



FACULDADE BAIANA DE DIREITO
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

NANA FERNANDES DE SOUZA

**A PRÁTICA DE *DUMPING SOCIAL* NAS RELAÇÕES DE
TRABALHO E A SUA RESPONSABILIDADE CIVIL NO
DIREITO BRASILEIRO**

Salvador
2015

NANA FERNANDES DE SOUZA

**A PRÁTICA DE *DUMPING SOCIAL* NAS RELAÇÕES DE
TRABALHO E A SUA RESPONSABILIDADE CIVIL NO
DIREITO BRASILEIRO**

Monografia apresentada ao curso de graduação em Direito, Faculdade Baiana de Direito, como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito.

Orientador: Prof^a. Adriana Brasil Vieira Wzykowski.

Salvador
2015

TERMO DE APROVAÇÃO

NANA FERNANDES DE SOUZA

**A PRÁTICA DE *DUMPING SOCIAL* NAS RELAÇÕES DE
TRABALHO E A SUA RESPONSABILIDADE CIVIL NO
DIREITO BRASILEIRO**

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em
Direito, Faculdade Baiana de Direito, pela seguinte banca examinadora:

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Salvador, ____/____/ 2015

A
meu querido Deus, sempre.

Aos
meus amados pais, Francisco e Sara, e
irmão, Rafael, presença
constante e amor incondicional.

Aos meus amigos,
por todo companheirismo e compreensão.

A minha querida orientadora,
Adriana, por cada ensinamento, apoio
e dedicação, sempre. Minha eterna gratidão.

“Onde não houver respeito pela vida e pela integridade física e moral do ser humano, onde as condições mínimas para uma existência digna não forem asseguradas, onde não houver limitação de poder, enfim, onde a liberdade e a autonomia, a igualdade e os direitos fundamentais não forem reconhecidos e minimamente assegurados, não haverá espaço para dignidade humana e a pessoa não passará de mero objeto de arbítrio e injustiças.”

(Ingo Wolfgang Sarlet)

RESUMO

Com os aumentos das demandas envolvendo a prática do *dumping* social, despertou no Judiciário a necessidade de proteção, uma vez que, esta prática estava a violar a dignidade e a honra do trabalhador, bem como a própria legislação trabalhista e a ordem econômica imposta pela Constituição Federal de 1988. A Carta Magna ao estabelecer a ordem econômica no art. 170 enfatiza a valorização do trabalho humano e a livre iniciativa como forma de manter a economia brasileira e assegurar a todos um mínimo existencial. Contrário a isso, a prática de *dumping* social é resultante de uma concorrência desleal por parte das empresas que optam por estratégias fraudulentas, deixando de cumprir as obrigações trabalhistas, como por exemplo, mão de obra em condições inadequadas, o não pagamento de horas extras, medidas de segurança e saúde no trabalho, dentre outras, para assim reduzir o custo da produção e obter vantagem em relação aos seus concorrentes. Observa-se que esta prática atinge não apenas o empregado que teve seus direitos laborais extirpados, mas provoca um desequilíbrio econômico a toda sociedade. Diante disso, faz-se necessária a aplicação do instituto da responsabilidade civil pela prática de *dumping* social nas relações de trabalho, por meio de uma sanção extraordinária que possui caráter punitivo, repressivo e pedagógico a fim de coibir e reprimir novas práticas lesivas ao ordenamento jurídico. Somente assim, será possível minorar os efeitos nocivos do *dumping* social que atormentam o país e desrespeitam a dignidade da pessoa humana.

Palavras-chave: dignidade humana; ordem econômica; *dumping* social; concorrência desleal; responsabilidade civil; função repressiva, punitiva e pedagógica.

ABSTRACT

With increases in claims involving the practice of social dumping, awakened in the judiciary the need for protection, since this practice was violating the dignity and honor of the worker and their own labor laws and economic order imposed by the Constitution 1988. Federal Charter to establish economic order in art. 170 emphasizes the value of human labor and free enterprise as a way to keep the Brazilian economy and ensure all an existential minimum. Contrary to this, the practice of social dumping is the result of unfair competition from companies that choose to fraudulent strategies, failing to comply with labor obligations, such as labor in poor conditions, unpaid overtime, safety measures and health, among others, so as to reduce the cost of production and gain advantage over their competitors. It is observed that this practice affects not only the employee who had cut off their labor rights, but causes an economic imbalance the whole society. Therefore, the application of civil liability institute the practice of social dumping in labor relations it is necessary, through an extraordinary sanction that has a punitive, repressive and pedagogical nature in order to curb and repress new practices harmful to the legal system . Only in this way, you can minimize the harmful effects of social dumping that plague the country and disrespect the dignity of the human person.

Keywords: human dignity; economic order; social dumping; Unfair rivalry; civil responsibility; repressive function, punitive and educational.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

art.	artigo
CC	Código Civil
CF/88	Constituição Federal da República
CLT	Consolidação das Leis do Trabalho
CPC	Código de Processo Civil
des.	Desembargador
GAT	<i>General Agreement on Tariffs and Trade</i>
MPT	Ministério Público do Trabalho
OIC	Organização Internacional do Comércio
OIT	Organização Internacional do Trabalho
OMC	Organização Mundial do Comércio
ONU	Organização das Nações Unidas
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TAC	Termo de Ajustamento de Conduta
TRT	Tribunal Regional do Trabalho
TST	Tribunal Superior do Trabalho

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	11
2 DIREITOS FUNDAMENTAIS E ORDEM ECONÔMICA NA CONSTITUIÇÃO ATUAL	16
2.1 SISTEMAS DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	16
2.1.1 Perspectiva histórica: dimensões	16
2.1.2 A negação da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas – doutrina da <i>state action</i>	20
2.1.3 A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais	22
2.2 ORDEM ECONÔMICA	31
2.2.1 Evolução	32
2.2.2 A ordem econômica: análise do art. 170 da Constituição da República ...	37
2.2.3 Fundamentos formadores da ordem econômica	39
2.2.3.1 Livre iniciativa: princípio da livre concorrência	40
2.2.3.2 Valorização do trabalho humano	42
2.2.4 Finalidades da ordem econômica	44
2.2.4.1 A dignidade da pessoa humana como fundamento inspirador da ordem econômica constitucional	44
2.2.4.2 O Estado Democrático de Direito como estado da justiça social	48
2.3 TRABALHO E DIREITOS FUNDAMENTAIS	50
3 DUMPING	53
3.1 CONTEXTUALIZAÇÃO HISTÓRICA	53
3.2 CONCEITO DE <i>DUMPING</i>	55
3.2.1 Compreensão do <i>dumping</i> na doutrina econômica	55
3.2.2 Conceito jurídico de <i>dumping</i> no âmbito do comércio internacional	57
3.3 <i>DUMPING</i> NO ORDENAMENTO JURIDICO BRASILEIRO	59
3.4 MODALIDADES DE <i>DUMPING</i>	61
3.5. <i>DUMPING SOCIAL</i>	63
3.5.1 Conceito	63
3.5.2 Características do <i>dumping social</i>	65
3.5.2.1 Concorrência desleal por meio da venda de produtos a valores inferiores ao preço do mercado	66

3.5.2.2	Conduta reiterada.....	67
3.5.2.3	Utilização de mão-de-obra em condições inadequadas aos patamares laborais mínimos	68
3.5.2.4	Danos sociais	69
3.6	O COMBATE DE <i>DUMPING SOCIAL</i> NO CENÁRIO INTERNACIONAL	71
3.6.1	<i>Soft lay e hard law</i>: distinções necessárias.....	71
3.6.2	Meios de inibição de descumprimento dos padrões laborais mínimos	72
3.6.2.1	Selo Social	73
3.6.2.2	Global Compact.....	74
3.6.2.3	ISO Social	76
3.6.2.4	Código de conduta	77
3.6.2.5	Cláusula social	79
3.7	O <i>DUMPING SOCIAL</i> NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO.....	80
4	DA RESPONSABILIDADE CIVIL NO ORDENAMENTO BRASILEIRO	83
4.1	CONCEITO	84
4.2	PRESSUPOSTOS GERAIS DA RESPONSABILIDADE CIVIL	86
4.2.1	Conduta do agente - ato ilícito	86
4.2.2	Dano	88
4.2.2.1	Dano material	92
4.2.2.1.1	<i>Dano emergente</i>	93
4.2.2.1.2	<i>lucros cessantes</i>	94
4.2.2.2	Dano moral.....	95
4.2.2.3	Dano social.....	98
4.2.2.4	Danos estéticos	99
4.2.3	Nexo causal	100
4.2.4	Culpa?	103
4.3	ESPÉCIES DE RESPONSABILIDADE CIVIL	105
4.3.1	Responsabilidade subjetiva	106
4.3.2	Responsabilidade objetiva	107
4.4	FUNÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL	110
4.5	TEORIA DO <i>PUNITIVE DAMAGES</i>	112

5 APLICABILIDADE DA RESPONSABILIDADE CIVIL PELA PRÁTICA DE DUMPING SOCIAL NAS RELAÇÕES TRABALHISTAS OU NAS RELAÇÕES DE EMPREGO	118
5.1 INSUFICIÊNCIA DA REPARAÇÃO EM CASOS CONCRETOS.....	118
5.2 INDENIZAÇÃO PELA PRÁTICA DE DUMPING SOCIAL.....	121
5.2.1 Aplicação dos dispositivos 186, 187 e 927 do Código Civil	122
5.2.2 Responsabilidade objetiva pela prática de <i>dumping social</i>	124
5.2.3 Função punitiva e pedagógica da indenização pela prática de <i>dumping social</i>	125
5.3 DUMPING SOCIAL NA SEARA TRABALHISTA.....	126
5.3.1 (im)possibilidade de imposição <i>ex officio</i> do magistrado e a concretização dos princípios constitucionais	128
5.4. CRITÉRIOS DE FIXAÇÃO DA INDENIZAÇÃO EM HIPÓTESES DE <i>DUMPING SOCIAL</i>	132
5.4.1 Repercussão e gravidade do dano	134
5.4.2 Condição econômica do ofensor	135
5.4.3 Lucro obtido através da prática de <i>dumping social</i>	137
5.4.4 Grau de culpabilidade do agente	137
5.4.5 Grau de reprovação social da prática	138
5.5 LEGITIMIDADE PARA O RECEBIMENTO DA INDENIZAÇÃO IMPOSTA À EMPRESA.....	139
5.6 ESTUDO DE CASOS.....	143
6 CONCLUSÃO	148
REFERÊNCIAS	157

1 INTRODUÇÃO

Após longos períodos de lutas, o homem conseguiu se afirmar como o fim em si mesmo, e não mais o meio de produção a mercê do capitalismo. Isto representa uma conquista gritante, a qual o trabalho deixa de ser um castigo e passa a ser visto como um meio de integração social e também de conquistas individuais de cada pessoa. No Brasil, o ápice de afirmação constitucional dos direitos fundamentais encontra-se na Constituição de 1988. Foi na Carta de 1988 que o direito do trabalho ganhou força, de modo a ter a sua efetivação através dos princípios ali expostos.

O modelo de Estado Democrático de Direito proposto pela Constituição da República de 1988, social e democrático na sua essência, constituiu um marco às garantias e direitos fundamentais. É a partir da concretização do Estado Social e Democrático de Direito que se permite consolidar a proteção à dignidade da pessoa humana e a ordem econômica, dentre outros princípios, que passam a ganhar um papel de extrema importância, como forma de (re) estruturar as relações sociais e com vistas à garantia da justiça social.

A Constituição Federal 1988 reconhece no seu bojo o sistema capitalista de produção e exige ao mesmo tempo do Estado democrático de Direito, um equilíbrio especial, ações em defesas do valor humano e do trabalho, face ao desequilíbrio existente entre o empregador e o empregado, conforme estabelece o art. 170, ao tratar dos objetivos fundamentais da ordem econômica da República, bem como, os seus princípios limitadores. A Constituição no referido artigo visa, num primeiro momento, determinar o modo econômico da sociedade brasileira, de como o sistema econômico deve se organizar, a fim de atingir os objetivos da ordem econômica. Ou seja, a ordem econômica deve ser fundada na livre iniciativa e na valorização do trabalho humano, desde que esteja assegurada a existência digna, conforme os ditames da justiça social.

Mesmo diante dos preceitos preconizados no ordenamento jurídico brasileiro, é comum ainda, encontrar no cenário brasileiro a preservação de um ranço escravocrata, de modo, a favorecer ainda mais as desigualdades existentes das relações trabalhistas, tratando assim o trabalho humano como uma mercadoria. Embora os avanços da legislação infraconstitucional trabalhista e dos direitos sociais

garantidos constitucionalmente aos trabalhadores, não foram capazes de impedir que empresas desrespeitassem o ordenamento jurídico subtraindo dos trabalhadores os seus direitos laborais. Deste modo, é que o presente trabalho tem como escopo analisar a desconsideração reiterada e inescusável da legislação trabalhista e da própria ordem econômica preconizada na Constituição Federal 1988, ocasionado pelo fenômeno do *dumping* social.

A tese do *dumping* social no Brasil é um assunto dotado de intensas divergências na doutrina, como também cheio de dissonância entre jurisprudências face a ausência de uma norma no ordenamento brasileiro a respeito da matéria, quais sejam, a) a aplicação do instituto da responsabilidade civil b) a aplicação *ex officio* da sanção extraordinária c) legitimidade para propor ação; d) os critérios de fixação do *quantum* indenizatório; e) destinação do montante indenizatório.

Busca-se, com este estudo, suscitar a necessidade de estudos aprofundados acerca do assunto para perquirir medidas que sejam capazes de efetivar os direitos dos trabalhadores. Para isso, busca compreender o conceito e os principais elementos caracterizadores de tal prática, para que possa analisar a possível aplicação do instituto da responsabilidade civil como meio de coibir e reprimir esta conduta.

Para se chegar a esse objetivo, pretendesse: a) Expor os contornos do conceito de direitos fundamentais e terminologia utilizada; b) Discorrer sobre as dimensões dos direitos fundamentais; c) Analisar a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais d) examinar as teorias existentes acerca da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, verificando, qual teoria seria compatível com o ordenamento jurídico brasileiro e os posicionamentos dos Tribunais pátrios; e) analisar os contornos da ordem econômica na Constituição Federal 1988; f) estudar o direito ao trabalho como direitos fundamentais; g) tratar da contextualização do *dumping* e seus conceitos no âmbito econômico e jurídico; h) analisar o *dumping* no ordenamento jurídico brasileiro i) identificar o conceito e os elementos do *dumping* social j) examinar o combate do *dumping* social no cenário internacional e brasileiro; k) apontar os pressupostos gerais da responsabilidade civil l) Verificar a aplicabilidade do *punitive damage* no ordenamento brasileiro m) perquirir a aplicabilidade da responsabilidade civil pela prática de *dumping* social nas relações trabalhistas ou nas relações de emprego n) verificar a (im)possibilidade de imposição *ex officio* do magistrado e a concretização dos princípios constitucionais o) examinar

os critérios de fixação da indenização em hipóteses de *dumping* social p) Apontar a legitimidade para o recebimento da indenização imposta à empresa.

Para a materialização da pesquisa, busca-se a utilização de fontes de pesquisas diversas, em especial, por fontes bibliográficas e documental, recorrendo-se a códigos, leis, doutrinas nacionais e estrangeiras, publicações em periódicos, artigos científicos, dissertações e teses sobre o tema, etc. Ainda, a colheita e análise de jurisprudências dos Tribunais brasileiros.

Surge, neste momento, a principal intenção deste trabalho, que pode ser resumido na análise das implicações jurídicas e a possibilidade de aplicação do instituto da responsabilidade civil frente à prática do *dumping* social no ordenamento jurídico brasileiro.

Para tanto, a presente pesquisa fora dividida em 4 capítulos.

O segundo capítulo dedica-se ao estudo dos direitos fundamentais, tal como consolidado na Constituição Federal de 1988, como meio essencial para a compreensão da história do Estado democrático Brasileiro, e em especial da sua ordem econômica. Isto, pois, os direitos fundamentais são elementos integrantes da identidade e da continuidade da Constituição, sem a qual não haveria falar em ordem econômica constitucional. Portanto, cumpre discorrer acerca da evolução histórica dos direitos fundamentais, suas gerações, bem como sua carga eficaz, para em seguida, examinar os deslindes do Constitucionalismo Social em nosso ordenamento e na ordem econômica Constitucional.

Ainda neste capítulo, será estudada a ordem econômica brasileira preconizada no art. 170 da Constituição Federal de 1988, abordando a sua evolução histórica, que servirá como base para o exame dos seus fundamentos formadores. Assim, serão inquiridos individualmente os elementos, quais sejam: a livre iniciativa e a valorização do trabalho, para posteriormente, apreciar os objetivos a serem alcançados diante da implementação de seus ditames econômicos, que são a existência digna e a justiça social. Conclui-se o presente capítulo com a exposição da relação entre trabalho e os direitos fundamentais.

Na sequência, o terceiro capítulo será destinado à compreensão do fenômeno do *dumping*, partindo de uma contextualização histórica, para em seguida, abordar o seu conceito atual no âmbito econômico e jurídico. Posteriormente, serão

apresentadas algumas modalidades deste fenômeno, com atenção especial ao *dumping* social, fazendo uma análise específica e aprofundada deste instituto. Essa análise mais dedicada do *dumping* social terá como ponte inicial a compreensão do seu conceito e seus principais elementos caracterizadores, a fim de sistematizar a identificação de tal instituto. Serão feitas ainda uma contextualização do *dumping* social no cenário internacional, onde num primeiro momento será feito o estudo da natureza e estrutura das normas de *hard law* e de *soft law*, no intuito de facilitar a compreensão acerca das implicações das normas de combate a prática de *dumping* social no cenário internacional. Analisar-se-á, sem pretensão exaustiva, alguns mecanismos utilizados, como o Selo Social, o *Global Compact*, o ISO Social, os códigos de condutas e as cláusulas sociais. Por fim, será feito um estudo do *dumping* social no ordenamento jurídico brasileiro, a qual ainda será objeto de análise o Projeto de Lei 1.615/11.

O quarto capítulo volta-se ao exame do instituto da responsabilidade civil como forma de reduzir os danos sofrido pelo ofendido. Será inicialmente realizada uma análise do conceito da Responsabilidade Civil e de forma individualizada dos seus elementos como a conduta humana, o dano, o nexo causal e ainda o elemento da culpa. Ainda, serão analisadas duas modalidades principais da responsabilidade civil, a subjetiva e objetiva, pois, tem na assunção de riscos e na falta de cuidado necessário elementos capazes de ensejar a reparação civil. Por fim, será discutida a função da responsabilidade e examinada as suas novas feições, particularmente o que diz respeito à possibilidade do instituto do *punitive damages* no ordenamento jurídico brasileiro.

O quinto capítulo destina-se a abordar as implicações jurídicas e examinar a possibilidade da aplicação do instituto da Responsabilidade Civil à luz do ordenamento jurídico brasileiro face à prática reiterada do *dumping* social, utilizando-se como embasamento de defesa os elementos existentes no ordenamento jurídico brasileiro, assim como os fundamentos da responsabilidade objetiva.

Ainda, neste capítulo, será examinada a função punitiva e pedagógica da indenização a ser aplicada em face deste instituto, uma vez que a simples reparação nas lides trabalhistas individuais é insuficiente, razão pela qual é necessário uma indenização suplementar. Será discutida a (im)possibilidade de imposição *ex officio* pelo magistrado da indenização suplementar pela prática de *dumping* social. E, por

fim analisar-se-á os critérios de fixação da indenização e a legitimidade para o recebimento da indenização imposta à empresa. Ao final far-se-á um estudo de alguns casos presentes na Justiça trabalhista.

No sexto capítulo, tem-se a conclusão do presente estudo, defendendo a tese de que em virtude da prática de *dumping* social haverá a possibilidade de aplicação do instituto da responsabilidade civil, através da condenação suplementar por meio de uma Ação civil Pública proposta pelo Ministério público. Será demonstrado que responsabilização nestes casos será apta a coibir e reprimir novas condutas nefastas, de modo que estará punindo os danos ocasionados pela prática do *dumping* social e ainda restabelecendo o equilíbrio da ordem econômica preconizada pela Constituição Federal 1988, por meio da valorização do trabalhador humano e a dignidade da pessoa humana.

2 DIREITOS FUNDAMENTAIS E ORDEM ECONÔMICA

O estudo dos direitos fundamentais, tal como consolidado na Constituição Federal de 1988, é essencial para a compreensão da história do Estado democrático Brasileiro, e da sua ordem econômica. Os direitos fundamentais são elementos integrantes da identidade e da continuidade da Constituição, sem a qual não haveria falar em ordem econômica constitucional.

2.1 SISTEMAS DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

É tarefa indeclinável discorrer sobre a evolução histórica dos direitos fundamentais, suas gerações, bem como sua carga eficaz, para então, estudar os deslindes do Constitucionalismo Social em nosso ordenamento e na ordem econômica constitucional.

2.1.1 Perspectiva histórica: dimensões

Os direitos fundamentais são uma composição histórica, a qual, esses direitos variam de época para época. De modo didático, cada fase da evolução dos direitos fundamentais costuma ser dividida pelos doutrinadores em “gerações” ou “dimensões”. A terminologia mais correta para denominar esse processo evolutivo, vem sendo provocando divergência entre os doutrinadores, em especial, diante das expressões “gerações” e “dimensões.”

Os doutrinadores que adotam “gerações” como a terminologia correta, é por entender que não há substituição, tão pouco colisão de uma geração de direitos fundamentais por outra geração. Segundo Manoel Jorge e Silva Neto¹, não há um “conflito de gerações”. O que ocorre é que as gerações se interagem, elas deixam suas contribuições.

¹ SILVA NETO, Manoel Jorge e. **Curso de direito Constitucional**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 672.

Nesse sentido, Dirley da Cunha Junior² aponta que

As gerações dos direitos revelam a ordem cronológica do reconhecimento e afirmação dos direitos fundamentais, que se proclamam gradualmente na proporção das carências do ser humano, nascidas em função da mudança das condições sociais.

Por outro lado, esse não vem sendo o posicionamento majoritário adotado atualmente, uma vez que entendem-se ser impróprio o termo “gerações” para definir esta evolução dos direitos fundamentais. Para os autores, a expressão geração dá a entender que há uma substituição gradativa dos direitos. Entendem, portanto, que a terminologia correta é “dimensões”, pois passa uma ideia de que os novos direitos são somados aos demais direitos fundamentais.³ Com o termo “dimensões” tem uma ideia de complementaridade, e não mais sobreposição.

Ingo Sarlet⁴, em defesa a respeito do termo dimensões, aduz, que,

Em que pese o dissídio na esfera terminológica, verifica-se crescente convergência de opiniões no que concerne à ideia que norteia a concepção das três (ou quatro, se assim preferirmos) dimensões dos direitos fundamentais, no sentido de que estes, tendo tido sua trajetória existencial inaugurada com o reconhecimento formal nas primeiras Constituições escritas dos clássicos direitos de matriz liberal-burguesa, se encontram em constante processo de transformação, culminando com a recepção, nos catálogos constitucionais e na seara do Direito Internacional, de múltiplas e diferenciadas posições jurídicas, cujo conteúdo é tão variável quanto as transformações ocorridas na realidade social, política, cultural e econômica ao longo dos tempos. Assim sendo, a teoria dimensional dos direitos fundamentais não aponta, tão-somente, para o caráter cumulativo do processo evolutivo e para a natureza complementar de todos os direitos fundamentais, mas afirma, para além disso, sua unidade e indivisibilidade no contexto do direito constitucional interno e, de modo especial, na esfera do moderno ‘Direito Internacional dos Direitos Humanos.

Deste modo, os direitos fundamentais de primeira geração resultaram da deflagração da Revolução Francesa de 1789, amparada no ideário de liberdade individual e política. Segundo, Roberto Bobbio⁵ os direitos de primeira geração correspondem aos direitos de liberdade, ou um não-agir do Estado. O estado era

² CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed. Salvador: JusPODIVM, 2012, p. 615.

³ Nessa mesma linha, Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco, ensinam que “ essa distinção entre gerações dos direitos fundamentais é estabelecida apenas com o propósito de situar os diferentes momentos em que esses grupos de direitos surgem como reivindicações acolhidas pela ordem jurídica. Deve-se ter presente, entretanto, que falar em sucessões de gerações não significa dizer que os direitos previstos num momento tenham sido suplantados por aqueles surgidos em instante seguinte. Os direitos de cada geração persistem válido juntamente com os direitos da nova geração, ainda que o significado de cada um sofra o influxo das concepções jurídicas e sociais prevalecentes nos novos momentos. (MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015, p.138.)

⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais** . 8ª Edição, Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2007, p. 55;

⁵ BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. 9 ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 9

apenas o guardião das liberdades, não interferindo, portanto, na vida social ou de qualquer indivíduo, estando ele afastado da vida pública.

Ainda assim, existiam direitos indispensáveis à todos os homens, que possuíam pretensões universalistas,⁶ como a liberdade individual, a liberdade de consciência, de reunião e a inviolabilidade de domicílio. Contudo, esses direitos não se preocupavam com as desigualdades sociais e tinha como titular desses direitos o homem individualmente considerado.

Segundo Manoel Jorge⁷, a ausência do estado nas questões individuais guardava relação com a ideia do *laissez-faire laissez-passer*, e que, foi o responsável pelo aumento das desigualdades sociais.

Esse individualismo francês, forjado no ideal absenteísta burguês produziu enorme desequilíbrio social, foi o propulsor no século XIX dos direitos de segunda geração, chamados direitos sociais ou direitos à prestação. São os direitos que privilegiam o direito ao trabalho, à seguridade, à segurança, lazer e moradia. São direitos que se buscam estabelecer uma liberdade real e igual para todos, mediante ações do Poder Público.

Os direitos fundamentais de segunda geração, ao contrário dos direitos de primeira geração, exigiam a participação do Estado, a fim de suprir as carências individuais e sociais. Segundo Dirley Cunha⁸, esses direitos são “animados pelo propósito de reduzir material e concretamente as desigualdades sociais e econômicas até então existentes, que debilitavam a dignidade humana”. Havia, portanto, uma preocupação com a proteção da dignidade, com a satisfação das necessidades básicas.

Com explosão demográfica, aumento vertiginoso do consumo e a degradação do meio ambiente trouxe a necessidade de repensar um modelo de direito que pudesse dar uma resposta efetiva as lesões. Lesões essas que não eram mais de pessoas individualizadas, mas eram lesões a interesses de toda a coletividade. Portanto, era

⁶ Segundo Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco essas pretensões universais se dão no plano abstrato, uma vez que, alguns direitos são condicionados a obediência a certos requisitos, como por exemplo, o sufrágio, que dependiam de requisitos de riqueza. (MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015, p.137.)

⁷ SILVA NETO, Manoel Jorge e. **Curso de direito Constitucional**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 672.

⁸ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed. Salvador: JusPODIVM, 2012, p. 623.

a tutela de uma coletividade difusa, a qual ensejou o aparecimento da terceira geração.

Para Manoel Jorge⁹

São direitos que tem por destinatários indivíduos indeterminados, como ocorre com o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado (art.255, caput, da CF); [...] os direitos chamados de terceira geração peculiarizam-se pela titularidade difusa ou coletiva, uma vez que são concebidos para a proteção não do homem isoladamente, mas de coletividades, de grupos.

Surge, diante das demandas da coletividade, em prol dos direitos das minorias, os direitos fundamentais de quarta geração, baseado na globalização desses direitos. Além desses direitos das minorias, Paulo Bonavides¹⁰ defende que o direito de quarta geração introduzido pela globalização política está relacionado à democracia, à informação e ao pluralismo. Há ainda, doutrinadores como Bobbio e Pedro Lenza, que acrescenta que esta geração se refere também aos avanços da biotecnologia e da bioengenharia genética, ao qual permite a manipulação do patrimônio genético de cada indivíduo.

Ingo Sarlet¹¹, afirma que:

A proposta do Prof. Bonavides, comparada com as posições que arrolam os direitos contra a manipulação genética, mudança de sexo etc., como integrando a quarta geração, oferece a nítida vantagem de constituir, de fato, uma nova fase no reconhecimento dos direitos fundamentais, qualitativamente diversas das anteriores, já que não se cuida apenas de vestir com roupagem nova reivindicações deduzidas, em sua maior parte, dos clássicos direitos de liberdade.

Não se pode estabelecer o fim ao processo de classificação dos direitos fundamentais, tendo em vista que estes estão em constantes transformações. Embora se sabe que esses direitos tem seu marco na Revolução Francesa de 1789, segundo Manoel Jorge¹² “isso acontece precisamente porque o Estado, instrumento de satisfação das necessidades humanas, está, de modo ininterrupto, submetido a motivações pelo simples fato de o ser humano que o cria estar constantemente em transformação.”

⁹ SILVA NETO, Manoel Jorge e. *op.cit.* p. 672.

¹⁰ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 571/572.

¹¹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 59.

¹² SILVA NETO, Manoel Jorge e. *op cit.* p. 673.

2.1.3 A negação da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas— doutrina da *state action*.

A evolução da eficácia dos direitos fundamentais nas relações particulares teve seu surgimento no direito alemão em meados do século XX. No entanto, após o advento da teoria da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, que será abordado mais a frente, houve uma forte reação contrária a essa doutrina, originando a teoria da *state action*, que limitava a incidência dos direitos fundamentais apenas quando houvesse atuação Estatal.

A teoria da *state action*, foi defendida por Mangoldt e Forsthoff¹³. Esta teoria nega a incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas, partindo da concepção de que somente podem ser opostos ao Estado. De modo que, os direitos fundamentais, serão apenas direitos de defesa em face ao Estado, representando um limite ao exercício do poder público. Ou seja, os direitos fundamentais apenas poderiam ser acionados judicialmente ante uma ação estatal.

No cenário Alemão, a teoria *state action* perdeu sua força, em virtude do reconhecimento da aplicação dos direitos fundamentais nas relações entre privados pelo Tribunal Constitucional Federal. Entretanto, foi nos Estados Unidos da América que esta teoria ganhou força, em virtude do texto constitucional, que impõe limitações apenas para a relação entre os Poderes Públicos, não atribuindo ao particular direitos em face de outro particular, a menos quando envolva escravidão, conforme previsto na 14ª Emenda.¹⁴

A *state action*, tem origem no julgamento do *Civil Rights Cases* de 1883, a qual, tratava dos limites e possibilidade do legislador federal disciplinar, bem como, desenvolver as liberdades públicas previstas na Constituição. Tal julgamento, além do argumento liberal, do Estado como destinatário dos direitos civis, adiciona, também, ao rol de fundamentos o pacto federativo. De modo que, cabia aos Estados legislar sobre direito privado, preservando a autonomia dos Estados e não mais a

¹³ SARMENTO, Daniel. A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais no direito comparado e no Brasil. In: DIDIER JR., Fredie (org.). **Leituras Complementares de Processo Civil**. 7.ed, rev. E ampl. Salvador: Juspodivm, 2009, p. 146.

¹⁴ WYZYKOWSKI, Adriana Brasil Vieira. **A Concretização do Direito Fundamental ao Lazer nas Relações de Emprego**. 2012. Dissertação (Mestrado em Relações Sociais e Novos Direitos) - Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia. p.84

União.¹⁵ Assim, a doutrina da *state action* preserva a autonomia privada e a autonomia dos estados.

O professor americano Erwin Chemerinsky citado por Daniel Sarmento¹⁶, apresenta os pilares da doutrina *State Action*: “a) ela protegeria a liberdade individual, definindo um espaço de conduta privada que não tem de se adequar à Constituição; e também b) garantiria a autonomia dos Estados, preservando sua plena competência para regular o comportamento privado.”

Por outro lado, Erwin Chemerinsky, contesta esses pilares, entendendo que não se pode contemplar a autonomia privada e a liberdade privada, pois estaria apenas olhando para “um dos lados da equação”, de modo, a prevalecer os direitos do ofensor privado, sem observar os direitos das vítimas. Ainda assim, com respeito ao segundo pilar, os limites da Constituição Americana também devem ser alcançados pela autonomia dos Estados Membros. Por fim, entendendo que deva haver uma ponderação diante do caso concreto, o professor Chemerinsky propõe a teoria da *Rethinking State Action*.¹⁷

A Suprema Corte Americana, partir da década de 40 do século XX, passou a relativizar a teoria *state action*, e passou a adotar a teoria da *Public Function Theory*, ampliando o âmbito de aplicação dos direitos fundamentais da Constituição, de modo que os direitos fundamentais poderiam ser opostos aos particulares quando estes desempenhassem atividades tipicamente de natureza estatal.

Daniel Sarmento¹⁸ destaca que

Esta teoria impede, em primeiro lugar, que o Estado se livre da sua vinculação aos direitos constitucionais pela constituição de empresas privadas, ou pela delegação das suas funções típicas para particulares, pois estes, quando assumem funções de caráter essencialmente público, passam a sujeitar-se aos mesmos condicionamentos constitucionais impostos aos Poderes Públicos.

Nota-se que quando há conflito em face do poder público, os direitos fundamentais são passíveis de ser observados e julgados. Por outro lado, não ocorre o mesmo na

¹⁵ SARMENTO, Daniel; GOMES Fábio Rodrigues. A eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares: o caso das relações de trabalho. **Revista do TST**. Brasília. v.77, nº 4, out/dez 2011, p. 63.

¹⁶ GARVEY, John H. & ALEINIKOFF, T. Alexander. **Modern Constitutional Theory: A Reader**. St. Paul: West Group, 1999, pp. 793-800. Apud SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. 2 ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008, p. 195.

¹⁷ *Ibidem*.

¹⁸ SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2006, p. 190.

relação em face o setor privado, ainda que haja uma violação no âmbito dos direitos fundamentais, salvo na hipótese supra citada, quando o particular exercer função tipicamente pública.

Enfim, a doutrina da *state action* não proporciona um tratamento adequado aos direitos fundamentais, pois, muitas vezes, as violações aos direitos fundamentais não provem do Estado, mas de particulares, como, empresa, pessoas físicas, grupos e associações. Por isso, adotar tal teoria é incentivar a violação dos direitos fundamentais. É, por outro lado, deixar imune as condutas lesivas praticadas pelos setores privados perante os direitos dos particulares.

2.1.3 A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais

Os direitos fundamentais, historicamente, sempre foram opostos para proteger o indivíduo contra a arbitrariedade do estado, de modo a tutelar os direitos civis e políticos dos cidadãos. Neste cenário, tem-se a chamada “eficácia vertical”. Utiliza-se desta terminologia, pois o cidadão encontra-se numa posição “inferior” e o estado numa posição “superior”, ou seja, numa relação jurídica hierarquizada e de subordinação. Assim, os direitos fundamentais positivados na Constituição, tem como fim, a proteção do indivíduo contra as atuações arbitrárias do Estado, de modo a limitar o exercício estatal em prol dos direitos dos cidadãos.

Diante da eficácia vinculante dos direitos fundamentais, em face aos órgãos e funções estatais, é possível encontrar duas acepções: uma negativa, por estar na esfera da indisponibilidade de tais poderes; e uma acepção positiva, que trata das obrigações destinadas aos órgãos, a fim de fazer com que os direitos fundamentais se concretizem.¹⁹

Ocorre que, com a evolução histórica do Estado e da sociedade, esta concepção do Estado liberal Burguês, revela-se anacrônica. As ameaças e agressões aos direitos fundamentais não mais partiam do poder estatal, mas também de uma multiplicidade de atores privados, presente nos diversos contextos como no mercado, a família, a

¹⁹ AIRES, Mariella Carvalho de Farias. A eficácia horizontal dos direitos fundamentais no contrato de trabalho a partir da Constituição Federal 1988. **Revista de Direito do Trabalho**, São Paulo, n. 128, out.-dez. 2007, p. 141.

sociedade civil e nas relações de trabalho. Tem-se, então, a preocupação em proteger esses direitos, pautado na proteção da dignidade da pessoa humana.

Em meados do século XX, porém, surgiu, por força do Caso “*Lüht*”²⁰, julgado pelo tribunal Constitucional Alemão, a teoria da eficácia horizontal (*drittwirkung*) dos direitos fundamentais, ao qual o estado não mais é o único protagonista das transgressões aos direitos fundamentais. A forma, o modo e a variedade das agressões aos direitos fundamentais se multiplicaram. Logo, houve a necessidade de redimensionar a doutrina constitucional para viabilizar uma efetiva proteção a esses direitos fundamentais, cuja as relações difusas dificultavam grandemente a proteção efetiva a esses direitos.

Por essas razões, a eficácia horizontal dos direitos fundamentais insere estes direitos nas relações entre particulares, diante das desigualdades entre os indivíduos, a fim de evitar a arbitrariedade de uma parte em relação a outra. Manoel Jorge²¹ aduz que “denomina-se eficácia horizontal dos direitos fundamentais para se contrapor à eficácia vertical, que seria aquela apresentada na conhecida e histórica aplicabilidade de tais direitos no âmbito da relação indivíduo-estado.”

Nos ambientes sociais caracterizados por graves desigualdades sociais e assimetria de poder, é ainda, mais imperioso a incidência dos direitos fundamentais nas relações entre particulares. Excluir as relações privadas desta proteção pelos direitos fundamentais é retirar deste direito a sua capacidade de proteger e proporcionar a dignidade humana.

Há, entretanto, ainda divergências na doutrina contemporânea a respeito de como e em que medida nas relações privadas se dá o alcance da incidência dos direitos fundamentais, posto que, mesmo que em posição “superior” aos cidadãos, não se

²⁰ O caso “*Luht*” tratava-se de um conflito relativo à legitimidade de um boicote contra um filme dirigido pela cineasta Veit Harlan, que abordava o regime nazista organizado em 1950 por Eric Luth, a época presidente do Clube de Imprensa de Hamburgo. A empresa responsável pela distribuição do filme, diante do boicote, obteve decisão judicial determinando a cessação do boicote, com base no § 826 do Código Civil alemão. O referido artigo afirma que “quem causar danos intencionais a outrem, e de maneira ofensiva aos bons costumes, fica obrigado a compensar o dano”. Diante da decisão judicial, contraria a sua vontade, Luth interpôs reclamação constitucional, ao qual foi acolhido, fundamentando que as cláusulas gerais do direito privado, tem que ser interpretadas à luz da ordem de valores prevista na Constituição, de modo a levar em consideração os direitos fundamentais. (SARMENTO, Daniel; GOMES Fábio Rodrigues. A eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares: o caso das relações de trabalho. **Revista do TST**. Brasília. v.77, nº 4, out/dez 2011, p. 69)

²¹ SILVA NETO, Manoel Jorge e. **Curso de direito Constitucional**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 678.

pode equiparar os particulares ao patamar do Estado. Trata-se de uma relação entre particulares, de modo que, a equiparação do particular ao Estado, para fins de submissão aos direitos fundamentais, de forma autoritária, tenderia a restringir em excesso a sua liberdade de agir e de fazer escolhas. Logo, há uma preocupação em garantir a proteção dos direitos fundamentais de um lado, e garantir a tutela da autonomia privada de outro.

Para tanto, foram elaboradas diversas teorias acerca da incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas. Estas, dentro de uma evolução doutrinária, foram partindo-se da mera e simples negação quanto a eficácia perante terceiro, chegando-se gradativamente a discursão sobre em que medida se da essa vinculação dos particulares aos direitos fundamentais.

O presente trabalho irá analisar apenas algumas das teorias que debruçaram sobre o tema: a teoria que nega a eficácia perante terceiro; a teoria da eficácia mediata; a teoria da eficácia imediata; teoria dos deveres de proteção, a da teoria da imputação ao Estado e a teoria integradora de Alexy.

A concepção negativa²² expressa a ideia de que não pode haver a incidência de direitos fundamentais no campo das relações privadas, pois destruiria o princípio da autonomia privada. Para os adeptos, a constituição serviria apenas como limitadora do Poder Público e não abrangeria as relações entre particulares, pois o próprio Código Civil seria capaz de resolver todas as ameaças decorrentes dos atos privados.

Por outro lado, para vincular os direitos fundamentais aos comportamentos dos entes privados, a teoria da eficácia direta ou imediata, foi primeiramente defendida no início da década de 50, pelo autor *Hans Carl Nipperdey*. Entendia, por essa teoria, que mesmo que a Constituição trouxesse alguns direitos fundamentais apenas vinculando ao Estado, não impediria que, diante da ausência de mediação

²² Fala-se em concepção negativa, tendo em vista que há autores que entendem que a teoria *State Action* não nega totalmente a incidência de direitos fundamentais no campo das relações privadas. Segundo Virgílio Afonso da Silva, a teoria da *State Action* não está negando a aplicação dos direitos fundamentais aos privados, contudo, tenta contornar a falta de regulamentação. Assim, a finalidade desta doutrina, é definir em que casos poderia se aplicar, mesmo entendendo que a regra, é que não se apliquem as relações entre particulares. Deste modo, partindo-se desse entendimento, é que o presente trabalho trata em separado desta concepção negativa. (SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares**. São Paulo: Malheiros, p.99-100.)

do legislador, as relações privadas submetessem aos direitos fundamentais ali previstos.

Tal eficácia suprime qualquer tipo de interposição legislativa e viabiliza a fruição do direito fundamental, tão só, decorrente da sua previsão no texto da constituição. Não há necessidade do legislador editar lei, a necessidade é, tão só, que o direito esteja consignado na constituição. Esta corrente defende, portanto, a vinculação direta dos particulares (pessoas físicas ou jurídicas) aos direitos fundamentais, tendo em vista a força normativa da Constituição.

Segundo Daniel Sarmento e Fábio Rodrigues Gomes²³

Os adeptos da teoria da eficácia imediata dos direitos fundamentais nas relações privadas não negam a existência de especificidades nesta incidência, nem a necessidade de ponderar o direito fundamental em jogo com a autonomia privada dos particulares envolvidos no caso. Não se trata, portanto, de uma doutrina radical, que possa conduzir a resultados liberticidas, ao contrário do que sustentam seus opositores, pois ela não prega a desconsideração da liberdade individual no tráfico jurídico-privado, mas antes impõe que seja devidamente sopesada na análise de cada situação concreta.

Os adeptos desta teoria, não defende que mesmo havendo lei disciplinando o conflito privado devam-se aplicar os direitos fundamentais de modo absoluto. Pelo contrário, defende-se que em havendo regulação, deve-se aplicar a norma vigente, ao caso concreto, podendo apenas afastá-la, tão somente, se concluir que está incompatível com os preceitos da Constituição.

Juan Maria Bilbao Ubillos²⁴, defensora da teoria da eficácia imediata nas relações particulares, afirma que diante da natureza específica dos direitos fundamentais, não são todos que possui eficácia direta e imediata, pois é necessário analisar a quem o direito se dirige, seja somente ao Estado, ou ao Estado e particulares ou somente ao particular. A autora defende que um elemento essencial para o desenvolvimento da eficácia imediata é a desigualdade, pois, quanto maior for a desigualdade, maior deve ser a proteção a parte hipossuficiente da relação, independente de ser Estado ou particular. Desta forma, a incidência dos direitos fundamentais é admitida visando prover o equilíbrio entre as partes da relação.

²³ SARMENTO, Daniel; GOMES Fábio Rodrigues. A eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares: o caso das relações de trabalho. **Revista do TST**. Brasília. v.77, nº 4, out/dez 2011, p. 72.

²⁴ UBILLOS, Juan María Bilbao. ¿Em qué medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales? In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

Já a teoria da eficácia indireta (*mittelbare Drittwirkung*) ou eficácia mediata (*indirekte Drittwirkung*) desenvolvida na Alemanha por Günther Dürig, sustenta que os direitos fundamentais são aplicados indiretamente, desde que o poder legislativo edite lei a respeito. Logo, é indireta porque essa aplicação se opera de modo oblíquo, impondo ao legislador esse ônus quanto a implementação da norma garantidora do direito fundamental, por mecanismos típicos de direito privado e não através dos instrumentos de direito constitucional.

Segundo Adriana Wyzykowski²⁵

Dessa maneira, os direitos fundamentais iriam se estender aos particulares apenas mediante a concretização, por parte do legislador privado, de normas compatíveis com valores constitucionais. E é justamente essa a segunda premissa da teoria da eficácia indireta. Cabe ao legislador privado a tarefa de legislar sobre normas de direito privado que sejam compatíveis com a ordem de valores estabelecida no Texto constitucional, em razão da dimensão objetiva dos direitos fundamentais.

Assim, a teoria da eficácia indireta ou mediata impossibilita a aplicação direta dos direitos fundamentais nas relações privadas, pois afetaria a autonomia da vontade e desconfiguraria o direito privado, converter-lhe-ia a uma mera concretização do direito constitucional. Porém, por outro lado, em primeiro plano cabe ao legislador o dever de ponderar, equilibrando os direitos ou valores em conflito. Em segundo plano, diante do caso concreto e da anuência do Poder Legislativo, cabe ao Poder Judiciário, interpretar e aplicar as normas de direito privado,²⁶ sobretudo, as que contêm cláusulas gerais.²⁷

Os adeptos da eficácia indireta dos direitos fundamentais defendem que tais direitos são protegidos na seara privada através de mecanismos típicos do próprio Direito Privado, e não através da Constituição. Os preceitos fundamentais somente se

²⁵ WYZYKOWSKI, Adriana Brasil Vieira. **A Concretização do Direito Fundamental ao Lazer nas Relações de Emprego**. 2012. Dissertação (Mestrado em Relações Sociais e Novos Direitos) - Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia. p.90

²⁶ PESSOA, Flávia Moreira Guimarães. A aplicabilidade direta dos direitos fundamentais nas relações de emprego dentro do novo paradigma do mundo do trabalho. In: PAMPLONA FILHO, Rodolfo e RESEDÁ, Salomão, organizadores. **Direitos Fundamentais e Reflexos nas Relações Sociais**. Salvador: JusPodivm, 2010, p.36

²⁷ Nas palavras de Wilson Steinmetz, “No direito privado, as cláusulas gerais são havidas como recurso interpretativo – aplicativo que o legislador põe à disposição do juiz, para restrição, in concreto, da autonomia privada e do exercício de direitos ou interesses subjetivos legais. Ora, ao “informar” ou “constituir” o conteúdo das cláusulas gerais no caso concreto, os direitos fundamentais operam como limites à autonomia privada. Por essa via, o Poder Judiciário dá eficácia às normas de direitos fundamentais nas relações entre particulares mediante normas e critérios dogmáticos, interpretativos e aplicativos, próprios do direito privado.” (STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos Particulares a Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 147.)

estenderão as relações entre particulares apenas de forma mediata, decorrente de uma atuação do legislador.²⁸

A teoria dos deveres de proteção do Estado surgiu na Alemanha e tem como seu defensor e divulgador, Claus-Wilhelm Canaris. Esta teoria defende que é competência do Estado proteger os direitos fundamentais dos particulares ameaçados pela conduta de outros sujeitos. Traz como premissa de que, primariamente, somente o estado estaria submetido aos direitos fundamentais.

Esta teoria sustenta que o Estado possui duas funções – defensiva e preventiva – ou seja, deve abster-se de violar os direitos fundamentais das partes, como também protege-lo das condutas ofensivas dos particulares.²⁹ Assim, o Estado ao editar normas de Direito Privado, deve se ater aos direitos fundamentais dos particulares, em não viola-lo, bem como, protege-lo.

