

O COMBATE AO *DUMPING* SOCIAL SOB A PERSPECTIVA DO ESTADO-JUIZ

Lady Ane de Paula Santos Della Rocca¹

RESUMO

Análise do papel do Estado-Juiz no combate ao *dumping* social, sob a perspectiva do ativismo judicial e da aplicação de indenizações punitivas, e sua importância para a redução da litigância e efetivação dos direitos sociais trabalhistas, pressupostos para a construção e consolidação do Estado Democrático de Direito. Dentro dessa temática, propõe-se uma reflexão acerca do papel do Juiz do Trabalho na atualidade, sobretudo em tempos de crise do denominado Estado Social, visando ao aprimoramento da prestação jurisdicional através de uma nova racionalidade jurídica, que impõe uma postura mais ativa do Magistrado com vistas a garantir a efetivação dos direitos fundamentais, a realização dos princípios constitucionais e a afirmação da autoridade estatal no cumprimento da legislação trabalhista.

1. O ESTADO-JUIZ NA PERSPECTIVA ATUAL

O Direito, enquanto produto social², não pode desconsiderar as transformações que permeiam a sociedade. A moderna concepção de eliminação de barreiras imposta pelo mundo globalizado e pela sociedade de massas, aliada à crise do paradigma do Estado Social, à reestruturação produtiva e ao abandono da visão eminentemente positivista de outrora, impõe ao Magistrado da denominada “sociedade da informação”³ uma reavaliação de sua

¹ Mestranda em Direito pela Faculdade de Direito de Ribeirão Preto (USP-FDRP). Pós-Graduada em Direito do Trabalho e Direito Processual do Trabalho pela Universidade para Desenvolvimento do Estado e da Região do Pantanal (UNIDERP). Graduada pela Pontifícia Universidade Católica de Campinas. Juíza do Trabalho Substituta do TRT da 15ª Região.

² Rudolf Von Ihering em sua obra “A Luta pelo Direito” (Tradução e notas de Edson Bini. Prefácio de Clovis Bevilacqua. Bauru, SP: Edipro, 2001) foi o pioneiro na defesa da concepção do direito como produto social e fundador do método teleológico no campo jurídico.

³ Um dos primeiros a desenvolver o conceito de sociedade da informação foi o economista Fritz Machlup no estudo denominado “The production and distribution of knowledge in the United States”, publicado em 1962 pela Princeton University Press.

atuação e da função do próprio Poder Judiciário, especialmente no âmbito trabalhista, onde a prestação jurisdicional encontra-se intrinsecamente ligada à equalização de dois valores antagônicos (capital e trabalho), bem como à melhoria da condição social da classe trabalhadora hipossuficiente.

Neste cenário, não mais se sustenta o paradigma positivista tradicional, predominante no século XX, o qual contemplava a ideia de que a atividade judicial era puramente declarativa ou reprodutiva de um direito preexistente, numa concepção de Juiz como simples sujeito contemplativo ou de mera "boca da lei", como defendia Montesquieu.

As relevantes mudanças de cunho econômico, filosófico, social e político vivenciadas no panorama mundial, sobretudo, a partir da década de 70, com a eclosão da primeira crise do petróleo e o início da denominada "crise do Estado de bem-estar Social", surtiram efeitos na prestação da tutela jurisdicional, exigindo do Juiz uma postura mais ativa, que, aliada a uma maior liberdade de interpretação das normas existentes, lhe permita, numa perspectiva principiológica e de hermenêutica constitucional, encontrar no próprio ordenamento jurídico existentes instrumentos válidos e legítimos que colaborem para efetivação dos direitos fundamentais e contribuam para o desestímulo do descumprimento da legislação.

Tal postura, aliás, decorre da teoria pós-positivista do Direito, a qual é caracterizada pela valoração dos princípios e dos postulados da justiça como elementos normativos. Nesse contexto, os direitos fundamentais, além de servirem para iluminar a compreensão do Juiz sobre o direito material, também lhe conferem a missão de protegê-los, outorgando-lhe o dever de extrair das regras processuais existentes a potencialidade necessária para dar efetividade aos direitos fundamentais e, ainda, a obrigação de suprir as lacunas que impeçam que a tutela jurisdicional seja prestada de modo efetivo.

