gênese e consolidação jurídica vêm da condenação de uma indústria fabricante de veículos automotivos, que recondicionara certo número deles e os lançara no mercado como sendo

“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.

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 reconduzidas (1.000) e acrescentou o resultado (US\$4.000.000,00) ao valor de ressarcimento do adquirente pela desvalorização, intitulando-a *punitive damage*. A Suprema Corte confirmou a condenação, com a redução à metade do valor (US\$2.000.000,00) já determinada no segundo grau da jurisdição, mas firmou-a como precedente de 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 Valdés, 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 despendar 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 do negócio pelo outro. Transpondo isso, atentamente, para a seara 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 anti-social 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 anti-social 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 patronal), causará dano direto aos empregados cujos direitos violar e apenas indireto à ordem jurídica transgredida.

Logicamente, o dano social reflexivo 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. 7 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.

10. Síntese conclusiva

A exposição discursiva do tema cabe nesta síntese conclusiva:

- 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 colateralmente efeito social danoso, 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 para reparação dos danos social e individual que também colateralmente causa.
- 4) O descumprimento abusivo das obrigações trabalhistas pelo empregador, magnificamente cabi-

vel no severo conceito de delinquência patronal, inflige um dano material e moral direto ao(s) empregado(s), verdadeiro alvo da ilicitude empresarial, sem embargo de causar o que, no *dumping* autêntico, é apenas um efeito colateral.

- 5) Assim, é pertinente dar à delinquência patronal o mesmo trato repressivo dispensado ao *dumping*, para desestimular sua prática, mediante compensação punitiva ao(s) empregado(s) atingidos, além das indenizações acaso previstas na Lei trabalhista, e valor proporcional à intensidade do dano material e moral efetivamente infligido, como já vem ocorrendo a título de indenização suplementar por *dumping social*.
- 6) É lamentável engano destinar à sociedade, por meio de instituições de direito público ou privado, o valor da compensação punitiva, pois na delinquência patronal o prejuízo real a reparar é do empregado por violação direta de direito individual.
- 7) Enquanto não regulamentada pela norma jurídica, a compensação punitiva (que vem sendo imposta com o nome de indenização suplementar) por dano decorrente de delinquência patronal (que vem sendo denominada *dumping social*) deverá ser quantificada de acordo com a gravidade do comportamento anti-social, a extensão e profundidade do dano causado e a ponderação com sanções legais já previstas para a ilicitude da conduta.



Notas

¹ CHAVES JUNIOR, “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.

⁵ FRAHM Catarina e VILLATORE Marco Antônio Cesar, “Dumping Social e o Direito do Trabalho”, www.scibd.com/A10, consultado em 30.06.2011.

⁶ Google, “Medidas antidumping, Europa”, síntese da legislação da União Européia, verbete *Dumping*, consultado em 30.06.2011.

⁷ FRAHM Carina e VILLATORE Marco Antônio Cesar, “Dumping Social...” cit., p. 2, consultado em 30/06/2011.

⁸ DE ANDRADE Alexsander E.S., “Dumping social sob a ótica da Justiça do Trabalho”, www.parana-online.com.br, consultado em 15/06/2011.

⁹ SOUTO MAIOR Jorge Luiz, “O dano social e sua reparação”, São Paulo, Revista LTr – Legislação do Trabalho, 71-1/1317,

¹⁰ DIDIER JR. Fredie, “Cláusulas gerais processuais”, Revista da Academia de Letras Jurídicas da Bahia, Salvador, n. 16, jun./dez. 2011, p.

¹¹ Enunciado n. 04 da 1ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho, Brasília, outubro 2007.

¹² SOUTO MAIOR Jorge, “O dano social...”, cit., p. 1319.

¹³ “Indenização é indeferida na Justiça do Trabalho”, in Notícias Jurídicas, 21.09.2010, www.jusbrasil.com.br, consultado em 30/06/2011.

¹⁴ CAPELLETTI Mauro, “Formações sociais e interesses coletivos diante da Justiça Civil”, apud SOUTO MAIOR Jorge Luiz, “O dano social...”, cit., p. 1320, destaque do original.

¹⁵ Cf. Proc. n. 0000900-76.2009.5.20.0004, Rte. Anne Marília Santos da Silva, Rda. G. Barbosa Comercial Ltda.

¹⁶ www.dgcedt.com.br, consultado em 30/06/2011.

¹⁷ SOUTO MAIOR Jorge Luiz, “O dano social...”, cit., p. 1318

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.

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