Os particulares, por sua vez, em razão do exercício da autonomia privada, não se sujeitariam à vinculação desses direitos fundamentais. Deste modo, os atos privados estariam “livres” da obrigação de se conformar com os direitos fundamentais previstos na Constituição. Na verdade, aos particulares está a obrigação de pautar suas condutas as normas elaboradas pelo Poder Legislativo, que, no exercício do seu dever de proteção optou por inserir os direitos fundamentais nas normas privadas.³⁰

Em atenção a teoria dos deveres de proteção trazida por Claus-Wilhelm Canaris, Daniel Sarmiento e Fábio Rodrigues Gomes³¹, fazem uma crítica, entendendo que esta teoria encontra-se inadequada à realidade moderna, bem como, eticamente injustificável. Os autores entendem que apesar de estar negando a vinculação imediata dos particulares aos direitos fundamentais, acaba se contradizendo, pois, somente é possível obrigar que o Estado impeça uma lesão a um direito fundamental causada por um particular, se entender que ao particular não é dada a

²⁸ SARMENTO, Daniel; GOMES Fábio Rodrigues. A eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares: o caso das relações de trabalho. **Revista do TST**. Brasília. v.77, nº 4, out/dez 2011, p. 68

²⁹ *Ibidem*. p. 73

³⁰ SARMENTO, Daniel. A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais no direito comparado e no Brasil. In: DIDIER JR., Fredie (org.). **Leituras Complementares de Processo Civil**. 7.ed, rev. e ampl. Salvador: Juspodvim, 2009, p. 172.

³¹ SARMENTO, Daniel; GOMES Fábio Rodrigues. A eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares: o caso das relações de trabalho. **Revista do TST**. Brasília. v.77, nº 4, out/dez 2011, p.75

prerrogativa de causar aquela lesão. Logo, adotando essa posição está entendendo que o particular também está vinculado aos direitos fundamentais.

A teoria da imputação ao Estado foi desenvolvida por Jurger Schwabe, aborda a responsabilidade do Estado frente a lesão de direitos fundamentais entre particulares. Esta teoria se baseia na ideia de que, ocorrendo uma conduta lesiva de direitos fundamentais entre particulares, a responsabilidade deve ser imputada ao Estado, posto que, em última análise, foi resultado de uma permissão ou não proibição estatal, de modo a ser responsabilizado, por esta ação ou omissão.³²

Para o jurista alemão Robert Alexy, a aplicação dos direitos fundamentais nas relações entre particulares apresenta um problema de construção e de extensão. O problema de construção diz respeito aos efeitos produzidos pelas normas de direito fundamental nas relações entre os cidadãos. Por outro lado, o impasse da extensão, diz respeito a um problema de colisão entre os direitos fundamentais.

Robert Alexy³³ aduz que,

Nenhuma das três teorias transpõe os direitos fundamentais dirigidos contra o Estado para a relação cidadão/cidadão por meio de uma simples troca de destinatários. Todas elas permitem levar em conta o fato de que, na relação cidadão/cidadão, ambos os lados são titulares de direitos fundamentais. Todas elas aceitam uma modulação da força de seus efeitos. Para todas elas a medida do efeito dos direitos fundamentais na relação cidadão/cidadão é, no final das contas, uma questão de sopesamento. [...] Para as três teorias o sopesamento pode levar a regras relativamente genéricas, de acordo com as quais, em determinados âmbitos do direito privado, determinados direitos fundamentais podem ceder totalmente ou em grande medida.

A teoria integradora formulada por Robert Alexy defende a um modelo que integra as três correntes básicas, aparentemente divergentes: teoria da eficácia indireta ou mediata dos direitos fundamentais, teoria da eficácia direta ou imediata e a teoria do deveres de proteção estatais. Para Alexy, existem três níveis: o primeiro trata-se dos deveres do Estado; o segundo nível é dos direitos frente ao Estado e o terceiro situa-se a eficácia imediata de direitos fundamentais nas relações jurídicas entre particulares.³⁴

³² PESSOA, Flávia Moreira Guimarães. A aplicabilidade direta dos direitos fundamentais nas relações de emprego dentro do novo paradigma do mundo do trabalho. In: PAMPLONA FILHO, Rodolfo e RESEDÁ, Salomão, organizadores. **Direitos Fundamentais e Reflexos nas Relações Sociais**. Salvador: JusPodivm, 2010, p.37.

³³ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 532.

³⁴ *Ibidem. loc.cit.*

Para Alexy, no primeiro nível está situada a teoria da eficácia mediata ou indireta, pois cabe ao poder Legislativo e Judiciário, nos seus atos, levar em consideração os direitos fundamentais, pois a incidência destes decorre de uma ordem objetiva de valores. No segundo nível está a teoria dos deveres de proteção, onde se prega que, cabe ao Judiciário, diante dos conflitos entre particulares, levar em consideração os direitos fundamentais. No terceiro nível encontra-se a teoria da eficácia imediata ou direta, de modo que, os direitos fundamentais irão incidir diretamente nas relações entre particulares.

A teoria integradora de Robert Alexy defende, por fim, que é possível a compatibilização entre essas teorias, pois elas atuam em diversos níveis da relação entre particulares. No entanto, cada nível de eficácia conduz a um mesmo resultado, quer seja, a eficácia imediata.³⁵ Observa-se, portanto, que tal teoria consagra o fato de que o direito fundamental deve ser aplicado diretamente nas relações entre particulares.

No cenário brasileiro, a teoria da eficácia horizontal direta e imediata dos direitos fundamentais é amplamente dominante. No Supremo Tribunal Federal, o Ministro Gilmar Mendes, no seu voto, ressaltou que

As violações a direitos fundamentais não ocorrem somente no âmbito das relações entre o cidadão e o Estado, mas igualmente nas relações travadas entre pessoas físicas e jurídicas de direito privado. Assim, os direitos fundamentais assegurados pela Constituição vinculam diretamente não apenas os Poderes Públicos, estando direcionados também à proteção dos particulares em face dos poderes privados.³⁶

³⁵ SARMENTO, Daniel. A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais no direito comparado e no Brasil. In: DIDIER JR., Fredie (org.). **Leituras Complementares de Processo Civil**.7.ed, rev. e ampl. Salvador: Juspodvim, 2009, p. 177.

³⁶ EMENTA: SOCIEDADE CIVIL SEM FINS LUCRATIVOS. UNIÃO BRASILEIRA DE COMPOSITORES. EXCLUSÃO DE SÓCIO SEM GARANTIA DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO. EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS. RECURSO DESPROVIDO. I. EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS. As violações a direitos fundamentais não ocorrem somente no âmbito das relações entre o cidadão e o Estado, mas igualmente nas relações travadas entre pessoas físicas e jurídicas de direito privado. Assim, os direitos fundamentais assegurados pela Constituição vinculam diretamente não apenas os Poderes Públicos, estando direcionados também à proteção dos particulares em face dos poderes privados. II. OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS COMO LIMITES À AUTONOMIA PRIVADA DAS ASSOCIAÇÕES. A ordem jurídico-constitucional brasileira não conferiu a qualquer associação civil a possibilidade de agir à revelia dos princípios inscritos nas leis e, em especial, dos postulados que têm por fundamento direto o próprio texto da Constituição da República, notadamente em tema de proteção às liberdades e garantias fundamentais. O espaço de autonomia privada garantido pela Constituição às associações não está imune à incidência dos princípios constitucionais que asseguram o respeito aos direitos fundamentais de seus associados. A autonomia privada, que encontra claras limitações de ordem jurídica, não pode ser exercida em detrimento ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros, especialmente aqueles positivados em sede constitucional, pois a autonomia da vontade não confere aos particulares, no domínio de sua incidência e atuação, o poder de transgredir ou de ignorar as restrições postas e definidas pela

Consoante extraída na aludida decisão do Excelentíssimo Ministro, a autonomia privada garantida pela Constituição Federal 1988, deve estar em consonância com os princípios constitucionais, a fim de, assegurar o respeito aos direitos fundamentais. O Pretório Excelso,³⁷ defendeu em seu voto, que a autonomia privada não pode ser exercida em dissonância com os direitos e garantias de terceiros, pois não é dado aos particulares o poder de transgredir ou ignorar as regras impostas pela própria Constituição Federal.

A grande preocupação gerada pela aplicação da teoria da eficácia imediata ou direta dos direitos fundamentais nas relações entre particulares reside na colisão entre direitos fundamentais, pois os particulares também são titulares de direito fundamental, de modo a desfrutar de uma autonomia privada constitucionalmente protegida. A solução seria a ponderação no caso concreto. Diante do conflito, cabe ao legislador proteger os direitos fundamentais nas relações privada, sem contudo, desproteger a tutela da autonomia da vontade, a luz de uma consciência social de cada época.

Daniel Sarmento³⁸ esclarece que, “esta primazia do legislador em detrimento do juiz na conformação dos direitos fundamentais em detrimento do juiz na conformação dos direitos fundamentais no âmbito privado conferiria, por outro lado, uma maior segurança jurídica a tráfico jurídico.” Por outro lado, caberia ao Judiciário preencher as lacunas do legislador, levando em consideração os direitos fundamentais.

A aplicabilidade dos direitos fundamentais nas relações entre particulares de forma direta vem ganhando espaço no cenário trabalhista. O próprio alicerce da relação de emprego demonstra a necessidade de atuação dos direitos fundamentais neste tipo de contrato, haja vista que gera uma relação de “dependência” entre os sujeitos da relação. Ou seja, há em verdade uma desigualdade fática, de modo, a surgir diversas ofensas aos direitos fundamentais dos trabalhadores.

própria Constituição, cuja eficácia e força normativa também se impõem, aos particulares, no âmbito de suas relações privadas, em tema de liberdades fundamentais. [...]. RECURSO EXTRAORDINÁRIO DESPROVIDO. RE 201819 / RJ - RIO DE JANEIRO RECURSO EXTRAORDINÁRIO Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Relator(a) p/ Acórdão: Min. GILMAR MENDES, Julgamento: 11/10/2005, Órgão Julgador: Segunda Turma – SFT.

³⁷ *Ibidem*.

³⁸ SARMENTO, Daniel. A vinculação dos Particulares aos Direitos Fundamentais no Direito Comparado e no Brasil. In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). **A nova interpretação constitucional: Ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro, São Paulo: Renovar, 2003. P. 213 – 214.

Verifica-se, portanto, que os envolvidos na relação trabalhista exercem uma relação juridicamente igual, mas faticamente desigual, pois cabe ao empregador o poder econômico. Entretanto, deve ser feita uma aplicação caso a caso, posto que, esta desigualdade fática não se demonstra presente em todas as relações de emprego. Assim, mostra-se primordial a proteção ao hipossuficiente, princípio maior do Direito do Trabalho, como meio de driblar as desigualdades e combater ao uso indiscriminado da autonomia privada.

2.2 ORDEM ECONÔMICA

A expressão “ordem econômica” costuma ser utilizada em diversificados sentidos. Seja empregada para descrever, “a relação entre os fenômenos econômicos e materiais”³⁹, seja o conjunto de normas reguladoras dos comportamentos dos sujeitos econômicos, ou, por fim, seja apenas a ordem jurídica da economia. Segundo Manoel Jorge⁴⁰ no prisma semiológico, a expressão “ordem econômica” traz uma multiplicidade de sentidos que não se confundem, seja a ordem econômica do ser, ou seja, a ordem do dever ser.

A luz dessa tripla conotação, Vital Moreira⁴¹, apresentou o que seja a “ordem econômica.”

- Em um primeiro sentido, ‘ordem econômica’ é o modo de ser empírico de uma determinada economia concreta; a expressão, aqui, é termo de um *conceito de fato* e não de um conceito normativo ou de valor (é conceito do mundo do ser, portanto) [...];
- Em um segundo sentido, ‘ordem econômica’ é a expressão que designa um conjunto de regras de todas as *normas* (ou regras de conduta), qualquer que seja a sua natureza (jurídica, religiosa, moral etc), que respeitam à regulação do comportamento dos sujeitos econômicos; é o sistema normativo (no sentido sociológico) da ação econômica;
- Em um terceiro sentido, ‘ordem econômica’ significa ordem *jurídica* da economia.

Para Manoel Jorge⁴² a ordem econômica, traduzida da leitura do art. 170 da Constituição Federal 1988 é um plexo normativo, a qual está estabelecido um

³⁹ LIMA, Talita. **A responsabilidade civil por dumping social nas relações de trabalho no direito brasileiro**. 2011. Monografia (Curso de Graduação em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Salvador, p. 20.

⁴⁰ SILVA NETO, Manoel Jorge e. **Direito Constitucional econômico**. São Paulo: LTr. 2001, p. 134.

⁴¹ MOREIRA, Vital. **A ordem jurídica do capitalismo**. Coimbra. Centelha, 1973, p. 67-71.

⁴² SILVA NETO, Manoel Jorge e. *op.cit.* p. 135

modelo econômico e sua forma de atuação na intervenção do Estado no domínio econômico.

A Constituição da República Federativa do Brasil estabelece, no art. 170 os objetivos fundamentais da ordem econômica da República, bem como, os seus princípios limitadores. A Constituição no referido artigo visa, num primeiro momento, determinar o modo econômico da sociedade brasileira, de como o sistema econômico deve se organizar, a fim de atingir os objetivos da ordem econômica. Ou seja, a ordem econômica deve ser fundada na livre iniciativa e na valorização do trabalho humano, deste, que estejam assegurados os direitos fundamentais, a dignidade humana e a justiça social.

Segundo Eros Roberto Grau⁴³ o art. 170 deve ser lido no sentido de que a Constituição impõe um dever que as atividades econômicas devem seguir. Ou seja, para ele, o enunciado estabelece que

As relações econômicas – ou a atividade econômica – deverão ser (estar) fundadas na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tendo por fim (fim delas, relação econômica ou atividade econômica) assegurar a todos a existência digna, conforme os ditames da justiça social.

Assim, para Roseli de Fatima e Marcos Antônio⁴⁴ a Constituição ao se referir à ordem econômica sob o prisma dos princípios fundamentais, não pretende romper com o capitalismo, mas que deve haver um equilíbrio a fim de alcançar os fins sociais perseguidos pelo estado.

2.2.1 Evolução

O modelo de Estado Democrático de Direito proposto pela Constituição da República de 1988, social e democrático na sua essência, constituiu um marco às garantias e direitos fundamentais. É a partir da concretização do Estado Social e democrático de Direito que se permite consolidar a proteção a dignidade da pessoa humana e a ordem econômica, dentre outros princípios, que passam a ganhar um papel de

⁴³ GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. 15ª ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 66

⁴⁴ BIALESKI, Roseli de Fátima. VILLATORE, Marcos Antônio César. Novas considerações sobre a ponderação entre os direitos fundamentais do trabalhador e o poder diretivo do empregador à luz da ordem econômica constitucional. **Revista dos Tribunais**, São Paulo: Ano 36, n. 139, jul.-set. 2010, p. 161.

extrema importância, como forma de (re) estruturar as relações sociais e com vistas à garantia da justiça social.

Para atingir o Modelo de Estado Social e Democrático de Direito, foi preciso que a ordem constitucional econômica tivesse uma certa evolução, passando por outros âmbitos do constitucionalismo. Assim, para se alcançar este estado de evolução foi necessário um grau de atuação do Estado na atividade econômica. Esta evolução, portanto, que será explanada a seguir.

O Estado liberal ou mínimo surge da confluência de forças da burguesia na superação do poder feudal na metade do século XVIII. Tem-se, portanto, a chamada “revoluções liberais”, a qual tem os primeiros estados democráticos liberais. O estado liberal tinha como premissa o estado não interventor, cabendo ao estado apenas o papel de garantidor e não de provedor dessa autonomia, pois considerava a liberdade individual essencial para o alcance da satisfação do homem.

Segundo Ricardo Maurício⁴⁵

O liberalismo baseava-se, portanto, na livre circulação da riqueza, figurando o contrato como o instrumento jurídico capaz de viabilizar as transações econômicas, alimentando a crença de que os acordos contratuais permitiriam o equilíbrio harmônico dos interesses, sem a necessidade de que o Estado interviesse no mercado, espaço cativo das operações privadas.

No estado liberal, nas lições de Eros Roberto Grau⁴⁶, as constituições liberais não tinham necessidades de dispor de normas expressas para a o ordem econômica constitucional, pois não precisava de reparos o mundo do ser, uma vez que bastava o que já havia disciplinado constitucionalmente sobre a propriedade privada e à liberdade contratual, bem como as normatizações infraconstitucionais do capitalismo concorrencial.

Neste contexto, Roseli de Fatima e Marcos Antônio⁴⁷ afirma que

O sistema jurídico do estado liberal defende a autonomia da vontade na atividade econômica e a separação do direito em dois: público e privado. O direito público não disciplina assunto da economia, não trata da atividade

⁴⁵ SOARES, Ricardo Maurício Freire. **A ordem constitucional econômica: balanço dos 20 (vinte) anos de vigência da Constituição brasileira de 1988.** Disponível em: <<http://brasiljuridico.com.br/artigos/a-ordem-constitucional-economica--balanco-dos-20-vinte-anos-de-vigencia-da-constituicao-brasileira-de-1988.-por-ricardo-mauricio>> Acesso em: 24 maio. 2015, p. 2.

⁴⁶ GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988.** 15ª ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 71.

⁴⁷ BIALESKI, Roseli de Fátima. VILLATORE, Marcos Antônio César. Novas considerações sobre a ponderação entre os direitos fundamentais do trabalhador e o poder diretivo do empregador à luz da ordem econômica constitucional. Revista de direito do trabalho. **Revista dos Tribunais**, São Paulo: Ano 36, n. 139, jul.-set. 2010, p. 158

econômica, restringindo-se a estabelecer regras de interesse coletivo. Valoriza-se a autonomia privada dos agentes econômicos pelo livre jogo da livre-iniciativa, concorrência liberal entre os indivíduos. Cabe ao direito privado estabelecer a ordem econômica jurídica da atividade econômica.

Assim, as constituições liberais se restringiam apenas a retratar a estrutura do estado, além de resguardar os direitos individuais da população, sem que normas fossem elaboradas a fim de impedir a dinâmica natural do sistema econômico. Para André Ramos Tavares⁴⁸ o Estado liberal tem como sua principal manifestação econômica o dogma da livre-iniciativa concedendo a qualquer indivíduo a liberdade de exercer atividade econômica sem qualquer restrição, condicionamento ou imposição descabida do estado.

Talita Lima⁴⁹, discorre que o Estado liberal, fundado no *laissez faire, laissez passer*, não tinha a pretensão de reduzir as desigualdades, tendo em vista a doutrina de Adam Smith. Nesse diapasão, se entendia que era desnecessária intervenção estatal, pois, de acordo com Adam Smith, a “mão invisível” ficaria responsável por equilibrar o sistema. Assim, mesmo que o sujeito, movido por sentimento egoístico, utiliza-se seu capital de outro modo, o empreendimento naturalmente sofreria reflexos para a coletividade.

Por outro lado, ocorre que os princípios estabelecidos na Declaração dos direitos do homem e do cidadão de 1789, como da liberdade, igualdade e da fraternidade, restringiam-se apenas a classe burguesa, restando claro, que a liberdade individual preconizada pelo Estado Liberal, não atingia a todos de forma igualitária, mas provocava a exploração da burguesia sobre o proletariado. Neste cenário, após varias criticas, o estado liberal entrou em declínio, não mais cabendo falar no estado não interventor. O estado então passava a assumir obrigações positivas, consubstanciadas nos direitos sociais.

A progressiva substituição do estado liberal não intervencionista por um estado social intervencionista foi impulsionada pelo fortalecimento do movimento operário, a formação dos primeiros sindicatos e pela crise estrutural do sistema financeiro

⁴⁸ TAVARES, André Ramos. **Direito Constitucional econômico**. 3. Ed. São Paulo: Método, 2011, p.47.

⁴⁹ LIMA, Talita. **A responsabilidade civil por dumping social nas relações de trabalho no direito brasileiro**. 2011. Monografia (Curso de Graduação em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Salvador, p. 22.

capitalista, que passou a corrigir os abusos do poder econômico, sem contudo, não deixar de proteger os cidadãos hipossuficientes.⁵⁰

Com base na doutrina de Dallari trazida por Lenio Luiz Streck e José Luis Bolzan de Moraes⁵¹, existem alguns fatores históricos que ensejaram a queda do estado liberal para a ascensão do Estado interventor: a) a revolução industrial; b) a primeira guerra mundial acelerando os fatores de desagregadores; c) a crise de 1929 e a depressão em face da necessidade de uma intervenção estatal na economia que resultaram na política social *de Roosevelt* e o *New Deal* americanos; d) a segunda guerra mundial impondo a intervenção estatal; e) as crises cíclicas que repercutia no comportamento da economia; f) os movimentos sociais; g) o advento das liberdades sociais em substituição das liberdade negativas.

Com a derrubada do Estado Liberal, em meio a esses fatores históricos, com as práticas intervencionistas, tem-se o advento do Estado de Bem Estar Social com a Constituição Mexicana de 1917 e a Constituição de Weimar de 1919. Com o Estado Social tem-se, portanto, a intervenção do Estado na econômica, de modo a desenvolver políticas econômicas que buscassem melhores condições mínimas de subsistência do indivíduo.

Para André Ramos Tavares⁵²

A concepção de Estado liberal gerou, em momentos críticos da humanidade, uma situação insuportável, de modo que, mesmo em países de imensa tradição liberal e capitalista, passou-se a admitir a necessidade de intervenção do Poder Público no mercado e na economia, ainda que extremamente restrita ou em setores específicos e predeterminados. A demanda por um Estado interventor, desta feita, decorre da existência de falhas na concepção – utopia – liberal da economia.

Com efeito, o ideário social o Estado passou a desempenhar um papel primordial - o intervencionismo, visando corrigir os erros do Estado liberal, de modo a colocar como destaque da função do Estado as questões sociais. Segundo Manoel Jorge⁵³ o Estado Social surge com o intuito de consolidar o modelo potestativo dos trabalhadores e regular a atividade econômica, impondo limites aos agentes

⁵⁰ SOARES, Ricardo Maurício Freire. **A ordem constitucional econômica: balanço dos 20 (vinte) anos de vigência da Constituição brasileira de 1988.** Disponível em: <<http://brasiljuridico.com.br/artigos/a-ordem-constitucional-economica--balanco-dos-20-vinte-anos-de-vigencia-da-constituicao-brasileira-de-1988.-por-ricardo-mauricio>> Acesso em: 24 maio. 2015, p. 3.

⁵¹ STRECK, Lenio Luiz; BOLZAN, José Luis de Moraes. **Ciência Política e Teoria do Estado.** 6.ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2003, p.66/67.

⁵² TAVARES, André Ramos. **Direito Constitucional econômico.** 3. Ed. São Paulo: Método, 2011, p.49.

⁵³ SILVA NETO, Manoel Jorge e. **Direito Constitucional econômico.** São Paulo: LTr. 2001, p. 147.

econômicos que prejudicavam a livre concorrência com práticas abusivas em virtude da formação de monopólios e oligopólios.

Pode-se dizer, portanto, que os direitos sociais, econômicos e culturais foram formalmente reconhecidos (positivados). O Estado assumiu responsabilidades sociais, como a previdência, habitação e a assistência social, bem como, atuou como empresário substituto em diversos setores, como minério e siderúrgica.⁵⁴ Nesse momento é se tem o advento da segunda geração⁵⁵ dos direitos fundamentais, que impõe ao estado o implemento de políticas públicas intervencionistas, a fim de assegurar condições materiais mínimas.⁵⁶

Lenio Luiz Streck e José Luis Bolzan de Moraes⁵⁷

A atuação do Estado passa a ter um conteúdo de *transformação do status quo*, a lei aparecendo como um instrumento de *transformação* por incorporar um papel simbólico prospectivo de manutenção do espaço vital da humanidade. Desta forma, os mecanismos utilizados aprofundam *paroxisticamente* seu papel promocional, mutuando-o em transformador das relações comunitárias. O ator principal passa a ser coletividades difusas a partir da compreensão da partilha comum de destinos.

Contudo, o intervencionismo estatal não fez desaparecer todos os problemas decorrentes do estado liberal, posto que esses problemas estavam intrinsecamente relacionados a prática do Estado de Direito, uma vez que para que se atinja a efetivação dos direitos sociais, depende-se de políticas públicas que conseqüentemente dependem de verbas governamentais, de modo a resultar em uma série de dificuldades.

André Ramos⁵⁸ afirma que o estado não tinha capacidade para atuar no cenário de concorrência, tendo em vista o período vivido da globalização, decorrente da dificuldade de controlar a máquina pública, resultando na ineficiência do modelo intervencionista-social.

⁵⁴ TAVARES, André. *Op.cit.* p. 57

⁵⁵ Vide subitem 2.1.1

⁵⁶ Segundo Daniel Sarmiento, “não bastava mais o mero reconhecimento formal das liberdades humanas, sendo necessário assegurar as condições materiais mínimas para que tais liberdades pudessem ser efetivamente desfrutadas pelos seus titulares. Portanto, aquele que era, na lógica do liberalismo, o inimigo número um dos direitos humanos, passa à condição de agente promotor destes direitos. (**Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. 2 ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008, p. 19)

⁵⁷ STRECK, Lenio Luiz; BOLZAN, José Luis de Moraes. **Ciência Política e Teoria do Estado**. 6.ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2003, p. 98

⁵⁸ TAVARES, André. *Op.cit.* p. 59

Ainda, para Daniel Sarmiento⁵⁹ no que se refere ao Estado liberal individualista, este, em prol da coletividade deveria ter seus excessos eliminados. Contudo, no Estado intervencionista, também, o indivíduo não poderia ficar subordinado aos interesses da coletividade, pois estaria representando o totalitarismo.

Diante as crises vivenciadas pelos Estados na década de 1980 foram criados novos parâmetros, que fizeram com que o intervencionismo retrocedesse, tendo em vista a desregulamentação de vários mercados, o movimento da privatização das empresas, em especial dos serviços básicos, trazendo à tona o neoliberalismo e os direitos fundamentais de terceira geração.⁶⁰ Para André Ramos Tavares⁶¹ o modelo neoliberal é instituído pela presença do estado sobre a economia. O que há é uma revalorização das forças do mercado, a qual se busca um estado financeiramente mais equilibrado, justo, contudo, reduzindo os encargos sociais, mas sem afastar totalmente o estado da prestação de serviço essencial.

A Constituição Federal de 1988, por sua vez, prega a ordem econômica pautada na promoção da dignidade da pessoa humana e da justiça social, adotando portanto, o modelo de bem estar social, com um traço intervencionista do estado, indo em sentido inverso do modelo adotado no século XX.

2.2.2 A ordem econômica: análise do art. 170 da Constituição da República

O modelo de produção capitalista, adotado pela Constituição Federal 1988, ao trazer a ordem econômica no art. 170, enfatiza-se a valorização do trabalho humano e a livre iniciativa, como forma de manter a economia brasileira, bem como assegurar a todos um mínimo existencial, dando efetividade as garantias fundamentais do ser humano, no intuito de proporcionar o bem-estar social ou melhoria da qualidade de vida.

⁵⁹ SARMENTO, Daniel. Os direitos fundamentais nos paradigmas Liberal, Social e Pós-Social –(pós-modernidade constitucional?). **Crises e desafios da Constituição: Perspectivas críticas da teoria e das práticas constitucionais brasileiras**. SAMPAIO, José Adércio Leite et al (Coord.). Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 396

⁶⁰ LIMA, Talita. **A responsabilidade civil por dumping social nas relações de trabalho no direito brasileiro**. 2011. Monografia (Curso de Graduação em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Salvador, p. 24.

⁶¹ TAVARES, André Ramos. **Direito Constitucional econômico**. 3. Ed. São Paulo: Método, 2011. p.61.

Roseli de Fátima e Marcos Villatore⁶² alude que a constituição de 1988 tem como objetivo fundamental consagrar o processo econômico com base nos princípios fundamentais. Não se pretende romper com o capitalismo, mas que devendo ter uma atividade econômica a luz da valorização do trabalho humano, da dignidade da pessoa humana, da livre iniciativa e a justiça social.

O art. 170 caput da Constituição Federal de 1988 preceitua que: “a ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social [...],” de modo que a liberdade imposta a economia brasileira, está, por outro lado, limitada à valorização do trabalho humano, com fim a assegurar a existência digna e a justiça social.

Deste modo, o dispositivo da Constituição Federal 1988, ao estabelecer o modo econômico da sociedade, está se referindo ao modo de ser da economia, ou seja, a forma como sistema econômico deve se comportar para alcançar os objetivos da ordem econômica. Por outro lado, fazendo uma interpretação por outro ângulo, tomando como base que a constituição impôs um dever as relações econômicas, percebe-se a normatividade do enunciado do art. 170, posto que a ordem econômica deve ser fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, a fim de assegurar a dignidade humano e a justiça social.⁶³

A ordem econômica regulamentada na Constituição Federal 1988, fundada nas bases principiológicas da justiça social e da igualdade substantiva, não despreza a atividade econômica dos particulares, resguardando a estes o princípio da liberdade de iniciativa e de concorrência, não rompendo, portanto, com o capitalismo. Nesse sentido, vale destacar a lição de Roseli de Fátima e Marcos Villatore⁶⁴, “a atividade econômica, fundada no princípio da livre-iniciativa e da concorrência, não é ilimitada, absoluta, uma vez que encontra-se como limites os demais direitos e garantias fundamentais.”

⁶² BIALESKI, Roseli de Fátima. VILLATORE, Marcos Antônio César. Novas considerações sobre a ponderação entre os direitos fundamentais do trabalhador e o poder diretivo do empregador à luz da ordem econômica constitucional. *Revista de direito do trabalho. Revista dos Tribunais*, São Paulo: Ano 36, n. 139, jul.-set. 2010, p. 161.

⁶³ LIMA, Talita. **A responsabilidade civil por dumping social nas relações de trabalho no direito brasileiro**. 2011. Monografia (Curso de Graduação em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Salvador, p. 26.

⁶⁴ BIALESKI, Roseli de Fátima. VILLATORE, Marcos Antônio César. *Op.cit.* p. 162.

2.2.3 Fundamentos formadores da ordem econômica

A ordem econômica referida na Constituição Federal de 1988, visando regular a economia brasileira, tem por premissa a valorização do trabalho humano e a livre iniciativa, de modo a assegurar uma existência digna a todos, atendidos os requisitos da justiça social. Não se trata de uma política de igualitarismo, não se quer tratar todos de modo igual, mas proporcionar condições para que tenham condições de se desenvolverem.

O art. 170⁶⁵, da Constituição traz não apenas os fundamentos da ordem econômica, mas seus objetivos a serem alcançados por meio da implementação das atividades econômicas. Para André Ramos Tavares⁶⁶, “ao falar em finalidade, a Constituição expressamente está a ressaltar o caráter ou a carga, mais propriamente dita, programática, da norma, como objetivo a ser buscado.”

Ao analisar o dispositivo da Constituição, verifica-se um rol extenso de princípios da ordem econômica constitucional, tais como: a soberania nacional econômica, propriedade privada; a função social da propriedade; a valorização do trabalho humano; a livre concorrência; a defesa do consumidor; a defesa do meio ambiente; a redução das desigualdades regionais e sociais; a busca do pleno emprego e o tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte.

O presente trabalho não irá abranger todos os princípios indicados no art.170 da Constituição Federal, apenas atentará ao exame do princípio da livre concorrência e da valorização do trabalho.

⁶⁵ Constituição Federal de 1988, Art. 170: I - soberania nacional; II - propriedade privada; III - função social da propriedade; IV - livre concorrência; V - defesa do consumidor; VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação; VII - redução das desigualdades regionais e sociais; VIII - busca do pleno emprego; IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País. Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.

⁶⁶ TAVARES, André Ramos. **Direito Constitucional econômico**. 3. Ed. São Paulo: Método, 2011, p. 126.

2.2.3.1 Livre iniciativa: princípio da livre concorrência

A Constituição Federal de 1988 consagrou como princípio constitucional e como fundamento da República Federativa do Brasil, a livre iniciativa. Logo em seu art. 1º, inciso IV⁶⁷ trata-a como “um dos fins da nossa estrutura política,” ou seja, “um dos fundamentos do próprio Estado Democrático de Direito.”⁶⁸ Além de fundamento da República Federativa do Brasil, a livre iniciativa está consagrada como princípio instrutivo e fundante da ordem econômica, com previsão expressa no *caput* do artigo 170⁶⁹, de modo a coloca-la ao lado da valorização do trabalho humano.

André Ramos de Tavares⁷⁰ afirma que a livre iniciativa é fundamento da própria República Federativa do Brasil, bem como da ordem econômica. Isto permite que a livre iniciativa, como forma de comércio capitalista, seja um meio legítimo que os agentes possam se valer.

A liberdade de iniciativa, em primeira análise, envolve a liberdade econômica⁷¹. Contudo, a livre iniciativa trazida pela Constituição deve ser entendida de forma ampla, compreendendo todas as formas de organização econômica, individuais ou coletivas, como a de empresa (indústria e comércio) e a liberdade de contrato, sendo considerado um princípio básico do liberalismo econômico.

André Ramos⁷² conclui que

É possível estabelecer a liberdade de iniciativa no campo econômico como constituída pela liberdade de trabalho (incluindo o exercício das mais diversas profissões) e de empreender (incluindo o risco do empreendedorismo: o que produzir, como produzir, quanto produzir, qual o preço final), conjugada com a liberdade de associação, tendo como

⁶⁷ Constituição Federal de 1988, Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

⁶⁸ BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito econômico**. São Paulo: Celso Bastos, 2004, p. 115.

⁶⁹ Constituição Federal de 1988, Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

⁷⁰ TAVARES, André Ramos. **Direito Constitucional econômico**. 3. Ed. São Paulo: Método, 2011, p. 235.

⁷¹ Eros Grau reconhece que a livre iniciativa, consagrada no art 5, IV da Constituição Federal de 1988 não pode ser reduzida à ideia de liberdade econômica ou de iniciativa econômica. A “ livre iniciativa não se resume, ai, a “princípio básico do liberalismo econômico” ou a “liberdade de desenvolvimento da empresa” apenas – à liberdade única do comércio, pois. Em outros termos: não se pode visualizar no princípio tão somente uma afirmação do capitalismo. (GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. 15ª ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 200)

⁷² TAVARES, André Ramos. **Direito Constitucional econômico**. 3. Ed. São Paulo: Método, 2011, p. 237.

pressuposto o direito de propriedade, a liberdade de contratar e de comerciar.

A liberdade de iniciativa, na concepção liberal, sob a perspectiva pura, vem a ser um conglomerado de ideias, ou concepções, de forma ampla, de modo a abranger o homem e os fundamentos da sociedade, com o fim de alcançar o pleno desfrute da igualdade e das liberdades individuais frente ao Estado. Portanto, tem-se na liberdade de iniciativa a consagração, tão somente, a liberdade de exercer à atividade econômica sem imposição de limites e rédeas do Estados, abraçado apenas pela autonomia absoluta da vontade das partes.⁷³

Nessa perspectiva pura, Carvalhosa⁷⁴, afirma que é a liberdade que o empreendedor tem de escolher a combinação de fatores produtivos, de acordo com o seu critério de conveniência, sem que haja a interferência, por meio de concessão de subsídios, preços políticos, isenções fiscais, por parte do Poder público, de modo a interferir na vontade das partes. Desta forma, entende que essa fase de capitalização industrial deve ser regulada pelo contrato, logo, pela autonomia da vontade das partes envolvidas.

O modelo estatal consagrado pela Constituição de 1988 não admite a liberdade de iniciativa de forma plena, em face dos preceitos constitucionais que estabelecem uma série de limitações O ordenamento jurídico só possibilita a livre iniciativa quando observados os limites impostos pelo Texto Constitucional, ou seja, desde que fundada pela justiça social e pela dignidade da pessoa humana.

A livre iniciativa sem freios, sem limites, não mais é coadunada pelo ordenamento atual. Deste modo, para que seja assegurada a livre iniciativa é essencial a observância dos limites estabelecidos pela Constituição Federal, especialmente quanto a liberdade de contratar, conforme previsto no artigo 7º⁷⁵, a tratar dos direitos dos trabalhadores. Esses contornos impostos a livre iniciativa, se fundamentam com base na necessidade de garantir a efetivação da justiça social e do bem estar social, visando alcançar a plenitude da dignidade da pessoa humana.

⁷³ BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito econômico**. São Paulo: Celso Bastos, 2004, p. 115.

⁷⁴ CARVALHOSA, Modesto *apud* TAVARES, André Ramos. *op.cit.* p. 237.

⁷⁵ Constituição Federal de 1988. Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: I - relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos; [...]

Afirma André Tavares⁷⁶ que a livre iniciativa possibilita o autodirecionamento econômico dos particulares, contudo, é ao mesmo tempo imposto a necessidade de se submeter as limitações impostas pelo Poder Público, quando for o caso. A liberdade somente será ampla, quando não houver lei regulando. Assim, entende-se que a regra geral é a liberdade, e para que ela sofra limitações deve ser por meio da própria Constituição ou por Lei, conforme preconizado no art. 5º, II da CF, ao dizer que “II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.”

A conexão do princípio da liberdade de ação ao princípio da livre iniciativa, para Manoel Jorge⁷⁷, permite que somente a autoridade competente estabeleça as restrições à atividade econômica. Assim, não cabe, portanto, as empresas privadas, a obediência aos comandos que não estejam amparados por lei em sentido formal. A atividade econômica, deste modo, encontra-se submetida à regulamentação estatal e não à regência, logo, é permitido ao estado fixar diretrizes e acompanhá-las, porém, não pode deixar os indivíduos com pouco ou nenhuma liberdade.

A livre iniciativa conforme estruturada na Constituição Federal de 1988 somente poderá ser considerada legitimamente exercida quando voltada à realização da dignidade humana, bem como a promoção da justiça social, a fim de promover a democracia social.

2.2.3.2 Valorização do trabalho humano

A primeira ideia de valorização do trabalho humano no constitucionalismo brasileiro foi na constituição de 1946, declarava no art. 145 que “a ordem econômica deve ser organizada conforme os princípios da justiça social, conciliando a liberdade de iniciativa com a valorização do trabalho humano.”⁷⁸ Sendo mantida pelas demais constituições promulgadas no Brasil. Ainda, para Manoel Jorge⁷⁹ o trabalho é fonte de

⁷⁶ TAVARES, André Ramos. **Direito Constitucional econômico**. 3. Ed. São Paulo: Método, 2011, p. 237.

⁷⁷ SILVA NETO, Manoel Jorge e. **Direito Constitucional econômico**. São Paulo: LTr. 2001, p. 96

⁷⁸ *Ibidem*, p. 95

⁷⁹ *Ibidem*, p. 96.

realização material, moral e espiritual, de modo que não pode ele ser interpretado como um mero fator produtivo.

A Constituição Federal de 1988 diante da hipossuficiência do empregado destinou uma proteção especial ao trabalho humano. De modo que, o empregado não pode ser tratado como um fator de produção, estabelecendo assim no seu art.7º que é direito de todos os brasileiros “além de outros que visem à melhoria de sua condição social:” a “relação de emprego [...]”.

Nas palavras de Jorge Luiz Souto Maior⁸⁰,

O reconhecimento da centralidade do trabalho subordinado também não é mero incidente de redação. Retrata, isso sim, a realidade das relações entre capital e trabalho em um país movido pela lógica da exploração da mão de obra mediante persecução de lucro. Uma lógica compatível com o sistema capitalista de produção que adotamos e que encontra no privilégio constitucional à relação jurídica de emprego o seu limite.

Na condição de inferioridade que o trabalhador se encontra perante o capital, a fim de alcançar a justiça social proposta pela Constituição Federal 1988, se fez necessário a criação de normas protetivas⁸¹, com o fim de atingir um mínimo de igualdade. A valorização do trabalho, só atingiria seu “ápice”, se fossem criadas normas jurídicas a fim de proteger os trabalhadores dos possíveis abusos do empregador.

Segundo Leandro Fernandez Teixeira⁸², para à formação, manutenção e desenvolvimento das organizações sociais, o trabalho é um elemento indispensável. Pois, além de garantir efetividade a dignidade humana, o trabalho representa um acréscimo de utilidade social.

A Constituição Federal ao garantir a ordem econômica, no art. 170, prevê como pilar o trabalho humano e a livre iniciativa, a fim de assegurar a todos uma existência

⁸⁰ MAIOR, Jorge Luiz Souto. **Dumping social nas relações de trabalho**. São Paulo: LTr, 2014, p. 51

⁸¹ O Princípio da proteção, se consubstancia numa tutela jurídica destinada ao alcance de melhores condições de trabalho. Segundo Mauricio Godinho Delgado, este princípio informa “que o direito do Trabalho estrutura em seu interior, com suas regras, institutos, princípios e presunções próprias; uma teia de proteção à parte hipossuficiente na relação empregatícia – o obreiro -, visando retificar (ou atenuar), no plano jurídico, o desequilíbrio inerente ao plano fático do contrato de trabalho. (DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho** 11. Ed São Paulo. LTr. 2012, p. 193) Ainda, Plá Rodrigues afirma que no direito do trabalho “a preocupação central parece ser a de proteger uma das partes com o objetivo de, mediante essa proteção, alcançar-se uma igualdade substancial e verdadeira entre as partes.” (RODRIGUEZ, Américo Plá. **Princípios do Direito do Trabalho**. 3 ed. São Paulo: Ltr, 2000, p. 83)

⁸² TEIXEIRA, Leandro Fernandez. **A prática de dumping social como um fundamento de legitimação de punitive damages, em uma perspectiva da Análise Econômica do Direito**. 2012. Dissertação (Mestrado em Relações Sociais e Novos Direitos) - Faculdade de Direito. Universidade Federal da Bahia, 2012, p. 71.

digna, conforme os ditames da justiça social, observando, e dentre outros, o princípio da busca pelo pleno emprego. Ainda, ao estabelecer a ordem social, no art. 193, utiliza-se como base o trabalho humano e como objetivo o bem estar social e a justiça social.

Por fim, a Constituição estabelece que a Ordem Social tem como base o primado do trabalho humano e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais (art. 193, CF), demonstrando assim, que como princípio fundamental e como fundamento da República Federativa do Brasil devem estar atrelados a dignidade da pessoa humana, o valor social do trabalho e a livre iniciativa, sem os quais não se pode falar em justiça social.

Essa preocupação da Constituição Federal com a justiça social, de modo a intervir na economia, não representa um desprezo ao mercado. A liberdade para o desenvolvimento econômico é incentivada, contudo, encontra freios a fim de proteger os direitos fundamentais dos trabalhadores, de forma a evitar a exploração do homem.

2.2.4 Finalidades da ordem econômica

Consoante se depreende da leitura do art. 170, caput, da Constituição Federal, nele se albergam, não apenas os fundamentos da ordem econômica, mas igualmente, o constituinte consagrou as suas finalidades, ou seja, os objetivos a serem alcançados diante da implementação de seus ditames econômicos. E nesses termos, consoante a Carta Magna, o objetivo é dúplice: a existência digna e a justiça social. Cada um desses objetivos será isoladamente examinado a seguir.

2.2.4.1 A dignidade da pessoa humana como fundamento inspirador da ordem econômica constitucional.

O princípio da dignidade da pessoa humana encontra-se em diversos artigos da Constituição Federal de 1988. Logo no seu art. 1º, inciso III, traz a dignidade da pessoa humana, como o fundamento do Estado Democrático de Direito. Ainda na

Constituição, em seu art. 170, traz o mesmo, só que como princípio regulador da ordem econômica. Trata-se, em ambos os casos de um direito à vida digna. Destarte, não resta dúvida de que o rol de direitos trabalhistas previstos no art. 7º da Constituição Federal estão ali elencados decorrentes do princípio da dignidade da pessoa humana.

A dignidade da pessoa humana é uma qualidade irrenunciável e inalienável do todo e qualquer ser humano, sendo ela intrínseca e inerente à própria pessoa humana, independente da concessão do Estado. Ainda assim, pode-se afirmar que é algo que não pode ser transferido, ou doado, não podendo se reduzir a um mero direito.

Assim, Ingo Wolfgang Sarlet⁸³, define a dignidade da pessoa humana,

como qualidade intrínseca da pessoa humana, é algo que simplesmente existe, sendo irrenunciável e inalienável, na medida em que constitui elemento que qualifica o ser humano como tal e dele não pode ser destacado, de tal sorte que não se pode cogitar na possibilidade de determinada pessoa ser titular de uma pretensão a que lhe seja concedida a dignidade. Esta é, portanto, como elemento integrante e irrenunciável da natureza da pessoa humana, é algo que se reconhece, respeita e protege, mas não que possa ser criado ou lhe possa ser retirado, já que existe em cada ser humano como algo que lhe é inerente. Não é, portanto, sem razão que se sustentou até mesmo a desnecessidade de uma definição jurídica da dignidade da pessoa humana, na medida em que, em última análise, se cuida do valor próprio, da natureza do ser humano como tal.

Diante do fato da Carta Magna fundamentar o Estado democrático sob a ótica da dignidade da pessoa humana, além de implicar no reconhecimento da liberdade, implica também nas garantias mínimas proporcionadas pelo próprio Estado à pessoa humana, de modo que, cabe a ordem econômica observar, ao estar diante de extremas desigualdades o atendimento dessa existência digna.⁸⁴ Assim, o princípio da dignidade da pessoa humana funciona como um limitador da ordem econômica, conforme art. 170 da Constituição Federal.

Depreende-se, portanto, que somente haverá a observância da dignidade da pessoa humana, se forem asseguradas condições mínimas para uma existência digna, de forma que a intimidade e a identidade do indivíduo não sejam objeto de ingerências indevidas, bem como haja a garantia da igualdade, indistintamente para todos. Isso porque a igualdade e a dignidade devem andar lado a lado, embasando os direitos humanos.

⁸³ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988** 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 100-101

⁸⁴ FURTADO, Emmanuel Teófilo. Sentido ontológico do princípio da dignidade da pessoa humana e o trabalhador. **Revista de Direito do Trabalho**, São Paulo, n. 121, jan.\mar. 2006, p.30.

Emmanuel Teófilo é um dos autores que entende a dignidade da pessoa humana como sendo um princípio dotado de caráter absoluto, de modo a unificar todos os demais direitos fundamentais, sendo tal princípio fonte de interpretação de todos os princípios e leis existentes no ordenamento jurídico brasileiro. Da mesma forma, José Afonso da Silva⁸⁵ aduz que “a dignidade da pessoa humana é dotada, ao mesmo tempo, da natureza de valor supremo, princípio constitucional fundamente e geral que inspiram a ordem econômica.” Logo, ele entende que por está na base de toda vida nacional (político, social, econômica e cultura), garante a sua natureza de valor supremo.

Na concepção de Emmanuel Kant⁸⁶ a ideia de dignidade humana, também está ligada a um caráter absoluto. Associa-se a noção de autonomia da vontade. Defende o autor, que toda pessoa enquanto ser racional possui dignidade. Trata-se de um valor inato ao homem. Logo, entende-se que “o ser humano é digno porquanto dotado de razão”.⁸⁷

Contudo, esse não é um entendimento unanime, a exemplo de André Ramos Tavares, Robert Alexy e Ingo Wolfgang Sarlet, que entende não ser possível tratar a dignidade da pessoa humana como um direito absoluto.

Para Alexy⁸⁸, o que ocorre é um precipitação dos autores que defendem o caráter absoluto, por entender que o fato de existir uma serie de condições em que o princípio da dignidade da pessoa humana se sobrepõe aos demais, se torna, portanto, uma regra absoluta em toda seara dos direitos. Ainda, Alexy diz “a impressão de ser absoluto resulta do fato de que existem duas normas de dignidade da pessoa, quer dizer, uma regra da dignidade da pessoa e um princípio da dignidade da pessoa.”

⁸⁵ SILVA, José Afonso da. A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia. In: Ética, democracia e justiça. **Livro de Teses da XV Conferência Nacional da OAB**, Foz do Iguaçu, 1994. p.108

⁸⁶ Kant apud BARROSO, Luiz Roberto, tratou do reino dos fins afirmando que nele “ tudo tem ou um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem um preço, pode-se por em vez dela qualquer outra como equivalente; mas quando uma coisa está acima de todo o preço, e portanto não permite equivalente, então ela tem dignidade.” (BARROSO, Luís Roberto. **A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo: Natureza Jurídica, Conteúdos Mínimos e Critérios de Aplicação**. Versão provisória para debate público. Mimeografado, dezembro de 2010, p. 16.)