Desse modo, não mais se concebe um Juiz alheio ao contexto econômico, político e social da realidade em que ele atua, haja vista que o Magistrado, como agente político e cidadão, deve buscar conhecer as especificidades regionais do seu âmbito de jurisdição, preocupando-se, ademais, com a repercussão social de suas decisões.

Nesse contexto, o Juiz do Trabalho, ao se deparar com reiteradas reclamações trabalhistas, versando sobre agressões reincidentes e em face do mesmo empregador, deve,

além de resgatar a sua “capacidade de indignação”⁴, redobrar a sua atenção a fim de que não sirva de instrumento de condutas estrategicamente ilegais, corroborando um círculo vicioso de exploração que culmina na precarização do trabalho.

2. CONCEITO DE *DUMPING* SOCIAL

O vocábulo *dumping* advém da palavra *dump*, de origem inglesa, que significa “esvaziar, descarregar em massa, lançar por terra, descarregar lixo etc”⁵.

No contexto do direito comercial, o termo *dumping* é utilizado para designar a “prática comercial que consiste em uma ou mais empresas de um país venderem seus produtos, mercadorias ou serviços por preços extraordinariamente abaixo de seu valor justo para outro país (preço que geralmente se considera menor do que se cobra pelo produto dentro do país exportador), por um tempo, visando prejudicar e eliminar os fabricantes de produtos similares concorrentes no local, passando então a dominar o mercado e impondo preços altos”⁶, o que, por caracterizar ato de concorrência desleal, constitui infração à ordem econômica, nos termos do art. 36, §3º, inciso XV, da Lei n. 12.529/2011⁷.

Referida nomenclatura, por sua vez, foi adaptada para o direito do trabalho como *dumping* social, tendo sido utilizada, no âmbito interno, para designar a transgressão deliberada, consciente e reiterada dos direitos sociais dos trabalhadores, com o objetivo de obter vantagens comerciais e financeiras, mediante a precarização das relações de trabalho.

Apesar de se tratar da denominação mais utilizada, releva notar que ainda não existe um consenso conceitual, sendo que alguns doutrinadores costumam utilizar os termos

⁴ Expressão empregada por Jorge Luiz Souto Maior, um dos precursores nos estudos sobre o *Dumping* Social no âmbito da Justiça do Trabalho (in MAIOR, Jorge Luiz Souto; MOREIRA, Ranúlio Mendes. SEVERO; Valdete Souto. *Dumping social nas relações de trabalho*. 2. ed. São Paulo: LTR, 2014, p. 42).

⁵ Disponível em: <<http://michaelis.uol.com.br>>. Acesso em 06/09/2015.

⁶ Disponível em: <<https://pt.wikipedia.org/wiki/Dumping>>. Acesso em 27/09/2015.

⁷ Art. 36. Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados: [...] § 3º - As seguintes condutas, além de outras, na medida em que configurem hipótese prevista no caput deste artigo e seus incisos, caracterizam infração da ordem econômica: [...] XV - vender mercadoria ou prestar serviços injustificadamente abaixo do preço de custo.

“delinquência patronal”⁸ e “dano social” para designar o mesmo fenômeno, o que, por sua vez, reflete apenas um dissenso terminológico, que não retira a essência do instituto.

As empresas que se valem do *dumping* social como mecanismo para reduzir os custos e elidir a concorrência, geralmente se utilizam de artifícios na área trabalhista, tais como a ausência de anotação do contrato de trabalho na CTPS (muitas vezes com a utilização fraudulenta de empresas terceirizadas, cooperativas de trabalho, “pejotização” etc), pagamento de salários “por fora”, não pagamento de horas extras e outros adicionais, não recolhimento de FGTS e contribuições previdenciárias, desrespeito às normas de medicina e segurança do trabalho etc, o que, por seu turno, conduz ao desequilíbrio da própria ordem econômica, haja vista que, além da ofensa de ordem individual, também há prejuízo para as empresas que cumprem corretamente a legislação trabalhista e que, por conseguinte, possuem uma mão-de-obra mais cara.

Tais manobras, cuja nocividade é incontestável, têm a sua capacidade lesiva potencializada pelo fato de que muitos dos trabalhadores lesados, seja pela baixa repercussão econômica da ofensa individualmente considerada, seja pelo temor de não conseguirem novo emprego, deixam de buscar o Poder Judiciário, sendo que, dentre aqueles que ingressam em Juízo, vários acabam firmando acordos, geralmente por valores bastante inferiores àqueles que seriam realmente devidos. Aliado a isso, existem outros fatores que retroalimentam a estratégia “*dumpista*” precarizante, tal como a fulminação de pretensões depois de transcorrido o prazo prescricional de 5 anos (art. 7^a, XXIX, da CF), o risco inerente à instrução probatória, a demora processual e a incidência de juros trabalhistas inferiores àqueles praticados pelas instituições bancárias⁹.

Releva notar, ainda, que, no âmbito coletivo, a efetivação dos direitos também encontra óbice no fator estrutural, haja vista a deficiência na atuação fiscalizadora do Ministério do Trabalho e Emprego e na atuação insuficiente dos entes aos quais é conferida legitimidade coletiva, tais como o Ministério Público do Trabalho e sindicatos.

⁸ A expressão delinquência patronal foi utilizada pela primeira vez em 1994, em artigo denominado “*O Enunciado n. 331 do TST terceirização e a delinquência patronal*”, de autoria do professor Wilson Ramos Filho (Síntese Trabalhista. Porto Alegre. N. 58, p. 110-22, abr. 1994).

⁹ O Pleno do Tribunal Superior do Trabalho, em sessão realizada no dia 04/08/2015, decidiu, nos autos do Processo n. 479-60.2011.5.04.0231, que os créditos trabalhistas devem ser atualizados com base na variação do Índice de Preços ao Consumidor Amplo Especial (IPCA-E).

De outro lado, não se pode olvidar que o fenômeno do *dumping* social tem impacto direto nos índices de litigiosidade, uma vez que é praticamente intuitivo constatar que quanto maior o descumprimento da legislação, maior é o número de ações propostas perante o Poder Judiciário.

Nesse particular é interessante notar que, segundo o “Relatório Justiça em Números 2015”, divulgado recentemente pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), apenas no ano de 2014, a Justiça do Trabalho recebeu aproximadamente 4 milhões de novos processos, o que representa um crescimento de 0,8% com relação ao ano anterior¹⁰.

No que se refere ao mesmo ano (2014), o Conselho Superior da Justiça do Trabalho (CSJT) publicou a lista dos dez maiores litigantes em cada um dos 24 Tribunais Regionais do Trabalho, o que corresponde a um total de 222.241 ações¹¹. No referido documento, aliás, é possível identificar que, no TRT da 15ª Região, cuja jurisdição abrange todo o interior do estado de São Paulo, com exceção da Baixada Santista, as primeiras posições são ocupadas por instituições bancárias e empresas de telefonia e energia, as quais, por outro revés, também são aquelas cujos indicadores econômicos apontam que obtiveram crescimento dos lucros no referido período¹².

Além disso, o relatório do CNJ também indica que, dentre os assuntos mais recorrentes na Justiça do Trabalho, 49,62% das ações dizem respeito à “Rescisão do Contrato de Trabalho/Verbas Rescisórias/Seguro Desemprego”, seguido pelas “Indenizações decorrentes da Responsabilidade Civil do Empregador”, que equivalem a 5,57% das demandas.

Tais dados, que, à primeira vista, aparentam não guardar qualquer correlação entre si, poderão revelar, em uma análise mais aprofundada, que refoge ao objetivo do presente artigo, indícios de que litigiosidade, *dumping* social e lucratividade estão intrinsecamente ligados, o que, por sua vez, somente corrobora a necessidade de uma postura

¹⁰ Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/programas-e-aco-es/pj-justica-em-numeros?acm=33412_7423>. Acesso em 05/10/2015.