⁸⁷ LEITE, George Salomão. Dever e dignidade humana na fundamentação da metafísica dos costumes e Imanuel Kant. In: LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang; CARBONELL, Miguel. (coord.). **Direitos, Deveres e Garantias Fundamentais**. Salvador: Editora JusPodivm, 2015, p. 499

⁸⁸ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 113-14.

Na mesma linha de raciocínio, Ingo Wolfgang⁸⁹ entende que o princípio da dignidade da pessoa humana, poderá ser considerado como um direito fundamental autônomo, sem menosprezar a sua importância ao exercer a função em relação a aplicação e interpretação dos demais direitos fundamentais. Contudo, a exemplo do art. 5º incisos XXI e XXV⁹⁰, nem todos os direitos fundamentais possuem seus conteúdos ligados na dignidade da pessoa humana.

Existem duas dimensões acerca do princípio da dignidade, a saber, uma negativa e outra positiva. A concepção negativa tem amparo no art. 5º, III⁹¹ da CF, que proíbe que qualquer ser humano sofra humilhações ou ofensas. Já a dimensão positiva tem a liberdade como elemento determinante da dignidade, ou seja, o pleno desenvolvimento de cada ser humano.

Cumprido esclarecer, que a dignidade da pessoa humana não se trata de uma criação da Carta Magna, antes mesmo, ela já encontrava arraigada na sociedade. Coube apenas a Constituição a busca dos valores sociais, a fim de, elevá-lo ao patamar constitucional, servindo, de vetor para a própria sociedade e para o Estado⁹², na busca da existência digna.

Destarte, a dignidade da pessoa humana propicia um mínimo necessário ao indivíduo, tão só, por ele estar inserido a natureza humana, sendo cabível a todos os seres humanos de forma igualitária, o direito a ter uma vida digna, conforme preconizado no texto constitucional no art. 3º, III e IV.⁹³

⁸⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 10. Ed. Porto Alegre: livraria do Advogado, 2010. P. 95-96.

⁹⁰ Constituição Federal 1988, Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] XXI - as entidades associativas, quando expressamente autorizadas, têm legitimidade para representar seus filiados judicial ou extrajudicialmente; XXV - no caso de iminente perigo público, a autoridade competente poderá usar de propriedade particular, assegurada ao proprietário indenização ulterior, se houver dano;

⁹¹ Constituição Federal 1988, Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] III - ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante; (grifo nosso)

⁹² SILVA, José Afonso da. A dignidade da pessoa humana como valor supremo da Democracia, *in*, **Revista de Direito Administrativo**, São Paulo: Revista dos Tribunais, n.212, abr/jun. 1998, p. 91.

⁹³ Constituição federal 1988, Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: [...] III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

2.2.4.2 O Estado Democrático de Direito como estado da justiça social

O termo justiça social, trazido pela Constituição Federal de 1988, se faz presente já no art. 3º, I, trazendo expressamente o objetivo da República Federativa do Brasil, que é “construir uma sociedade livre, justa e solidária”. No caput do art. 170 e no art. 193⁹⁴, traz a justiça social como princípio constitucional da ordem econômica. Nota-se que a ideia de justiça social não está atrelada apenas ao campo econômico, a fim de interferir na ordem econômica e garantir a existência de vida digna, mas também de garantir o bem-estar.

Para Eros Roberto Grau⁹⁵ justiça social é um termo indeterminado, contingencial. A carta magna, por sua vez, não tem a intenção de torna-la uma espécie de justiça, mas, pretende-se dar a ela um dado ideológico. Deste modo, não pretende impor um adjetivo para qualifica-lo, a fim de, restringir o seu conceito, mas adicionar um substantivo que a integre.

Contrário ao entendimento de Eros Grau, há quem entenda que a expressão justiça social é redundante. Adepto a esse entendimento, Sampaio Dória⁹⁶, aduz que

A frase justiça social, tão ao gosto geral, é redundante. Justiça é fenômeno social, de modo que justiça social o mesmo é que fenômeno social. Se, na conotação do termo justiça, já se inclui a ideia de relação humana, ou social, por que logicamente acrescentar o adjetivo social, que nele já se inclui? Toda justiça é social como todo direito é social, como toda moral é social, como toda política é social. O termo social não restringe o termo justiça, direito, moral, política. Social é elemento genérico nos fenômenos específicos de política, moral, direito, justiça, liberdade e tantos outros. Lembra o ilogismo de se caracterizar o homem em face do morcego com a frase homem racional. A ideia de racional já está intrínseca na ideia de homem. Juntar esta naquela, não a reforça, não traz nada de novo, mera redundância.

A justiça social visa interferir no contexto da ordem econômica, buscando o implemento de condições de vida para todos até que se alcance um patamar de dignidade e satisfação. Deve ser atribuído a todos os mesmos direitos. Contudo, diante das desigualdades existentes na sociedade, para reparar esse dano, é preciso que seja aplicada a igualdade de possibilidades, do ponto de vista material e não formal, pois parte do ponto que existem diferenças relativas, decorrentes de

⁹⁴ Constituição Federal 1988, Art. 193. A ordem social tem como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais.

⁹⁵ GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. 15ª ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 224

⁹⁶ DÓRIA, Sampaio apud TAVARES, André Ramos. Op.cit. p. 128.

cada indivíduo e da sua contribuição à sociedade. Entende-se, que o ponto de partida dos cidadãos deve ser igual, e não desigual, mesmo que não contribuam com a sociedade, pois é preciso que as pessoas tenham condições para se desenvolverem.⁹⁷

A justiça social termina por reforçar a ideia da própria dignidade da pessoa humana, visto que, a dignidade será alcançada no momento em que houver a efetividade da justiça social. Assim, a justiça social consiste “na possibilidade de todos contarem com o mínimo para satisfazerem às suas necessidades fundamentais, tanto físicas quanto espirituais, morais e artísticas.”⁹⁸

Para Eros Roberto Grau, a justiça social tem dois momentos, inicialmente se quer a superação das injustiças na divisão do produto econômico, contudo, no decorrer do tempo, se quer a reparação das injustiças da distribuição injusta. Assim, a justiça social “deixa de ser apenas uma imposição ética, passando a consubstanciar exigências de qualquer política econômica capitalista.”⁹⁹

Busca-se com a ordem econômica o bem estar social e a justiça social, segundo o qual deve garantir que o processo econômico enquanto produtor, guie para o bem estar social e a justiça social. Deste modo, entende-se que os valores econômicos são os valores-meio, e os sociais são valores-fim.¹⁰⁰ Logo, não se busca apenas tirar o cidadão da linha de miséria, vai além disso. É dar ao indivíduo subsídios que possibilite sua ascensão social e seu desenvolvimento. Ocorrendo, pode, portanto, afirmar que houve a concretização da justiça social e a efetivação dos elementos preconizado no art. 3º¹⁰¹ da Constituição Federal.

⁹⁷ LIMA, Talita. **A responsabilidade civil por dumping social nas relações de trabalho no direito brasileiro**. 2011. Monografia (Curso de Graduação em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Salvador, p. 33.

⁹⁸ BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito econômico**. São Paulo: Celso Bastos, 2004, p. 128-129.

⁹⁹ GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. 15ª ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 224

¹⁰⁰ FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio, DINIZ, Maria Helena, GEORGAKILAS, Ritinha Alzira Stevenson. **Constituição de 1988: legitimidade, vigência e eficácia, supremacia**. São Paulo: Atlas, 1989, p. 53.

¹⁰¹ Constituição Federal de 1988, Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

2.3 TRABALHO E DIREITOS FUNDAMENTAIS

No Brasil, o ápice de afirmação constitucional dos direitos fundamentais encontra-se na Constituição de 1988, como se sabe. Foi na Carta de 1988 que o direito do trabalho ganhou força, de modo a ter a sua efetivação através dos princípios ali expostos, como, em especial, o princípio da valorização do trabalho, o da justiça social e o princípio da dignidade da pessoa humana.

A Constituição Federal 1988 pautada no Estado Democrático de Direito tratou o “trabalho” como meio legítimo de garantir a vida digna a todos os seres humanos – como, saúde, alimentação, educação, habitação, lazer, realização pessoal e coletiva.¹⁰² Logo, tem-se a busca dos direitos sociais e individuais, assim como, o direito a liberdade, a segurança, e o bem-estar.

Numa relação de trabalho ou emprego, seja individuais ou coletivas, além dos direitos fundamentais inerentes a sua condição de pessoa humana, agrega-se também aqueles direitos que a Constituição garante aos trabalhadores especificamente, como no seu art. 7º, que traz um extenso rol de direitos trabalhista na busca de garantir uma melhoria na condição social do trabalhador e preservar a dignidade da pessoa humana.

Destarte, que o conceito de direito fundamental ao trabalho, encontra-se, presente na Constituição de 1988 através dos princípios, valores e fundamentais da ordem econômica e social, respaldado pela dignidade da pessoa humana e valorização do trabalho.

O direito ao trabalho encontra-se, primeiramente, reconhecido no art. 6º da CF¹⁰³, que trata como um direito econômico, social e cultural, dotado de caráter fundamental no ordenamento jurídico brasileiro. Contudo, o reconhecimento do direito ao trabalho não está apenas previsto neste artigo, mas também ganha

¹⁰² O senador Marco Maciel do PDS- PE, em sessão no Congresso Nacional, se manifestou afirmando “(...) a finalidade principal do trabalho não é a produção de um bem econômico em si mesmo, mas, sobretudo assegurar vida condigna a todo o agrupamento humano – vale dizer, garantir a todos alimentação, saúde, educação, habitação, seguro social, lazer e possibilidade de progresso, de realização pessoal e coletiva dentro do organismo social.” Disponível em: <<http://legis.senado.gov.br/diarios/PublicacoesOficiais>> Acesso em: 21 outubro 2015.

¹⁰³ Constituição Federal de 1988. Art. 6º “São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.”

destaque no art. 170 caput e inciso VIII da CF ao trazer “a busca do pleno emprego” como princípio a ser observado para se alcançar a existência digna. E por fim, no art. 193 da CF que reafirma o primado do trabalho no ordenamento jurídico.

José Afonso da Silva¹⁰⁴ traz uma análise conjunta destes artigos e afirma que,

bem se vê que o de que se fala é de um direito, que cabe a todos, de ter trabalho, porque este é o meio mais expressivo de se obter uma existência digna – sendo, pois, de grave conteúdo inconstitucional toda forma de política econômica recessiva que provoque desemprego sistemático.

É comum ainda, encontrar no cenário brasileiro a preservação de um ranço escravocrata, de modo, a favorecer ainda mais as desigualdades existentes das relações trabalhistas. Diante da hipossuficiência do trabalhador, cabe ao Estado, no exercício da sua função protetiva, assegurar aos trabalhadores, a existência digna, de modo a proteger os seus direitos fundamentais, muitas vezes ofendidos pelos empregadores.

O modelo capitalista de produção adotado pela República Federativa do Brasil, não a afasta da sua condição de Estado Social, pelo contrário, reforça ainda mais a necessidade de ter o seu desenvolvimento voltado para os direitos fundamentais. Razão pela qual, a Constituição Federal de 1988 ao estabelecer a ordem econômica no art. 170, condiciona a sua existência na concretização dos direitos fundamentais, pautado na valorização do trabalho humano e na justiça social.

A valorização do trabalho humano encontra-se repetidamente evidenciada na Carta Magna de 1988, desde o seu “Preâmbulo”¹⁰⁵, passando pelos princípios fundamentais da República Federativa e da própria Constituição, e também quando se trata dos direitos sociais e por fim, ao abordar a ordem econômica e financeira e a ordem social. Deste modo, a constituição ao adotar essa postura não quer deixar dúvidas, acerca do sistema econômico-social valorizador do trabalho humano.

Ainda que, expressamente reconhecido pela Constituição a ordem econômica social e o poder econômico, é necessário limites a sua atuação, de modo que, a obtenção de lucros deve ser respaldada na noção de responsabilidade social. A ordem

¹⁰⁴ SILVA, José Afonso da. **Comentário Contextual à Constituição**. 2 ed. São Paulo: Malheiros Editores. 2006, pag. 186.

¹⁰⁵ Preâmbulo da Constituição Federal de 1988, [...] instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias [...]

econômica está, portanto, pautada na livre iniciativa, na existência digna, na valorização do trabalho humano e na justiça social. “A ordem econômica vigente no Brasil, mantem com os direitos fundamentais uma relação de dependência”¹⁰⁶

Não se está retirando a liberdade para o desenvolvimento econômico nacional, mas a Constituição Federal tratou de elevar o valor do trabalho humano como fundamento da ordem econômica, de modo que, busca-se na proteção e na tutela do trabalho normas jurídicas que proporcionem ao trabalhador uma posição de igualdade perante o empregador, a qual consiga proteger e defender os seus direitos.¹⁰⁷ Deste modo, é que se diz que ao poder econômico são impostos limites jurídicos de atuação, visando tornar mínimas as divergências que colocam em perigo a segurança e a estabilidade na vida da pessoa humana.

Ferindo o ordenamento jurídico, encontra-se a prática do *dumping social*, cuja seu fundamento está pautado na exploração do trabalhador. Nota-se com essa prática, que os preceitos opostos a ordem econômica na Constituição Federal encontram-se desrespeitados, de modo que, tem-se com *dumping social* a desvalorização do trabalho humano, uma vez que retira dos trabalhadores seus direitos sociais para obtenção de vantagem econômica em relação aos seus concorrentes.

No capítulo seguinte será abordado, de forma minuciosa o instituto do *dumping social*.

¹⁰⁶ LIMA, Talita. **A responsabilidade civil por dumping social nas relações de trabalho no direito brasileiro**. 2011. Monografia (Curso de Graduação em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Salvador, p. 36

¹⁰⁷ COSTA, Sandra Moraes de Brito. Trabalho humano como direito fundamental: aspectos jurídicos econômicos. **Revista de Direito do Trabalho**, São Paulo, n.125, jan.\mar, 2007, p. 230.

3 DUMPING

O presente capítulo inicialmente destinará a compreensão do fenômeno do *dumping*, para que posteriormente, seja feita uma análise específica acerca do *dumping social*. Faz-se mister um breve relato histórico do *dumping*, bem como do seu conceito no âmbito jurídico e econômico. Na sequência, serão apresentadas algumas modalidades deste fenômeno, com atenção especial ao *dumping social*, fazendo por fim, uma contextualização desta modalidade no cenário internacional e no ordenamento jurídico pátrio.

3.1 CONTEXTUALIZAÇÃO HISTÓRICA

A evolução do processo de globalização trouxe principalmente para o comércio uma disputa acerca da concorrência, de tal modo que se tornou necessária a criação de instrumentos capazes de impedir as práticas desleais de comércio, dentre as quais o *dumping* está inserido. Assim, houve pelos Estados a busca de políticas de proteção capazes de certificar uma concorrência justa no cenário mundial.

De toda sorte, foi no Canadá, no início do século XX, entre os anos de 1903 e 1904, que se tem notícia da primeira lei voltada para reprimir a prática de *dumping*. No período em questão, o país estava construindo uma ferrovia transcontinental, a fim de melhorar o tráfego de pessoas e mercadorias em seu território. Eis que, com este cenário os Estados americanos encontraram uma oportunidade de investir no país vizinho, vendendo seus aços a fabricantes de estrada de ferro a preços abaixo do valor de mercado.¹⁰⁸

Tendo em vista as investidas dos norte-americanos, resultou no domínio do mercado local em face das indústrias metalúrgica canadense, pois estes não suportaram a concorrência. Com intuito de coibir essa prática, o Canadá elaborou a primeira legislação *antidumping*. Tal regulamentação não passava de uma medida

¹⁰⁸ TEIXEIRA, Leandro Fernandez. **A prática de *dumping social* como um fundamento de legitimação de *punitive damages*, em uma perspectiva da Análise Econômica do Direito**. 2012. Dissertação (Mestrado em Relações Sociais e Novos Direitos) - Faculdade de Direito. Universidade Federal da Bahia, 2012, p. 112.

protecionista por parte do governo, pois não se questionava a intenção do exportador, nem o dano provocado ao comércio canadense, mas era apenas “imposição de direitos *antidumping* equivalentes à diferença entre o preço exercido no Canadá e o preço no país que estava exportando.”¹⁰⁹

Posteriormente, normas similares a legislação canadense foram implantadas em outros Estados, como na Nova Zelândia, Austrália, Japão, África do Sul, Reino Unido e Estados Unidos.¹¹⁰

Nos Estados Unidos, por sua vez, a legislação antidumping somente surgiu em 1916, através do *Antidumping Act (Revenue Act)*. Este considerava crime a prática de um exportador que causasse danos aos concorrentes, desde que fosse comprovada a sua intenção. Porém, esta lei de 1916 foi alterada em 1921 para a denominada *Us Antidumping Act*, sendo utilizada como modelo para as normas previstas no Artigo VI do GATT¹¹¹ 1947.

O GATT contou com diversas rodadas de negociação, como em 1967 durante a Rodada Kennedy, que foi aprovado seu Código *Antidumping*. Este mesmo código foi objeto de discussão em 1979 em Tóquio. Neste cenário e diante das dificuldades das negociações, em 1995, através Ata Final de Marrakech, foi criada a OMC – Organização Mundial do Comércio, que encerrou a chamada Rodada Uruguai.¹¹² A OMC¹¹³, portanto, aproveitou os acordos firmados pelo GATT, inclusive o Acordo *Antidumping*.

Neste diapasão, as normas internas dos Estados membros da OMC, deverão ser desenvolvidas ou reformadas, conforme preconiza as normas *antidumping*

¹⁰⁹ SILVA, Alice Rocha da. *Dumping* e direito internacional econômico. **Revista do Programa de Mestrado em Direito do UniCEUB**, Brasília, v. 2, n. 2, jul./dez. 2005, p. 396.

¹¹⁰ CORDOVIL, Leonor. **Antidumping: interesse público e protecionismo no comércio internacional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 31.

¹¹¹ O GATT (General Agreement on Tariffs and Trade) acordo internacional cujo objetivo regular o comércio internacional, eliminando, a discriminação e propondo a redução de tarifas e outras barreiras do comércio, com o fim na liberdade comercial.

¹¹² AGUILLAR, Fernando Herren. **Direito econômico**. 3 ed. São Paulo. Editora Atlas, 2013, p. 422

¹¹³ A OMC trata-se de uma organização mundial do comércio, a qual, seus países membros permitem a ingerência externa em suas políticas públicas. A essa organização é permitida a realização de retaliações comerciais dos países que se sintam prejudicados com as condutas lesivas. Ainda, Segundo Aguillar “embora seja comum ouvir que a OMC sucedeu ao GATT, deve-se ter em mente que a denominação GATT expressa duas coisas distintas: um órgão e um tratado. O órgão GATT, que foi sendo construído à medida que foi sendo aparelhado de uma estrutura administrativa mínima para fins de implementação do acordo GATT, foi extinto e substituído pela OMC. Mas o tratado GATT continua em vigor, como o principal repositório de normas que rege o comércio mundial. (AGUILLAR, Fernando Herren. *Op cit.* p. 422-223.)

chancelada na Rodada Uruguai, com intuito de alcançar a uniformização das legislações para que, conseqüentemente, exista uma harmonização de tratamentos nos casos de *dumping*.

3.2 CONCEITO DE *DUMPING*

O termo *dumping*, por envolver conotações variadas, pode ser usado por diversas formas, porém, muitas vezes de forma errônea. Existem diversas metodologias com intuito de encontrar uma definição para este instituto. Dentre essas, será objeto do presente estudo apenas o conceito de *dumping* sob duas acepções: econômica e jurídica, pois utilizam argumentos que justificam a aplicação de medidas protetivas e impeditivas diante do fenômeno do *dumping*.

3.2.1 Compreensão do *dumping* na doutrina econômica

O termo *dumping* origina-se do islandês arcaico (“*thumpa*”), que exprime a ideia de atingir alguém, o termo “*to dump*” vem do inglês contemporâneo e traduz a noção de atirar algo fora, despejar ou descarregar. Nestes termos, Barral¹¹⁴ utiliza-se da definição do dicionário Black¹¹⁵ para descrever o *dumping* como sendo “o ato de vender em quantidade, a preços muito baixos ou sem considerar o preço de venda; também a venda de excedentes no exterior a um preço menor que o preço do mercado interno, de forma que compense o prejuízo e favoreça aos trustes e carteis a colocação dos excedentes.” O autor entende ser esse o conceito que melhor se aproxima com a definição normativa.

¹¹⁴ BARRAL, Welber *apud* BRITO, Vanessa de Mello. **Medidas Antidumping e o Comércio Internacional** (XV Programa de Pós-Graduação em Relações Internacionais) Universidade de Brasília. Instituto de relações internacionais. 2014, p. 2

¹¹⁵ “DUMPING. In commercial usage, the act of selling in quantity at very low price or practically regardless of the price; also, selling (surplus goods) abroad at a less price than the market price at home.” (Black Law’s Dictionary, Thomson West Publisher, 1968, p. 592)

A primeira pessoa a fazer uso da expressão *dumping* foi Adam Smith. O economista utilizava-se o *dumping* para fazer alusão á ingerência do Estado na economia.¹¹⁶ Cumpre observar, que tal expressão designa fato econômico diverso da atual construção teórica acerca do instituto.

Contudo, foi o economista Jacob Viner¹¹⁷ no Século XX o primeiro a abordar a matéria na concepção adotada atualmente. Em sua obra "*Dumping: a problem in international trade*" ensina¹¹⁸ que "*the one essential characteristic of dumping, icontend, is price-discrimination between purchases in different national markets*" Nesta esteira, para a concepção econômica, *dumping* decorre da discriminação de preços entre diferentes mercados nacionais.

Nota-se que este conceito pode abranger tanto situações comuns, como também situações incomuns de *dumping*. Assim, configura-se *dumping* desde a exportação a preço inferior ao do mercado, como também, a discriminação entre mercados exportadores, quando existe ou é insignificante o mercado doméstico, e ainda, na venda no mercado interno a preço inferior ao do mercado externo.¹¹⁹

Nesse sentido, Marlon Tomazette¹²⁰ ensina que,

quando um produtor que não possui mercado doméstico, discrimina entre dois mercados de exportação, está realizado *dumping* no mercado do país, no qual a venda se dá pelo preço mais baixo. Do mesmo modo, se o mercado interno é insignificante e se faz a distinção entre dois mercados externos. Além disso, o *dumping* poderia ser praticado no mercado doméstico, vendendo os produtos neste âmbito a preços inferiores àqueles vendidos no mercado externo, configurando o chamado *dumping* reverso.

A propósito, se verificará no próximo tópico, que a concepção econômica, não se identifica na sua totalidade com a compreensão de *dumping* para o direito, de modo que, será analisada em apartado a seguir.

¹¹⁶ Hoje, o termo *dumping* que era utilizado por Adam Smith se assemelha a figura do subsídio. O subsídio "representa um tipo de benefício concedido pelo governo ou por órgão público, sob a forma de: (i) Contribuição financeira que gere vantagem (podendo assumir a forma de empréstimos, doações ou incentivos fiscais); ou (ii) Qualquer forma de sustentação da renda ou dos preços que contribua para aumentar as exportações ou reduzir as importações de um produto." (GUIA antidumping. São Paulo, Fiesp/ciesp. Set, 2013, p. 9) Enquanto, que o *dumping* é uma atividade exclusivamente privada, que ocorre quando um empresário ao exportar um produto fixa o preço, abaixo valor praticando no mercado doméstico.

¹¹⁷ TEIXEIRA, Leandro Fernandez. **A prática de *dumping* social como um fundamento de legitimação de *punitive damages*, em uma perspectiva da Análise Econômica do Direito.** Dissertação (Mestrado em Relações Sociais e Novos Direitos) - Faculdade de Direito. Universidade Federal da Bahia, 2012, p. 112.

¹¹⁸ VINER, Jacob, *apud*, TEIXEIRA, Leandro Fernandez. *Op cit. loc cit.*

¹¹⁹ TOMAZETTE, Marlon. **O conceito do *dumping* para a regulamentação multilateral do comércio internacional.** PRISMAS: Dir., Pol.Pub. e Mundial., Brasília, v.4, n, 1, p 194-214, jan/jul. 2007, p. 197

¹²⁰ *Ibidem. loc.cit.*

3.2.2 Conceito jurídico de *dumping* no âmbito do comércio internacional.

No intuito de fortalecer a economia mundial, após a 2^o Guerra Mundial, os países aliados, estabeleceram um acordo, denominado de GATT (*General Agreement on Tariffs and Trade*), para que fossem tratadas questões acerca de tarifas e regras de comércio. Nesse momento, se discute assuntos concernentes ao comércio internacional, em especial, o *dumping*.

Diferente da concepção econômica já estudada, a acepção jurídica, além de levar em consideração a discriminação dos preços entre os mercados, acrescenta outros aspectos necessários para a configuração do *dumping*, em especial, o valor normal da mercadoria. Assim, é possível encontrar a definição de “*dumping*” no art. VI do *General Agreement on Tariffs and Trade (GATT)* de 1994, aplicada, inicialmente, para as práticas de concorrência desleal nas relações de comércio exterior, em que são fixados preços a determinado bem inferior ao seu valor normal de mercado.

The contracting parties recognize that dumping, by which products of one country are introduced into the commerce of another country at less than the normal value of the products, is to be condemned if it causes or threatens material injury to an established industry in the territory of a contracting party or materially retards the establishment of a domestic industry. For the purposes of this Article, a product is to be considered as being introduced into the commerce of an importing country at less than its normal value, if the price of the product exported from one country to another (a) is less than the comparable price, in the ordinary course of trade, for the like product when destined for consumption in the exporting country, or, (b) in the absence of such domestic price, is less than either (i) the highest comparable price for the like product for export to any third country in the ordinary course of trade, or (ii) the cost of production of the product in the country of origin plus a reasonable addition for selling cost and profit.¹²¹

No intuito de complementar essa ideia do art. VI do GATT de 1994, em face das lacunas presente no citado GATT, o Acordo *Antidumping* no art. 2.1 disciplinou que,

para as finalidades do presente Acordo considera-se haver prática de dumping, isto é, oferta de um produto no comércio de outro país a preço inferior a seu valor normal, no caso de o preço de exportação do produto ser

¹²¹ As partes contratantes reconhecem que o dumping, pelo qual os produtos de um país são introduzidos no comércio de outro país por menos que o valor normal dos produtos, deve ser condenado se causa ou ameaça causar um prejuízo material a uma indústria estabelecida no território de Parte Contratante ou retarda substancialmente o estabelecimento de uma indústria nacional. Para efeitos do presente artigo, o produto deve ser considerado como sendo introduzidos no comércio de um país importador, por menos que seu valor normal, se o preço do produto exportado de um país para outro (a) é inferior ao preço comparável, no decurso de operações comerciais para o produto similar quando destinado ao consumo no país exportador, ou, (b) Na falta de preço no mercado interno, é inferior a: (I) o maior preço comparável de um produto similar para exportar para qualquer país terceiro, no decurso de operações comerciais ou (II) o custo de produção do produto no país de origem mais um acréscimo razoável para cobrir custos e lucros. (tradução livre)

inferior àquele praticado no curso normal das atividades comerciais para o mesmo produto quando destinado ao consumo no país exportador.

Diante desses dispositivos, observa-se que a prática de *dumping* só será condenável se for prejudicial e causar dano à indústria nacional, logo, é preciso que exista o nexo causal entre a conduta e o dano sofrido. Disto, demonstra-se que não é toda a venda de produtos a preços inferiores, a fim de provocar a concorrência desleal, que irá caracterizar *dumping* condenável, visto que muitas vezes tal prática poderá ser considerada benéfica a economia.¹²²

Salienta o dispositivo apresentado pelo GATT, que o *dumping* será condenável quando a causa ou ameaça provocar um prejuízo matéria a indústria nacional, ou, ainda que não tenha um prejuízo material que haja um retardamento substancial do estabelecimento industrial. Nesse sentido, “para caracterizar o *dumping*, é necessário provar que o bem importado, e que está sendo introduzido no mercado doméstico, tem seu preço de exportação inferior ao valor normal”.¹²³

Cumprido esclarecer ainda que o valor normal é o valor do produto comercializado no país exportador em condições normais mercantis. Já o valor de exportação é aquele valor pago pelo bem, isento de tributos, descontos e bonificações fincadas à sua venda. Assim, para que se encontre a denominada “margem de *dumping*” é preciso subtrair o preço de exportação pelo valor normal. Somente assim, terá um parâmetro para aplicar as medidas *antidumping*.¹²⁴

Partindo-se de tais considerações, é possível observar que o conceito econômico de *dumping* é mais amplo que a concepção jurídica, tendo em vista que, basta que tenha a discriminação injustificada de preços entre mercados. Diferente da aceção jurídica, que também é fundamental que tenha uma discriminação de preços, porém, não é qualquer discriminação, isto é, “no conceito jurídico é fundamental que essa discriminação ocorra com a venda de um produto por preços inferiores aos seus

¹²² TEIXEIRA, Leandro Fernandez. **A prática de *dumping social* como um fundamento de legitimação de *punitive damages*, em uma perspectiva da Análise Econômica do Direito.** Dissertação (Mestrado em Relações Sociais e Novos Direitos) - Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, 2012, p. 113

¹²³ SILVA, Leda Batista da. *Dumping: breves pensamentos sobre história, direito, economia e contabilidade.* **Revista de Direito da Concorrência**, n.º 14, abr/jun. 2007, p. 123.

¹²⁴ LIMA, Talita. **A responsabilidade civil por *dumping social* nas relações de trabalho no direito brasileiro.** 2011. Monografia (Curso de Graduação em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Salvador, p. 40.

valores normais, apurados no mercado doméstico do país exportador, ou em outro similar, na impossibilidade de se comparar o valor naquele mercado.”¹²⁵

Em suma, para que o *dumping* seja condenável é preciso que na exportação, o preço de venda seja inferior ao seu valor normal praticado no mercado doméstico, de modo a provocar danos materiais ao comércio ou que iniba o seu desenvolvimento.

3.3 DUMPING NO ORDENAMENTO JURIDICO BRASILEIRO

O ordenamento jurídico brasileiro, através do Decreto Legislativo nº 30 de 1994 aprovou a Ata Final que Incorpora os Resultados da Rodada Uruguai das Negociações Comerciais Multilaterais do GATT, assinada em Marraqueche, em 1994. Posteriormente, em 1995, foi editada a Lei nº 9.019 disciplinando os direitos garantidos no Acordo *Antidumping*.¹²⁶

Com o fim de regulamentar a Lei nº 9.019/95 surgiu o Decreto nº 1.602/95¹²⁷, que definiu a prática de *dumping* como a venda de bens a valores inferiores aos praticados no mercado interno, de forma a acompanhar a noção internacional, decorrente da Ata Final da Rodada Uruguai de Negociações Comerciais Multilaterais do GATT.

Cumprindo ainda ressaltar, que é da competência da Secex - Secretaria de Comércio Exterior, do Ministério da Indústria, do Comércio e do Turismo a investigação da prática de *dumping*. Trata-se de um processo administrativo, para que seja comprovado o nexo causal entre a conduta e o dano, bem como, a apuração da margem do *dumping*.

Em 1º de outubro de 2013 passou a vigorar o Decreto nº 8.058/2013 em substituição ao Decreto nº 1.602/1995, com relação às investigações e aplicação das medidas

¹²⁵ TOMAZETTE, Marlon. **O conceito do *dumping* para a regulamentação multilateral do comércio internacional**. PRISMAS: Dir., Pol.Pub. e Mundial., Brasília, v.4, n, 1, p 194-214, jan/jul. 2007, p. 198

¹²⁶ TEIXEIRA, Leandro Fernandez. ***Dumping Social***. 1 ed. São Paulo. Saraiva, 2014, p. 83.

¹²⁷ Sobre a prática de *dumping*, delimita, em seu art.4º, in verbis: Art. 4º Para os efeitos deste Decreto, considera-se prática de *dumping* a introdução de um bem no mercado doméstico, inclusive sob as modalidades de drawback, a preço de exportação inferior ao valor normal.

antidumping. As alterações modernizaram as regras brasileiras, de modo que, o novo decreto trouxe a automatização dos procedimentos, diminuíram os prazos para início e encerramento das investigações, estipularam prazos para exigência de direitos *antidumping* provisórios, bem como, estipulou os conceitos de cada requisito necessário à aplicação dos direitos *antidumping*¹²⁸.

Nas palavras de Fernanda Manzano Sayeg¹²⁹,

[...] o novo Decreto antidumping é benefício, à medida que moderniza as regras brasileiras à luz da experiência e prática do DECON, tornando as investigações mais céleres, transparentes e eficientes. A regulamentação de procedimentos e prazos representa maior previsibilidade e segurança jurídica para todas as partes envolvidas em uma investigação dessa natureza. A redução dos prazos também é favorável, sobretudo à indústria doméstica, à medida que proporcionará uma resposta mais rápida do governo à necessidade de proteção em face das importações objeto de dumping.

Nota-se que o Decreto nº 8.058/2013 veio para aumentar a segurança jurídica na utilização das medidas *antidumping*, bem como, trazer transparência, celeridade e efetividade aos processos de investigação decorrentes da prática do *dumping*. Assim, importa dizer que o ordenamento jurídico brasileiro adota a noção internacional de conceituação do *dumping*.¹³⁰ Deste modo, entende o *dumping* como a venda de mercadorias a valores inferiores aos praticados no comércio doméstico.

3.4 MODALIDADES DE *DUMPING*¹³¹

O fenômeno do *dumping* sofreu algumas tentativas de ampliação do seu conceito, para abranger novos tipos de situações. Estas modalidades seriam extensões conceituais empregada pela doutrina com intuito de estruturar o fenômeno.¹³² Deste

¹²⁸ MARQUES, Maria de Fátima Rodrigues. A OMC e as medidas *antidumping* no Brasil. **Revista Eletrônica do Curso de Direito das Faculdades OPET**. Curitiba PR – Brasil. Ano IV, nº 10, jun/dez 2013, p. 179.

¹²⁹ SAYEG, Fernanda Manzano. O Novo Decreto *Antidumping* Brasileiro. **Anuário CESA**, 2013, ed.1, p. 40-41.

¹³⁰ TEIXEIRA, Leandro Fernandez. *Op.cit.* p. 83.

¹³¹ José Augusto Rodrigues Pinto aduz que a configuração genuína do *dumping* encorajou a “falsa impressão de ter passado a admitir *extensões conceituais*.” segundo o autor essas extensões devem ser vistas como meios ou efeitos decorrentes da prática do *dumping*. Ou seja, “não passam de efeitos colaterais do *dumping*, nas áreas sociológica e jurídica. [...] 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*.” (PINTO, José Augusto Rodrigues. *Dumping* social ou delinquência patronal na relação de emprego? **Revista TST, Brasília**, vol. 77, n. 3, jul/set 2011, p. 138-140.

¹³² Gustavo Arruda diverge dos doutrinadores que fazem essas extensões conceituais. O autor entende que, “trata-se, na verdade, de uma tentativa de caracterização pejorativa de situações que

modo, o presente tópico se debruçará sobre algumas dessas modalidades, eis que, não é a proposta deste trabalho esgotar todas as espécies do *dumping*.

Uma primeira distinção refere-se ao *dumping* intencional e não intencional. O primeiro refere-se a um planejamento estratégico da empresa, de modo a provocar o desequilíbrio da concorrência intencionalmente. Agora, o *dumping* não intencional, trata-se de eventos naturais do próprio modelo de produção capitalista causando a esses modelos eventuais desequilíbrio econômico. “Tal prática não resulta do planejamento estratégico da empresa, mas de uma resposta a uma eventualidade.”¹³³ Logo, entende-se que é um *dumping* temporário, de curto prazo, bem como, não monopolista, pois, após um período, o *dumping* extingui e o mercado volta a seu *status quo ante*.

Outra modalidade trazida por Cristiane Alkmin, Isabel Ramos e Marcos André¹³⁴ é o *dumping* estratégico. Este *dumping* ocorre quando a indústria precisa de economia de escala na sua produção, a fim de expandir seu mercado e para isso recebendo incentivo à exportação, acaba impulsionando o preço de exportação a um preço inferior ao valor no mercado de origem.

Ainda, no rol de modalidades de *dumping*, Alice Rocha da Silva¹³⁵ elenca outras modalidades, sendo elas:

A primeira dessas modalidades é o *dumping* por excedente, que busca a maximização de vendas, deixando de lado os lucros. Surge, portanto, da dissolução dos custos fixos decorrente do aumento na produção. Este excesso de produção provocará a exportação, que por sua vez, causará um aumento da oferta do produto, bem como, a retratação do preço no país importador.

envolvem diferenças estruturais – ou vantagens corporativas – entre Estados, geralmente entre Países Desenvolvidos (PDs) e Países em Desenvolvimento (PEDs). Partem, na maior parte das vezes, de movimentos sociais daqueles para estereotipar de maneira negativa os produtos competitivos destes.” ARRUDA, Gustavo Favaro. Entendendo o *dumping* e o direito antidumping. **Revista de Direito da Concorrência**, nº 7, jul.\set. 2005, p.20.

¹³³ LIMA, Marcos André M. de; SCHMIDT, Cristiane Alkmin Junqueira; SOUSA, Isabel Ramos de. **Tipologias de Dumping. Documento de trabalho**. Rio de Janeiro: Secretaria de Acompanhamento Econômico, 2006. Disponível em: <http://www.seae.fazenda.gov.br/central_documentos/documento_trabalho/2002-1/doctrab17.pdf> Acesso em: 20 de agosto de 2015, p.5.

¹³⁴ Ibidem. p. 8.

¹³⁵ SILVA, Alice Rocha da. *Dumping* e Direito Internacional Econômico. **Revista do Programa de Mestrado em Direito do UniCEUB**, Brasília, v.2, n2, jul.\dez. 2005, p. 399-401.

O *dumping* predatório trata-se de uma estratégia mercadológica do exportador que busca eliminar a concorrência que produz mercadoria similar. Para alcançar o objetivo esses fabricantes vendem suas mercadorias a um preço abaixo do custo de produção e no momento, oportuno, em especial, quando consegue derrotar os fabricantes nacionais, voltam a elevar seus preços, a fim de reaver os prejuízos suportados. Pode-se dizer que essa seria a única espécie de *dumping* condenável.

A terceira modalidade é o *dumping* tecnológico que se caracteriza pela mutação da tecnologia, de modo que, ela “muda tão rapidamente que o custo de produção vai ficando cada vez mais baixo”¹³⁶. Nessa modalidade as mudanças tecnológicas e o custo de produção andam relacionados.

O *dumping* estrutural, por sua vez, ocorre quando há um excesso de oferta de determinado produto no mercado, de modo a ocasionar a exportação a preços abaixo do que comercializados no mercado interno.

Alice Rocha¹³⁷, traz ainda o *dumping* ecológico ou *dumping* ambiental, caracteriza-se pela utilização de materiais não recicláveis, bem como, quando empresas consideradas poluentes se mudam para um país onde a proteção ao meio ambiente seja escassa, o que provocará uma diminuição nos gastos da empresa com relação a proteção ambiental e conseqüentemente uma redução do preço de certas mercadorias. Decorreria, portanto, de uma “vantagem comparativa ilícita advinda da degradação ambiental, nos países em desenvolvimentos”¹³⁸

Existe ainda, a modalidade de *dumping* cambial, que seria configurada quando houvesse a manutenção artificial de taxas cambiais a ponto de desvalorizar a moeda nacional. Isso facilitaria a exportação, pois, os produtos exportados chegariam a um preço inferior, enquanto que os produtos nacionais ficariam muito caro.

Por fim, existe a modalidade do *dumping* social, que de modo sucinto, decorre da superexploração de mão de obra capaz de reduzir os custos da produção a ser comercializada. Ocorre, portanto, uma precarização das garantias e direitos dos trabalhadores. Esta modalidade será objeto de detida análise a partir do próximo tópico.

¹³⁶ SILVA, Alice Rocha da. *Dumping* e Direito Internacional Econômico. **Revista do Programa de Mestrado em Direito do UniCEUB**, Brasília, v.2, n2, jul.\dez. 2005, p. 399-401.

¹³⁷ *Ibidem. loc.cit.*

¹³⁸ *Ibidem. loc.cit.*

3.5. DUMPING SOCIAL

O presente capítulo destina-se ao estudo específico e aprofundado do instituto do *dumping* social. Faz-se necessário dedicar a análise do *dumping* social partindo, primeiramente, da compreensão do seu conceito e seus principais elementos caracterizadores. Em seguida, será examinado os mecanismos normativos para coibir e reprimir a prática deste instituto no âmbito internacional e no ordenamento jurídico brasileiro.

3.5.1 Conceito

Como visto em tópico 3.4, o *dumping* social¹³⁹ é uma modalidade *dumping*. Por outro lado, afirma José Augusto Rodrigues Pinto¹⁴⁰, que não se trata de uma extensão conceitual de *dumping*, mas, o *dumping* social é um efeito colateral de sua prática.

O *dumping* social consiste na conduta reiterada de descumprimento dos direitos trabalhistas, de modo a manter as condições de trabalho inferiores ao aceitável, com intuito de manejar o preço do produto e conseqüentemente obter vantagem econômica em relação a seus concorrentes. Ocorre, portanto, a baixa do custo de produção da empresa em decorrência da precarização da mão de obra, gerando danos sociais.

Nesse sentido, Jorge Luiz Souto Maior afirma que o *dumping* social é uma diminuição do nível e da qualidade vida dos trabalhadores, em virtude da conduta socialmente reprovável do empregador, definido pela desconsideração reiterada e inescusável dos direitos trabalhistas, “gerando ao empregador o efeito potencial,

¹³⁹ Devido a resistência pela utilização da expressão *dumping* social, por entender não ser possível ser utilizada no contexto interno das relações comerciais de um único país ou por entender que a expressão “dumping” tem natureza estritamente econômica, é que alguns autores, como José Rodrigues Pinto e Rodrigo Trindade adotam a expressão “delinquência patronal”. Contudo, Souto Maior discorda, entendendo que a delinquência patronal não seja *dumping* social. Segundo o autor delinquência patronal “ é o delito perpetrado contra a legislação trabalhista e a dignidade humano do trabalhador, que, por via de arrastamento, provoca o dano á sociedade, se os delitos forem reincidentes, inescusáveis e causarem prejuízo social relevante, [...] verificando o potencial ofensivo da “delinquência patronal” , sancionara a empresa infratora pelo dano social. MAIOR, Jorge Luiz Souto. ***Dumping social nas relações de trabalho***. São Paulo: LTr, 2014, p. 21.

¹⁴⁰ PINTO, José Augusto Rodrigues. *Dumping* social ou delinquência patronal na relação de emprego? **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**, São Paulo, v. 77, n. 3, 2011. p. 138

atingindo, ou não, da obtenção de uma vantagem econômica sobre outros empregadores que cumprem, regularmente, as obrigações jurídicas trabalhistas, incentivando, reflexamente, a concorrência desleal.”¹⁴¹

Nesta mesma linha, Arion Sayão Romita¹⁴² ensina,

Os salários e os chamados encargos sociais constituem componentes dos preços dos produtos e, sendo eles mais baixos nos países em desenvolvimento do que nos países desenvolvidos, colocam os primeiros em vantagem sobre os últimos. A prática do *dumping* social representa, portanto, forma de concorrência desleal, além de redundar frequentemente em violação dos direitos fundamentais dos trabalhadores.

Cumprido ressaltar, que as práticas reiteradas de exploração do trabalhador pelas empresas, sob condições precárias de trabalhos, têm “por finalidade precípua a maximização dos lucros e a minimização dos custos da produção”¹⁴³ conseqüentemente, acabam por gerar condutas atentatórias aos direitos sociais, desrespeitando assim, a legislação trabalhista minimamente aceita mundialmente.

Jorge Luiz Souto Maior¹⁴⁴ assevera que,

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

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

Em que pese, seja comum a ligação do *dumping* social ao mercado internacional, não é correto restringir o cenário de atuação desta prática, posto que, já é possível encontra-la também no mercado interno nacional de modo a determinar os rumos da economia. Este é, por exemplo, o entendimento que o Juiz Jorge Luiz Souto Maior¹⁴⁵

¹⁴¹ MAIOR, Jorge Luiz Souto. *Dumping social nas relações de trabalho*. São Paulo: LTr, 2014, p. 25

¹⁴² ROMITA, Arion Sayão. *Direitos fundamentais nas relações de trabalho*. São Paulo: LTr, 2005, p. 204.

¹⁴³ ARAÚJO, Aline de Farias. A necessária repressão da justiça do trabalho aos casos de *dumping* social. *Revista da ESMAT* 13 - Ano 4 – nº 4 – Out\2011, p.21.

¹⁴⁴ MAIOR, Jorge Luiz Souto. O Dano Social e Sua Reparação. *Revista LTr*. nº11, Nov\2007 p.8.

¹⁴⁵ “O descumprimento deliberado do direito do trabalho pode ser considerado uma questão de interesse social, motivando a intervenção do Ministério Público, na medida em que, principalmente no que tange as regras de segurança e medicina do trabalho, esta atitude gera grande custo social, representado pelo acréscimo vertiginoso de doenças no trabalho e acidentes do trabalho, além de poder ser visto como uma forma de se estabelecer uma concorrência desleal entre as empresas,

coaduna, de modo que, trata-se do fenômeno da “interiorização do *dumping* social.”¹⁴⁶ Logo, é possível utilizar a mesma nomenclatura para as condutas ilegais no mercado interno.

Claro está, portanto, que o *dumping* social pode ser definido como a concorrência desleal, na qual mercadorias são vendidas à preços inferiores aos praticados pelo mercado, obtido mediante reiterada precarização da mão de obra, de modo a provocar uma mitigação ou supressão de direitos trabalhistas, gerando por conseguinte danos sociais.

3.5.2 Características do *dumping* social

É importante, portanto, analisar os elementos do *dumping* social organizado por Leandro Fernandez¹⁴⁷, a fim de sistematizar a identificação de tal instituto. Pode-se dizer que terá ocorrido *dumping* social quando, de forma concomitante estiverem presentes as seguintes características: a concorrência desleal por meio da venda de produtos a valores inferiores ao preço de mercado; a conduta reiterada; a utilização de mão-de-obra em condições inadequadas aos patamares laborais mínimos e o dano social.

3.5.2.1 Concorrência desleal por meio da venda de produtos a valores inferiores ao preço do mercado

Em face do modelo econômico capitalista adotado pela República Federativa do Brasil, a Constituição Federal de 1988 em seu art. 170, IV traz o princípio da livre concorrência como uma das bases da ordem econômica. O ordenamento, portanto,

incentivando o ‘dumping’ social numa perspectiva interna. (MAIOR, Jorge Luiz Souto. A Fúria. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**. Brasília, vol. 68, no. 3, jul/dez 2002, p. 123).

¹⁴⁶ PINTO, José Augusto Rodrigues. *Dumping* social ou delinquência patronal na relação de emprego? **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**, São Paulo, v. 77, n. 3, 2011. p.138

¹⁴⁷ TEIXEIRA, Leandro Fernandez. **A prática de *dumping* social como um fundamento de legitimação de *punitive damages*, em uma perspectiva da Análise Econômica do Direito**. Dissertação (Mestrado em Relações Sociais e Novos Direitos) - Faculdade de Direito. Universidade Federal da Bahia, 2012, p. 118.

prevê uma intervenção mínima do Estado nas atividades econômica quando a conduta empresarial tem a finalidade de prejudicar a livre concorrência.

Ao empresário não é dada uma liberdade plena, absoluta, de modo que, não é possível utilizar-se de mecanismos ilegítimos para maximizar os seus lucros. A atuação empresarial, portanto, encontra-se limites pautados por padrões de comportamento ético e de boa fé. Deste modo, é repudiada pela Constituição, a utilização de meios inidôneos a fim de obter vantagem econômica, configurando a concorrência desleal¹⁴⁸.