¹¹ Disponível em: <http://www.csjt.jus.br/c/document_library/get_file?uuid=83308e01-d86a-4c8e-9a81-8f55b86cab21&groupId=955023>. Acesso em 05/10/2015.

¹² Apenas a título de exemplo, a empresa Caixa Econômica Federal, que, em 2014, figurou na 1ª posição na lista dos maiores litigantes no âmbito do TRT da 15ª região, registrou, no mesmo período, um aumento de 5,5% dos lucros em relação ao ano anterior. Disponível em: <<http://g1.globo.com/economia/negocios/noticia/2015/02/caixa-economica-teve-lucro-de-r-71-bilhoes-em-2014.html>>. Acesso em 05/10/2015.

mais efetiva e proativa do Poder Judiciário, a fim de que este não sirva de engrenagem de qualquer sistema de precarização.

Nesse mesmo sentido, aliás, sustentou Ranúlio Mendes Moreira, em sentença prolatada nos autos do Processo n. 00495.2009.191.18.00-5 da Vara do Trabalho de Minas-GO:

[...] O Judiciário não pode ficar inerte diante de tal situação, pois o simples desrespeito a preceito legal de ordem pública, gera descontentamento e prejuízo social, uma vez que o Estado passa a despender longo tempo, esforço e numerário para decidir centenas de ações idênticas, pela violação dos mesmos preceitos legais, por uma mesma empresa, e, às vezes, em face do mesmo trabalhador, fazendo cair em descrédito várias instituições do Estado, inclusive o Estado-Juiz.

Atentos a essa realidade, diversos profissionais de direito, durante a 1ª Jornada de Direito Material e Processual na Justiça do Trabalho, realizada nos dias 21 a 23 de novembro de 2007 e organizada pela ANAMATRA (Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho), aprovaram o Enunciado nº 4, que representa um importante norte para conceituação do fenômeno do *dumping* social:

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.

3. FUNDAMENTO LEGAL

O *dumping* social não possui previsão legal específica no âmbito trabalhista, sendo que, desde o Acordo Geral de Tarifas e Comércio de 1947, o fenômeno somente tem

sido tratado pelo Direito Econômico, com diretrizes e sanções tipificadas pelo Código *Antidumping* da Organização Mundial de Comércio (OMC).

Referida omissão, por sua vez, ensejou a apresentação, em junho de 2011, do Projeto de Lei n. 1.615/2011, o qual ainda se encontra em tramitação e que, além de conceituar, ainda que sucintamente, o fenômeno do *dumping* social, também prevê a possibilidade de o Juiz trabalhista, de ofício, aplicar multa ou indenização à empresa que pratique tal conduta.

Contudo, cumpre observar que a inexistência de uma legislação específica sobre o assunto não constitui óbice à atuação efetiva do Juiz, uma vez que tal possibilidade decorre da própria interpretação sistemática do ordenamento jurídico pátrio.

Assim se manifestou José Roberto Freire Pimenta, ministro do Tribunal Superior do Trabalho, ao tratar sobre o Projeto de Lei n. 1615/2011¹³:

A falta de uma legislação específica, evidentemente, é sentida pelo Poder Judiciário, embora não seja indispensável. Não deixa de ser verdade. A jurisprudência atua no vácuo, no vazio legislativo e muitas vezes porque o próprio legislativo prefere trabalhar com conceitos vagos ou conceitos jurídicos indeterminados, na medida em que talvez, por um lado se considere difícil delimitar melhor o âmbito de incidência que esta editando, mas por outro, adotam uma postura de não arbitrar com clareza os conflitos sociais, talvez por conta da dificuldade de conseguir um consenso. E aí deixa aberta a atuação do Poder Judiciário (ativismo judicial). Somos obrigados a decidir, ou dizendo que não há direito algum, ou, ao contrário, tentando extrair dos princípios, analogia, costumes. Os juízes muitas vezes são obrigados a ocupar esse espaço político, de criar o direito.