Utilizando-se de conceitos presentes no Código Civil de 2002, no art. 187¹⁴⁹, a concorrência desleal é uma espécie de ato ilícito, uma vez que com a sua prática viola a ordem econômica e social da livre iniciativa, projetada na Constituição Federal de 1988, bem como, age contra os princípios da boa fé e dos bons costumes.¹⁵⁰ Independente de sanções penais cabíveis, o Código Civil, perante os atos de concorrência desleal, prevê a responsabilização por perdas e danos. Essa prática, na maioria das vezes reiterada, além de causar prejuízos aos seus concorrentes, gera também prejuízos ao funcionamento do mercado.

A prática do *dumping* social¹⁵¹ é, portanto, considerada uma forma de concorrência desleal, de modo que o empregador ao minimizar as garantias trabalhistas dos seus empregados, obrigando-os a trabalhar em condições abaixo do mínimo permitido, busca-se com isso minimizar os custos de produção. Tal prática, torna a

¹⁴⁸ Fabio Ulhoa aduz que não é tão simples a diferenciação de concorrência leal e concorrência desleal. Segundo o autor, “em ambas, o empresário tem o intuito de prejudicar concorrentes, retirando-lhes, total ou parcialmente, fatias do mercado que haviam conquistado. A intencionalidade de causar dano a outro empresário é elemento presente tanto na concorrência lícita como na ilícita. [...] São os meios empregados para a realização dessa finalidade que as distinguem. Há meios idôneos e meios inidôneos de ganhar consumidores, em detrimento dos concorrentes. Será, assim, pela análise dos recursos utilizados pelo empresário, que se poderá identificar a deslealdade competitiva.” (COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial: Direito de empresa**. 16. ed. vol. 1. Saraiva, São Paulo, 2012, p. 190-191)

¹⁴⁹ Código Civil. Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

¹⁵⁰ TEIXEIRA, Leandro Fernandez. *Op.cit* p. 118.

¹⁵¹ A prática de concorrência desleal pelas empresas decorre de que, estes entendem as condições de trabalho como despesas, de modo a influenciar negativamente o preço do produto e a competitividade no mercado. Deste modo, afirma, Gustavo Trierweiler que “o custo dos direitos trabalhistas, em específico, influencia diretamente na formação do preço e, assim, na competitividade da empresa. Ciente dessas condições, as empresas passaram a sacrificar os direitos trabalhistas visando reduzir despesas com a mão de obra e tornar seus preços mais atraentes para o mercado, dando origem a uma nova modalidade de *dumping*- chamada de *dumping* social” (TRIERWEILER, Gustavo F. As relações de trabalho, o *dumping* e a crise econômica. **Revista IOB Trabalhista e Previdenciária**, São Paulo, v.21, nº 242, agosto 2009, p. 84)

“comercialização de mercadorias em desacordo com seus reais valores de mercado”¹⁵²

Deste modo, ao comercializar produtos a preços inferiores aos reais valores de mercado, em decorrência ao desrespeito as normas trabalhistas mínimas, a empresa busca eliminar ou reduzir a participação de demais empresas no mercado concorrencial. Observa-se, assim, a prática do *dumping* social.

3.5.2.2 Conduta reiterada

Para que haja configurado o *dumping* social, é necessário reiteradas condutas ao longo do tempo. Isto porque, o prejuízo tem que ter ocorrido em proporções capaz de atingir a sociedade como um todo, de modo a causar macro lesões, gerando, portanto, um dano social. Por isso, não basta um ato isolado do empregador, tão pouco uma inobservância solada das normas trabalhistas. É preciso que haja a violação reiterada e contumaz dos direitos trabalhistas, com o objetivo de reduzir os custos de produção, a fim de obter preços mais competitivos no mercado.

Por outro lado, cumpre ressaltar, que para que ocorra o *dumping lato sensu* ou concorrência desleal, a reiteração de conduta não é requisito necessário, posto que esses podem ser configurados com uma única concorrência¹⁵³, conforme expresso no artigo VI do GATT 1994, em seu art. 2.1¹⁵⁴ Agora, para que tenha *dumping* social é de suma importância a repetida violação dos direitos trabalhistas de modo a causar o dano social.

¹⁵² TEIXEIRA, Leandro Fernandez. *Op.cit* p. 118.

¹⁵³ LIMA, Talita. **A responsabilidade civil por *dumping* social nas relações de trabalho no direito brasileiro**. 2011. Monografia (Curso de Graduação em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Salvador, p.47.

¹⁵⁴ Artigo VI do GATT 1994. Art. 2.1: para as finalidades do presente Acordo considera-se haver prática de *dumping*, isto é, oferta de um produto no comércio de outro país a preço inferior a seu valor normal, no caso de o preço de exportação do produto ser inferior aquele praticado no curso normal das atividades comerciais para o mesmo produto quando destinado ao consumo no país exportador.

3.5.2.3 Utilização de mão-de-obra em condições inadequadas aos patamares laborais mínimos

Concomitante com a prática reiterada de obtenção de vantagem na venda de mercadorias a preços inferiores aos praticados pelo mercado, a mão de obra utilizada deve desrespeitar os patamares laborais mínimos estabelecidos no ordenamento.

A Constituição Federal de 1988 prevê, além da dignidade da pessoa humana, a proteção das condições mínimas de trabalho. Não obstante, a legislação trabalhista infraconstitucional, também se preocupa em coibir o retrocesso social, bem como a prática laborais desumanas. Em desacordo com o ordenamento jurídico, os empregadores minimizam ou eliminam os direitos trabalhistas, como forma de obtenção de lucro.

Quando ocorre o *dumping* social no interior do mesmo país, é fácil a percepção dos direitos laborais mínimos a serem obedecidos. Por exemplo, no ordenamento jurídico brasileiro vigente, tanto na Constituição Federal 1988 no seu artigo 7º, tanto as legislações infraconstitucionais, trazem os direitos mínimos dos trabalhadores a serem observados, com o fito de garantir a dignidade da pessoa humana e a justiça social. Desde modo, não se tem dúvida da ocorrência de *dumping* social quando ocorrem revistas íntimas vexatórias.¹⁵⁵

Por outro lado, há uma grande dificuldade quando se tem uma relação internacional, ou seja, quando o *dumping* social é analisado entre países diferentes. Segundo Leandro Fernandez¹⁵⁶, existe uma controvérsia no estabelecimento dos chamados *labour standards*¹⁵⁷, pois não existe um consenso entre os países, principalmente

¹⁵⁵ Outros exemplos de violação dos direitos trabalhistas apto a gerar *dumping* social são as longas jornadas de trabalho, baixos salários, utilização da mão-de-obra infantil e condições de labor inadequadas, trabalho escravo ou análogo à escravidão e a contratação de estagiários para atividade típica de empregados, dentre outros. Assim, de modo que, os produtos gerados destas relações sejam inferiores aos valores normais de mercado.

¹⁵⁶ TEIXEIRA, Leandro Fernandez. **A prática de *dumping* social como um fundamento de legitimação de *punitive damages*, em uma perspectiva da Análise Econômica do Direito.** Dissertação (Mestrado em Relações Sociais e Novos Direitos) - Faculdade de Direito. Universidade Federal da Bahia, 2012, p. 121.

¹⁵⁷ *Labour standards* são “ a comprehensive system of instruments on work and social policy, backed by a supervisory system designed to address all sorts of problems in their application at the national level” – um sistema abrangente de instrumentos trabalhistas e de políticas sociais apoiadas por um sistema de supervisão desenvolvidos para atender todos os tipos de problemas na sua aplicação em

entre os países desenvolvidos e subdesenvolvidos, quais os direitos trabalhistas devem ser reconhecidos e qual a sua aplicação. Ou seja, não existe uma legislação única para impor patamares mínimos.

É importante esclarecer que as eventuais distorções acerca do custo da mão de obra, nem sempre pode ser reputada como pratica de *dumping* social, uma vez que se trata de diferentes regiões de um país ou diferentes países. Isto decorre do fator socioeconômico de cada país ou região, não havendo, portanto, desrespeito aos direitos sociais.

3.5.2.4 Danos sociais

E por fim, para restar configurado o *dumping* social é necessário que a conduta praticada seja capaz de causar danos sociais, que será abordado mais a frente no capítulo 4. Ainda assim, cumpre dizer que restará causado o dano social quando a lesão repercutir na sociedade como um todo, indo além de uma agressão individual.

Nesse sentido, Jorge Luiz¹⁵⁸ aduz que não se trata de mera delinquência patronal, de uma conduta que tenha repercussão apenas no âmbito individual do agressor e do ofendido, ainda que exista um repudio social. Pelo contrario, trata-se de um ato organizado, deliberado, que atinge a ordem econômica, de forma a provocar prejuízos difusos para toda a comunidade.

O autor ainda faz uma ressalva, afirmando que existem condutas reprováveis que mesmo que não haja reincidência por parte da empresa, gera para este o dever do dano social, devido a gravidade do ato, por lesar as normas do Estado Democrático de Direito Social. São condutas “com vistas à precarizar as condições de trabalho, fraudando a aplicação de preceitos de ordem pública, especialmente no que tange à segurança e a saúde no trabalho.”¹⁵⁹

As consequências do *dumping* social, não apenas atingem os direitos dos trabalhadores, mas como também as empresas que sofrem com a concorrência

nível nacional. (tradução livre) (Disponível em: <http://ilo.org/global/standards/lang--en/index.htm>, *apud* LIMA, Talita. *Op cit.* p.48.)

¹⁵⁸ MAIOR, Jorge Luiz Souto. ***Dumping social nas relações de trabalho***. São Paulo: LTr, 2014, p.20

¹⁵⁹ *Ibidem.* p.25.

desleal. Entretanto, a longo prazo, o *dumping* social termina por atingir o próprio modelo econômico social, tendo em vista que a diminuição da arrecadação do Estado e os grandes investimentos sociais.

Como consequência desta precarização, Souto Maior¹⁶⁰ explica que se trata de um efeito “bola de neve”

cada vez mais pessoas são afastadas do mercado produtivo. Por consequência, mais dinheiro é necessário para financiar a proteção social. Entretanto, dentro de uma lógica de concorrência internacional, o capital interno não pode ser dirigido para o social. Não se sabe como financiar a proteção social. De forma individualista, as empresas procuram cada vez mais diminuir seus custos e, sem uma política definida quanto a um modelo mais igualitário de sociedade, a solução encontrada é a redução dos direitos dos trabalhadores (que muitas vezes se faz pelo simples descumprimento da legislação). No entanto, os trabalhadores acabam recebendo menos salários e deixam de consumir. O mercado interno tende a falir. E, então, o circuito recomeça, cada vez pior.

Após compreendido os elementos característico do *dumping* social, cumpre ressaltar que tal conduta agressiva aos direitos trabalhistas, desconsidera a própria estrutura do Estado Democrático de Direito, atacando a dignidade da pessoa humana e a justiça social garantidos constitucionalmente.

3.6 O COMBATE DE *DUMPING SOCIAL* NO CENÁRIO INTERNACIONAL

Cumpre investigar, nos tópicos a seguir, sem pretensão exaustiva, o tratamento ao combate da prática de *dumping* social no cenário internacional. Variados são os mecanismos utilizados, como: o Selo Social, o *Global Compact*, o ISO Social, os códigos de condutas e as cláusulas sociais. Cada um desses instrumentos passará a ser analisado a seguir. Entretanto, no intuito de facilitar a compreensão acerca das implicações dessas normas na defesa dos direitos sociais, é que faz-se necessário, num primeiro momento, o estudo da natureza e estrutura das normas de *hard law* e de *soft law*.

¹⁶⁰ *Idem*. Por um pacto social. RDT, nº 1, jan\2008, p.18.

3.6.1 *Soft law e hard law: distinções necessárias*

Diante da necessidade de adaptação da ordem internacional contemporânea, surge o que se convencionou chamar de *soft law* ou *droit doux* (direito flexível), contrário ao sistema da *hard law* ou *droit dur* (direito rígido).

Segundo, Valério de Oliveira Mazzuoli¹⁶¹, o “sistema” *soft law*, em português poderá ser traduzido por um direito plástico, direito flexível ou direito maleável, ou seja, o *soft law* “compreende todas aquelas regras cujo o valor normativo é menos constringente que o das normas jurídicas tradicionais.” Isto decorre, seja porque os instrumentos não detêm o *status* de norma jurídica, ou, seja porque os seus dispositivos não criam obrigações de direito positivo aos Estados.

O *soft law* se encontra entre os direitos e as normas sociais. Pode-se dizer que eles seriam princípios e *standards*, que se utilizam para regulamentar as relações internacionais. Como por exemplo, as declarações de princípios e acordos não vinculantes, código de conduta, texto de preâmbulo de declarações internacionais.¹⁶² Todavia, são considerados isento de força vinculante.

A elaboração de mecanismos de *soft law*, dotados de flexibilidade, decorre do próprio comércio internacional, “que impõe a necessidade de acompanhar o progresso tecnológico e exige agilidade na tomada de decisão”. A criação de cláusulas mais amplas permite a aglomeração de mais situações futuras. Cumpre observar que se trata de diferentes realidades legislativa dos países, o que leva a necessidade de criação de instrumentos mais adaptáveis as situações sócio econômica em constata mutação.

Para Thiago Borges¹⁶³, o *soft law* trata-se de um contingente de preceitos jurídicos de menor potencial de coerção, pois aos Estados é facultado a opção de adotar ou não as normas propostas nos pactos internacionais. Entretanto, apesar de não possuir os elementos que permitam o cumprimento forçado (*enforcement*), já possui significativa importância na prática internacional.

¹⁶¹ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de direito internacional Público**. 6º ed. Ver., atual. e ampl. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo, 2012, p. 165.

¹⁶² LIMA, Talita. *Op cit*, p. 50

¹⁶³ BORGES, Thiago Carvalho. **Curso de Direito Internacional Público e Direito Comunitário**. 1º ed. São Paulo. Editora Atlas, 2011, p 92.

A aplicação apenas das normas rígidas de *hard law*, resultaria na ausência de proteção a certos direitos sociais, quando analisados no caso concreto. Isto decorre das lacunas legislativas, em face de novos institutos e fenômenos decorrentes da evolução da realidade sócio econômica. Assim, não resta dúvida que a utilização de normas de *soft law*, em virtude da flexibilidade, asseguraria na efetiva tutelas de direitos sociais.

3.6.2 Meios de inibição de descumprimento dos padrões laborais mínimos

Por meio da Organização Internacional do Trabalho (OIT) se buscou melhorar as condições laborais, bem como eliminar as injustiças existentes, com isso promover a justiça social. Em face disso, a OIT possui oito convenções internacionais que tratam de disciplinar as questões relativas às *labour standards* mínimas.¹⁶⁴

Ocorre que as convenções tem executoriedade facultativa¹⁶⁵, de modo que o cumprimento das obrigações por seus membros é voluntário, devendo ser ratificadas cada uma, de acordo com o interesse do país, não havendo qualquer tipo de sanção para aqueles que não a obedece. Desta forma, torna essas convenções duvidosas, em virtude da provável impunidade do ofensor. Em face disso, foram criados meios que buscassem inibir essas práticas lesivas aos direitos dos trabalhadores.

Cumprê, agora, examinar separadamente cada um dos meios de inibição, comumente utilizados no combate a pratica do *dumping* social.

3.6.2.1 Selo Social

A adoção do “selo social” ou “etiqueta social” foi proposta pelo diretor geral da OIT, Michael Hansenne, em 1997 na 85^o Conferencia Internacional do Trabalho (CIT),

¹⁶⁴ As convenções são: a Convenção 29 (1930) e a Convenção 105 (1957) que tratam da abolição do trabalho forçado; a Convenção 100 (1951) que versa sobre a equiparação salarial; a Convenção 111 (1958) que trata da discriminação no emprego e ocupação; a Convenção 138 (1973) que versa sobre idade mínima laboral; a Convenção 182 (1999) versa sobre o trabalho infantil; a Convenção 87 (1948) aborda a liberdade sindical e o direito de participar de sindicato; e a Convenção 98 (1940) que também versa sobre o direito de sindicalização e de negociação coletiva.

¹⁶⁵ As convenções da OIT são consideradas *Soft law*, logo, é facultado ao estado adotar ou não as normas ali vigentes.

como uma forma de identificação, por parte dos consumidores, dos produtos e marcos de empresas, que demonstrassem estar de acordo com os padrões mínimos laborais.

Neste sentido, Mazzuoli¹⁶⁶ ensina que o Selo social, “consiste na fixação de um sinal ou etiqueta nos produtos industrializados mostrando ao consumidor que o Estado de origem daquele produto respeitou *in totum* as normas internacionais de proteção ao trabalho e ao trabalhador assegurados.” Em outras palavras, trata-se de um certificado de qualidade que possibilita ao consumidor saber a origem e procedência do produto com relação à obediência dos direitos dos trabalhadores.

Como um sistema de adesão voluntária, o selo social, encontra-se no público consumidor o principal incentivador das empresas a sua adesão. Isso decorre, pois, espera-se do consumidor uma escolha consciente ao adquirir um produto que respeita os direitos fundamentais dos trabalhadores. Deste modo, estariam os consumidores incentivando as empresas a garantir maior proteção aos direitos laborais e em consequência haveria a expansão das vendas.

Por outro lado, afirma Leandro Fernandez¹⁶⁷, que tal mecanismo de inibição de descumprimento dos padrões laborais mínimos, encontra-se dificuldade de implementação, pois, muitas vezes, as empresas deturpam a finalidade do selo, utilizando-se apenas como recurso de marketing empresarial.

O autor ainda elenca outras dificuldades para a utilização do selo, como por exemplo, a falta de responsabilidade social por parte dos consumidores, muitas vezes decorrentes do poder econômico e cultural da pessoa. Além disso, o selo social, pelo seu caráter de voluntariedade, não consegue vincular as empresas a respeitar os direitos trabalhistas, como também, “são efetivos para evitar que as empresas aderentes deixem de cumprir os compromissos assumidos.”¹⁶⁸

Ademais, é possível encontrar a adesão ao selo social no Paquistão e na Índia quando da comercialização de tapetes sem a utilização de mão de obra infantil.

¹⁶⁶ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de direito internacional Público**. 6º ed. Ver., atual. e ampl. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo, 2012, p. 1026-1027.

¹⁶⁷ TEIXEIRA, Leandro Fernandez. **A prática de *dumping social* como um fundamento de legitimação de *punitive damages*, em uma perspectiva da Análise Econômica do Direito**. Dissertação (Mestrado em Relações Sociais e Novos Direitos) - Faculdade de Direito. Universidade Federal da Bahia, 2012, p. 126.

¹⁶⁸ *Ibidem*. p. 127-138

Ainda, no Brasil a Fundação Abrinq com a colaboração da UNICEF possui um sistema de certificação “labelling social”, no intuito de combater o trabalho infantil.¹⁶⁹

3.6.2.2 Global Compact

Em 1999, a ONU (Organização das Nações Unidas) por meio do Secretário-Geral, Kofi Annan, desenvolveu o projeto chamado Pacto Global (*Global Compact*), uma parceria entre agências da ONU, empresas, setores públicos e organizações da sociedade civil de diversos países, com o intuito de incentivar um mercado global mais inclusivo e igualitário. Assim, o Pacto Global é um dos instrumentos que visa contribuir para a incorporação das empresas a prática de responsabilidade social corporativa, no intuito de alcançar uma economia global mais sustentável e inclusiva.

O *Global Compact* possui dez princípios¹⁷⁰ universais, os quais foram retirados da Declaração Universal de Direitos Humanos, da Declaração da Organização Internacional do Trabalho sobre Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho, da Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento e da Convenção das Nações Unidas Contra a Corrupção:

- Human Rights: Principle 1: Businesses should support and respect the protection of internationally proclaimed human rights; and
- Principle 2: make sure that they are not complicit in human rights abuses.
- Labour Standards
- Principle 3: Businesses should uphold the freedom of association and the
- Principle 4: the elimination of all forms of forced and compulsory labour;
- Principle 5: the effective abolition of child labour; and
- Principle 6: the elimination of discrimination in respect of employment and occupation.
- Environment
- Principle 7: Businesses should support a precautionary approach to environmental challenges; Principle
- 8: undertake initiatives to promote greater environmental responsibility; and
- Principle
- 9: encourage the development and diffusion of environmentally friendly technologies.
- Anti-Corruption Principle
- 10: Businesses should work against corruption in all its forms, including extortion and bribery effective recognition of the right to collective bargaining;¹⁷¹

¹⁶⁹ CARDOSO, Luciane. Códigos de conduta, responsabilidade empresarial e direitos humanos dos trabalhadores. **Revista do tribunal Superior do Trabalho**. Brasília, vol. 69, no. 1, jan./jun. 2003 p. 87

¹⁷⁰ PACTO GLOBAL <<http://www.unglobalcompact.org/AbouttheGC/TheTENPrinciples/index.html>> Acesso em 24 de Agosto de 2015.

¹⁷¹ “Direitos Humanos – 1º As empresas devem apoiar e respeitar a proteção de direitos humanos reconhecidos internacionalmente; e 2º Assegurar-se de sua não participação em violações destes direitos. Trabalho – 3º As empresas devem apoiar a liberdade de associação e o reconhecimento efetivo do direito à negociação coletiva; 4º A eliminação de todas as formas de trabalho forçado ou

Dentre os dez princípios universais adotados pelo Pacto Global, cinco deles foram fruto da Declaração da OIT sobre Princípios e direitos fundamentais do Trabalho: a proteção a liberdade de associação no trabalho; condecoração do direito à negociação coletiva, extinção do trabalho forçado; abolição do trabalho infantil e erradicação da discriminação no ambiente laboral.¹⁷²

O intuito da ONU foi aperfeiçoar a governança corporativa global, encorajando o alinhamento global das políticas e práticas empresariais, sem que houvesse a utilização de regulamentações *hard law*. Assim, o programa *Global Compact* parte do pressuposto que com a obediência dos dez preceitos fundamentais pelas empresas seriam capazes de balancear os princípios sociais e as normas da economia.

O Pacto Global não serve como um mecanismo regulatório, tão pouco um código de conduta obrigatório ou até mesmo um instrumento para controlar as políticas e atos gerenciais. “É uma iniciativa voluntária que procura fornecer diretrizes para a promoção do crescimento sustentável e da cidadania, através de lideranças corporativas comprometidas e inovadoras.”¹⁷³ Este é então o maior problema que este programa encontra, o seu caráter meramente sugestivo as empresas, de modo que, em face do descumprimento, não dispõe de qualquer mecanismo de coerção, tão pouco de prestação de contas.¹⁷⁴

Ainda, cumpre ressaltar, que apesar da criação pela ONU de um selo próprio, a fim de incentivar a adesão ao projeto, este não se confunde com o selo social, tendo em vista, que o Selo das Nações Unidas perpassa por outros ramos além dos direitos trabalhistas mínimos, como normas de direitos humanos, de meio ambiente e de corrupção.¹⁷⁵

compulsório; 5º A abolição efetiva do trabalho infantil; e 6º Eliminar a discriminação no emprego. Meio Ambiente – 7º As empresas devem apoiar uma abordagem preventiva aos desafios ambientais; 8º Desenvolver iniciativas para promover maior responsabilidade ambiental; e 9º Incentivar o desenvolvimento e difusão de tecnologias ambientalmente amigáveis. Contra a Corrupção - 10º As empresas devem combater a corrupção em todas as suas formas, inclusive extorsão e propina. <<http://www.pactoglobal.org.br/artigo/56/Os-10-principios>> Acesso em 24 de Agosto de 2015

¹⁷² *Ibidem*.

¹⁷³ *Ibidem*.

¹⁷⁴ SILVA, Eveline de A. Oliveira e. **A cláusula social no direito internacional contemporâneo**. Dissertação (Programa de Mestrado em Direito do Centro Universitário de Brasília) – Faculdade de direito. Centro Universitário de Brasília, 2008, p. 146.

¹⁷⁵ TEIXEIRA, Leandro Fernandez. *Op.cit.* p. 129

3.6.2.3 ISO Social

Ao lado do Selo Social, no plano privado, com intuito de premiar empresas que cumpram os padrões mínimos laborais, a Organização Internacional do Trabalho adotou no final da década de 90 o ISO social (*International Organization for Standardization*). Refere-se à códigos de conduta privados com conteúdo social.

Tem-se vinculado ao ISO e a qualidade a uma postura estratégica da empresa, no intuito de buscar a excelência organizacional diante do mercado. O alcance da “qualidade total” representa a procura do prazer não somente do consumidor, mas de todos os *stakeholders* “(entes significativos na existência da empresa do ponto de vista interno – sócios e funcionários; e, do ponto de vista externo – agentes que participam do processo produtivo como produtores e fornecedores).”¹⁷⁶

Neste ponto, o Órgão de Credenciamento do Conselho de Prioridades Econômicas (CEPAA) em 1997 desenvolveu a SA 8000 (*Social Accountability*) ou RS (Responsabilidade Social 8000), busca-se premiar as empresas que cumprem os padrões laborais mínimos fixados pela OIT.

Luciene Cardoso¹⁷⁷ faz uma crítica ao ISO social, por entender que representa na maioria das vezes uma autopromoção e uma estratégia de marketing das empresas, em especial, pelas transnacionais, pois de forma unilateral e voluntariamente, afirmam adotarem normas de proteção ao trabalhador. Ainda assim, é possível perceber a ausência de sanções quanto do descumprimento dos padrões laborais mínimos, o que torna um instrumento limitado ao combate do *dumping* social.

3.6.2.4 Código de conduta

O Código de Conduta consiste em um instrumento normativo privado, em que a própria empresa, voluntariamente, estabelece seus padrões de conduta observando

¹⁷⁶ CARDOSO, Luciane. Códigos de conduta, responsabilidade empresarial e direitos humanos dos trabalhadores. **Revista do tribunal Superior do Trabalho**. Brasília, vol. 69, no. 1, jan./jun. 2003, p. 88

¹⁷⁷ *Ibidem. loc.cit.*

os padrões mínimos de trabalho. Um código de conduta¹⁷⁸ traduz uma política empresarial referente às condições laborais. Trata-se de um documento corporativo dotado de alta carga valorativa, que deverá ser seguida por todos que mantiverem relação com a empresa, adquirindo, portanto, um diferencial em relação àquelas outras que continuam exercendo atividades laborais indesejáveis.

As normas previstas nos códigos de condutas tem seu conteúdo em parte voltado para a publicização do âmbito privado, e, ao mesmo tempo, ao adotar normas internacionais do trabalho, contempla normas públicas. Portanto, nesse instrumento privado, são contempladas tanto matérias sujeitas a ordem pública como de ordem privada.¹⁷⁹

Cumprir ressaltar, que ainda que os códigos tenham seus conteúdos elaborados internamente pelas empresas, não significa por sua vez, que as normas trabalhistas presente na legislação trabalhista de cada país deverá ser desrespeitada. Pelo contrário, sendo os *labour standards* menos favoráveis, a lei local prevalecerá sobre o código de conduta.

Majoritariamente, os Códigos de conduta foram mais recepcionados pelas Multinacionais, por serem as maiores interessadas em não haver uma regulamentação internacional, e com isso ao adotarem esse instituto estão assumindo o controle da situação. Por outro lado, há ainda a adoção dessas medidas como forma de dar uma resposta aos consumidores em virtude de algum escândalo envolvendo a empresa referente a algum descumprimento dos direitos laborais mínimos.

Segundo Mina Kaway, Pedro Walter e Renata Cristina¹⁸⁰, as empresas multinacionais ao adotarem o código de conduta tem como resultado um movimento ambivalente. Ou seja, ao mesmo tempo em que aproxima internacionalmente um mesmo padrão trabalhista por meio dos centros empresariais do mundo inteiro, também facilita uma maior diluição e desconcentração dos padrões nas normas

¹⁷⁸ Luciana Cardoso, em sua obra traz o exemplo da Sara Lee Corporation – diretrizes de seleção de fornecedores. A empresa adota uma política de que não utilizará fornecedores que empregam trabalhadores menores de 15 anos, ou menor da idade legal em cada país, bem como, se estiver violando a idade escolar obrigatória local. (*ibidem*. p. 90)

¹⁷⁹ *Ibidem. loc.cit.*

¹⁸⁰ KAWAY, Mina; VIDAL, Pedro Walter G. Tang; AOKI, Renata Cristina de Oliveira. *Dumping Social: as normas trabalhistas e sua relação com o comércio internacional*. In: BARRAL, Welber; PIMENTEL, Luis Otávio; CORREA, Carlos M. **Direito, desenvolvimento e sistema multilateral de Comércio**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008, p. 172

trabalhistas. Isto decorre, pois, passa a existir um subsistema normativo dentro de outro sistema normativo nacional, de forma a separar ainda mais de uma conexão entre esses padrões em âmbito internacional.

Apesar dos códigos de condutas terem promovido uma maior qualidade das condições de trabalho, estes encontram diversas críticas como, a primeira delas é o fato das empresas ficarem livres de uma fiscalização rígida. Há ainda aqueles que entendem como um mecanismo utilizado apenas como estratégia de *marketing* empresarial, a fim de atrair mais credibilidade no mercado.

3.6.2.5 Cláusula social

Por cláusula social, entende-se pela inserção nos tratados, acordos ou convênios internacionais comerciais normas que buscam regular os direitos sociais a fim de que sejam obedecidos pelas empresas no processo de produção de suas mercadorias. Tal cláusula teria o efeito de forçar os países a garantir os padrões laborais mínimos, sob pena de ser impostas sanções de índole comerciais. Segundo Óscar Ermida Uniarte¹⁸¹, *“el caso de violación de los mismos, pactan la caída de las ventajas que se han reconocido reciprocamente o las que hayan acordado a terceros países, o aún la simple rescisión por incumplimiento de todo el cuerdo.”*

Assim, a cláusula social busca diminuir as consequências advindas da competitividade do sistema capitalista, impondo, portanto, o cumprimento de direitos e condições básicas do trabalhador, assegurando uma existência digna.

A cláusula social atua de duas maneiras: uma de cunho negativo e outra de cunho positivo. A primeira, pois, prevê a aplicação de sanções punitivas aos países que não regulamentam os direitos mínimos dos trabalhadores. Já a vertente de cunho positivo, adota o sistema de premiação dos países que protegem os direitos dos trabalhadores, favorecendo-os no comércio internacional.

¹⁸¹ URIARTE, Oscar Ermida. Derechos Laborales y Comercio Internacional. **Revista de Direito do Trabalho**, São Paulo, n. 108, out\dez. p.172

Mazzuole¹⁸² ensina que os países desenvolvidos lutam para haja a implantação das cláusulas sociais, numa atuação conjunta da OMC com a OIT, para proteger os direitos fundamentais dos trabalhadores em todo o mundo, indistintamente. Contudo, o interesse dos países desenvolvidos gerou algumas críticas, pois, se entende que tal proteção não passa de uma tentativa de criar barreiras protecionistas as exportações dos menos desenvolvidos, ou seja, é uma maneira de restringir a exportação destes países para os países industrializados. A outra crítica ainda, diz respeito a sanção aos países desleais, pois essas sanções apenas resolveria o problema do *dumping* nas relações internacionais, em nada afetando o próprio trabalhador.

O debate acerca da adoção dessas medidas de padrões internacionais não é recente remonta à Conferência de Havana e aos debates sobre a criação da Organização Internacional do Comércio (OIC) em 1940, porém, o tempo não contribuiu para enfraquecer as discrepâncias que caracterizam o cenário comercial internacional.

3.7 O *DUMPING SOCIAL* NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

O *dumping social* é considerado por alguns como “modismo”, é uma matéria que, em virtude das necessidades constatadas, está sendo repetidamente trazida à tona pelos aplicados do Direito trabalhista.¹⁸³

A prática do *dumping social* começa aos poucos a ser identificada no ordenamento jurídico brasileiro, entretanto, encontra um obstáculo para sua punição: a falta de regulamentação jurídica. Com o intuito de combater os danos ocasionados devido a prática reiterada de transgressões aos direitos trabalhistas por parte dos empregadores, os operadores do direito tem demonstrado preocupação com essa prática empresarial abusiva.

¹⁸² MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de direito internacional Público**. 6º ed. Ver., atual. e ampl. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo, 2012, p. 1025

¹⁸³ DUARTE, Camila Rufato. *Dumpingsocial* e flexibilização dos direitos trabalhistas: a dignidade da pessoa humana como balizadora dos institutos. **Revista de Direito**. v. 6, n. 1, 2014. p. 74

Diante desse contexto e visando reforçar a efetivação dos direitos sociais foi aprovado, pela Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho (ANAMATRA) na 1ª Jornada de Direito Material e Processual na Justiça do Trabalho, realizada em 2007 no Tribunal Superior do Trabalho, o enunciado nº 04, que contempla o tema.

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

O intuito do enunciado foi trazer o conceito de *dumping* social para dentro do mercado nacional, em face às agressões reincidentes aos direitos trabalhistas garantidos constitucionalmente. Para a ANAMATRA tal prática colide com os preceitos do Estado Democrático de Direito, bem como, provoca dano à sociedade como um todo, de modo que, motiva a repressão pelo Poder Judiciário, com base legal no art. 404 parágrafo único do Código Civil.

Contudo, apesar da importância do enunciado, este não possui efeito legal, trata-se apenas de um posicionamento de alguns juízes e doutrinadores acerca do assunto. Em especial, o enunciado nº 4, ao defender a indenização suplementar nos casos de *dumping* social, aborda um assunto dotado de intensas divergências na doutrina, como também cheio de dissonância entre jurisprudências.

De forma sucinta, uma parte dos magistrados, já minoritária e conservadora, entende que não há que falar em indenização por *dumping* social por absoluta ausência de dispositivo legal. Por outro lado, há aqueles que entendem pela aplicação do instituto da responsabilidade civil, como forma de coibir a conduta reiterada lesiva aos direitos trabalhistas, sendo possível impor a indenização suplementar de ofício ao empregador que pratica o *dumping* social. Em um viés oposto, numa visão mais tradicional, apesar de não divergir a respeito da aplicação do instituto da responsabilidade civil, diverge quanto a aplicação *ex officio* das indenizações, por entender não encontrar amparo no Código de Processo Civil, bem

como, por impedir o direito ao contraditório e a ampla defesa, consagrados na Constituição Federal de 1988. Tal estudo será aprofundado nos capítulos seguintes.

A ausência de uma norma no ordenamento brasileiro a respeito da matéria é o principal responsável por essa dissonância entre as jurisprudências, fato que, possivelmente, poderá ser mitigado caso o Projeto de Lei 1.615/11 que tramita na Câmara dos Deputados de autoria do deputado Carlos Bezerra (PMDB-MT), seja aprovado.¹⁸⁴

Acerca do projeto de Lei, além de normatizar o *dumping* social e aplicar o instituto da responsabilidade civil *ex officio* em face da prática, o projeto ainda prevê uma indenização à empresa concorrente que provar ter sido prejudicada, bem como o pagamento de multa ao Fundo de amparo ao trabalhador (FAT). Em seus artigos preceitua:

O Congresso Nacional decreta:

Art. 1º Configura “dumping social” a inobservância contumaz da legislação trabalhista que favoreça comercialmente a empresa perante sua concorrência.

Art. 2º A prática de “dumping social” sujeita a empresa a:

- a) pagamento de indenização ao trabalhador prejudicado equivalente a cem por cento dos valores que deixaram de ser pagos durante a vigência do contrato de trabalho;
- b) pagamento de indenização à empresa concorrente prejudicada equivalente ao prejuízo causado na comercialização de seu produto;
- c) pagamento de multa administrativa no valor de R\$ 1.000,00 (mil reais) por trabalhador prejudicado, elevada ao dobro em caso de reincidência, a ser recolhida ao Fundo de Amparo ao Trabalhador – FAT.

Art. 3º O juiz, de ofício, a pedido da parte, de entidade sindical ou do Ministério Público pode declarar a prática de “dumping social”, impondo a indenização e a multa estabelecidas nas alíneas “a” e “c” do art. 2º.

Art. 4º Esta lei entra em vigor na data de sua publicação.¹⁸⁵

Embora essencial para o ordenamento um projeto de lei acerca desse assunto, este, contudo, é passível de críticas, em especial no que se refere ao valor fixado a título de indenização e multa a empresa. Isto porque, o engessamento dos valores acabará prejudicando a discricionariedade do magistrado, de modo que fará com que ele tome posturas idênticas em situações de diferentes, que muitas vezes, demandaria uma postura mais rígida a fim de afetar de forma mais incisiva o patrimônio da empresa.

¹⁸⁴ DUARTE, Camila Rufato. *Dumping social e flexibilização dos direitos trabalhistas: a dignidade da pessoa humana como balizadora dos institutos*. **Revista de Direito**. v. 6, n. 1, 2014. p. 76.

¹⁸⁵ BRASIL. Câmara dos deputados. Projeto de Lei 1615 Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=509413>> Acesso em: 24 agosto 2015.

Este engessamento acabaria ainda prejudicando o empregado, pois, a empresa analisando o custo da produção e o lucro obtido com a precarização dos direitos, chegaria a conclusão que é mais viável e lucrativo retirar os direitos trabalhistas do que cumpri-los, preferindo então pagar a indenização e a multa.

Ainda que, não exista uma previsão concisa acerca regulamentação do dumping social a fim de pacificar todos os pontos divergentes, é importante o avanço deste instituto com fito de coibir tais práticas lesivas aos direitos sociais garantidos constitucionalmente, bem como proteger o próprio Estado Democrático de Direito, ponto que será melhor abordado no capítulo 5. Assim, insurge, portanto, no próximo capítulo o estudo dos fundamentos da responsabilidade civil, a fim de entender a aplicação deste regramento na prática de *dumping* social.

4 DA RESPONSABILIDADE CIVIL NO ORDENAMENTO BRASILEIRO

O ser humano, ausente da autossuficiência, para que seja capaz de suprir suas carências, - estas inerentes à sua própria existência, - necessita da convivência com seus semelhantes. O convívio social tornou-se indispensável para a vida em sociedade. É diante desse envolvimento coletivo que surgem centenas de conflitos de interesse. Na busca do convívio harmônico e pacífico, necessita-se de regras e normas capazes de reger estas condutas, com o fim de organizar a vida em sociedade, evitando a incidência de conflitos, quando do afã de satisfazer as necessidades básicas, e as superficiais – o indivíduo ultrapassa os direitos impostos a ele e a seus semelhantes.

Nas palavras de Salomão Resedá¹⁸⁶

dominado pelo egoísmo e pela ambição na busca de saciar suas necessidades particulares, o ser humano ultrapassa a “linha limítrofe” pertencente ao campo de atuação subjetiva do seu semelhante. Sendo assim, o direito torna-se compelido a dispor de mecanismos que assegurem ao sujeito passivo desta relação a interrupção da ameaça a ele perpetrada, além da restituição do seu direito ao *status quo ante*.

Neste cenário de desequilíbrio das relações interpessoais, surge o instituto da responsabilidade civil, no intuito de preservar a harmonização da convivência social, bem como minimizar os danos sofridos pela vítima e ainda advertindo e punindo, aqueles que contrariam as regras impostas, respondendo, portanto, aos prejuízos que venha trazer ao ofendido.

No momento em que é dado ao ser humano a prerrogativa de relacionar livremente com os seus semelhantes, conseqüentemente, atrelada a essa liberalidade, tem-se ao ofensor a obrigação de responder pelos atos danosos praticados, por livre e espontânea vontade, surgindo então a responsabilidade civil¹⁸⁷

Tendo em vista a sua importância, merece destaque, inicialmente, uma análise da natureza jurídica e dos elementos do instituto da Responsabilidade Civil, para um possível combate ao objeto deste estudo (*dumping social*).

¹⁸⁶ RESEDÁ, Salomão. **A Aplicabilidade do *punitive damage* nas ações de indenização por dano moral no ordenamento jurídico brasileiro**. 2008. Dissertação (Mestrado em Direito Privado e Econômico) – Faculdade de direito, Universidade Federal da Bahia. p. 23.

¹⁸⁷ *Ibidem, loc.cit*

4.1 CONCEITO

A utilização da palavra “responsabilidade” tem como característica a diversidade, sendo assim uma expressão polissêmica. Está, portanto, possui dois caminhos de acordo com o contexto ao qual está inserido. Num primeiro cenário pode significar uma qualidade do ser humano, ou seja, que está pessoa é diligente, atenciosa e compromissada. Por outro lado, a expressão responsabilidade poderá ser utilizada para expor que tal pessoa é quem responderá pela prática de um determinado ato.¹⁸⁸

Sob o prisma jurídico, de acordo com o Dicionário Jurídico da Academia Brasileira de Letras Jurídicas¹⁸⁹, a “RESPONSABILIDADE. S. f. (Lat., de *respondere*, na acep. de assegurar, afiançar.) Dir. Obr. Obrigação, por parte de alguém, de responder por alguma coisa resultante de negócio jurídico ou de ato ilícito.”

Seguindo essa linha, Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho¹⁹⁰ afirma que a palavra “responsabilidade”, significa a obrigação que o ofensor tem de assumir com as consequências jurídicas de suas atitudes, “contendo ainda, a raiz latina *spondeo*, fórmula através da qual se vinculava, no Direito Romano, o devedor nos contratos verbais”¹⁹¹

Assim, a responsabilidade está ligada a uma obrigação derivada, ou seja, um dever jurídico sucessivo, ao qual o ofensor, seja por causa de contrato, ou em razão de fato ou omissão que lhe sejam imputados, assume as consequências jurídicas, seja para reparação dos danos e/ou punição pessoal do agente lesionante, conforme os interesses do lesado.¹⁹²

A responsabilidade civil tem como ideia central a obrigação de reparar danos praticados contra uma pessoa ou ao seu patrimônio, bem como, danos causados a

¹⁸⁸ RESEDÁ, Salomão. **A função social do dano moral**. 1 ed. Florianópolis: Conceito editorial, 2009, P.37.

¹⁸⁹ Academia Brasileira de Letras Jurídicas, **Dicionário Jurídico**, 3. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 679.

¹⁹⁰ GAGLIANO Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo, **Novo Curso de Direito Civil**. Vol III: responsabilidade civil. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 46.

¹⁹¹ *Ibidem*, *loc.cit.*

¹⁹² *Ibidem*, p 47

interesses coletivos ou transindividuais, seja por meio de uma ação ou omissão, mas desde que cause dano a outrem.

Segundo Maria Helena Diniz¹⁹³

A responsabilidade civil é a aplicação de medidas que obriguem a uma pessoa a reparar dano moral ou patrimonial causado a terceiros, em razão de ato por ela mesma praticado, por pessoa por quem ela responde, por alguma coisa a ela pertencente ou de simples imposição legal.

Diante desse conceito supra mencionado, observa-se que a responsabilidade civil é a obrigação de reparar o dano causado a outrem, seja ele moral ou patrimonial, sendo indiferente que o tenha sido um ato próprio do ofensor, posto que, poderá ser um ato por pessoa por quem responde, por coisa a que lhe pertence ou por uma imposição legal.

Neste sentido, colhe-se da lição de Sílvio de Salvo Venosa¹⁹⁴

O termo responsabilidade, embora com sentidos próximos e semelhantes, é utilizado para designar várias situações no campo jurídico. A responsabilidade, em sentido amplo, encerra a noção em virtude da qual se atribui a um sujeito o dever de assumir as consequências de um evento ou de uma ação. [...] No vasto campo da responsabilidade civil, o que interessa é saber identificar aquela conduta que reflete na obrigação de indenizar. Nesse âmbito, uma pessoa é responsável quando suscetível de ser sancionada, independentemente de ter cometido pessoalmente um ato antijurídico. Nesse sentido, a responsabilidade pode ser direta, se diz respeito ao próprio causador do dano, ou indireta, quando se refere a terceiro, o qual, de uma forma ou de outra, no ordenamento, está ligado ao ofensor.

Portanto, conclui-se que com a responsabilidade civil, busca-se, em princípio, restaurar o *status quo ante* a conduta humana danosa, ou, caso não seja mais possível, que aja a compensação pecuniária à vítima ou a indenização.¹⁹⁵ Neste ponto, quando for possível estimar pecuniariamente a extensão do dano, aplica-se a indenização, ao tempo em que a compensação será adequada aos casos em que não seja possível a aferição patrimonial do dano. Logo, a responsabilidade civil, tenta transferir para o sujeito causador do dano os reflexos sofridos pelo ofendido em razão da prática do seu ato.

¹⁹³ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**, 7º volume: Responsabilidade Civil. 25ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 35.

¹⁹⁴ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: responsabilidade civil**. 13. ed. v.4. São Paulo: Atlas, 2013, p. 2

¹⁹⁵ GAGLIANO Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo, **Novo Curso de Direito Civil**. Vol III: responsabilidade civil. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 54

4.2 PRESSUPOSTOS GERAIS DA RESPONSABILIDADE CIVIL

A responsabilidade civil tem como base fundamental o art. 186¹⁹⁶ do Código Civil, que consagra o princípio de que a ninguém é dado causar prejuízo a outrem (*neminem lardere*). A partir da análise deste artigo, numa interpretação sistemática, pode-se extrair como pressupostos gerais da responsabilidade: a) a conduta humana (positiva ou negativa); b) nexos de causalidade, c) dano ou prejuízo, sendo a culpa apenas elemento accidental.¹⁹⁷

De acordo com Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho¹⁹⁸, ainda que, o referido dispositivo utilize-se das expressões “ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência”, não pode considerar a culpa como pressuposto geral da responsabilidade civil, pois este é apenas elemento da responsabilidade subjetiva, sendo dispensado para a configuração da responsabilidade objetiva. Desta forma, a culpa é ausente de generalidade, o que a torna um elemento accidental da responsabilidade civil.

Para atender aos fins deste trabalho, serão os referidos requisitos apresentados sucintamente a seguir.

4.2.1 Conduta do agente - ato ilícito

A conduta é um dos elementos da responsabilidade civil, prevista no art. 186 do Código Civil, e poderá ser por ação (positiva) ou omissão (negativa), praticada apenas pelo homem, por si só ou por meio de pessoas jurídicas. Importa que a conduta humana seja voluntária. Trata-se, portanto, do núcleo fundamental da noção de conduta humana. Ou seja, o agente é dotado de liberdade de escolha entre agir ou não, porém “com discernimento necessário para ter consciência daquilo que faz”, não sendo substancial o fim de provocar o dano.¹⁹⁹

¹⁹⁶ Código Civil, Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

¹⁹⁷ GAGLIANO Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo, **Novo Curso de Direito Civil**. Vol III: responsabilidade civil. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 73-74

¹⁹⁸ *Ibidem*, p. 74

¹⁹⁹ *Ibidem*, p. 78-79

A voluntariedade é núcleo imprescindível para a configuração da conduta censurável. Segundo Salomão Resedá “O conhecimento da conduta que está se adotando é a pedra de toque para o desenvolvimento deste primeiro pilar, seja quando se fala na responsabilidade subjetiva, seja na objetiva.”²⁰⁰ Contudo, deve-se observar que a voluntariedade não significa necessariamente que o ofendido teve intenção de causar o dano, mas quer dizer que ele teve consciência dos seus atos.

Para Salomão Resedá²⁰¹ se deve suprimir, ao falar em conduta, os eventos naturais ou acontecimentos humanos que venham a ser compelido pelos impulsos da natureza considerados como inevitáveis, por exemplo, os fatos decorrentes de enchentes, terremotos, inundações. Ora, somente poderá ser considerado como conduta aquele comportamento realizado, tão somente, pelo ser humano, sem que haja qualquer interferência.

A conduta humana pode ser manifestada através de duas formas de comportamentos: positivos ou omissivos. Ambas as condutas serão abarcada pelo instituto da responsabilidade civil. A ação consiste num comportamento positivo, ao qual devesse ser praticado para que então, venha a vir ter o dano. Já a omissão, caracteriza-se, de modo contrário, pela inatividade, ou seja, pela inércia de uma conduta devida.

Nas palavras de Sérgio Cavalieri Filho²⁰², a responsabilidade por omissão ocorre “quando este tem *dever jurídico de agir, de praticar um ato para impedir o resultado*, dever, esse, que pode advir da lei, do negócio jurídico ou de uma conduta anterior do próprio omitente, criando o risco da ocorrência do resultado, devendo, por isso, impedi-lo”. Assim, deve-se existir o dever jurídico de não se omitir e que com a sua prática o dano poderia ter sido evitado.

Ademais, o Código Civil brasileiro, além de disciplinar a responsabilidade direta, ou seja, responde pelo comportamento aquele que lhe deu causa, abarca também a responsabilidade indireta, por fato de outrem ou de terceiro, “a quem o responsável

²⁰⁰ RESEDÁ, Salomão. **A Aplicabilidade do *punitive damage* nas ações de indenização por dano moral no ordenamento jurídico brasileiro**. 2008. Dissertação (Mestrado em Direito Privado e Econômico) – Faculdade de direito, Universidade Federal da Bahia. p. 53

²⁰¹ ROSEDÁ, Salomão. op. cit, p. 52

²⁰² CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 11.ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 38.

está ligado, de algum modo, por um dever de guarda, vigilância e cuidado”²⁰³ Neste sentido, o art. 932²⁰⁴ do Código Civil determina que também são responsáveis pela reparação civil, por exemplo, “o tutor e o curador, pelos pupilos e curatelados, que se acharem nas mesmas condições.”

Desta forma, a regra geral é que a obrigação de responsabilizar o ofendido pela prática da conduta lesiva reside na culpa, contudo, o dever de reparar pode, em alguns momentos, atingir aquele que está obedecendo a lei. Logo, é possível que a obrigação de reparar atinja aquele que não praticou a conduta.

4.2.2 Dano

O dano é um requisito imprescindível para a configuração da responsabilidade civil, visto que, sem prejuízo, não existe qualquer dever reparatório ou compensatório, e conseqüentemente a responsabilidade. Visto isso, a indenização sem dano configuraria enriquecimento ilícito.

Sérgio Cavalieri Filho²⁰⁵ salienta

O dano é o grande vilão da responsabilidade civil, encontra-se no centro da obrigação de indenizar. Não haveria que se falar em indenização, nem em ressarcimento, se não fosse o dano. Pode haver responsabilidade sem culpa, mas não pode haver responsabilidade sem dano. O dever de reparar só ocorre quando alguém pratica ato ilícito e causa dano a outrem.

Ainda, o autor afirma que não basta que tenha ocorrido a conduta ilícita, nem o risco de dano. É essencial que tenha a consequência concreta, que tenha ocorrido lesão ao patrimônio econômico ou moral, para que se imponha o dever de reparar. Logo,

²⁰³ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 11.ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 39

²⁰⁴ Código Civil, Art. 932. São também responsáveis pela reparação civil:

I — os pais, pelos filhos menores que estiverem sob sua autoridade e em sua companhia;
 II — o tutor e o curador, pelos pupilos e curatelados, que se acharem nas mesmas condições;
 III — o empregador ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele;
 IV — os donos de hotéis, hospedarias, casas ou estabelecimentos onde se albergue por dinheiro, mesmo para fins de educação, pelos seus hóspedes, moradores e educandos;
 V — os que gratuitamente houverem participado nos produtos do crime, até a concorrente quantia.

²⁰⁵ CAVALIERI FILHO, *op.cit.* p. 92

“a obrigação de indenizar pressupõe o dano e sem ele não há indenização devida”²⁰⁶

Num primeiro momento, é correto afirmar que o dano é o prejuízo causado a outrem. A doutrina e jurisprudência costuma conceituar o dano partindo de uma noção aberta, definindo o dano pelas suas características. Contrário a esse entendimento, Sergio Cavalieri²⁰⁷ adota como critério para conceituar o dano a causa, a sua origem, observando o bem jurídico atingido e o objeto da lesão. Desta forma, o autor defende que

Correto, portanto, conceituar o dano como sendo lesão a um bem ou interesse juridicamente tutelado, qualquer que seja a sua natureza, quer se trata de um bem patrimonial, quer se trata de um bem integrante da personalidade da vítima, como a sua honra, a imagem a liberdade etc. em suma, dano é lesão de um bem jurídico, tanto, patrimonial como moral [...]

Na mesma linha, Maria Helena Diniz²⁰⁸ diz que o “dano pode ser definido como a lesão (diminuição ou destruição) que, devido a um certo evento, sofre uma pessoa, contra a sua vontade, em qualquer bem ou interesse jurídico, patrimonial ou moral.”

A teoria da responsabilidade civil tem como produto a reparação do dano, ou seja, uma sanção devida ao ofensor pelos prejuízos causados em favor do lesado. Como regra, portanto, todos os danos devem ser ressarcidos, mesmo que não seja possível a regressão ao *status quo ante*, poderá então a fixação em pecúnia, a título de compensação. Por outro lado, essa regra não reina em absoluto, para que o dano seja de fato reparável (indenizável ou compensável) é necessária a obediência alguns requisitos trazidos pela obra de Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho²⁰⁹.

O primeiro requisito a ser atendido é que haja lesão de um bem jurídico patrimonial ou extrapatrimonial pertencente a uma pessoa física ou jurídica, pois a concepção de dano pressupõe a do ofendido; o segundo é que o dano seja certo, pois o dano hipotético ou abstrato não é indenizável, mesmo que trate-se de bens ou direitos personalíssimos. Nesta esteira, afirma Maria Helena Diniz²¹⁰:

²⁰⁶ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 11.ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p.92

²⁰⁷ *Ibidem*. p. 93

²⁰⁸ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**, 7º volume: Responsabilidade Civil. 25ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 80.

²⁰⁹ GAGLIANO Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo, **Novo Curso de Direito Civil**. Vol III: responsabilidade civil. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 90-91

²¹⁰ DINIZ, Maria Helena. *Op.cit* p. 82.

A certeza do dano refere-se à sua existência e não à sua atualidade ou a seu montante [...]. A atualidade ou futuridade do dano é atinente à determinação do conteúdo do dano e ao momento em que ele se produziu. O dano pode ser atual ou futuro, isto é, potencial, desde que seja consequência necessária, certa, inevitável e previsível da ação. [...]. A certeza do dano, portanto, constitui sempre uma constatação de fato atual que poderá projetar, no futuro, numa consequência necessária, pois se esta for contingente, o dano será incerto.

Isto posto, existem situações reguladas pelo Código Civil que afasta do lesado o ônus probatório, reconhecendo, desde já, a existência da lesão. Ocorre, portanto, uma presunção absoluta de dano. Nesses casos, temos como exemplo os art. 404²¹¹ e 407²¹² do Código Civil que prevê o “direito aos juros moratórios decorrentes de mora do devedor na quitação da sua obrigação contratual de caráter pecuniário.”²¹³

Por fim, para que o dano seja indenizável é preciso que o dano subsista no momento da reclamação em juízo pelo lesado. Quer dizer, o dano somente poderá ser reparado, se não houve a sua reparação em momento posterior espontaneamente pelo lesionante, perdendo-se assim o interesse da responsabilidade civil. Por outro lado, havendo a reparação, porém, feita as custas do ofendido a exigibilidade continua.

Ademais, Maria Helena Diniz²¹⁴ elenca mais três requisitos imprescindíveis para que haja dano indenizável: o nexo de causalidade²¹⁵, pois tem que haver uma relação entre o dano e a causa produzida pelo ofendido, podendo ainda o dano ser direto ou indireto em relação ao fato gerador. O outro requisito é a legitimidade, pois para que possa pleitear a reparação tenha que ser titular do direito lesionado. (lesionado ou seus beneficiários). Por fim, não pode ter a presença de causas excludentes de responsabilidade, por exemplo, caso fortuito, força maior.

O dano individual, tradicionalmente, se divide em duas espécies, classificadas de acordo com o resultado. Sendo assim, pode-se dizer que há tanto o dano patrimonial

²¹¹ Código Civil, Art. 404. As perdas e danos, nas obrigações de pagamento em dinheiro, serão pagas com atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, abrangendo juros, custas e honorários de advogado, sem prejuízo da pena convencional.

²¹² Código Civil, Art. 407. Ainda que se não alegue prejuízo, é obrigado o devedor aos juros da mora que se contarão assim às dívidas em dinheiro, como às prestações de outra natureza, uma vez que lhes esteja fixado o valor pecuniário por sentença judicial, arbitramento, ou acordo entre as partes.

²¹³ RESEDÁ, Salomão. **A Aplicabilidade do *punitive damage* nas ações de indenização por dano moral no ordenamento jurídico brasileiro**. 2008. Dissertação (Mestrado em Direito Privado e Econômico) – Faculdade de direito, Universidade Federal da Bahia. p. 68

²¹⁴ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**, 7º volume: Responsabilidade Civil. 25ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 82-83

²¹⁵ O nexo de causalidade é um elemento da responsabilidade civil, conforme será visto no subitem 4.2.3.

(também chamado de dano material), como também o dano moral, “a depender de qual agrupamento de direitos foi atingido a partir do ato ilícito.”²¹⁶ Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho²¹⁷ adverte ainda, que outros bens, personalíssimo, por conta da tendência da despatrimonialização do direito civil, ao ser lesado, acabam por gerar a responsabilidade civil do infrator.

Com os avanços da sociedade, foi constatado que a tutela meramente individual não é suficiente para extinguir as macrolesões passíveis de ocorrência. Portanto, passa a ser tutelado uma gama de danos coletivos lato sensu através das ações coletivas, visando proteger os direitos pertencentes a sociedade como um todo. Assim, frente a natureza dos interesses ou direitos violados, pode ser suscitadas três espécies de dano coletivo, a saber, difusos, coletivos (*stricto sensu*) e individuais homogêneos, sendo eles, por sua vez, tratados pelo Código de Defesa do Consumidor, no artigo 81.²¹⁸

Destarte, o art. 81 da Lei 8.078-90 preceitua, *in verbis*:

Art. 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo.
Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de:
I — interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste Código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato;
II — interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste Código, os transindividuais de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base;
III — interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum.

Diante desse artigo supra mencionado, pode-se extrair as semelhanças e diferenças dos direitos coletivos. Os direitos difusos e coletivos *stricto sensu* se assemelham pelo seu caráter transindividual, de natureza indivisível, de modo que, ultrapassam a esfera de um único indivíduo isolado. Por outro lado, esses direitos se diferenciam quanto a titularidade. Enquanto que no primeiro as pessoas são indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato, no segundo direito trata-se de um grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si.

²¹⁶ RESEDÁ, Salomão. **A Aplicabilidade do *punitive damage* nas ações de indenização por dano moral no ordenamento jurídico brasileiro**. 2008. Dissertação (Mestrado em Direito Privado e Econômico) – Faculdade de direito, Universidade Federal da Bahia. p. 70

²¹⁷ GAGLIANO Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo, **Novo Curso de Direito Civil**. Vol III: responsabilidade civil. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 92

²¹⁸ *Ibidem*, p. 98

Já os direitos individuais homogêneos são determinados e divisíveis, ou seja, tem origem comum, tendo por sua vez, como elemento de ligação a situação de fato que é única em relação a todos os ofendidos.²¹⁹ Ou seja, Eles são “interesses transindividuais vinculados a uma situação fática, porém divisíveis, isto é, torna-se viável a quem foi atingido pelo ato lesivo recorrer ao Poder Judiciário para, mediante ação individual, buscar a devida reparação”²²⁰

Feitas tais considerações, o presente trabalho fará de forma imperiosa a análise mais detida das faces dos danos.

4.2.2.1 Dano patrimonial (ou material)

O dano patrimonial, também chamado de dano material, relaciona a noção de lesão ao conceito de patrimônio. Maria Helena Diniz discorre que “patrimônio é uma universalidade jurídica constituída pelo conjunto de bens de uma pessoa, sendo, portanto, um dos atributos da personalidade e como tal intangível”²²¹ ou seja, são bens economicamente úteis integrante no patrimônio de uma pessoa.

O dano material é a lesão concreta que afeta o patrimônio da vítima, provocando a perda ou deterioração, seja total ou parcial dos bens materiais pertencentes a eles, podendo, por sua vez, ser avaliado economicamente em pecúnia, isto é dinheiro. São considerados danos patrimoniais “a privação do uso da coisa, os estragos nela causado, a incapacitação do lesado para o trabalho, a ofensa a sua reputação, quando tiver repercussão na sua vida profissional ou em seus negócios”²²²

Quanto a identificação da agressão ao patrimônio da vítima não há dificuldade para quantificar, posto que, basta que seja realizada uma simples operação matemática para chegar a redução sofrida pela vítima. Logo, deve-se ter como base a aferição do montante inicial e o valor existente após o prejuízo decorrente da prática do ato ilícito e o que provavelmente existiria se a lesão não tivesse ocorrido. Ou seja, “é a

²¹⁹ LIMA, Talita. **A responsabilidade civil por dumping social nas relações de trabalho no direito brasileiro**. 2011. Monografia (Curso de Graduação em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Salvador, p. 62.

²²⁰ SILVA NETO, Manoel Jorge e. **Proteção constitucional dos interesses trabalhistas: difusos, coletivos e individuais homogêneos**. São Paulo: LTr, 2001, p. 40.

²²¹ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**, 7º volume: Responsabilidade Civil. 25ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p.83—84.

²²² *Ibidem, loc.cit.*

perda efetiva do valor pecuniariamente mensurável caso não houvesse sofrido a lesão.”²²³

Para que exista a reparação do dano, não basta que tenha ocorrido a mera alteração do patrimônio, mas é imprescindível que tenha havido uma redução do valor economicamente mensurável do patrimônio pertencente à vítima. Portanto, havendo essa redução, a reparação poderá se dar pela reestruturação do *status quo ante*. Ou, sendo impossível restabelecer a situação anterior, ocorrerá a reparação pela indenização pecuniária.

Em frente a lesão patrimonial, o dano material passou a ser dividido em dois âmbitos: os lucros cessantes e os danos emergentes.

4.2.2.1.1 Dano emergente

O dano emergente ou positivo configura-se a partir da real redução econômica, isto é, a efetiva e instantânea diminuição patrimonial do ofendido. Trata-se da diferença no valor patrimonial atual em relação ao anterior ao dano, havendo, portanto, uma redução deste. “Tais prejuízos se traduzem num empobrecimento do patrimônio atual do lesado pela destruição, deterioração, privação do uso e do gozo, etc. de seus bens existentes no momento do evento danoso e pelos gastos que, em razão da lesão, teve de realizar.”²²⁴

Para que tenha o *damnum emergens* é essencial que o lesado tenha sofrido um efetivo prejuízo, uma vez que, não são passíveis de indenização danos eventuais ou potenciais, a menos que, sejam consequências fundamental, certa, fatal, e previsível da ação.²²⁵

O objetivo da condenação relativa ao dano emergente, direcionado ao ofensor é restaurar o patrimônio do lesado ao *status quo ante*. Para isso, possui dois mecanismos para satisfazer tal obrigação: primeiro entrega a própria coisa ou algum

²²³ RESEDÁ, Salomão. **A Aplicabilidade do *punitive damage* nas ações de indenização por dano moral no ordenamento jurídico brasileiro**. 2008. Dissertação (Mestrado em Direito Privado e Econômico) – Faculdade de direito, Universidade Federal da Bahia. p. 70

²²⁴ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**, 7º volume: Responsabilidade Civil. 25ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p.85

²²⁵ *Ibidem*, loc.cit.

objeto da mesma espécie ou quando possível, indeniza o lesado pagando em pecúnia a fim de preencher a privação ocasionada pelo dano.²²⁶

4.2.2.1.2 *lucros cessantes*

O lucro cessante ou dano negativo trata-se de um reflexo vindouro sobre o patrimônio da vítima, ou seja, compreende aquilo que o lesado razoavelmente deixou de agregar ao seu patrimônio, em razão do ato ilícito. Aferi-los é bastante complexo, pois sua contabilidade demanda um juízo de razoabilidade no tocante a probabilidade objetiva, pois, a mera possibilidade é insuficiente. Desta forma, significa que o dano negativo “tangência o campo do nexo causal, na medida em que a estima dos lucros cessantes é basicamente um exame de um processo casual hipotético, com base naquilo que ordinariamente aconteceria se suprimíssemos o evento lesivo.”²²⁷

Nesta linha, o Código Civil no artigo 402²²⁸ limita o *lucrum cessans* ao “ganho esperável”, adotando assim, como critério para configuração e mensuração do lucro cessante, o princípio da razoabilidade. São diversas as formas de configuração do *lucrum cessans*, “desde o simples impedimento de fruição de valores em razão do ato praticado, por consequência da redução do montante de bens, até ao não cumprimento da expectativa de lucro.”²²⁹

Segundo Sergio Cavalieri²³⁰,

Deve o juiz mentalmente eliminar o ato ilícito e indagar se aquilo que está sendo pleiteado está sendo pleiteado a título de lucro cessante seria a consequência do normal desenrolar dos fatos; se aquele lucro poderia ser razoavelmente esperado, caso não tivesse ocorrido o ato ilícito.

O lucro cessante não é apenas o que o lesado deixou de lucrar, mas também “ganho de que o credor ficou privado”²³¹, tendo como referência o curso habitual das

²²⁶ RESEDÁ, Salomão. **A Aplicabilidade do *punitive damage* nas ações de indenização por dano moral no ordenamento jurídico brasileiro**. 2008. Dissertação (Mestrado em Direito Privado e Econômico) – Faculdade de direito, Universidade Federal da Bahia. p. 71

²²⁷ FARIAS, Cristiano Chaves de; Rosenvald, Nelson; NETO, Felipe Peixoto Braga. **Curso de direito Civil**. 3. Responsabilidade Civil. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2015, p. 226.

²²⁸ Código Civil, Art. 402. Salvo as exceções expressamente previstas em lei, as perdas e danos devidas ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar.

²²⁹ RESEDÁ, Salomão. Op cit. p. 71.

²³⁰ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 11.ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 96

coisas. Trata-se, portanto, de um prejuízo futuro, ao qual se tem uma reparação atual, pois o fato prejudicial já aconteceu.²³² Portanto, não se trata de um lucro imaginário, hipotético ou um dano remoto, trata-se de uma situação fática concreta.²³³

Convém assinalar, ainda, que apesar da diferenciação realizada ao longo do trabalho, entre o dano emergente e o lucro cessante, não significa que não possam acontecer simultaneamente. A partir do mesmo ato ilícito podemos encontrar ambas as hipóteses convivendo de forma harmônica.

4.2.2.2 Dano moral

Na temática do dano moral no ordenamento jurídico brasileiro faz-se necessário observar a existência de três momentos históricos: o primeiro que permitia em qualquer situação a aplicação da indenização nas lesões a direitos não patrimoniais;

²³¹ A título de ilustração faz-se necessário trazer o julgado que coaduna com o entendimento deste trabalho, transcrito a seguir: CIVIL E PROCESSO CIVIL. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. INDENIZATÓRIA. AQUISIÇÃO DE IMÓVEL DE CONSTRUTORA. PROMESSA DE COMPRA E VENDA. RECURSO DA CONSTRUTORA/RÉ. ALEGAÇÃO DE AUSÊNCIA DE CULPA DA CONSTRUTORA. INCIDÊNCIA DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. ARTIGOS 2º E 3º DA LEI N.º 8.078/90. ATRASO NA ENTREGA DA UNIDADE IMOBILIÁRIA. EXISTÊNCIA DE RELAÇÃO DE CONSUMO. CASO FORTUITO E/OU FORÇA MAIOR NÃO DEMONSTRADOS. ARTIGO 393 DO CÓDIGO CIVIL. LUCROS CESSANTES CONSUBSTANCIADOS EM ALUGUÉIS QUE O CONSUMIDOR DEIXOU DE AUFERIR. CONDENAÇÃO DEVIDA INDEPENDENTE DO PAGAMENTO INTEGRAL DO IMÓVEL E DA PROVA DE QUE O AUTOR PAGA ALUGUEL. VALOR DO ALUGUEL. INVERSÃO DO ÔNUS DE SUCUMBÊNCIA PREJUDICADA. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. [...] 3. A OBRIGAÇÃO DO FORNECEDOR EM RESSARCIR O CONTRATANTE INDEPENDENTE DESTE TER DEMONSTRADO OU NÃO SE JÁ TERIA INQUILINO PARA O APARTAMENTO OU SE ESTAVA PAGANDO ALUGUEL DA SUA ATUAL RESIDÊNCIA. O DESCUMPRIMENTO INJUSTIFICADO DA AVENÇA PELA CONSTRUTORA, ACARRETANDO A INDISPONIBILIDADE DO BEM PARA O CONTRATANTE, QUE FICOU IMPEDIDO INJUSTAMENTE DE GOZAR DA PROPRIEDADE DO IMÓVEL, É PROVA SUFICIENTE PARA RECONHECER A OBRIGAÇÃO DO FORNECEDOR EM REPARAR AS PERDAS E DANOS AMARGADOS PELO CONSUMIDOR, **CONSUBSTANCIADOS NOS LUCROS CESSANTES DECORRENTES DOS ALUGUÉIS QUE RAZOAVELMENTE DEIXOU DE RECEBER**. 4. RESTANDO INCONTROVERSA A MORA DA RÉ NA ENTREGA DO IMÓVEL AO AUTOR, RAZOÁVEL A CONDENAÇÃO AO PAGAMENTO DE INDENIZAÇÃO PELO ATRASO NO CUMPRIMENTO DA OBRIGAÇÃO, FIXADA EM 1% (UM POR CENTO) DO VALOR DO IMÓVEL, A TÍTULO DE ALUGUEL, POR TODO O PERÍODO DE ATRASO JÁ OCORRIDO E DAQUELE QUE DECORRER AO LONGO DA DEMANDA. [...] (TJ-DF - APC: 20120111869889 DF 0051354-75.2012.8.07.0001, Relator: ALFEU MACHADO, Data de Julgamento: 30/10/2013, 1ª Turma Cível, Data de Publicação: Publicado no DJE : 05/11/2013 . Pág.: 74) *(grifo nosso)*

²³² FARIAS, Cristiano Chaves de; Rosendal, Nelson; NETO, Felipe Peixoto Braga. **Curso de direito Civil**. 3. Responsabilidade Civil. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2015, p. 226.

²³³ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 11.ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 95

o segundo momento, aceitava a existência do dano moral, porém, de forma restrita, não podendo cumular com o dano material; e por fim, a Constituição Federal 1988 no art. 5º, V e X²³⁴, tem o terceiro momento, é a da reparabilidade ampla do dano moral, considerando-o como um direito fundamental,²³⁵ O código civil de 2002, por sua vez, reforça essa ideia de reparação civil presente na Constituição Federal 1988, em seu artigo 186²³⁶.

Até a década de 60 no Brasil, havia uma grande controvérsia a respeito da reparabilidade do dano moral. O dano moral era aplicado somente sob o prisma econômico e patrimonial, sem adentrar aos interesses existenciais. Os tribunais brasileiros negavam a possibilidade de reparação, porém, somente em 1966 o Supremo Tribunal Federal, reverteu esse entendimento passando a reconhecer a possibilidade de indenização. Contudo, os magistrados continuaram hesitante rejeitando mesmo após os precedentes da corte, a “reparabilidade pecuniária da dor”.²³⁷

Foi somente com a promulgação da Constituição Federal de 1988²³⁸, por força de previsão expressa do termo “dano moral” que trouxe a certeza plena da aceitabilidade da reparação civil. Desta forma, o que antes era interpretado de forma restrita teve seus horizontes ampliados abarcando o viés imaterial.

Diante da transformação do pensamento, associado à evolução da responsabilidade civil, fez com que a ausência de indenização tornasse inaceitável em face a vítima

²³⁴ Constituição Federal de 1988. Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem; X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

²³⁵ RESEDÁ, Salomão. **A função social do dano moral**. 1 ed. Florianópolis. Conceito editorial, 2009. P. 92-93

²³⁶ Código civil. Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

²³⁷ SHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos**. 5 ed. São Paulo. Atlas. 2013 p.105-106

²³⁸ Anderson Shreiber afirma que a previsão legislativa é insuficiente, visto que, “ o atual estado da responsabilidade civil no Brasil impõe reconhecer que o dano moral transcende as fronteiras do ato ilícito. A ampliação da responsabilidade objetiva vem eliminar, em definitivo, o peso atribuído à ilicitude na usual conceituação do dano. Com efeito, nos casos de responsabilidade sem culpa, a ilicitude encontra-se ausente, havendo, no máximo, de se cogitar de antijuridicidade no resultado do comportamento, isto é, com a geração do dano em si.” (*Ibidem*, p. 107)

de uma lesão a direito personalíssimo. Para Salomão Resedá²³⁹, “acarretaria num completo desequilíbrio na ordem jurídica, na medida em que reinaria livre a impunidade para situações semelhantes, fulminando, por completo, o preceito principal da Justiça: a manutenção da ordem e da paz social.”

A fim de conceituar dano moral, com esteio na doutrina de Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona Filho²⁴⁰, considera-se como a “lesão de direitos cujo conteúdo não é pecuniário, nem comercialmente redutível a dinheiro.” Em outras palavras, é aquele que lesiona a esfera dos direitos da personalidade do indivíduo. Logo, a lesão se dar em direitos e não em relação à esfera patrimonial.

Divergente a esse entendimento, Anderson Shreiber²⁴¹ afirma que o dano moral não pode ser associado ao prejuízo econômico incalculável sofrido pela vítima, ou seja, não pode conceituar o dano como sendo as dores físicas e morais sofridas pelo ofendido em face da lesão, sob pena de acabar convertendo o dano moral receptor de todas as sensações pessoais, íntimas e eventuais. Por outro lado, para o autor, o conceito de dano deve ser interpretado como uma “lesão a um interesse juridicamente tutelado,” pois, vai possibilitar uma análise do bem lesado, provocando uma seleção dos danos ressarcíveis,²⁴²

Nessa linha, Maria Helena Diniz²⁴³, afirma que

O dano moral vem a ser a lesão de interesses não patrimoniais de pessoa natural ou jurídica (CC, art. 52, súmula 227 do STJ), provocada pelo fato lesivo. Qualquer lesão que alguém sofra no objeto de seu direito repercutirá, necessariamente, em seu interesse. [...] o dano moral, ensina-nos Zannoni, não é a dor, a angústia, o desgosto, a aflição espiritual, a humilhação, o complexo que sofre a vítima do evento danoso, pois estes estados de espírito constituem o conteúdo, ou melhor, a consequência do dano.

Por ser o dano moral insusceptível de avaliação pecuniária, a sua reparabilidade tem a natureza de sanção, materializada por meio da compensação. “A reparação, em tais casos, reside no pagamento de uma soma pecuniária, arbitrada judicialmente,

²³⁹ RESEDÁ, Salomão. **A Aplicabilidade do *punitive damage* nas ações de indenização por dano moral no ordenamento jurídico brasileiro**. 2008. Dissertação (Mestrado em Direito Privado e Econômico) – Faculdade de direito, Universidade Federal da Bahia. p. 71

²⁴⁰ GAGLIANO Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo, **Novo Curso de Direito Civil**. Vol III: responsabilidade civil. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 111

²⁴¹ SHREIBER, Anderson. **Op.cit.** p.107-108.

²⁴² Ibidem. p. 109.

²⁴³ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**, 7º volume: Responsabilidade Civil. 25ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 106-109

com o objetivo de possibilitar ao lesado uma satisfação compensatória pelo dano sofrido, atenuando, em parte, as consequências da lesão.”²⁴⁴

4.2.2.3 Dano social

Cumpra esclarecer, a priori, que é incorreta a utilização da terminologia “dano moral coletivo” nos casos de lesão a esfera personalíssima da “sociedade” ou da “coletividade”. Isto decorre da desconexão entre a construção jurídica dano moral e a natureza dos direitos transindividuais. Encontra-se mais oportuno a utilização da categoria jurídica dos danos sociais.²⁴⁵

A partir das considerações feitas, pode-se, conceituar o dano social como “a lesão a direitos ou interesses de natureza extrapatrimonial transindividual consagrados no ordenamento jurídico.”²⁴⁶ A exemplo, o desrespeito ao artigo 170²⁴⁷ da Constituição de 1988 que enseja o dever de indenizar, havendo a lesão, independentemente de haver a violação a esfera personalíssima de qualquer pessoa individualmente ou coletivamente.

Nas palavras de Antônio Junqueira de Azevedo²⁴⁸ danos sociais,

são lesões à sociedade, no seu nível de vida, tanto por rebaixamento de seu patrimônio moral – principalmente a respeito da segurança – quanto por diminuição na qualidade de vida. Os danos sociais são causa, pois, de indenização punitiva por dolo ou culpa grave, especialmente, repetimos, se atos que reduzem as condições coletivas de segurança, e de indenização dissuasória, se atos em geral da pessoa jurídica, que trazem uma diminuição do índice de qualidade de vida da população.

Devido ao princípio da dignidade humana²⁴⁹, norteador do ordenamento jurídico brasileiro, o dano social, surge como mecanismo efetivador da dignidade, decorrente

²⁴⁴ GAGLIANO Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo, **Novo Curso de Direito Civil**. Vol III: responsabilidade civil. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 135.

²⁴⁵ TEIXEIRA, Leandro Fernandez. **A prática de *dumping social* como um fundamento de legitimação de *punitive damages*, em uma perspectiva da Análise Econômica do Direito**. 2012. Dissertação (Mestrado em Relações Sociais e Novos Direitos) - Faculdade de Direito. Universidade Federal da Bahia, 2012. p.159

²⁴⁶ *Ibidem. loc.cit.*

²⁴⁷ Constituição Federal de 1988. Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios.

²⁴⁸ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Por uma nova categoria de dano na responsabilidade civil: o dano social. In: FILOMENO, José Geraldo Brito; WAGNER JR., Luiz Guilherme da Costa; GONÇALVES, Renato Afonso (coord.). **O Código Civil e sua interdisciplinariedade**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. P. 376

do seu caráter desestimulador e educativo. Trata-se de uma forma de ampliar a proteção a dignidade da pessoa humana, promovendo a existência digna e justiça social.

4.2.2.4 Danos estéticos

Ao conceituar dano estético, encontra-se um equívoco de muitos estudiosos, como por exemplo, Wilson Melo da Silva e Teresa Ancona Lopes²⁵⁰, que insistem em adicionar à sua definição o elemento beleza. Ao fazer essa conceituação acaba por incentivar a discricionariedade e o arbítrio do magistrado, de modo a desrespeitar a integridade e à coerência do Direito.

A percepção do belo tem uma carga de subjetividade muito grande, é algo tormentoso e efêmero, de modo que algo pode ser compreendido ao mesmo tempo como bonito e feio por determinadas pessoas. Por outro lado, não é possível dissociar o dano estético da beleza física, pois a alteração na aparência é esperada, mas “a alteração morfológica deve ser observada mediante critérios objetivos, a fim de propiciar a esperada uniformidade no tratamento da matéria.”²⁵¹

No ordenamento jurídico brasileiro, o dano estético está previsto de modo genérico, nos artigos 186 e 927 do código civil 2002, bem como a fixação de parâmetros da indenização nos artigos 949 a 951 do Código Civil. Segundo Sergio Cavaliere²⁵², é possível identificar o dano estético na parte final do art. 949: “[...] além de algum outro prejuízo que o ofendido prove haver sofrido.”

Cristiano Chaves, Nelson Rosenvald e Felipe Peixoto²⁵³, conceituam o dano estético como “uma ofensa à integridade física da pessoa qualificada pelo elemento da “permanência”, ou seja, uma lesão corporal de efeitos prolongados e não meramente

²⁴⁹ Conforme já visto no Subitem 2.2.4.1 do capítulo 2.

²⁵⁰ Teresa Ancona Lopes conceitua o dano estético como “qualquer modificação duradoura ou permanente na aparência externa de uma pessoa, modificação esta que lhe acarreta um “enfeamento” e lhe causa humilhações e desgostos, dando origem portanto a uma dor moral.” (LOPEZ, Tereza Ancona. **O dano estético**: responsabilidade civil. 3. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 28.)

²⁵¹ ALVES, Rayssa Castro. Autonomia do dano estético na configuração da obrigação de indenizar. **Revista de direito**. Viçosa. v. 6, n. 1, 2014, p. 228

²⁵² CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 11.ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 135

²⁵³ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson; NETO, Felipe Peixoto Braga. *Op.cit.* p.359

transitória ou sanável.” Desta forma, o dano estético tem que ocorrer de forma duradoura, mesmo que não tenha a carga de definitividade ou irreversibilidade.

O dano estético é, a priori, um dano que atinge a aparência física envolvendo não apenas os traços fisionômicos, mas as expressões dinâmicas da personalidade, como a voz, os movimentos.²⁵⁴ Ainda assim, pode-se dizer que o dano estético não se restringe a ofensa em face da aparência externa e física da pessoa, mas também em face de situações internas, ainda que invisíveis, como por exemplo, nos casos de doenças e ofensas à higidez da saúde da pessoa.

4.2.3 Nexo causal

O nexos causal é a base fundamental para a solidificação da responsabilidade civil. Para que haja a responsabilização do ofensor é preciso que entre a conduta ilícita haja uma ponte conectora com a causa, ou seja, que o ato ilícito esteja vinculado ao dano causado, para só então chegar a uma consequência. “É o liame que une a conduta do agente ao dano.”²⁵⁵

Segundo Salomão Resedá²⁵⁶

Inúmeros são os acontecimentos que podem desaguar em danos para a pessoa. Porém, para que haja a possibilidade de indenização em razão de alguma agressão a direitos alheios, torna-se necessária a verificação do nexos causal entre a conduta do sujeito ativo e o resultado danoso. Pouco importa que um comportamento contrário ao direito coincida com o prejuízo sofrido por uma pessoa. É necessário que seja identificado este liame para que, a partir de então, se possa falar em restituição ao *status quo ante*.

Ao se deparar com uma multiplicidade de causas, o nexos causal apresenta algumas dificuldades, pois acaba sendo difícil determinar qual causa realmente ensejou o resultado danoso. Nesse sentido, Gisela Sampaio²⁵⁷ afirma que “o conceito de relação causal, além de se revestir de um aspecto filosófico, apresenta dificuldades de ordem prática, porque na maioria das vezes o evento danoso está cercado de condições que se multiplicam, dificultando a identificação da causa do dano.”

²⁵⁴ *Ibidem*. p. 363

²⁵⁵ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: responsabilidade civil**. 13. ed. v.4. São Paulo: Atlas, 2013, p. 54

²⁵⁶ RESEDÁ, Salomão. **A Aplicabilidade do *punitive damage* nas ações de indenização por dano moral no ordenamento jurídico brasileiro**. 2008. Dissertação (Mestrado em Direito Privado e Econômico) – Faculdade de direito, Universidade Federal da Bahia. p. 61

²⁵⁷ CRUZ, Gisela Sampaio da. **O problema do nexos causal na responsabilidade civil**. São Paulo: Renovar, 2005, p. 19.

Diante destas dificuldades, existem três principais teorias com o objetivo de solucionar esta questão, a seguir analisadas.

A primeira das teorias é a teoria da equivalência das condições (*conditio sine qua non*) teve sua origem na segunda metade do século XIX pelo jurista alemão Maximiliano Von Buri. Esta teoria afirma que todas as condições se equivalem, de modo a não diferenciar os fatos antecedentes do resultado danoso. “Com isso quer-se dizer que esta teoria é de espectro amplo, considerando elemento causal todo o antecedente que haja participado da cadeia de fatos que desembocaram no dano.”²⁵⁸

Esta é a teoria adotada no Código Penal Brasileiro, no art. 13²⁵⁹, de forma que se extrai que a causa é todo antecedente que, uma vez retirado da cadeia, o resultado não aconteceria.²⁶⁰ Contudo, a aplicação desta teoria no direito civil foi bastante criticada, pois, acaba por conduzir uma busca infinita de causas que resultaram na responsabilidade civil.

Com o rigorismo desta teoria, o juiz sequer consegue apreciar bem os fatos, quanto mais introduzir certos abrandamentos na série causal. Assim, apesar de algumas vantagens (grande simplicidade de aplicação, maiores probabilidades de reparação das vítimas, intenso efeito preventivo na obstrução dos danos), esta teoria conduz a exageros inaceitáveis e a soluções injustas.²⁶¹

Sendo esta teoria imprestável no direito civil, em razão de ampliar ilimitadamente o dever de reparar, faz-se necessária a busca de outra construção, capaz de adaptar melhor à responsabilidade civil. Desenvolveu-se, nesta esteira, a teoria da causalidade adequada.

A teoria da causalidade adequada foi concebida por Von Bar e aprimorada, posteriormente, pelo filósofo alemão Von Kries. Para este, toda e qualquer condição precedente não pode ser considerada mola propulsora do evento danoso, mas apenas, o “antecedente abstratamente idôneo à produção do efeito danoso.”²⁶² Em

²⁵⁸ GAGLIANO Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo, **Novo Curso de Direito Civil**. Vol III: responsabilidade civil. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 152.

²⁵⁹ Código Penal. Art. 13, CP — O resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa. Considera-se a causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido”.

²⁶⁰ LIMA, Talita. **A responsabilidade civil por dumping social nas relações de trabalho no direito brasileiro**. 2011. Monografia (Curso de Graduação em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Salvador, p. 67

²⁶¹ CRUZ, Gisela Sampaio da. **O problema do nexa causal na responsabilidade civil**. São Paulo: Renovar, 2005, p.45-46.

²⁶² GAGLIANO Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo, **Novo Curso de Direito Civil**. Vol III: responsabilidade civil. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 154

outras palavras, existe uma seleção das causas e somente é escolhida aquelas que se apresentarem como mais adequadas a determinar o resultado final. Trata-se de um juízo de probabilidade.

Anderson Schreiber²⁶³ acrescenta que

A causalidade adequada, como se vê, envolve não um juízo concreto acerca da causa do evento danoso, mas uma avaliação abstrata fundada em um princípio de normalidade. Imputa-se ao agente as consequências que, em um determinado momento histórico, segundo o estado da ciência e da técnica, são “normais” consequências de seu comportamento. Procurando especificar o critério da normalidade, afirma-se que, a fim de se saber a causa é ou não adequada a produzir determinado efeito, deve-se perguntar se tal relação de causa e efeito existe sempre, em casos daquela espécie, ou se existiu naquele caso, por força de circunstâncias específicas. Somente na primeira hipótese, considera-se que a causa foi adequada a produzir o efeito.

Diante à necessidade de demonstração do nexo casual, os juristas à época criticaram esta teoria da causalidade adequada sob o argumento de que a “probabilidade não é certeza”²⁶⁴. Bem como, os magistrados ficam com um grau de discricionariedade acentuado, de forma que, essa abstração, característica da investigação do nexo causal, muitas vezes necessária, acaba por afastar o julgador do caso concreto.

Procurando fugir desta incerteza na busca da causalidade, foi desenvolvida no Brasil pelo professor Agostinho Alvim, a teoria da causalidade direta ou imediata, também denominada teoria da interrupção do nexo causal ou teoria da causalidade necessária. Para esta teoria, causa “seria apenas o antecedente fático que, ligado por um vínculo de necessariedade ao resultado danoso, determinasse este último como uma consequência sua, direta e imediata.”²⁶⁵ Ou seja, causa é apenas o evento que vincula diretamente o evento danoso, sem a interrupção de outra condição superveniente.

Segundo Tepedino²⁶⁶, pode-se concluir que:

a causa relativamente independente é aquela que, em apertada síntese, torna remoto o nexo de causalidade anterior, importando aqui não a distância temporal entre a causa originária e o efeito, mas sim o novo vínculo de necessariedade estabelecido, entre a causa superveniente e o resultado danoso. A causa anterior deixou de ser considerada, menos por

²⁶³ SHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos**. 5 ed. São Paulo. Atlas. 2013 p.58

²⁶⁴ Ibidem. P. 59

²⁶⁵ GAGLIANO Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo, **Novo Curso de Direito Civil**. Vol III: responsabilidade civil. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 156

²⁶⁶ TEPEDINO, Gustavo. Notas sobre o Nexo de Causalidade, **Revista Trimestral de Direito Civil**, ano 2, v. 6, jun. de 2001. Rio de Janeiro: PADMA, p. 10.

ser remota e mais pela interposição de outra causa, responsável pela produção do efeito, estabelecendo-se outro nexos de causalidade

A respeito da teoria adotada no Brasil, há certa divergência. Uma parcela da doutrina adota a teoria da causalidade adequada, por ser a mais satisfatória para a responsabilidade civil. Por outro, Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho²⁶⁷ adota posicionamento contrário, entendendo que pela análise do artigo 403²⁶⁸ do Código Civil, pode-se concluir que a teoria adotada pelo ordenamento brasileiro foi a teoria da causalidade direta ou imediata (teoria da interrupção do nexos causal). Entretanto, os autores reconhecem que não é absoluta na jurisprudência a adoção desta teoria, pois, por vezes, a jurisprudência adota a causalidade adequada.

Nesse sentido, Anderson Schreiber²⁶⁹ afirma que diante das decisões judiciais é comum observar a utilização de ambas as teorias, de modo a dificultar a definição de um padrão de julgamento. Por outro lado, para Schreiber, “uma análise mais profunda, porém, demonstra que o caos reinante em matéria de nexos causal corresponde não a insistentes equívocos do poder judiciário”, mas uma flexibilização do nexos causal, com intuito de garantir ao ofendido uma reparação, a fim de não deixar a vítima desprotegida.

4.2.4 Culpa?

A culpa²⁷⁰ não pode ser considerada como pressuposto geral da responsabilidade civil no sentido lato sensu. Isto decorre da sua ausência quando da apreciação a responsabilidade objetiva, limitando-se apenas ao âmbito subjetivo do instituto, que, por sua vez, necessita de comprovação da existência da culpa do ofensor na prática

²⁶⁷ Ibidem. P.158

²⁶⁸ Código Civil. Art. 403. Ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato, sem prejuízo do disposto na lei processual.

²⁶⁹ SHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos**. 5 ed. São Paulo. Atlas. 2013 p.

²⁷⁰ Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona, diante da dificuldade de conceituar a culpa, afirma que a culpa é e sempre foi considerada uma pedra de toque da responsabilidade civil, de modo a identificar no seu conceito a ideia de violação de uma norma jurídica anterior. A fim de conceituar a culpa sem esgotar a sua noção, os autores afirmam que “a culpa (em sentido amplo) deriva da inobservância de um dever de conduta, previamente imposto pela ordem jurídica, em atenção à paz social. Se esta violação é proposital, atuou o agente com dolo; se decorreu de negligência, imprudência ou imperícia, a sua atuação é apenas culposa, em sentido estrito. GAGLIANO Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo, **Novo Curso de Direito Civil**. Vol III: responsabilidade civil. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 199

do ato lesivo para imputação da responsabilidade. Deste modo, a culpa torna-se um elemento accidental da responsabilidade civil.

A reparação civil, para que ocorra, é necessária a avaliação da existência da conduta culposa por parte do ofensor. A análise da culpa decorre da comparação do comportamento do agente ofensor com aquele considerado ideal, “ou seja, daquele indivíduo que cumpre com todas as suas obrigações e que age acobertado pela prudência e pela atenção necessária, decorrendo daí situações caracterizadas pela negligência, imperícia ou imprudência do agente.”²⁷¹ Desta forma, a análise do magistrado deve-se ater ao aspecto subjetivo do ato praticado. Para que haja a responsabilidade civil subjetiva, além da demonstração do elemento culposo é preciso que esteja presente o nexa causal, o dano e a conduta do agente.

A teoria da responsabilidade civil decorrente da culpa representou um grande avanço na história da civilização, de modo que, o objetivismo presente nas sociedades antigas foi abandonado, exigindo-se apenas um elemento subjetivo capaz de viabilizar a imputação psicológica do dano ao seu causador.²⁷²

A culpa era considerada um pressuposto da responsabilidade essencial para o sistema econômico instalado com o capitalismo industrial, tendo em vista, que retirava dos grandes empresários a responsabilidade de reparar, sem que houvesse a comprovação da culpa. Permitindo-se assim, uma maior liberdade de atuação, de maneira que a produção se desenvolvesse sem interferências. “A inexistência de qualquer requisito de segurança no ambiente de trabalho e as precárias condições a que eram expostos os trabalhadores serviam como uma combinação perfeita para a ocorrência de inúmeros gravames.”²⁷³

Anderson Schreiber²⁷⁴ ensina que

Se a concepção psicológica da culpa assegurou uma justificativa filosófica à reparação do prejuízo provocado pelo ato ilícito, impôs, por outro lado, forte ênfase sobre a verificação de um comportamento reprovável por parte do autor do dano. Resultado disso foi não apenas a consagrada ideia de “*pas de responsabilité sans faute*”, mas, muito além, a atribuição à culpa de uma certa preponderância na etiologia do ato ilícito. A associação da conotação psicológica da culpa com uma rigorosa exigência de sua demonstração

²⁷¹ RESEDÁ, Salomão. **A Aplicabilidade do *punitive damage* nas ações de indenização por dano moral no ordenamento jurídico brasileiro**. 2008. Dissertação (Mestrado em Direito Privado e Econômico) – Faculdade de direito, Universidade Federal da Bahia. p. 55

²⁷² GAGLIANO Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo, *op cit.* p. 198

²⁷³ RESEDÁ, Salomão. *Op.cit.* p. 55

²⁷⁴ SHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos**. 5 ed. São Paulo. Atlas. 2013 p.16

conduziu, gradativamente, à modelagem jurisprudencial e doutrinária de um obstáculo verdadeiramente sólido para a reparação dos danos.

Diante dessa dificuldade de comprovação da culpa, tendo em vista o desenvolvimento do capitalismo industrial e da proliferação de acidentes ligados aos avanços tecnológicos, ocasionou uma intolerância social e uma rejeição do próprio Poder judiciário, face a vulnerabilidade do lesado no momento do acidente e dentre outras. Diante desta prova diabólica causada pela dificuldade de comprovação da culpa, sugeriram mecanismos na tentativa de superar as injustiças e facilitar o acesso a reparação, em especial, a teoria do risco, a ser analisada nos tópicos a seguir.

4.3 ESPÉCIES DE RESPONSABILIDADE CIVIL

A responsabilidade civil apresenta-se sob diversas espécies, dependendo da perspectiva em que são analisadas. Segundo Maria Helena Diniz, poderá ser classificada: 1) quanto ao seu fato gerador, hipótese em que terá: a responsabilidade contratual e a responsabilidade extracontratual; 2) em relação ao seu fundamento, caso em que se apresentará como: responsabilidade subjetiva e responsabilidade objetiva; 3) relativamente ao agente, terá a responsabilidade direta e a responsabilidade indireta.²⁷⁵

Sergio Cavaliere²⁷⁶ afirma que “A responsabilidade tem por elemento nuclear uma conduta voluntária violadora de um dever jurídico, torna-se, então, possível dividi-la em diferentes espécies, dependendo de onde provem esse dever e qual o elemento subjetivo dessa conduta.”

Destarte, para o presente estudo, somente serão analisadas duas modalidades principais: a responsabilidade subjetiva e objetiva, pois, tem na assunção de riscos e na falta de cuidado necessário elementos capazes de ensejar a reparação civil.

²⁷⁵ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**, 7º volume: Responsabilidade Civil. 25ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p.145-146

²⁷⁶ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Op cit.* p.29

4.3.1 Responsabilidade subjetiva

A responsabilidade subjetiva é tratada como o fundamento básico de toda a responsabilidade civil, encontrando amparo nos art. 186 e 927²⁷⁷, caput, ambos do Código Civil. Para eles, a culpa é o fundamento do dever de indenizar o dano. Ou seja, o ofensor só poderá ser responsabilizado, em regra, se tiver agido com dolo. Assim, além dos elementos essenciais - dano, nexo de causalidade, a responsabilidade subjetiva requer também como elemento a conduta culposa do agente.