O substrato jurídico para condenação do agressor contumaz ao pagamento de indenização suplementar encontra-se, principalmente, no art. 404, parágrafo único, do Código Civil, que assim dispõe:

Art. 404. As perdas e danos, nas obrigações de pagamento em dinheiro, serão pagas com atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos,

¹³ Entrevista concedida em novembro de 2013 apud TUNHOLI, Letícia Pessanha. *O dumping social nas relações de emprego: como proteger o direito fundamental ao trabalho digno*. Instituto Processus: Revista Processus de Estudos Jurídicos e Financeiros, Ano IV, Número 11-Jul/Set, 2013, p. 19-38. Brasília-DF

abrangendo juros, custas e honorários de advogado, sem prejuízo da pena convencional.

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

Além disso, referida possibilidade, que também pode ser extraída da leitura dos artigos 652, alínea “d” e 832, §1º, da CLT, decorre de uma nova concepção do processo, que passa a ser compreendido não apenas como instrumento de realização do direito material, mas especialmente como instrumento de consolidação do projeto constitucional e, por consequência, de efetivação dos direitos sociais, pressuposto indispensável para o desenvolvimento sustentável e para a construção do Estado Democrático de Direito.

Trata-se, pois, da superação do paradigma individualista e da adoção de um paradigma de solidariedade, no qual o Magistrado, reconhecendo que os seus poderes são o pressuposto da razão de sua própria existência, reassume o seu papel de agente político, voltando-se à função social, à efetividade e à defesa da autoridade da ordem jurídica, o que impõe, por conseguinte, uma releitura de institutos jurídicos clássicos à luz dos princípios constitucionais, especialmente a dignidade da pessoa humana e o valor social do trabalho (art. 1º da Constituição Federal de 1988).

4. POSSIBILIDADE DE CONDENAÇÃO *EX OFFICIO* PELO MAGISTRADO

Nessa toada, mostra-se perfeitamente possível, em caso de descumprimento deliberado, consciente e reiterado da legislação trabalhista, a aplicação, de ofício pelo Magistrado, de indenização por dano social que vise punir e desestimular a continuação do ato ilícito.

Mauro Cappelletti, em meados de 1970, já defendia a extensão dos poderes do Juiz. Leciona o doutrinador italiano:

O juiz não deve mais limitar a determinar o ressarcimento do dano sofrido pela parte agente, nem, em geral, a decidir questões com eficácia limitada às partes em juízo. Ao contrário, o juiz é legitimado a estender o âmbito da própria decisão, de modo a compreender a totalidade do dano produzido pelo réu, e, em geral, a decidir eficazmente mesmo às absent parties ou precisamente erga omnes. É a revolução dos conceitos tradicionais de responsabilidade civil e de ressarcimento dos danos, como também daqueles de coisa julgada e do princípio do contraditório (CAPPELLETTI, 1977, p. 141).

E complementa:

No campo mais tradicional do ressarcimento do dano, não se deve mais reparar só o dano sofrido (pelo autor presente em Juízo), mas o dano globalmente produzido (pelo réu à coletividade inteira). Se de fato o juiz devesse, por exemplo, limitar-se a condenar a indústria poluente a ressarcir só o dano advindo a qualquer autor, tal demanda teria raramente um efeito determinante: normalmente, o comportamento poluente continuaria imperturbado, porque o dano a compensar ao autor esporádico seria sempre mais inferior aos custos necessários para evitar qualquer comportamento. (CAPPELLETTI, 1977, p.141).

Apesar das lições acima transcritas, o tema em análise ainda não é objeto de consenso, sendo que, dentre aqueles que defendem que a impossibilidade de condenação por dano social independentemente de pedido expresso da parte, destacam-se as alegações de que a atuação *ex officio* ofenderia os princípios do contraditório, do dispositivo e da inércia da jurisdição.