Somente após a culpa ser concebida como pressuposto da responsabilidade civil pelos juristas da Modernidade é que o objetivismo típico das sociedades antigas foi desprezado, sendo necessária uma análise psicológica do agente para efeitos de responsabilização.²⁷⁸ Para Anderson Schreiber a “pedra toque da responsabilidade civil consiste no uso culpável da liberdade, que moralmente demanda uma sanção”²⁷⁹

Fala-se em responsabilidade subjetiva para identificar a obrigação de indenizar inspirada na ideia de culpa, ou seja, não é preciso apurar a intencionalidade da conduta, basta que tenha ocorrido o dano por ato doloso ou culposo. Conforme o art. 186 do Código Civil de 2002 é necessário que exista uma ação ou omissão por parte do sujeito, “em comparação com o comportamento exigível esperado do chamado “homem médio””.²⁸⁰

Conclui Salomão Resedá²⁸¹ que,

A detecção da culpa, portanto, é feita a partir da comparação do comportamento com aquele considerado ideal, ou seja, daquele indivíduo que cumpre com todas as suas obrigações e que age acobertado pela

²⁷⁷ Código civil, Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo

²⁷⁸ LIMA, Talita. **A responsabilidade civil por dumping social nas relações de trabalho no direito brasileiro**. 2011. Monografia (Curso de Graduação em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Salvador, p. 40

²⁷⁹ SHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos**. 5 ed. São Paulo. Atlas. 2013 p.13

²⁸⁰ LIMA, Talita. *Op cit.* p. 71

²⁸¹ RESEDÁ, Salomão. **A Aplicabilidade do *punitive damage* nas ações de indenização por dano moral no ordenamento jurídico brasileiro**. 2008. Dissertação (Mestrado em Direito Privado e Econômico) – Faculdade de direito, Universidade Federal da Bahia. p. 55

prudência e pela atenção necessária, decorrendo daí situações caracterizadas pela negligência, imperícia ou imprudência do agente²⁸².

Para que a responsabilidade civil subjetiva se caracterize é necessária à verificação da existência de atuação culposa por parte do agente. Assim, o foco era no aspecto subjetivo do ato praticado. Portanto, havendo vestígios que demonstrassem a existência destes requisitos, além do nexo de causalidade, dano e da conduta do agente, estaria então, diante da responsabilidade civil subjetiva.²⁸³

Destarte, a culpa se mostrava um elemento de difícil comprovação, tornando-se um obstáculo para a reparação dos danos. Com isso, a responsabilidade civil tornou-se falha, deixando de abranger partes das situações que afligiam a sociedade.

4.3.2 Responsabilidade objetiva

A responsabilidade objetiva surgiu ao longo do século XX em razão da inserção de novas relações sociais e do desenvolvimento tecnológico, principalmente após a Revolução Industrial, quando a teoria da culpa demonstrou-se insuficiente para abranger os novos anseios, principalmente nas hipóteses de acidente de trabalho, decorrente das novas tecnologias, onde em muitas ocasiões, diante da dificuldade de comprovação da culpa do agente, o lesado ficava desprotegido, tendo que suportar integralmente o ônus, sendo denominada pelos doutrinadores de prova diabólica²⁸⁴.

A fim de superar essas injustiças, frente a dificuldade de se auferir a culpa, criou-se, a responsabilidade civil objetiva, fundada na teoria do risco, paralelamente à responsabilidade subjetiva (baseada na teoria da culpa). A responsabilidade

²⁸² Apenas a título de esclarecimento, Salomão Resedá conceitua negligência, imprudência e imperícia, definindo, portanto, “negligência como sendo a ausência de cautela, de precaução. Ou seja, a falta de cuidados necessários para barrar o acontecimento danoso. Por sua vez, a imprudência é a infringência às regras de conduta necessárias para a realização de um ato. O agente pratica fato considerado como perigoso. Por fim, a imperícia é também conhecida como culpa profissional ou técnica, e refere-se a falta de aptidão no exercício de uma profissão ou de uma arte. É voltada diretamente aos profissionais em razão do seu ofício” RESEDÁ, Salomão. *Op cit.* p. 56.

²⁸³ RESEDÁ, Salomão. *Op cit.* p. 55.

²⁸⁴ Jose Fernando de Castro Farias explica que “a teoria tradicional condicionava a responsabilidade civil à existência da falta, exigindo-se do operário, para obtenção da reparação do dano, provar que o acidente fora resultado de uma imprudência cometida pelo empregador. Essa abordagem obedecia a uma lógica individualista e tornava-se incompatível com a complexidade das práticas industriais, em que o risco de acidente era cada vez maior, de forma que a visão tradicional passa a ser considerada completamente injusta em relação aos operários, a quem impunha a necessidade de uma prova impossível” FARIAS apud SCHREIBER, 2013, p. 15.

objetiva, por sua vez, dispensa a existência da culpa, bastando que esteja comprovado o nexo de causalidade entre o dano e a conduta do agente.

Sobre o assunto, Anderson Schreiber²⁸⁵ ensina que

A tentativa de superar as injustiças impostas pela dificuldade de demonstração da culpa deu margem a inúmeros expedientes que se propunham a facilitar o acesso concreto da vítima à reparação. Vários foram os processos técnicos postos em jogo para atender à praticabilidade da responsabilidade: admissão fácil da existência da culpa pela aplicação da teoria do abuso do direito e da culpa negativa; o reconhecimento de presunções de culpa; a aceitação da teoria do risco; a transformação da responsabilidade aquiliana em contratual. Embora todos esses mecanismos devam ser compreendidos como meios de evitar os tormentos suscitados pela rigorosa exigência da prova da culpa, certo é que nenhum deles teve efeito tão revolucionário quanto a propagação teoria do risco.

A responsabilidade civil, então, passou a ser vista sob duas perspectiva. A primeira, tinha como fundamento a existência de culpa, porém, se percebeu que a vítima suportava um ônus muito maior do que podia suportar, pois era dele o dever de produzir provas. Desta forma, em nome da segurança da vítima, surgiu uma nova vertente secundária que abriu mão do aspecto subjetivo, adotando a teoria do risco.²⁸⁶

Segundo Schreiber²⁸⁷, a teoria do risco, no Brasil adentrou efetivamente no ordenamento por meio de leis especiais, a exemplo da legislação de acidente de trabalho (Lei. nº 5316/67, o Decreto nº 61.784/67, Lei nº 8213/91). Por sua vez, a Constituição Federal de 1988, adotou uma responsabilidade que afastou a culpa e se preocupou com a reparação dos danos em uma concepção marcada pela solidariedade social²⁸⁸. Além dessa nova tábua axiológica, a Constituição de 1988 traz no seu bojo previsões de hipóteses específicas, a exemplo dos dispositivos: art.7º, XXVIII; art. 21, XXIII; art. 37 §6º.²⁸⁹

²⁸⁵ SHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos**. 5 ed. São Paulo. Atlas. 2013 p.18-19.

²⁸⁶ RESEDÁ, Salomão. *Op cit.* p. 56-57.

²⁸⁷ SHREIBER, Anderson. *Op cit.* p.20

²⁸⁸ Constituição Federal 1988, Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

²⁸⁹ Constituição Federal 1988, Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: XXVIII - seguro contra acidentes de trabalho, a cargo do empregador, sem excluir a indenização a que este está obrigado, quando incorrer em dolo ou culpa;

Art. 21. Compete à União: XXIII - explorar os serviços e instalações nucleares de qualquer natureza e exercer monopólio estatal sobre a pesquisa, a lavra, o enriquecimento e reprocessamento, a industrialização e o comércio de minérios nucleares e seus derivados, atendidos os seguintes princípios e condições.

Em 2002, o Código Civil consagrou a orientação constitucional através do artigo 927 em seu parágrafo único, ao qual determina que em algumas hipóteses a responsabilidade seja configurada a partir da atividade exercida pelo agente. Ou seja, é uma responsabilidade objetiva por atividade de risco, com a seguinte redação²⁹⁰: “Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.”

Para Anderson Schreiber²⁹¹,

o escopo do paragrafo único do art. 927 é o de impor responsabilização com base no elevado risco produzido por certa atividade, o que não se verifica em qualquer espécies de prestação de serviços, mas apenas naquelas hipóteses em que houver uma lata possibilidade de dano.

Conclui ainda o referido autor, que a clausula geral de responsabilidade civil objetiva trata-se apenas das atividades perigosas, ou seja, aquelas que apresentam um grau elevado. É irrelevante, por outro lado, que para que incida este dispositivo, a atividade de risco se organize necessariamente sob a forma empresarial ou que se tenha revertido em proveito de qualquer espécie para o responsável.²⁹²

A responsabilidade objetiva, portanto, é aquela em que prescinde da existência de culpa, ou seja, não são levados em consideração frente ao dano causado. Basta a conduta causar prejuízo a vítima ou aos seus bens, sendo necessário apenas o nexo de causalidade entre a conduta lesiva e o dano.

Nas palavras de Maria Helena Diniz²⁹³,

Na responsabilidade objetiva, a atividade que gerou o dano é lícita, mas causou perigo a outrem, de modo que aquele que a exerce, por ter a obrigação de velar para que dela não resulte prejuízo, terá o dever ressarcitório, pelo simples implemento do nexo causal. A vítima deverá pura e simplesmente demonstrar o nexo de causalidade entre o dano e a ação que o produziu.

Com essa previsão no ordenamento brasileiro, a responsabilidade subjetiva (teoria da culpa) que, reinava soberano no âmbito do instituto da responsabilidade civil,

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: § 6º As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

²⁹⁰ SHREIBER, Anderson. *Op.cit* p.21

²⁹¹ *Ibidem*, p. 25.

²⁹² *Ibidem*, *loc.cit.*

²⁹³ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro – responsabilidade civil**. 25. ed. rev. atual. vol. 7. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 146

tornou-se mitigada a sua aplicação, diante de algumas determinações legais. Ocorreu, portanto, uma “transmutação na ordem tradicional estipulada”. Antes era obrigatório se identificar a existência da culpa, com a responsabilidade objetiva, pautada na teoria do risco, primeiramente constatava-se o direito do ofendido de ter o seu *status quo ante*, analisando somente que o dano decorreu do exercício da atividade.²⁹⁴

Apenar da nova tendência objetivista da responsabilidade civil, o modelo subjetivista não foi abandonado. Pelo contrario, continua tendo a sua previsão no Código civil de 2002, conforme já exposto, reconhecendo-o como regra geral do instituto da responsabilidade civil, por outro lado, sem descartar a teoria objetiva para os fatos previstos em lei decorrentes das atividades de risco. “A responsabilidade objetiva não substitui a subjetiva, mas fica circunscrita aos seus justos limites.”²⁹⁵

4.4 FUNÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Diante da análise histórica permite-se observar que na pré-história da responsabilidade civil, a *vingança, em virtude da ausência de um poder central*, era tida como a primeira forma de reação contra comportamentos lesivos. Num segundo momento, aparece a Lei de Talião: *olho por olho, dente por dente*, ao qual se tratava de um temperamento dos costumes primitivos, ainda que existisse o rigor. Em um momento posterior a essas formas primitivas de autotutela é que se tem a compensação pecuniária, substituindo a vingança e a Lei de Talião. Nasce, portanto, a responsabilidade civil moderna concebida como a obrigação de restituir o ofendido em pecúnia e em paralelo à aplicação da função sancionatória ao ofensor.²⁹⁶

Busca-se com a responsabilidade civil a restituição do equilíbrio moral e patrimonial desfeito e a redistribuição de riqueza, conforme preconizado pelo art. 170²⁹⁷ caput da Constituição Federal 1988, atendo assim os ditames da justiça social. Para

²⁹⁴ RESEDÁ, Salomão. *Op cit.* p. 59.

²⁹⁵ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil**. 9. ed. rev. de acordo com o novo código civil (Lei 10.406 de 10-1-2002). Saraiva: São Paulo, 2005, p. 24

²⁹⁶ ROSENVALD, Nelson. **As funções da responsabilidade civil: a reparação e a pena civil**. 1 ed. São Paulo. Atlas, 2013, p. 5-6.

²⁹⁷ Constituição Federal 1988, art. 170 A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

alcançar este equilíbrio, portanto, é imprescindível a reestruturação do *status a quo ante*. A responsabilidade civil tem por propósito diminuir a diferença entre a situação atual e a que existiria, caso não houvesse ocorrido o ilícito.²⁹⁸

Segundo Nelson Rosenvald²⁹⁹

Bem se percebe que a responsabilidade civil assume uma conotação de neutralidade e objetividade, pois ausente deste modelo jurídico qualquer censura ao comportamento do agente, sendo a tutela civil finalizada ao escopo prático de garantir uma distribuição do peso do dano sob a base de critérios social e economicamente justificáveis. Fala-se em laicização da responsabilidade civil. O aspecto redistributivo da alocação de danos em uma economia de mercado se converte em escolha tão oportuna quanto o final feliz das fábulas que, em nome de um critério de justiça substancial, restauravam a posição daquele que injustamente foi usurpada da sua condição natural.

A responsabilidade civil tem particularmente uma finalidade estática, por meio da reparação dos danos causados a outrem, a fim de tutelar os interesses do ofendido, com o objetivo de retornar ao *status quo ante*. Está é, portanto, a finalidade reparatória, a primordial. Entretanto, o instituto da responsabilidade civil comporta outras duas funções, quais sejam a função sancionatória ou punitiva do ofensor e a preventiva ou precaucional.

A função reparatória tem como objetivo reportar o ofendido ao estado em que se encontrava antes da ocorrência do ato ilícito, ou, não sendo possível, restituir com o pagamento de um *quantum* indenizatório, em valor equivalente ao bem material lesado ou o suficiente para que compense o prejuízo sofrido, sendo um direito não redutível pecuniariamente.

De acordo com as lições de Maria Helena Diniz³⁰⁰ o princípio que rege a responsabilidade civil na era da contemporaneidade é o da *restitutio in integrum*. Significa que tem que haver a reposição completada da vítima à situação a qual se encontrava antes da lesão. Para que haja essa reparação integral, a autora diz que deverá ser feita “por meio de uma reconstituição natural, de recurso a uma situação material correspondente ou de indenização que presente do modo mais exato possível o valor do prejuízo no momento de seu ressarcimento, respeitando assim, a sua dignidade”

²⁹⁸ LIMA, Talita. **A responsabilidade civil por dumping social nas relações de trabalho no direito brasileiro**. 2011. Monografia (Curso de Graduação em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Salvador, p. 74

²⁹⁹ ROSENVALD, Nelson. *op. cit.* p. 64.

³⁰⁰ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**, 7º volume: Responsabilidade Civil. 25ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 23-24.

A função punitiva, segundo Talita Lima³⁰¹ tem como poder punir o agressor em virtude da prática lesiva dos seus atos, a fim de evitar a reincidência ou repetência de condutas semelhantes. Entretanto, poderá essa função ser afastada quando existir a possibilidade de restituição integral do *status quo ante*.

Segundo Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho³⁰² “essa persuasão não se limita à figura do ofensor, acabando por incidir numa terceira função, de cunho socioeducativo, que é a de tornar público que condutas semelhantes não serão toleradas”. Desta forma, se tem, portanto, de forma indireta o equilíbrio e a segurança da própria sociedade.

Acerca do *dumping* social, esta função de cunho educativo é a que mais se adéqua a este instituto, pois há a publicização da ocorrência do ilícito e a sua consequência para quem o causou. Logo, obriga o lesante a reparar o dano causado, e com isso, contribui para coibir a prática de outros atos danosos, seja pela mesma pessoa ou, seja por qualquer outro cidadão. Então, tem-se uma conduta reprimida pela sociedade e colocando aquele que a praticou em situação vexatória.

4.5 TEORIA DO PUNITIVE DAMAGES

A fim de buscar instrumentos eficazes para a efetivação da responsabilidade civil, é possível a importação do instituto do *punitive damages*, para alcançar uma melhor solução dos problemas decorrentes da função compensatória e reparatória da responsabilidade civil, em face as condutas dotadas de elevado grau de reprovação social. Trata-se de um instrumento preventivo e repressivo de praticas ilícitas, tendo por fundamento o caráter pedagógico da sanção, com fim de desestimular as condutas lesivas.

³⁰¹ LIMA, Talita. **A responsabilidade civil por dumping social nas relações de trabalho no direito brasileiro**. 2011. Monografia (Curso de Graduação em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Salvador, p. 74

³⁰² GAGLIANO Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo, **Novo Curso de Direito Civil**. Vol III: responsabilidade civil. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 68

O *punitive damages* tem sua origem no direito inglês, em especial com o caso *Wilkes v. Wood*³⁰³, em 1763. Entretanto, se desenvolveu no século XX no direito norte-americano, ao qual tornou modelo a ser seguido por vários ordenamentos. Nos tribunais americanos, o *punitive damages* trata-se de indenização suplementar e excepcional contra o ofensor que praticou uma conduta gravosa ou atos lesivos reiterados. Assim, *punitive damages*, também conhecido como *exemplary damages*, pode ser conceituado como “uma soma adicional, além da compensação ao réu pelo mal sofrido, que lhe é concedida com o propósito de punir o acusado, de adverti-lo a não repetir o ato danoso e para evitar que outros sigam seu exemplo”³⁰⁴

Além de servir como meio de sanção ao acusado, encontra-se também a função de desestímulo. O *exemplary damages* serve para os outros potenciais ofensores que ao praticarem aquela conduta, o órgão jurisdicional adotará severas sanções para reprimi-la. Como também serve para desestimular novas condutas lesivas. “A existência de um ideal de repressão não pode ser encarada com o objetivo central da sua aplicação. Na realidade, ela é apenas o caminho que conduz à meta final do desestímulo.”³⁰⁵

No ordenamento brasileiro, a aplicação do *punitive damages* cabe ao magistrado, quando no seu juízo de valor, entender que embora a indenização seja suficiente para compensar o dano, esta deve ser majorada de forma a coibir a prática reincidente da conduta lesiva, aplicando, portanto, a função pedagógica da

³⁰³ André Gustavo Corrêa traz de forma minuciosa o relato do caso *Wilkes v. Wood*, que decorreu da publicação de artigo anônimo no Jornal semanal *The North Briton*, de conteúdo ofensivo à reputação do rei George III e de seus ministros. “Em consequência, Lord Halifax, secretário de Estado do rei, determinou a expedição de mandado genérico (*general warrant*), autorizando a prisão de suspeitos de envolvimento na publicação do artigo, sem identifica-los nominalmente. Foram presos 49 pessoas, dentre as quais o autor do artigo John Wilkes, inflamado membro da oposição no Parlamento. Mensageiros do rei invadiram e reviraram a cada de Wilkes, forçando gavetas e apreendendo livros e papéis privados, sem inventaria-los. Wilkes, então, ajuizou uma *action for trespass* contra Mr. Wood, subsecretário do Estado, que havia pessoalmente supervisionado a execução do mandado. Demandou *exemplary damages*, ao argumento de uma indenização de reduzido valor não seria suficiente para impedir a prática de condutas semelhantes. O júri estabeleceu a soma, considerável para a época, de 1000 (mil libras) a título de *punitive damages*.” (ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. **Dano Moral e Indenização Punitiva: os punitive damages na experiência do common law e na perspectiva do direito brasileiro**. 2ª ed. Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2009, p. 178-179.)

³⁰⁴ PROSSER; WADE; e SCHWARTZ apud BORGES, Thiago Carvalho. Danos punitivos: hipóteses de aplicação no direito brasileiro. <<http://www.faculdadebaianadedireito.com.br/images/a/Texto%20Thiago.pdf> > Acesso em: 08 agosto 2015.

³⁰⁵ RESEDÁ, Salomão. **A Aplicabilidade do punitive damage nas ações de indenização por dano moral no ordenamento jurídico brasileiro**. 2008. Dissertação (Mestrado em Direito Privado e Econômico) – Faculdade de direito, Universidade Federal da Bahia. p. 229

responsabilidade civil. Bem como, é levado em consideração pelo juiz ao aplicar tal sanção o poder econômico do agressor, a fim de desestimular tal prática ilícita.

Desta forma, na visão de Salomão Resedá³⁰⁶ o *punitive damages* é,

acréscimo econômico na condenação imposta ao sujeito ativo do ato ilícito, em razão da sua gravidade e reiteração que vai além do que se estipula como necessário para satisfazer o ofendido, no intuito de desestimular a prática de novos atos, além de mitigar a prática de comportamentos semelhantes por parte de potenciais ofensores, assegurando a paz social e consequente função social da responsabilidade civil.

A utilização de *punitive damages* é alvo de controvérsias no ordenamento brasileiro, contudo, conforme ensinado por Leandro Fernandez³⁰⁷, a utilização do *exemplary damages* pelo poder judiciário decorre da evolução dos institutos jurídicos em conjunto com as transformações sociais e as opções políticas nacionais. A sua utilização no ordenamento brasileiro deve, por outro lado, ser feita somente em situações excepcionais, quando houver a justificativa de uma tutela mais rígida por parte do Poder Judiciário.

Apesar de uma parte da doutrina entender pela inconstitucionalidade e incompatibilidade com o regime da responsabilidade civil previsto no art. 944 do Código Civil. É cediço que no Superior Tribunal de Justiça é pacífico o entendimento quanto ao cabimento da aplicação do instituto do *punitive damages*. Como o voto da Ministra Nancy Andrighi³⁰⁸

³⁰⁶ Ibidem, p. 230

³⁰⁷ TEIXEIRA, Leandro Fernandez. **A prática de *dumping social* como um fundamento de legitimação de *punitive damages*, em uma perspectiva da Análise Econômica do Direito**. 2012. Dissertação (Mestrado em Relações Sociais e Novos Direitos) - Faculdade de Direito. Universidade Federal da Bahia, 2012, p. 170 – 171.

³⁰⁸ COMERCIAL. DIREITO AUTORAL. UTILIZAÇÃO DESAUTORIZADA DE FOTOGRAFIA PARA ILUSTRAR CAPA DE GUIA RODOVIÁRIO. COMPOSIÇÃO DA CONDENAÇÃO. INDENIZAÇÃO PELOS DANOS SOFRIDOS E SANÇÃO PELA CONDUTA ILÍCITA. LIMITES. 1. O art. 102 da Lei nº 9.610/98 fixa sanções cíveis decorrentes da violação de direitos autorais. A exegese desse dispositivo legal evidencia o seu caráter punitivo, ou seja, a intenção do legislador de que seja primordialmente aplicado com o escopo de inibir novas práticas semelhantes. Tanto é assim que a sua parte final ressalva que as penas serão impostas, “sem prejuízo da indenização cabível”. O art. 103 da Lei nº 9.610/98, por sua vez, assume também um caráter indenizatório, na medida em que prevê que a perda dos exemplares e o pagamento daqueles que tiverem sido vendidos se dê em favor da vítima. Realizando-se uma análise sistemática dessas normas, conclui-se que elas criam uma via de mão dupla: assim como poderá haver situações em que as sanções não compensarão de forma plena e satisfatória os prejuízos suportados pela vítima – exigindo complementação a título de indenização pelos danos sofridos – haverá casos em que a própria indenização já cumprirá a contento não apenas a função de ressarcir a vítima pelas suas perdas, como também de desencorajar a conduta ilícita. 2. Cabe ao julgador, fazendo uso de seu prudente arbítrio, interpretar casuisticamente os comandos dos arts. 102 e 103 da Lei nº 9.610/98, definindo a composição e os limites da condenação, utilizando os critérios que melhor representem os princípios de equidade e justiça, alerta para o fato de que os valores arbitrados não deverão conduzir ao enriquecimento indevido da vítima. 3. Tendo em vista as peculiaridades presentes na espécie, de que: (i) as fotografias do recorrente

Outro não é o entendimento dessa Corte, que já se manifestou no sentido de que “a fixação do valor da indenização pela prática da contrafação deve servir, entre outras coisas, para desestimular a prática ofensiva, sem, no entanto, implicar enriquecimento sem causa do titular dos direitos autorais violados” (REsp 1.136.676/RS, 3ª Turma, minha relatoria, DJe de 29.06.2010. Em igual sentido: REsp 1.016.087/RS, 3ª Turma, minha relatoria, DJe de 14.04.2010). Em síntese, pois, deve o julgador, diante de cada caso, utilizar os critérios que melhor representem os princípios de equidade e justiça, igualmente considerando a potencialidade da ofensa e seus reflexos, sempre atento para que não sejam fixados valores ínfimos, incapazes de coibir as práticas ofensivas, ou excessivos, de modo a acarretar o enriquecimento sem causa da vítima.

Ainda assim, é possível encontrar alguns dispositivos na legislação brasileira que sustentam a aplicação das indenizações punitivas.³⁰⁹ Como a Lei 5.250\67 (Lei de Imprensa) no seu artigo 53³¹⁰ e o próprio Código Civil³¹¹ nos artigos 939 e 940 que permite a indenização punitiva nos casos que o credor cobra dívida indevidamente. Deste modo, cabe ao juiz, analisar diante da conduta lesiva, a sua gravidade e a situação econômica do ofensor, a fim de fixar a indenização punitiva.

compõem pequena parte do todo da obra; (ii) os novos exemplares serão acompanhados de errata, atribuindo a correta autoria para as fotos; e (iii) não se identifica na conduta das recorridas a tentativa de utilização do trabalho do recorrente para incrementar – pelo menos não de forma substancial – a vendagem da obra; a condenação imposta pelas instâncias ordinárias se mostra satisfatória, isto é, apta a desempenhar o duplo papel de indenizar a vítima pelos prejuízos suportados, bem como de desestimular a prática ilícita. 4. Recurso especial a que se nega provimento. RECURSO ESPECIAL DESPROVIDO. REsp 1367021 / RS – Min. Nancy Andrighi, Julgamento em 03/09/2013 Órgão Julgador: Terceira Turma – STJ. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=dano+punitivo&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>> Acesso em>: 08 de agosto de 2015.

³⁰⁹ LIMA, Talita. **A responsabilidade civil por dumping social nas relações de trabalho no direito brasileiro**. 2011. Monografia (Curso de Graduação em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Salvador, p. 76

³¹⁰ Lei de Imprensa. Art. 53. No arbitramento da indenização em reparação do dano moral, o juiz terá em conta, notadamente:

I - a intensidade do sofrimento do ofendido, a gravidade, a natureza e repercussão da ofensa e a posição social e política do ofendido;

II - A intensidade do dolo ou o grau da culpa do responsável, sua situação econômica e sua condenação anterior em ação criminal ou cível fundada em abuso no exercício da liberdade de manifestação do pensamento e informação;

III - a retratação espontânea e cabal, antes da propositura da ação penal ou cível, a publicação ou transmissão da resposta ou pedido de retificação, nos prazos previstos na lei e independentemente de intervenção judicial, e a extensão da reparação por esse meio obtida pelo ofendido.

³¹¹ Código Civil. Art. 939. O credor que demandar o devedor antes de vencida a dívida, fora dos casos em que a lei o permita, ficará obrigado a esperar o tempo que faltava para o vencimento, a descontar os juros correspondentes, embora estipulados, e a pagar as custas em dobro.

Art. 940. Aquele que demandar por dívida já paga, no todo ou em parte, sem ressaltar as quantias recebidas ou pedir mais do que for devido, ficará obrigado a pagar ao devedor, no primeiro caso, o dobro do que houver cobrado e, no segundo, o equivalente do que dele exigir, salvo se houver prescrição.

Segundo André Gustavo Corrêa de Andrade³¹², o *punitive damages* no Brasil encontra seu fundamento, na própria Constituição Federal de 1988, através dos direitos da personalidade, no direito à indenização por danos morais e no princípio da dignidade humana. Assim afirma que,

É no princípio da dignidade humana, estabelecido no art. 1º, inciso III, da Constituição Federal, que a indenização punitiva encontra sua base lógico-jurídica. A aplicação dessa forma especial de sanção constitui, também, consectário lógico do reconhecimento constitucional dos direitos da personalidade e do direito à indenização do dano moral, encartados no art. 5º, incisos V e X, da Constituição brasileira.

Pelo caráter excepcional que reveste o instituto do *punitive damages* só é justificável a majoração da indenização quando a conduta é, de fato, reprovável, lesiva e particularmente, odiosa, apta, portanto, a ensejar a reprovação do ordenamento. Como também, quando ainda que considerada leve, a reiteração da conduta do agente eleva a sua gravidade.

Assim, é preciso observar dois limites para que ocorra a majoração da pena: o primeiro, o juiz não pode majorar a pena se a legislação já pune a conduta, pois a lei já traz a pena adequada. Logo, estaria ferindo a segurança jurídica ao criar uma punição não prevista em lei. O segundo limite é que a indenização punitiva só deve ser aplicada quando houve vantagem econômica com o ilícito praticado, de forma que a majoração da indenização retira o proveito indevido e coíbe a reincidência da conduta danosa.³¹³

É possível constatar que, as indenizações suplementares aplicadas, diferente da responsabilidade civil, tem seu foco invertido, de modo que deixa de ser a vítima e se volta para o ofensor. Assim, as indenizações tem como parâmetro o comportamento reprovável do ofensor, sendo esses analisados pelo magistrado diante do caso concreto. Portanto, os danos punitivos não se confundem com os danos morais, já que este tem fundamento diverso, não visando restituir a vítima.

Insta ressaltar, que o *punitive damages* não é um instituto com o intuito sancionatório. Diante desta atitude mais incisiva do Poder Judiciário tem-se o dever

³¹² ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. **Dano Moral e Indenização Punitiva: os punitive damages na experiência do common law e na perspectiva do direito brasileiro.** 2ª ed. Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2009, p. 237

³¹³ LIMA, Talita. **A responsabilidade civil por dumping social nas relações de trabalho no direito brasileiro.** 2011. Monografia (Curso de Graduação em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Salvador, p. 77

de observância do interesse coletivo em não sofrer novas condutas lesivas como a experimentada.

Nesse sentido, Salomão Resedá³¹⁴, aborda a importância da função do desestímulo do *exemplary damages* no ordenamento jurídico, afirmando que

A não concessão de meios que impeçam a repetição de atos ilícitos gravosos, ou que são comumente praticados, Chancelloria a incompatibilidade da responsabilidade civil perante a sistemática da funcionalização do direito. Hoje, não basta apenas considerar o singular: há a necessidade de imposição do coletivo para a efetivação da prestação jurisdicional, o que é possível mediante a função de desestímulo do *punitive damage*.

Defende-se, portanto, a majoração da indenização em prol do interesse público e social, em face da gravidade e/ou reiteração da conduta ilícita, bem como quando a parte auferir vantagem econômica, causando danos sociais. Assim, além da compensação do dano sofrido, está colocando o condenado em situação de exemplo negativo para a sociedade. Diante disso, sustenta-se a aplicação do instituto da responsabilidade civil pela prática de *dumping* social.

³¹⁴ RESEDÁ, Salomão. **A Aplicabilidade do *punitive damage* nas ações de indenização por dano moral no ordenamento jurídico brasileiro**. 2008. Dissertação (Mestrado em Direito Privado e Econômico) – Faculdade de direito, Universidade Federal da Bahia. p. 231

5 APLICABILIDADE DA RESPONSABILIDADE CIVIL PELA PRÁTICA DE *DUMPING* SOCIAL NAS RELAÇÕES TRABALHISTAS OU NAS RELAÇÕES DE EMPREGO

Este capítulo, após todas as considerações já delineadas ao longo do trabalho, destina-se a apresentar as implicações jurídicas e analisar a possibilidade da aplicação do instituto da Responsabilidade Civil à luz do ordenamento jurídico brasileiro, em face à prática reiterada do *dumping* social. Posteriormente, será examinada a função repressiva e punitiva da indenização a ser aplicada em face deste instituto, bem como a (im)possibilidade de imposição *ex officio* pelo magistrado. Por fim, analisar-se-á critérios de fixação da indenização e a legitimidade para o recebimento da indenização imposta à empresa.

5.1 INSUFICIÊNCIA DA REPARAÇÃO EM CASOS CONCRETOS

O direito do trabalho, em decorrência do seu papel civilizatório, é um dos meios mais efetivo para a concretização da dignidade humana. Embora tenha havido avanços na legislação trabalhista brasileira em face da proteção aos trabalhadores, tais avanços não foram capazes de inibir as práticas abusivas e o desrespeito por parte das empresas, ao regramento jurídico, de modo, a submeter os trabalhadores a situações precárias e análogas de trabalho. Ao contrário, a rigidez da legislação trabalhista no ordenamento brasileiro fez com que muitas empresas descumprissem as normas, pautado no argumento de que houve um aumento dos custos, de modo a prejudicar a sua capacidade financeira, fadando-os a falir.

A prática dessas condutas tem lotado as salas de audiência da Justiça do Trabalho. É perceptível na *praxe forense*, empresas, de modo reiterado, atuando no polo passivo da demanda, em face do descumprimento dos direitos laborais mínimos, de modo, muitas vezes, a obter vantagens comerciais, lesando os trabalhadores de forma individual e, também a sociedade. Com efeito, é de grande valor a reparação individual ao trabalhador, mesmo que tardia, como forma de satisfazer o direito do autor, que outrora fora desrespeitado.

Em face do cenário de competições empresariais, cujo objetivo é ampliar os lucros diminuindo os custos de produção, veem na redução dos direitos trabalhistas uma forma de alcançar esse lucro. Muitas vezes, algumas empresas através de uma ética utilitarista³¹⁵ ao contabilizar o custo e benefício observam o binômio: lucro obtido com a ocultação dos direitos trabalhistas versus número de condenações proferidas pela justiça trabalhista. Assim, chegam a conclusão que é economicamente mais lucrativo subtrair os direitos trabalhistas, adimplindo apenas se obrigado por meio decisão judicial, do que cumprir espontaneamente.

Assim, as empresas, ao invés de cumprir, espontaneamente, a lei, resguardam-se na lentidão da máquina estatal e aproveitam-se do Poder Judiciário como engrenagem de seu modelo produtivo. Ainda assim, além da própria demora do sistema processual, os empresários se valem de inúmeras variantes, como por exemplo, o não ajuizamento da reclamação trabalhista pelo empregado, seja por desinformação, ou até mesmo por receio de obstar-lo em novo emprego, em virtude da chamada “lista negra”. Há também os fatores extrínsecos, que contribui para as reiteradas práticas abusivas do empregador, como a falta de provas, a ausência de advogado e até mesmo a má valoração das provas pelo magistrado.

A reparação individual em face da prática de *dumping* social revela-se adequada a por fim ao conflito particular, porém, configura-se inútil em face do dano à sociedade,

³¹⁵A teoria utilitarista valoriza um ato como moral ou não através das suas consequências, ou seja, sua utilidade, valorizando aquilo que gera maior grau de satisfação para um maior número de pessoas. Assim, considera a maioria em detrimento dos direitos individuais e da dignidade daqueles que não conformam o conceito majoritário. Esta teoria remota a Bentham filósofo inglês do Século XVIII e tem sido aplicada largamente na atualidade com o fim de justificar escolhas supostamente morais, cujo fim é meramente a obtenção do lucro, como na situação ora suscitada. Visando uma maior satisfação da sociedade, o aumento da produção, e o preenchimento das expectativas de consumo, em detrimento dos direitos humanos e trabalhistas de operários. Ademais, quanto as decisões das empresas faz-se presente o cálculo utilitarista (visando meramente as consequências mais desejáveis e úteis, ou seja, aumentar o lucro e reduzir as despesas) tendendo à precarizar as condições laborais e gerando, conseqüentemente, um benefício maior para a empresa e em tese para a sociedade, ou seja, a maioria. Contudo, esta visão é criticada pelos impactos sociais negativos do *dumping* social. Neste sentido coaduna Sandels, “Utilitarianism claims to offer a science of morality, based on measuring, aggregating, and calculating happiness. It weighs preferences without judging them. Everyone’s preferences count equally. This nonjudgmental spirit is the source of much of its appeal. And its promise to make moral choice a science informs much contemporary economic reasoning.” (SANDEL. Michael J. **Justice: what’s the right thing to do?** Farrar, Strus and Giroux. 2009, p. 41.) Tradução livre: o utilitarismo tem como objetivo criar uma ciência moral baseada em medir e calcular a felicidade. Isto vai pesar as preferências sem julgá-las. Todas as preferências vai contar de uma forma igual. Este espírito de não julgar é fonte do argumento utilitarista. Essa teoria científica é utilizada na atualidade para fazer escolhas morais baseadas em razões econômicas.

ou seja, “em face do flagrante dano social perpetrado.”³¹⁶ Como já analisado ao longo do presente estudo, a prática reiterada desta conduta reprovável causa danos que extrapola a esfera individual, de modo a repercutir na sociedade como um todo, como por exemplo, as empresas concorrentes, o mercado de trabalho, e até mesmo, os preceitos da Constituição Federal de 1988, em destaque, a ordem econômica preconizada em seu art. 170.

O desrespeito reiterado e inescusável dos direitos dos trabalhadores prejudica o empregado, mas também os demais empregadores do ramo, à contribuir para o desequilíbrio da cadeia econômica capitalista, através de concorrência desleal. O *dumping* social, portanto, viola os próprios fundamentos do Estado Democrático de Direito³¹⁷ em especial os valores sociais do trabalho e a dignidade da pessoa humana, bem como, a própria ordem econômica.

A Constituição Federal de 1988 consagra no art. 170 o valor da livre iniciativa, porém, o seu exercício é guiado sob freios e contrapesos, no sentido de não permitir às empresas a prática desenfreada de obtenção de lucro sem observância da responsabilidade social. Com isso, a Constituição de 1988 estabelece a valorização do trabalho humano como princípio da ordem econômica, a fim de assegurar a todos uma existência digna conforme os ditames da justiça social.

Desta forma, resta claro que a reparação individual dos danos não é suficiente para cobrir toda lesão provocada pela prática de *dumping* social à sociedade. Assim, face a isso, corrobora com este entendimento Souto Maior³¹⁸, que afirma que “a reparação do dano social é essencial para a recuperação da autoridade do ordenamento jurídico trabalhista.”

Ainda o autor³¹⁹ conclui que “no campo do ressarcimento dos danos, não se deve mais reparar só o dano sofrido (pelo autor presente juízo), mas o dano globalmente produzido (pelo réu à coletividade inteira)”. É nesse sentido, com base no instituto da responsabilidade civil, de forma a proporcionar um efetivo combate ao *dumping*

³¹⁶ TEIXEIRA, Leandro Fernandez. **A prática de *dumping* social como um fundamento de legitimação de *punitive damages*, em uma perspectiva da Análise Econômica do Direito**. 2012. Dissertação (Mestrado em Relações Sociais e Novos Direitos) - Faculdade de Direito. Universidade Federal da Bahia, p.182.

³¹⁷ Constituição Federal de 1988. Art. 1º [...]: I - a soberania; II - a cidadania; III - a dignidade da pessoa humana; IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V - o pluralismo político.

³¹⁸ MAIOR, Jorge Luiz Souto. **Dumping social nas relações de trabalho**. São Paulo: LTr, 2014, p.

25

³¹⁹ *Idem*. O Dano Social e Sua Reparação. **Revista LTr**. nº11, Nov\2007, p. 7.

social, deve-se reparar não apenas o dano sofrido pela vítima, mas também a reparação dos danos causados à coletividade.

Cumpra nos tópicos seguintes, esmiuçar os elementos existentes no ordenamento jurídico brasileiro, aptos a fundamentar a aplicação da indenização pela prática deste instituto.

5.2 INDENIZAÇÃO PELA PRÁTICA DE *DUMPING* SOCIAL

Após compreendido a extensão do *dumping* social como uma prática lesiva capaz de ir além da agressão individual, repercutindo na sociedade como um todo, é preciso encontrar meios de coibir esta conduta. É através do instituto da responsabilidade civil, que o ordenamento encontra-se amparado.

A responsabilidade civil, como já visto em capítulo próprio, sempre esteve associada a função reparatória. A responsabilidade civil tinha seu foco voltado estritamente para a vítima, estava limitada a assegurar o ressarcimento do dano sofrido por ela. Logo, existia apenas a preocupação em garantir o *status quo ante* ao ofendido e não a reprovabilidade da conduta do ofensor.

Diante da evolução das relações humanas é necessária a superação deste paradigma reparatório da responsabilidade civil. Segundo André Gustavo Corrêa³²⁰ Andrade, esta superação não significa abandonar a função da reparação, mas um redimensionamento, a fim de atender aos modernos conflitos sociais.

Conforme compreendido em capítulo anterior, a responsabilidade civil cumula além da função compensatória, mais duas funções: punitiva e pedagógica. Estas, por sua vez, permite-se falar em uma indenização punitiva, que obriga o lesante a indenizar em caráter suplementar, tendo em vista que a simples reparação não foi suficiente para coibir as novas práticas ilícitas.

Esta mudança da tradicional visão acerca da responsabilidade civil manifesta-se essencial para tenha uma atuação jurisdicional a fim de efetivamente coibir as condutas lesivas. Deste modo, com o reconhecimento da função punitiva da

³²⁰ ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. Indenização Punitiva. **Revista da EMERJ**, v.9, nº 36, 2006, p. 136.

responsabilidade civil, busca-se proteger não apenas a esfera privada do indivíduo, como toda a coletividade.

Assim, embora não tenha norma positivada a respeito da indenização suplementar pela prática de *dumping* social, o ordenamento brasileiro já possui pressupostos essenciais para a efetiva repressão desta prática, que será objeto de estudo nos tópicos seguintes.

5.2.1 Aplicação dos dispositivos 186, 187 e 927 do Código Civil

O ordenamento jurídico brasileiro consagra no art. 186 do Código Civil que “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.” Este artigo traz a ideia central da responsabilidade civil, qual seja, o dever geral de não lesar ninguém.

Conforme visto no capítulo anterior, para que seja aplicada a norma da responsabilidade civil ao caso concreto é essencial a presença concomitante dos seus pressupostos gerais³²¹, quais sejam, a conduta humana, o dano e o nexo de causalidade entre a conduta e o resultado danoso, de modo que um represente a consequência do outro.

No que se refere ao *dumping* social, é possível identificar tais elementos: a conduta humana é a prática reiterada empresarial de descumprimento dos direitos trabalhistas, de modo a manter as condições de trabalho inferiores ao aceitável, com intuito de manejar o preço do produto e conseqüentemente obter vantagem econômica em relação a seus concorrentes. Tal conduta resta claro, que tem relação direta com o dano causado, ou seja, a baixa do custo de produção da empresa em decorrência da precarização da mão de obra, gerando danos sociais.

³²¹ Insta ressaltar que o elemento culpa não pode ser considerado como um pressuposto geral da responsabilidade civil, posto que lhe é ausente a generalidade, tendo em face a existência de uma espécie de responsabilidade (objetiva) que prescinde desse elemento para sua configuração. Desta forma, entende Rodolfo Pamplona e Pablo Stolze que se trata de um elemento acidental e não essencial. (GAGLIANO Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo, **Novo Curso de Direito Civil**. Vol III: responsabilidade civil. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 24 e 25.)

Estes danos sociais são diversos: a decretação de falência das empresas, conseqüentemente o aumento do desemprego; a diminuição de oferta de trabalho; a recessão econômica, outras empresas que diante da concorrência desleal se veem forçados a ter que agir da mesma forma; “a necessidade de maiores gastos em investimentos sociais por parte do Estado em razão do completo desrespeito à saúde e dignidade do trabalhador.”³²² Deste modo, a prática de *dumping* social por ofender os direitos sociais são considerados como um ato ilícito.

O art. 187 do Código Civil, buscando resguardar o art. 170 da Constituição Federal, dispõe que “também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa fé ou pelos bons costumes”. Desta forma, a prática do *dumping* social está flagrantemente incorrendo na conduta positivada no art. 187 do Código Civil e conseqüentemente ferindo o dispositivo da Constituição Federal, logo, fere a ordem econômica por desrespeitar o trabalho humano e a dignidade do trabalhador, excedendo os limites impostos à livre concorrência. Há ainda a agressão a boa-fé, norteador do comportamento dos sujeitos de direito e os bons costumes, em virtude do tratamento defeso ao trabalho humano, como se mercadoria fosse³²³.

Por meio do *dumping* social, a empresa descumpre tanto o seu fim econômico, como também o social, colocando em risco a própria estrutura do Estado social e do modelo capitalista, decorrentes da obtenção de vantagem indevida e também a própria estabilidade da sociedade, devido os danos sociais provocados. Logo, fala-se em um ato ilícito das empresas decorrente do exercício abusivo de direito, por sobrepujar os limites sociais e econômicos.

Por fim, a responsabilidade civil pela prática de *dumping* social fica amparada também no art. 927 do CC, que trata do dever de reparar face ao ato ilícito praticado. De acordo com o artigo, “aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.” Logo, conforme já afirmado, aquele que prática

³²² LIMA, Talita. **A responsabilidade civil por dumping social nas relações de trabalho no direito brasileiro**. 2011. Monografia (Curso de Graduação em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Salvador, p. 82

³²³ TEIXEIRA, Leandro Fernandez. **A prática de dumping social como um fundamento de legitimação de punitive damages, em uma perspectiva da Análise Econômica do Direito**. 2012. Dissertação (Mestrado em Relações Sociais e Novos Direitos) - Faculdade de Direito. Universidade Federal da Bahia, p. 196

dumping social está incorrendo num ato ilícito, cabe, portanto, a aplicação da responsabilidade civil e conseqüentemente o dever de reparar pelo dano causado.

Cumpra, no próximo tópico a análise de qual tipo de responsabilidade, objetiva ou subjetiva, o *dumping* social incorre, ou seja, se há ou não a necessidade de aferição do dolo ou da culpa.

5.2.2 Responsabilidade objetiva pela prática de *dumping* social

Como já estudado no capítulo 4 deste trabalho, o ordenamento jurídico pátrio adota a responsabilidade subjetiva como fundamento básico de toda a responsabilidade civil. Porém, paralelamente à teoria da culpa criou-se a responsabilidade civil objetiva, fundada na teoria do risco, a fim de superar as injustiças frente a dificuldade de se auferir a culpa. Assim, com base no princípio do *ubi emolumentum, ibi onus*³²⁴, aquele que auferir o bônus deve suportar o ônus, ou seja, tem o dever de arcar com as conseqüências. Logo, partindo desse entendimento, não se pode desconsiderar a teoria da responsabilidade objetiva.

Conforme, interpretação do art. 927, parágrafo único do Código Civil de 2002, que diz “haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.” Resta claro que, a ocorrência de *dumping* social o empregador está colocando em risco a vida e a integridade física de seus empregados, em prol dos lucros auferidos por ele decorrente da concorrência desleal. Trata-se, sem dúvida, de responsabilidade objetiva, decorrente do risco empresarial.

Ainda, como já estudado no item 5.2.1 o *dumping* social é um ato ilícito das empresas decorrente do exercício abusivo de direito, por sobrepujar os limites sociais e econômicos. Segundo o enunciado nº 37 da I Jornada de Direito Civil, *in verbis*: “Art.187: a responsabilidade civil decorrente do abuso do direito independe

³²⁴ A responsabilidade civil objetiva, ‘se funda no princípio de que é reparável o dano causado a outrem em conseqüência de uma atividade realizada em benefício do responsável (*ubi emolumentum, ibi onus*), isto é, que auferir os cômodos (lucros) deve suportar os incômodos riscos; ora mais genericamente como ‘risco criado’, a que se subordina todo aquele que, sem indagação de culpa, expuser alguém a suportá-lo, em razão de uma atividade perigosa’ (GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. Volume I. 4 ed Saraiva: 2003, p. 451).

de culpa e fundamenta-se somente no critério objetivo-finalístico.” Logo, nas práticas de *dumping* social, não haverá a necessidade de comprovação de culpa, uma vez que o exercício de abuso de poder a imputação da responsabilidade se dar de forma objetiva.

Adotando o mesmo entendimento, Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona³²⁵, afirma que havendo o abuso de direito, não prescinde a existência de culpa para impor a responsabilidade civil, sendo necessário apenas o nexos de causalidade entre a conduta lesiva e o dano, face o critério finalístico.

Afirma ainda, Rodolfo Pamplona Filho³²⁶ que,

inexplicável admitir a situação de um sujeito que, por força de lei, assume os riscos da atividade econômica e por exercer uma determinada atividade (que implica, por sua própria natureza, em risco para os direitos de outrem), responde objetivamente pelos danos causados. Ainda assim, *em relação aos seus empregados*, tenha o direito subjetivo de somente responder, *pelos seus atos*, se os hipossuficientes provarem culpa.

Não resta dúvidas, que a imputação da responsabilidade civil face a conduta reiterada de diminuição dos custos da mão de obra, obtida em decorrência a violação dos direitos trabalhistas, a fim de obter vantagem econômica frente a seus concorrentes, deva ser a objetiva, sem a necessidade de demonstração da conduta culposa da empresa.

5.2.3 Função punitiva e pedagógica da indenização pela prática de *dumping social*

Como já observado no capítulo 4, a indenização punitiva é alvo de controvérsias no ordenamento brasileiro, contudo, a utilização do *exemplary damages* pelo poder judiciário decorre da evolução dos institutos jurídicos em conjunto com as transformações sociais e as opções políticas nacionais. A sua utilização no ordenamento brasileiro deve, por outro lado, ser feita somente em situações excepcionais, quando houver a justificativa de uma tutela mais rígida por parte do Poder Judiciário.

³²⁵ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil**, v. I. Parte Geral. 14 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 41

³²⁶ PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Responsabilidade civil nas relações de trabalho e o novo Código Civil brasileiro, **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**, jan/jun 2004, p. 115.

Por derradeiro, insta observar que a função punitiva da responsabilidade civil possui um considerável papel na tutela dos danos extrapatrimoniais, em especial, dos danos sociais, face o alto grau de lesividade da conduta. Insta, portanto, a aplicação de uma política de desestímulo, face essas condutas reiteradas geradoras de dano social.

Desta forma, diante da prática de *dumping* social, busca-se a aplicação deste instituto, de forma suplementar, para dar ao agressor uma punição exemplar, de modo que não volte a praticá-la, bem como, sirva como mecanismo inibidor de condutas futuras.

Há, portanto, necessidade de oferecer resposta adequada ao *dumping* social, pois, o que está em discussão é precarização do trabalho humano face a obtenção de vantagem econômica do empregador. Desta forma, deve-se combater esse ato atacando diretamente a economia do ofensor, para que assim, seja desestimulada tal conduta danosa. As indenizações tem como parâmetro o comportamento reprovável do ofensor, assim, não está em baila o caráter sancionatório, tão pouco é objetivo a restituição do *status quo ante* do trabalhador, mas mediante a função de desestimular, tem-se a majoração da indenização, para que em não venha praticar novas condutas lesivas como a experimentada.

Face a indenização punitiva, esta também possui uma função de cunho pedagógica, pois há a publicização da ocorrência do ilícito e a sua consequência para quem o causou. Com isso, contribui para que haja a minimização dos atos danosos, seja pela mesma empresa, ou por qualquer outro ofensor.

Logo, esta função sócio-educativa tem grande importância no combate às práticas reiteradas de *dumping* social, pois demonstra para a sociedade que a tal ato lesivo, se praticado, sofrerá repressão, colocando aquele que, pensar ser vantajosa a prática do *dumping* social, em situação vexatória perante a coletividade.

5.3 DUMPING SOCIAL NA SEARA TRABALHISTA

O meio jurisdicional efetivo para o empregado ter seus direitos garantidos pelo Estado em face o seu descumprimento pelo empregador é a reclamação trabalhista

perante a Justiça do Trabalho. Logo, tem-se na reclamação trabalhista a tutela individual dos direitos violados e não direitos sociais, difusos e coletivos³²⁷. Assim, não cabe numa ação individual a formulação de pedidos em favor da coletividade, e nem em seu próprio proveito, sob pena de enriquecimento ilícito.

Contudo, ainda que esteja consolidado o entendimento de que na reclamação trabalhista o empregado não tenha legitimidade para tutelar direitos coletivos, existe uma parcela dos magistrados que entende pela aplicação *ex officio* da indenização suplementar face a ocorrência do *dumping* social. Esta controvérsia será analisada no tópico seguinte, vez que, há outra parte de magistrados que coadunam com o entendimento da impossibilidade de indenização de ofício.

A Ação Civil Pública³²⁸, por sua vez, é o meio mais adequado à proteção dos direitos coletivos, cabendo através do Ministério Público do Trabalho requerer a indenização quando houver desrespeitados os direitos sociais constitucionalmente garantidos, conforme prescreve o art. 83, inciso III³²⁹ e o art.84 inciso II³³⁰ da Lei Complementar 75, de 20 de maio de 1993.

Assim sendo, diante de uma conduta lesiva aos direitos sociais, como é o caso do *dumping* social, a lei complementar supramencionada, apresentou solução efetiva para coibir e reprimir essas prática lesivas. Portanto, dispõe no art. 83, inciso II, a autorização para que o MPT em conjunto com a Justiça do Trabalho, “manifestar-se em qualquer fase do processo trabalhista, acolhendo solicitação do juiz ou por sua iniciativa, quando entender existente interesse público que justifique a intervenção.”

Nota-se, portanto, que diante da observância da prática de *dumping* social numa reclamação trabalhista, cabe ao magistrado comunicar o Ministério Público do

³²⁷ Mauro Cappelletti, leciona que “o individuo “pessoalmente lesado”, legitimado a agir exclusivamente para reparação do dano a ele advindo, não está em posição de assegurar nem a si mesmo nem à coletividade uma adequada tutela contra violações de interesses coletivos” (CAPPELLETTI, Mauro. Formações sociais e interesses coletivos diante da justiça civil. **Revista de processo**, São Paulo, nº 5, jan.\mar. 1977, p. 136)

³²⁸ A lei complementar nº 75, de 20 de maio de 1993, atribui ao Ministério Público do Trabalho através da Ação Civil Pública promover a tutela de interesses individuais indisponíveis, homogêneos, sociais e difusos, conforme art. 6º, alínea d. Trata-se de competência exclusiva do MPT.

³²⁹ Lei complementar nº 75 Art. 83. Compete ao Ministério Público do Trabalho o exercício das seguintes atribuições junto aos órgãos da Justiça do Trabalho: III - promover a ação civil pública no âmbito da Justiça do Trabalho, para defesa de interesses coletivos, quando desrespeitados os direitos sociais constitucionalmente garantidos;

³³⁰ Lei complementar nº 75 - Art. 84. Incumbe ao Ministério Público do Trabalho, no âmbito das suas atribuições, exercer as funções institucionais previstas nos Capítulos I, II, III e IV do Título I, especialmente: [...]II - instaurar inquérito civil e outros procedimentos administrativos, sempre que cabíveis, para assegurar a observância dos direitos sociais dos trabalhadores;

Trabalho, para que este, no exercício das suas funções, adote medidas cabíveis a fim de reprimir tais atos. Desta forma, é imprescindível a atuação do magistrado, ao averiguar que as condutas empresariais lesivas vêm sendo praticadas de forma reiterada, devendo, portanto noticiar o MPT.

A seguir, caberá ao próximo tópico se debruçar acerca da controvérsia da (im)possibilidade de sanção extraordinária aplicada *ex officio* pelo magistrado face a prática de *dumping* social por meio de uma ação individual.

5.3.1 (im)possibilidade de imposição *ex officio* do magistrado e concretização dos princípios constitucionais

Superada a controvérsia acerca da aplicação da responsabilidade civil nos casos de *dumping* social no Brasil, cumpre, agora, analisar a divergência no que diz respeito a imposição *ex officio* da indenização com caráter punitivo. Existe na Justiça trabalhista entendimento diverso entre os juízes, eis que uns defendem que os juízes em ações individuais podem impor de ofício indenizações, por outro lado, outros defendem a impossibilidade de imposição *ex officio* do magistrado, face a natureza coletiva do dano.

A ausência de uma teoria consistente acerca do *dumping* social prejudica a adoção de um posicionamento consolidado pela Justiça trabalhista. A ausência de proteção legal estimula a dissonância judicial em diversos pontos³³¹ pertinentes à conduta ilícita, dentre tem-se o reconhecimento ou não da indenização *ex officio* pelo magistrado. Cumpre, a seguir, analisar cada ponto acerca desta atuação do magistrado.

Uma parcela dos juízes e doutrinadores entendem que em constatando a prática do *dumping* social em uma ação trabalhista individual, o juiz poderá condenar a empresa a reparar os prejuízos causados à toda sociedade, sem que tenha sido pleiteado na peça inicial. Assim, por mero impulso oficial, agrega-se às

³³¹ Outra divergência acerca do tema é a da destinação dada à indenização imposta pela prática de *dumping*. Nesse momento, existem autores que entendem que a indenização deverá ser revertida em favor do autor da reclamação trabalhista, outros que entendem que a verdadeira legitimada a receber o quantum indenizatório é a própria sociedade, por meio de um Fundo social. Está controvérsia será abordada nos tópicos seguintes.

condenações, face ao preenchimento dos elementos de configuração do *dumping* social³³², uma indenização suplementar a empresa.

Os defensores³³³ desta tese, dentre os quais se destaca Jorge Luiz Souto Maior³³⁴, aduzem que esta postura do juiz em defesa da autoridade da ordem jurídica seria uma postura permitida por lei, pois, se não estaria dizendo que o direito se nega a si mesmo, tendo em vista que o juiz, responsável pela sua defesa, não seria capaz de fazê-lo. Afirma ainda o autor que “os poderes do juiz neste sentido, portanto, são o pressuposto da razão de sua própria existência”.

Ainda, segundo os adeptos³³⁵ desta corrente a CLT autorizou no seu art. 8³³⁶ parágrafo único, na seara trabalhista, a aplicação subsidiária do direito comum. Com base nisso, sustentam a utilização do parágrafo único do art. 404 do Código Civil³³⁷ como fundamento para imposição *ex officio* do magistrado da indenização suplementar. Tal previsão da ao magistrado, caso entenda que a simples restituição não seja suficiente para reparar o bem lesado, poder de ofício, fixar indenização suplementar. A fim de sustentar suas decisões os magistrados utilizam-se também os art. 832, §1º e 652, alínea “d” da CLT³³⁸.

Em que pese, tal tese seja benéfica à sociedade, tendo em vista que a prática lesiva estaria sendo combatida, ousa-se divergir deste entendimento, vez que a condenação *ex officio* implicaria julgamento extra petita e cerceamento de defesa,

³³² Vide Capítulo 3, subitens 3.5.2 e seguintes.

³³³ Partindo deste mesmo entendimento, Mauro Cappelletti afirma que os direitos sociais demandam tal atitude do Estado, “não podem ser simplesmente ‘atribuídos’ ao indivíduo. Exigem eles, ao contrário (dos direitos tradicionais), permanente ação do estado, com vistas a financiar subsídios, remover barreiras sociais e econômicas, para, enfim, promover a realização dos programas sociais, fundamentos desses direitos e das expectativas por eles legitimados. (CAPPELLETI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1999, p. 41.)

³³⁴ MAIOR, Jorge Luiz Souto Maior. O Dano Social e Sua Reparação. **Revista LTr**. nº11, Nov\2007

³³⁵ A Associação dos Magistrados da Justiça do Trabalho (ANAMATRA) em sua 1ª Jornada de Direito Material e Processual realizada em 2007 lançou o Enunciado nº. 4 sustentando a possibilidade de imposição *ex officio* do magistrado da indenização suplementar, contudo ela não tem caráter obrigatório.

³³⁶ CLT, Art. 8º - Parágrafo único - O direito comum será fonte subsidiária do direito do trabalho, naquilo em que não for incompatível com os princípios fundamentais deste.

³³⁷ Código Civil, Art. 404. Parágrafo único. Provado que os juros da mora não cobrem o prejuízo, e não havendo pena convencional, pode o juiz conceder ao credor indenização suplementar.

³³⁸ **CLT, Art. 832** - Da decisão deverão constar o nome das partes, o resumo do pedido e da defesa, a apreciação das provas, os fundamentos da decisão e a respectiva conclusão.

§ 1º - Quando a decisão concluir pela procedência do pedido, determinará o prazo e as condições para o seu cumprimento.

CLT, Art. 652 - Compete às Juntas de Conciliação e Julgamento: [...] d) impor multas e demais penalidades relativas aos atos de sua competência;

como flagrante violação aos princípios constitucionais do contraditório, ampla defesa, devido processo legal e o princípio da legalidade.

Este é, portanto, o entendimento majoritário do Tribunal Superior do Trabalho – TST, de que a indenização por danos sociais em virtude da prática de *dumping* social deverá ser requerida, não podendo, portanto, o juiz decidir *ex officio*, devendo decidir nos limites dos pedidos propostos na lide, conforme dispõe o art. 128 do CPC³³⁹. Ainda, com fulcro no art. 293³⁴⁰ e 460³⁴¹ do CPC a interpretação dada deverá ser restritiva e não poderá ser diversa do pedido, sob pena de ter a decisão que reconheceu de ofício o *dumping* social reformada pelo TST considerando *extra-petita*.

Não obstante, a condenação de ofício pelo magistrado viola o art. 5º, LIV e LV da Constituição Federal de 1988. Isto porque, conforme dispõe os supracitados artigos respectivamente, “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal “como também aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.”

Nesse sentido, já se posicionou a Quarta Turma do Tribunal Superior do Trabalho, quando em fevereiro de 2013 julgou o Recurso de Revista³⁴² da CPM Braxis S.A de

³³⁹ CPC, Art. 128. O juiz decidirá a lide nos limites em que foi proposta, sendo-lhe defeso conhecer de questões, não suscitadas, a cujo respeito a lei exige a iniciativa da parte.

³⁴⁰ CPC, Art. 298. Os pedidos são interpretados restritivamente, compreendendo-se, entretanto, no principal os juros legais.

³⁴¹ CPC, Art. 460. É defeso ao juiz proferir sentença, a favor do autor, de natureza diversa da pedida, bem como condenar o réu em quantidade superior ou em objeto diverso do que lhe foi demandado.

³⁴² RECURSO DE REVISTA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. REQUISITOS. PREENCHIMENTO. SÚMULA N.º 219 DO TST. Na Justiça do Trabalho, os honorários advocatícios são disciplinados por legislação própria, ficando a sua percepção condicionada ao preenchimento das exigências contidas no art. 14 da Lei n.º 5.584/1970. Estando o Reclamante assistido por advogado particular, não se verifica o correto preenchimento dos requisitos em questão, sendo indevida a verba honorária, nos termos do disposto na Súmula n.º 219 do TST. JULGAMENTO “EXTRA PETITA”. “DUMPING” SOCIAL. CONDENAÇÃO DE OFÍCIO. A caracterização do “dumping” social exige a identificação da prática antissocial e desleal da empresa relacionada a outros fatores, tais como a reiteração destes atos, a potencialidade e a repercussão de danos a terceiros e o porte da empresa, inclusive para fins de arbitramento do valor da indenização a ser estabelecida. Nesse contexto, entendo que o decidido, a partir de pedido formulado pelo Autor e de cunho estritamente pessoal, restringiu a possibilidade de defesa da parte demandada quanto aos demais aspectos relativos à caracterização do “dumping”, uma vez que não suscitada referida questão desde a inicial. Constata-se, portanto, que a condenação de ofício violou os princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa (art. 5.º, LIV e LV, da CF/88), bem como os arts. 128 e 460 do CPC. Recurso de Revista parcialmente conhecido e provido. BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Recurso de Revista – Proc. 131000-63.2009.5.04.0005. Recorrente CPM BRAXIS S.A. e Recorrido Milton Nunes de Oliveira. Relator(a): Min. Maria de Assis Calsing. Brasília, DJ 22 março 2013. Disponível em:

Porto Alegre (RS). No julgamento do Colegiado, a turma entendeu que a indenização de 200 mil reais pela prática de *dumping* social fixado de ofício pelo juiz da 5ª Vara do Trabalho de Porto Alegre e mantida pelo TRT da 4ª Região fere literalmente os artigos 128 e 460 do CPC, bem como violou os princípios constitucionais do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa.

Segundo a relatora, Ministra Maria de Assis Calsing,

Não há dúvida de que a contratação fraudulenta de trabalhadores por meio de empresa interposta, prática ordinariamente combatida por esta Justiça especializada – verifique-se a Súmula n.º 331, I, do TST -, fere não só os direitos individuais dos trabalhadores diretamente envolvidos com as empresas litigantes, mas sim a sociedade de modo geral. [...]Observe-se, ainda, que os arts. 128 e 460 do CPC estabelecem, respectivamente, que o Juiz decidirá a lide nos limites em que fora proposta, sendo-lhe defeso conhecer de questões não suscitadas, a cujo respeito a lei exige a iniciativa da parte; ou proferir sentença, a favor do autor, de natureza diversa da pedida, bem como condenar o réu em quantidade superior, ou em objeto diverso do que lhe foi demandado. Pelo exposto, verifico que a condenação de ofício da Reclamada ao pagamento de indenização por *dumping* social violou os princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa (art. 5.º LIV e LV da CF/88), bem como os arts. 128 e 460 do CPC.

Observa-se, que a sentença que condenasse a empresa à indenização suplementar de ofício, estaria violando os princípios constitucionais do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, uma vez que, a empresa teve cerceado seu direito de provar que o dano social não ocorreu no momento da instrução processual. Assim, ainda que tal indenização *ex officio* pelo juiz tenha como função reprimir as práticas abusivas do *dumping* social, é inaceitável o seu deferimento, uma vez que não existe previsão legal, e afronta os princípios constitucionais consagrados no art. 5º, LIV e LV.

No que tange a decisão que condena ao pagamento de *dumping* social, face o requerimento, está deverá ser apta a combater o dano social. Portanto, cumpre analisar, a seguir, os critérios de fixação da indenização suplementar aplicada pelo juiz nas hipóteses de *dumping* social.

5.4 CRITÉRIOS DE FIXAÇÃO DA INDENIZAÇÃO EM HIPÓTESES DE *DUMPING* SOCIAL.

Ultrapassada a discursão acerca da aplicação do instituto da responsabilidade civil face o dano social causado pela prática de *dumping* social, com a conseqüente condenação do ofensor ao pagamento de indenização suplementar, faz-se necessário a análise dos critérios de fixação do *quantum* indenizatório. Cumpre primeiramente, observar que se tratando de *punitive damages*, deve-se levar dois requisitos em consideração.

A primeira consideração é que o valor da indenização tem que ser capaz de inibir a prática ilícita. De modo que, a depender do quantum indenizatório arbitrado poderá refletir tanto na diminuição ou aumento das demandas. Logo, deve-se atribuir um valor razoável a essa indenização suplementar capaz de prevenir os danos.³⁴³ O outro ponto, é que o *punitive damages* tem seu foco invertido, de modo que o seu enfoque deixa de ser para a vítima e se volta para o ofensor. Assim, as indenizações tem como parâmetro o comportamento reprovável do ofensor, de modo que, “é um mecanismos de fazer o réu tornar à situação anterior, destruindo lhe das vantagens provenientes de sua atuação ilícita.”³⁴⁴

Diante do reconhecimento da prática de *dumping* social pelo Magistrado decorrente da Ação Civil Pública proposta pelo Ministério Público, deverá o magistrado em sua decisão, fixar o *quantum* indenizatório, de modo fundamentado³⁴⁵, demonstrando os parâmetros utilizados, sob pena de incorrer em nulidade, a fim de não fixar em valor irrisório, de modo a desestimular a reincidência desta pratica.

³⁴³ LORENZETTI, Ricardo Luis. **Teoria da Decisão Judicial: Fundamentos de direito**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 199.

³⁴⁴ TEIXEIRA, Leandro Fernandez. **A prática de *dumping* social como um fundamento de legitimação de *punitive damages*, em uma perspectiva da Análise Econômica do Direito**. 2012. Dissertação (Mestrado em Relações Sociais e Novos Direitos) - Faculdade de Direito. Universidade Federal da Bahia, p. 201.

³⁴⁵ Preleciona André Gustavo Corrêa de Andrade, que “a fixação do valor da indenização punitiva, apesar da carga de subjetividade que lhe é inerente, não deve ser uma atividade inteiramente arbitrária. A motivação das decisões judiciais, que no direito brasileiro constitui princípio constitucional, é fundamental para garantir à parte interessada a revisão da decisão, impugnando, refutando, debatendo as razões e os critérios utilizados. É a fundamentação do julgado que possibilita o controle da sua racionalidade. (ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. **Dano Moral e Indenização Punitiva**: os *punitive damages* na experiência do common law e na perspectiva do direito brasileiro. 2ª ed. Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2009, p. 166.)

Esta decisão, portanto, deverá ser fundamentada³⁴⁶, de modo a torna-la legítima e eficaz. Assim, cabe ao magistrado, como dever genérico no desempenho de suas funções, no bojo da sua decisão, além de identificar os elementos caracterizadores do *dumping* social, justificar o raciocínio jurídico utilizado para fixar o *quantum* indenizatório. Ainda, para Leandro Fernandes³⁴⁷ o magistrado deve antes de tudo expressar a viabilidade da aplicação da sanção extraordinária nas situações de *dumping* social apresentando as argumentações trazidas pelos defensores de teses em sentido contrário.

Insta observar que, diferente do que ocorre com os danos patrimoniais³⁴⁸, quando se trata de violação de direitos transindividuais, o bem lesado não pode ser medido monetariamente. Isto, pois, não há como quantificar a extensão do dano face a violação a ordem econômica preconizada na Constituição Federal 1988. É impossível e tão pouco se está a buscar, nesse momento, o retorno do *status quo ante*. Neste caso, o que se está perquirindo é muito mais a função pedagógica a fim de censurar o comportamento do agente por meio da sanção para coibir novas práticas.

Conforme afirma Salomão Resedá³⁴⁹, será no ato da fixação do *quantum* indenizatório, que ocorrerá a eficácia do caráter preventivo da indenização por dano moral coletivo³⁵⁰, pois não sendo a quantia capaz de desestimular o ofensor, a finalidade do instituto restará frustrada, logo, a sociedade continuará a mercê dos empregadores que precariza o trabalho humano para obter vantagem econômica.

³⁴⁶ Art. 93 da CF. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios:

(...)

IX todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação;

³⁴⁷ TEIXEIRA, Leandro Fernandez. **A prática de *dumping* social como um fundamento de legitimação de *punitive damages*, em uma perspectiva da Análise Econômica do Direito**. 2012. Dissertação (Mestrado em Relações Sociais e Novos Direitos) - Faculdade de Direito. Universidade Federal da Bahia, p. 198

³⁴⁸ O dano patrimonial, como visto no Capítulo 4, no Subitem 4.2.2.1, é a lesão concreta ao patrimônio da vítima gerando a perda ou a deterioração do bem. Visto isto, para que encontre o quantum indenizatório para que haja a reparação da vítima, basta uma simples operação aritmética que levará em consideração o valor do bem lesado e o valor após o prejuízo decorrente da conduta ilícita.

³⁴⁹ RESEDÁ, Salomão. **A função social do dano moral**. 1 ed. Florianópolis: Conceito editorial, 2009, p. 301.

³⁵⁰ Esta esclarecer, que apesar do autor utilizar a terminologia “dano moral coletivo” as observações feitas acima são perfeitamente aplicáveis a quantificação da indenização punitiva face a prática de *dumping* social.

E, conforme bem observa Xisto Tiago Medeiros Neto³⁵¹

É imperioso, pois, que o lesante apreenda, pela imposição da parcela pecuniária fixada judicialmente, a força da reprovação social e dos efeitos deletérios decorrentes da sua conduta. somente assim é que se poderá atender ao anseio de justiça que deflui do seio da coletividade; somente assim é que se possibilitará recompor o equilíbrio social rompido; somente assim a conduta violadora de direitos essenciais da coletividade não será compensadora para o ofensor; e somente assim haverá desestímulo, no universo social, quanto à repetição de condutas de tal jaez, para o bem de toda a coletividade.

Diante do caso concreto, o magistrado ao fixar o quantum indenizatório deve-se observar certos critérios³⁵² balizadores de modo a fundamentar a sua decisão. Trazendo o entendimento de Salomão Resedá³⁵³ utilizado para quantificar o dano moral³⁵⁴, para o plano do dano social, deve-se levar em consideração a repercussão do dano, a gravidade do ato ofensivo, condição econômica do ofensor. Além desses critérios, Xisto Tiago³⁵⁵, apresenta outros, como: o lucro obtido através da conduta ilícita, o grau de culpabilidade do agente e o grau de reprovação social da prática.

Deste modo, passa-se a analisar, nos subitens seguintes, cada critério isoladamente.

5.4.1 Repercussão e gravidade do dano

A prática de *dumping* social causa danos não apenas a um indivíduo isoladamente ou a um grupo de pessoas, mas a toda coletividade. Ao praticar tal conduta, está atingindo tanto os empregados, ao ponto de ter seus direitos trabalhistas burlados,

³⁵¹ MEDEIROS NETO, Xisto Tiago de. O dano moral coletivo e o valor da sua reparação. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**, São Paulo, v. 78, n. 4, out/dez, 2012, p. 297

³⁵² Projeto de Lei 1.615/11 que tramita na Câmara dos Deputados de autoria do deputado Carlos Bezerra (PMDB-MT), propõe soluções para a punição dos ofensores quando da prática de *dumping* social. O art. 2º deste Projeto de Lei prevê, in verbis: A prática de “*dumping* social” sujeita a empresa a: a) pagamento de indenização ao trabalhador prejudicado equivalente a cem por cento dos valores que deixaram de ser pagos durante a vigência do contrato de trabalho; b) pagamento de indenização à empresa concorrente prejudicada equivalente ao prejuízo causado na comercialização de seu produto; c) pagamento de multa administrativa no valor de R\$ 1.000,00 (mil reais) por trabalhador prejudicado, elevada ao dobro em caso de reincidência, a ser recolhida ao Fundo de Amparo ao Trabalhador – FAT.

³⁵³ RESEDÁ, Salomão. **A função social do dano moral**. 1 ed. Florianópolis: Conceito editorial, 2009, p. 203-214.

³⁵⁴ Salomão Resedá traz como critério balizador para fixação do *quantum* indenizatório a condição econômica do sujeito passivo. Contudo, para o presente trabalho, este não será objeto de estudo, uma vez que o autor estuda em sua obra o dano moral e não o dano social. Desta forma, por tratar de dano social, o sujeito passivo em questão é toda a sociedade.

³⁵⁵ MEDEIROS NETO, Xisto Tiago de. O dano moral coletivo e o valor da sua reparação. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**, São Paulo, v. 78, n. 4, out/dez, 2012, p. 301-303

como as empresas concorrentes, face a disputa desleal de mercado. Ainda, numa análise a longo prazo, é possível perceber que há uma vulnerabilidade do mercado consumidor, decorrente desta precarização das condições laborais de modo a afetar o poder aquisitivo deste mercado.³⁵⁶

Nesse aspecto, cumpre ao magistrado a observar a extensão da conduta lesiva, tendo em vista que os danos decorrentes desta prática atingem diversos ramos da sociedade. Com isso, é essencial para a fixação do *quantum* indenizatório que tenha noção do grau de repercussão do dano, pois, entende-se que quanto maior a extensão atingida, maior a quantidades de agentes atingidos. Assim, o juiz precisa saber se esta conduta atingiu somente uma determinada região ou ultrapassou outras localidades.

Afirma Leandro Fernandez³⁵⁷, que neste momento, tem a análise da extensão dos danos sob dois pontos de vista: social e territorial. É preciso, portanto, para fixar a indenização do ofensor, se ater não apenas aspectos sociais gerados pela conduta, como a precarização dos direitos trabalhistas, como também a sua extensão territorial, para que tenha noção da totalidade de sujeitos atingidos em virtude da prática de *dumping* social.

5.4.2 Condição econômica do ofensor

No que se refere à análise da condição econômica do ofensor para fixar o montante indenizatório, o magistrado deverá se ater a este aspecto, a fim de evitar valores ínfimos tendo em vista a capacidade econômica do ofensor. No que tange ao caráter punitivo, não há mais uma preocupação com o enriquecimento indevido do empregado, mais buscar-se primordialmente, causar um impacto econômico efetivo no empregador, a fim de desestimular a continuidade da conduta.

As condenações de pequena expressão pecuniária não farão com que o ofensor retorne ao *status quo ante* da prática de *dumping* social, uma vez que continuará

³⁵⁶ TEIXEIRA, Leandro Fernandez. **A prática de *dumping* social como um fundamento de legitimação de *punitive damages*, em uma perspectiva da Análise Econômica do Direito**. 2012. Dissertação (Mestrado em Relações Sociais e Novos Direitos) - Faculdade de Direito. Universidade Federal da Bahia, p. 202

³⁵⁷ *Ibidem. loc.cit.*

com as vantagens obtidas da sua conduta ilícita. Contudo, é salutar que em face do princípio da livre iniciativa, tal quantia não pode ser capaz de inviabilizar a continuidade da atividade econômica do empregador, a fim de provar a insolvência ou a falência. “Pensar desta maneira seria incentivar o reinado do caos e da insegurança jurídica.”³⁵⁸

Nesse sentido, André Gustavo Corrêa de Andrade³⁵⁹ afirma que o *punitive damages* tem como propósito punir de forma efetiva o ofensor, bem como dissuadi-lo, como também a coletividade, a praticarem condutas equivalentes no futuro. Desta forma, o *quantum* de indenização não pode ultrapassar o necessário para alcançar este objetivo.

Como mecanismos para auxiliar o magistrado, este poderá valer-se se preciso, “de informações patrimoniais, contábeis, bancárias e até fiscais respeitantes ao ofensor, obtidas por qualquer meio, de maneira a garantir que o *quantum* fixado atenda à sua adequada destinação.”³⁶⁰

Nota-se que, neste cenário, tem-se um conflito entre princípios como – da livre iniciativa e da valorização do trabalho humano. O magistrado deve buscar a ponderação³⁶¹ destes princípios, buscando uma harmonização recíproca. Contudo, é notório que estes possuem certa conformidade, pois desejam a continuidade da atividade econômica, uma vez que geram empregos e conseqüentemente promovem a efetivação da dignidade da pessoa humana.

Neste diapasão, cumpre ao magistrado a observância da capacidade econômica do ofensor para que possa balizar o *quantum* de indenização que não impeça a continuidade da atividade econômica, bem como seja capaz de atingir a finalidade punitiva, dissuasória e pedagógica da indenização.

³⁵⁸ RESEDÁ, Salomão. **A Aplicabilidade do *punitive damage* nas ações de indenização por dano moral no ordenamento jurídico brasileiro**. 2008. Dissertação (Mestrado em Direito Privado e Econômico) – Faculdade de direito, Universidade Federal da Bahia. p.292

³⁵⁹ ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. Indenização Punitiva. **Revista da EMERJ**, v.9, nº 36, 2006, p. 167.

³⁶⁰ MEDEIROS NETO, Xisto Tiago de. O dano moral coletivo e o valor da sua reparação. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**, São Paulo, v. 78, n. 4, out/dez, 2012, p. 300.

³⁶¹ O princípio da concordância prática ou da cedência recíproca, requer que todos os lados cedam em busca da harmonização do sistema constitucional. Ana Paula de Barcellos afirma que “o objetivo final do processo de ponderação será sempre alcançar a concordância prática dos enunciados em tensão, isto é, sua harmonização recíproca de modo que nenhum deles tenha sua incidência totalmente excluída na hipótese.” (BARCELLOS, Ana Paula de. **Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional**. Rio de Janeiro.Renovar, 2005, p. 133)

5.4.3 Lucro obtido através da prática de dumping social

O *dumping* social consiste na conduta reiterada de descumprimento dos direitos trabalhistas, de modo a manter as condições de trabalho inferiores ao aceitável, com intuito de manejar o preço do produto e conseqüentemente obter vantagem econômica em relação a seus concorrentes. Portanto, diante deste cenário, tem-se o ofensor auferindo lucro mediante concorrência desleal.

Ao magistrado cabe, portanto, a observância deste lucro obtido através da prática do *dumping* social, uma vez que, não deve haver a maximização dos lucros em detrimento da precarização dos direitos laborais, de modo a tornar o trabalho humano como parte do processo produtivo, ou seja, como mercadoria. Cabe ao juiz, buscar um montante que extirpe qualquer proveito econômico obtido com esta conduta indigna e desleal.

Assim, tal critério, promove a efetivação do princípio da valorização do trabalho, e ainda o princípio da livre concorrência, já que acaba com o proveito obtido por meio de vantagem econômica reprovável socialmente, desencorajando, portanto, a prática de *dumping* social.

5.4.4 Grau de culpabilidade do agente

Cabe ao juiz, ao fixar o quantum de indenização observar o grau de culpabilidade do agente ofensor. Afirma Leandro Fernandez³⁶² que “quanto maior o espectro de culpabilidade, mais intensa será, por obvio, a obstinação na violação de direitos particularmente consagrados no ordenamento jurídico.” Deste modo, o magistrado devera impor condenações mais severas face ao intenso grau de culpabilidade verificado.

Cumprido esclarecer, que mesmo que a responsabilidade civil aplicada a prática de *dumping* social seja de cunho objetiva, não seja necessário o elemento culpa para

³⁶² TEIXEIRA, Leandro Fernandez. **A prática de *dumping* social como um fundamento de legitimação de *punitive damages*, em uma perspectiva da Análise Econômica do Direito.** 2012. Dissertação (Mestrado em Relações Sociais e Novos Direitos) - Faculdade de Direito. Universidade Federal da Bahia, p. 204

ensejar a responsabilidade civil, não impede quando da fixação da indenização que se considere a gravidade da culpa. Nada tem haver a dispensa de comprovação de culpa com a inexistência de culpa.³⁶³

Tem-se na prática do dumping social clara intenção do agente em violar os direitos trabalhistas em função da maximização do lucro. Tais condutas, como já explicitadas ao longo do trabalho, atingem muito mais do que os direitos individuais dos trabalhadores, abrangendo toda a sociedade. Deve-se, portanto, face a culpabilidade do agente, este ser punido, de modo a evitar e interromper as reiteradas condutas ilícitas praticadas.

5.4.5 Grau de reprovação social da prática

O grau de reprovabilidade analisado pelo magistrado quando da aplicação do quantum indenizatório, é aferido com base nos direitos consagrados pelo ordenamento jurídico vigente.³⁶⁴ Assim, não se busca uma reprovação no campo moral da conduta, tão pouco avalia o sentimento de inferioridade vivido pelas vítimas, bastando que haja violação a direitos extrapatrimoniais transindividuais.

Conforme visto no 2 capítulo deste trabalho, a Constituição Federal em seu art. 170 enfatiza a valorização do trabalho humano e a livre iniciativa, como forma de manter a economia, bem como assegura a todos um mínimo existencial, dando efetividade as garantias fundamentais do ser humano, no intuito de proporcionar o bem-estar social ou melhoria da qualidade de vida. Ainda a Constituição de 1988 tem como objetivo fundamental consagração do processo econômico, contudo, pautada nos princípios fundamentais. A ordem econômica garantida pelo Constituição resta, portanto, limitada na existência digna e na valorização do trabalho humano. Assim, esta claro que Carta Magna conferiu tutela aos direitos extrapatrimoniais transindividuais.

³⁶³ *Ibidem*. p. 205.

³⁶⁴ Nesse entendimento, Xisto Tiago de Medeiros Neto, aduz que o senso comum é um “aspecto importante a ser contemplado na tarefa de arbitramento do quantum pertinente à condenação, pois, dependendo das características peculiares a determinadas coletividades e do padrão de valores vigente, os efeitos da prática ilícita podem-se sentir de maneira diferenciada, sendo maior ou menor a repercussão negativa na sociedade. (MEDEIROS NETO, Xisto Tiago de. O dano moral coletivo e o valor da sua reparação. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**, São Paulo, v. 78, n. 4, out/dez, 2012, p. 301)

Cumpra observar que, “quanto mais incisivas forem as agressões ao ordenamento e quanto mais prolongada for a sua duração, maior será o grau de reprovação social da prática de *dumping* social.”³⁶⁵ Diante deste cenário, cabe ao Poder Judiciário atuar de forma mais intensa, a fim de reduzir essas ofensas.

Analisado tais critérios para determinação do valor da indenização pelos danos ocasionados pela prática de *dumping* social, cumpre, agora, ao exame da destinação da verba, visto que, o ofendido é toda a coletividade.

5.5 LEGITIMIDADE PARA O RECEBIMENTO DA INDENIZAÇÃO IMPOSTA À EMPRESA

Após o estudo dos critérios de quantificação da sanção extraordinária aplicada em virtude da prática de *dumping* social, cumpre saber quem será parte legítima para receber o *quantum* indenizatório.

Não há ainda uma uniformidade³⁶⁶ acerca da destinação dada à indenização imposta pela prática de *dumping*. A primeira solução encontrada baseia-se na indenização revertida em favor do autor da reclamação trabalhista. Na defesa desta solução, Jorge Luiz Souto Maior³⁶⁷ afirma que ainda que possa haver a destinação destas verbas para algum ente estatal ou para alguma ONG (atuante na área social), está não seria a solução mais correta.

Nesse sentido, afirma o autor pouco importa quem será o legitimado, pois, o que realmente importa é o seu efeito prático de recomposição da superioridade do ordenamento jurídico violado, como intimidar a repetição do ilícito e anular o lucro

³⁶⁵ LIMA, Talita. **A responsabilidade civil por dumping social nas relações de trabalho no direito brasileiro**. 2011. Monografia (Curso de Graduação em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Salvador, p. 96.

³⁶⁶ Segundo Jorge Luiz Souto Maior, após feita uma análise de centenas de decisões acerca da matéria, pode-se perceber que não há uma única decisão uniforme, a respeito da destinação dada a indenização face a prática de *dumping* social. De modo que, há quem entenda que a indenização deveria ser destinada para o autor individual e há ainda quem entenda que a indenização deva ir para o FAT, como ocorre nas ações civis públicas propostas pelo Ministério Público. MAIOR, Jorge Luiz Souto. **Dumping social nas relações de trabalho**. São Paulo: LTr, 2014, p. 132.

³⁶⁷ Para Souto Maior, não é o mais correto a destinação das verbas para um ente estatal ou para alguma ONG. Isto porque, entende ser incoerente a destinação ao Estado, pois a situação só se concretizou por ele não ter cumprido o seu dever no que tange a fiscalização. Assim como, no que diz respeito as ONGs, entende o autor que não teria como haver um controle efetivo acerca da destinação da verba. (*Idem*. O Dano Social e Sua Reparação. **Revista LTr**. nº11, Nov\2007, p. 12.)

obtido de forma ilegal. Assim, defende que o modo mais adequado de reparar o dano social é com a destinação para o autor da reclamação trabalhista, uma vez que, é um *decidium* facilmente executável.

Neste sentido, Antônio Junqueira de Azevedo³⁶⁸, sugere que “a indenização por dano social deva ser entregue à própria vítima, que foi parte do processo, eis que, para a obtenção da indenização, foi ela quem de fato trabalhou.” Ou seja, em que pese o dano social atinja a toda sociedade, foi o próprio autor da ação quem sofreu a lesão, que teve seus direitos trabalhistas vilipendiados, e ao ingressar como a reclamação trabalhista, está agindo como defensor e representante da sociedade. Ademais, visualiza-se que não há impossibilidade de cumulação de indenização por danos morais e por danos sociais, já que esses dois tipos de danos tem como fundamento a violação de bens jurídicos distintos, quais sejam, a esfera moral do empregado e os valores da sociedade.

Todavia, ousa-se divergir do entendimento destes excelentíssimos doutrinadores. Entendendo-se, não ser esta a melhor solução à destinação das verbas indenizatórias, uma vez que é incoerente com a própria estrutura dos danos sociais.

O *dumping* social, uma vez praticado, estará violando bens jurídicos de ordem transindividuais, e por isso, a gerar danos à toda coletividade. A reparação individual, por sua vez, deverá ser requerida através da tutela reparatória e compensatória na Justiça do Trabalho, em face a desobediência dos direitos laborais, requerendo portanto, as verbas trabalhistas que lhe foram extirpadas, cabendo ainda, se for o caso, o requerimento de indenização por danos morais, de modo que esta indenização não se confunde com a indenização por danos sociais.

A utilização da destinação da indenização ao autor da demanda laboral deturpa a própria utilização da penalidade do *punitive damages* e da responsabilidade civil, uma vez que torna incoerente a necessidade de ter que o dano ultrapassar a esfera individual a fim de justificar a sua imposição na prática do *dumping* social. Assim, conforme já exposto a indenização por *dumping* social, surge da agressão à toda sociedade, de modo que não há como dar destinação diversa concedendo legitimidade a terceiro não legitimado.

³⁶⁸ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Por uma nova categoria de dano na responsabilidade civil: o dano social. In: FILOMENO, José Geraldo Brito; WAGNER JR., Luiz Guilherme da Costa; GONÇALVES, Renato Afonso (coord.). **O Código Civil e sua interdisciplinabilidade**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 383

Assim, a verdadeira legitimada a receber o *quantum* indenizatório é a própria sociedade. Visto isto, cumpre analisar como este montante será revertido em favor da sociedade.

A solução encontrada para destinar esse montante em favor da sociedade é por meio de um fundo social, voltado a promoção do bem jurídico lesado. Em sede de ação civil pública, defendida no presente trabalho como meio de buscar a responsabilização pela prática de *dumping* social, tem-se previsto na Lei nº 7.347\1985 no seu art. 13, caput, o fundo como legitimado para receber estas verbas indenizatórias, *in verbis*:

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.

Este fundo passou a ser denominado de Fundo de Defesa de Direitos Difusos com o Decreto Federal nº 1306\1994 e pela Lei nº 9.008\1995, com o fim de proteger os direitos transindividuais. Contudo, face está previsão da Lei nº 7.347\1985 é possível encontrar um fundo próprio e específico, em determinadas matérias de interesses, como é o caso do Fundo de Amparo ao Trabalhador (FAT), voltado a proteção e promoção dos direitos trabalhistas. Portanto, diante da prática do *dumping* social, cabe ao magistrado, analogicamente, a utilização deste fundo de proteção aos direitos laborais.

De acordo com art. 10 da Lei nº 7.998\90, o FAT é destinado ao custeio do programa do seguro-desemprego, do abono salarial e ao financiamento de programas de desenvolvimento econômico.³⁶⁹ Nota-se, portanto, que está relacionado a violação dos direitos laborais a gerar danos a toda a coletividade, bem como se preocupa com os incentivos a programas de desenvolvimento econômico.

Neste diapasão, o FAT³⁷⁰ é a solução mais adequada ao combate do *dumping* social, uma vez que viabiliza a tutela dos direitos violados, inibindo novas práticas.

³⁶⁹ Lei 7.998\90, Art. 10. “É instituído o Fundo de Amparo ao Trabalhador (FAT), vinculado ao Ministério do Trabalho, destinado ao custeio do Programa do Seguro-Desemprego, do abono salarial e ao financiamento de programas de desenvolvimento econômico”.

³⁷⁰ É possível ainda encontrar outros fundos voltados a proteção e promoção do trabalhador, que podem ser destinatários desta indenização suplementar, como por exemplo, o Estado da Bahia criou através da Lei estadual 12.356\11 o Fundo de Promoção do Trabalho Decente – FUNTRAD, criado com a finalidade de financiar ações de promoção de trabalho decente, como forma de garantir direito laborais mínimos, no âmbito do Programa Bahia do Trabalho Decente. (TEIXEIRA, Leandro Fernandez. **A prática de *dumping* social como um fundamento de legitimação de *punitive***

Tem-se, portanto, uma “compensação indireta para a coletividade”³⁷¹. Assim entende Rodrigo Trindade de Souza³⁷², que aduz que

A fórmula de alcance ao FAT de parte do montante condenatório que exorbita o ressarcimento do indivíduo lesado é adequada, pois soma todos os motivos que nos parecem relevantes para a fixação de *punitive damages* no universo de atuação do direito do trabalho: a) promove a repreensão de condutas universais e profundamente reprovada e que representam danos potenciais à coletividade; b) observa função pedagógica, atuando para desestimular futuras condutas; c) permite que, em sua fixação, possam ser sopesadas outras condenações já sofridas pelo delinquente pelo mesmo fato; d) impede o enriquecimento desmensurado do indivíduo que sofreu os danos imediatamente verificados e permite aporte de recursos que auxiliam na promoção de políticas públicas engajadas na prevenção de lesões semelhantes.

Ainda, em que pese o fundo social seja a solução apropriada no âmbito da tutela dos direitos transindividuais, existe em algumas hipóteses³⁷³ a possibilidade de condenação *in natura*. Significa que caberá ao ofensor a realização de uma prestação material em face da sociedade, podendo ou não ser acrescida de um valor em pecúnia. Contudo, embora possa ser feito tal pleito acerca da condenação material, Leandro Fernandez³⁷⁴, defende que “não há, especificamente no caso dos danos sociais, precedência desta modalidade de sanção em detrimento da sanção pecuniária.” Isto, pois, a condenação *in natura* não será na maioria das vezes capaz de punir o ofensor e coibir novas práticas. Não fará com que o empregador deixe de subtrair os direitos trabalhistas.

Assim, em virtude da prática de *dumping* social será imposta a condenação suplementar ao ofensor, sendo, portanto, revertida em benefício da sociedade como um todo, por meio de prestações voltadas a proteção e promoção dos direitos violados. Deste modo, pune-se os danos ocasionados pela prática lesiva e ainda viabiliza a valorização do trabalhador humano e promove a dignidade da pessoa humana.

damages, em uma perspectiva da Análise Econômica do Direito. 2012. Dissertação (Mestrado em Relações Sociais e Novos Direitos) - Faculdade de Direito. Universidade Federal da Bahia, p. 208)

³⁷¹ MEDEIROS NETO, Xisto Tiago de. **Dano Moral Coletivo**. 2 ed. São Paulo, LTr, 2007, p. 167.

³⁷² SOUZA, Rodrigo Trindade de. *Punitive Damages* e o Direito do Trabalho: adequação das condenações punitivas para a necessária repressão da delinquência patronal. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 14ª Região**. Porto Velho, v.6, n.2, 639-666, jul/dez. 2010, p. 708.

³⁷³ Xisto Tiago de Medeiros Neto, elenca hipóteses em que pode-se vislumbrar uma reparação natural: “(I) a retratação pública, nos casos de discriminação social, cultural ou ética; (II) a republicação de material (artigo, foto, desenho, texto etc), dessa feita com a indicação do nome do autor da obra (...); (III) a contrapropaganda, em casos de publicidade enganosa ou abusiva; (MEDEIROS NETO, Xisto Tiago de. **Dano Moral Coletivo**. 2 ed. São Paulo, LTr, 2007, p. 77)

³⁷⁴ TEIXEIRA, Leandro Fernandez. *Op.cit.* p. 209.

Após definidos os critérios da sanção suplementar decorrente da prática do *dumping* social, cumpre analisar alguns casos presente na Justiça trabalhista.

5.6 ESTUDO DE CASO

O Ministério Público do Trabalho ajuizou Ação Civil Pública em face Magazine Luiza S.A após o descumprimento dos dois TACs³⁷⁵ firmados com a reclamada nos anos de 1999 e 2003. Tais Termos de Compromisso de Ajustamento de Conduta foram resultantes de algumas autuações à empresa, por submeter os seus empregados a jornadas de trabalhos excessivas, como também o desrespeito a intervalos de descanso. Desta forma, a empresa determinava jornadas por mais de 12 horas decorrente de serviços inadiáveis, trabalhos aos domingos, sem amparo convencional, como também a ausência de descanso semanal remunerados e intervalos inter e intrajornadas. Ainda, não havia um registro regular de jornada.

Na sentença, o Juiz Eduardo Souza Braga, da 1ª vara do Trabalho de Franca/SP³⁷⁶, acolheu parcialmente os pedidos do MPT e impôs a condenação no valor de R\$ 1,5 milhão a título de indenização por danos moral coletivo, face o descumprimento reiterado da legislação trabalhista. O magistrado afirma que entre 2009 e 2011, foram lavrados em desfavor da parte ré 61 autos de infração somente em cidades da região de Ribeirão Preto, de modo que não resta dúvida da conduta absolutamente reincidente da empresa e a violação dos direitos trabalhistas, configurando-se, portanto, uma prática de *dumping* social.

³⁷⁵ Os Termos de Compromisso de Ajustamento de Conduta, firmados com o Magazine Luiza tratava-se acerca da obediência das normas de Jornada de trabalho. Consignaram então que as jornadas de trabalho dos empregados não poderiam ser além do permitido em lei, bem como tinha a obrigação de registrar o ponto dos funcionários. (Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI189742,41046Magazine+Luiza+pagara+R+15+mi+por+dumping+social>>. Acesso em: 09 out 2014.