Tais insurgências, por seu turno, podem ser refutadas sob os seguintes fundamentos: primeiro, porque a condenação decorre de responsabilidade por fatos analisados nos próprios autos em que a indenização é aplicada e que já foram discutidos em inúmeras outras demandas anteriores, nas quais a reclamada teve ampla oportunidade de manifestação. Segundo, porque a ausência de pedido é decorrência da própria natureza dessa espécie de condenação, já que a indenização aplicada não tem como objetivo a proteção do patrimônio individual do trabalhador, mas sim a reparação do dano social (macrolesão) perpetrado a toda coletividade, razão pela qual, além de penalizar o agressor, deve ter como objetivo desestimulá-lo da repetição da prática ilegal (caráter pedagógico).

Trata-se, pois, de uma releitura do princípio do dispositivo e do instituto da responsabilidade civil, que passa a ser visto sob a ótica de sua função social, vetor que deve orientar a atuação do Magistrado, o qual possui compromisso com a efetividade e com a realização do projeto constitucional.

Nesse cenário, ganha relevo a ideia de ativismo judicial, a qual se encontra associada a uma participação mais ampla e intensa do Poder Judiciário na concretização dos valores constitucionais e que, sob um dos seus enfoques, diz respeito à possibilidade de aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário¹⁴.

Referido ativismo, por sua vez, se coaduna com a concepção de processo cooperativo¹⁵, o qual demanda uma atividade jurisdicional muito mais atenta aos fundamentos de uma democracia participativa e solidária, como consagrado em nossa Constituição Federal, permitindo a participação e o direito de influência de todos os atores processuais no convencimento magistrado.

Por consequência, o processo deixa de ser concebido como um mero instrumento de solução de conflitos, para assumir o papel de mecanismo de inclusão social e promoção da dignidade humana, o que, aliás, interessa não apenas às partes diretamente envolvidas, mas também a terceiros e ao próprio Estado.

5. PUNITIVE DAMAGES E FLUID RECOVERY

Não se olvida que o fenômeno do *dumping* social, caracterizado pela ofensa deliberada e reiterada da legislação trabalhista, além de gerar um dano pessoal ao empregado, também causa instabilidade social, acarretando macro lesões que atingem toda a sociedade.

¹⁴ Nas lições de Luis Roberto Barroso, o ativismo judicial é caracterizado: a) pela aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto, e independentemente da manifestação do legislador ordinário; b) a declaração de inconstitucionalidade dos atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; c) a imposição de condutas e abstenções ao Poder público, notadamente em matéria de políticas públicas. (BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática, In revista de direito do Estado, ano 4, nº 13:71-91 jan/mar 2009, p.75.)

¹⁵ O princípio da cooperação encontra-se previsto no art. 6º do novo Código de Processo Civil (Lei n. 13.105/2015)

Ou seja, de uma mesma conduta, surge o dever de reparação sob dois enfoques, individual e coletivo, sem que isso se configure *bis in idem*.

Nesse contexto, emerge a necessidade de condenações que visem desestimular a reiteração da conduta agressiva à coletividade, o que atrai a aplicação do instituto denominado *punitive damages*, de origem do direito anglo-saxônico (*common law*), e que se caracteriza pela condenação judicial com o objetivo de repressão/punição da conduta do ofensor, e não propriamente de compensar o dano.

Apesar de insurgência de parte da doutrina quanto a sua aplicação no direito brasileiro, de tradição romano-germânica, vale destacar que o Supremo Tribunal Federal já teve oportunidade de se manifestar sobre o assunto por ocasião do julgamento do Agravo de Instrumento 455846/RJ¹⁶, ocasião em que, ao apreciar o caso envolvendo um paciente que sofreu danos físicos permanentes após receber tratamento médico inadequado de um hospital público, a Corte Superior reconheceu que a indenização por danos morais deveria ter dupla função: uma compensatória e uma de caráter punitivo (*punitive damages*).

De outro lado, a questão do *dumping* social atrai também a aplicação do provimento jurisdicional norte-americano denominado de *fluid recovery*, ou ressarcimento fluído, que consiste na possibilidade de o juiz condenar o réu de forma que também o dano coletivo seja reparado, ainda que não se saiba quantos e quais foram os prejudicados, a fim de compensar a sociedade lesada.

Sobre o instituto, aliás, vale transcrever o conceito trazido pelo professor Tício Spínola Gomes (2013):

O instituto da *fluid recovery* é um meio para empregar o dinheiro oriundo de ações coletivas que não tenha sido reclamado pelos indivíduos diretamente afetados pelo evento danoso, de forma a beneficiar, da melhor forma possível, o grupo de vítimas. É, nitidamente, uma forma de reparação indireta. Juristas da *common law*, como Stan Karas, explicam o mecanismo como sendo a aplicação dos recursos no melhor uso aproximado (*next best use*), nos casos em que a reparação direta mostra-se impossível ou inapropriada. A utilização destes recursos é geralmente feita pela criação de um fundo com o objetivo de financiar fins conexos ao objeto do processo ou pela ordem de redução temporária dos preços do produto do réu, até que o ganho julgado ilícito seja equiparado ao prejuízo (GOMES, 2013, p. 81-82).

¹⁶ Decisão da Presidência n. 455846 do STF, de 11 de outubro e 2014, Min. Relator Celso de Melo.

Quanto à quantificação da indenização, diante da dificuldade de se auferir a extensão do dano, pois as suas consequências extrapolam a esfera patrimonial, atingindo direitos fundamentais e desequilibrando a ordem econômica e social do país, o arbitramento pelo magistrado deverá pautar-se em critérios de proporcionalidade e razoabilidade, atentando-se às particularidades do caso concreto, podendo ser utilizados critérios como a quantidade de trabalhadores cujos direitos trabalhistas foram violados, porte econômico da empresa etc, de modo que sejam atingidas as finalidades punitiva, pedagógica e dissuasória da condenação.

Por fim, no que tange à destinação dos recursos provenientes das condenações por dano social, as inúmeras decisões sobre a matéria demonstram que não há uniformidade, sendo que a maioria dos julgados tem optado em revertê-los para o FAT (Fundo de Amparo ao Trabalhador), a exemplo do que ocorre nas ações civis públicas intentadas pelo Ministério Público do Trabalho. Algumas decisões, contudo, têm destinado os recursos para algum ente estatal ou ONG, a fim de que a indenização possa ser revertida à própria comunidade afetada. Jorge Souto Maior, por seu turno, sugere a formação de um fundo judicial, em conta à disposição do Juízo, para pagamento de processos arquivados com dívida na unidade judiciária respectiva¹⁷.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

É inegável que atualmente existem empresas que integram o cotidiano das varas trabalhistas, valendo-se da prática nefasta de violação reiterada e deliberada aos direitos dos trabalhadores como mecanismo de concorrência desleal e majoração dos lucros. Também é certo que, para tais casos, a mera aplicação do direito do trabalho ao caso individual não é suficiente para efetivação dos direitos sociais, haja vista a macrolesão causada a toda coletividade.

¹⁷ Op. Cit. p. 133.

Daí a importância, para a consolidação da democracia entre nós, da afirmação de um Judiciário sintonizado com as características do seu tempo. Trata-se, pois, de conceber a Magistratura não apenas como uma carreira ou vocação profissional, mas como efetivo exercício de cidadania, sendo que a mudança da postura do Juiz no século XXI, que passa de mero garantidor para efetivo concretizador das promessas do constituinte, é premissa para a prestação da tutela jurisdicional adequada e para a construção de uma sociedade justa, livre e solidária, nos termos preconizados pela Constituição Federal de 1988 (art. 3º, inciso I).

A despeito disso, a jurisprudência trabalhista ainda é bastante oscilante, sendo que muitos julgados, especialmente da lavra do C. Tribunal Superior do Trabalho, ainda se encontram arraigados à dogmática tradicional e à concepção clássica dos institutos, decorrentes de uma visão eminentemente positivista e formal do processo.

Contudo, é cediço que toda a mudança considerável decorre de um processo gradativo, sendo que a discussão constitui uma das suas etapas, já que propicia o amadurecimento das ideias, a superação de paradigmas e a consolidação de argumentos.

Seguindo essa linha de raciocínio, não há dúvidas de que a ampliação dos debates e o aprofundamento dos estudos certamente conduzirão à melhor resposta, lembrando que, nas palavras de Octávio Paz¹⁸, “*As massas humanas mais perigosas são aquelas em cujas veias foi injetado o veneno do medo. Do medo da mudança.*”

REFERÊNCIAS

ARAÚJO. Aline de Farias. **A necessária repressão da Justiça do Trabalho aos casos de dumping social.** Disponível em: <[http://www.amatra13.org.br/arquivos/revista/REVISTA%20DA%20ESMAT%2013%20ANO%204%20N%204%20OUT%202011\[PARA%20IMPRESS%C3%83O%20COM%20302%20PAGINAS\].pdf](http://www.amatra13.org.br/arquivos/revista/REVISTA%20DA%20ESMAT%2013%20ANO%204%20N%204%20OUT%202011[PARA%20IMPRESS%C3%83O%20COM%20302%20PAGINAS].pdf)>. Acesso em 15.jul.2015.

ASSIS, Luís Fabiano de. **Ativismo judicial na justiça do trabalho.** São Paulo: 2011. Dissertação de Mestrado. USP.

¹⁸ Octavio Paz (1914 - 1998) foi um escritor, poeta e diplomata mexicano. Prêmio Nobel de Literatura de 1990.

CAPELLETI, Mauro. **Formações sociais e interesses coletivos diante da justiça civil.** Tradução de Nelson Renato Palaia Ribeiro de Campos, Revista de Processo, RT, São Paulo, jan/mar, 1977, p. 131.

FERREIRA. Vanessa Rocha. RODRIGUES. Leonardo Nascimento. **Dumping Social trabalhista: a concorrência desleal e a violação dos direitos dos trabalhadores.** Disponível em: <<https://www.metodista.br/revistas/revistas-unimep/index.php/direito/article/download/2201/1352>>. Acesso em 02.out.2015.

GOMES, Técio Spínola. **A aplicação adequada da fluid recovery na liquidação e execução de ações coletivas sobre direitos individuais homogêneos.** Salvador: 2013. Dissertação de Mestrado. Universidade Federal da Bahia, Faculdade de Direito, Programa de Pós-Graduação em Direito, 2013.

LUCENA FILHO. Humberto Lima de. **Dumping Social, litigância e lucratividade: Correlações a partir da perspectiva da Justiça do Trabalho Brasileira.** Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=0247f3dd84906223>>. Acesso em 28.set.2015.

MAIOR, Jorge Luiz Souto. **O dano social e sua reparação.** Disponível em: <<http://www.nucleotrabalhistacalvet.com.br/artigos/O%20Dano%20e%20sua%20Repara%C3%A7%C3%A3o%20-%20Jorge%20Luiz%20Souto%20Maior.pdf>>. Acesso em: 13.mai.2015.

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

SOUZA. Rodrigo Trindade. **Punitive Damages e o Direito do Trabalho Brasileiro: adequação das condenações punitivas para a necessária repressão da delinquência patronal.** Disponível em: <http://www.trt7.jus.br/files/jurisprudencia/revista_tribunal/Revistado_TribunalDEF_2010.pdf>. Acesso em 28.set.2015

TEIXEIRA. Carolina de Souza Novaes Gomes Teixeira. FRANKLIN. Giselle. **O papel do juiz ativo no combate ao dano social na Justiça do Trabalho.** Disponível em:

III CONGRESSO BRASILEIRO DE PROCESSO COLETIVO E CIDADANIA
UNIVERSIDADE DE RIBEIRÃO PRETO

<<http://periodicos.pucminas.br/index.php/sinapsemultipla/article/view/6853>>. Acesso em 15.set.2015