³⁷⁶ BRASIL Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região. Ação Civil Pública. Processo: 0001993-11.2011.5.15.0015 Juiz: Eduardo Souza Braga. Data da Publicação: 13/07/2012. Disponível em: <<http://consulta.trt15.jus.br/consulta/FRA/pProcesso1g.wProcesso>> Acesso em: 09 outubro 2015.

Em sede de recurso ordinário³⁷⁷, o desembargador João Alberto Alves Machado, relator da ação, manteve o valor definido pelo magistrado de 1º grau, asseverando que,

evidenciada a prática ilícita da reclamada de descumprimento reiterado da legislação trabalhista, o dano causado enseja a devida reparação. Ademais, a indenização nos casos de *dumping social* objetiva não apenas reparar o dano causado diretamente aos empregados, mas também proteger toda a sociedade como um todo, já que o valor da indenização também servirá para coibir a continuidade da prática ilícita pela empresa.

Sustentou a empresa ré, acerca da nulidade da sentença sob o fundamento de ausência de suporte legal e violação aos princípios da reserva legal e da restrição das penas, assim como da violação dos artigos 93, inc. IX, da CF/88, 458 do CPC e 832 da CLT. Contudo, entende acertadamente o relator que não assiste razão tal pleito. O magistrado adota a tese defendida ao longo do presente trabalho, de que frente a uma prática de *dumping social*, “resta claro que o descumprimento da legislação trabalhista visando eliminar a concorrência às custas dos direitos básicos de seus empregados, gera evidente dano social, surgindo assim o dever de indenizar,” como forma de coibir a continuidade da prática lesiva, amparado nos arts. 186, 187 e 927 do Código Civil.

Confirma, portanto, o Tribunal³⁷⁸ a decisão do juiz de 1º grau, afirmando que não existe dúvida de que a houve pela ré a redução dos custos de mão de obra de forma ilícita, prejudicando não apenas os trabalhadores, que tiveram seus direitos suprimidos, mais também a toda à sociedade e principalmente as demais empresas concorrentes que atuam de forma legal, cumprindo as obrigações trabalhistas.

Assim, tanto o juiz *a quo* e o juiz *ad quem*, observaram os elementos caracterizadores da prática de *dumping social*, quais sejam, a utilização de mão-de-obra em condições inadequadas, quando obriga seus empregados a jornadas excessivas e sem descanso; a conduta reiterada, observada, principalmente com o descumprimento dos dois TACs; a concorrência desleal por meio da venda de produtos a valores inferiores ao preço de mercado, uma vez que reduz o custo de

³⁷⁷ BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho. Recurso ordinário – Proc. 0001993-11.2011.5.15.0015. Recorrente: Magazine Luiza S.A. Recorrente: Ministério Público do Trabalho – Procuradoria Regional do Trabalho da 15ª Região. Relator: desembargador João Alberto Alves Machado. Ribeirão Preto, DJ 25 out. 2013. Disponível em: <<http://consulta.trt15.jus.br/consulta/owa/pProcesso.wProcesso?pTipoConsulta=PROCESSOCNJ&pidproc=2051008&pdblink=>>>. Acesso em: 09 out. 2015.

³⁷⁸ Posteriormente, foi celebrado acordo pelas partes, dando por prejudicado o recurso de revista interposto pela reclamada.

produção prejudicando a livre concorrência e por fim o dano social, face a precarização das condições laborais, repercutindo em toda sociedade.

Não se olvidou, ainda, os magistrados ao estipular o *quantum* indenizatório a atenção à capacidade econômica do ofensor, o descumprimento reiterado dos TACs e a gravidade dos atos praticados, assim como a observância do caráter pedagógico da indenização, a fim de coibir novas práticas. Verifica-se, portanto, a aplicação dos critérios para quantificação da condenação por *dumping* social, sem que inviabilize a continuidade da atividade econômica, mas que seja suficiente para punir.

Neste mesmo sentido, o Ministério Público do Trabalho ajuizou Ação Civil Pública em face da Trifil (Itabuna Têxtil S.A), após ter dado início em 2006 a investigações sobre as práticas referentes a ambiente e condições de trabalho dos trabalhadores pela empresa, por meio de inquérito civil público. O MPT apurou durante as investigações cerca de 300 acidentes de trabalho, devido a inadequação do meio ambiente de trabalho e dos maquinários e mobiliários³⁷⁹. Nesse período assinou um termo de ajuste de conduta (TAC), contudo foi desrespeitado, dando ensejo a presente Ação Civil Pública.

Na sentença³⁸⁰, o magistrado utilizou-se da tese da aplicabilidade de indenizações face a pratica do *dumping* social, pautado no descumprimento reiterado das normas de saúde e segurança do trabalho, demonstrado no feito. Afirma o magistrado que o descumprimento destas condições de trabalho acarretam acidentes com vistas na obtenção de lucros em detrimento dos seus concorrentes que cumprem as regras. Ainda, repercutem em toda a sociedade os custos crescentes de tratamentos médicos pelo SUS e o pagamento dos benéficos previdenciários. Desta forma, não se tem duvida da conduta lesiva praticada pela reclamada.

Destaca o Magistrado que

a conduta empresarial acima retratada é merecedora do pronto rechaço do Poder Judiciário visto que é a um só tempo: atentatória a dignidade dos seus empregados, ao infringir os princípios jurídicos da dignidade humana, da inviolabilidade da vida, da função social do contrato e o direito ao meio ambiente saudável; desleal com as empresas concorrentes que cumprem as leis do país, violando assim o princípio constitucional da livre

³⁷⁹ BRASIL. Ministério Público do Trabalho na Bahia. Disponível em: <<http://www.prt5.mpt.gov.br/informe-se/noticias-do-mpt-go/137-trifil-e-condenada-em-itabuna-a-pagar-r-4-milhoes-por-dumping-social>> Acesso em: 09 out 2015

³⁸⁰ BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 5ª Região. Ação Civil Pública nº. 000798-13.2013.5.05.0463 Juiz: Eduardo Souza Braga. Data da Publicação: 13/07/2012. Disponível em: <<http://consulta.trt15.jus.br/consulta/FRA/pProcesso1g.wProcesso>> Acesso em: 09 outubro 2015.

concorrência (CF, art. 170, IV); e extremamente danosa à sociedade brasileira, como um todo, que se vê na contingência de arcar com os custos sociais e previdenciários alusivos aos trabalhadores que adoeceram em razão do descumprimento das normas de segurança e medicina do trabalho e das cautelas exigíveis do empregador zeloso.

Nota-se que o Magistrado se atentou a analisar os elementos do *dumping* social a fim de sistematizar a identificação de tal instituto.³⁸¹ Segundo o juiz, a prática reiterada de desobediência as norma de saúde e segurança viola o principio constitucional da livre concorrência, assim como, a própria Ordem econômica. Desta forma diante as agressões reincidentes e inescusáveis aos direitos laborais e a toda a coletividade, tem-se a aplicação da indenização suplementar.

Ainda, ao considerar o quantum indenizatório em face da capacidade econômica do ofensor, no valor de R\$ 4 milhões, de maneira acertada, impôs verba que, não inviabiliza-se a continuidade da atividade econômica. Afirma o Magistrado que

para fins de estipulação do valor da indenização há de se buscar o ponto de equilíbrio entre a compensação merecida pela coletividade e a capacidade econômica do ofensor, de maneira que o valor fixado pelo julgador possa a um só tempo indenizar a coletividade de forma justa e, de outra parte, punir a Ré de forma adequada, o que somente ocorrerá se o valor a ser desembolsado por esta tiver relevância diante de sua capacidade econômica.

Por fim, de forma acertada, o juiz frisou que a destinação da verba obtida fosse dirigida ao Fundo de Promoção do Trabalho Decente – FUNTRAD, conforme o art. 13 da Lei nº 7.347/85 combinado com o art. 2º da Lei Estadual nº 12.356/2011. Desta forma, o valor indenizatório será revertido ao combate dos danos sociais, para que se busque o restabelecimento do equilíbrio social e dos preceitos do Estado Democrático de Direito.³⁸²

Observa-se a partir das considerações trazidas no decorrer do trabalho e da aplicação do caso concreto, que o ordenamento jurídico brasileiro possui elementos necessários para que o Poder Judiciário coíba a prática de *dumping* social. Nota-se que a Ação Civil Pública por meio do MPT é o meio adequado para coibir e reprimir essas práticas. Ainda, para que se de efetividade a proteção aos direitos transindividuais é preciso a aplicação da responsabilidade civil por meio de uma sanção extraordinária para, portanto, resguardar os direitos previstos na Constituição

³⁸¹ Vide Capítulo 3, subitens 3.5.2 e seguintes.

³⁸² Cumpre informar que o processo tramita em sigilo o que impossibilitou o presente trabalho de ter acesso as demais peças colacionadas aos autos. Contudo, conforme o andamento do processo, o mesmo se encontra na fase recursal.

Federal de 1988, em especial, a existência digna, a valorização do trabalho humano, a livre iniciativa.

6 CONCLUSÃO

Enfim, a partir das considerações desenvolvidas ao longo do presente trabalho, é possível afirmar, em síntese, que:

- I. O estudo dos direitos fundamentais, tal como consolidado na Constituição Federal de 1988, é essencial para a compreensão da história do Estado democrático Brasileiro e da sua ordem econômica. Os direitos fundamentais são elementos integrantes da identidade e da continuidade da Constituição, sem a qual não haveria falar em ordem econômica constitucional, tão pouco, em dignidade da pessoa humana, valorização do trabalho, livre iniciativa e justiça social.
- II. Os direitos fundamentais são uma composição histórica, a qual, esses direitos variam de época para época. Há entre eles uma ideia de complementariedade e não mais de sobreposição como a expressão gerações. Deste modo, os direitos fundamentais de primeira geração resultam da deflagração da Revolução Francesa de 1789 e correspondem aos direitos de liberdade, ou um não agir do Estado. Os de segunda geração exigiam a participação do Estado, a fim de suprir as carências individuais e sociais. Havia, portanto, uma preocupação com a proteção da dignidade, com a satisfação das necessidades básicas. Os de terceira geração são de defesa de uma coletividade difusa. Defende-se, por fim, a existência de uma quarta dimensão, introduzido pela globalização política, relacionado à democracia, à informação e ao pluralismo.
- III. A evolução da eficácia dos direitos fundamentais nas relações particulares teve seu surgimento no direito alemão em meados do século XX. No entanto, após o advento da teoria da eficácia horizontal (*drittwirkung*) dos direitos fundamentais, ao qual o estado não mais é o único protagonista das transgressões aos direitos fundamentais, houve uma forte reação contrária a essa doutrina, originando a teoria da *state action*, que limitava a incidência dos direitos fundamentais apenas quando houvesse atuação Estatal.
- IV. Há, ainda divergências na doutrina contemporânea a respeito de como e em que medida nas relações privadas se dá o alcance da incidência dos direitos fundamentais, posto que, mesmo que em posição “superior” aos cidadãos, não se pode equiparar os particulares ao patamar do Estado. Para tanto, foram

elaboradas diversas teorias acerca da incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas, como, a teoria que nega a eficácia perante terceiro; a teoria da eficácia mediata; a teoria da eficácia imediata; teoria dos deveres de proteção, a da teoria da imputação ao Estado e a teoria integradora de Alexy, são algumas delas.

- V. No cenário brasileiro a teoria da eficácia horizontal direta e imediata dos direitos fundamentais é amplamente dominante, em especial na esfera trabalhista. O próprio alicerce da relação de emprego demonstra a necessidade de atuação dos direitos fundamentais neste tipo de contrato, haja vista que gera uma relação de “dependência” entre os sujeitos da relação. Assim, mostra-se primordial a proteção ao hipossuficiente, principio maior do Direito do Trabalho, como meio de driblar as desigualdades e combater ao uso indiscriminado da autonomia privada.
- VI. O art. 170 da Constituição Federal 1988 é um plexo normativo, a qual está estabelecido um modelo econômico e sua forma de atuação na intervenção do Estado no domínio econômico. Deste modo, visa determinar o modo econômico da sociedade brasileira, de como o sistema econômico deve se organizar, a fim de atingir os objetivos da ordem econômica. Ou seja, a ordem econômica deve ser fundada na livre iniciativa e na valorização do trabalho humano, desde, que estejam assegurados os direitos fundamentais, a dignidade humana e a justiça social.
- VII. A Constituição Federal de 1988, embora possua traços intervencionistas, pautado na promoção da dignidade humana e da justiça social, não despreza a atividade econômica dos particulares, resguardando a estes o princípio da liberdade de iniciativa e de concorrência, não rompendo, portanto, com o capitalismo. Contudo, deve haver um equilíbrio a fim de alcançar os fins sociais perseguidos pelo Estado Democrático de Direito.
- VIII. A livre iniciativa é tida como fundamento da República Federativa do Brasil, e também como principio instrutivo e fundante da ordem econômica. O ordenamento jurídico brasileiro não admite a liberdade de iniciativa de forma plena, apesar do Estado permitir que a economia se desenvolva de forma livre, essa liberdade encontra-se limites nos princípios da existência digna e na valorização do trabalho humano.

- IX. O trabalho é fonte de realização material, moral e espiritual, de modo que não pode ele ser interpretado como um mero fator produtivo. Para à formação, manutenção e desenvolvimento das organizações sociais, o trabalho é um elemento indispensável. Pois, além de garantir efetividade a dignidade humana, o trabalho representa um acréscimo de utilidade social.
- X. O art. 170, caput, da Constituição Federal, nele se albergam, não apenas os fundamentos da ordem econômica, mas igualmente, o constituinte consagrou as suas finalidades, ou seja, os objetivos a serem alcançados diante da implementação de seus ditames econômicos. E nesses termos, consoante a Carta Magna, o objetivo é duplice: a existência digna e a justiça social.
- XI. A justiça social termina por reforçar a ideia da própria dignidade da pessoa humana, visto que, a dignidade será alcançada no momento em que houver a efetividade da justiça social. Contudo, não se trata de igualdade de fluíção, mas de dotar as pessoas de oportunidades para que elas se desenvolvam.
- XII. Ferindo o ordenamento jurídico, encontra-se a prática do *dumping social*, cuja seu fundamento está pautado na exploração do trabalhador, uma vez que retira dos trabalhadores seus direitos sociais em prol da obtenção de vantagem econômica em relação aos seus concorrentes. Com essa conduta lesiva os preceitos opostos a ordem econômica na Constituição Federal encontram-se desrespeitados, de modo que, tem-se a desvalorização do trabalho humano.
- XIII. O conceito de *dumping* poderá ser visto sob duas concepções: a econômica e jurídica. O conceito econômico de *dumping* é mais amplo que a concepção jurídica, tendo em vista que, basta que tenha a discriminação injustificada de preços entre mercados. Diferente da acepção jurídica, que também é fundamental que tenha uma discriminação de preços, porém, não é qualquer discriminação, isto é, a discriminação deve ocorrer com a venda de produtos por preços inferiores aos seus valores normais, apurados no mercado doméstico do país exportador, ou seu similar. Contudo, não é toda a venda de produtos a preços inferiores, a fim de provocar a concorrência desleal, que irá caracterizar *dumping* condenável, é preciso que exista nexos causal entre a conduta e o dano sofrido. Isto porque, muitas vezes tal prática poderá ser considerada benéfica a economia.
- XIV. O fenômeno do *dumping* sofreu algumas tentativas de ampliação do seu conceito, para abranger novos tipos de situações. O *dumping social* é uma

dessas modalidades que decorre da superexploração de mão de obra capaz de reduzir os custos da produção a ser comercializada. Não se está observando a exportação de produtos a preços inferiores, mas a questão consiste na conduta reiterada de descumprimento dos direitos trabalhistas, de modo a manter as condições de trabalho inferiores ao aceitável, com intuito de manejar o preço do produto e conseqüentemente obter vantagem econômica em relação a seus concorrentes.

- XV. Em que pese, seja comum a ligação do *dumping* social ao mercado internacional, não é correto restringir o cenário de atuação desta prática, posto que, já é possível encontra-la também no mercado interno nacional.
- XVI. Terá ocorrido *dumping* social quando, de forma concomitante estiverem presentes as seguintes características: a) a concorrência desleal por meio da venda de produtos a valores inferiores ao preço de mercado; a conduta reiterada; a utilização de mão-de-obra em condições inadequadas aos patamares laborais mínimos e o dano social (a lesão repercute na sociedade como um todo, indo além de uma agressão individual).
- XVII. No combate da prática de *dumping* social no cenário internacional variados são os mecanismos utilizados, como: o Selo Social, o *Global Compact*, o ISO Social, os códigos de condutas e as cláusulas sociais.
- XVIII. Diante da necessidade de adaptação da ordem internacional contemporânea, surge o *soft law* ou *droit doux* (direito flexível), contrário ao sistema da *hard law* ou *droit dur* (direito rígido), como um instrumento alternativo, tendo em vista a instabilidade da economia internacional.
- XIX. Por meio da Organização Internacional do Trabalho (OIT) se buscou melhorar as condições laborais, criando-se convenções internacionais a fim de estabelecer padrões laborais mínimos com alcance mundial. Entretanto, por ter executoriedade facultativa, torna essas convenções duvidosas, em virtude da provável impunidade do ofensor. Foram criados meios que buscassem inibir essas práticas lesivas aos direitos dos trabalhadores, a exemplo dos Selo Social, o *Global Compact*, o ISO Social, os códigos de condutas e as cláusulas sociais.
- XX. Os países, normalmente, tem buscado ratificar essas normas internacionais, com intuito de demonstrar ao mercado, de modo geral, que está tendo cumprido com a responsabilidade social e com isso atrair investimentos exteriores e também como uma forma de ser aceito no mercado globalizado.

- XXI. A prática do *dumping* social começa aos poucos a ser identificada no ordenamento jurídico brasileiro, entretanto, encontra um obstáculo para sua punição: a falta de regulamentação jurídica. Isto tem gerado uma dissonância entre as jurisprudências, fato que, possivelmente, poderá ser mitigado caso o Projeto de Lei 1.615/11 que tramita na Câmara dos Deputados de autoria do deputado Carlos Bezerra (PMDB-MT), seja aprovado.
- XXII. Diante do convívio social surgem centenas de conflitos de interesse, com isso, na busca do convívio harmônico e pacífico necessita-se de regras e normas capazes de reger estas condutas, com o fim de organizar a vida em sociedade, evitando a incidência de conflitos. É neste cenário que surge o instituto da responsabilidade civil, no intuito de preservar a harmonização da convivência social, bem como minimizar os danos sofridos pela vítima e ainda advertindo e punindo, aqueles que contrariam as regras impostas, respondendo, portanto, aos prejuízos que venha trazer ao ofendido.
- XXIII. A responsabilidade está ligada a uma obrigação derivada, ou seja, um dever jurídico sucessivo, ao qual o ofensor, seja por causa de contrato, ou em razão de fato ou omissão que lhe sejam imputados, assume as consequências jurídicas, seja para reparação dos danos e/ou punição pessoal do agente lesionante, conforme os interesses do lesado.
- XXIV. A responsabilidade civil tem como ideia central a obrigação de reparar danos praticados contra uma pessoa ou ao seu patrimônio, bem como, danos causados a interesses coletivos ou transindividuais, seja por meio de uma ação ou omissão, mas desde que cause dano a outrem.
- XXV. A responsabilidade civil, busca-se restaurar o *status quo ante* a conduta humana danosa, ou, caso não seja mais possível, que aja a compensação pecuniária à vítima ou a indenização. Tenta transferir para o sujeito causador do dano os reflexos sofridos pelo ofendido em razão da prática do seu ato.
- XXVI. Numa interpretação sistemática do art. 186 do Código Civil, pode-se extrair como pressupostos gerais da responsabilidade: a) a conduta humana (positiva ou negativa); b) nexos de causalidade, c) dano ou prejuízo, sendo a culpa apenas elemento accidental.
- XXVII. O dano é um requisito imprescindível para a configuração da responsabilidade civil, visto que, sem prejuízo, não existe qualquer dever reparatório ou

compensatório, e conseqüentemente a responsabilidade. De modo que, a indenização sem dano configuraria enriquecimento ilícito.

- XXVIII. Com os avanços da sociedade, passa a ser tutelado uma gama de danos coletivos lato sensu através das ações coletivas, visando proteger os direitos pertencentes a sociedade como um todo. Assim, frente a natureza dos interesses ou direitos violados, pode ser suscitadas três espécies de dano coletivo, a saber, difusos, coletivos (*stricto sensu*) e individuais homogêneos, sendo eles, por sua vez, tratados pelo Código de Defesa do Consumidor.
- XXIX. Encontra-se mais oportuno a utilização expressão “danos sociais” para representar as lesões a direitos ou interesses de natureza extrapatrimonial transindividual presentes no sistema jurídico.
- XXX. O nexo causal é a base fundamental para a solidificação da responsabilidade civil. Para que haja a responsabilização do ofensor é preciso que entre a conduta ilícita haja uma ponte conectora com a causa.
- XXXI. A culpa, não pode ser considerada como pressuposto geral da responsabilidade civil no sentido lato sensu. Isto decorre da sua ausência quando da apreciação a responsabilidade objetiva, limitando-se apenas ao âmbito subjetivo do instituto, que, por sua vez, necessita de comprovação da existência da culpa do ofensor na prática do ato lesivo para imputação da responsabilidade.
- XXXII. A responsabilidade civil passou a ser vista sob duas perspectiva. A primeira tinha como fundamento a existência de culpa, porém, como a vítima suportava um ônus muito maior do que podia suportar, pois era dele o dever de produzir provas, surgiu a responsabilidade objetiva. Esta, em nome da segurança da vítima, abre mão do aspecto subjetivo, adotando a teoria do risco da atividade.
- XXXIII. A responsabilidade civil tem particularmente uma finalidade estática, por meio da reparação dos danos causados a outrem, a fim de tutelar os interesses do ofendido, com o objetivo de retornar ao *status quo ante*. Tem por propósito diminuir a diferença entre a situação atual e a que existiria, caso não houvesse ocorrido o ilícito.
- XXXIV. A função punitiva tem como poder punir o agressor em virtude da pratica lesiva dos seus atos, a fim de evitar a reincidência ou repetência de condutas semelhantes. Entretanto, poderá essa função ser afastada quando existir a possibilidade de restituição integral do *status quo ante*.

- XXXV. A função de cunho socioeducativo tem por fim tornar público que condutas semelhantes não serão toleradas, de modo a restabelecer, ainda que de forma indireta, o equilíbrio e a segurança da própria sociedade. Esta é a função que mais se adequa ao *dumping* social, de forma que obriga o lesante a reparar o dano causado, e com isso, contribui para coibir a prática de outros atos danosos, seja pela mesma pessoa ou seja por quaisquer outro cidadão.
- XXXVI. No ordenamento brasileiro, a aplicação do *punitive damages* cabe ao magistrado, quando no seu juízo de valor, entender que embora a indenização seja suficiente para compensar o dano, esta deve ser majorada de forma a coibir a prática reincidente da conduta lesiva, aplicando, portanto, a função pedagógica da responsabilidade civil.
- XXXVII. O instituto do *punitive damages* possui um caráter excepcional, de modo que só é justificável a majoração da indenização quando a conduta é, de fato, reprovável, lesiva e particularmente, odiosa, apta, portanto, a ensejar a reprovação do ordenamento. Como também, quando ainda que considerada leve, a reiteração da conduta do agente eleva a sua gravidade.
- XXXVIII. Para que haja a majoração da pena é preciso observar limites: primeiro, o juiz não pode majorar a pena se a legislação já pune a conduta, pois a lei já traz a pena adequada. O segundo limite é que a indenização punitiva só deve ser aplicada quando houve vantagem econômica com o ilícito praticado.
- XXXIX. O *punitive damages* não é um instituto com o intuito sancionatório. Busca-se o interesse coletivo, este em não sofrer novas condutas lesivas como a experimentada. De modo que, além da compensação do dano sofrido, está colocando o condenado em situação de exemplo negativo para a sociedade.
- XL. Face do cenário de competições empresariais, as empresas ao analisar o custo e benefício, levam em atenção o binômio: lucro obtido com a ocultação dos direitos trabalhistas versus número de condenações proferidas pela justiça trabalhista. Assim, concluem que é economicamente mais lucrativo subtrair os direitos trabalhistas, adimplindo apenas se obrigado por meio decisão judicial, do que cumprir espontaneamente.
- XLI. A reparação individual em face da prática de *dumping* social, revela-se, adequada a por fim ao conflito particular, porém, configura-se inútil em face do dano à sociedade. É através do instituto da responsabilidade civil, que o

ordenamento encontra-se amparado para coibir tais condutas lesivas, pois além da função compensatória cumula com a função punitiva e a pedagógica.

- XLII. O *dumping* social viola os próprios fundamentos do Estado Democrático de Direito, em especial os valores sociais do trabalho e a dignidade da pessoa humana, bem como, a própria ordem econômica.
- XLIII. Da prática do *dumping* social é possível identificar os pressupostos da responsabilidade civil: a conduta humana é a prática reiterada empresarial de descumprimento dos direitos trabalhistas, com intuito de manejar o preço do produto e conseqüentemente obter vantagem econômica em relação a seus concorrentes. Tal conduta tem relação direta com o dano causado, ou seja, a baixa do custo de produção da empresa em decorrência da precarização da mão de obra, gerando danos sociais.
- XLIV. Por meio do *dumping* social, a empresa descumpre tanto o seu fim econômico, como também o social, colocando em risco a própria estrutura do Estado social e do modelo capitalista, decorrentes da obtenção de vantagem indevida e também a própria estabilidade da sociedade, devido os danos sociais provocados. Logo, tem-se um ato ilícito das empresas, de forma que deveram ser responsabilizado pelos atos ali praticados.
- XLV. Diante do ato de *dumping* social, conclui-se que o empregador está colocando em risco a vida e a integridade física de seus empregados, em prol dos lucros auferidos por ele decorrente da concorrência desleal. Trata-se de responsabilidade objetiva, decorrente do risco empresarial, a qual não há a necessidade de demonstração da conduta culposa da empresa.
- XLVI. Há necessidade de oferecer resposta adequada ao *dumping* social, pois, o que está em discussão é precarização do trabalho humano face a obtenção de vantagem econômica do empregador. Desta forma, deve-se combater esse ato atacando diretamente a economia do ofensor, para que assim, seja desestimulada tal conduta danosa.
- XLVII. Ainda que o empregado busque seus direitos frente ao Judiciário, por meio de uma reclamação trabalhista, não cabe a ela a formulação de pedidos em favor da coletividade e nem em seu próprio proveito, sob pena de enriquecimento ilícito. A legitimidade para ajuizar ação decorrente de lesão aos direitos sociais é por meio de Ação Civil Pública proposta pelo Ministério Público.

- XLVIII. Em que pese a tese da aplicação *ex officio* da indenização suplementar seja benéfica a sociedade, está por sua vez implicaria em um julgamento extra petita e no cerceamento de defesa do empregador, como flagrante violação aos princípios constitucionais do contraditório, ampla defesa, devido processo legal e o princípio da legalidade.
- XLIX. A indenização por danos sociais em virtude da prática de *dumping* social deverá ser requerida, não podendo, o juiz decidir *ex officio*, devendo decidir nos limites dos pedidos propostos na lide.
- L. O valor da indenização tem que ser capaz de inibir a prática ilícita. Deverá o magistrado em sua decisão, fixar o quantum indenizatório, de modo fundamentado, demonstrando os parâmetros utilizados, sob pena de incorrer em nulidade.
- LI. O magistrado ao fixar o quantum indenizatório em virtude da prática de *dumping* social deve-se observar certos critérios: a repercussão e gravidade do dano, a condição econômica do ofensor, o lucro obtido através da prática de *dumping* social, o grau de culpabilidade do agente e o grau de reprovação social da prática.
- LII. Tendo em vista que o *dumping* social, uma vez praticado, estará violando bens jurídicos de ordem transindividuais, e por isso, estará gerando danos à toda coletividade, de modo que a verdadeira legitimada a receber o *quantum* indenizatório é a própria sociedade. A solução encontrada para destinar esse montante em favor da sociedade é por meio de um fundo social, voltado a promoção do bem jurídico lesado, a exemplo do FAT ou da FUNTRAD.
- LIII. Por fim, diante de tudo que foi apresentado, conclui-se que a indenização suplementar é o meio viável a repressão e inibição as práticas de *dumping* social, como forma de punir os danos ocasionados pelo ato lesivo e ainda promover a valorização do trabalho humano e a existência digna, resguardando e efetivando os fundamentos do Estado Democrático de Direito, conseqüentemente a própria ordem econômica.

REFERÊNCIAS

- Academia Brasileira de Letras Jurídicas, **Dicionário Jurídico**, 3. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 679.
- AGUILLAR, Fernando Herren. **Direito econômico**. 3 ed. São Paulo. Editora Atlas, 2013
- AIRES, Mariella Carvalho de Farias. A eficácia horizontal dos direitos fundamentais no contrato de trabalho a partir da Constituição Federal 1988. **Revista de Direito do Trabalho**, São Paulo, n. 128, out.-dez. 2007.
- ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.
- ALVES, Rayssa Castro. Autonomia do dano estético na configuração da obrigação de indenizar. **Revista de direito**. Viçosa. v. 6, n. 1, 2014
- ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. **Dano Moral e Indenização Punitiva: os punitive damages na experiência do common law e na perspectiva do direito brasileiro**. 2ª ed. Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2009
- _____. Indenização Punitiva. **Revista da EMERJ**, v.9, nº 36, 2006, p. 136.
- ARAÚJO, Aline de Farias. A necessária repressão da justiça do trabalho aos casos de *dumping* social. **Revista da ESMAT 13** - Ano 4 – nº 4 – Out\2011
- ARRUDA, Gustavo Favaro. Entendendo o dumping e o direito antidumping. **Revista de Direito da Concorrência**, nº 7, jul.\set. 2005.
- AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Por uma nova categoria de dano na responsabilidade civil: o dano social. In: FILOMENO, José Geraldo Brito; WAGNER JR., Luiz Guilherme da Costa; GONÇALVES, Renato Afonso (coord.). **O Código Civil e sua interdisciplinarietà**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.
- BARCELLOS, Ana Paula de. **Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional**. Rio de Janeiro.Renovar, 2005.
- BARROSO, Luís Roberto. **A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo: Natureza Jurídica, Conteúdos Mínimos e Critérios de Aplicação**. Versão provisória para debate público. Mimeografado, dezembro de 2010.
- BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito econômico**. São Paulo: Celso Bastos, 2004
- BIALESKI, Roseli de Fátima. VILLATORE, Marcos Antônio César. Novas considerações sobre a ponderação entre os direitos fundamentais do trabalhador e o poder diretivo do empregador à luz da ordem econômica constitucional. *Revista de*

direito do trabalho. **Revista dos Tribunais**, São Paulo: Ano 36, n. 139, jul.-set.2010, p. 155-181.

BOBBIO, Noberto. **A Era dos Direitos**. 9 ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

BORGES, Thiago Carvalho. **Curso de Direito Internacional Público e Direito Comunitário**. 1º ed. São Paulo. Editora Atlas, 2011

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1998

_____. **Código Civil**. Brasília, DF: Senado, 2002

_____. **Código de Processo Civil**. Brasília, DF: Senado, 1973

_____. **Consolidação das Leis do Trabalho**. Brasília, DF: Senado, 1943

_____. Lei n.º 9.099/1995, de 30 de março de 1995. Dispõe sobre a aplicação dos direitos previstos no Acordo Antidumping e no Acordo de Subsídios e Direitos Compensatórios, e da outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**. Brasília, p. 14.033. 27 set 1995. Seção 1.

_____. Lei 5.250\1967, de 9 de fevereiro de 1967. Regula a liberdade de manifestação do pensamento e de informação. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**. Brasília de 10.2.1967 e retificada em 10.3.1967.

_____. Lei 7.998\90, de 11 de janeiro de 1990. Regula o Programa do Seguro-Desemprego, o Abono Salarial, institui o Fundo de Amparo ao Trabalhador (FAT), e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**. Brasília de 12.01.1990.

_____. Lei complementar nº 75, de 20 de maio de 1993. Dispõe sobre a organização, as atribuições e o estatuto do Ministério Público da União. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**. Brasília de 21.5.1993.

_____. **Projeto de Lei 1.615/11**. Dumping Social. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 2011

_____. Supremo Tribunal Federal. RE 201819 / RJ - Rio de Janeiro, Relator(a) Ellen Gracie, Relator(a) p/ Acórdão: Min. Gilmar Mendes , D.J.: 11/10/2005, Órgão Julgador:
Segunda Turma. Disponível em:
<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia>. Acesso em: 30 de maio de 2015

_____. Supremo Tribunal Justiça. REsp 1367021 / RS – Min. Nancy Andrighi, Julgamento em 03/09/2013 Órgão Julgador: Terceira Turma – STJ. Disponível em:

<[http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=dano+punitivo&&b=ACOR&t
hesaurus=JURIDICO&p=true](http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=dano+punitivo&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true)> Acesso em: 08 de agosto de 2015.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. Recurso de Revista – Proc. 131000-63.2009.5.04.0005. Recorrente CPM BRAXIS S.A. e Recorrido Milton Nunes de Oliveira. Relator(a): Min. Maria de Assis Calsing. Brasília, DJ 22 março 2013. Disponível em:

<[http://aplicacao4.tst.jus.br/consultaProcessual/resumoForm.do?consulta=1&numero
Int=190280&anoInt=2011](http://aplicacao4.tst.jus.br/consultaProcessual/resumoForm.do?consulta=1&numeroInt=190280&anoInt=2011)>. Acesso em: 09 out. 2015.

_____. Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região. Ação Civil Pública. Processo: 0001993-11.2011.5.15.0015 Juiz: Eduardo Souza Braga. Data da Publicação: 13/07/2012. Disponível em: <
<http://consulta.trt15.jus.br/consulta/FRA/pProcesso1g.wProcesso>> Acesso em: 09 outubro 2015.

_____. Recurso ordinário – Proc. 0001993-11.2011.5.15.0015. Recorrente: Magazine Luiza S.A. Recorrente: Ministério Público do Trabalho – Procuradoria Regional do Trabalho da 15ª Região. Relator: desembargador João Alberto Alves Machado. Ribeirão Preto, DJ 25 out. 2013. Disponível em:
<[http://consulta.trt15.jus.br/consulta/owa/pProcesso.wProcesso?pTipoConsulta=PR
OCESOCNJ&pidproc=2051008&pdblink=>](http://consulta.trt15.jus.br/consulta/owa/pProcesso.wProcesso?pTipoConsulta=PROCESSOCNJ&pidproc=2051008&pdblink=>)>. Acesso em: 09 out. 2015.

_____. Tribunal Regional do Trabalho da 5ª Região. Ação Civil Pública nº. 000798-13.2013.5.05.0463 Juiz: Eduardo Souza Braga. Data da Publicação: 13/07/2012. Disponível em: < <http://consulta.trt15.jus.br/consulta/FRA/pProcesso1g.wProcesso>> Acesso em: 09 outubro 2015.

_____. Ministério Público do Trabalho na Bahia. Disponível em:
<[http://www.prt5.mpt.gov.br/informe-se/noticias-do-mpt-go/137-trifil-e-condenada-
em-itabuna-a-pagar-r-4-milhoes-por-dumping-social](http://www.prt5.mpt.gov.br/informe-se/noticias-do-mpt-go/137-trifil-e-condenada-em-itabuna-a-pagar-r-4-milhoes-por-dumping-social)> Acesso em: 09 out 2015

BRITO, Vanessa de Mello. **Medidas Antidumping e o Comércio Internacional** (XV Programa de Pós-Graduação em Relações Internacionais) Universidade de Brasília. Instituto de relações internacionais. 2014.

CARDOSO, Luciane. Códigos de conduta, responsabilidade empresarial e direitos humanos dos trabalhadores. **Revista do tribunal Superior do Trabalho**. Brasília, vol. 69, no. 1, jan./jun. 2003

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 11.ed. São Paulo: Malheiros, 2014

CAPPELLETTI, Mauro. Formações sociais e interesses coletivos diante da justiça civil. **Revista de processo**, São Paulo, nº 5, jan.\mar. 1977.

_____. **Juízes Legisladores?** Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1999, p. 41.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial: Direito de empresa**. 16. ed. vol. 1. Saraiva, São Paulo, 2012

CORDOVIL, Leonor. **Antidumping: interesse público e protecionismo no comércio internacional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

COSTA, Sandra Moraes de Brito. Trabalho humano como direito fundamental: aspectos jurídicos econômicos. **Revista de Direito do Trabalho**, São Paulo, n.125, jan.\mar, 2007

CRUZ, Gisela Sampaio da. **O problema do nexu causal na responsabilidade civil**. São Paulo: Renovar, 2005

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed. Salvador: JusPODIVM, 2012.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho** 11. Ed São Paulo. LTr. 2012

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**, 7º volume: Responsabilidade Civil. 25ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

DUARTE, Camila Rufato. Dumping social e flexibilização dos direitos trabalhistas: a dignidade da pessoa humana como balizadora dos institutos. **Revista de Direito**. v. 6, n. 1, 2014

FARIAS, Cristiano Chaves de; Rosenvald, Nelson; NETO, Felipe Peixoto Braga. **Curso de direito Civil**. 3. Responsabilidade Civil. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2015.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio, DINIZ, Maria Helena, GEORGAKILAS, Ritinha Alzira Stevenson. **Constituição de 1988: legitimidade, vigência e eficácia, supremacia**. São Paulo: Atlas, 1989.

FURTADO, Emmanuel Teófilo. Sentido ontológico do princípio da dignidade da pessoa humana e o trabalhador. **Revista de Direito do Trabalho**, São Paulo, n. 121, jan.\mar. 2006.

GAGLIANO Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo, **Novo Curso de Direito Civil**. Vol III: responsabilidade civil. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012

_____. **Novo Curso de Direito Civil**, v. I. Parte Geral. 14 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 41

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil**. 9. ed. rev. de acordo com o novo código civil (Lei 10.406 de 10-1-2002). Saraiva: São Paulo, 2005.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. Volume I. 4 ed Saraiva: 2003, p. 451).

GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. 15ª Ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2012.

GOYOS JÚNIOR, Durval Noronha et al. **Tratado de defesa comercial: antidumping, compensatórias e salvaguardas**. São Paulo: Observador Legal, 2003, p. 285.

KAWAY, Mina; VIDAL, Pedro Walter G. Tang; AOKI, Renata Cristina de Oliveira. *Dumping Social: as normas trabalhistas e sua relação com o comércio internacional*. In: BARRAL, Welber; PIMENTEL, Luis Otávio; CORREA, Carlos M. **Direito, desenvolvimento e sistema multilateral de Comércio**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008

LEITE, George Salomão. Dever e dignidade humana na fundamentação da metafísica dos costumes e Imanuel Kant. In: LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang; CARBONELL, Miguel. (coord.). **Direitos, Deveres e Garantias Fundamentais**. Salvador: Editora JusPodivm, 2015.

LIMA, Marcos André M. de; SCHMIDT, Cristiane Alkmin Junqueira; SOUSA, Isabel Ramos de. **Tipologias de Dumping. Documento de trabalho**. Rio de Janeiro: Secretaria de Acompanhamento Econômico, 2006. Disponível em: http://www.seae.fazenda.gov.br/central_documentos/documento_trabalho/2002-1/doctrab17.pdf.

LIMA, Talita. **A responsabilidade civil por dumping social nas relações de trabalho no direito brasileiro**. 2011. Monografia (Curso de Graduação em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Salvador.

LORENZETTI, Ricardo Luis. **Teoria da Decisão Judicial: Fundamentos de direito**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

LOPEZ, Tereza Ancona. **O dano estético: responsabilidade civil**. 3. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004

MAIOR, Jorge Luiz Souto. A Fúria. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**. Brasília, vol. 68, no. 3, jul/dez 2002

_____. **Dumping social nas relações de trabalho**. São Paulo: LTr, 2014.

_____. O Dano Social e Sua Reparação. **Revista LTr**. nº11, Nov\2007

_____. Por um pacto social. **RDT**, nº 1, jan\2008

MARQUES, Maria de Fátima Rodrigues. A OMC e as medidas antidumping no Brasil. **Revista Eletrônica do Curso de Direito das Faculdades OPET**. Curitiba PR – Brasil. Ano IV, nº 10, jun/dez 2013

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de direito internacional Público**. 6º ed. Ver., atual. e ampl. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo, 2012

MEDEIROS NETO, Xisto Tiago de. **Dano Moral Coletivo**. 2 ed. São Paulo, LTr, 2007

_____. O dano moral coletivo e o valor da sua reparação. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**, São Paulo, v. 78, n. 4, out\dez, 2012

(MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015, p.137.)

MIGALHAS. Disponível em:

<<http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI189742,41046Magazine+Luiza+pagara+R+15+mi+por+dumping+social>>. Acesso em: 09 out 2014.

MOREIRA, Vital. **A ordem jurídica do capitalismo**. Coimbra. Centelha, 1973, p. 67-71.

PACTO GLOBAL

<<http://www.unglobalcompact.org/AbouttheGC/TheTENPrinciples/index.html>>

Acesso em 24 de Agosto de 2015

_____. <<http://www.pactoglobal.org.br/artigo/56/Os-10-principios>> Acesso em 24 de Agosto de 2015

PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Responsabilidade civil nas relações de trabalho e o novo Código Civil brasileiro, **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**, jan/jun 2004, p. 115.

PESSOA, Flávia Moreira Guimarães. A aplicabilidade direta dos direitos fundamentais nas relações de emprego dentro do novo paradigma do mundo do trabalho. In: PAMPLONA FILHO, Rodolfo e RESEDÁ, Salomão, organizadores. **Direitos Fundamentais e Reflexos nas Relações Sociais**. Salvador: JusPodivm, 2010.

PINTO, José Augusto Rodrigues. Dumping social ou delinquência patronal na relação de emprego? **Revista TST, Brasília**, vol. 77, n. 3, jul/set 2011

RESEDÁ, Salomão. **A Aplicabilidade do *punitive damage* nas ações de indenização por dano moral no ordenamento jurídico brasileiro**. 2008. Dissertação (Mestrado em Direito Privado e Econômico) – Faculdade de direito, Universidade Federal da Bahia.

_____. **A função social do dano moral**. 1 ed. Florianópolis: Conceito editorial, 2009

RODRIGUEZ, Américo Plá. **Princípios do Direito do Trabalho**. 3 ed. São Paulo: Ltr, 2000

ROMITA, Arion Sayão. **Direitos fundamentais nas relações de trabalho**. São Paulo: LTr, 2005

ROSENVALD, Nelson. **As funções da responsabilidade civil: a reparação e a pena civil.** 1 ed. São Paulo. Atlas, 2013

SANDEL, Michael J. **Justice: what's the right thing to do?** Farrar, Strus and Giroux. 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais.** 9. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

_____. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988** 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010

SARMENTO, Daniel; GOMES Fábio Rodrigues. A eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares: o caso das relações de trabalho. **Revista do TST.** Brasília. v.77, nº 4, out/dez 2011

SARMENTO, Daniel. Os direitos fundamentais nos paradigmas Liberal, Social e Pós-Social – (pós-modernidade constitucional?). **Crises e desafios da Constituição: Perspectivas críticas da teoria e das práticas constitucionais brasileiras.** SAMPAIO, José Adércio Leite et al (Coord.). Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

_____. A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais no direito comparado e no Brasil. In: DIDIER JR., Fredie (org.). **Leituras Complementares de Processo Civil.** 7.ed, rev. e ampl. Salvador: Juspodvim, 2009

_____. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas.** 2 ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008.

_____. A vinculação dos Particulares aos Direitos Fundamentais no Direito Comparado e no Brasil. In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). **A nova interpretação constitucional: Ponderação, direitos fundamentais e relações privadas.** Rio de Janeiro, São Paulo: Renovar, 2003.

SAYEG, Fernanda Manzano. O Novo Decreto Antidumping Brasileiro. **Anuário CESA,** 2013, ed.1

SHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil:** da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. 5 ed. São Paulo. Atlas. 2013

SILVA, Alice Rocha da. Dumping e Direito Internacional Econômico. **Revista do Programa de Mestrado em Direito do UniCEUB.** Brasília, v. 2, nº. 2, jul./dez. 2005.

SILVA, Eveline de A. Oliveira e. **A cláusula social no direito internacional contemporâneo.** Dissertação (Programa de Mestrado em Direito do Centro Universitário de Brasília) – Faculdade de direito. Centro Universitário de Brasília, 2008

SILVA, José Afonso da. **Comentário Contextual à Constituição.** 2 ed. São Paulo: Malheiros Editores. 2006.

SILVA, José Afonso da. A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia. In: *Ética, democracia e justiça. Livro de Teses da XV Conferência Nacional da OAB*, Foz do Iguaçu, 1994.

SILVA, Leda Batista da. Dumping: breves pensamentos sobre história, direito, economia e contabilidade. *Revista de Direito da Concorrência*, n.º 14, abr/jun. 2007

SILVA NETO, Manoel Jorge e. **Curso de direito Constitucional**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013

_____. **Direito Constitucional econômico**. São Paulo: LTr. 2001

_____. **Proteção constitucional dos interesses trabalhistas: difusos, coletivos e individuais homogêneos**. São Paulo: LTr, 2001

SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares**. São Paulo: Malheiros, p.99-100.

SOARES, Ricardo Maurício Freire. **A ordem constitucional econômica: balanço dos 20 (vinte) anos de vigência da Constituição brasileira de 1988**. Disponível em: <<http://brasiljuridico.com.br/artigos/a-ordem-constitucional-economica--balanco-dos-20-vinte-anos-de-vigencia-da-constituicao-brasileira-de-1988.-por-ricardo-mauricio.>> Acesso em: 24 maio. 2015

SOUZA, Rodrigo Trindade de. *Punitive Damages* e o Direito do Trabalho: adequação das condenações punitivas para a necessária repressão da delinquência patronal. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 14ª Região*. Porto Velho, v.6, n.2, 639-666, jul\dez. 2010

STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos Particulares a Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2004

STRECK, Lenio Luiz; BOLZAN, José Luis de Moraes. **Ciência Política e Teoria do Estado**. 6.ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2008.

TAVARES, André Ramos. **Direito Constitucional econômico**. 3. Ed. São Paulo: Método, 2011

TEIXEIRA, Leandro Fernandez. **A prática de *dumping social* como um fundamento de legitimação de *punitive damages*, em uma perspectiva da Análise Econômica do Direito**. 2012. Dissertação (Mestrado em Relações Sociais e Novos Direitos) - Faculdade de Direito. Universidade Federal da Bahia.

_____. **Dumping Social**. 1 ed. São Paulo. Saraiva, 2014,

TEPEDINO, Gustavo. Notas sobre o Nexo de Causalidade, *Revista Trimestral de Direito Civil*, ano 2, v. 6, jun. de 2001. Rio de Janeiro: PADMA

TOMAZETTE, Marlon. **O conceito do dumping para a regulamentação multilateral do comércio internacional.** PRISMAS: Dir., Pol.Pub. e Mundial., Brasília, v.4, n, 1, p 194-214, jan/jul. 2007

TRIERWEILER, Gustavo F. As relações de trabalho, o dumping e a crise econômica. **Revista IOB Trabalhista e Previdenciária**, São Paulo, v.21, nº 242, agosto 2009.

UBILLOS, Juan María Bilbao. ¿Em qué medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales? In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

URIARTE, Oscar Ermida. Derechos Laborales y Comercio Internacional. **Revista de Direito do Trabalho**, São Paulo, n. 108, out\dez

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: responsabilidade civil.** 13. ed. v.4. São Paulo: Atlas, 2013

WYZYKOWSKI, Adriana Brasil Vieira. **A Concretização do Direito Fundamental ao Lazer nas Relações de Emprego.** 2012. Dissertação (Mestrado em Relações Sociais e Novos Direitos) - Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia.