



UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
MESTRADO EM RELAÇÕES SOCIAIS E NOVOS DIREITOS

LEANDRO FERNANDEZ TEIXEIRA

**A PRÁTICA DE *DUMPING* SOCIAL COMO UM
FUNDAMENTO DE LEGITIMAÇÃO DE *PUNITIVE DAMAGES*,
EM UMA PERSPECTIVA DA ANÁLISE ECONÔMICA DO
DIREITO**

Salvador
2012

LEANDRO FERNANDEZ TEIXEIRA

**A PRÁTICA DE *DUMPING* SOCIAL COMO UM
FUNDAMENTO DE LEGITIMAÇÃO DE *PUNITIVE DAMAGES*,
EM UMA PERSPECTIVA DA ANÁLISE ECONÔMICA DO
DIREITO**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado em Relações Sociais e Novos Direitos, Universidade Federal da Bahia, como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Rodolfo Mário Veiga Pamplona Filho

Salvador
2012

TEIXEIRA, Leandro Fernandez.

A prática de *dumping* social como um fundamento de legitimação de *punitive damages*, em uma perspectiva da Análise Econômica do Direito. –

Salvador: 2012.

236 fl. 30 cm.

Orientação Rodolfo Pamplona Filho.

Dissertação (Mestrado em Relações Sociais e Novos Direitos) -
Faculdade de Direito – Universidade Federal da Bahia, 2012.

Inclui bibliografia.

1. *Dumping* social. 2. *Punitive damages* 3. Decisão judicial

I. Teixeira, Leandro Fernandez II. Título.

TERMO DE APROVAÇÃO

LEANDRO FERNANDEZ TEIXEIRA

A PRÁTICA DE *DUMPING* SOCIAL COMO UM FUNDAMENTO DE LEGITIMAÇÃO DE *PUNITIVE DAMAGES*, EM UMA PERSPECTIVA DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

Dissertação apresentada como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre em Direito, Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, pela seguinte banca examinadora:

Rodolfo Mário Veiga Pamplona Filho – Orientador _____

Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

Universidade Federal da Bahia

Edilton Meireles _____

Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

Universidade Federal da Bahia

Daniela Muradas Reis _____

Doutora em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais

Universidade Federal de Minas Gerais

Salvador, 11 de junho de 2012

A Jesus Cristo, minha esperança.

AGRADECIMENTOS

Primeiramente, a Deus. Sem a misericórdia d'Ele, a realização deste texto não seria possível e todo o esforço envidado seria, certamente, destituído de sentido. Muitas, muitas mesmo foram as alegrias que Ele me proporcionou ao longo do período de desenvolvimento desta dissertação. Meu desejo é que eu possa, ainda que em ínfima medida, retribuir-Lhe, sendo motivo de alegria para Seu coração.

Ao Professor Rodolfo Pamplona Filho, com quem tive a alegria de dividir decisivos momentos de minha vida acadêmica, profissional e pessoal. Sou testemunha dos atos de um homem que, com paixão e método, consegue levar adiante, com sucesso, variados projetos. Mas isso não lhe basta. Professor Rodolfo é animado por uma espécie de amizade que, de tão sincera, não se encontra facilmente. Mesmo enfrentando momentos difíceis nos últimos meses, manteve-se presente e disponível durante toda a elaboração deste trabalho. Sem seu incentivo e apoio, estas palavras — e o texto que as segue — simplesmente não existiriam. Sou-lhe grato, em especial, por haver escolhido lapidar, não podar, aqueles que o procuram em busca de orientação científica.

Ao Professor Edilton Meireles, pelo estímulo à constante crítica científica. Parcela importante da bibliografia utilizada para desenvolver este trabalho foi obtida através de sua solicitude, pelo que lhe sou, também, grato.

Aos Professores Saulo Casali, Marília Muricy, Paulo Pimenta, Manoel Jorge e Silva Neto e Nelson Cerqueira.

A minha mãe, pelo amor incondicional. A minha avó Maria, meu exemplo de coragem.

A Mariana Corcini, pelo dom de, com um sorriso, converter em felizes e belos meus dias tristes. Agradeço-lhe, também, por discutir comigo a quase totalidade das idéias presentes neste trabalho, o que se mostrou imprescindível para o enriquecimento da dissertação e o amadurecimento dos posicionamentos explicitadas. Sou-lhe grato, particularmente, por acreditar mais em mim do que, talvez, eu mesmo e persistir incentivando-me ao aperfeiçoamento.

Aos queridos amigos da 1ª Vara do Trabalho de Salvador, que dividiram comigo as preocupações e as alegrias desse período: Edilberto Ramos (pela amizade, pelo

apoio constante e pelo exemplo de caráter), Andrea Mariani, Aline Melo, Ana Cristina, Ana Paula, Cibele Pessoa, Denilson Mendes, Eduardo Gonçalves, Chicão, Iraneida Costa, Júlia Garcia, Luciano Lôbo. Agradeço, ainda, às irmãs que ganhei: Lívia Mota (minha recém-casada irmã mais velha) e Talita Moreira (minha irmã mais nova, que só me dá orgulho).

Aos amigos Adriana Wyzykowski, Társis Cerqueira, Igor Lúcio, Técio Spínola Gomes, Daniel Oitaven, Guilherme Grillo, Romeu Corrêa, Fernanda Barretto, Ivan Freire, Éber Caldas, Meyzon Ribeiro, Leonardo Rocha, Gabriel Campos, Jorge Victor, Felipe Jacques, Augusto Reis, Felipe Macêdo e Claiz, Carlos Victor, Samira Veiga, Francisco Pena, Sebastiana Pena, Marina Pena, Gabriel Benevides.

Aos funcionários do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFBA, especialmente nas pessoas da Sra. Luiza e do Sr. Jovino.

TEIXEIRA, Leandro Fernandez. A prática de *dumping* social como um fundamento de legitimação de *punitive damages*, em uma perspectiva da Análise Econômica do Direito. 236 f. 2012. Dissertação (Mestrado em Relações Sociais e Novos Direitos) – Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2012.

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo principal a análise da viabilidade de imposição pelo Judiciário, no ordenamento jurídico brasileiro, de sanção extraordinária dotada de caráter punitivo em hipóteses em que se verifique a ocorrência de *dumping* social. Para tanto, foi examinada a tese da necessária vinculação entre direito e moral, propondo-se, como sua decorrência, a admissão do ativismo judicial. Em seguida, buscou-se compreender a configuração jurídica da Constituição Econômica e da Constituição do Trabalho. Depois, analisou-se a Análise Econômica do Direito, tida como ferramenta valiosa para a construção de decisões judiciais. Em seguida, buscou-se a realização de estudo detalhado acerca dos elementos caracterizadores do *dumping* social, bem como acerca do atual enfrentamento do tema no plano do comércio internacional. Na sequência, abordou-se o papel da responsabilidade civil na atualidade, discutindo-se a possibilidade de fixação, no ordenamento nacional, de sanções extraordinárias, para, após, afirmar-se a viabilidade de sua aplicação como mecanismo relevante para a realização de normas constitucionais, particularmente diante de violações a direitos transindividuais.

Palavras-chave: *Dumping*; *Dumping* social; Concorrência desleal; Dano social; *Punitive damages*.

ABSTRACT

This work is mainly aimed at assessing the feasibility of enforcement by the judiciary, in the Brazilian legal system, of punitive damages in cases where there is the occurrence of social dumping. To that end, we examined the thesis of the necessary link between law and morality, proposing, as a consequence, the admission of the judicial activism. Next, we sought to understand the legal configuration of the Economic Constitution and the Constitution of Labor. Then we analyzed Law and Economics, considered as a valuable tool for the construction of judgments. Next, we sought to carry out detailed study on the elements that characterize the social dumping, as well as about the current approach to the theme in terms of international trade. Following, we dealt with the role of liability today, discussing the possibility of setting punitive damages, for, after, affirming the feasibility of its application as a significant mechanism for the realization of constitutional norms, particularly in light of the transindividual interests violations.

Keywords: *Dumping; Social dumping; Unfair competition; Social damage; Punitive damages*

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	14
2 A COMPREENSÃO DO PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO NA CONTEMPORANEIDADE	17
2.1 APROXIMAÇÕES E DISTINÇÕES ENTRE DIREITO E MORAL	18
2.2 A MORAL NO POSITIVISMO JURÍDICO: NOTAS ACERCA DAS VISÕES DE HART E DE KELSEN	20
2.3 A SUPERAÇÃO DO PARADIGMA POSITIVISTA	22
2.4 O RESGATE DE TEORIAS DO DIREITO FUNDADAS NA ARGUMENTAÇÃO	25
2.5 A TESE DA VINCULAÇÃO CONCEITUAL NECESSÁRIA ENTRE DIREITO E MORAL	29
2.5.1 A pretensão de correção	30
2.5.2 A teoria dos princípios	31
2.5.3 A tese do caso especial	38
2.6 O ATIVISMO JUDICIAL COMO DECORRÊNCIA DA NECESSÁRIA CONEXÃO ENTRE DIREITO E MORAL: O PAPEL CONTEMPORÂNEO DO PODER JUDICIÁRIO	40
2.6.1 Apontamentos acerca da separação dos Poderes e da legitimidade do Judiciário	43
3 A CONSTITUIÇÃO ECONÔMICA E A CONSTITUIÇÃO DO TRABALHO	47
3.1 A CONSTITUIÇÃO ECONÔMICA	48
3.2 AS BASES DA ORDEM ECONÔMICA NA CONSTITUIÇÃO DE 1988: VALORIZAÇÃO DO TRABALHO HUMANO E LIVRE INICIATIVA	50
3.2.1 Livre iniciativa e liberdade de empresa	51
3.2.2 O conteúdo jurídico da liberdade de empresa	55
3.3 FINALIDADES DA ORDEM ECONÔMICA	57
3.3.1 Dignidade humana	58
3.3.2 Justiça social	62
3.4 O PRINCÍPIO DA LIVRE CONCORRÊNCIA	64

3.5 A CONSTITUIÇÃO DO TRABALHO	67
3.5.1 A valorização do trabalho humano	68
3.5.2 O “bloco de constitucionalidade” do Direito do Trabalho	73
3.5.3 A tese da constitucionalização simbólica	77
4 A ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO	81
4.1 SURGIMENTO E EVOLUÇÃO DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO	82
4.2 MITOS, EQUÍVOCOS E CONFUSÕES EM TORNO DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO	89
4.3 PREMISSAS TEÓRICAS DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO	93
4.3.1 Individualismo metodológico e conduta racional maximizadora	93
4.3.2 O mercado: noções fundamentais	99
4.3.3 Eficiência	102
4.4 A TEORIA DOS JOGOS	106
4.5 LIMITAÇÕES DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO	107
5 DUMPING SOCIAL	111
5.1 NOTÍCIA HISTÓRICA E COMPREENSÃO DO <i>DUMPING</i> NA DOUTRINA ECONÔMICA	111
5.2 A DEFINIÇÃO JURÍDICA DE <i>DUMPING</i> NO ÂMBITO DO COMÉRCIO INTERNACIONAL	112
5.3 O <i>DUMPING</i> NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO	114
5.4 MODALIDADES DE <i>DUMPING</i>	114
5.5 O <i>DUMPING</i> SOCIAL	116
5.5.1 Conceito	116
5.5.2 Características do <i>dumping</i> social	117
5.5.2.1 Concorrência desleal por meio da venda de produtos a valores inferiores ao preço de mercado	117
5.5.2.2 Conduta reiterada	120
5.5.2.3 Utilização de mão-de-obra em condições inadequadas aos patamares laborais mínimos	120

5.5.2.4 Danos sociais	122
5.5.3 Dumping social e comércio internacional	124
5.5.3.1 <i>Soft law</i> x <i>Hard law</i> : distinção necessária	124
5.5.3.2 Selo Social	126
5.5.3.3 <i>Global Compact</i>	129
5.5.3.4 ISO Social	131
5.5.3.5 Códigos de conduta	131
5.5.3.6 Cláusula social	135
6 A APLICABILIDADE DE PUNITIVE DAMAGES NO DIREITO BRASILEIRO	146
6.1 BREVE NOTA HISTÓRICO-SOCIOLÓGICA ACERCA DA NECESSIDADE DA RESPONSABILIDADE JURÍDICA	146
6.2 A NATUREZA JURÍDICA DA RESPONSABILIDADE CIVIL	148
6.3 ELEMENTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL	150
6.4 O ELEMENTO DANO E A CONFIGURAÇÃO DOS DENOMINADOS DANOS SOCIAIS	152
6.4.1 Apontamentos acerca dos direitos transindividuais	154
6.4.2 Dano social ou dano moral coletivo? A responsabilidade civil e a defesa de direitos transindividuais	156
6.4.3 Dumping social e danos sociais	159
6.5 FUNÇÕES DA RESPONSABILIDADE CIVIL	161
6.6 <i>PUNITIVE DAMAGES</i> NA EXPERIÊNCIA DOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA: BREVES APONTAMENTOS	165
6.7 <i>PUNITIVE DAMAGES</i> NO DIREITO BRASILEIRO	168
6.7.1 Objeções à aplicação do instituto	170
6.7.2 A função punitiva da responsabilidade civil como mecanismo idôneo à tutela jurídica dos danos sociais	172
6.7.3 Parâmetros de quantificação de indenizações	173
6.8 <i>PUNITIVE DAMAGES</i> SOB A PERSPECTIVA DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO	178

7 A INDENIZAÇÃO PELA PRÁTICA DE <i>DUMPING</i> SOCIAL	181
7.1 A INSUFICIÊNCIA DA REPARAÇÃO EM CASOS CONCRETOS EM FACE DA REALIZAÇÃO DE PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS	181
7.2 FUNDAMENTOS NORMATIVOS PARA A IMPOSIÇÃO DE <i>PUNITIVE DAMAGES</i> EM DECORRÊNCIA DA PRÁTICA DE <i>DUMPING</i> SOCIAL	184
7.3 A TESE DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO SIMBÓLICA E O ATIVISMO JUDICIAL	186
7.4 A IMPOSIÇÃO <i>EX OFFICIO</i> DE INDENIZAÇÃO PELA PRÁTICA DE <i>DUMPING</i> SOCIAL	188
7.5 A IMPOSIÇÃO DE SANÇÃO EXTRAORDINÁRIA PELA PRÁTICA DE <i>DUMPING</i> SOCIAL ATRAVÉS DE PROVOCAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO	193
7.5.1 Em sede de ação civil pública	193
7.5.2 Em sede de ação civil coletiva	194
7.5.3 Em sede de ação individual	195
7.6 <i>DUMPING</i> SOCIAL: UM CASO DE RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA	195
7.7 CRITÉRIOS NA FIXAÇÃO DA INDENIZAÇÃO	197
7.7.1 A fundamentação da decisão que impõe o pagamento de sanção extraordinária por <i>dumping</i> social e a peculiar natureza dos direitos envolvidos no dano social	197
7.7.2 Parâmetros de quantificação de sanções extraordinárias em hipóteses de <i>dumping</i> social	201
7.7.2.1 Extensão e gravidade da lesão a direitos extrapatrimoniais transindividuais	202
7.7.2.2 Condição econômica do ofensor	202
7.7.2.3 Lucro obtido através da prática de <i>dumping</i> social	204
7.7.2.4 Grau de culpabilidade do agente	204
7.7.2.4 Grau de reprovação social da prática	205
7.7.3 Destinação da verba e possibilidade de condenação <i>in natura</i>	207
7.7.4 Estudo de caso	210
8 CONCLUSÕES	213

1 INTRODUÇÃO

A Constituição de 1988 reconhece o capitalismo como modelo de produção nacional, conferindo-lhe, todavia, peculiar conformação: no Brasil, o desenvolvimento de qualquer atividade econômica deve estar inelutavelmente associado à promoção da dignidade humana e à busca de justiça social. Não obstante, tem-se observado, na realidade fática, a reinstauração de uma espécie de capitalismo dissonante dos preceitos constitucionalmente consagrados. Para muitas empresas, o labor humano não passa, ainda na atualidade, de mera mercadoria, exigindo-se atuação incisiva do Poder Judiciário para realizar as promessas constitucionais.

O presente trabalho é movido pelas constatações de que o direito é inexoravelmente ligado à moral e de que a decisão judicial não deve desconsiderar seu contexto e suas conseqüências no mundo dos fatos. Moral e consequencialismo não se excluem, mas, ao revés, é o que se intentará demonstrar, complementam-se como elementos interdependentes do ato complexo de julgar.

O caminho para o reconhecimento da legitimidade do comando emanado do Poder Judiciário obrigatoriamente situa-se no campo de uma teoria da argumentação, veículo idôneo a viabilizar o controle interno — realizado através das instâncias recursais — e externo — mediante a crítica elaborada pela doutrina e a desejável participação social — das decisões.

Disso resulta o reconhecimento contemporâneo de um papel renovado do Poder Judiciário, despido de aspirações positivistas de uma impossível neutralidade matemática e consciente da repercussão de seus julgamentos sobre o tecido social.

Nesta linha de idéias, o segundo capítulo dedica-se a examinar a vinculação entre direito e moral, suas conseqüências fundamentais sobre a teoria do direito, bem como suas decorrências relativamente à própria figura do magistrado.

Na seqüência, o terceiro capítulo oferece como referência a toda a construção que se seguirá a compreensão das denominadas “Constituição Econômica” e “Constituição do trabalho”, abordando-se a configuração da Ordem Econômica

pátria, com especial destaque aos preceitos consagradores da valorização do trabalho humano e da livre concorrência.

O quarto capítulo volta-se ao exame da Análise Econômica do Direito, apresentando-se seu desenvolvimento histórico, seus modelos de raciocínio e suas limitações. Será este o momento propício a discutir as vantagens de sua utilização pelo Poder Judiciário, como uma ferramenta possível em seu papel contemporaneamente reconhecido, esclarecendo-se sua interdependência relativamente à moral

A discussão sobre o conceito de *dumping* para a economia iniciará o quinto capítulo. A seguir, será analisada a definição do fenômeno no âmbito do comércio internacional e, ainda, no ordenamento jurídico brasileiro, expondo-se as diversas modalidades de sua prática. A seguir, a figura do *dumping* social será alvo de investigação específica. Apresentar-se-á, assim, seu conceito, analisando-se cada uma de suas características. Superada a etapa de reconhecimento da figura jurídica do *dumping* social, seguir-se-á a abordagem acerca do tema no âmbito internacional.

O sexto capítulo dedica-se a examinar as novas feições assumidas pela responsabilidade civil na atualidade, particularmente no que se refere à admissibilidade de *punitive damages* no ordenamento nacional. Será discutida, neste momento, uma perspectiva da responsabilidade civil ainda pouco analisada em solo brasileiro, relacionada às suas repercussões econômicas.

O sétimo capítulo volta-se a abordar a possibilidade de aplicação de *punitive damages* diante de hipóteses em que se verifique a ocorrência de *dumping* social. A simples reparação em litígios trabalhistas individuais, inseridos em contextos de prática de *dumping* social, como se intentará demonstrar, afigura-se insuficiente em face dos danos sociais perpetrados. Afirmar-se-á, assim, a possibilidade de o magistrado trabalhista fixar, inclusive *ex officio*, sanções extraordinárias em tais situações, a fim de realizar princípios consagrados na Constituição, em consonância com o atual papel desempenhado pelo Poder Judiciário. Por fim, serão discutidos critérios norteadores na fixação das referidas sanções, bem como a destinação da verba.

No sexto capítulo, tem-se a conclusão do presente trabalho, com a afirmação da possibilidade de fixação de *punitive damages* em lides inseridas em contextos de prática de *dumping* social. A atuação judicial nesse sentido será afirmada como necessária à realização das promessas constitucionais e decorrente da hodierna concepção acerca do papel do Poder Judiciário no Estado Democrático de Direito.

2 A COMPREENSÃO DO PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO NA CONTEMPORANEIDADE

O presente capítulo tem por propósito sustentar que o reconhecimento de uma relação necessária entre direito e moral implicam o que se convencionou denominar de ativismo judicial.

O caminho para satisfação dessa empreitada encontra seu primeiro passo na abordagem acerca dos pontos de convergência e de afastamento existentes entre a moral e o direito.

Na seqüência, examinar-se-á a visão positivista a respeito da moral, com destaque para a doutrina de dois dos seus expoentes: HERBERT HART e HANS KELSEN.

O tópico seguinte, relativo ao contexto de superação do paradigma positivista, oferecerá a justificativa histórica para a superveniência de teorias que, distanciando-se das concepções então vigentes, resgataram a importância do raciocínio argumentativo para o direito.

Será, após, estudada a tese da vinculação necessária entre direito e moral, como proposta por ROBERT ALEXY, analisando-se seus fundamentos: a pretensão de correção, a teoria dos princípios e a tese do caso especial.

Partindo do arcabouço teórico apresentado, será possível, então, a abordagem acerca do ativismo judicial, compreendido como decorrência da necessária conexão entre direito e moral, quando se examinará sua configuração essencial, discutindo-se, também, os seus limites.

A análise desenvolvida neste capítulo será complementada com o estudo a respeito do contexto constitucional em que se inserem as lides que envolvam aspectos econômicos e o labor humano — no terceiro capítulo — e com o exame das contribuições de uma visão consequencialista do direito para a construção das decisões judiciais — objeto do quarto capítulo.

2.1 APROXIMAÇÕES E DISTINÇÕES ENTRE DIREITO E MORAL

Antes de discutir-se a existência de uma relação conceitual necessária entre direito e moral, o rigor metodológico impõe que sejam investigados os aspectos de aproximação e de distanciamento entre tais ramos da vivência humana.

TÉRCIO SAMPAIO FERRAZ JÚNIOR indica três elementos de identificação entre o direito e a moral: o caráter prescritivo¹, a vinculação dos sujeitos a obrigações prescindindo de seu consentimento e a inerência à convivência humana².

No mesmo sentido, HANS KELSEN³ e HERBERT HART⁴ acentuavam o caráter normativo da moral e o fato de ser uma disciplina intrínseca à vida em sociedade.

Os traços de similitude, todavia, não são suficientes para identificar direito e moral. Com efeito, a proposta kelseniana, conquanto admitisse os referidos fatores de aproximação, sustentava a existência de uma insuperável distinção, consistente, basicamente, no manejo, pelo direito, de uma sanção organizada, algo que seria desconhecido pela moral⁵.

¹ Com lastro na lição de ADELA CORTINA, representativa, *in casu*, da compreensão corrente no campo da filosofia, pode-se entender que a moral tem por missão dirigir a ação cotidiana dos sujeitos, orientando como se devem portar, enquanto que à ética cabe a reflexão acerca das prescrições morais, com vistas a fundamentá-las (CORTINA, Adela. **Ética sem moral**. Tradução de Marcos Marcionilo. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 43). É por isso que se diz que ambas possuem caráter normativo, embora seja este imediato na moral e mediato na ética.

² FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 351.

³ “(...)no uso corrente da linguagem, assim como o Direito é confundido com a ciência jurídica, a Moral é muito freqüentemente confundida com a Ética, e afirma-se desta o que só quanto àquela está certo: que regula a conduta humana, que estatui deveres e direitos, isto é, que estabelece autoritariamente normas, quando ela apenas pode conhecer e descrever a norma moral posta por uma autoridade moral ou consuetudinariamente produzida” (KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução João Baptista Machado. 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 42).

⁴ “As regras morais e jurídicas de obrigação e de dever têm, portanto, certas semelhanças notáveis, suficientes para mostrar que o seu vocábulo comum não é acidental. Estas podem ser resumidas como segue: são semelhantes na medida em que são concebidas como vinculativas, independentemente do consentimento do indivíduo e são sustentadas por uma pressão social séria para a sua observância; o cumprimento das obrigações, quer jurídicas, quer morais, é encarado não como motivo de elogio, mas como um contributo mínimo para a vida social que é tomado como coisa corrente. Além disso, quer o direito, quer a moral incluem regras que regem o comportamento de indivíduos em situações constantemente repetidas no decurso da vida, mais do que em atividades ou ocasiões especiais, e, embora ambos possam incluir muito do que é específico em relação às necessidades reais ou imaginadas de uma sociedade concreta, um e outra fazem exigências que devem evidentemente ser satisfeitas por qualquer grupo de seres humanos que pretenda conseguir viver em comum” (HART, H. L. A. **O conceito de direito**. 3. ed. tradução de A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2001, p. 186-187).

⁵ “Uma distinção entre o Direito e a Moral não pode encontrar-se *naquilo* que as duas ordens sociais prescrevem ou proíbem, mas no *como* elas prescrevem ou proíbem uma determinada conduta

A seu turno, HERBERT HART elenca quatro características geralmente reconhecidas como próprias à moral e, a partir delas, estabelece sua distinção relativamente ao direito, a saber: “‘importância’, ‘imunidade à mudança deliberada’, ‘carácter voluntário dos delitos morais’ e ‘formas de pressão moral’”⁶.

É assim que a importância socialmente reconhecida a uma regra moral é requisito para sua subsistência em dada comunidade, o que não se verifica com as regras jurídicas⁷.

No que se refere à segunda característica indicada por HART, tem-se que a modificação de regras jurídicas depende, em regra, da simples atuação do legislador, diversamente do que se verifica quanto às regras morais, imunes que são a alterações dessa natureza⁸.

Ademais, no campo da moral, são inseparáveis motivo e conduta, de modo que, “na moral, a frase ‘não pude evitá-lo’ é sempre uma causa de desculpa e a obrigação moral seria completamente diferente do que é se a expressão moral ‘deve’ não implicasse neste sentido ‘pode’”⁹, enquanto a responsabilidade jurídica nem sempre é afastada com a comprovação de que o agente portou-se com toda a diligência que dele se poderia exigir.

Por fim, a última distinção apontada por HART, aproximando-se, em alguma medida, da visão kelseniana, parte do reconhecimento de que a pressão moral é realizada, predominantemente, “através da lembranças da natureza moral da acção encarada e das exigências da moral”, não de “ameaças ou de apelos ao medo ou ao interesse”¹⁰.

Traçado o panorama dos pontos de identificação e de afastamento entre direito e moral, cumpre, agora, perquirir acerca da relação entre tais disciplinas, na perspectiva do positivismo jurídico. Será este o objeto da seção seguinte.

humana. O Direito só pode ser distinguido essencialmente da Moral quando - como já mostramos - se concebe como uma ordem de coação, isto é, como uma ordem normativa que procura obter uma determinada conduta humana ligando à conduta oposta um ato de coerção socialmente organizado, enquanto a Moral é uma ordem social que não estatui quaisquer sanções desse tipo, visto que as suas sanções apenas consistem na aprovação da conduta conforme às normas e na desaprovação da conduta contrária às normas, nela não entrando sequer em linha de conta, portanto, o emprego da força física” (grifos no original) (KELSEN, Hans. Op. cit., p. 44).

⁶ HART, H. L. A. Op. cit, p. 183.

⁷ Ibidem, p. 190.

⁸ Ibidem, p. 190.

⁹ Ibidem, p. 194.

¹⁰ Ibidem, p. 195.

2.2 A MORAL NO POSITIVISMO JURÍDICO: NOTAS ACERCA DAS VISÕES DE HART E DE KELSEN

O conjunto de construções teóricas que se convencionou denominar de positivismo jurídico seguramente jamais se configurou como um corpo homogêneo de idéias. Não obstante, é possível reconhecer a existência de diversos pontos de convergência, a permitir estremar a “corrente juspositivista” em relação a outras formulações a respeito do direito.

Discorrendo acerca de um desses pontos, NORBERTO BOBBIO leciona que, quanto ao modo de abordar o direito, o positivismo jurídico encara-o “como um fato e não como um valor”, de modo que, na “linguagem juspositivista o termo ‘direito’ é então absolutamente avalorativo, isto é, privado de qualquer conotação valorativa ou ressonância emotiva: o direito é tal que prescinde do fato de ser bom ou mau, de ser um valor ou um desvalor”¹¹. Por isso, na perspectiva do positivismo jurídico, a validade do direito depende do atendimento a requisitos formais, não materiais.

É precisamente essa rejeição da incorporação de valores¹² ao direito que fundamenta, para o positivismo, a inexistência de uma vinculação entre direito e moral.

Especificamente quanto à vertente kelseniana, sustentou-se que admitir uma relação de conteúdo entre direito e moral implicaria o reconhecimento da existência de apenas uma moral correta, o que entraria em conflito com o exame da realidade,

¹¹ BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito**. Tradução e notas de Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995, p. 131.

¹² Na lição de ADELA CORTINA, valores são “qualidades dotadas de conteúdo, cognoscíveis *a priori* pelos aspectos emocionais da mente, independentes de nossos estados emotivos subjetivos, independentes das coisas e relações que são seus portadores e que são denominados ‘bens’”. (**Ética sem moral**. Tradução de Marcos Marcionilo. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 52). A seu turno, ROBERT ALEXY esclarece que “conceitos axiológicos são caracterizados pelo fato de que seu conceito básico não é o de dever ou de dever-ser, mas o conceito de bom” (**Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 145), sendo esta sua distinção relativamente aos princípios: “Princípios e valores diferenciam-se, portanto, somente em virtude de seu caráter deontológico, no primeiro caso, e axiológico, no segundo” (Ibidem, p. 153). Conforme se verificará adiante, a admissão de princípios em um ordenamento jurídico é, por essas razões, um dos fundamentos apresentados por ALEXY para sustentar a vinculação necessária entre direito e moral.

revelador da alteração sincrônica e diacrônica da realidade¹³. O valor seria, então, algo estranho ao conceito de direito¹⁴.

HERBERT HART, por sua vez, aceitava que historicamente o direito é influenciado por concepções morais, o que não redundava, na sua visão, no condicionamento da existência e da validade de um sistema jurídico a uma ordem moral¹⁵. Ressalte-se, por oportuno, que sua própria compreensão do positivismo jurídico repousava na afirmação desta separação:

Aqui tomaremos o Positivismo Jurídico com o significado da afirmação simples de que não é em sentido algum uma verdade necessária que as leis reproduzam ou satisfaçam certas exigências da moral, embora de facto o tenham frequentemente feito¹⁶.

Na perspectiva positivista, então, a relação entre direito e moral decorria de mera questão circunstancial, não havendo que se cogitar de vinculação entre tais ramos da vivência humana — menos ainda de uma vinculação *necessária*.

As concepções de caráter positivista, que repeliam a “invasão” dos valores no campo direito do direito, viriam a ser profundamente atingidas pelos fatos históricos ocorridos em meados do século XX, conforme se examinará a seguir.

¹³ Kelsen, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução João Baptista Machado. 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 45-47. Afirma Kelsen: “Quando se entende a questão das relações entre o Direito e a Moral como uma questão acerca do conteúdo do Direito e não como uma questão acerca da sua forma, quando se afirma que o Direito por sua própria essência tem um conteúdo moral ou constitui um valor moral, com isso afirma-se que o Direito vale no domínio da Moral, que o Direito é uma parte constitutiva da ordem moral, que o Direito é moral e, portanto, é por essência justo. Na medida em que uma tal tese vise uma justificação do Direito — e é este o seu sentido próprio —, tem de pressupor que apenas *uma* Moral que é a única válida, ou seja, uma Moral absoluta, fornece um valor moral absoluto e que só as normas que correspondam a esta Moral absoluta e, portanto, constituam o valor moral absoluto, podem ser consideradas ‘Direito’” (grifo no original) (Ibidem, p. 45).

¹⁴ Após aduzir que o positivismo kelseniano empreendeu o afastamento da ciência do direito relativamente à sociologia jurídica e à filosofia do direito, MACHADO NETO afirma que, realizadas “essas duas depurações ou purificações, separada que ficou a ciência jurídica da sociologia e da psicologia, por um lado, e da moral, da política e da filosofia jurídica, por outro, o resíduo que sobra é a consideração do direito como pura norma, com o que a ciência jurídica aparece como uma ciência normativa, isto é: como uma ciência cujo objeto é conhecer normas e não prescrevê-las” (MACHADO NETO, A. L. **Compêndio de introdução à ciência do direito**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 43).

¹⁵ “Assim, não se pode seriamente discutir-se que o desenvolvimento do direito, em todos os tempos e lugares, tem de facto sido profundamente influenciado, quer pela moral convencional, quer por ideais de grupos sociais particulares, quer ainda por formas de crítica moral esclarecida sustentada por indivíduos cujo horizonte moral transcendeu a moral correntemente aceite. Mas é possível tomar esta verdade de forma ilícita, como uma justificação para uma diferente proposição: a saber, que um sistema jurídico deve mostrar alguma conformidade específica com a moral ou justiça, ou deve repousar sobre uma convicção amplamente difundida de que há uma obrigação moral de lhe obedecer. De novo, embora esta proposição possa, em certo sentido, ser verdadeira, não se segue daí que os critérios de validade jurídica de leis concretas, usadas num sistema jurídico, devam incluir, de forma tácita, se não explícita, uma referência à moral ou justiça” (HART, H. L. A. **O conceito de direito**. 3. ed. tradução de A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2001, p. 201).

¹⁶ Ibidem, p. 202.

2.3 A SUPERAÇÃO DO PARADIGMA POSITIVISTA

No período posterior à Segunda Guerra Mundial proliferaram debates jurídicos acerca das concepções da teoria do direito e do próprio papel deste na sociedade. Muito mais do que discussões acadêmicas, destacou-se, na época, a sensação de inquietude intelectual e perplexidade de que estava tomada grande parte da comunidade jurídica.

O pensamento positivista, estrutura paradigmática¹⁷ sobre a qual se desenvolvera a quase totalidade da produção jurídica do período, revelou-se absolutamente incapaz de obstar algumas das maiores atrocidades da história da humanidade¹⁸. Antes, serviu-lhe como instrumento de legitimação e veículo de concretização. Isto porque, conforme assinalado, para o positivismo, a validade das normas não reside em aspectos atinentes ao seu conteúdo, mas a um juízo de compatibilidade formal com as normas hierarquicamente superiores. Elementos de ordem moral e valorativa eram simplesmente considerados como destituídos de relevância jurídica¹⁹.

¹⁷ Os paradigmas são compreendidos por THOMAS KUHN como “as realizações científicas universalmente reconhecidas que, durante algum tempo, fornecem problemas e soluções modelares para uma comunidade de praticantes de uma ciência” (**A Estrutura das Revoluções Científicas**. 5 ed. Tradução: Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. São Paulo: Editora Perspectiva, 1998, p. 13).

¹⁸ ROBERT ALEXY, em perspicaz análise, assim descreve a situação dos direitos humanos na Alemanha daquele período: “Se se quer descrever a história dos direitos fundamentais e do homem do século 20 na Alemanha com uma curva, então se pode, no ano de 1900, iniciar com um nível relativamente baixo, mas não não-observável, que até a primeira guerra mundial suavemente sobe. De 1919 até 1933 deveria ser apontado um bater para e para cá vibrante, com grandes oscilações para cima e para baixo e, no total, com leve subir. Em 1933 a curva cai abruptamente para baixo, para lá desaparecer completamente. Depois de 1945, ela deixa ver-se outra vez para, desde 1949, um pouco lenta, mas continuamente e com poucas oscilações relativamente reduzidas, subir até ao final do século a um nível realmente alto.” (ALEXY, Robert. Sobre o desenvolvimento dos direitos do homem e fundamentais na Alemanha *in* **Constitucionalismo discursivo**. Trad. Luís Afonso Hech. 2. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008, p. 100-101). A seu turno, KONRAD HESSE, após elaborar uma síntese histórica acerca do reconhecimento dos direitos fundamentais na Alemanha, conclui pela ausência de uma tradição de sua consagração como elemento basilar da vida política da nação, diversamente da evolução no tratamento da matéria verificada em diversos outros países ocidentais. Assim, afirma o autor que “os direitos fundamentais não puderam deter a eliminação, pelo Nacional-socialismo, do ordenamento constitucional democrático e do Estado de Direito; mais ainda, nem sequer impedi-lo numa mínima proporção. O que se seguiu foi, durante os doze anos de domínio nacional-socialista até a capitulação incondicional do Reich, em 1945, o desprezo mais absoluto dos direitos humanos e civis.” (HESSE, Konrad. **Temas Fundamentais do Direito Constitucional**. Textos selecionados e traduzidos por Carlos dos Santos Almeida, Gilmar Ferreira Mendes e Inocência Mártires Coelho. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 28).

¹⁹ Discorrendo acerca dos postulados do paradigma positivista, LUÍS ROBERTO BARROSO aduz que: “A busca da objetividade científica, com ênfase na realidade observável e não na especulação filosófica, apartou o Direito da moral e dos valores transcendentais. Direito é norma, ato emanado do Estado com caráter imperativo e força coativa. A ciência do Direito, como todas as demais, deve fundar-se em juízos *de fato*, que visam ao conhecimento da realidade, e não em juízos *de valor*, que

Os fatos históricos, contudo, revelaram a insuficiência do paradigma positivista, reclamando sua superação. A crise da “ciência normal” alcançou um estágio irreversível, constatando-se o progressivo aparecimento de formulações teóricas que objetivavam substituir o positivismo jurídico²⁰.

Precisamente neste contexto despontou aquilo que seria denominado de pós-positivismo, com destaque para as construções doutrinárias engendradas no continente europeu.

O pós-positivismo, ressalte-se, não corresponde a uma corrente doutrinária uniforme, mas reúne os esforços teóricos de diversos juristas preocupados com o desenvolvimento de novos paradigmas no direito, aptos à produção de justiça e realização da dignidade humana²¹.

Um dos aspectos mais evidentes na transição paradigmática, na Europa, consistiu na reaproximação do Direito relativamente à Filosofia²². A Moral readquiriu, então, relevância para a discussão jurídica e as teorias do Direito fundadas na argumentação obtiveram crescente número de adeptos.

representam uma tomada de posição diante da realidade. Não é no âmbito do Direito que se deve travar a discussão acerca de questões como legitimidade e justiça.” (grifos no original) (BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 348-349).

²⁰ Obtempera KUHN, a respeito do processo de superação de um paradigma que a “transição de um paradigma em crise para um novo do qual pode surgir uma nova tradição de ‘ciência normal’ está longe de ser um processo cumulativo obtido através de uma articulação do velho paradigma. É antes uma reconstrução da área de estudos a partir de novos princípios, reconstrução que altera algumas das generalizações teóricas mais elementares do paradigma, bem como muitos de seus métodos e aplicações” (Op. cit., p. 116).

²¹ Indica BARROSO que o “*pós-positivismo* é a designação provisória e genérica de um ideário difuso, no qual se incluem a definição das relações entre valores, princípios e regras, aspectos da chamada *nova hermenêutica constitucional*, e a teoria dos direitos fundamentais, edificada sobre o fundamento da dignidade humana. A valorização dos princípios, sua incorporação, explícita ou implícita, pelos textos constitucionais e o reconhecimento pela ordem jurídica de sua normatividade fazem parte desse ambiente de reaproximação entre Direito e Ética.” (grifos no original) (BARROSO, Luís Roberto. Op. cit., p. 349-350). Ressalte-se, ainda, que a emergência de um novo paradigma jurídico viria a influenciar a própria configuração do Estado, conforme assinala LÊNIO STRECK: “A noção de Estado Democrático de Direito está, pois, indissociavelmente ligada à realização dos direitos fundamentais. É desse liame indissolúvel que exsurge aquilo que se pode denominar de *plus normativo do Estado democrático de Direito*.” (STRECK, Lênio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**: uma nova crítica do direito. 2.ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Forense, 2004, p. 02).

²² A respeito do recurso à Filosofia em momentos de instabilidade teórica, vale transcrever a meditação de THOMAS KUHN: “Creio que é sobretudo nos períodos de crises reconhecidas que os cientistas se voltam para a análise filosófica como um meio para resolver as charadas de sua área de estudos, Em geral os cientistas não precisam ou mesmo desejam ser filósofos, Na verdade, a ciência normal usualmente mantém a filosofia criadora ao alcance da mão e provavelmente faz isso por boas razões. Na medida em que o trabalho de pesquisa normal pode ser conduzido utilizando-se do paradigma como modelo, as regras e pressupostos não precisam ser explicados” (Op. cit., p. 119).

Há que se salientar, aqui, que a reação ao positivismo²³ não ocorreu de maneira idêntica por todo o globo. Enquanto, conforme afirmado, a doutrina europeia conferiu, neste processo de ruptura, elevada importância ao pensamento filosófico, nos Estados Unidos o que se verificou foi a preocupação com a compreensão do Direito em conjunto com as demais ciências sociais. Foi neste contexto que emergiu o movimento do Realismo Jurídico Americano, temática que será detidamente abordada no capítulo 4.

Do outro lado do oceano, o que se verificou foi o acompanhamento do fenômeno de verdadeira alteração do perfil dos textos constitucionais. Expandiu-se, com efeito, no continente europeu, um movimento de consagração, nas Constituições contemporâneas, não apenas das liberdades clássicas e de diretrizes de organização do Estado, como também de uma profusão de valores, de determinações de prestações estatais positivas e de opções políticas das nações.

Ademais, houve o reconhecimento da eficácia expansiva das opções axiológicas da Constituição por todo o ordenamento jurídico, vinculando os aplicadores do direito à efetivação das normas constitucionais. ÉCIO OTO RAMOS DUARTE apresenta as teses que podem ser consideradas típicas do neoconstitucionalismo: 1) pragmatismo; 2) sincretismo metodológico; 3) principialismo; 4) estatalismo garantista; 5) judicialismo ético-jurídico; 6) interpretativismo moral-constitucional; 7) pós-positivismo; 8) admissão do juízo de ponderação; 9) especificidade interpretativa; 10) ampliação do conteúdo da Grundnorm; 11) conceito não positivista de direito²⁴.

²³ ALFONSO FIGUEROA sintetiza o quadro teórico de resposta ao positivismo jurídico: “*Los argumentos esenciales que se han opuesto al positivismo jurídico del siglo XX han sido el argumento de la injusticia y el argumento de los principios. Según el argumento de la injusticia, una norma extremadamente injusta no es derecho. Según el argumento de los principios, si existen principios en el derecho, entonces, existe una relación conceptual necesaria entre derecho y moral. Cada argumento há desplegado una eficacia distinta sobre el ordenamento jurídico, y ello en momentos históricos muy dispares. Si el argumento de la injusticia presenta una eficacia reductora del ordenamento jurídico (nos dice qué normas no son jurídicas, a pesar de ser positivas), el argumento de los principios presenta, en cambio, una eficacia expansiva sobre el ordenamento jurídico (nos dice qué normas principales son jurídicas además de las reglas positivas)*” (grifos no original) (FIGUEROA, Alfonso García. *Neoconstitucionalismo, derrotabilidad y razón práctica* in **El canon neoconstitucional**. Miguel Carbonell e Leonardo García Jaramillo (ed.). Madri: Trotta, 2010, p. 185-186).

²⁴ DUARTE, Écio Oto Ramos. Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico: uma introdução ao neoconstitucionalismo e às formas atuais do positivismo jurídico in **Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico: as faces da teoria do direito em tempos de interpretação moral da Constituição**. 2. ed. São Paulo: Landy Editora, 2010, p. 64-72. Meditando acerca do fenômeno da constitucionalização do direito, VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA afirma que ela “é uma consequente

A tendência observada no período — e que viria a se aprofundar nas décadas seguintes — era a de assunção de uma nova postura por parte dos aplicadores do direito. Passou a ser crescentemente rechaçada qualquer pretensão de afastamento entre o Direito e elementos de ordem axiológica, reconhecendo-se que a tarefa do jurista não pode ser reduzida à realização de subsunções e juízos de compatibilidade formal, mas deve se orientar no sentido da busca da concretização da justiça nos casos.

Nesse contexto, há que se destacar, ainda que brevemente, as obras de THEODOR VIEHWEG e de CHAÏM PERELMAN, pensadores que tiveram o mérito de ressaltar a importância da argumentação para o direito, não havendo, todavia, oferecido a formulação de uma teoria geral. Apresentadas as suas contribuições essenciais, examinar-se-á a consistente estruturação sistemática proposta por ROBERT ALEXI, justificadora da vinculação entre o direito e a moral.

2.4 O RESGATE DE TEORIAS DO DIREITO FUNDADAS NA ARGUMENTAÇÃO

THEODOR VIEHWEG foi o responsável pelo resgate, no direito, do raciocínio tópico, acuradamente desenvolvido por ARISTÓTELES.

VIEHWEG, seguindo a lição do pensador grego, distingue o pensamento apodítico do dialético. O primeiro, próprio das ciências exatas e naturais, funda-se na lógica analítica, sendo apto a firmar conclusões através da demonstração. O pensamento dialético, por sua vez, desenvolve conclusões mediante a contraposição de argumentações retóricas, as quais partem de premissas socialmente aceitas²⁵. Em verdade, aduz VIEHWEG, o jurista raciocina através de problemas, não mediante construções abstratas absolutamente desvinculadas da realidade dos casos

consideração dos efeitos dos direitos fundamentais nas relações privadas não ameaçam a autonomia do direito privado e, sobretudo, também não ameaçam uma das idéias centrais desse ramo do direito, a autonomia privada. Isso porque, sempre que possível, essa produção de efeitos, para usar uma expressão consagrada, se dá por intermédio do material normativo do próprio direito privado, o que garante a sua autonomia. O que muda, no entanto, se se comparar com a autonomia que o direito privado gozava especialmente até o século XIX, é o fato de que as normas desse ramo do direito devem ser interpretadas com base nos princípios de direitos fundamentais” (**A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares**. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 27).

²⁵ VIEHWEG, Theodor. **Tópica e Jurisprudência**. Trad. Tércio Sampaio Ferraz Júnior. Brasília: Departamento de Imprensa Nacional, 1979, no prefácio do tradutor, p. 5.

concretos. Daí a importância da aplicação da tópica aristotélica ao direito, uma vez que “se trata de uma *techne* do pensamento que se orienta para o problema”²⁶.

Duas noções são fundamentais na obra de THEODOR VIEHWEG. A primeira delas é o conceito de *aporia*. Esclarece o doutrinador que *aporias* consistem em situações de difícil resolução inicial, problemas que admitem mais de uma resposta.

A outra noção basilar no pensamento tópico é a de *topoi*. Estes correspondem a fórmulas de reconhecida força persuasiva, funcionando como lugares-comuns argumentativos, idôneos a produzir um consenso inicial num debate.

A solução de *aporias*, sustenta VIEHWEG, é construída através do debate entre teses, expostas num raciocínio argumentativo e lastreadas em fórmulas amplamente aceitas socialmente. A argumentação retórica é, assim, o instrumento necessário para resolução de problemas para os quais a lógica analítica mostra-se flagrantemente insuficiente.

Numa perspectiva de compreensão do direito e da solução dos casos concretos muito próxima da apresentada por VIEHWEG, cumpre destacar, também, a contribuição doutrinária de CHAÏM PERELMAN. Na obra “Ética e Direito”, PERELMAN sustenta que a lógica formal é incompatível com o raciocínio jurídico, o qual se desenvolve através de uma lógica argumentativa. Ao cumprir o dever de exposição dos motivos de sua decisão, o magistrado não procede à demonstração matemática das conclusões, mas se vale da força persuasiva de diversos argumentos, buscando convencer que sua decisão é juridicamente adequada.

Não é possível, relativamente a tais argumentos, proceder a um juízo de validade formal. “Um argumento”, assevera PERELMAN, “não é correto e coercivo ou incorreto e sem valor, mas é relevante ou irrelevante, forte ou fraco, consoante razões que lhe justificam o emprego no caso”²⁷.

Daí porque não passa de mera ilusão do positivismo pretender reduzir o raciocínio jurídico a um silogismo. A atividade cognitiva realizada não será uma subsunção idônea a ser demonstrada de maneira irrefutável, mas necessariamente uma construção argumentativa, vinculada aos fatos, provas e qualificações jurídicas peculiares a cada caso concreto. No desenvolvimento deste raciocínio,

²⁶ VIEHWEG, Theodor. Op. cit., p. 33.

²⁷ PERELMAN, Chaïm. **Ética e Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 471

simplesmente não é possível a exclusão de um argumento por outro, em sentido diverso, uma vez que o potencial persuasivo e a pertinência de cada um deles assumirão graus diversos no processo de convencimento.

A exposição da fundamentação das conclusões volta-se para convencer um auditório universal. As decisões judiciais devem produzir consenso social, o qual é verdadeiro fator de legitimação do próprio sistema jurídico. Para tanto, o jurista deve apresentar uma série de argumentos — podendo recorrer a diversos *topoi* — aptos a persuadir o auditório da adequação do posicionamento adotado em face do sistema jurídico²⁸. Os lugares-comuns argumentativos adotados funcionarão como premissas para a construção do discurso voltado a obter o convencimento do auditório.

A Nova Retórica, encampada por CHAÏM PERELMAN, reintroduz no direito a noção de “lógica do preferível”, fundada na persuasão, através do discurso, da razoabilidade ou adequação de dada conclusão a um caso concreto²⁹.

A construção discursiva, realizada a partir de premissas argumentativas de reconhecida força persuasiva (*topoi*), de soluções jurídicas para os casos particulares significa importante avanço no sentido de uma *praxis* jurídica preocupada com elementos valorativos e de ordem moral. A própria configuração do Estado Democrático de Direito mostra-se favorável à utilização da tópica como instrumento por excelência para a contraposição de teses e realização de anseios democráticos. PAULO BONAVIDES pondera, inclusive, que a “Constituição representa pois o campo ideal de intervenção ou aplicação do método tópico em virtude de constituir na sociedade dinâmica uma ‘estrutura aberta’ e tomar, pelos seus valores pluralistas, um certo teor de indeterminação”³⁰.

Não obstante, é imperioso destacar que o raciocínio tópico apresenta dificuldades de desenvolvimento no âmbito do Direito Constitucional que não podem ser negligenciadas. Isto porque, conforme indica VIEHWEG, na tópica o “debate

²⁸ “(...) toda argumentação se dirige a um auditório que ela se empenha em persuadir ou em convencer, cuja adesão, às teses defendidas pelo orador, ela deve ganhar.” (PERELMAN, Chaïm. Op. cit., p. 493).

²⁹ CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. **Hermenêutica e Argumentação**: uma contribuição ao estudo do direito. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 203.

³⁰ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 14. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 495

permanece, evidentemente, a única instância de controle”³¹. Da mesma maneira, PERELMAN acentua:

É verdade que as conclusões de tal argumentação nunca são evidentes, e que não podem, como a evidência, coagir a vontade de todo ser razoável. Elas só podem incliná-la para a decisão mais bem-justificativa, aquela que se apóia na argumentação mais convincente (...)³²

A adoção do método tópico nas discussões relativas ao Direito Constitucional mostra-se, assim, uma ameaça constante a dois dos mais importantes princípios deste ramo do ordenamento jurídico: o princípio da unidade da Constituição e o da supremacia da Constituição.

Com efeito, as opções políticas e os princípios consagrados no texto constitucional tornam-se meros *topoi*. Sua utilização ou não dependerá da conveniência do intérprete para conquistar a adesão do “auditório” a seu discurso. Deixa de subsistir a prevalência das normas constitucionais, restando fulminada a superioridade formal e axiológica de que se reveste a *Lex Legum*. Ademais, a vinculação ao problema termina por afastar o intérprete da noção de unidade da Constituição, preocupando-se muito mais com a busca de argumentos — inseridos ou não no texto constitucional — para a solução dos casos particulares do que com a preservação da noção de interpretação harmônica e intrinsecamente coerente da Carta Magna.

MANOEL JORGE E SILVA NETO observa, com perspicácia, que

(...) admitindo-se a solução da dúvida a partir do problema para a norma — e não o caminho inverso —, estaríamos a conferir estranha proeminência do caso concreto sobre o dispositivo constitucional, desbordando, muita vez, o limite ineliminável que é a própria constituição escrita, limite infranqueável ao qual deve se submeter o intérprete, porquanto não poderá haver reforma da constituição por meio do procedimento interpretativo.³³

O enfraquecimento da juridicidade da Constituição³⁴ revela-se como um dos maiores obstáculos à adoção da tópica diante de situações concretas que envolvam a aplicação das normas de Direito Constitucional. Entretanto, a manifesta adequação do raciocínio tópico à *praxis* jurídica levou parte da doutrina a uma admissão

³¹ VIEHWEG, Theodor. Op.cit., p. 42.

³² PERELMAN, Chaïm. Op. cit., p. 480.

³³ SILVA NETO, Manoel Jorge e. **Curso de Direito Constitucional**. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 90.

³⁴ BONAVIDES, Paulo. Op. cit., p. 495.

mitigada da tópica nas discussões constitucionais e, particularmente, diante de situações relacionadas a direitos fundamentais.

No curso do século XX, como visto, verificou-se a evolução de um pensamento jurídico calcado num positivismo rigoroso para uma concepção de direito progressivamente voltada à realização de direitos fundamentais, reconhecendo-se, nesse processo, a importância do raciocínio argumentativo para a solução dos casos concretos.

Examinados os aspectos essenciais das obras que representaram marcos na alteração do modo de abordar o direito, cumpre, agora, avançar para o estudo ainda que breve, da análise sistemática proposta por ROBERT ALEXY, justificadora da vinculação entre direito e moral. Nesta concepção, o raciocínio argumentativo, tão destacado no âmbito das teorias supra referidas, persiste como um elemento decisivo para o direito, não sendo, todavia, o único elemento a fundamentar a conexão entre direito e moral.

2.5 A TESE DA VINCULAÇÃO CONCEITUAL NECESSÁRIA ENTRE DIREITO E MORAL

Nas seções pretéritas, restou assentado que, para o positivismo jurídico, a relação entre direito e moral é estritamente contingencial. Do fato de esta, em muitas circunstâncias, influenciar aquele não resultaria uma conexão conceitual entre as duas áreas da vivência humana. Sendo assim, questões axiológicas não influenciariam o juízo acerca da validade das regras jurídicas, que se manteria restrito a um exame formal. Para os juspositivistas, então, interessaria ao conceito de direito somente dois elementos: “o da legalidade conforme o ordenamento ou dotada de autoridade e o da eficácia social”³⁵.

A presente seção destina-se a, acompanhando a doutrina de ROBERT ALEXY, afirmar a existência de uma vinculação necessária entre direito e moral, de modo a incluir, no conceito daquele, um terceiro elemento: a correção material³⁶. Para

³⁵ ALEXY, Robert. **Conceito e validade do direito**. Tradução de Gercélia Batista de Oliveira Mendes. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009, p. 04.

³⁶ *Ibidem*, p. 15.

sustentar esse posicionamento, o jurista alemão vale-se de três pilares, que serão sucintamente abordados a seguir: a tese da pretensão de correção, a teoria dos princípios e a tese do caso especial.

Demonstrada a existência da conexão conceitual necessária, serão exploradas, após, as conseqüências de tais formulações teóricas no tocante à atuação do Poder Judiciário.

2.5.1 A pretensão de correção

O primeiro aspecto determinante para a afirmação de uma vinculação necessária entre direito e moral consiste na constatação de que todo sistema jurídico formula uma pretensão de correção.

O argumento da correção significa que todo ato legislativo, toda decisão judicial, enfim, a totalidade das normas e dos atos dos participantes de um sistema jurídico, ao serem editados, pretendem-se acordes ao direito e à moral e, portanto, justos. Em outras palavras, não há sistema jurídico que se assuma injusto³⁷.

A inserção do valor justiça como fator intrínseco ao próprio estabelecimento e subsistência de um ordenamento revela, *per se*, ser impossível afastar do direito questionamentos e implicações morais³⁸.

O segundo fundamento para a tese da vinculação necessária é o argumento dos princípios, a ser explorado a seguir.

³⁷ “(...) sistemas normativos que não formulam explícita nem implicitamente uma pretensão à correção não são sistemas jurídicos. Todo sistema jurídico implica uma pretensão à correção” (Ibidem, p. 41-42).

³⁸ “Se e na medida em que essa pretensão tem implicações morais, fica demonstrada a existência de uma conexão conceitualmente necessária entre direito e moral” (Ibidem, p. 47). No mesmo sentido: “(...) tendo em conta que a inserção do *pressuposto* da correção na configuração do conceito de direito canaliza a *incorporação conceitual da moral ao direito*, de modo que os juízos e proposições normativas elaborados pelo raciocínio jurídico evidenciem uma pretensão de correção normativa inerente à normatividade (da retitude) exercida pelos próprios requisitos que regem os atos de fala regulativos, pode-se deduzir que — desde a perspectiva da correção do provável conteúdo levado a efeito por um participante em uma discussão intersubjetiva e racional em torno de uma tese com embasamento constitucional — o próprio processo de constitucionalização dos sistemas jurídicos exercerá uma força normativa conducente à fundamentação de um vínculo conceptual entre o ‘ser do direito’ (dimensão real) e o ‘dever ser do direito’ (dimensão ideal)” (grifos no original) (DUARTE, Écio Oto Ramos. Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico: uma introdução ao neoconstitucionalismo e às formas atuais do positivismo jurídico *in* **Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico: as faces**

2.5.2 A teoria dos princípios

Neste tópico, para a análise da teoria dos princípios, será, inicialmente, apresentado o modo como o juspositivismo visualizava esta categoria jurídica. Na seqüência, serão examinadas, em breves linhas, os pontos fundamentais das teorias de RONALD DWORKIN e de ROBERT ALEXY a respeito dos princípios. Será, também, o momento oportuno para explicitar as questões relativas à solução do choque entre princípios, temática que será novamente abordada no sétimo capítulo deste trabalho, especificamente quanto à tensão entre o princípios da valorização do trabalho humano e o da livre concorrência relativamente ao da livre iniciativa.

Para o pensamento positivista, os princípios são formulações dotadas de caráter jurídico meramente subsidiário. Esta subsidiariedade, contudo, não significa, para tal corrente de pensamento, uma autorização para inserção, na aplicação do direito, de elementos estranhos àqueles constantes nos textos legais. Isto porque os princípios são visualizados como generalizações do sentido normativo existente no direito positivo, constituindo-se, em verdade, em mera decorrência das disposições da lei³⁹. Logo, os princípios não são formulações dotadas de autonomia jurídica, mas enunciados necessariamente vinculados à lei.

Com efeito, percebe-se que “o juspositivismo, ao fazer dos princípios na ordem constitucional meras pautas programáticas supralegais, tem assinalado, via de regra, a sua carência de normatividade, estabelecendo, portanto, a sua irrelevância jurídica”⁴⁰.

Ressalte-se que tal concepção está intrinsecamente relacionada à própria compreensão positivista acerca da aplicação do direito. A subsunção, nesse paradigma, é o método por excelência de aplicação do direito, em que a norma corresponde à premissa maior, o fato corresponde à premissa menor e a decisão proferida pelo magistrado afigura-se como conclusão do raciocínio. É evidente que o

da teoria do direito em tempos de interpretação moral da Constituição. 2. ed. São Paulo: Landy Editora, 2010, p. 37-38).

³⁹ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 14. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 263.

⁴⁰ Ibid., p. 263.

elevado grau de generalidade característico dos princípios não é compatível com a lógica da subsunção, uma vez que não oferece um parâmetro abstratamente delimitado para funcionar como a premissa maior do raciocínio, o que importa, inarredavelmente, na impossibilidade de alcance da conclusão.

O não reconhecimento, no paradigma positivista, do caráter normativo dos princípios não se trata, como se observa, de mera opção dogmática, mas de consequência lógica da própria concepção do sistema jurídico e da aplicação das leis aos casos concretos.

Os fatos ocorridos em meados do século XX demonstraram, todavia, ser inadmissível uma concepção de ordenamento jurídico fundada estritamente em regras e preocupada com a compatibilidade hierárquica como único critério de análise da validade das normas.

A consagração no ordenamento de elementos de caráter eminentemente axiológico era incompatível com as construções doutrinárias fundamentais do paradigma positivista e exigiu, como requisito de coerência do próprio paradigma que emergia, o reconhecimento de caráter normativo às formulações principiológicas⁴¹. Negar-lhes tal caráter significaria a compreensão de que não corresponderiam a juízos de dever-ser, fazendo das formulações doutrinárias que viriam a ser reunidas sob a denominação de neoconstitucionalismo nada mais do que concepções natimortas.

Um dos pioneiros no estudo da contemporânea teoria dos princípios foi RONALD DWORKIN. Em sua obra “Levando os direitos a sério”, o autor americano procede a uma crítica contundente ao positivismo jurídico e sustenta que, assim como as regras, os princípios também são dotados de normatividade.

Em sentido amplo, os princípios são visualizados pelo autor numa concepção negativa: são todo “(...) conjunto de padrões que não são regras”⁴².

⁴¹ Neste sentido, obtempera EDUARDO CAMBI que a “previsão de direitos constitucionais impôs uma nova relação entre o direito e a moral. Os princípios e valores, contidos na Constituição (especialmente a dignidade da pessoa humana, a solidariedade social, a liberdade e a igualdade), abriram uma via de penetração moral no direito positivo. Isto é possível quando se considera os direitos fundamentais como sendo princípios. Logo, direitos fundamentais, concebidos como princípios, são válidos enquanto corresponderem às *exigências morais* sentidas em um período específico, não podendo ser meramente abolidos (são cláusulas pétreas, conforme o art. 60, §4º, IV, da CF/1988)” (grifos no original) (**Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 135).

⁴² DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Martins Fontes. São Paulo: 2002, p. 36.

DWORKIN distingue dois tipos de princípios: as políticas (*policies*) e os princípios em um sentido estrito.

As políticas consistem num “tipo de padrão que propõe um objetivo a ser alcançado; em geral, uma melhoria em algum aspecto econômico, político ou social da comunidade⁴³”.

Os princípios considerados numa acepção mais estrita, de outra parte, são padrões normativos que devem ser observados em razão de serem uma “exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade”⁴⁴. Resta claro, assim, que, diferentemente do pensamento kelseniano, para DWORKIN o direito também é integrado por elementos de ordem moral.

Em seu estudo, o jurista de Harvard estabelece critérios para distinção entre princípios e regras, destacando-se:

a) a aplicação – as regras são aplicadas no modo tudo-ou-nada (*all-or-nothing*), ou seja, de maneira disjuntiva: ou a regra é válida e deve ser aplicada ou a regra não é válida, devendo ser desconsiderada⁴⁵. De outra parte, os princípios são aplicados levando-se em consideração sua dimensão de peso (*dimension of weight*), a ser aferida em cada caso concreto, jamais abstratamente.

b) o modo de solução das antinomias jurídicas – tratando-se de regras, as antinomias podem ser resolvidas através dos critérios clássicos, de acordo com a especialidade, superioridade ou o momento de edição das regras em confronto. Quanto aos princípios, não se admite a solução abstrata de eventuais conflitos. Há que se analisar, diante das especificidades de cada caso particular, a dimensão de peso assumida pelos princípios, devendo-se proceder a um juízo de adequabilidade, afastando a aplicação daquele princípio que houver assumido menor dimensão.

A contribuição doutrinária de RONALD DWORKIN revelou-se de extrema importância para a discussão acerca do caráter normativo dos princípios. No entanto, parece inegável que foi em ROBERT ALEXY que a teoria dos princípios encontrou sua mais rigorosa e densa formulação até os dias atuais.

⁴³ Ibidem, p. 36.

⁴⁴ Ibidem, p. 36.

⁴⁵ “As regras são aplicáveis à maneira do tudo-ou-nada. Dados os fatos que uma regra estipula, então ou a regra é válida, e neste caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão.” (Ibid., p. 39).

Partindo dos fundamentos teóricos delineados por DWORKIN, o jurista alemão sustenta que as normas podem assumir a estrutura de regras ou de princípios⁴⁶, uma vez que ambos consistem em juízos de dever-ser, podendo “ser formulados por meio das expressões deônticas básicas do dever, da permissão e da proibição”⁴⁷.

O autor compreende os princípios como mandamentos de otimização⁴⁸, que determinam que algo deve ser realizado na maior medida possível, de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas existentes em cada situação concreta⁴⁹. Enquanto o comando contido numa regra, sendo esta válida, sempre deve ser cumprido na integralidade de sua disposição⁵⁰, tal não se verifica com os princípios, cuja realização dependerá, como mencionado, dos aspectos fáticos e jurídicos pertinentes aos casos particulares⁵¹.

⁴⁶ Mister ressaltar, desde logo, a amplitude que o conceito de princípio assume na teoria de ROBERT ALEXY. Diversamente de RONALD DWORKIN, para quem os princípios referem-se apenas a direitos individuais, o doutrinador alemão sustenta que os princípios podem corresponder tanto a direitos individuais quanto a direitos da comunidade. Aduz ALEXY que a abrangência dos princípios “(...) vai desde a saúde da população, o fornecimento de energia e a segurança alimentar, passa pelo combate ao desemprego e engloba, por fim, a garantia da estrutura interna das Forças Armadas, a segurança da República Federal da Alemanha e a proteção da ordem democrática” (Ibidem, p. 115).

⁴⁷ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 87. “Tanto regras quanto princípios são normas, porque ambos dizem o que deve ser. Ambos podem ser formulados por meio das expressões deônticas básicas do dever, da permissão e da proibição. Princípios são, tanto quanto as regras, razões para juízos concretos de dever-ser, ainda que de espécie muito diferente. A distinção entre regras e princípios é, portanto, uma distinção entre duas espécies de normas.” (Ibid., p. 87).

⁴⁸ Impende ressaltar que, diante das críticas formuladas por AARNIO e SIECKMANN, ALEXY passou a reconhecer que os princípios, “como conteúdo da ponderação, não são comandos de otimização mas, ao contrário, comandos para serem otimizados” (ALEXY, Robert. **Sobre a Estrutura dos Princípios Jurídicos** in Revista Internacional de Direito Tributário. v. 3, jan/jun. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 163). Comandos para serem otimizados consistem em dever-ser idel, que é “algo que deve ser otimizado, e desse modo transformado num ‘dever-ser’ real” (Ibid., p. 163). Com efeito, o mandamento segundo o qual algo deve ser realizado na maior medida possível ou é cumprido ou não o é, consistindo em verdadeiro mandamento de definição e, portanto, dotado da estrutura de regra (Ibid., p. 163). Não obstante, por questão de simplicidade, o autor considera aconselhável a continuidade do emprego da expressão comando/mandamento de otimização para designar os princípios (Ibid., p. 163).

⁴⁹ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 90.

⁵⁰ “Regras são normas que ordenam algo definitivamente. Elas são *mandamentos definitivos*.” (grifo no original) (ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. Trad. Luís Afonso Hech. 2. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008, p. 100-101).

⁵¹ O reconhecimento de que os direitos fundamentais assumem, frequentemente, a natureza de princípios permite a reformulação de variados institutos jurídicos, inclusive no campo do Direito do Trabalho. Um exemplo é a antiga visão a respeito dos denominados “poderes do empregador”. Já se afirmou a necessidade de revisão da construção tradicional a respeito desta categoria jurídica, propondo-se a adoção, numa visão coerente com a teoria dos direitos fundamentais, da figura do “direito diretivo”, sustentando-se que o “direito diretivo em sentido amplo abrange todas as posições jurídicas titularizadas pelo empregador na relação de trabalho, a maioria delas lastreada no contrato de emprego” e que a “natureza principiológica do direito diretivo implica a possibilidade, diante de colisões com outros direitos fundamentais, de estabelecimento de restrições a ele” (FERNANDEZ,

A eventual restrição decorrente das condições fáticas diz respeito à possibilidade de realização do conteúdo de certo princípio em face das circunstâncias do plano real.

Já as limitações à realização de determinado princípio provenientes de condições jurídicas referem-se à potencialidade de ocorrência de conflitos com outras normas.

Impende salientar, por oportuno, que, para ALEXY, “(p)rincípios e valores diferenciam-se, portanto, somente em virtude de seu caráter deontológico, no primeiro caso, e axiológico, no segundo”⁵², sendo que, “(...) todo sistema jurídico minimamente desenvolvido contém necessariamente princípios”⁵³.

Se é assim, a admissão da existência de princípios no ordenamento implica o reconhecimento da inserção de elementos axiológicos no direito e, portanto, da vinculação necessária entre direito e moral⁵⁴.

No tocante à teoria do choque entre princípios, nela reside uma das mais importantes contribuições do doutrinador alemão.

ALEXY sustenta que a colisão entre princípios é solucionada de maneira diversa da adotada para resolução do conflito entre regras. Diante deste, a solução será alcançada mediante a declaração de invalidade de uma das regras ou da introdução de uma cláusula de exceção, idônea a remover o conflito⁵⁵. Já a solução do choque entre princípios está intimamente ligada à concepção de princípio adotada pelo autor. Não se procederá à invalidação de um dos princípios nem à inserção de cláusula de exceção, uma vez que os princípios, diversamente das regras, admitem graus distintos de realização. Disto resulta a idéia de precedência condicionada: as

Leandro. **O direito diretivo: A necessária revisão da dogmática acerca dos poderes do empregador à luz da teoria dos direitos fundamentais.** Disponível em: http://www.lex.com.br/doutrina_23137883_O_DIREITO_DIRETIVO_A_NECESSARIA_REVISAO_DA_DOGMATICA_ACERCA_DOS_PODERES_DO_EMPREGADOR_A_LUZ_DA_TEORIA_DOS_DIREITOS_FUNDAMENTAIS.aspx. Acesso em 05/04/2012, p. 22).

⁵² Ibidem, p. 153.

⁵³ ALEXY, Robert. **Conceito e validade do direito.** Tradução de Gercélia Batista de Oliveira Mendes. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009, p. 86.

⁵⁴ “O positivismo acentua, justamente, que o juiz, nos casos duvidosos, deve decidir com base em critérios extrajurídicos, o que inclui a decisão baseada em princípios morais. Mas, com isso, ele não atinge o ponto crucial. Este consiste no fato de os princípios, primeiramente, de acordo com a tese da incorporação, serem componentes necessários do sistema jurídico e, em segundo lugar, de acordo com a tese da moral, de incluírem necessariamente aqueles que integram uma moral. Essa dupla propriedade de pertencer ao mesmo tempo à moral e ao direito significa que a decisão do juiz em casos duvidosos deve ser interpretada de forma diferente do que acontece nas teorias positivistas. Como os princípios morais, por seu conteúdo, estão incorporados ao direito, o juiz que neles se apoia decide com base em critérios jurídicos” (Ibidem, p. 92).

⁵⁵ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais.** Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 92.

condições — fáticas e jurídicas — presentes no caso concreto é que determinarão preponderância de realização de um princípio sobre outro⁵⁶.

Ocorre que, em razão de os princípios consistirem em mandamentos de otimização, a preponderância de determinado princípio em certa situação concreta não significará — como propugna DWORKIN — o total afastamento do outro, o qual deve ser realizado na maior medida que as circunstâncias particulares permitirem.

A partir de tais considerações, ALEXY formula o que denomina de “lei de colisão”, nos seguintes termos: “As condições sob as quais um princípio tem precedência em face de outro constituem o suporte fático de uma regra que expressa a consequência jurídica do princípio que tem precedência”⁵⁷.

Decorre, também, da noção de princípios como mandamento de otimização a constatação de que não existem princípios absolutos. Admiti-los significaria a possibilidade de existência de uma relação de precedência incondicionada entre princípios, resultando, assim, numa contradição lógica na própria essência do conceito propugnado. Logo, na obra de ALEXY, qualquer princípio pode ser objeto de sopesamento, sendo inviável a realização de certo princípio independentemente das circunstâncias fáticas e jurídicas peculiares a cada caso.

A partir da conceituação de princípios como mandamentos de otimização, verifica-se que a solução de inevitáveis conflitos entre princípios demandará, inarredavelmente, uma operação de sopesamento entre os comandos envolvidos. Nesta linha, pode-se afirmar que a “natureza dos princípios implica a máxima da proporcionalidade e essa implica aquela”⁵⁸.

O recurso à máxima da proporcionalidade para a resolução das hipóteses de conflitos entre princípios — e, conseqüentemente, a utilização do sopesamento

⁵⁶ “Levando-se em consideração o caso concreto, o estabelecimento de relações de precedências condicionadas consiste na fixação de *condições* sob as quais um princípio tem precedência em face do outro. Sob outras condições, é possível que a questão da precedência seja resolvida de forma contrária” (grifos no original) (Ibid., p. 96).

⁵⁷ Ibid., p. 99. Não é necessária profunda reflexão para perceber que a contribuição doutrinária de ALEXY demonstra-se de suma importância para a preservação de um dos dogmas mais caros ao Direito Constitucional: a idéia de unidade da Constituição. Afigura-se relevante particularmente nos casos das chamadas Constituições compromissórias, como a brasileira, que elegem compromissos políticos e objetivos sociais aparentemente contraditórios, refletindo o próprio ambiente de tensão entre tendências ideológicas em sua elaboração. A noção de concordância prática entre princípios permite a progressiva realização de determinadas opções constitucionais sem descartar outros princípios que, igualmente àqueles preponderantemente realizados em um caso concreto específico, foram também consagrados no texto constitucional.

como última etapa do procedimento — garante a racionalidade do processo decisório⁵⁹ e permite a construção de soluções juridicamente adequadas⁶⁰ aos casos postos sob exame.

A ponderação analisa o grau de intensidade de satisfação de dado princípio e de afetação do princípio colidente, mediante três máximas parciais: a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito. Na primeira etapa, analisa-se a idoneidade de certo meio para a realização de determinado princípio. Por sua vez, a máxima parcial da necessidade exige que, entre duas ou mais medidas adequadas, seja adotada aquela que se revele menos gravosa em relação ao princípio colidente⁶¹. Por fim, a aplicação da proporcionalidade em sentido estrito averigua se o grau de satisfação do primeiro princípio justifica a intensidade da afetação do segundo⁶².

Pode-se, destarte, enunciar a lei do sopesamento nos seguintes termos: “Quanto maior for o grau de não-satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior terá

⁵⁸ Ibid., p. 116.

⁵⁹ O “sopesamento é racional quando o enunciado de preferência, ao qual ele conduz, pode ser fundamentado de forma racional” (Ibid., p. 165).

⁶⁰ Prefere-se, aqui, utilizar a expressão “soluções juridicamente adequadas” em vez de “respostas corretas”. Não se pretende aqui discutir a tese da “única resposta correta”, formulada por RONALD DWORKIN, por não ser este o objetivo do presente trabalho. Não obstante, vale mencionar que, ao enfrentar o tema, ALEXY assevera que uma teoria dos princípios não é capaz de estruturar uma ordem rígida, idônea a oferecer a resposta correta para cada caso (“*Un orden stricto solamente sería posible si el peso de los valores o de los principios y sus intensidades de realización fueran expresables en una escala numérica, de manera calculable*” (ALEXY, Robert. **Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica**. Trad. Manuel Atienza. Disponível em: http://bib.cervantesvirtual.com/Buscar.html?articulos=1&portal=4&op_frase0=and&etiqueta0=text&texto0=&op_frase1=and&etiqueta1=autoresarticulo_MARC21&texto1=alexys&enviar=Buscar., pp. 145/146. Acesso em 19 de junho de 2011) . Após discutir as vicissitudes na obtenção de consenso em torno de cada “solução correta”, afirma que “*una única respuesta correcta para cada caso sólo podría admitirse recurriendo a cinco idealizaciones, a saber: 1) tiempo ilimitado, 2) información ilimitada, 3) claridad lingüística conceptual ilimitada, 4) capacidad y disposición ilimitada para el cambio de roles y 5) carência de prejuicios ilimitada*” (ALEXY, Robert. *Op. cit.*, p. 151). Em verdade, no plano real, a teoria dos princípios oferece a possibilidade de construção de uma ordem flexível, através de um procedimento racional intersubjetivamente controlável, de modo que as “precedências *prima facie* conduzem apenas a uma estruturação da argumentação baseada em princípios, mas não a uma ordem rígida, que determine apenas um resultado em cada caso” (ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, pp. 571/572).

⁶¹ Verifica-se, assim, que as “máximas da necessidade e da adequação decorrem da natureza dos princípios como mandamentos de otimização em face das possibilidades *fáticas*” (grifo no original) (Ibid., p. 118).

⁶² “A máxima da proporcionalidade em sentido estrito, ou seja, exigência de sopesamento, decorre da relativização em face das possibilidades *jurídicas*” (grifos no original) (Ibid., p. 117).

que ser a importância da satisfação do outro”⁶³. Tal formulação condensa a visão do autor a respeito da solução dos conflitos entre princípios.

Explicitados os aspectos essenciais da teoria dos princípios proposta por ROBERT ALEXY, deve-se, a seguir, analisar o terceiro fundamento apresentado pelo autor para a defesa da conexão conceitual necessária entre direito e moral: a tese do caso especial.

2.5.3 A tese do caso especial

Em tópicos precedentes, restou assentado que toda decisão judicial formula uma pretensão de correção. Disso resulta uma pretensão à fundamentabilidade, o que não significa somente que o comando judicial deve ser fundamentável, mas “estende-se ao fato de a sentença ser correta no sentido de uma moral fundamentável e, portanto, correta”⁶⁴.

O procedimento discursivo⁶⁵ é, então, o meio através do qual é possível demonstrar a correção de uma decisão, isto é, sua compatibilidade com o direito e a moral⁶⁶.

Se a demonstração da correção moral de uma decisão depende de ser aquela uma moral fundamentável, tem-se que a argumentação jurídica consiste em uma modalidade específica do discurso prático geral, uma vez que ambos voltam-se à

⁶³ Ibid., p. 167. “A lei da ponderação mostra que a ponderação deixa decompor-se em três passos. Em um primeiro passo deve ser comprovado o grau do não-cumprimento ou prejuízo de um princípio. A isso deve seguir, em um segundo passo, a comprovação da importância do cumprimento do princípio em sentido contrário. Em um terceiro passo deve, finalmente, ser comprovado se a importância do cumprimento do princípio em sentido contrário justifica o prejuízo ou não-cumprimento do outro” (ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. Trad. Luís Afonso Hech. 2. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008, p. 111).

⁶⁴ ALEXY, Robert. **Conceito e validade do direito**. Tradução de Gercélia Batista de Oliveira Mendes. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009, p. 94.

⁶⁵ “Os discursos são um conjunto de ações interconectadas nos quais se comprova a verdade ou correção das proposições” (ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica**. Tradução de Zilda Hutschison Schild Silva; revisão técnica da tradução e introdução à edição brasileira de Claudia Toledo. 3. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 179)

⁶⁶ “A teoria do discurso pertence à classe das teorias procedimentais. Segundo todas as teorias procedimentais, a correção de uma norma ou a verdade de uma declaração depende disto, se a norma ou a declaração é ou pode ser o resultado de um determinado procedimento” (ALEXY, Robert. *Problemas da teoria do discurso in Direito, razão, discurso: estudos para a filosofia do direito*. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 87).

“correção de enunciados normativos”⁶⁷. Vale esclarecer que, conforme leciona ALEXY, discursos práticos são, simplesmente, aqueles “em que se trata da correção das proposições normativas”⁶⁸, sendo que se considera jurídica a argumentação que se “caracteriza pela vinculação ao direito vigente”⁶⁹.

Neste diapasão, reputa o doutrinador alemão ser a tarefa da teoria do discurso

propor regras que, de um lado, sejam tão fracas, isto é, tenham tão pouco conteúdo normativo que pessoas com concepções normativas totalmente diferentes possam estar de acordo com elas, mas que, por outro lado, sejam tão fortes que uma discussão pautada nelas possa ser qualificada como “racional”⁷⁰.

Tem-se, pois, o discurso construído no âmbito do direito deve ser capaz de trabalhar com participantes dotados de distintas posições e opções ideológicas e valorativas, buscando necessariamente a realização de justiça nos casos, para o que se deve ter em conta as opções axiológicas consagradas no ordenamento vigente. Como todo discurso prático, o discurso jurídico dirige-se à correção de proposições normativas.

Em que consiste, então, sua especificidade? Qual a justificativa para falar-se no discurso jurídico como um caso especial do discurso prático?

A tese do caso especial funda-se na constatação de que a argumentação jurídica é desenvolvida num contexto impositivo de variadas limitações⁷¹. Um magistrado, exemplificativamente, não dispõe de tempo indefinido para julgar um caso nem as partes o possuem para oferecer suas razões. Ao Poder Judiciário não é dado negligenciar o ordenamento jurídico pátrio ao elaborar uma decisão ou violar a regulamentação fixada pela legislação processual. Sem perder sua natureza de discurso prático, a argumentação jurídica é alvo de uma série de condicionamentos⁷².

⁶⁷ ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica**. Tradução de Zilda Hutschison Schild Silva; revisão técnica da tradução e introdução à edição brasileira de Claudia Toledo. 3. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 31.

⁶⁸ Ibidem, p. 179.

⁶⁹ Ibidem, p. 210.

⁷⁰ Ibidem, p. 33.

⁷¹ Ibidem, p. 31.

⁷² “O conteúdo da tese do caso especial é precisamente que há limites para a argumentação jurídica. Dita tese só seria completamente refutada se se pudesse partir da premissa de que por meio das leis válidas se pode estabelecer de maneira estrita a decisão para todos os casos de um sistema jurídico, de modo que todo caso pudesse ser resolvido por uma simples subsunção. Então, já não se formularia a questão de se as leis são justas ou injustas e não haveria lugar para um discurso jurídico. Esta premissa, porém, é qualquer coisa menos aceitável. Todo sistema jurídico contém margens que podem ser preenchidas com discursos jurídicos” (Ibidem, p. 320).

Foge das finalidades deste trabalho a discussão quanto às regras e às formas de estruturação da argumentação jurídica apresentadas por ROBERT ALEXY. Cumpre, apenas, declinar as regras fundamentais e as regras da razão apontadas pelo autor:

(1.1) Nenhum falante pode contradizer-se.

(1.2) Todo falante só pode afirmar aquilo em que ele mesmo acredita.

(1.3) Todo falante que aplique um predicado F a um objeto A deve estar disposto a aplicar F também a qualquer objeto igual a A em todos os aspectos relevantes.

(1.4) Diferentes falantes não podem usar a mesma expressão com diferentes significados⁷³.

(2) Todo falante deve, se lhe é pedido, fundamentar o que afirma, a não ser que possa dar razões que justifiquem negar uma fundamentação.

(2.1) Quem pode falar, pode tomar parte no discurso.

(2.2) (a) Todos podem problematizar qualquer asserção.

(2.2) (b) Todos podem introduzir qualquer asserção no discurso.

(2.2) (c) Todos podem expressar suas opiniões, desejos e necessidades⁷⁴.

Assentadas as premissas acerca da vinculação entre direito e moral, cumpre, adiante, investigar as consequências da admissão da tese da vinculação necessária no tocante à atuação do Poder Judiciário, especificamente no que se refere ao que se convencionou denominar de ativismo judicial.

2.6 O ATIVISMO JUDICIAL COMO DECORRÊNCIA DA NECESSÁRIA CONEXÃO ENTRE DIREITO E MORAL: O PAPEL CONTEMPORÂNEO DO PODER JUDICIÁRIO

Até aqui o presente trabalho voltou-se a discutir a relação entre direito e moral, a apresentar os motivos de rejeição da ideia positivista de separação entre eles e a justificar a admissão da tese da vinculação conceitual necessária.

A partir de agora, propõe-se a aplicação das considerações teóricas desenvolvidas à postura do Poder Judiciário, visando a sustentar que o denominado ativismo judicial é uma consequência da necessária conexão entre direito e moral.

Com efeito, afirma-se aqui que os órgãos do Poder Judiciário devem se orientar por uma ética da responsabilidade⁷⁵, de índole formal, dotada de tríplice dimensão.

⁷³ Ibidem, p. 187

⁷⁴ Ibidem, p. 191.

Diz-se ética da responsabilidade porque a vinculação do magistrado a elementos valorativos presentes no ordenamento não significa a institucionalização do arbítrio ou de uma discricionariedade inconsequente, mas, ao revés, implica um plexo de deveres, fundamentados em fatores morais, que devem ser observados no exercício da judicatura, cuja abordagem será realizada adiante.

Trata-se de ética formal, com caráter procedimental, que, diversamente das vertentes materiais da ética, consegue compreender o pluralismo e a historicidade do fenômeno moral, de modo a viabilizar a pretensão universalizante desejada pela ética⁷⁶. Em outras palavras, não há uma escala de valores previamente oferecida ao magistrado, que lhe permita determinar que certa concepção moral é “superior” ou “melhor” do que outra, contemporânea ou pretérita. O que existe é a necessidade de abertura procedimental para manifestação dos participantes, imbuídos de diferentes preferências axiológicas. O Poder Judiciário, deste modo, não se isenta da moral, mas, admitindo-a como vinculada ao próprio direito, simplesmente não se compromete com uma específica opção valorativa.

Por fim, a ética da responsabilidade revela-se em tríplice dimensão relativamente aos órgãos do Poder Judiciário.

Em primeiro lugar, exige-se do magistrado o atendimento à pretensão de correção, pelos motivos expostos supra, cuja repetição reputa-se despicienda. Isso significa que todas as decisões devem dirigir-se à salvaguarda dos valores plasmados no ordenamento, objetivando a realização da justiça, ainda que tais questões não sejam ventiladas pelas partes.

Para alcance de tal desiderato, é desejável — para não se afirmar exigível — que o magistrado valha-se de conhecimentos provenientes de outras áreas do saber humano e procure concretizar, como regra, a maximização da utilidade, individual e social⁷⁷.

⁷⁵ ADELA CORTINA, com lastro no pensamento de APEL, vale-se da expressão “ética da responsabilidade” em sentido em larga medida diverso do empregado neste trabalho (CORTINA, Adela. **Ética sem moral**. Tradução de Marcos Marcionilo. São Paulo: Martins Fontes, 2010, *passim*). Vale referir que MAX WEBER propôs uma noção de ética da responsabilidade como parâmetro de comportamento dos agentes políticos, sendo eminentemente preocupada com o alcance de resultados (A política como vocação *in* **Ciência e política – duas vocações**. São Paulo: Cultrix, 2004).

⁷⁶ Neste sentido, CORTINA, Adela. Op. cit., p. 55-56.

⁷⁷ Essas questões serão detidamente abordadas no Capítulo 4, assim como os limites da Análise Econômica do Direito. Vale antecipar, para afastar eventuais equívocos, que a noção de maximização

Em segundo lugar, como consequência mesma da primeira dimensão, impõe-se ao Poder Judiciário o dever de fundamentação⁷⁸, isto é, de argumentar juridicamente, demonstrando as razões de decidir. A pretensão de correção, afinal, implica a pretensão de fundamentabilidade.

Finalmente, deve o magistrado assegurar a participação dos envolvidos, oportunizando-lhes a manifestação. Para além de materializar a garantia constitucional do contraditório, esta postura revela o respeito ao pluralismo moral, afastando-se o cerceamento à participação de qualquer dos envolvidos no processo, decorrente da filiação, pelo juiz, a opções valorativas específicas.

Assim, define-se, neste trabalho, ativismo judicial como o *atendimento à ética da responsabilidade, imposta ao magistrado, em sua tríplice dimensão*⁷⁹. Isso redundará, inevitavelmente, na adoção de uma postura ativa, diferenciada da visão tradicional acerca da atuação do Poder Judiciário. Afasta-se, portanto, a figura do “magistrado ‘estátua’”⁸⁰.

Na mesma linha de defesa de um novo papel do Poder Judiciário, pondera RODOLFO DE CAMARGO MANCUSO:

Com tudo isso, vai se desvanecendo — até porque reportada a épocas superadas — a concepção de uma resposta judiciária neutra, asséptica e desengajada, hoje se reclamando uma nova postura do juiz, que se diria *pró-ativa*, nesse sentido de não apegada apenas ao desenvolvimento válido e regular do devido processo legal (Cf, art. 5º, LV), mas, e até principalmente, comprometida com a justa composição do litígio, por modo a resolver não só a crise estritamente jurídica, mas também as de outra natureza que lhe são subjacentes — a social, a econômica, a política —

de utilidade não se refere estritamente à maximização da riqueza. Utilidade, para a economia, não se resume a valores pecuniários.

⁷⁸ “Portanto, o que determinará a verdade ou a falsidade de um enunciado linguístico não será a sua essência, mas o *processo argumentativo* utilizado para chegar até ele. Assim, a responsabilidade dos juízes se transforma, cada vez mais, na responsabilidade de *fundamentar* as suas decisões, sendo que elas não dependem tanto da linguagem empregada pelo texto (textualismo), tampouco da virtude do juiz (realismo), mas principalmente dos limites do *raciocínio judicial*” (grifos no original) (**Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 131).

⁷⁹ Obviamente, esta definição não exclui outras, decorrentes de premissas alternativas, a exemplo do conceito proposto por LUÍS ROBERTO BARROSO: “o ativismo judicial é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. Normalmente ele se instala em situações de retração do Poder Legislativo, de um certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva” (**Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Disponível em: <http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>. Acesso em 06 de maio de 2012, p.06)

⁸⁰ LENZA, Pedro. **Teoria geral da Ação Civil Pública**. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 303.

assim propiciando o *aproveitamento máximo* da relação processual, num ambiente de *jurisdição integral*” (grifos no original)⁸¹.

Ressalte-se, ademais, que a admissão da vinculação necessária entre direito e moral — e, na linha da tese sustentada no presente trabalho, do decorrente reconhecimento do ativismo judicial⁸² — não implica a ruína da segurança jurídica, mas, apenas, a ratificação da compreensão de que não há princípios absolutos, de modo que haverá situações nas quais esta não será realizada em medida plena, em face de eventual conflito com a justiça⁸³.

A discussão acerca do ativismo judicial impõe, como complementação ao já exposto, a abordagem, ainda que breve, acerca de duas questões, que serão a seguir examinadas: a separação dos poderes e a legitimidade do Judiciário.

2.6.1 Apontamentos acerca da separação dos Poderes e da legitimidade do Judiciário

A construção moderna da noção de separação dos Poderes concebia o Judiciário como órgão voltado estritamente à declaração da vontade da lei. Sendo mera expressão das disposições constantes no ordenamento, sem — supostamente — qualquer liberdade de interpretação, nada mais adequado do que ser considerado como o “poder discreto”⁸⁴.

A estrutura do Estado Liberal era organizada, consoante leciona EDUARDO CAMBI, do seguinte modo:

⁸¹ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo Estado de Direito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 387.

⁸² Posicionando-se contrariamente ao ativismo judicial, afirma RONALD DWORKIN que ele “é uma forma virulenta de pragmatismo jurídico. Um juiz ativista ignoraria o texto da Constituição, a história de sua promulgação, as decisões anteriores da Suprema Corte que buscaram interpretá-la e as duradouras tradições de nossa cultura política. O ativista ignoraria tudo isso para impor a outros poderes do Estado seu próprio ponto de vista sobre o que a justiça exige. O direito como integridade condena o ativismo e qualquer prática de jurisdição constitucional que lhe esteja próxima” (DWORKIN, Ronald. **O império do Direito**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 451-452).

⁸³ “Ao avaliar a questão da aceitabilidade desse dano mínimo à segurança jurídica, há que se considerar que esta última, embora seja um valor muito alto, não é o único. O valor da segurança jurídica deve ser sopesado com o da justiça material” (ALEXY, Robert. **Conceito e validade do direito**. Tradução de Gercélia Batista de Oliveira Mendes. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009, p. 64)

⁸⁴ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Op. cit., p. 383.

a) *atividade legislativa*: estava voltada ao estabelecimento de normas gerais e abstratas de conduta; b) *atividade administrativa*: era primária e espontânea; o direito deveria ser aplicado por iniciativa própria, tendo em vista os interesses da própria administração (administrar é aplicar a lei de ofício); c) *atividade jurisdicional*: estava voltada à atuação da vontade concreta da lei (grifos no original)⁸⁵.

Leciona TERCIO SAMPAIO FERRAZ JÚNIOR que esta construção da dogmática a respeito da divisão dos poderes decorreu da intenção de afastar a política do direito, a fim de tornar politicamente neutros os responsáveis pelo julgamento das lides⁸⁶.

Esta noção tradicional conduz parcela da doutrina a visualizar o ativismo judicial como ultrapassagem da atividade típica do Poder Judiciário⁸⁷.

Não parece, todavia, ser esta a posição mais adequada.

Com efeito, CAPPELLETTI, em acurado estudo sobre a natureza e atuais configurações da função dos juízes, observa, com perspicácia, que seu labor cotidiano impõe-lhes o contato diuturno com os membros da sociedade e com aspectos variados da realidade social, sendo sua profissão particularmente vocacionada para a realização de expectativas e anseios sociais⁸⁸, os quais, vale acrescentar, encontram-se fundamentalmente consubstanciados na Carta Magna.

A respeito da função jurisdicional e do importante tema da fundamentação das decisões, PERELMAN assevera que o

poder concedido ao juiz de interpretar e, eventualmente, de completar a lei, de qualificar os fatos, de apreciar, em geral livremente, o valor das presunções e das provas que tendem a estabelecê-los, o mais das vezes basta para permitir-lhe motivar, de forma juridicamente satisfatória, as

⁸⁵ CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 173.

⁸⁶ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 73. Criticando o modelo jurídico do período, DANIEL GIOTTI DE PAULA afirma: “Na verdade, pode-se concluir que o modelo clássico de separação de poderes, de nítida feição liberal, não dava conta da complexidade da ordem jurídica e do sistema social, de modo que hoje é uma função estatal a implementação de direitos fundamentais de vários matizes, tarefa compartilhada por uma série de órgãos e mesmo pela sociedade” (PAULA, Daniel Giotti de. Ainda existe separação de poderes? A invasão da política pelo direito no contexto do ativismo judicial e da judicialização da política *in* **As novas faces do ativismo judicial**. André Luiz Fernandes Fellet; Daniel Giotti de Paula; Marcelo Novelino. Salvador: Editora JusPodivm, 2011, p. 308-309.

⁸⁷ “(...) por ativismo judicial deve-se entender o exercício da função jurisdicional para além dos limites impostos pelo próprio ordenamento que incumbe, institucionalmente, ao Poder Judiciário fazer atuar, resolvendo litígios de feições subjetivas (conflitos de interesse) e controvérsias jurídicas de natureza objetiva (conflitos normativos) (RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 129).

⁸⁸ CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1993, p. 105.

decisões que seu senso de equidade lhe recomenda como sendo, social e moralmente, as mais desejáveis⁸⁹.

Ao falar de ativismo judicial, não há, pois, que se cogitar de violação à noção de divisão de poderes, mas de genuíno exercício típico de função por parte do Poder Judiciário, a saber: a aplicação do direito, observando-se a ética da responsabilidade⁹⁰ e, portanto, visando à realização da justiça.

Não há que se cogitar de ausência de legitimidade do Poder Judiciário para exercício de sua atribuição.

Primeiro, porque essa legitimidade decorre da própria Constituição, sendo destituída de sentido, portanto, qualquer eventual alegação de inconstitucionalidade na postura ativista.

Ademais, sobreleva desmistificar, desde logo, a visão de que o Judiciário somente seria apto a julgar questões de natureza jurídica, não de outros campos do saber humano. A falácia é denunciada por RODOLFO CAMARGO DE MANCUSO:

Poder-se-ia objetar, *gratia argumentandi*, que o campo de atuação de um Tribunal judiciário deveria cingir-se à matéria... *jurídica*, já que essa é a formação de seus integrantes, que, ademais, não beneficiam de uma legitimação política de caráter popular, como se dá com os mandatários que atuam nos Poderes Legislativo e Executivo. Todavia, esse argumento promove excessiva redução de complexidade: o Direito exsurge dos fatos (*ex facto oritur jus*), e esse campo fenomenológico é preenchido por fatores e elementos metajurídicos, concernentes a campos diversos, como a sociologia, a economia, a política, de sorte que não há como falar numa crise *exclusivamente* jurídica (grifo no original)⁹¹.

A legitimidade do Poder Judiciário refere-se à decisão de questões jurídicas, no sentido abrangente da regulação da convivência humana em suas mais variadas formas de manifestação.

Tal legitimidade, saliente-se, é dotada de caráter democrático, conquanto não sejam os juízes eleitos pelo povo, consoante a lição de ROBERT ALEXY. E é assim porque o adequado conceito de democracia “não se deve apoiar somente no conceito de

⁸⁹ PERELMAN, Chaïm. **Ética e Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 489

⁹⁰ Referindo-se à ética discursiva, tal como a adotada neste trabalho, ADELA CORTINA afirma que ela “se autoinsere na taxonomia ética como cognitivista, universalista, instrumental, deontológica e de princípios. Situada no nível pós-convencional do desenvolvimento da consciência moral, sabe que não lhe cabe prescrever formas concretas de vida, ideais de felicidade, modelos comunitários — inclusive nacionais — de virtude, e sim proporcionar os procedimentos que nos permitem legitimar normas e, portanto, prescrevê-las com uma validade universal” (**Ética sem moral**. Tradução de Marcos Marcionilo. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 164).

⁹¹ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo Estado de Direito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 388.

decisão. Ele precisa também abarcar o de argumento. O abarcamento da argumentação no conceito de democracia torna a democracia deliberativa⁹².

Essa compreensão reforça as perspectivas de procedimentalização do discurso, com garantia de pluralismo moral, e tendência à universalidade, próprias de uma ética formal e, especificamente, da ética da responsabilidade que se afirma, aqui, inerente ao contemporâneo papel desempenhado pelo Poder Judiciário.

Sintetizando essas contemporâneas orientações, RICARDO LUIS LORENZETTI enuncia os critérios que devem ser aplicados pelo magistrado, dos quais é possível destacar os seguintes:

- não substituir as decisões das maiorias por suas próprias convicções, mas tratar de reforçar os procedimentos para que essas se expressem (posição procedimental);
- identificar os consensos básicos da sociedade para que a vida em comum seja possível, e não substituí-los por suas próprias apreciações;
- tratar de harmonizar os diferentes paradigmas concorrentes, examinando os benefícios-prejuízos de cada um deles;
- ser consciente que existem princípios e valores em tensão, mas que há um “metavalor”, que é o pluralismo de valores. A sociedade pluralista atual encomenda à Constituição a tarefa de realizar a condição de possibilidade da vida em comum, e não a de estabelecer um projeto de vida determinado. O objetivo a ser alcançado é uma sociedade mais inclusiva com o fito de superar a dialética amigo-inimigo⁹³.

Afirmada a necessária vinculação entre direito e moral — e a conseqüente postura ativista dela resultante —, impende, agora, examinar a disciplina constitucional das lides nas quais estão envolvidos fatores econômicos e laborais.

⁹² ALEXY, Robert. Ponderação, jurisdição constitucional e representação *in* **Constitucionalismo discursivo**. Trad. Luís Afonso Hech. 2. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008, p. 163.

⁹³ LORENZETTI, Ricardo Luis. **Teoria da Decisão Judicial: fundamentos de direito**. Tradução: Bruno Miragem; Notas da tradução: Claudia Lima Marques. 2 ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 184.

3 A CONSTITUIÇÃO ECONÔMICA E A CONSTITUIÇÃO DO TRABALHO

O capítulo pretérito dedicou-se a discutir a inescapável vinculação entre direito e moral, sustentando, como uma de suas decorrências, o reconhecimento de uma postura ativa por parte do Poder Judiciário diante das questões que lhe são postas a apreciação.

A atuação do magistrado, em qualquer momento histórico — e particularmente na contemporaneidade —, simplesmente não pode prescindir do conhecimento acerca do contexto em que se inserem as lides nem das conseqüências de suas decisões.

Examinado o novo papel assumido pelo Judiciário, cumpre, agora, avançar para a análise da Constituição Econômica e da Constituição do Trabalho, temáticas imprescindíveis à abordagem dos problemas relativos ao *dumping* social.

É possível afirmar que, em certa medida, as disposições constitucionais sobre o trabalho integram a noção de Constituição Econômica, como adiante se verificará. Não obstante, o regramento contido nesta não é capaz de abranger toda a riqueza e singularidade⁹⁴ do que se poderia denominar de estatuto jurídico do trabalho humano, pelo que se justifica a abordagem isolada da Constituição do Trabalho.

O presente capítulo dedica-se precisamente a estudar essas duas parcelas do ordenamento jurídico, a principiar pela Constituição Econômica.

⁹⁴ “*Siempre habrá, pues, una tensión, un equilibrio más o menos estable en la definición de la relación de trabajo asalariado, entre de una parte la idea de cambio de trabajo por dinero, que remite a las categorías de pensamiento del derecho de obligaciones, y de otra la idea de subordinación de la persona, que reenvía a las categorías de pensamiento del derecho de personas. (...) Tal proceso se ha llevado a cabo según formas diferentes en los distintos países, pero ha conducido en todas partes a definir una relación de trabajo asalariado, cuyo carácter jurídico no puede reducirse ni a una lógica puramente contractual y mercantil, ni a una lógica estatutaria y personal. Pero la combinación que así se ha realizado no tiene nada de estable. Por el contrario, todo indica que la misma se halla hoy profundamente en entredicho por las transformaciones que no cesan de afectar a la relación de trabajo*” (SUPIOT, Alain. **Crítica del Derecho del Trabajo**. Madrid: MTSS, 1996, p. 49-50). Imperioso destacar, ainda, a lição de HÉCTOR-HUGO BARBAGELATA: “(...) é óbvio que o Direito do Trabalho não faz parte do Direito Econômico, pois seu objeto não é simplesmente regular as relações de trabalho, mas dar proteção ao trabalho e ao trabalhador, o que não significa que não tenha conseqüências econômicas, mas que as considerações dessa natureza devem estar sujeitas à conquista de seus próprios fins” (**O particularismo do Direito do Trabalho**. Revisão técnica Irany Ferrari. Tradução de Edilson Alkmin Cunha. São Paulo: LTr, 1996, p. 18).

3.1 A CONSTITUIÇÃO ECONÔMICA

O aparecimento de monopólios e oligopólios, a formação de cartéis, os reiterados abusos do poder econômico cometidos por entidades detentoras de elevada concentração de capital, os desequilíbrios do sistema financeiro, bem como o estado de preocupante fragilização social verificados no início do século XX conduziram à inserção nos ordenamentos jurídicos de normas voltadas ao direcionamento da economia.

As Constituições, por consubstanciar o compromisso político fundamental de uma sociedade⁹⁵, exerceram, neste contexto, papel extremamente relevante. As Cartas Magnas editadas a partir desse período, passaram a assumir a responsabilidade de regular o funcionamento da economia, tendo em vista a promoção do bem-estar geral⁹⁶.

Surge, então, a noção de Constituição Econômica, compreendida como

o conjunto de preceitos e instituições jurídicas que, garantindo os elementos definidores de um determinado sistema económico, instituem uma determinada forma de organização e funcionamento da economia e constituem, por isso mesmo, uma determinada ordem económica; ou, de outro modo, aquelas normas ou instituições jurídicas que, dentro de um determinado sistema e forma económicos, que garantem e (ou) instauram, realizam uma determinada ordem económica concreta⁹⁷.

⁹⁵ Na conhecida lição de CARL SCHMITT, a “*Constitución es una decisión consciente que la unidad política, a través del titular del poder constituyente, adopta por sí misma y se da a sí misma*” (grifos no original) (**Teoría de la Constitución**. Madrid: Alianza Editorial, 2011, p. 58).

⁹⁶ Acerca da omissão das Constituições Liberais quanto à regulação da economia, pondera EROS GRAU: “As Constituições liberais não necessitavam, no seu nível (delas, Constituições liberais), dispor, explicitamente, normas que compusessem uma ordem econômica constitucional. A ordem econômica existente no mundo do ser não merecia reparos. Assim, bastava o que definido, constitucionalmente, em relação à propriedade privada e à liberdade contratual, ao quanto, não obstante, acrescentava-se umas poucas disposições veiculadas no nível infraconstitucional, confirmadoras do capitalismo concorrencial, para que se tivesse composta a normatividade da *ordem econômica liberal*” (grifo no original) (GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. 14 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 71). No mesmo sentido é a observação de CARL SCHMITT: “*Las ‘viejas Constituciones’ no eran en modo alguno Constituciones que desconocieran ‘la relación del Estado con los movimientos sociales’; eran Constituciones del Estado burgués de Derecho, y contenían por eso la decisión a favor de principios de la libertad burguesa (...)*” (*Op. cit.*, p. 68)

⁹⁷ MOREIRA, Vital. **Economia e Constituição: para o conceito de Constituição Econômica**. Coimbra, s. ed., Separata do Boletim de Ciências Económicas n.º 17, 1974, p. 35. De modo sintético, CANOTILHO define-a como “conjunto de disposições constitucionais, regras e princípios que dizem respeito à conformação da ordem fundamental da economia” (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed., Coimbra: Almedina, 2006, p. 345). Ao seu turno, salientando o papel do Estado na economia, MARTIN BASSOLS COMA conceitua-a como “*ordenación jurídica de las estructuras y relaciones económicas en las que no solo están implicados los ciudadanos, sino también, y de manera creciente, el propio Estado en su función de protagonista*”

É possível, acompanhando-se VITAL MOREIRA, distinguir a Constituição Econômica estatutária da denominada de programática ou diretiva. A primeira contém as “disposições que escoram um determinado sistema económico, expresso ao nível do estatuto das relações de produção que o caracterizam”. A segunda, a seu turno, pretende-se protagonista de uma nova ordem coisas, abrangendo “aquelas disposições em que se manifestam os fins da política económica, pretendendo à configuração da ordem económica e à actuação sobre a estrutura económica existente”⁹⁸.

Instituidoras do Estado Social de Direito, as Constituições contemporâneas não abandonaram o capitalismo⁹⁹, mas impuseram limites e condicionamentos para a atuação no mercado¹⁰⁰. A liberdade de empresa persiste, pois, como valor fundamental da sociedade, admitindo-se — e, mesmo, exigindo-se — restrições ao seu exercício.

Exemplificativamente, a atual Constituição da Itália reconhece-a em seu art. 41¹⁰¹, vinculando-a ao interesse social e admitindo a edição de leis voltadas à coordenação da atuação econômica pública e privada, tendo em vista os fins sociais, enquanto a Constituição espanhola de 1978 assegura-a em seus artigos 9º,

del desarrollo de la vida económica” (Constitución y Sistema Económico. 2 ed. Madri: Tecnos, 1988, p. 17).

⁹⁸ Op. cit., p. 123-124. Impende destacar a relevância histórica da Constituição de Weimar, que viria a influenciar a posterior configuração do constitucionalismo europeu, sendo, inclusive, decisiva para o reconhecimento de novas áreas do Direito: “*La cultura jurídica de la época desarrolló una importante reflexión teórica sobre este material constitucional al propio tiempo que sistematizó y desarrolló nuevas ramas del Derecho — como el Derecho Económico, el Derecho del Trabajo, y el Derecho Social — que implicaban una superación de los fundamentos tradicionales del Derecho Privado y revelaban que la Constitución no debe limitarse a regular las relaciones entre el Estado y los ciudadanos, sino también justificar las relaciones entre los ciudadanos y los poderes económicos privados o de hecho*” (COMA, Martín Bassols. Op. cit., p. 30).

⁹⁹ O caso português merece uma observação. Ao ser promulgada, em 1976, a atual Constituição portuguesa possuía uma série de referências à transição para uma sociedade de índole socialista, “sem classes”. A redação originária foi alterada em 1982, na Primeira Revisão Constitucional, excluindo-se do corpo do texto tais intenções.

¹⁰⁰ Valiosa a ponderação de VITAL MOREIRA, no sentido de que a Constituição Econômica “não é concebida como constituição da economia, mas sim como constituição de uma ideia de economia. Embora se afaste a concepção de uma decisão livre sobre a forma económica, e se acentue o peso material da estrutura económica, não se abandona contudo a concepção de uma conformação consciente do processo económico com elemento constituinte do conceito de CE” (Op. cit., p. 27).

¹⁰¹ *Art. 41. L'iniziativa economica privata è libera. Non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana. La legge determina i programmi e i controlli opportuni perché l'attività economica pubblica e privata possa essere indirizzata e coordinata a fini sociali.*

item 2¹⁰², e 38¹⁰³. A seu turno, a Constituição de Portugal, em sua atual redação, consagra-a nos artigos 61¹⁰⁴ e 86¹⁰⁵.

Seguindo esta linha, também a Constituição brasileira de 1988 resguarda a liberdade de empresa, conforme se verificará adiante, em tópico específico.

Traçados os aspectos fundamentais em torno da noção de Constituição Econômica, cumpre, agora, examinar o perfil de Ordem Econômica¹⁰⁶ delineado pela Carta de 1988, a começar pelos elementos por ela reputados como lastreadores do desenvolvimento de toda atividade econômica no país.

3.2 AS BASES DA ORDEM ECONÔMICA NA CONSTITUIÇÃO DE 1988: VALORIZAÇÃO DO TRABALHO HUMANO E LIVRE INICIATIVA

A Constituição Federal de 1988, em seu Título VII, procede à regulação da Ordem Econômica. O art. 170 inicia o Título, enunciando as bases, as finalidades e os princípios da Ordem Econômica, *in verbis*:

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:

- I - soberania nacional;
- II - propriedade privada;
- III - função social da propriedade;

¹⁰² Artículo 9 [...] 2. Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social.

¹⁰³ Artículo 38 Se reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado. Los poderes públicos garantizan y protegen su ejercicio y la defensa de la productividad, de acuerdo con las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación.

¹⁰⁴ Artigo 61.º Iniciativa privada, cooperativa e autogestionária 1. A iniciativa económica privada exerce-se livremente nos quadros definidos pela Constituição e pela lei e tendo em conta o interesse geral.

¹⁰⁵ Artigo 86.º Empresas privadas 1. O Estado incentiva a actividade empresarial, em particular das pequenas e médias empresas, e fiscaliza o cumprimento das respectivas obrigações legais, em especial por parte das empresas que prossigam actividades de interesse económico geral.

2. O Estado só pode intervir na gestão de empresas privadas a título transitório, nos casos expressamente previstos na lei e, em regra, mediante prévia decisão judicial.

3. A lei pode definir sectores básicos nos quais seja vedada a actividade às empresas privadas e a outras entidades da mesma natureza.

¹⁰⁶ Vale esclarecer que a “ordem econômica, parcela da ordem jurídica (mundo do dever-ser), não é senão o conjunto de normas que institucionaliza uma determinada ordem econômica (mundo do ser)” (GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. 14 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 70).

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.

Conforme se depreende da redação do dispositivo, o constituinte elegeu a valorização do trabalho humano e a livre iniciativa como fatores fundamentais à estrutura de toda atividade econômica nacional.

A análise da valorização do trabalho humano deve ser desenvolvida no contexto de exame da Constituição do Trabalho, razão pela qual avança-se, desde já, ao estudo da livre iniciativa.

3.2.1 Livre iniciativa e liberdade de empresa

O *valor social* da livre iniciativa¹⁰⁷ está consagrado no ordenamento constitucional pátrio no art. 1º, inciso IV, como fundamento da República Federativa do Brasil, estando a livre iniciativa instituída, no art. 170, *caput*, como elemento fundamental da Ordem Econômica. Trata-se de dimensão da autonomia privada¹⁰⁸.

A compreensão da configuração jurídica da livre iniciativa exige a apresentação, ainda que breve, do processo histórico de sua consagração no Ocidente e de sua evolução.

¹⁰⁷ A completa enunciação (valor social da livre iniciativa) do princípio consagrado no art. 1º, IV, para a qual frequentemente a doutrina não atenta, é que leva EROS ROBERTO GRAU a afirmar que: “Isso significa que a *livre iniciativa* não é tomada, enquanto fundamento da República Federativa do Brasil, como expressão individualista, mas sim no quanto expressa de socialmente valioso” (grifo no original) (GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988** (Interpretação e crítica). 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 184).

¹⁰⁸ Oportuna a ponderação de PIETRO PERLINGIERI: “Não é possível, portanto, um discurso unitário sobre a autonomia privada: a unidade é axiológica, porque unitário é o ordenamento centrado no valor da pessoa, mas é justamente essa conformação do ordenamento que impõe um tratamento diversificado para atos e atividades que em modo diferenciado tocam essa valor e regulamentam situações ora existenciais, ora patrimoniais, ora umas e outras juntas. A necessidade da máxima aderência às particularidades de cada *fattispecie* (...) modula a resposta que o sistema dos valores fundamentais do ordenamento oferece a cada uma delas” (**Perfis do Direito Civil: Introdução ao Direito Civil Constitucional**. Tradução de Maria Cristina de Cicco. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 277).

A tutela da livre iniciativa atendeu aos anseios da recém-formada classe burguesa, condutora das Revoluções Liberais que marcaram o século XVIII. No contexto de ruptura com o Antigo Regime, a noção de liberdade tornou-se verdadeiro fator definidor do projeto ideológico, político e econômico que então se implantava.

Precisamente por isto, já nos primeiros artigos da Declaração de Direitos da Virgínia¹⁰⁹ (precursora da Declaração de Independência dos Estados Unidos da América) e da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão¹¹⁰ a liberdade é alçada à posição de valor fundamental.

A postura política que então se assumia — e que viria a se manter durante longo período — era a de não intervenção do Estado nas ações dos particulares. A função estatal era, basicamente, garantir a segurança necessária para o livre exercício dos direitos civis e políticos.

Com o decurso do tempo, todavia, a ampla consagração da liberdade de atuação no mercado permitiu o surgimento de estruturas empresariais diferenciadas, caracterizadas pela alta concentração de capital. Evoluía-se, então, do capitalismo atomista ao capitalismo de grupo¹¹¹. Nesta nova realidade, assegurar a livre iniciativa passou a significar também a repressão a atos de abuso de poder econômico que impedissem o efetivo acesso dos particulares à atuação no mercado¹¹².

ANDRÉ RAMOS TAVARES leciona que a livre iniciativa

¹⁰⁹ Artigo 1º - Todos os homens nascem igualmente livres e independentes, têm direitos certos, essenciais e naturais dos quais não podem, por nenhum contrato, privar nem despojar sua posteridade: tais são o direito de gozar a vida e a liberdade com os meios de adquirir e possuir propriedades, de procurar obter a felicidade e a segurança.

¹¹⁰ Art.1.º Os homens nascem e são livres e iguais em direitos. As destinações sociais só podem fundamentar-se na utilidade comum.

[...]

Art. 4.º A liberdade consiste em poder fazer tudo que não prejudique o próximo: assim, o exercício dos direitos naturais de cada homem não tem por limites senão aqueles que asseguram aos outros membros da sociedade o gozo dos mesmos direitos. Estes limites apenas podem ser determinados pela lei.

Art. 5.º A lei não proíbe senão as ações nocivas à sociedade. Tudo que não é vedado pela lei não pode ser obstado e ninguém pode ser constrangido a fazer o que ela não ordene.

¹¹¹ SILVA NETO, Manoel Jorge e. **Direito Constitucional Econômico**. São Paulo: LTr, 2001, p. 24. Pondera, a seu turno, EDILTON MEIRELES que, ao “mesmo tempo em que a empresa cresce em complexidade, ela perde na sua totalidade (ou exaustividade) e na sua auto-suficiência, pois sua capacidade de controlar diretamente os recursos estratégicos essenciais para sua sobrevivência se coloca cada vez mais distante do seu engrandecimento. É preciso, então, descentralizar, flexibilizar. O grupo econômico surge, assim, como o ‘modelo-tipo de empresa flexível contemporânea’” (**Grupo econômico trabalhista**. São Paulo: LTr, 2002, p. 39).

(...) há de ser, realmente, entendida em seu sentido amplo, compreendendo não apenas a liberdade econômica, ou liberdade de desenvolvimento de empresas, mas englobando e assumindo todas as demais formas de organização econômicas, individuais ou coletivas, como a cooperativa (art. 5º, XVIII, e art. 174, §§ 3º e 4º), e a própria liberdade contratual e comercial¹¹³.

No mesmo sentido, EROS GRAU sustenta que a livre iniciativa não se identifica com a liberdade de desenvolvimento da empresa e, para além disso, abrange não apenas as formas de produção de caráter individual, como também as de índole coletiva. A livre iniciativa, assim, não é somente livre iniciativa do particular no desenvolvimento de empresa, alcançando a “*iniciativa cooperativa* (art. 5º, XVIII e, também, art. 174, §§ 3º e 4º), a *iniciativa autogestionária* e a *iniciativa pública*”¹¹⁴ (grifos no original).

A livre iniciativa, na concepção apresentada por GRAU, pode ser visualizada sob dupla perspectiva: liberdade de comércio e indústria e liberdade de concorrência. Na primeira perspectiva, pode assumir os seguintes sentidos: faculdade de criar e explorar uma atividade econômica a título privado e não sujeição a qualquer restrição estatal senão as decorrentes da lei¹¹⁵. A segunda perspectiva sob a qual é possível visualizar a livre iniciativa, por identificar-se, no entendimento de EROS GRAU, à liberdade de concorrência, será abordada adiante.

Registre-se, ainda, que a livre iniciativa, na estrutura econômica engendrada pela Constituição de 1988, somente pode ser considerada legitimamente exercida quando voltada à realização da dignidade humana e à promoção de justiça social, finalidades a que inelutavelmente se vincula toda a atividade econômica nacional¹¹⁶. Afigura-se, assim, que a “livre iniciativa indica a questão do acesso ao mercado

¹¹² Nesse sentido: NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. **Defesa da concorrência e globalização econômica** (O Controle da Concentração de Empresas). São Paulo: Malheiros, 2002, p. 234-235.

¹¹³ TAVARES, André Ramos. **Direito Constitucional Econômico**. 3. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 235. Acerca das projeções decorrentes do preceito em apreço, cumpre destacar que, no âmbito da doutrina do liberalismo econômica, ele “implica a total garantia da propriedade privada, o direito de o empresário investir seu capital no ramo que considerar mais favorável e fabricar e distribuir os bem produzidos em sua empresa da forma que achar mais conveniente à realização dos lucros” (SANDRONI, Paulo. **Novíssimo Dicionário de Economia**. São Paulo: Editora Best Seller, 1999, p. 352).

¹¹⁴ GRAU, Eros Roberto. Op. cit., p. 186-187.

¹¹⁵ Ibid., p. 188.

¹¹⁶ Neste sentido, assevera EDVALDO BRITO que, “considerando-se que a iniciativa econômica do particular instrumentaliza-se na autonomia privada, poderemos concluir que a Constituição, a rigor, contém princípios básicos pertinentes e que se resumem nos três seguintes: 1.º) *livre iniciativa* ou liberdade de iniciativa; 2.º) subordinação da livre iniciativa ao *desenvolvimento econômico* e ao fim social, ou seja, ao bem comum ou ao *bem-estar social*; 3.º) subordinação da livre iniciativa a um

tanto do capital quanto do trabalho, no sentido da promoção de uma sociedade livre e pluralista”¹¹⁷.

Tal compreensão é reafirmada no posicionamento jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal, assentando-se a idéia de que, no ordenamento pátrio, a garantia da livre iniciativa simplesmente não pode ser implementada desconsiderando-se os demais elementos consagrados na Carta Magna como conformadores da Ordem Econômica¹¹⁸.

Destarte, a proclamação da livre iniciativa como um dos elementos basilares da ordem econômica brasileira não ocorre de maneira absoluta, mas, ao revés, acompanhada do reconhecimento da valorização do trabalho humano como fator que lhe é igualmente fundante e da vinculação à promoção da dignidade humana e da justiça social. Eventuais limitações à liberdade de empresa devem, pois, necessariamente buscar seu fundamento de legitimidade em tais elementos.

Compreendida a livre iniciativa, impende, agora, estudar a vertente da liberdade de empresa, o que se realizará adiante.

plano ou a um programa” (grifos no original) (**Reflexos jurídicos da atuação do estado no domínio econômico: Desenvolvimento econômico. Bem-estar social.** São Paulo: Saraiva, 1982, p. 109).

¹¹⁷ NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. **Defesa da concorrência e globalização econômica** (O Controle da Concentração de Empresas). São Paulo: Malheiros, 2002, p. 236.

¹¹⁸ Nesse sentido: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI N. 7.844/92, DO ESTADO DE SÃO PAULO. MEIA ENTRADA ASSEGURADA AOS ESTUDANTES REGULARMENTE MATRICULADOS EM ESTABELECIMENTOS DE ENSINO. INGRESSO EM CASAS DE DIVERSÃO, ESPORTE, CULTURA E LAZER. COMPETÊNCIA CONCORRENTE ENTRE A UNIÃO, ESTADOS-MEMBROS E O DISTRITO FEDERAL PARA LEGISLAR SOBRE DIREITO ECONÔMICO. CONSTITUCIONALIDADE. LIVRE INICIATIVA E ORDEM ECONÔMICA. MERCADO. INTERVENÇÃO DO ESTADO NA ECONOMIA. ARTIGOS 1º, 3º, 170, 205, 208, 215 e 217, § 3º, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. 1. É certo que a ordem econômica na Constituição de 1.988 define opção por um sistema no qual joga um papel primordial a livre iniciativa. Essa circunstância não legitima, no entanto, a assertiva de que o Estado só intervirá na economia em situações excepcionais. 2. Mais do que simples instrumento de governo, a nossa Constituição enuncia diretrizes, programas e fins a serem realizados pelo Estado e pela sociedade. Postula um plano de ação global normativo para o Estado e para a sociedade, informado pelos preceitos veiculados pelos seus artigos 1º, 3º e 170. 3. A livre iniciativa é expressão de liberdade titulada não apenas pela empresa, mas também pelo trabalho. Por isso a Constituição, ao contemplá-la, cogita também da "iniciativa do Estado"; não a privilegia, portanto, como bem pertinente apenas à empresa. 4. Se de um lado a Constituição assegura a livre iniciativa, de outro determina ao Estado a adoção de todas as providências tendentes a garantir o efetivo exercício do direito à educação, à cultura e ao desporto [artigos 23, inciso V, 205, 208, 215 e 217 § 3º, da Constituição]. Na composição entre esses princípios e regras há de ser preservado o interesse da coletividade, interesse público primário. 5. O direito ao acesso à cultura, ao esporte e ao lazer, são meios de complementar a formação dos estudantes. 6. Ação direta de inconstitucionalidade julgada improcedente. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Tribunal Pleno. ADI 1950 / SP. Relator(a): Min. EROS GRAU. Julgamento: 03/11/2005. Publicação: DJ 02-06-2006 PP-00004.

3.2.2 O conteúdo jurídico da liberdade de empresa

Nomeadamente no Título VII, que dispõe acerca da “Ordem Econômica e Financeira”, a Constituição reiterou a proteção à livre iniciativa, consagrando-a também, na dimensão relativa à liberdade de empresa, conforme se verifica a partir da redação do art. 170 e de seu parágrafo único, a seguir transcritos:

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:

[...]

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.

Sinteticamente, a liberdade de empresa consiste na faculdade de dar início e desenvolver um conjunto de atividades de natureza econômica no mercado e, ainda, de encerrar tais atividades¹¹⁹. Se é assim, inserem-se em seu âmbito de abrangência todas as condutas necessárias para viabilizar o ingresso no mercado, de acordo com os requisitos legais. Todos os atos, pois, indispensáveis para o efetivo princípio das relações negociais incluídas nas finalidades da empresa estão garantidos sob o manto da liberdade de empresa¹²⁰.

Para além dos comportamentos e relações jurídicas preliminares, a liberdade de empresa abarca, também, toda a atuação empresarial desenvolvida no curso da exploração da atividade econômica. Isto envolve, exemplificativamente, aspectos relativos à alocação de bens e capitais, a decisões quanto a intensificação ou redução de ações em certos setores, ampliação ou deslocamento de unidades produtivas.

¹¹⁹ MARTIN BASSOLS COMA define-a como a “*libertad que se reconoce a los ciudadanos para afectar o destinar bienes de cualquier tipo (principalmente de capital) para la realización de actividades económicas para la producción e intercambio de bienes y servicios conforme a las pautas o modelos de organización típicas del mundo económico contemporáneo con vistas a la obtención de un beneficio o ganancia*” (**Constitución y Sistema Económico**. 2 ed. Madri: Tecnos, 1988, p. 137).

¹²⁰ Ao ser concretizada, a liberdade de empresa pode colidir com outros direitos constitucionalmente consagrados, com particulares repercussões no tocante ao direito de greve. A temática foi analisada em FERNANDEZ, Leandro. O direito de greve como restrição à liberdade de empresa. **Revista de Direito do Trabalho**. Ano 38, v. 145, jan./mar. 2012, p. 247-275. Na oportunidade, propôs-se uma reformulação do conceito de greve, na iniciativa privada, visualizando-a como o “*direito, titularizado por trabalhadores e sindicato, de, atuando de maneira coordenada, criar restrições ao exercício da liberdade de empresa, visando à consecução de interesses da categoria*” (grifos no original) (Op. cit., p. 268).

Consectário lógico, ainda, da consagração da liberdade de empresa é a tutela das condutas necessárias ao encerramento — total ou parcial — das atividades da empresa. Não é plausível que o sujeito ou a entidade seja, de fato, livre para empreender em dada área se nela somente lhe é facultado o ingresso, vedando-se sua saída. Assim, os atos relativos à dissolução da empresa ou à finalização das atividades de dado departamento estão, também, salvaguardados pela liberdade de empresa.

Refletindo acerca do conteúdo essencial da liberdade de empresa, MANUEL ARAGÓN REYES pondera:

*En cuanto al acceso, el reducto de libertad infranqueable probablemente es mínimo: no prohibición absoluta y no imposición forzosa. En cuanto al abandono, también, esse reducto sería mínimo: no imposición de continuar. En cuanto al ejercicio, el ámbito absoluto de libertad sería mayor: el empresario ha de gozar de un mínimo, pero suficiente, reducto infranqueable de autonomía de dirección de su empresa, autonomía sin la cual no sería empresa privada, sino empresa pública [...]*¹²¹.

Eis o delineamento geral do conteúdo jurídico da liberdade de empresa. Observe-se, por sua amplitude, que o exercício desta inevitavelmente provoca conseqüências no campo das relações de trabalho. Partindo-se, então, de suas facetas relativas ao início, ao desenvolvimento e ao encerramento de atividades, é possível aplicar este arcabouço teórico aos contratos de trabalho, no que se poderia denominar de dimensão laboral da liberdade de empresa.

Relativamente à primeira faceta, as implicações no Direito do Trabalho referem-se às decisões da empresa sobre “*cuantos trabajadores necesita, quiénes van a ser contratados y qué modalidades contractuales se van a utilizar*”¹²². A mais evidente limitação à liberdade de empresa, neste campo, é a vedação à adoção de critérios discriminatórios para a seleção de trabalhadores¹²³. O fato de o empregador possuir a faculdade de escolher com quem contratar não lhe autoriza, por óbvio, a violar o princípio constitucional da igualdade, valendo-se de distinções objetivamente injustificáveis.

¹²¹ REYES, Manuel Aragón. *El contenido esencial del derecho constitucional a la libertad de empresa in Libertad de empresa y relaciones laborales en España*. Madri: Instituto de Estudios Económicos, 2005, p. 55.

¹²² LÓPEZ, Frederico Duran. *Contenidos laborales del derecho constitucional a la libertad de empresa in Libertad de empresa y relaciones laborales en España*. Madri: Instituto de Estudios Económicos, 2005, p. 59.

¹²³ *Ibidem*, p. 60.

A segunda faceta, consoante a lição de FREDERICO DURÁN LÓPEZ, pode ser visualizada sob duas perspectivas¹²⁴. A primeira refere-se à utilização de mão-de-obra diretamente vinculada ao tomador ou intermediada por terceiro. É lícito, aqui ao empregador, obedecidos os ditames legais e jurisprudenciais, não utilizar empregados seus para a realização de certas atividades específicas. A segunda perspectiva diz respeito ao modo de exploração da mão-de-obra, abrangendo, exemplificativamente, jornada, produtividade e local de trabalho.

Finalmente, o aspecto da liberdade de empresa relativo ao afastamento do exercício de atividades econômicas corresponde, no campo das relações laborais, ao encerramento de contratos de trabalho¹²⁵. No Direito brasileiro, o melhor entendimento é no sentido de esta liberdade não abranger a despedida arbitrária, mas somente a motivada¹²⁶.

Compreendida a configuração jurídica da liberdade de empresa, é possível, agora, avançar para a abordagem das finalidades da Ordem Econômica.

3.3 FINALIDADES DA ORDEM ECONÔMICA

Consoante se depreende da leitura do art. 170, *caput*, da Carta Magna, o constituinte consagrou como finalidades da Ordem Econômica a realização da dignidade humana e de justiça social. Cada um desses objetivos será isoladamente examinado a seguir.

¹²⁴ Ibidem, p. 61.

¹²⁵ “[...] *la libertad de empresa comprende, como decíamos, la libertad de abandonar total o parcialmente el mercado, reduciendo o suprimiendo las actividades productivas desarrolladas, o prescindiendo de trabajadores que para dicho desarrollo se habían contratado. Em estos casos, no siempre se trata de abandonar o mercado, sino que puede tratarse simplemente de reducir el número de trabajadores contratados, como consecuencia de reorganizaciones productivas, mejoras tecnológicas, aumentos de productividad, etc*” (Ibidem, p. 64).

¹²⁶ Neste sentido, meditando acerca do art. 7º, inciso I, da Constituição de 1988, EDILTON MEIRELES esclarece: “[...] a primeira lição que se extrai é que é direito do trabalhador a proteção contra a despedida arbitrária ou sem justa causa. Logo, se a lei busca proteger o trabalhador contra a despedida arbitrária ou sem justa causa, assegurando-lhe esse direito social, constitucional e fundamental, é porque ela não tem como jurídica a despedida imotivada. A despedida injusta, arbitrária ou sem justa causa, portanto, ao menos a partir da Constituição Federal de 1988, passou a ser ato antijurídico, não protegido pela legislação” (**Abuso do Direito na Relação de Emprego**. São Paulo: LTr, 2004, p. 198). A Consolidação das Leis do Trabalho, convém ressaltar, define a

3.3.1 Dignidade humana

A adequada compreensão do significado do princípio da dignidade da pessoa humana para o direito somente é possível mediante a incursão nas reflexões éticas formuladas por IMMANUEL KANT.

Um dos aspectos fundamentais da obra do filósofo é, sem dúvida, a investigação moral por ele empreendida. Com efeito, KANT preocupa-se em justificar a atuação moral do ser humano por meio de um postulado apriorístico, inerente à própria racionalidade humana e de necessária observância como regra de conduta. A tal preceito, KANT denomina de *imperativo categórico*¹²⁷.

Tal imperativo pode ser explicitado através da seguinte sentença: “Age de tal modo que a máxima da tua vontade possa valer sempre ao mesmo tempo como princípio de uma legislação universal”¹²⁸.

Consoante se infere da máxima acima declinada, o filósofo não dirige sua atenção a enunciar comportamentos concretos que atenderiam à conduta ética, mas objetiva estabelecer uma regra abstrata determinante da atuação moral do homem. Assim, conforme lecionam EDUARDO BITTAR e GUILHERME ALMEIDA, no pensamento kantiano, o

agir moral é o agir de acordo com o dever; o agir de acordo com o dever é fazer de sua lei subjetiva um princípio de legislação universal, a ser inscrita em toda a natureza. Daí decorre que o sumo bem só pode ser algo que independa completamente de qualquer desejo exterior a si, de modo que consistirá no máximo cumprimento do dever pelo dever, do qual decorre a suma beatitude e a suma felicidade, como simples mérito de estar conforme ao dever e pelo dever.¹²⁹

Nos “Fundamentos da Metafísica dos Costumes”, encontra-se a explicitação do imperativo categórico sob uma perspectiva do reconhecimento do valor humano. Tem-se, então, a enunciação do preceito que KANT denomina de *imperativo prático*, através da seguinte máxima: “age de tal modo que possas usar a humanidade, tanto

despedida arbitrária como aquela que não se lastreia em “em motivo disciplinar, técnico, econômico ou financeiro”.

¹²⁷ ALMEIDA, Guilherme Assis de; BITTAR, Eduardo C. B. **Curso de Filosofia do Direito**. São Paulo: Atlas, 2007, p. 289.

¹²⁸ KANT, Immanuel. **Crítica da razão prática**. Lisboa, Portugal: Edições 70, 1994, p. 42.

¹²⁹ ALMEIDA, Guilherme Assis de; BITTAR, Eduardo C. B. Op. cit., p. 289.

em tua pessoa como na pessoa de qualquer outro, sempre como um fim ao mesmo tempo e nunca somente como um meio”¹³⁰.

O homem, assevera KANT, deve ser sempre um fim em si mesmo, não sendo franqueado, a quem quer que seja, reduzir uma pessoa à mera condição de meio para consecução de outras finalidades. O ser humano, ressalte-se, não possui preço, não pode ser substituído por qualquer equivalente, mas, ao revés, é inestimável, detentor, portanto, de dignidade.

A noção de dignidade humana, amplamente difundida na modernidade a partir das reflexões de KANT, encontra-se consagrada em diversas Constituições contemporâneas¹³¹, figurando como verdadeiro lastro dos respectivos ordenamentos jurídicos.

Na atual Constituição brasileira, o princípio da dignidade da pessoa humana está consagrado no art. 1º, inciso III¹³², como fundamento da República Federativa do Brasil, assim como no art. 170, *caput*, estando, aqui, alçado à condição de finalidade da Ordem Econômica.

Trata-se de princípio de elevada carga de indeterminação semântica. Ao discorrer acerca do seu conteúdo, ROBERT ALEXY reconhece que, podendo seu conceito ser expresso através de um plexo de condições concretas que devem estar presentes — ou que necessariamente devem ser repudiadas — a fim de que se assegure existência digna, pessoas diferentes indicariam conjuntos diversos de tais

¹³⁰ KANT, Immanuel. **Fundamentos da metafísica dos costumes**. Tradução de Lourival de Queiroz Henkel. São Paulo: Ediouro, 1997, p. 79.

¹³¹ Exemplificativamente, a atual Constituição portuguesa dispõe, em seu art. 1º: “Portugal é uma República soberana, baseada na dignidade da pessoa humana e na vontade popular e empenhada na construção de uma sociedade livre, justa e solidária”. Da mesma maneira, a Constituição espanhola consagra, em seu art. 10, 1, a dignidade humana, nos seguintes termos: “La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social”. Destaque-se, ainda, a proteção à dignidade humana na Lei Fundamental da Alemanha (*Grundgesetz*). Sobre o tema, aduz KONRAD HESSE que o “novo ordenamento jurídico baseia-se, já desde o artigo 1º GG, no princípio supremo, absoluto e intangível da inviolabilidade da dignidade humana (art. 1.1 GG) e no reconhecimento dos direitos invioláveis e inalienáveis do homem (art. 1.2 GG).” (HESSE, Konrad. **Temas Fundamentais do Direito Constitucional**. Textos selecionados e traduzidos por Carlos dos Santos Almeida, Gilmar Ferreira Mendes e Inocêncio Mártires Coelho. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 29).

¹³² 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:

(...)

III – a dignidade da pessoa humana;

condições¹³³. Não obstante, prossegue o autor, esses diferentes feixes de condições apontadas não serão absolutamente distintos, guardando, entre si, um grau mínimo de afinidade ou consenso. Não é difícil perceber, por exemplo, que, qualquer que seja a concepção adotada, condutas vexatórias, humilhantes haverão de ser tidas como violadoras da dignidade humana. Para além disso, diversos princípios materiais exsurtem como consectário da garantia do aludido princípio, tais como “aqueles que têm como objetivo a proteção dos aspectos mais íntimos dos seres humanos e aqueles que conferem ao indivíduo um direito *prima facie* à sua auto-representação em face dos outros indivíduos”¹³⁴.

De outra parte, lastreado em diversos posicionamentos doutrinários e na jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal, ALEXY sustenta que a liberdade consiste em elemento essencial à noção de dignidade humana¹³⁵. Liberdade, aqui, assume a idéia de ausência de coerção sobre o ser humano em suas decisões. Não é possível, nesse sentido, sequer cogitar-se de dignidade humana, se não houver a garantia de livre desenvolvimento do indivíduo e auto-determinação. Saliencia ALEXY, todavia, que a Corte Suprema Alemã não esposa uma compreensão individualista dessa liberdade, mas, antes, afirma “não ser uma liberdade ilimitada, mas uma liberdade de um ‘indivíduo referido e vinculado a uma comunidade’”¹³⁶.

Da lição do doutrinador alemão é possível extrair que o conteúdo do princípio da dignidade humana expressa, ao menos, três aspectos básicos: a) a vedação a condutas humilhantes ou degradantes; b) a garantia de autonomia do ser humano em suas escolhas, liberdade esta que se há de coadunar com a idéia de convivência em sociedade; c) diversos princípios materiais decorrem do princípio da dignidade humana, como condição para sua realização, dentre os quais é possível assinalar aqueles atinentes à própria personalidade dos sujeitos¹³⁷.

¹³³ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 355.

¹³⁴ *Ibid.*, p. 359.

¹³⁵ *Ibid.*, p. 356.

¹³⁶ *Ibid.*, p. 357.

¹³⁷ EDILTON MEIRELES assevera que o trabalho é um dos elementos que concorrem para a efetivação da dignidade humana, in verbis: “(...) inúmeros direitos fundamentais, e até a vida com dignidade, dependem do trabalho, pois sem a renda que lhes é proporcionada, numa sociedade capitalista, dificilmente o indivíduo alcança satisfatoriamente a realização dos seus direitos mínimos. O trabalho, portanto, está a serviço da dignidade humana” (**A Constituição do trabalho: o trabalho na constituição da Alemanha, Brasil, Espanha, França, Itália e Portugal**. São Paulo: LTr, 2012, p. 31).

Posicionamento muito próximo é encontrado na doutrina pátria, presente na obra de INGO WOLFGANG SARLET, para o qual

(...) temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos., mediante o devido respeito aos demais seres que integram a rede da vida¹³⁸

Podem-se divisar, no conceito de SARLET, os componentes básicos, acima assinalados, que concorrem na conformação do conteúdo jurídico da dignidade humana.

No mesmo sentido, ressaltando os contornos basilares, apontados por ALEXY, do princípio em comento, PABLO STOLZE e RODOLFO PAMPLONA asseveram que a

noção jurídica de dignidade traduz um valor fundamental de respeito à existência humana, segundo as suas possibilidades e expectativas, patrimoniais e afetivas, indispensáveis à sua realização pessoal e à busca da felicidade.

Mais do que garantir a simples *sobrevivência*, este princípio assegura o *direito de se viver plenamente*, sem quaisquer intervenções espúrias — estatais ou particulares — na realização desta finalidade.¹³⁹ (grifos no original)

Na Ordem Econômica brasileira, a dignidade humana assume a qualidade de verdadeira condicionante do exercício da atividade econômica¹⁴⁰. Qualquer que seja ela, estará vinculada à finalidade, insculpida no caput do art. 170, de promoção da existência humana digna.

¹³⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 8. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 70.

¹³⁹ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil**. vol. IV: contratos, tomo 1: teoria geral. 2 ed. rev., atual. e reform. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 29.

¹⁴⁰ Sustenta VITAL MOREIRA que a Constituição Econômica pressupõe “um espírito econômico, segundo o qual a economia é posta ao serviço do homem, ao qual, qualquer que seja a sua posição no processo econômico — capitalista, empresário, trabalhador, consumidor — cabe, em virtude de sua dignidade e do seu sentido criador, o primeiro lugar” (**Economia e Constituição: para o conceito de Constituição Econômica**. Coimbra, s. ed., Separata do Boletim de Ciências Econômicas n.º 17, 1974, p. 25). Obtempera, a seu turno, VIDAL SERRANO NUNES JR. que “(...) toda e qualquer atividade econômica só pode validamente desenvolvida em consonância com tal princípio de conformação, o que implica a vedação *ex vi constitutionis* de toda e qualquer atividade econômica que vulnere a dignidade da pessoa humana” (**A cidadania social na Constituição de 1988: estratégias de positividade e exigibilidade judicial dos direitos sociais**. São Paulo: Editora Verbatim, 2009, p. 163).

Discorrendo acerca da ampla dimensão adquirida pelo princípio da dignidade humana no ordenamento jurídico, bem como de suas implicações na esfera dos direitos fundamentais de segunda dimensão¹⁴¹, MARCUS MOURA FERREIRA aduz que os

direitos civis e políticos jamais terão o mínimo de efetividade se não forem antes atendidos pressupostos econômicos e sociais, capazes de satisfazer as necessidades elementares de alimentação, educação, saúde, trabalho, previdência e outras tantas que o desenvolvimento das condições históricas incorpora gradualmente à condição humana. Os direitos econômicos e sociais dão conteúdo material e expressão de realidade aos direitos básicos de liberdade. Somam-se todos eles em interação dialógica e convergente, completam-se no conjunto dos direitos fundamentais da pessoa¹⁴²

Neste diapasão, é forçoso concluir que a atuação dos agentes econômicos em desacordo com a orientação de garantia da existência humana digna revela-se como conduta eivada de flagrante inconstitucionalidade¹⁴³.

3.3.2 Justiça social

Impõe, ainda, a Constituição Federal de 1988 como finalidade da Ordem Econômica a justiça social. Sua consagração no texto constitucional, contudo, não se resume a este dispositivo, tratando-se de objetivo fundamental da República Federativa do Brasil¹⁴⁴, bem como de objetivo da Ordem Social¹⁴⁵.

¹⁴¹ Quanto à conveniência no emprego da expressão “geração” ou “dimensão”, relativamente aos direitos fundamentais, aduz PAULO BONAVIDES: “o vocábulo ‘dimensão’ substitui, com vantagem lógica e qualitativa, o termo ‘geração’, caso este último venha a induzir apenas sucessão cronológica e, portanto, suposta caducidade dos direitos das gerações antecedentes, o que não é verdade.” (BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 14. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 571-572).

¹⁴² FERREIRA, Marcus Moura. O direito ao trabalho no conjunto mais amplo dos direitos humanos. Aspectos de sua proteção jurídica no direito constitucional brasileiro. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**. Brasília, vol. 66, nº. 3, jul./set. 2000, p. 57.

¹⁴³ GRAU, Eros Roberto. Op. cit., p. 181

¹⁴⁴ Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

(...)

¹⁴⁵ Art. 193. A ordem social tem como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais.

A realização de justiça social traduz a pretensão de distribuição mais equânime das riquezas entre os agentes sociais, relacionando-se com o objetivo constitucional de reduzir desigualdades entre classes e entre regiões do País¹⁴⁶.

Em face disto, diversos direitos sociais foram previstos no texto constitucional, com o fito de viabilizar a promoção da justiça social. Ademais, constitui-se em importante elemento orientador da interpretação das normas constitucionais de caráter econômico, as quais devem ser aplicadas tendo-se sempre em conta sua realização¹⁴⁷.

O conteúdo do conceito indeterminado em apreço não se esgota, todavia, na orientação de minimização de desigualdades. Isto porque a idéia de justiça social, que perpassa o texto constitucional, está intimamente relacionada à idéia de solidariedade.

Solidária, afiança EROS ROBERTO GRAU, é a “sociedade que não inimiza os homens entre si, que se realiza no retorno, tanto quanto historicamente viável, à *Gesellschaft* — a energia que vem da densidade populacional fraternizando e não afastando os homens uns dos outros”¹⁴⁸.

A noção, assim, ultrapassa a concepção de prevalência dos interesses sociais sobre os individuais, podendo ser compreendida como verdadeiro compromisso de interdependência recíproca entre os seres humanos¹⁴⁹.

¹⁴⁶ Art. 3º (...)

(...)

III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

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:

(...)

VII - redução das desigualdades regionais e sociais;

¹⁴⁷ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 27. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 789.

¹⁴⁸ GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988** (Interpretação e crítica). 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 200. “A única base sobre a qual uma sociedade pode viver é o fortalecimento de seu caráter comunitário, que exige reafirmar seu passado, reconhecer os limites dos recursos e a prioridade das necessidades sobre os desejos e compartilhar uma concepção da equidade que dê às pessoas a sensação de justiça e de integração na sociedade” (CORTINA, Adela. **Ética sem moral**. Tradução de Marcos Marcionilo. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 142).

¹⁴⁹ “Desde logo, a comunidade económica não é uma estrutura de relações entre coisas ou processos técnico-naturais; uma comunidade económica só pode existir entre pessoas, entre os sujeitos económicos — capitalistas, empresários, trabalhadores, consumidores. A existência de uma tal relação só existe, contudo, quando a interdependência dos vários sujeitos económicos tenha atingido tal densidade (*Dicht*), quando o processo de socialização na satisfação das necessidades sociais tenha atingido um tal grau, que exista uma verdadeira *solidariedade* entre os membros de uma

A tal ponto sobressai a importância da ideia de justiça social que é possível considerar, como o faz JOSÉ AFONSO DA SILVA, que a instalação de um regime democrático que a realize consubstancia-se na tarefa fundamental do Estado Democrático de Direito¹⁵⁰.

Registre-se, por fim, que, assim como ocorre com a dignidade humana, toda atividade econômica nacional deve estar voltada para a concretização da justiça social, ressaltando-se, com isso, a finalidade comunitarista de que devem estar imbuídos os agentes econômicos em sua atuação.

Examinadas as finalidades da Ordem Econômica brasileira, deve-se proceder ao estudo da livre concorrência, a fim de atender aos propósitos deste trabalho. É o que se empreenderá no tópico adiante.

3.4 O PRINCÍPIO DA LIVRE CONCORRÊNCIA

A concorrência pode ser definida como a “situação do regime de iniciativa privada em que as empresas competem entre si, sem que nenhuma delas goze da supremacia em virtude de privilégios jurídicos, força econômica ou posse exclusiva de certos recursos”¹⁵¹.

O princípio da livre concorrência, constitucionalmente consagrado, consiste, segundo lição de ANDRÉ RAMOS TAVARES, “na abertura jurídica concedida aos particulares para competirem entre si, em segmento lícito, objetivando o êxito econômico pelas leis de mercado e a contribuição para o desenvolvimento nacional e a justiça social”¹⁵².

EROS GRAU, a seu tempo, partindo da premissa de que a livre concorrência identifica-se a uma das perspectivas da livre iniciativa, aduz que aquela pode ser desdobrada em três sentidos, a saber: faculdade de conquistar a clientela, vedada a

economia nacional” (grifos no original) (MOREIRA, Vital. **Economia e Constituição: para o conceito de Constituição Econômica**. Coimbra, s. ed., Separata do Boletim de Ciências Económicas n.º 17, 1974, p. 24).

¹⁵⁰ SILVA, José Afonso da. Op. cit., p. 122.

¹⁵¹ SANDRONI, Paulo. **Novíssimo Dicionário de Economia**. São Paulo: Editora Best Seller, 1999, p. 118/119.

¹⁵² TAVARES, André Ramos. **Direito Constitucional Econômico**. 3. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 256.

utilização de práticas de concorrência desleal; proibição de formas de atuação capazes de obstar a concorrência; neutralidade estatal em face da concorrência em igualdade de condições.

Cogita-se, aqui, de princípio que possui verdadeiro caráter instrumental relativamente ao princípio da livre iniciativa. Com efeito, para a garantia do livre acesso ao mercado, preconizada por este, faz-se necessária, no contexto de concentração econômica próprio do atual estágio de capitalismo de grupo, a repressão a investidas empresariais aptas a determinar a própria configuração de certo setor da economia, possíveis, a princípio, acaso se admitisse a livre iniciativa em seus termos extremos. Reside, inclusive, precisamente neste aspecto uma das mais relevantes justificativas para a afirmação histórica da necessidade de intervenção estatal no âmbito econômico, a fim de assegurar a própria manutenção do modo capitalista de produção¹⁵³. O livre acesso ao mercado, afinal, jamais será efetivamente alcançado se não houver livre disputa de clientela.

Nesse sentido, pondera MANOEL JORGE E SILVA NETO que “a liberdade absoluta induzirá inexoravelmente à redução ou mesmo extinção da competitividade no sistema econômico”¹⁵⁴.

O tratamento constitucional da matéria é complementado através do art. 173, a seguir transcrito *ipsis litteris*:

¹⁵³ Discorrendo acerca da crise do liberalismo, EDVALDO BRITO observa, com lucidez, que as configurações assumidas pelo Estado após a I Guerra Mundial são fonte da “(...) reação contra o Estado do liberalismo econômico, determinada por diversos fatos que em síntese podem ser exemplificados: no desmentido oposto pelos fatos às premissas do liberalismo econômico; nos desequilíbrios contínuos gerados pela livre concorrência, ao invés do equilíbrio automático da oferta e da procura; a inexistência da garantia da justa renda, do justo preço, do justo lucro, do justo salário diante da concentração de capitais e do capitalismo de grupos; e, aproveitando-se das facilidades que lhes eram dadas pelo regime de iniciativa privada, sem o devido controle por via de qualquer regulamentação, os fortes oprimiam os fracos. Tudo isto resultou em se defender, em lugar da liberdade que oprimia, a intervenção que libertaria.” (BRITO, Edvaldo. **Reflexos jurídicos da atuação do estado no domínio econômico**: Desenvolvimento econômico. Bem-estar social. São Paulo: Saraiva, 1982, p. 19). A seu tempo, referindo-se ao processo histórico de consagração dos direitos difusos, MÁRCIO MAFRA LEAL aduz que “outro sério questionamento a respeito da preponderância da lógica do mercado dizia respeito à visão de curto prazo na obtenção de resultados e de eficiência, característica do interesse econômico, porém deletéria de outros valores que, em longo prazo, acabariam por eliminar as vantagens econômicas já obtidas.” (. **Ações coletivas**: História, teoria e prática. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998, p. 99).

¹⁵⁴ SILVA NETO, Manoel Jorge e. **Curso de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 607. WALDO FAZZIO JÚNIOR, a seu tempo, observa que: “A densificação da livre iniciativa só pode configurar-se em toda sua extensão num mercado em que se observa a livre concorrência, até porque a liberdade de atuação no mercado decorre do equilíbrio entre os que nele interagem.” (FAZZIO JÚNIOR, Waldo. **Manual de Direito Comercial**. 10 ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 99).

Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

(...)

§ 2º - As empresas públicas e as sociedades de economia mista não poderão gozar de privilégios fiscais não extensivos às do setor privado.

§ 4º - A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros.

§ 5º - A lei, sem prejuízo da responsabilidade individual dos dirigentes da pessoa jurídica, estabelecerá a responsabilidade desta, sujeitando-a às punições compatíveis com sua natureza, nos atos praticados contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular.

Como se observa, a *Lex Legum* regulamentou a configuração jurídica das empresas estatais que desenvolvam atividade econômica de maneira a vedar indevidas vantagens concorrenciais decorrentes de eventuais privilégios de ordem civil, comercial, trabalhista ou fiscal, reafirmando, assim, a consagração da livre concorrência.

Ademais, depreende-se dos dispositivos acima transcritos que a Lei Maior reconheceu a existência do poder econômico como inerente ao modelo capitalista adotado. É repudiado, todavia, pela ordem constitucional pátria, o exercício abusivo deste poder. Nesta linha de entendimento, JOSÉ AFONSO DA SILVA ressalta: “Este [o poder econômico] não é, pois, condenado pelo regime constitucional. Não raro esse poder econômico é exercido de maneira anti-social. Cabe, então, ao Estado, intervir para coibir o abuso”¹⁵⁵.

Verifica-se, assim, que, no presente momento histórico, a regulação da concorrência confirma-se como elemento necessário à própria continuidade do sistema capitalista e, para além disso, desponta como mecanismo de realização de políticas públicas.

Refletindo a importância da regulação da concorrência na dinâmica econômica contemporânea, diversos diplomas normativos foram editados no Brasil visando à repressão do abuso de poder econômico e garantia do equilíbrio dos agentes econômicos. São eles: a Lei n.º 8.137/90, a qual regula crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo, a Lei n.º 8.176/91, que estabelece crimes contra a ordem econômica, a Lei n.º 8.884/94, denominada de Lei Antitruste, que estabelecia sanções administrativas decorrentes da adoção de

condutas violadoras da livre concorrência e, por fim, a Lei n.º 12.529/11, que revogou quase integralmente aquela, reestruturando o sistema brasileiro de defesa da concorrência.

Analisada a Constituição Econômica, é possível, agora, avançar ao exame da Constituição do Trabalho. É o que se fará a seguir.

3.5 A CONSTITUIÇÃO DO TRABALHO

O trabalho¹⁵⁶ é um elemento indispensável à formação, manutenção e desenvolvimento das organizações sociais¹⁵⁷. E é assim porque, para além de configurar-se como meio de efetivação da dignidade humana, o labor representa um acréscimo de utilidade social¹⁵⁸.

Conquanto a Revolução Industrial e o pensamento liberal hajam sido marcos no processo de valorização do trabalho¹⁵⁹, seguramente é no âmbito dos Estados

¹⁵⁵ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 27. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 795

¹⁵⁶ A respeito do alcance da expressão “trabalho”, leciona EDILTON MEIRELES: “Quando o homem realiza uma atividade em que é considerada em si mesma e em seu resultado (utilidade passível de apropriação por outrem), temos a atividade-trabalho” (**A Constituição do trabalho: o trabalho na constituição da Alemanha, Brasil, Espanha, França, Itália e Portugal**. São Paulo: LTr, 2012, p. 22).

¹⁵⁷ Neste sentido obtempera JORGE LUIZ SOUTO MAIOR: “Assim, sem trabalho o homem não se realiza e *sem um sistema equilibrado de divisão do trabalho a sociedade não se forma, ou tende à extinção*. Os aspectos econômicos que envolvem o trabalho, portanto, apesar de relevantes, *perdem sentido e deixam de ser importantes quando se imagina se imagina que o preço do sucesso econômico possa ser a própria extinção da sociedade, com a desvalorização do trabalho*” (grifos no original) (**O Direito do Trabalho como instrumento de justiça social**. São Paulo: LTr, 2000, p. 103).

¹⁵⁸ “O trabalho é, conforme a experiência, um valor moral aceito pelas sociedades contemporâneas e possui em si dupla função: primeiro, é uma das formas de se revelar e atingir o ideal de dignidade humana, além de promover a inserção social; segundo, é elemento econômico indispensável, direta ou indiretamente, para que haja crescimento” (BOCORNY, Leonar Raupp. **A valorização do trabalho humano do Estado Democrático de Direito**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003, p. 71).

¹⁵⁹ “O valor trabalho, porém, acabou por se impor por conta da revolução industrial. Isso porque, por razões aparentemente opostas, o novo sistema econômico percebeu que era importante difundir a ideologia da valorização do trabalho para obter a mão-de-obra necessária à produção da riqueza e, ao mesmo tempo, percebeu mais tarde que era necessário que a classe trabalhadora se tornasse consumidora da produção. O trabalho, então começa a ser enaltecido, seja, inicialmente e de forma maquiavélica, para exploração do labor humano, seja, num segundo momento, para assegurar o mercado consumidor” (MEIRELES, Edilton. Op. cit., p. 26).

Sociais que o labor encontra especial tutela jurídica. Pode-se, mesmo, visualizá-lo como ponto nevrálgico dos Estados Sociais¹⁶⁰.

A proliferação, no Ocidente, das disposições constitucionais a respeito do trabalho humano permitiu falar-se, ao lado de uma Constituição Econômica, da Constituição do Trabalho.

Acompanhando a lição de EDILTON MEIRELES, compreende-se a

(...) constituição do trabalho como o conjunto de regras e princípios constitucionais relativos ao trabalho. Não limitamos o seu objeto às relações de trabalho, pois, mais do que isso, a Constituição busca tratar do trabalho humano, ainda que não assalariado ou que não seja produto de uma relação jurídica¹⁶¹.

Reitere-se que, neste trabalho, opta-se pela análise da Constituição do Trabalho em tópico apartado da Constituição Econômica por entender-se que, embora sejam inegáveis as repercussões econômicas, o peculiar tratamento que deve ser dedicado à regulação do labor humano, em razão de, no Direito do Trabalho, a pessoa estar necessariamente implicada na atividade desenvolvida, é motivo suficiente para justificar a abordagem individualizada, afastando-se qualquer interpretação equivocada do trabalho como simples mercadoria¹⁶².

Apresentada a noção de Constituição do Trabalho, importa, agora, analisar sua configuração no ordenamento brasileiro, a principiar por aquele que consubstancia seu mais importante traço: o princípio da valorização do trabalho humano.

3.5.1 A valorização do trabalho humano

As Constituições ocidentais contemporâneas conferiram especial tratamento ao trabalho humano. Conforme se afirmou supra, a proteção ao labor consiste em ponto nuclear dos Estados Sociais.

¹⁶⁰ Precisamente por isso, GONZALO MAESTRO BUELGA considera a Constituição do Trabalho como núcleo da Constituição material do Estado Social: "*En nuestra opinión, la constitución del trabajo, especialmente en el Estado social, viene determinada por este. Más aún, cuando el Estado social articula su definición y actuación sobre la integración del conflicto social, la constitución del trabajo constituye el núcleo de su constitución material*" (**La constitución del trabajo en el Estado Social**. Granada: Comares, 2002, p. 06).

¹⁶¹ MEIRELES, Edilton. Op. cit., p. 19.

¹⁶² Neste sentido: BARBAGELATA, Héctor-Hugo. **O particularismo do Direito do Trabalho**. Revisão técnica Irany Ferrari. Tradução de Edilson Alkmin Cunha. São Paulo: LTr, 1996, p. 18.

Nessa linha, a Constituição da Itália declara ser a república italiana fundada no trabalho¹⁶³, resguardando o direito ao trabalho, assim como os meios para efetivá-lo, e instituindo a obrigação de exercício de uma atividade que concorra para o progresso — material ou espiritual — da sociedade, isto é, o dever ao trabalho¹⁶⁴.

Ademais, explicita a vinculação estatal à proteção do trabalho, ao desenvolvimento profissional, ao incentivo a normas coletivas e organizações internacionais dirigidas à garantia de direitos aos obreiros, bem como ao amparo de trabalhadores italianos em território estrangeiro¹⁶⁵. Orienta, ainda, a noção de salário justo e a limitação à jornada de trabalho¹⁶⁶, garantindo, também, a possibilidade de estabelecimento da participação dos trabalhadores na gestão da empresa¹⁶⁷.

Por sua vez, a Constituição portuguesa garante o direito ao trabalho, devendo o Estado adotar medidas que viabilizem sua efetivação¹⁶⁸. Assegura, ainda, um rol de direitos, tendo em vista a elevação da condição social do trabalhador¹⁶⁹.

¹⁶³ **Art. 1**

L'Italia è una Repubblica democratica, fondata sul lavoro.

La sovranità appartiene al popolo, che la esercita nelle forme e nei limiti della Costituzione.

¹⁶⁴ **Art. 4**

La Repubblica riconosce a tutti i cittadini il diritto al lavoro e promuove le condizioni che rendano effettivo questo diritto.

Ogni cittadino ha il dovere di svolgere, secondo le proprie possibilità e la propria scelta, un'attività o una funzione che concorra al progresso materiale o spirituale della società.

¹⁶⁵ **Art. 35.**

La Repubblica tutela il lavoro in tutte le sue forme ed applicazioni.

Cura la formazione e l'elevazione professionale dei lavoratori.

Promuove e favorisce gli accordi e le organizzazioni internazionali intesi ad affermare e regolare i diritti del lavoro.

Riconosce la libertà di emigrazione, salvo gli obblighi stabiliti dalla legge nell'interesse generale, e tutela il lavoro italiano all'estero.

¹⁶⁶ **Art. 36.**

Il lavoratore ha diritto ad una retribuzione proporzionata alla quantità e qualità del suo lavoro e in ogni caso sufficiente ad assicurare a sé e alla famiglia un'esistenza libera e dignitosa.

La durata massima della giornata lavorativa è stabilita dalla legge.

Il lavoratore ha diritto al riposo settimanale e a ferie annuali retribuite, e non può rinunziarvi.

¹⁶⁷ **Art. 46.**

Ai fini della elevazione economica e sociale del lavoro in armonia con le esigenze della produzione, la Repubblica riconosce il diritto dei lavoratori a collaborare, nei modi e nei limiti stabiliti dalle leggi, alla gestione delle aziende.

¹⁶⁸ **Artigo 58.º - Direito ao trabalho**

1. Todos têm direito ao trabalho.

2. Para assegurar o direito ao trabalho, incumbe ao Estado promover:

- a) A execução de políticas de pleno emprego;
- b) A igualdade de oportunidades na escolha da profissão ou género de trabalho e condições para que não seja vedado ou limitado, em função do sexo, o acesso a quaisquer cargos, trabalho ou categorias profissionais;
- c) A formação cultural e técnica e a valorização profissional dos trabalhadores.

¹⁶⁹ **Artigo 59.º - Direitos dos trabalhadores**

A seu turno, a Carta Política espanhola garante o direito ao trabalho, impondo, ao concomitantemente o dever ao trabalho, e reconhecendo o labor como meio de desenvolvimento da personalidade humana, vedando-se, assim, a discriminação, devendo ser remunerado de maneira justa¹⁷⁰. Vincula, ainda, o Estado à criação e à implementação de políticas públicas tendentes ao pleno emprego e ao progresso social e econômico¹⁷¹.

No Brasil, a orientação constitucional de valorização do trabalho não encontra lastro apenas no art. 170, *caput*, estando consagrada no art. 1º, inciso IV¹⁷², como

1. Todos os trabalhadores, sem distinção de idade, sexo, raça, cidadania, território de origem, religião, convicções políticas ou ideológicas, têm direito:

- a) À retribuição do trabalho, segundo a quantidade, natureza e qualidade, observando-se o princípio de que para trabalho igual salário igual, de forma a garantir uma existência condigna;
- b) A organização do trabalho em condições socialmente dignificantes, de forma a facultar a realização pessoal e a permitir a conciliação da actividade profissional com a vida familiar;
- c) A prestação do trabalho em condições de higiene, segurança e saúde;
- d) Ao repouso e aos lazeres, a um limite máximo da jornada de trabalho, ao descanso semanal e a férias periódicas pagas;
- e) À assistência material, quando involuntariamente se encontrem em situação de desemprego;
- f) A assistência e justa reparação, quando vítimas de acidente de trabalho ou de doença profissional.

2. Incumbe ao Estado assegurar as condições de trabalho, retribuição e repouso a que os trabalhadores têm direito, nomeadamente:

- a) O estabelecimento e a actualização do salário mínimo nacional, tendo em conta, entre outros factores, as necessidades dos trabalhadores, o aumento do custo de vida, o nível de desenvolvimento das forças produtivas, as exigências da estabilidade económica e financeira e a acumulação para o desenvolvimento;
- b) A fixação, a nível nacional, dos limites da duração do trabalho;
- c) A especial protecção do trabalho das mulheres durante a gravidez e após o parto, bem como do trabalho dos menores, dos diminuídos e dos que desempenhem actividades particularmente violentas ou em condições insalubres, tóxicas ou perigosas;
- d) O desenvolvimento sistemático de uma rede de centros de repouso e de férias, em cooperação com organizações sociais;
- e) A protecção das condições de trabalho e a garantia dos benefícios sociais dos trabalhadores emigrantes;
- f) A protecção das condições de trabalho dos trabalhadores estudantes.

3. Os salários gozam de garantias especiais, nos termos da lei.

¹⁷⁰ **Artículo 35**

Todos los españoles tienen el deber de trabajar y el derecho al trabajo, a la libre elección de profesión u oficio, a la promoción a través del trabajo y a una remuneración suficiente para satisfacer sus necesidades y las de su familia, sin que en ningún caso pueda hacerse discriminación por razón de sexo.

La ley regulará un estatuto de los trabajadores.

¹⁷¹ **Artículo 40**

Los poderes públicos promoverán las condiciones favorables para el progreso social y económico y para una distribución de la renta regional y personal más equitativa, en el marco de una política de estabilidad económica. De manera especial realizarán una política orientada al pleno empleo.

Asimismo, los poderes públicos fomentarán una política que garantice la formación y readaptación profesionales; velarán por la seguridad e higiene en el trabajo y garantizarán el descanso necesario, mediante la limitación de la jornada laboral, las vacaciones periódicas retribuidas y la promoción de centros adecuados.

¹⁷² 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:

(...)

fundamento da República Federativa do Brasil, bem como no art. 193¹⁷³, qualificada como elemento basilar da Ordem Social.

Há que se observar, inicialmente, que o *caput* do art. 170 não menciona *valorização* do trabalho e da livre iniciativa, nem refere apenas o trabalho humano como fundamento da ordem econômica. O constituinte optou por explicitar que a estrutura da ordem econômica deve fundar-se na livre iniciativa e na *valorização* do trabalho realizado pelo homem.

Isso significa que a Carta Magna destinou especial proteção ao labor humano¹⁷⁴. Este não deve ser visto como mero fator de produção, mas como fator de realização e satisfação pessoal daquele que o empreende. Trata-se de verdadeira “fonte de realização material, moral e espiritual do trabalhador”¹⁷⁵.

Importa distinguir, acompanhando a doutrina de EDILTON MEIRELES, as noções de valor social do trabalho e de valorização do trabalho humano, ambas consagradas na carta constitucional pátria. O primeiro diz respeito ao trabalho considerado em “si próprio”¹⁷⁶, de modo objetivo. A segunda refere-se à projeção da personalidade do homem-trabalhador, correspondendo, portanto, a uma dimensão subjetiva¹⁷⁷.

Para além da compatibilização entre a proteção dos trabalhadores e a dinâmica da economia de mercado, o reconhecimento do valor social do trabalho e a valorização

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

¹⁷³ Art. 193. A ordem social tem como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais.

¹⁷⁴ JOSÉ AFONSO DA SILVA sustenta que: “(...) embora capitalista, a ordem econômica dá prioridade aos valores do trabalho humano sobre todos os demais valores da economia de mercado.” (SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 27. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 788). Conquanto tal afirmação revele importante reconhecimento doutrinário da especial valorização que se deve destinar ao desenvolvimento das atividades laborais, não é possível, para aqueles que adotam a noção de princípio proposta por ALEXY, acompanhar a assertiva do autor brasileiro. Isto porque fazê-lo significaria admitir a existência de uma relação de precedência incondicionada entre princípios, o que frontalmente se contrapõe à idéia de princípios como normas que determinam que algo deve ser realizado na maior medida possível, de acordo com as condições fáticas e jurídicas do caso concreto. Não há princípios absolutos. Diante de inevitáveis tensões entre princípios, o jurista deverá proceder ao sopesamento, buscando a concordância prática entre eles e a máxima realização possível, no caso particular, de cada um dos princípios colidentes. A relação de precedência entre princípios é sempre relativa e dependente das peculiaridades do caso específico.

¹⁷⁵ SILVA NETO, Manoel Jorge. **Direito Constitucional Econômico**. São Paulo: LTr, 2001, p. 96. No mesmo sentido, pondera EDILTON MEIRELES que “(...) é através do trabalho que o homem se vê, exterioriza-se, realiza-se e se coloca diante dos outros” (**A Constituição do trabalho: o trabalho na constituição da Alemanha, Brasil, Espanha, França, Itália e Portugal**. São Paulo: LTr, 2012, p. 21).

¹⁷⁶ MEIRELES, Edilton. Op. cit., p. 32.

¹⁷⁷ Ibidem, p. 32.

do trabalho humano despontam como princípios imbuídos de particular potencial transformador¹⁷⁸. Sua concretização é elemento essencial ao modelo de capitalismo constitucionalmente adotado, bem como veículo de realização de diversos outros postulados constitucionais, tais como a justiça social e garantia de existência digna. Lastreados na previsão constitucional, todos os trabalhadores têm direito de ver reconhecida a importância do seu labor no desenvolvimento nacional e, mais do que isso, têm direito à promoção de melhores condições de trabalho e existência, além da observância das garantias constitucionais e legais incidentes sobre as relações de trabalho. Malgrado todos os Poderes Públicos devam orientar sua atuação respectiva à realização deste princípio, é inegável o destacado papel desempenhado pelo Judiciário Trabalhista em sua concretização.

O tratamento anti-isonômico, o não pagamento das verbas trabalhistas, a prática de assédio moral¹⁷⁹, o desrespeito às normas de segurança e saúde do trabalho — enfim, a violação a direitos laborais específicos ou inespecíficos, na conhecida lição de PALOMEQUE LOPEZ¹⁸⁰ — são exemplos de manifestações de desvalorização do trabalho humano, em relação às quais a Carta Política orienta-se claramente no sentido da reprovação.

Por fim, cumpre registrar que é possível, com espeque no pensamento de RICARDO ANTÔNIO LUCAS CAMARGO, extrair quatro desdobramentos a partir do princípio da valorização do trabalho humano, a saber: o afastamento de interpretações que atentem contra a importância reconhecida ao labor como fonte de subsistência e desenvolvimento, a desconsideração de propostas hermenêuticas que visualizem o pagamento das parcelas trabalhistas como filantropia, o banimento de interpretações

¹⁷⁸ GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988** (Interpretação e crítica). 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 182. Referindo-se ao sentido atribuído à valorização do trabalho humano, LEONARDO BOCORNY afirma que “(...) o grande avanço do significado do conceito que se deu no último século foi no sentido de se admitir o trabalho (e o trabalhador) como principal agente de transformação da economia e meio de inserção social, por isso, não pode ser excluído do debate relativo às mudanças das estruturas de uma sociedade” (**A valorização do trabalho humano do Estado Democrático de Direito**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003, p. 42).

¹⁷⁹ RODOLFO PAMPLONA FILHO leciona que o assédio moral consiste em “uma conduta abusiva, de natureza psicológica, que atenta contra a dignidade psíquica do indivíduo, de forma reiterada, tendo por efeito a sensação de exclusão do ambiente e do convívio social” (**Noções conceituais sobre o assédio moral na relação de emprego**. Disponível em: http://www.faculdadebaianadedireito.com/artigosCompleto.asp?artigos_codigo=21. Acesso em: 09/05/2012, p. 02).

¹⁸⁰ LOPEZ, Manuel Carlos Palomeque. *Derechos fundamentales generales y relacion laboral: los derechos laborales inespecíficos in El Modelo Social en la Constitución Española de 1978*. Antonio V. Sempere Navarro (Director). Madri: Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2003, p. 229.

que redundem na elevação da desigualdade social¹⁸¹ e a obstaculização de políticas e atos que impliquem aumento do desemprego¹⁸².

Examinada a configuração jurídica do valor social do trabalho e da valorização do trabalho humano, importa seguir adiante, a fim de sistematizar as normas trabalhistas constantes no texto constitucional. É o que se fará a seguir.

3.5.2 O “bloco de constitucionalidade” do Direito do Trabalho

A expressão “bloco de constitucionalidade” do Direito do Trabalho é utilizada por EDILTON MEIRELES para designar o conjunto de regras constitucionais disciplinadoras do labor humano¹⁸³.

Em perspectiva sistemática, classifica o autor as normas em seis grupos, que serão adiante abordados.

O primeiro grupo¹⁸⁴ refere-se às normas relativas às liberdades públicas, a exemplo da liberdade de eleição de profissão¹⁸⁵, da liberdade sindical¹⁸⁶ e do direito de greve¹⁸⁷.

O segundo grupo¹⁸⁸ diz respeito aos direitos do cidadão relacionados ao trabalho, abrangendo, exemplificativamente, as normas consagradoras da igualdade formal e

¹⁸¹ Obtempera EDILTON MEIRELES que esta consequência, de outra parte, “decorreria do princípio da valorização do trabalho humano em sua vertente impeditiva do retrocesso social, ao lado dos objetivos fundamentais da República de construção de uma sociedade justa e solidária livre de desigualdades sociais e da pobreza” (**A Constituição do trabalho: o trabalho na constituição da Alemanha, Brasil, Espanha, França, Itália e Portugal**. São Paulo: LTr, 2012, p. 33-34). O princípio da vedação ao retrocesso social, vale esclarecer, torna “insusceptíveis de rebaixamento os níveis sociais já alcançados e protegidos pela ordem jurídica, seja por meio de normas supervenientes, seja por intermédio de interpretação restritiva” (REIS, Daniela Muradas. O princípio da vedação do retrocesso jurídico e social no Direito Coletivo do Trabalho *in* **Revista Síntese Trabalhista e Previdenciária**. São Paulo, v. 22, 2011, p. 84).

¹⁸² CAMARGO, Ricardo Antônio Lucas. **Ordem jurídico-econômica e trabalho**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998, p. 55-68.

¹⁸³ MEIRELES, Edilton. Op. cit., p. 118.

¹⁸⁴ *Ibidem*, p. 118.

¹⁸⁵ Art. 5º (*omissis*) XIII - é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer;

¹⁸⁶ Art. 8º É livre a associação profissional ou sindical, observado o seguinte: (...)

¹⁸⁷ Art. 9º É assegurado o direito de greve, competindo aos trabalhadores decidir sobre a oportunidade de exercê-lo e sobre os interesses que devam por meio dele defender.

¹⁸⁸ *Ibidem*, p. 118.

da material¹⁸⁹, o direito ao trabalho¹⁹⁰ e o acesso democrático a empregos públicos¹⁹¹.

A terceira¹⁹² categoria corresponde às normas assecuratórias de direitos aos trabalhadores subordinados, como o décimo terceiro salário, o FGTS e o aviso prévio proporcional ao tempo de serviço.

Num quarto bloco¹⁹³, situam-se os direitos de defesa, isto é, aqueles obstativos da atuação de terceiros voltados a inviabilizar o exercício de direitos ou interesses dos trabalhadores. São exemplos a garantia de ampla substituição processual pelos

¹⁸⁹ Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

(...)

XX - proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos da lei;

(...)

XXX - proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil;

XXXI - proibição de qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência;

XXXII - proibição de distinção entre trabalho manual, técnico e intelectual ou entre os profissionais respectivos;

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:

(...)

VIII - a lei reservará percentual dos cargos e empregos públicos para as pessoas portadoras de deficiência e definirá os critérios de sua admissão;

(...)

X - a remuneração dos servidores públicos e o subsídio de que trata o § 4º do art. 39 somente poderão ser fixados ou alterados por lei específica, observada a iniciativa privativa em cada caso, assegurada revisão geral anual, sempre na mesma data e sem distinção de índices;

XI - a remuneração e o subsídio dos ocupantes de cargos, funções e empregos públicos da administração direta, autárquica e fundacional, dos membros de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, dos detentores de mandato eletivo e dos demais agentes políticos e os proventos, pensões ou outra espécie remuneratória, percebidos cumulativamente ou não, incluídas as vantagens pessoais ou de qualquer outra natureza, não poderão exceder o subsídio mensal, em espécie, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, aplicando-se como li-mite, nos Municípios, o subsídio do Prefeito, e nos Estados e no Distrito Federal, o subsídio mensal do Governador no âmbito do Poder Executivo, o subsídio dos Deputados Estaduais e Distritais no âmbito do Poder Legislativo e o sub-sídio dos Desembargadores do Tribunal de Justiça, limitado a noventa inteiros e vinte e cinco centésimos por cento do subsídio mensal, em espécie, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, no âmbito do Poder Judiciário, aplicável este limite aos membros do Ministério Público, aos Procuradores e aos Defensores Públicos;

¹⁹⁰ Art. 7º (*omissis*) I - relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos;

¹⁹¹ Art. 37. (*omissis*) I - os cargos, empregos e funções públicas são acessíveis aos brasileiros que preencham os requisitos estabelecidos em lei, assim como aos estrangeiros, na forma da lei;

¹⁹² Ibidem, p. 119.

¹⁹³ Ibidem, p. 119-120.

sindicatos¹⁹⁴, o dissídio coletivo¹⁹⁵ e o reconhecimento da legitimidade de entes sindicais para propositura de ações constitucionais¹⁹⁶.

O quinto grupo¹⁹⁷ diz respeito às normas regulamentadoras da política socioeconômica nacional, as quais podem ser divididas nas seguintes subcategorias: proteção do emprego (como a imposição de busca do pleno emprego¹⁹⁸ e a proteção do obreiro em face de desemprego decorrente da automação¹⁹⁹), seguridade social (a exemplo do direito à aposentadoria²⁰⁰), política agrícola (como a proteção à moradia do trabalhador rural²⁰¹ e a densificação da função social da propriedade imóvel rural em função, também, do respeito ao bem-estar dos trabalhadores²⁰²), formação e qualificação profissional (como o direito à profissionalização e à educação voltada ao pleno desenvolvimento da pessoa²⁰³), proteção tributária (a exemplo da proibição de estabelecimento de imposto sobre o patrimônio relacionado aos fins essenciais dos entes sindicais²⁰⁴), política

¹⁹⁴ Art. 8º (*omissis*) III - ao sindicato cabe a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões judiciais ou administrativas;

¹⁹⁵ Art. 114 (*omissis*) § 2º Recusando-se qualquer das partes à negociação coletiva ou à arbitragem, é facultado às mesmas, de comum acordo, ajuizar dissídio coletivo de natureza econômica, podendo a Justiça do Trabalho decidir o conflito, respeitadas as disposições mínimas legais de proteção ao trabalho, bem como as convencionadas anteriormente.

¹⁹⁶ Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade:

(...)

IX - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

¹⁹⁷ *Ibidem*, p. 120-125.

¹⁹⁸ 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:

(...)

VIII - busca do pleno emprego;

¹⁹⁹ Art. 7º (*omissis*) XXVII - proteção em face da automação, na forma da lei;

²⁰⁰ Art. 7º (*omissis*) XXIV - aposentadoria;

²⁰¹ Art. 187. A política agrícola será planejada e executada na forma da lei, com a participação efetiva do setor de produção, envolvendo produtores e trabalhadores rurais, bem como dos setores de comercialização, de armazenamento e de transportes, levando em conta, especialmente:

(...)

VII - a eletrificação rural e irrigação;

VIII - a habitação para o trabalhador rural.

²⁰² Art. 186. A função social é cumprida quando a propriedade rural atende, simultaneamente, segundo critérios e graus de exigência estabelecidos em lei, aos seguintes requisitos:

(...)

III - observância das disposições que regulam as relações de trabalho;

IV - exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores.

²⁰³ Art. 205. A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.

²⁰⁴ Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

(...)

assistencial (como o auxílio à integração no mercado de trabalho²⁰⁵), proteção aos obreiros de baixa renda (como a assistência gratuita aos filhos menores em creches e pré-escolas²⁰⁶ e o pagamento do salário-família²⁰⁷), garantias ao menor, à mulher, ao deficiente e à maternidade e paternidade (encontram-se nesta subcategoria a vedação ao trabalho infantil²⁰⁸, normas de proteção ao trabalhador deficiente²⁰⁹, bem como a licença-maternidade²¹⁰), proteção da higiene, saúde e segurança (situam-se aqui as normas de proteção ao meio ambiente de trabalho²¹¹).

VI - instituir impostos sobre:

(...)

c) patrimônio, renda ou serviços dos partidos políticos, inclusive suas fundações, das entidades sindicais dos trabalhadores, das instituições de educação e de assistência social, sem fins lucrativos, atendidos os requisitos da lei;

(...)

§ 4º - As vedações expressas no inciso VI, alíneas "b" e "c", compreendem somente o patrimônio, a renda e os serviços, relacionados com as finalidades essenciais das entidades nelas mencionadas.

²⁰⁵ Art. 203. A assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social, e tem por objetivos:

(...)

III - a promoção da integração ao mercado de trabalho;

²⁰⁶ Art. 7º (*omissis*) XXV - assistência gratuita aos filhos e dependentes desde o nascimento até 5 (cinco) anos de idade em creches e pré-escolas;

²⁰⁷ Art. 7º (*omissis*) XII - salário-família pago em razão do dependente do trabalhador de baixa renda nos termos da lei;

²⁰⁸ Art. 7º (*omissis*) XXXIII - proibição de trabalho noturno, perigoso ou insalubre a menores de dezoito e de qualquer trabalho a menores de dezesseis anos, salvo na condição de aprendiz, a partir de quatorze anos;

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

§ 3º - O direito a proteção especial abrangerá os seguintes aspectos:

I - idade mínima de quatorze anos para admissão ao trabalho, observado o disposto no art. 7º, XXXIII;

²⁰⁹ Art. 7º (*omissis*) XXXI - proibição de qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência;

Art. 227. (*omissis*) § 1º O Estado promoverá programas de assistência integral à saúde da criança, do adolescente e do jovem, admitida a participação de entidades não governamentais, mediante políticas específicas e obedecendo aos seguintes preceitos:

(...)

II - criação de programas de prevenção e atendimento especializado para as pessoas portadoras de deficiência física, sensorial ou mental, bem como de integração social do adolescente e do jovem portador de deficiência, mediante o treinamento para o trabalho e a convivência, e a facilitação do acesso aos bens e serviços coletivos, com a eliminação de obstáculos arquitetônicos e de todas as formas de discriminação.

²¹⁰ Art. 7º (*omissis*) XVIII - licença à gestante, sem prejuízo do emprego e do salário, com a duração de cento e vinte dias;

²¹¹ Art. 7º (*omissis*) XXII - redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança;

Art. 200. Ao sistema único de saúde compete, além de outras atribuições, nos termos da lei:

(...)

II - executar as ações de vigilância sanitária e epidemiológica, bem como as de saúde do trabalhador;

(...)

VIII - colaborar na proteção do meio ambiente, nele compreendido o do trabalho.

O último grupo²¹² refere-se às regras de organização do Estado, de que são exemplos a definição da competência da União para legislar sobre Direito do Trabalho²¹³ e a garantia de participação de trabalhadores e patrões nas composições colegiadas de órgãos voltados ao debate e à decisão acerca de seus interesses profissionais ou previdenciários²¹⁴.

Verifica-se, a partir da enunciação desses dispositivos, que o constituinte decidiu dedicar importante parcela da Carta Magna à fixação de normas de proteção ao labor humano. Todavia, a realidade social da maioria da população brasileira parece indicar que as promessas de 1988 não encontram espaço no mundo dos fatos. Precisamente esta inquietação impõe o exame, a seguir, da tese da constitucionalização simbólica.

3.5.3 A tese da constitucionalização simbólica

Nos tópicos pretéritos, examinou-se o que se pode denominar de Constituição do Trabalho, concluindo-se pela elevada estatura constitucional conferida ao princípio da valorização do trabalho humano e pelo reconhecimento da existência de uma grande quantidade de dispositivos relacionados à proteção do trabalhador e à promoção de sua dignidade.

O enorme contraste entre texto e realidade é o suficiente para levar o intérprete minimamente sensível a questionar-se acerca da efetividade de tais normas e, mesmo, da intenção do constituinte ao editar tão prodigioso estatuto jurídico do labor humano. Importa, então, analisar a noção de constitucionalização simbólica, difundida no Brasil através de excelente trabalho da lavra de MARCELO NEVES²¹⁵. Nele, o autor realiza o estudo da legislação simbólica para, após, empreender o exame do fenômeno da constitucionalização simbólica.

²¹² Ibidem, p. 125.

²¹³ Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:

I - direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho;

²¹⁴ Art. 10. É assegurada a participação dos trabalhadores e empregadores nos colegiados dos órgãos públicos em que seus interesses profissionais ou previdenciários sejam objeto de discussão e deliberação.

²¹⁵ NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007.

Assim, partindo da construção teórica de KINDERMANN, MARCELO NEVES afirma que os atos normativos que podem ser denominados de legislação simbólica destinam-se a três espécies de finalidades²¹⁶.

Uma primeira finalidade é a confirmação de valores sociais. Leis editadas para atender tal finalidade visam a oferecer a grupos sociais a sensação de obtenção de uma “conquista legislativa”, “como uma forma de reconhecimento da ‘superioridade’ ou predominância social de sua concepção valorativa, sendo-lhes secundária a eficácia normativa da respectiva lei”²¹⁷.

A segunda finalidade é o reforço da confiança na atuação estatal. Em tais casos, o “legislador, muitas vezes sob pressão direta do público, elabora diplomas normativos para satisfazer as expectativas dos cidadãos, sem que com isso haja o mínimo de condições de efetivação das respectivas normas”²¹⁸.

A terceira finalidade que pode ser encontrada em uma legislação simbólica é prostrar o oferecimento de uma resposta a um conflito social. O texto legislativo criado é suficiente para diferir a solução do embate entre interesses sociais ou políticos diversos — ou mesmo opostos —, sendo aprovado “exatamente porque está presente a perspectiva da ineficácia da respectiva lei. O acordo não se funda então no conteúdo do diploma normativo, mas sim na transferência da solução do conflito para um futuro indeterminado”²¹⁹.

Nas hipóteses nas quais a busca de tais finalidades é realizada através do texto²²⁰ constitucional, tem-se o fenômeno da constitucionalização simbólica.

Precisamente em razão do descompasso entre texto e mundo dos fatos, a implementação das promessas contidas em dispositivos constitucionais simbólicos demanda a ocorrência de alterações substanciais no tecido social²²¹. Para levá-las a

²¹⁶ Ibidem, p. 33.

²¹⁷ Ibidem, p. 33.

²¹⁸ Ibidem, p. 36.

²¹⁹ Ibidem, p. 41

²²⁰ Vale lembrar que texto e norma não se confundem. A “relação entre enunciado normativo e norma equivale à relação entre enunciado afirmativo e afirmação” (ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 57).

²²¹ “Em caso de constitucionalização simbólica, o problema ‘ideológico’ consiste no fato de que se transmite um modelo cuja realização só seria possível sob condições sociais totalmente diversas. Dessa maneira, perde-se transparência em relação ao fato de que a situação social correspondente ao modelo constitucional simbólico só poderia tornar-se realidade mediante uma profunda transformação da sociedade. Ou o figurino constitucional atua como ideal, que através dos ‘donos do poder’ e sem prejuízo para os grupos privilegiados deverá ser realizado, desenvolvendo-se, então, a

cabo, todavia, lamentavelmente não há verdadeiro interesse político. Ao revés, sua edição, por vezes, consiste em expediente manejado para garantir a manutenção do *status quo*. Um sistema jurídico — e, em conseqüência, qualquer de seus elementos constitutivos, a exemplo da legislação constitucional e infraconstitucional —, afinal, simplesmente não pode admitir-se como injusto, sob pena de não persistir como sistema jurídico²²².

Ao elaborar um dispositivo constitucional simbólico, o constituinte está apenas a *simular o atendimento à pretensão de correção*, uma vez que supõe ser, do ponto de vista prático, vazio o seu conteúdo.

Ao atuar dessa maneira, o legislador constitucional não tenciona deflagrar um processo de solução de desigualdades sociais e problemas econômicos, mas, em verdade, apenas busca fixar a imagem de ente sinceramente imbuído de preocupação com tais questões²²³. Alcançando êxito na medida, desonera-se do efetivo cumprimento de suas responsabilidades constitucionais, consagrando um modelo de “Constitucionalismo aparente”²²⁴.

Nessa ordem de idéias, o papel desempenhado pelo Poder Judiciário assume elevada importância. Obviamente, não se está a defender a atuação do Judiciário como solução de todos os problemas do Brasil — ou de qualquer outro lugar. Reforma política e intensificação da mobilização social seriam, certamente, desejáveis como elementos propulsores de alterações sociais prementes.

fórmula retórica da boa intenção do legislador constituinte e dos governantes em geral” (Ibidem, p. 98).

²²² A temática foi abordada no segundo capítulo deste trabalho. Consoante o pensamento de ROBERT ALEXY, “(...) sistemas normativos que não formulam explícita nem implicitamente uma pretensão à correção não são sistemas jurídicos. Todo sistema jurídico implica uma pretensão à correção” (**Conceito e validade do direito**. Tradução de Gercélia Batista de Oliveira Mendes. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009, p. 41-42).

²²³ “Através do discurso constitucional, é possível, com êxito maior ou menor, construir-se perante o público a imagem de um Estado ou um governo identificado com os valores constitucionais, apesar da ausência de um mínimo de concretização das respectivas normas constitucionais. Trazendo a esse contexto palavras de Luhmann, trata-se de um caso típico de ‘exploração’ do sistema jurídico pela política. Não se configura aqui uma ‘exploração’ eventual ou em aspectos isolados, mas sim uma ‘superexploração’ generalizada. Daí por que se fala de ‘sociedade hiperpoliticada’ em casos de constitucionalização simbólica” (NEVES, Marcelo. Op. cit., p. 151).

²²⁴ “O ‘Constitucionalismo aparente’ implica, nessas condições, uma representação ilusória em relação à realidade constitucional, servindo antes para imunizar o sistema político contra outras alternativas. Através dele, não apenas podem permanecer inalterados os problemas e relações que seriam normatizados com base nas respectivas disposições constitucionais, mas também ser obstruído o caminho das mudanças sociais em direção ao proclamado Estado Constitucional” (Ibidem, p. 98).

Não há dúvida, porém, de que não é tarefa do Poder Judiciário assegurar eventual caráter simbólico de dispositivos constitucionais. Incumbe-lhe, isto sim, observar a força normativa da Constituição²²⁵.

Afirmou-se no segundo capítulo que, neste trabalho, compreende-se ativismo judicial como o *atendimento à ética da responsabilidade, imposta ao magistrado, em sua tríplice dimensão*. Deve, então, o órgão jurisdicional atentar para a pretensão de correção, atuando no sentido de efetivar a pauta axiológica consagrada no ordenamento jurídico — e, prioritariamente, na Constituição —, cumprir o dever de fundamentação, valendo-se da argumentação jurídica, e assegurar a participação dos envolvidos, oportunizando-lhes a manifestação, de modo a preservar o pluralismo moral.

Isso significa que integra a função desempenhada pelo Poder Judiciário afastar funções meramente simbólicas atribuídas a dispositivos constitucionais, efetivando os conteúdos axiológicos presentes na Carta de 1988.

Tal postura aplica-se, naturalmente, também à denominada Constituição do Trabalho, devendo o magistrado buscar a realização da prodigiosa rede de proteção ao labor humano tecida pela Carta Magna, pautando-se pela ética da responsabilidade.

Para atendimento deste desiderato, poderá o magistrado, ao construir suas decisões, valer-se de conhecimentos provenientes de outras áreas da vivência humana. O capítulo seguinte dedica-se a demonstrar como a Análise Econômica do Direito pode ser uma valiosa ferramenta para tanto.

²²⁵ Na lição de KONRAD HESSE, “(e)mbora a Constituição não possa, por si só, realizar nada, ela pode impor tarefas. A Constituição transforma-se em força ativa se essas tarefas forem efetivamente realizadas, se existir a disposição de orientar a própria conduta segundo a ordem nela estabelecida, se, a despeito de todos os questionamentos e reservas provenientes dos juízos de conveniência, se puder identificar a vontade de concretizar essa ordem. Concluindo, pode-se afirmar que a Constituição converter-se-á em força ativa se fizerem-se presentes, na consciência geral – particularmente na consciência dos principais responsáveis pela ordem constitucional –, não só a vontade de poder (*Wille zur Macht*), mas a vontade de constituição (*Wille zur Verfassung*)” (**A força normativa da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991, p. 19). Enquanto FERDINAND LASSALE ressaltou que uma Constituição que não refletisse os fatores reais de poder não seria qualquer coisa além de um pedaço de papel (**A Essência da Constituição**. 8 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 33), KONRAD HESSE, conquanto admitisse a existência do condicionamento do texto constitucional relativamente ao mundo dos fatos e à historicidade (Op. cit., p. 24), salientou a importância da força normativa de uma Constituição para direcionamento e ordenação da sociedade.

4 A ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

É freqüente, nos países influenciados pela cultura jurídica romano-germânica, uma visão do Direito dissociada de outras áreas do conhecimento humano. Nestes ambientes, leis e decisões judiciais costumam ser anunciadas como a solução para problemas da sociedade. Na maioria dos casos, todavia, elas são apenas *parte* da resposta. Às vezes podem, lamentavelmente, ser um verdadeiro agravante do problema.

Compreender a estrutura do comportamento humano e reconhecer a importância das conseqüências de uma escolha — legislativa, judicial, administrativa ou particular — como elemento a ser considerado no próprio momento em que se elege uma opção são pressupostos para uma aplicação do Direito efetivamente vinculada à realidade social que este regula. Concorrem eles, portanto, em larga medida, para a afirmação da autoridade e da legitimidade do ordenamento jurídico.

Inquietados precisamente com estas questões, estudiosos de todo o mundo²²⁶ estão voltando sua atenção para as propostas teóricas do movimento *Law and Economics*, iniciado nos Estados Unidos da América.

No segundo capítulo deste trabalho, examinou-se a inexorável vinculação entre o direito e a moral e a conseqüente postura renovada que se tem reconhecido ao Poder Judiciário, enquanto o terceiro capítulo destinou-se a analisar a disciplina constitucional da economia e do trabalho humano.

A exposição teórica até desenvolvida será, agora, complementada com o estudo acerca das influências sócio-econômicas das decisões de um Poder Judiciário que não deve negar a dimensão ética de sua atuação nem negligenciar o contexto constitucional em que se inserem as lides, o que será empreendido mediante o instrumental oferecido pela Análise Econômica do Direito.

O presente capítulo, animado pela disposição científica de investigação das potencialidades desta abordagem do Direito, destina-se a compreender seus

²²⁶ Nas últimas décadas, foram criados periódicos específicos e oferecidas disciplinas em instituições de ensino ao redor de todo o globo, a exemplo de Alemanha, Itália, Portugal, Holanda, Espanha, Israel, Japão, Austrália, Nova Zelândia, Argentina, Peru e México, consoante noticiam EUGÊNIO BATTESINI, GIÁCOMO BALBINOTTO NETO e LUCIANO BENETTI TIMM, na introdução à edição

fundamentos, visando a discutir sua utilização como instrumento legítimo pelo Poder Judiciário, particularmente nas hipóteses de prática de *dumping* social.

Para desempenho desse mister, examinar-se-á o contexto de seu surgimento, esclarecendo-se, após, algumas noções equivocadas ainda verificadas em sua difusão doutrinária. Na sequência, serão estudados os pressupostos teóricos do *Law and Economics*, bem como os limites em sua aplicação.

O ponto de partida da investigação proposta, conforme já adiantado, consiste no exame do contexto de advento do movimento em apreço. Este será o objeto da seção seguinte.

4.1 SURGIMENTO E EVOLUÇÃO DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

O progressivo reconhecimento das fragilidades do positivismo jurídico redundou, consoante asseverado, em variadas reações acadêmicas em torno do mundo. Nos Estados Unidos, a ampla aceitação de que gozava o utilitarismo filosófico favoreceu a receptividade, a partir da década de 1920, de um conjunto de idéias que, posteriormente, viria a ser denominado de Realismo Jurídico. As linhas mestras deste movimento foram construídas, sobretudo, nas faculdades de Columbia e Yale²²⁷.

O seu mais destacado precursor, contudo, foi um professor vinculado à *Harvard Law School*: OLIVER WENDELL HOLMES²²⁸. No opúsculo “*Path of the Law*”, publicado em 1897, HOLMES insurgia-se contra a ciência jurídica tradicional, que visualizava a aplicação formalista dos precedentes²²⁹ como o método adequado na investigação

brasileira de COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Direito & Economia**. 5 ed. Porto Alegre: Bookman, 2010).

²²⁷ GREEN, Michael Steven. *Legal Realism as Theory of Law*. **William & Mary Law Review**, Vol. 46, pp. 1915-2000, 2005, p. 1917. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=761007>. Acesso em 08 nov. 2011.

²²⁸ Além de professor de Direito em Harvard, HOLMES foi juiz da Suprema Corte de Massachusetts e, posteriormente, da Suprema Corte dos Estados Unidos da América. Outros importantes nomes para o Realismo Jurídico, atuantes em Columbia e Yale, foram KARL LLEWELLYN, UNDERHILL MOORE, WALTER WHELLER COOK, HERMAN OLIPHANT e LEON GREEN (LEITER, Brian, **American Legal Realism**. *U of Texas Law, Public Law Research Paper* No. 42, p. 03. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=339562> or doi:10.2139/ssrn.339562. Acesso em 08 nov. 2011).

²²⁹ Precisamente este modelo de elaboração de decisões judiciais levaria ROSCOE POUND a cunhar a expressão crítica “jurisprudência mecânica” (GELTER, Martin; GRECHENIG, Kristoffel. A divergência transatlântica no pensamento jurídico: o direito e economia norte-americano vs o

jurídica. Sustentava o jurista a necessidade de preocupação com os fins sociais pretendidos pelo Direito²³⁰.

A partir das contribuições teóricas de seus “pais fundadores”, o *American Legal Realism* firmou-se como uma linha de pensamento jurídico (não homogênea, ressaltou-se) que rejeitava o formalismo e o hermetismo característicos das teorias então em voga²³¹ e negava a tese da possibilidade de oferecimento de uma única solução para os litígios, encontrada a partir de premissas abstratas. O

doutrinalismo alemão. **Direito e Economia: textos escolhidos.** SALAMA, Bruno Meyerhof (org.). São Paulo: Saraiva, 2010, p. 341).

²³⁰ *Ibidem*, p. 343.

²³¹ Esclarece BRIAN LEITER que o “*American Legal Realism was the most important indigenous jurisprudential movement in the United States during the twentieth century, having a profound impact not only on American legal education and scholarship, but also on law reform and lawyering. (...) The Realists were lawyers (plus a few social scientists), not philosophers, and their motivations were, accordingly, different. As lawyers, they were reacting against the dominant “mechanical jurisprudence” or “formalism” of their day. “Formalism,” in the sense pertinent here, held that judges decide cases on the basis of distinctively legal rules and reasons, which justify a unique result in most cases (perhaps every case). The Realists argued, instead, that careful empirical consideration of how courts really decide cases reveals that they decide not primarily because of law, but based (roughly speaking) on their sense of what would be “fair” on the facts of the case. (...) Legal rules and reasons figure simply as post hoc rationalizations for decisions reached on the basis of nonlegal considerations*” (Op. cit., p. 01) “O Realismo Jurídico norte-americano foi o movimento original jurisprudencial mais importante nos Estados Unidos durante o século XX, tendo um profundo impacto não só no ensino jurídico americano e erudição, mas também sobre a reforma da lei e advocacia. (...) Os realistas eram advogados (somados a alguns cientistas sociais), e não filósofos, e as suas motivações eram, portanto, diferentes. Como advogados, eles estavam reagindo contra a dominante “jurisprudência mecânica” ou “formalismo” de suas épocas. “Formalismo”, aqui, no sentido de autorizar aos juízes que decidam os casos à base, estritamente, de regras e motivos jurídicos, justificando um resultado único na maioria dos casos (talvez todos os casos). Os realistas arguem, ao contrário, que uma análise empírica cuidadosa de como os tribunais realmente decidem os casos revela que eles não decidem principalmente por causa da lei, mas com base (grosso modo) no senso do que seria “justo” sobre os fatos do caso. (...) As regras e razões jurídicas figuram apenas como racionalizações post hoc para decisões tomadas com base em considerações extra-legais” (Tradução livre do autor). Relativamente a esta postura dos realistas perante as regras jurídicas, MICHAEL STEVEN GREEN obtempera, a partir de uma perspectiva filosófica que “*Therefore, to say that the realists denied the existence of legal rules is to attribute to them the following position: The fact that something is valid law does not give those to whom the law applies an objective reason for obedience. In this sense, the realists’ ruleskepticism is similar to philosophical anarchism. The philosophical anarchist denies that valid law always gives those to whom it applies a moral reason (even a prima facie moral reason) for compliance. But legal realism goes beyond philosophical anarchism as it is usually understood. The philosophical anarchist can accept that the law provides objective reasons for action that are not moral*” (grifos no original) (Op. cit., p. 1925/1926) “Portanto, dizer que os realistas negavam a existência de regras jurídicas é atribuir-lhes a seguinte posição: O fato de que algo é lei válida não dá sobre quem a norma é aplicada uma razão objetiva para a obediência. Neste sentido, o ceticismo sobre as regras (ruleskepticism) é semelhante ao anarquismo filosófico. O anarquista filosófico nega que a lei válida sempre dá aqueles a quem se aplica uma razão moral (mesmo uma razão prima facie moral) para o cumprimento. Mas o realismo jurídico vai além do anarquismo filosófico, como é geralmente entendido. O anarquista filosófico pode aceitar que a lei prevê razões objetivas para a ação que não são moral” (Tradução livre do autor).

indeterminismo do Direito revelava-se, pois, como um dos pontos basilares do movimento²³².

É possível, assim, afirmar, sinteticamente, que os pilares do Realismo Jurídico consistiam na rejeição da possibilidade de fornecimento de uma resposta única, na admissão do papel de subjetividade do magistrado na construção das decisões judiciais e a necessidade de uma visão pragmática do Direito, acolhendo-se contribuições de outras áreas do saber²³³.

Décadas após impulsionar uma profunda transformação no modo de compreender (e de lecionar) o Direito, o *American Legal Realism* viria a perder prestígio no meio acadêmico. O movimento legou, todavia, questionamentos e premissas indispensáveis para o surgimento de variadas outras correntes no seio do pensamento jurídico norte-americano, das quais são exemplos mais representativos os *Critical Legal Studies*, o *Law and Society* e o *Law and Economics*²³⁴. Precisamente o último será, daqui em diante, o objeto de apreciação do presente trabalho.

*Law and Economics*²³⁵ consiste na aplicação ao Direito de aportes teóricos oriundos das ciências econômicas, viabilizando 1) a compreensão do ordenamento jurídico como estrutura de incentivos ao comportamento humano; 2) o esclarecimento das

²³² “*The Realist famously argued that the law was 'indeterminate'. By this, they meant two things: first, that the law was rationally indeterminate, in the sense that the available class of legal reasons did not justify a unique decision (at least in those cases that reached the stage of appellate review); but second, that the law was also causally or explanatorily indeterminate, in the sense that legal reasons did not suffice to explain why judges decided as they did. Causal indeterminacy entails rational indeterminacy on the assumption that judges are responsive to applicable (justificatory) legal reasons*” (grifos no original) (LEITER, Brian. Op. cit., p. 03) “Os realistas notoriamente argumentaram que a lei era 'indeterminada'. Através desta afirmação, eles exprimiam duas coisas: primeiro, que a lei era racionalmente indeterminada, no sentido de que a classe de razões legais disponíveis não justificavam uma decisão única (pelo menos nos casos que atingiram a fase de apelação), e segundo, que a lei era também indeterminada de modo *causal* ou *explicativo*, no sentido de que razões legais não são suficientes para explicar por que os juízes decidiram como decidiram. Indeterminação causal implica indeterminação racional no pressuposto de que os juízes são sensíveis às aplicáveis (justificativa) razões legais” (Tradução livre do autor).

²³³ GICO JR., Ivo T. Metodologia e Epistemologia da Análise Econômica do Direito. *Economic Analysis of Law Review*, v.1, n.º 1, jan./jun. 2010, p. 12.

²³⁴ GELTER, Martin; GRECHENIG, Kristoffel. A divergência transatlântica no pensamento jurídico: o direito e economia norte-americano vs o doutrinalismo alemão. **Direito e Economia: textos escolhidos**. SALAMA, Bruno Meyerhof (org.). São Paulo: Saraiva, 2010, p. 340.

²³⁵ No Brasil, a expressão *Law and Economics* é traduzida ora como “Direito e Economia”, ora como “Análise Econômica do Direito”. No presente trabalho, adotar-se-á o segundo uso, conquanto se reconheça que, no âmbito doutrinário, há quem o identifique a uma das correntes do movimento mais amplo que denominam de “Direito e Economia”. Não obstante, a expressão “Análise Econômica do Direito” tem conquistado crescente aceitação no solo pátrio, inclusive sendo utilizada para nomear

conseqüências dos comandos legais e judiciais, assumindo relevância no próprio processo de elaboração destes²³⁶.

Os primeiros estudos que aproximaram a abordagem econômica do Direito foram conduzidos por AARON DIRECTOR, no âmbito da concorrência, RONALD COASE²³⁷, com a publicação da obra *“The Nature of the Firm”*, no ano de 1937, bem como por GARY BECKER²³⁸, com sua tese de doutorado *“The Economics of Discrimination”*²³⁹, de 1957, todos professores da Universidade de Chicago. Todavia, seguramente o trabalho seminal no campo que viria a se consolidar como Análise Econômica do Direito foi *“The Problem of Social Cost”*, publicado em 1960 por COASE. Nesta obra, inaugurou-se a Teoria dos Custos de Transação, construção que permanece, até a atualidade, como importante reflexão acerca das implicações econômicas das normas jurídicas e referência para a elaboração de políticas legislativas e decisões judiciais²⁴⁰.

Um ano após a publicação de *“The Problem of Social Cost”*, GUIDO CALABRESI, professor da Universidade de Yale, apresentou o trabalho *“Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts”*²⁴¹, no qual discutia implicações econômicas no campo da Responsabilidade Civil.

cursos ou disciplinas específicas de Pós-Graduação. Assim, nos momentos nos quais se abordar a mencionada vertente do *Law and Economics*, esta circunstância será expressamente referida.

²³⁶ Impende ressaltar, pela riqueza de sua visão sistemática, a definição apresentada por IVO GICO JR., para quem a Análise Econômica do Direito consiste na “aplicação do instrumental analítico e empírico da economia, em especial da microeconomia e da economia do bem-estar social, para se tentar compreender, explicar e prever as implicações fáticas do ordenamento jurídico, bem como da lógica (racionalidade) do próprio ordenamento jurídico. Em outras palavras, a AED é a utilização da abordagem econômica para tentar compreender o direito no mundo e o mundo no direito” (Op. cit, p. 17).

²³⁷ RONALD COASE foi o ganhador do Prêmio Nobel de Economia em 1991.

²³⁸ GARY BECKER recebeu o Prêmio Nobel de Economia em 1992.

²³⁹ Em sua tese, BECKER aplicou a noção de maximização a hipóteses de discriminação racial e sexual no trabalho, demonstrando que “o comportamento extramercado podia ser rigorosamente formulado, tornando aceitável entre os economistas o estudo de problemas que normalmente eram considerados objeto de outras ciências sociais” (VELJANOVSKI, Cento. **A economia do direito e da lei: uma introdução**. Tradução: Francisco J. Beralli. Rio de Janeiro: Instituto Liberal, 1994, p. 32).

²⁴⁰ Seguramente uma das maiores contribuições deste pesquisador foi a construção teórica que viria a ser denominada de Teorema de COASE. Assumindo que, no mundo real, existem *externalidades*, isto é, “custos ou benefícios que as actividades de algum agente impõem a terceiros que não por via do sistema de preços”, o teorema pode ser formulado do seguinte modo: “se os custos de transacção são nulos, qualquer definição inicial dos direitos de propriedade leva a um resultado eficiente” (RODRIGUES, Vasco. **Análise Económica do Direito: Uma Introdução**. Coimbra: Almedina, 2007, p. 41 e p. 50). Esclareça-se que, dentre os custos de transação estão, por exemplo, as despesas necessárias para obtenção de informação suficiente para entabular dada negociação e os gastos com a negociação e a celebração do ajuste.

²⁴¹ Em 1970, CALABRESI publicou outra importante obra também na área da Responsabilidade Civil: *“The Costs of Accidents: A Legal and Economic Analysis”*.

A partir da abordagem de COASE e de CALABRESI, que empregavam, de maneira sistemática, aspectos de teorias econômicas para analisar o sistema jurídico, diversos outros estudiosos direcionaram suas pesquisas para a Análise Econômica do Direito. Dentre eles, impende destacar os nomes de GARY BECKER e RICHARD POSNER.

Uma das mais relevantes contribuições de BECKER consistiu na extensão da Análise Econômica do Direito ao âmbito penal. Na obra *“Crime and Punishment: An Economic Approach”*, publicada em 1968, o autor abordou a questão da criminalidade a partir de uma perspectiva da teoria da escolha racional, cujo delineamento será examinado em momento posterior.

A seu turno, RICHARD POSNER é considerado como um dos mais influentes — e talvez o mais polêmico — doutrinador em *Law and Economics*. Autor de diversas obras de referência na área, POSNER já sustentou ser a maximização da riqueza o critério adequado para avaliação da equidade de um sistema jurídico²⁴², conferindo-lhe proeminente valor ético. A tese foi alvo de severas críticas, as quais o levaram a alterar seu pensamento original²⁴³ e assumir uma postura explicitamente pragmática²⁴⁴. A temática da maximização da riqueza será retomada adiante, ao se abordar as questões relativas à eficiência e à racionalidade.

²⁴² “(...) busquei (...) desenvolver uma teoria moral que transcenda o utilitarismo clássico e que afirme, como critério de julgamento da equidade de uma ação ou instituição, sua capacidade de maximizar a riqueza da sociedade” (POSNER, Richard A. **A Economia da Justiça**. Tradução de Evandro Ferreira e Silva; revisão da tradução Aníbal Mari. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 138).

²⁴³ Na obra *“Problemas de filosofia do direito”*, POSNER mitiga substancialmente a relevância da maximização da riqueza como prioridade na análise de um sistema, ponderando que ela “implica que, se a prosperidade da sociedade puder ser promovida por meio da escravização de seus membros menos produtivos, o sacrifício de sua liberdade terá sido válido. Essa implicação, porém, é contrária às inabaláveis instituições morais norte-americanas e, como enfatizei no último capítulo, a conformidade com a intuição é o teste definitivo de uma teoria moral — na verdade, de qualquer teoria” (POSNER, Richard A. **Problemas de filosofia do direito**. Tradução Jefferson Luiz Camargo; revisão técnica e da tradução Mariana Mota Prado. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 506). Arremata o autor, asseverando que o “fato de que, pragmaticamente interpretada, a maximização da riqueza é mais instrumental do que basilar não constitui objeção a seu uso como guia do direito e de políticas públicas. Pode ser o princípio certo para o fim em questão, ainda que só seja certo em virtude de fins que não são exclusivamente econômicos. Pelo menos pode ser o princípio geral, deixando ao proponente dos desvios da maximização da riqueza o ônus de demonstração de sua conveniência” (Op. cit., p. 520).

²⁴⁴ “A vertente pragmática que adoto enfatiza as virtudes científicas (a pesquisa feita com imparcialidade e seriedade), coloca o processo de investigação acima dos resultados das pesquisas, prefere a efervescência à imobilidade, rejeita as distinções que não fazem diferença prática — em outras palavras, rejeita a ‘metafísica’ —, vê com olhar duvidoso a descoberta de ‘verdades objetivas’ em qualquer campo de pesquisa, não tem interesse em criar uma base filosófica adequada para seu pensamento e ação, aprecia a experimentação, gosta de desafiar as vacas sagradas e — nos limites

Saliente-se, ainda, que outra destacada idéia de POSNER é a defesa de que o sistema de *commom law*, por suas características, tende a ser eficiente²⁴⁵.

A consistência e o refinamento das contribuições de COASE, CALABRESI, BECKER e POSNER lançaram as bases para a construção de uma nova abordagem dos problemas jurídicos. As conseqüências das leis e das decisões judiciais assumem, nesta visão, uma relevância até então negligenciada na tradicional teoria do Direito. Concomitantemente, consagra-se a rejeição da ilusão de que a técnica jurídica, empregada de modo isolado, é suficiente para a solução dos conflitos sociais, reconhecendo-se a relevância de aportes teóricos de outras áreas do saber para o desenvolvimento de respostas mais completas e vinculadas à realidade social. Este aspecto, impende ressaltar, vai ao encontro da visão de BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS acerca do paradigma emergente. Para o autor português, uma de suas mais marcantes características consiste na adoção da idéia de que os temas objeto da investigação científica não são, na pós-modernidade, examinados de maneira estanque por cada disciplina, mas a partir da multiplicidade de contribuições, oriundas dos variados campos do conhecimento, que sejam pertinentes para a elucidação da questão pesquisada²⁴⁶.

A consolidação da abordagem da Análise Econômica do Direito viabilizou o aprofundamento de algumas de suas premissas e exame de elementos não abrangidos nas obras pioneiras, com o surgimento de correntes no seio do movimento. Dentre elas, as mais importantes são a Escola de Chicago, a Escola de Yale, a Escola da *Public Choice* e a Nova Economia Institucional²⁴⁷. Não há, no

da prudência prefere dar forma ao futuro a manter-se em continuidade com o passado. Veja-se, portanto, que estou falando de uma atitude, e não de um dogma (...)" (Ibidem, p. 40).

²⁴⁵ Ibidem, p. 479/480. O debate acerca da eficiência nos sistemas de *commom law* e de *civil law* é riquíssimo. Ele está intimamente relacionado com questões de política legislativa e com o exame da racionalidade dos respectivos modelos processuais. A discussão, todavia, foge aos objetivos deste trabalho. Para um aprofundamento: GORGA, Érica; SZTAJN, Rachel. **Tradições do Direito. Direito e Economia: Análise Econômica do Direito e das Organizações**. ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Rachel (Orgs.). Rio de Janeiro: Elsevier, 2005; ANDONOVA, Veneta; ARRUÑADA, Benito. **Instituições de mercado e competência do Judiciário. Direito e Economia: Análise Econômica do Direito e das Organizações**. ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Rachel (Orgs.). Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

²⁴⁶ "A fragmentação pós-moderna não é disciplinar e sim temática. Os temas são galerias por onde os conhecimentos progridem ao encontro uns dos outros. Ao contrário do que sucede no paradigma actual, o conhecimento avança à medida que o seu objecto se amplia, ampliação que, como a da árvore, procede pela diferenciação e pelo alastramento das raízes em busca de novas e mais variadas interfaces" (SANTOS, Boaventura de Sousa. **Um discurso sobre as Ciências**. 5 ed. São Paulo: Cortez, 2008, p. 76).

²⁴⁷ A Escola de Chicago é apontada como mais vinculada à análise positiva, diversamente da Escola de Yale, mais tendente à análise normativa. A Escola da Escolha Pública, a seu turno, é direcionada

presente trabalho, a pretensão de estudo específico de cada uma das mencionadas correntes, mas, apenas, das premissas teóricas e dos fundamentos metodológicos do *Law and Economics*. Importa ressaltar somente que, em larga medida, as distinções entre os “ramos” decorrem dos enfoques priorizados pelos correspondentes autores.

Para finalizar esta seção introdutória, registre-se que é possível desenvolver a investigação em Análise Econômica do Direito em duas dimensões: positiva (âmbito do ser) e normativa (âmbito do dever-ser)²⁴⁸. Na primeira, o estudioso examina o conjunto de normas jurídicas existentes em dado sistema, suas conseqüências e sua eficiência. BRUNO MEYERHOF SALAMA, acompanhando o pensamento de ROBERT COOTER, acentua que é possível destacar três versões desta primeira dimensão: a reducionista (segundo a qual seria possível reduzir o Direito à Economia), a explicativa (a qual sustenta a possibilidade de compreensão do sistema jurídico como resultado “das decisões de maximização de preferências das pessoas em um ambiente de escassez”) e a preditiva (que busca antecipar as conseqüências das norma jurídicas sobre o comportamento dos agentes)²⁴⁹.

à Ciência Política (SZTAJN, Rachel. *Law and Economics. Direito e Economia: Análise Econômica do Direito e das Organizações*. ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Rachel (Orgs.). Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, p. 77), dedicando-se ao “estudo da forma como a escolha racional por parte dos indivíduos que exercem os poderes públicos explica o comportamento do Estado” (RODRIGUES, Vasco. *Análise Econômica do Direito: Uma Introdução*. Coimbra: Almedina, 2007, p. 23). Consoante já adiantado, parte da doutrina denomina de “Análise Econômica do Direito” uma específica corrente do movimento de *Law and Economics*, em contraposição à Nova Economia Institucional. Conquanto ambas possuam alguns objetivos idênticos (“analisar como a definição dos direitos em cada caso específico afeta o comportamento dos agentes econômicos”), sua diferenciação decorreria dos distintos objetos e enfoques: enquanto na “Análise Econômica do Direito” o “objeto de estudo são leis formais, e o propósito é usar a Teoria Econômica para recomendar como as leis devem ser criadas e impostas para que induzam os agentes a agir de forma eficiente”, a Nova Economia Institucional “leva em conta também outras instituições além das leis, desde instituições informais e não escritas a costumes e normas” (MUELLER, Bernardo; SZTAJN, Rachel, ZYLBERSZTAJN, Décio. *Economia dos Direitos de Propriedade. Direito e Economia: Análise Econômica do Direito e das Organizações*. ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Rachel (Orgs.). Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, p. 93).

²⁴⁸ Sinteticamente, IVO GICO JR. esclarece que “a AED positiva nos auxiliará a compreender o que é a norma jurídica, qual a sua racionalidade e as diferentes conseqüências prováveis decorrentes da adoção dessa ou daquela regra, ou seja, a abordagem é eminentemente descritiva/explicativa com resultados preditivos. Já a AED normativa nos auxiliará a escolher entre as alternativas possíveis a mais eficiente, isto é, escolher o melhor arranjo institucional dado um valor (vetor normativo) previamente definido” (GICO JR. Ivo. *Metodologia e Epistemologia da Análise Econômica do Direito. Economic Analysis of Law Review*, v.1, n.º 1, jan./jun. 2010, p. 20).

²⁴⁹ SALAMA, Bruno Meyerhof. O que é “Direito e Economia”? *Direito & Economia*. TIMM, Luciano Benetti (Org.). Port Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008, p. 52/53.

Por sua vez, a dimensão normativa da Análise Econômica do Direito propõe políticas públicas e alterações legislativas, a partir do estudo de suas consequências econômicas, objetivando a eficiência²⁵⁰.

Ressalte-se, por oportuno, que, tanto no campo da Análise Econômica do Direito positiva quanto no da normativa, é freqüente a condução de pesquisas com a utilização de dados empíricos. Na primeira, tais informações podem ser utilizadas, por exemplo, para prever condutas, a partir de determinado quadro, ou para analisar se certa norma ou política pública está alcançando os resultados pretendidos. No caso da normativa, os dados obtidos podem, por exemplo, fundamentar a propositura ou alteração de leis ou políticas públicas.

Estas considerações são particularmente importantes para reafirmar a seriedade científica das investigações desenvolvidas com base na Análise Econômica do Direito. O manejo de dados empíricos em muitos desses estudos evidencia, ao lado de outros elementos, sua falseabilidade. Com efeito, a possibilidade de refutação dos resultados obtidos e de crítica ao processo de pesquisa materializam a objetividade metodológica característica da contemporânea compreensão de ciência²⁵¹.

Traçado o delineamento básico acerca da abordagem propugnada pela Análise Econômica do Direito, cumpre afastar algumas compreensões incorretas a seu respeito, normalmente decorrentes de conhecimento parcial ou superficial do movimento de *Law and Economics*. É o que se realizará no tópico seguinte.

4.2 MITOS, EQUÍVOCOS E CONFUSÕES EM TORNO DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

A Análise Econômica do Direito apenas recentemente tem conquistado espaço relevante nos debates acadêmicos no Brasil. Precisamente em razão disso, ainda é

²⁵⁰ PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. **Direito, Economia e Mercados**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, p. 88.

²⁵¹ “A assim chamada objetividade da ciência repousa na objetividade do método crítico. Isto significa, acima de tudo, que nenhuma teoria está isenta do ataque da crítica; e, mais ainda, que o instrumento principal da crítica lógica — a contradição lógica — é objetivo” (POPPER, Karl. **Lógica das Ciências Sociais**. 3 ed. Tradução de Estevão de Rezende Martins, Apio Cláudio Muniz Acquarone Filho, Vilma de Oliveira Moraes e Silva. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2004, p. 16).

frequente a constatação de noções equivocadas acerca de sua abordagem. Lamentavelmente, nestes casos, muitas vezes ocorre a prévia rejeição de suas contribuições para o incremento do estudo do sistema jurídico, configurando-se tais pré-noções incorretas como obstáculos ao avanço das discussões jurídicas.

A orientação de afastamento dos preconceitos como postulado da Metodologia da Pesquisa remonta a dois dos principais filósofos ocidentais modernos: RENÉ DESCARTES²⁵² e FRANCIS BACON²⁵³. Lastreada nesta recomendação, esta seção objetiva desvelar e esclarecer alguns equívocos.

O primeiro deles é a idéia de que a Análise Econômica do Direito constitui-se em uma única teoria. Consoante asseverado no tópico anterior, a partir dos trabalhos pioneiros na área, desenvolveram-se diversos ramos de pesquisa, com enfoques e, mesmo, objetos variados, sendo infundada a noção de unidade.

RICARDO LORENZETTI, em sua “Teoria da Decisão Judicial”, denuncia outras anomalias. Conquanto escritas no contexto argentino, suas observações são perfeitamente aplicáveis ao atual quadro brasileiro. Aduz o autor que várias interpretações deformadas do *Law and Economics* passaram a ser divulgadas: a liberal, a absurda, a interessada, a propagandística e a “messiânica”²⁵⁴. A primeira delas, considerando as circunstâncias político-econômicas do ambiente onde surgiu a Análise Econômica do Direito, vincula-a à interpretação liberal da Economia, conferindo ao Direito mero papel de facilitador para o mercado e, por isto,

²⁵² DESCARTES consagrou a dúvida como ponto de partida da pesquisa científica e critério essencial durante toda a investigação. Dentre os preceitos que reconheceu como fundamentais, o “primeiro era de nunca aceitar coisa alguma como verdadeira sem que a conhecesse evidentemente como tal; ou seja, evitar cuidadosamente a precipitação e a prevenção, e não incluir em meus juízos nada além daquilo que se apresentasse tão clara e distintamente a meu espírito, que eu não tivesse nenhuma ocasião de pô-lo em dúvida” (DESCARTES, René. **Discurso do Método**. Tradução: Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 23).

²⁵³ Seguramente uma das mais relevantes contribuições filosóficas de BACON consistiu no ataque aos *ídolos*: “Os ídolos e noções falsas que ora ocupam o intelecto humano e nele se acham implantados não somente o obstruem a ponto de ser difícil o acesso da verdade, como, mesmo depois de seu pórtico logrado e descerrado, poderão ressurgir como obstáculo à própria instauração das ciências, a não ser que os homens, já precavidos contra eles, se cuidem o mais que possam” (BACON, Francis. **Novum Organum**. Tradução e notas: José Aluísio Reis de Andrade. Coleção Os Pensadores. São Paulo: Editora Nova Cultural, 1997, p. 39). FRANCIS BACON indicava a existência de ídolos *da tribo* (decorrentes das limitações presentes na própria natureza humana), *da caverna* (oriundos das limitações do próprio sujeito), *do foro* (decorrentes da reiterada interação entre os indivíduos no âmbito social) e *do teatro* (consistentes em construções doutrinárias e filosóficas) (Ibidem, p. 40-41).

²⁵⁴ LORENZETTI, Ricardo Luis. **Teoria da Decisão Judicial: fundamentos de direito**. Tradução: Bruno Miragem; Notas da tradução: Claudia Lima Marques. 2 ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 187-189.

sustentando a necessidade de desregulação. Malgrado seja compreensível a confusão, esta tese simplesmente não corresponde à realidade de existência de variadas correntes e leituras ideológicas que se valem da Análise Econômica do Direito.

A denominada interpretação absurda, a seu turno, identifica a corrente de *Law and Economics* à simples redução de custos, negligenciando a complexidade de suas construções teóricas.

A terceira deformação apontada por LORENZETTI corresponde à pretensa utilização de argumentos originários da Análise Econômica do Direito como subterfúgio para a redução de investimentos em dado setor. A interpretação propagandística, por sua vez, é apresentada por aqueles que, desejando o reconhecimento como primeiros divulgadores, oferecem frágeis simplificações teóricas.

A interpretação “messiânica”, última listada pelo jurista argentino, afirma a necessidade de promoção de justiça, enquanto se combate o mercado, sem, entretanto, descrever como tal conciliação seria possível no mundo real.

É, igualmente, infundada a idéia de que a Análise Econômica do Direito é capaz de oferecer soluções definitivas para questões normativas. CALABRESI, inclusive, já afirmou ser “ridícula” esta hipótese²⁵⁵. O tema será retomado posteriormente, quando da discussão acerca das contribuições do *Law and Economics* para a Teoria Geral do Direito.

Se incorrem em grave erro aqueles que visualizam a Análise Econômica do Direito como a teoria para respostas exatas ao sistema jurídico, também se equivocam aqueles que a rejeitam por considerá-la incompatível com a moral. Com efeito, são freqüentes as resistências à aplicação de aportes teóricos do raciocínio econômico para questões ordinariamente encaradas como “não econômicas”, a exemplo de temas em Direito de Família ou em Direito Penal²⁵⁶. Nesta linha, seria inadmissível substituir os deveres jurídicos, dotados de caráter ético, por cálculos econômicos de

²⁵⁵ SALAMA, Bruno Meyerhof. O que é “Direito e Economia”? **Direito & Economia**. TIMM, Luciano Benetti (Org.). Port Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008, p. 50.

²⁵⁶ RODRIGUES, Vasco. **Análise Econômica do Direito: Uma Introdução**. Coimbra: Almedina, 2007, p. 37.

agentes racionais²⁵⁷. Concepções deste tipo fundam-se numa incompreensão das próprias premissas do pensamento econômico. Em Economia, examina-se o comportamento humano diante de dada estrutura de incentivos²⁵⁸, ou, exposto de outro modo, analisam-se escolhas e suas conseqüências. Nos tópicos seguintes, pretender-se-á demonstrar que é amplamente possível — e certamente enriquecedor — aplicar-se o raciocínio econômico na construção de soluções judiciais, embora se reconheça que há limitações para seu emprego.

Outro ponto a ser esclarecido é a noção de que a Análise Econômica do Direito estaria restrita a examinar a eficiência no âmbito das normas jurídicas²⁵⁹ ou eminentemente voltada a esta, em detrimento da equidade²⁶⁰. O estudo específico acerca da eficiência será realizado adiante. Cumpre apenas, por enquanto, antecipar que o primeiro argumento é falho por desconsiderar a existência de outras vertentes de pesquisa no campo do *Law and Economics*, enquanto o segundo negligencia que, muitas vezes, soluções não eqüitativas revelam-se, no longo prazo, ineficientes²⁶¹.

Por fim, há que se mencionar o frequente equívoco segundo o qual, para a Economia, todos são egoístas. A confusão decorre do fato de o modelo econômico partir da premissa de que as escolhas humanas são realizadas visando à maximização da utilidade²⁶², lastreando-se no individualismo metodológico. Diante de sua importância e especificidade, esta temática será detidamente abordada no tópico seguinte.

²⁵⁷ GELTER, Martin; GRECHENIG, Kristoffel. A divergência transatlântica no pensamento jurídico: o direito e economia norte-americano vs o doutrinalismo alemão. **Direito e Economia: textos escolhidos**. SALAMA, Bruno Meyerhof (org.). São Paulo: Saraiva, 2010, p. 330.

²⁵⁸ "... [A] atenção que a Economia dá aos preços resulta apenas destes serem o incentivo que determina as escolhas que os participantes num mercado fazem. O que verdadeiramente interessa à Economia é perceber quais os incentivos a que as pessoas reagem e como é que lhes reagem: o facto de esses incentivos serem, ou não, monetários é irrelevante. Por outro, o facto dos economistas converterem em valores monetários a utilidade que as pessoas retiram das diversas situações não quer dizer que apenas lhes interesse o dinheiro" (RODRIGUES, Vasco. Op. cit., p. 37).

²⁵⁹ SALAMA, Bruno Meyerhof. O que é "Direito e Economia"? **Direito & Economia**. TIMM, Luciano Benetti (Org.). Port Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008, p. 50.

²⁶⁰ PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. **Direito, Economia e Mercados**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, p. 88.

²⁶¹ Ibidem, p. 89.

²⁶² "É perfeitamente compatível com todas as considerações anteriores que a utilidade, a satisfação, que um agente econômico retira de uma determinada situação seja, parcialmente, ou até na totalidade, determinada pela satisfação que julga proporcionar aos outros: o altruísmo não é incompatível com a escolha racional. Como não o é, igualmente, a maldade (um indivíduo pode obter utilidade com o sofrimento dos outros) ou qualquer outra característica psicológica que afecte aquilo

4.3 PREMISSAS TEÓRICAS DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

A presente seção destina-se a examinar os principais pressupostos e modelos teóricos a partir dos quais se desenvolve a pesquisa no campo da Análise Econômica do Direito. Consoante antecipado no item pretérito, este estudo será iniciado com o tema do individualismo metodológico, analisando-se, ainda, a noção de conduta racional maximizadora. A seguir, proceder-se-á ao exame da compreensão econômica da expressão “mercado”, discutindo-se aspectos basilares da dinâmica que lhe é inerente. Encerra-se o tópico com a abordagem acerca da eficiência, uma das mais importantes idéias em Economia.

Traçado o planejamento de incursão nos temas fundamentais da Análise Econômica do Direito, cumpre, agora, efetivamente avançar em seu exame.

4.3.1 Individualismo metodológico e conduta racional maximizadora

Em sua abordagem, a Análise Econômica do Direito assume como pressuposto o individualismo metodológico, consistente na presunção de que os comportamentos coletivos são um produto do conjunto de ações de todos os membros dessa coletividade. As escolhas individuais são, portanto, a “unidade de análise fundamental” em *Law and Economics*²⁶³.

Com isso, não se pretende afirmar que o individualismo metodológico parte de certo grupo de valores — referentes ao individualismo político — para a análise de problemas²⁶⁴, mas, simplesmente, que seus modelos de comportamento coletivo

que proporciona utilidade ao agente económico” (RODRIGUES, Vasco. **Análise Económica do Direito: Uma Introdução**. Coimbra: Almedina, 2007, p.16/17).

²⁶³ RODRIGUES, Vasco. Op. cit., p. 16.

²⁶⁴ “(...) não se deve confundir o preceito de individualismo metodológico com individualismo político. Mesmo que um regime comunista surgisse no mundo, ele também deveria ser sociologicamente entendido com base em princípios do individualismo metodológico, isto é, compreendê-lo e explicá-lo requereria a compreensão da estrutura de incentivos de seus componentes. Não obstante, a confusão do individualismo metodológico com o individualismo político (i.e. o liberalismo no sabor *laissez-faire*) é muito comum tanto entre economistas e juristas quanto entre os críticos do método” (GICO JR. Ivo. Metodologia e Epistemologia da Análise Econômica do Direito. **Economic Analysis of Law Review**, v.1, n.º 1, jan./jun. 2010, p. 24).

assumem por base a escolha individual, a qual é voltada racionalmente à maximização do bem-estar²⁶⁵.

A ação correspondente à escolha realizada por cada sujeito é uma imposição de uma realidade fática em que os bens não são suficientes para atender, ao mesmo tempo, integralmente as necessidades de todos os membros da sociedade. A escassez de recursos é, pois, um dado com que o indivíduo tem de conviver e a partir do qual deve planejar seu comportamento e orquestrar suas relações sociais²⁶⁶.

Ao escolher entre condutas possíveis, diante de um quadro de escassez, o agente racional “elege a conduta tendente a maximizar seus benefícios e minimizar eventuais custos”²⁶⁷.

Esclareça-se que a noção de homem racional ou *homo economicus*, acima delineada, é diversa da figura que, em Direito, denomina-se de homem razoável. O parâmetro de conduta deste é analisado, *ex post*, considerando-se a “razoabilidade conforme os *standards* e princípios jurídicos”²⁶⁸. O agente racional, a seu turno, determina suas ações de acordo com o objetivo de maximização da utilidade²⁶⁹, em

²⁶⁵ LORENZETTI, Ricardo Luis. **Teoria da Decisão Judicial: fundamentos de direito**. Tradução: Bruno Miragem; Notas da tradução: Claudia Lima Marques. 2 ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 194. Vale, aqui, transcrever a meditação de KARL POPPER a respeito do método empregado pela Economia: “A investigação lógica da Economia culmina com um resultado que pode ser aplicado a todas as ciências sociais. Este resultado mostra que existe um *método puramente objetivo* nas ciências sociais, que bem pode ser chamado de método de compreensão *objetiva*, ou de lógica situacional” (grifos no original) (**Lógica das Ciências Sociais**. 3 ed. Tradução de Estevão de Rezende Martins, Apio Cláudio Muniz Acquarone Filho, Vilma de Oliveira Moraes e Silva. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2004, p. 21).

²⁶⁶ “Se os recursos fossem infinitos, não haveria o problema de se ter que equacionar sua alocação; todos poderiam ter tudo que quisessem e na quantidade que quisessem” (SALAMA, Bruno Meyerhof. O que é “Direito e Economia”? **Direito & Economia**. TIMM, Luciano Benetti (Org.). Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008, p. 54). IVO GICO JR. rememora, ainda, que a escassez de recursos desempenha um papel fundamental também para o Direito, uma vez que, se fossem infinitos os bens, não existiria conflito (Op. cit., p. 21).

²⁶⁷ COULON, Fabiano Koff. Critérios de quantificação dos danos extrapatrimoniais adotados pelos Tribunais brasileiros e a análise econômica do Direito. **Direito & Economia**. TIMM, Luciano Benetti (Org.). Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008, p. 184. Aduz VASCO RODRIGUES que a “necessidade de escolher decorre do confronto entre os desejos, potencialmente ilimitados, do agente econômico e as restrições que enfrenta. A escolha racional consiste em encontrar a alternativa que melhor satisfaz aqueles desejos, isto é, que maximiza a utilidade do agente econômico, dadas estas restrições” (Op. cit., p. 14). Registre-se, por oportuno, que tal limitação no processo de decisão pode “em geral, ser expressa matematicamente como uma ‘restrição de viabilidade’” (COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Direito & Economia**. 5 ed. Porto Alegre: Bookman, 2010, p. 37)

²⁶⁸ LORENZETTI, Ricardo Luis. **Teoria da Decisão Judicial: fundamentos de direito**. Tradução: Bruno Miragem; Notas da tradução: Claudia Lima Marques. 2 ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 196.

²⁶⁹ Entende-se utilidade como a “satisfação que o indivíduo retira de uma dada situação, não tendo uma conotação exclusivamente material: é possível obter utilidade através do consumo de um

face da escassez de recursos, analisando, assim, *ex ante*, como as conseqüências da conduta eleita concorrerão para este desiderato.

Este modelo de homem racional concebido como ente capaz de calcular como os resultados de seus atos promoverão — e em que medida — a maximização de seu bem-estar, cotejando os efeitos das alternativas, foi alvo de severas críticas no âmbito da própria doutrina econômica. Alegava-se a inadmissibilidade da presunção de que os seres humanos passariam todos os momentos a construir projeções matemáticas de suas ações²⁷⁰.

Precisamente diante do reconhecimento das fragilidades do modelo tradicional, progressivamente passou-se a mitigar as características até então conferidas à figura do agente racional, assumindo-se a concepção de racionalidade limitada. Esta corresponde à noção de que, conquanto seja possível assumir, como premissa genérica, que, ao agir, as pessoas objetivam maximizar seu bem-estar, existem elementos que inviabilizam um processo absoluto de eleição da melhor alternativa, a exemplo de restrições cognitivas²⁷¹ e assimetrias informacionais²⁷². Vale mencionar

alimento mas também é possível obtê-la pela observação de uma obra de arte ou pelo mero conhecimento de que uma determinada paisagem permanece intacta” (RODRIGUES, Vasco. **Análise Econômica do Direito: Uma Introdução**. Coimbra: Almedina, 2007, p. 13).

²⁷⁰ Um exemplo é a crítica caricatural engendrada por KENNETH BOULDING: “É um milagre realmente que as instituições econômicas consigam afinal sobreviver, sendo tão universalmente impopular o homem econômico. Ninguém em juízo perfeito aceitaria a idéia de sua filha casar-se com um homem econômico, alguém que contasse todos os custos e esperasse receber todas as recompensas, que jamais sofresse de uma louca generosidade ou um amor não-interesseiro, que nunca agisse sem um agudo sentido de identidade interior, e de fato não tivesse identidade interior, mesmo quando ocasionalmente levado por considerações cuidadosamente calculadas de benevolência ou malevolência” (*apud* VELJANOVSKI, Cento. **A economia do direito e da lei: uma introdução**. Tradução: Francisco J. Beralli. Rio de Janeiro: Instituto Liberal, 1994, p. 46/47).

²⁷¹ ARMANDO CASTELAR PINHEIRO e JAIRO SADDI definem racionalidade limitada como “uma forma de racionalidade imperfeita que assume que as pessoas buscam maximizar a sua utilidade, mas estão sujeitas a restrições cognitivas que podem transformar a capacidade de processamento mental no fator mais importante a ser economizado” (**Direito, Economia e Mercados**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, p. 65).

²⁷² “A simples consideração de que uma parte pode deter informações que sua contraparte não possui (informação assimétrica) foi suficiente para que o desenho do contrato passasse a ser um determinante do desempenho econômico. Em síntese, a informação assimétrica pode resultar na não efetivação de relações econômicas socialmente desejáveis (seleção adversa) ou em práticas indesejáveis, em desacordo com os termos negociados pelas partes (risco moral). (...) Paralelamente, as análises que tomaram como fundamento que as pessoas têm limites cognitivos e que o uso do Judiciário não é instantâneo e sem custos mostraram que o desenho dos contratos era um dos principais fundamentos do custo das interações humanas e, portanto, das possibilidades de desenvolvimento econômico e do desempenho das empresas” (AZEVEDO, Paulo Furquim de; SZTAJN, Rachel, ZYLBERSZTAJN, Décio. **Economia dos Direitos de Propriedade. Direito e Economia: Análise Econômica do Direito e das Organizações**. ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Rachel (Orgs.). Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, p. 114). COOTER e ULEN chama a atenção para o fato de que as assimetrias informacionais graves “podem desorganizar os mercados a tal ponto que um ótimo social não pode ser alcançado pela troca voluntária. Quando isso acontece, a intervenção

que os dois estudiosos que dividiram o Prêmio Nobel de Economia no ano de 2002, DANIEL KAHNEMAN e VERNON SMITH, debruçaram-se sobre a análise do processo decisório, diante de limitações cognitivas e quadros de risco, em trabalhos que integram aquilo que atualmente se denomina de Neuro-economia²⁷³.

Importa, assim, neste momento, assentar que a figura do agente racional utilizada nas investigações em Análise Econômica do Direito, com as necessárias ponderações acerca da existência de limitações cognitivas e de assimetrias informacionais, deve ser visualizada como um modelo de previsibilidade de comportamento humano médio, uma “média ponderada do grupo de indivíduos em exame”, permitindo a “existência de diferenças marcantes nas reações individuais”²⁷⁴.

Outro ponto de destaque é que, para determinar essas condutas, o agente racional reagirá à *estrutura de incentivos* do ambiente em que estiver inserido, compreendendo-se estes como “preços implícitos”²⁷⁵. Seguramente, um dos mais relevantes componentes da estrutura de incentivos de um indivíduo reside no ordenamento jurídico, consistindo as sanções legais em preços diante dos quais os sujeitos

do governo no mercado pode, em termos ideais, corrigir as assimetrias informacionais e induzir uma troca mais próxima da ótima” (COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Direito & Economia**. 5 ed. Porto Alegre: Bookman, 2010, p. 64). Como exemplo, pode-se citar, como o faz RACHEL SZTAJN, a legislação consumerista no ordenamento brasileiro (*Law and Economics*. **Direito e Economia: Análise Econômica do Direito e das Organizações**. ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Rachel (Orgs.). Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, p. 79).

²⁷³ “The Sveriges Riksbank Prize in Economic Sciences in Memory of Alfred Nobel 2002 was divided equally between Daniel Kahneman ‘for having integrated insights from psychological research into economic science, especially concerning human judgment and decision-making under uncertainty’ and Vernon L. Smith ‘for having established laboratory experiments as a tool in empirical economic analysis, especially in the study of alternative market mechanisms’ (grifos no original) “O Prêmio Sveriges Riksbank em Ciências Econômicas em Memória de Alfred Nobel 2002 foi dividido igualmente entre Daniel Kahneman ‘por ter visões integradas de pesquisa psicológica na ciência econômica, especialmente quanto ao julgamento humano e à tomada de decisão sob incerteza’ e Vernon L. Smith ‘por ter estabelecido experimentos de laboratório como uma ferramenta na análise econômica empírica, especialmente no estudo dos mecanismos de mercado alternativos’ (Tradução livre do autor) (“**The Sveriges Riksbank Prize in Economic Sciences in Memory of Alfred Nobel 2002**”. Nobelprize.org. Disponível em: http://www.nobelprize.org/nobel_prizes/economics/laureates/2002/. Acesso em: 15 nov. 2011).

²⁷⁴ VELJANOVSKI, Cento. **A economia do direito e da lei: uma introdução**. Tradução: Francisco J. Beralli. Rio de Janeiro: Instituto Liberal, 1994, p. 47. Neste sentido, esclarece VASCO RODRIGUES que o “que a Economia faz é assentar a sua análise naquele que parece ser o traço comum à actuação da generalidade dos seres humanos: a tentativa de ter uma vida tão satisfatória quanto possível, dados os constrangimentos com que se debatem. É nisso, afinal, que consiste o pressuposto da escolha racional” (RODRIGUES, Vasco. **Análise Económica do Direito: Uma Introdução**. Coimbra: Almedina, 2007, p.25).

²⁷⁵ SALAMA, Bruno Meyerhof. O que é “Direito e Economia”? **Direito & Economia**. TIMM, Luciano Benetti (Org.). Port Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008, p. 55.

reagirão²⁷⁶. É assim que, por exemplo, multas administrativas por infrações ambientais em valores elevados tendem a coibir as correspondentes práticas ilícitas, podendo-se aplicar raciocínio muito semelhante à gravidade das sanções em Direito Penal²⁷⁷.

Impende ressaltar que não apenas as normas jurídicas atuam como incentivos à conduta humana, mas também os símbolos e as normas sociais²⁷⁸, uma vez que geram expectativas quanto à confiabilidade na realização de dada ação, bem como, muitas vezes, acabam implicando sanções informais, nas hipóteses de sua violação. Note-se que o próprio Direito se apercebe da importância dessa regulação informal como parâmetro de comportamento dos sujeitos²⁷⁹.

²⁷⁶ “A economia proporcionou uma teoria científica para prever os efeitos das sanções legais sobre o comportamento. Para os economistas, as sanções se assemelham aos preços, e, presumivelmente, as pessoas reagem às sanções, em grande parte, da mesma maneira que reagem aos preços” (COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Direito & Economia**. 5 ed. Porto Alegre: Bookman, 2010, p. 25). Em razão disto, afirma VELJANOSKI que a “principal diferença entre advogados e economistas está no fato de que estes vêem as leis como uma ‘gigante máquina de preços’ — as leis atuam como preços e impostos que geram incentivos” (VELJANOVSKI, Cento. **A economia do direito e da lei: uma introdução**. Tradução: Francisco J. Beralli. Rio de Janeiro: Instituto Liberal, 1994, p. 23).

²⁷⁷ A noção de homem econômico, levada ao extremo, é empregada por JACK BALKIN para definir a figura do “homem mau”: “*He is a version of the ideal-type of homo economicus interested only in maximizing his own individual preferences, indifferent to others except insofar as they serve as material obstacles to fulfilling egoistic desires. The ‘bad man’ appears to have no notion of moral obligation; he seems to be asocial in the most profound sense*” “Ele é uma versão do tipo ideal de homo economicus, interessados apenas em maximizar suas próprias preferências individuais, indiferente aos outros, exceto na medida em que servem como obstáculos materiais para realizar seus desejos egoístas. O ‘homem mau’ parece não ter noção de obrigação moral, ele parece ser associal, no sentido mais profundo” (Tradução livre do autor) (*The “Bad Man”, the Good, and the Self-Reliant*, 78 B.U. L. Rev. 885 (1998), p. 03. Disponível em: <http://www.yale.edu/lawweb/jbalkin/balkbibl.htm>. Acesso em: 15 nov. 2011). Obtempera BALKIN que tanto o “homem mau” quanto o “homem bom” podem violar a lei: o primeiro, quando ela se demonstra contrária a seus interesses, o segundo, quando verifica que ela se contrapõe ao seu senso de justiça (Op. cit., p. 06). Vale esclarecer que a figura do “homem mau”, a partir da qual BALKIN constrói seus argumentos, foi proposta por OLIVER WENDELL HOLMES, precursor do Realismo Jurídico: “Se você deseja conhecer a lei e nada mais, deve então vê-la como um homem mau a vê, alguém que apenas se interessa pelas conseqüências materiais que aquele conhecimento possa dar às suas previsões, e não como a boa pessoa que tem nas sanções da sua consciência a referência para sua conduta, independentemente do que esteja na lei” (*apud* VELJANOVSKI, Cento. **A economia do direito e da lei: uma introdução**. Tradução: Francisco J. Beralli. Rio de Janeiro: Instituto Liberal, 1994, p. 47).

²⁷⁸ “Símbolos importam porque a atitude manifesta de uma pessoa em relação aos símbolos diz aos outros algo sobre seu caráter. As pessoas confiam muito nessa informação para decidir realizar ou não comportamentos cooperativos em todos os domínios de suas vidas” (POSNER, Eric. **Símbolos, sinais e normas sociais na política e no direito. Direito e Economia: textos escolhidos**. SALAMA, Bruno Meyerhof (org.). São Paulo: Saraiva, 2010, p. 239).

²⁷⁹ Dois importantes exemplos residem no art. 4º da Lei de introdução às normas do direito brasileiro (Art. 4º Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito) e no art. 8º, *caput*, da Consolidação das Leis do Trabalho (Art. 8º As autoridades administrativas e a Justiça do Trabalho, na falta de disposições legais ou contratuais, decidirão, conforme o caso, pela jurisprudência, por analogia, por equidade e outros princípios e normas gerais de direito, principalmente do direito do trabalho, e, ainda, de acordo com os usos e

De acordo com a reação à estrutura de incentivos, pode-se verificar, nas relações sociais, a ocorrência do que se denomina *oportunismo*, consistente na disposição para emprego de expedientes de qualquer natureza, independentemente de sua licitude, para satisfação do próprio interesse²⁸⁰.

Partindo das premissas declinadas, deve-se, agora, explicitar que, no processo de escolha racional da conduta maximizadora de seu bem-estar, o agente econômico atende a um conjunto de *preferências*, de ordem subjetiva, reputadas completas, transitivas e estáveis. A completude consiste na presunção segundo a qual, diante de opções, o agente sempre será capaz de indicar aquela que prefere²⁸¹. A transitividade, a seu turno, significa que, ao ordenar suas preferências, o indivíduo manter-se-á coerente, preterindo opções que se encontrem em um nível mais baixo da escala por ele formulada em favor daquelas localizadas em um ponto mais alto²⁸². Exemplificativamente, “se o agente econômico prefere a alternativa A à alternativa B e a alternativa B à alternativa C, então, prefere igualmente a alternativa A à alternativa C”²⁸³. Pressupõe-se, ademais, que as preferências dos sujeitos são estáveis, como um requisito da própria lógica da análise do comportamento humano diante da necessidade de decidir²⁸⁴. Impende, ainda, reafirmar aqui o caráter subjetivo dessas preferências, correspondente à compreensão de que as pessoas classificam de modos diversos suas preferências, não se propondo a Economia a

costumes, o direito comparado, mas sempre de maneira que nenhum interesse de classe ou particular prevaleça sobre o interesse público).

²⁸⁰ ARMANDO CASTELAR PINHEIRO e JAIRO SADDI definem oportunismo como “uma maneira mais forte de buscar o interesse próprio, que pode passar por práticas desonestas, incluindo mentir, trapacear e roubar. Em especial, o oportunismo pode levar as pessoas a esconder ou distorcer informações, para enganar os outros em benefício próprio. Um agente econômico oportunista só respeita as regras do jogo se isso lhe convier” (**Direito, Economia e Mercados**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, p. 65). No âmbito específico dos contratos, saliente-se a possibilidade de existência de “disfunção oportunista”, correspondente ao “facto de uma das partes, ou até ambas reciprocamente, poderem fazer degenerar a prometida conduta de cooperação numa conduta de apropriação de ganhos à custa dos interesses e expectativas da contraparte” (ARAÚJO, Fernando. Uma análise económica dos contratos – a abordagem económica, a responsabilidade e a tutela dos interesses contratuais. **Direito & Economia**. TIMM, Luciano Benetti (Org.). Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008, p. 115).

²⁸¹ RODRIGUES, Vasco. **Análise Económica do Direito: Uma Introdução**. Coimbra: Almedina, 2007, p. 13.

²⁸² COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Direito & Economia**. 5 ed. Porto Alegre: Bookman, 2010, p. 42.

²⁸³ RODRIGUES, Vasco. *Idem*, p. 13.

²⁸⁴ “A estabilidade das preferências impõe que se as pessoas mudaram de comportamento, então, é porque alguma coisa ao seu redor mudou e não suas preferências. Se as preferências não fossem estáveis, todo comportamento observado seria explicável recorrendo-se à mudança de preferências e a teoria perderia seu poder explicativo. Explicaria qualquer coisa e, por isso, não explicaria nada”

explicar tais ordenações, apenas assumindo as diferentes escalas de preferências individuais como um dado da realidade.

Observe-se que assumir a existência de uma ordenação de preferências significa afirmar que, ao realizar um comportamento, o indivíduo possui consciência das alternativas desprezadas. Denomina-se de *custo de oportunidade* essa desvantagem, para o agente, relativa à opção que foi rejeitada²⁸⁵. Escolher entre condutas possíveis implica necessariamente renunciar à utilidade decorrente das demais opções, não adotadas.

Se é assim, consectário lógico da noção de conduta racional maximizadora é que, ao eleger um comportamento, o sujeito racional realiza uma *análise marginal*, consistente na ponderação de custos e benefícios oriundos da escolha, de modo que, exemplificativamente, ele somente persistirá ou intensificará determinada atividade se os benefícios marginais revelarem-se superiores aos custos marginais²⁸⁶.

Assentadas estas premissas, importa avançar no exame, ainda que básico, acerca do mercado e de seus elementos dinâmicos basilares. É o que se empreenderá a seguir.

4.3.2 O mercado: noções fundamentais

Nas seções pretéritas, restou evidenciado que o objeto central dos estudos da Economia consiste no comportamento humano. Neste ponto, impende salientar que as interações sociais travadas em decorrência da adoção de condutas pelos agentes podem se verificar num contexto de *autoridade* ou de *mercado*.

No âmbito das relações de hierarquia ou autoridade, os comportamentos dos agentes são orientados por regras de comando, resultando numa manifesta restrição

(GICO JR., Ivo T. Metodologia e Epistemologia da Análise Econômica do Direito. *Economic Analysis of Law Review*, v.1, n.º 1, jan./jun. 2010, p. 25).

²⁸⁵ COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Direito & Economia*. 5 ed. Porto Alegre: Bookman, 2010, p. 53.

²⁸⁶ SALAMA, Bruno. O que é "Direito e Economia"? *Direito & Economia*. TIMM, Luciano Benetti (Org.). Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008, p. 55.

à liberdade de escolha²⁸⁷. Como exemplos de tais interações sociais, é possível mencionar as relações entre autoridade militares e seus subordinados.

Diversamente, o mercado consiste em um complexo de mecanismos que viabilizam o livre intercâmbio de recursos entre compradores e vendedores²⁸⁸. Antes de prosseguir na análise dos aspectos fundamentais em torno das interações sociais no contexto de mercado, importa realizar duas observações.

A primeira é que a menção ao termo “mercado” não significa necessariamente que os recursos e as utilidades envolvidos em dada relação possuam caráter pecuniário²⁸⁹. O ambiente de mercado deve ser raciocinado como aquele em que é possível a aproximação de interesses e a obtenção de utilidades através da liberdade de decisão dos sujeitos, sendo as operações de cunho financeiro apenas uma de suas possíveis modalidades, conquanto, reconheça-se, seja a de mais fácil visualização e de exemplificação mais freqüente.

A segunda observação é a constatação de que, diferentemente do que se verifica em outras estruturas sócio-econômicas, o resultado das alocações, no contexto de mercado, somente pode ser conhecido *ex post*²⁹⁰, eis que decorrente das sucessivas interações entre sujeitos dotados de liberdade de negociação, não sendo possível, pois, indicar antecipadamente a configuração distributiva final.

Esclarecidas estas questões, assinale-se que a conduta a ser adotada pelo indivíduo racional relativamente à negociação será orientada pelo *preço* do recurso de que dispõe — e que oferece ao intercâmbio — ou que deseja obter. Preço é, assim, o incentivo ao comportamento do agente num contexto de mercado²⁹¹.

²⁸⁷ GICO JR., Ivo T. Metodologia e Epistemologia da Análise Econômica do Direito. *Economic Analysis of Law Review*, v.1, n.º 1, jan./jun. 2010, p. 22.

²⁸⁸ Neste sentido, VASCO RODRIGUES assevera que “mercado” é a “designação económica para um arranjo institucional que determina a utilização de um determinado recurso através da livre negociação entre os que o detêm (*oferta: potenciais vendedores*) e os que estão interessados em utilizá-lo (*procura: potenciais compradores*)” (grifos no original) (**Análise Económica do Direito: Uma Introdução**. Coimbra: Almedina, 2007, p. 19).

²⁸⁹ Obtempera IVO GICO JR. que “dizer que uma determinada troca se dá no mercado ou que determinada alocação é o resultado da dinâmica de mercado não requer como condição necessária, nem suficiente, que estejamos tratando de valores pecuniários. Nesse sentido podemos pensar em mercados de idéias, de políticos ou mesmo de sexo” (op. cit., p. 22).

²⁹⁰ LORENZETTI, Ricardo Luis. **Teoria da Decisão Judicial: fundamentos de direito**. Tradução: Bruno Miragem; Notas da tradução: Claudia Lima Marques. 2 ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 196.

²⁹¹ RODRIGUES, Vasco. **Análise Económica do Direito: Uma Introdução**. Coimbra: Almedina, 2007, p. 20. A aplicação da noção de preço a bens jurídicos como a vida ou a liberdade pode provocar certo estranhamento inicial. Todavia, consoante asseverado, não se deve pensar como

Vale mencionar, aqui, que, em dadas situações de impacto em coletividades, eventualmente verifica-se a existência de sujeitos que, conquanto desejem um resultado reputado valioso por eles próprios, evadem-se de pagar o correspondente preço, aproveitando-se da disponibilidade do grupo para, sem sofrer custos, gozar, também, da utilidade paga pelos demais membros da coletividade. Tais indivíduos são doutrinariamente denominados de *free riders*²⁹². Um excelente exemplo é apresentado por COOTER e ULEN, ao discorrer acerca das vicissitudes da idéia de oferecimento do serviço de defesa nacional por empresas privadas: neste quadro hipotético, seguramente muitos dos potenciais compradores, sabendo da impossibilidade prática de garantir a segurança da propriedade e a integridade de alguns vizinhos pagantes sem acabar protegendo também algum não-pagante, optariam por simplesmente obter o benefício sem suportar o custo respectivo²⁹³.

Os impactos negativos da postura do *free rider* sobre os demais membros da coletividade em que está inserido são evidentes. Para além da materialização de uma espécie de falha de mercado que redundará na elevação do custo a ser suportado pelos outros sujeitos, esta figura viola o senso geral de justiça, fragilizando a busca de pacificação social que inspira os ordenamentos jurídicos, bem como a noção de solidariedade. É, pois, uma espécie de comportamento que requer a reprimenda do sistema jurídico.

Abstraindo-se desta situação de anomalia, verifica-se, como regra geral, que o preço é fator determinante da conduta adotada por agentes racionais em suas interações sociais, em um ambiente de mercado.

abrangíveis pela idéia de mercado somente relações de natureza pecuniária, sendo plenamente possível utilizar o raciocínio fundado no preço para analisar questões relativas aos bens mencionados. Debruçando-se precisamente sobre esta freqüente resistência, CENTO VELJANOVSKI pondera que “se a vida é vista como sem preço pelas pessoas e a sociedade, nunca veríamos alguém fazendo algo que envolvesse risco pessoal. Algo que possua um valor infinito deveria ser preservado a qualquer custo! Mas estamos assumindo riscos todos os dias, alguns deles muito grandes. O fato é que as ações individuais indicam que as pessoas não consideram suas vidas sem preço, e estão dispostas a transacionar o *risco* de morte por benefícios materiais ou psíquicos” (grifo no original) e arremata: “nossas instituições sociais de fato dão ‘preço’ à vida. Nos casos de delitos de responsabilidade civil extracontratual, a lei não manda que se mate a pessoa que negligentemente matou alguém; exige que o agressor pague uma indenização” (**A economia do direito e da lei: uma introdução**. Tradução: Francisco J. Beralli. Rio de Janeiro: Instituto Liberal, 1994, p. 57).

²⁹² POSNER, Richard A. **Problemas de filosofia do direito**. Tradução Jefferson Luiz Camargo; revisão técnica e da tradução Mariana Mota Prado. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 475.

²⁹³ COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Direito & Economia**. 5 ed. Porto Alegre: Bookman, 2010, p. 63.

Logicamente, então, o nível em que se encontre o preço de determinado recurso influenciará a escolha dos indivíduos, no sentido de adquiri-lo ou de disponibilizar a intercâmbio. A partir desta constatação, é possível enunciar as *leis da procura e da oferta*. Segundo a primeira, “quanto menor o preço de um bem, maior a quantidade que os potenciais compradores estarão dispostos a comprar”²⁹⁴. A lei da oferta, a seu turno, afirma que “quanto maior o preço de um bem, maior a quantidade que os potenciais vendedores estarão dispostos a vender (quantidade oferecida)”²⁹⁵.

Partindo desta compreensão e considerando que, ao agir, os indivíduos objetivam a maximização de utilidade, tem-se que o resultado do livre intercâmbio *tende* a alcançar um *equilíbrio*, entendido como “padrão de interação que persiste a menos que seja perturbado por forças externas”²⁹⁶. É dizer, não havendo fatores extrínsecos que impliquem alterações no preço ou em outros elementos envolvidos nas relações, a consequência lógica das premissas até aqui explicitadas é a tendência à ausência de modificação do comportamento dos sujeitos.

Sabe-se que, no plano fático, serão inúmeras as hipóteses nas quais um mercado — não reduzido, repise-se, estritamente a relações de caráter pecuniário — não alcançará um equilíbrio ou simplesmente se afastará dele. Isto, todavia, não esvazia o interesse em conhecer ou projetar modelos de equilíbrio, os quais podem servir como instrumento para comparação de conseqüências e vantagens decorrentes de diferentes ações, orientando, assim, o processo decisório, seja de particulares (a exemplo dos variados quadros analisados pela Teoria dos Jogos, adiante abordada), seja do Poder Público, norteados, *v.g.*, a formulação de políticas públicas.

O critério a ser aplicado para este exame da relevância social de dado equilíbrio será a eficiência, temática a ser estudada a seguir.

4.3.3 Eficiência

Uma das mais relevantes contribuições da aplicação de aportes teóricos da Economia ao Direito consiste na demonstração das conseqüências de condutas e

²⁹⁴ RODRIGUES, Vasco. Op. cit., p. 20.

²⁹⁵ Ibidem, p. 21.

²⁹⁶ COOTER, Robert; ULEN, Thomas. Op. cit., p. 37.

decisões, viabilizando o cotejo com os resultados das alternativas existentes, conforme declinado no item supra. A definição, todavia, de qual das opções comparadas é mais vantajosa pode tornar-se algo extremamente problemático, por envolver um juízo sobre o que é “melhor”. Em razão disto, tem-se, no âmbito econômico, buscado um critério idôneo a, na maior medida possível, afastar a subjetividade nesta análise e a permitir a indicação de soluções que redundem no maior benefício social²⁹⁷. Este papel tem sido reconhecido à noção de *eficiência*.

Pode-se abordar a eficiência sob três diferentes perspectivas.

Na primeira, ela corresponde à “maximização de ganhos e minimização de custos”²⁹⁸. Sob esta ótica, uma situação será eficiente se a única maneira de elevação dos benefícios for, também, o aumento dos custos.

A segunda perspectiva lastreia-se na idéia de *melhoria de Pareto*²⁹⁹, segundo a qual a modificação de um quadro será superior ao anterior estado de coisas se dela resultar benefício para ao menos um sujeito, sem gerar prejuízo para outros³⁰⁰. A nova situação é dita, nesta hipótese, mais eficiente que a prévia. Observe-se que, após sucessivas melhorias, atingir-se-á um ponto em que será impossível elevar a utilidade de certo indivíduo sem, com isto, prejudicar outros agentes. Alcança-se, neste quadro, aquilo que se denomina de *ótimo de Pareto*³⁰¹, podendo-se, também, simplesmente afirmar que esta situação é *Pareto-eficiente*. Sinteticamente, pode-se asseverar que dado equilíbrio é Pareto-eficiente quando não for possível o aumento do benefício de um sujeito sem causar prejuízos a outros³⁰².

²⁹⁷ Perceba-se que a noção de maximização da utilidade como critério de interpretação e decisão não é desconhecida pelo direito. A visão proposta por ROBERT ALEXY, acolhida neste trabalho, segundo a qual princípios são mandamentos de otimização (*rectius*: mandamentos a serem otimizados) consubstancia o dever do aplicador do direito de garantir a maior extensão possível a cada princípio colidente, de acordo com as condições fáticas e jurídicas dos casos concretos.

²⁹⁸ SALAMA, Bruno. O que é “Direito e Economia”? **Direito & Economia**. TIMM, Luciano Benetti (Org.). Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008, p. 55.

²⁹⁹ O propositor da noção de eficiência ora analisada foi VILFREDO PARETO, cientista político, advogado e economista italiano.

³⁰⁰ RODRIGUES, Vasco. **Análise Económica do Direito: Uma Introdução**. Coimbra: Almedina, 2007, p. 26.

³⁰¹ PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. **Direito, Economia e Mercados**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, p. 120/121.

³⁰² “Diz-se que uma determinada situação é *Pareto eficiente* ou *alocativamente eficiente* se é impossível mudá-la de modo a deixar pelo menos uma pessoa em situação melhor (na opinião dela própria) sem deixar outra pessoa em situação pior (mais uma vez, em sua própria opinião)” (grifos no original) (COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Direito & Economia**. 5 ed. Porto Alegre: Bookman, 2010, p. 38).

Vale salientar que o fato de uma situação ser Pareto-eficiente não significa necessariamente que ela será justa ou correta, de um ponto de vista normativo, mas, apenas, que a melhoria da utilidade de um sujeito somente seria viável com a piora do estado do outro.

Observe-se que a eficiência de Pareto revela-se um critério bastante rigoroso para a tomada de decisões, uma vez que, segundo sua ótica, não seria recomendável qualquer alteração que levasse a uma situação pior de certo indivíduo, ainda que, concomitantemente, redundasse numa ampliação de benefícios para outras pessoas. Considerando-se que, do ponto de vista prático, é bastante improvável que dada modificação no *status quo* não gere, de algum modo, prejuízos a alguns sujeitos, a estrita vinculação à noção de eficiência de Pareto possui evidentes limitações em sua aplicação. Para contorná-las, é freqüente, no pensamento econômico, a introdução da noção de compensação, o que conduz à terceira perspectiva sob a qual se pode visualizar a eficiência.

A terceira ótica corresponde à denominada *eficiência de Kaldor-Hicks*. Segundo esta formulação, há situações nas quais os prejuízos impostos por dada alteração podem ser objeto de uma compensação. Nestes casos, deve-se considerar uma melhoria mesmo aquelas modificações que redundem em benefícios para alguns e piora para outros, desde que haja a possibilidade de os primeiros realizarem a compensação necessária para a satisfação dos prejudicados³⁰³. O que se analisa, percebe-se, é o efeito líquido global da alteração, de modo que se o excedente gerado em favor dos beneficiados permite, além da melhoria da utilidade destes, a compensação dos prejudicados, ela será considerada mais eficiente que a situação pretérita³⁰⁴.

Importa ressaltar que, segundo esta perspectiva, embora se requeira que o benefício dos ganhadores seja superior ao prejuízo dos perdedores, não se exige que a compensação seja efetivamente realizada, mas apenas que seja possível³⁰⁵.

Verificar que dada situação é a mais eficiente, mesmo sob o critério de Kaldor-Hicks, não significa afirmar que necessariamente ela será justa. A discussão acerca dos

³⁰³ “De acordo com este critério, a passagem de uma situação para outra constitui uma melhoria se os agentes económicos por ela beneficiados estivessem interessados na sua concretização mesmo que tivessem que pagar a compensação necessária para conseguir o assentimento dos prejudicados” (RODRIGUES, Vasco. Op. cit., p. 39).

³⁰⁴ PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. **Direito, Economia e Mercados**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, p. 121.

³⁰⁵ COOTER, Robert; ULEN, Thomas. Op. cit., p. 64.

valores eficiência e justiça é seguramente uma das mais relevantes no campo da Análise Econômica do Direito. Já se mencionou que, em trabalhos do passado, RICHARD POSNER sustentava ser a maximização da riqueza o critério adequado para avaliação da equidade de um sistema jurídico, vindo, posteriormente, a relativizar severamente esta posição, admitindo que há hipóteses nas quais elementos morais devem afastar a resposta que, do ponto de vista econômico, seria a mais eficiente. A riqueza do debate entre eficiência e justiça talvez resida precisamente na constatação de que existem casos nos quais as contribuições da Economia para o Direito sofrerão enormes limitações. Por isto, há quem entenda — com razão — que a maximização de riqueza consiste somente em um dos elementos que devem ser considerados para a ampliação do bem-estar³⁰⁶.

Não se deve, contudo, abraçar a idéia temerária de que eficiência e justiça seriam valores antitéticos³⁰⁷. Seguramente, em muitas hipóteses a solução mais eficiente se identificará com a mais justa, mas, mesmo nos casos nos quais isto não se verifique, o instrumental econômico possuirá, em alguma dimensão, utilidade para subsidiar decisões que, fundadas na justiça, afastam a solução reputada mais eficiente. Neste sentido, IVO GICO JR. aponta duas contribuições da Análise Econômica do Direito: a constatação do que é injusto, a partir da verificação do que é ineficiente, e a previsão das conseqüências de dada decisão, bem como de seu custo de oportunidade³⁰⁸.

Delineadas as noções fundamentais do instrumental utilizado pela Análise Econômica do Direito, cumpre, agora, examinar, ainda que sucintamente, o que se convencionou denominar de Teoria dos Jogos. Será este o objeto do tópico seguinte.

³⁰⁶ “A maximização da riqueza, a qual é cega em relação à distribuição, é atualmente apenas vista como um meio para se aproximar ao máximo da maximização da utilidade” (GELTER, Martin; GRECHENIG, Kristoffel. *A divergência transatlântica no pensamento jurídico: o direito e economia norte-americano vs o doutrinalismo alemão. Direito e Economia: textos escolhidos.* SALAMA, Bruno Meyerhof (org.). São Paulo: Saraiva, 2010, p. 367).

³⁰⁷ Vale, aqui, citar o interessante exemplo constante na atual Constituição de Portugal, a qual, sem prescindir da pretensão de correção que existe em qualquer ato legislativo (*vide* o segundo capítulo deste trabalho), impõe como prioridade do Estado a garantia da eficiência do mercado, *in verbis*: **Artigo 81.º Incumbências prioritárias do Estado** Incumbe prioritariamente ao Estado no âmbito económico e social: (...) f) Assegurar o funcionamento eficiente dos mercados, de modo a garantir a equilibrada concorrência entre as empresas, a contrariar as formas de organização monopolistas e a reprimir os abusos de posição dominante e outras práticas lesivas do interesse geral

³⁰⁸ GICO JR. Ivo. Metodologia e Epistemologia da Análise Econômica do Direito. *Economic Analysis of Law Review*, v.1, n.º 1, jan./jun. 2010, p. 27.

4.4 A TEORIA DOS JOGOS

Denomina-se de Teoria dos Jogos a área do conhecimento que, através do raciocínio matemático e econômico, estuda o comportamento dos agentes em contextos de interação³⁰⁹.

A visão atual acerca da Teoria dos Jogos encontra em JOHN VON NEUMANN um dos seus mais importantes precursores. Debruçando-se sobre os jogos de soma zero (aqueles nos quais somente poderá ocorrer a vitória de uma das partes mediante a derrota da outra), NEUMANN demonstrou que era possível encontrar a resposta para tais jogos através de ferramentas matemáticas³¹⁰.

Seguramente, porém, seu mais destacado estudioso foi o matemático JOHN NASH, o qual conseguiu superar as limitações da abordagem exclusivamente direcionada a jogos de soma zero. Teorizando sobre jogos não cooperativos em geral, matemático americano propôs a formulação que viria a ser denominada de “equilíbrio de NASH”, que é aquele “que resulta de cada jogador adotar a estratégia que é a melhor resposta às estratégias adotadas pelos demais jogadores”³¹¹.

Seus estudos comprovaram que, em situações como a do “dilema do prisioneiro”³¹², a solução mais vantajosa para todos é a cooperação, isto é, a o comportamento leal. Saliente-se que, conforme se explicitará adiante, o modelo teórico do “dilema do prisioneiro” pode ser aplicado às hipóteses de ocorrência de *dumping* social.

³⁰⁹ Sinteticamente, ROBERT COOTER e THOMAS ULEN afirmam que a “teoria dos jogos lida com qualquer situação em que a estratégia seja importante” (Op. cit., p. 56).

³¹⁰ FIANI, Ronaldo. **Teoria dos jogos: com aplicações em Economia, Administração e Ciências Sociais**. 3. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, p. 35.

³¹¹ Ibidem, p. 36.

³¹² “A história original do Dilema do Prisioneiro é mais ou menos assim: dois ladrões são pegos pela polícia portando as ferramentas incriminadoras de seu ofício, mas nenhuma outra evidência. A polícia leva-os para salas separadas e faz a cada um a seguinte proposta: se ele confessar suas atividades criminosas (a estratégia *Confessar*) e seu parceiro não, ele será libertado e o outro ladrão condenado à sentença máxima de 20 de prisão. Se ele se recusar a cooperar (a estratégia *Bancar o durão*) e seu parceiro confessar, ele é que será condenado a 20 anos de prisão e o parceiro, libertado. Se ambos escolherem *Confessar*, então a polícia não precisará mais da cooperação deles e condenará os dois com base em suas confissões. Nesse caso, os dois enfrentarão sentenças de dez anos cada um. Embora a polícia não mencione, os dois ladrões sabem que, se adotarem *Bancar o durão*, a evidência física é suficiente para condená-los somente pelo delito de conspiração para cometer furto, para o qual a sentença é de apenas um ano de cadeia. A polícia termina informando a cada um dos ladrões que a mesma oferta foi feita a seu parceiro” (grifos no original) (BIERMAN, H. Scott;

As contribuições da Teoria dos Jogos ao direito são variadas, indo desde o oferecimento de soluções a indivíduos em situações de competição (concorrência) ou cooperação (contratos) até a indicação de possibilidades de intervenção do Estado para modificação de uma conduta estratégica de particular, reputada socialmente desvaliosa. Ultrapassa a proposta deste trabalho o exame das inúmeras técnicas oferecidas pela Teoria dos Jogos, sendo suficiente referir sua existência como mais um mecanismo idôneo à utilização na construção das decisões judiciais³¹³.

Tecidas essas considerações, é possível, agora, partir para o exame das limitações da Análise Econômica do Direito.

4.5 LIMITAÇÕES DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

Até este momento, foram examinados os aspectos teóricos e metodológicos fundamentais da Análise Econômica do Direito. Cumpre, após o domínio deste instrumental, refletir acerca dos limites da construção do raciocínio jurídico a partir desta abordagem.

Há que se ter em mente, de início, a advertência segundo a qual não existe método absoluto, idôneo a oferecer respostas a todo tipo de investigação nas variadas áreas do conhecimento. Neste sentido, MARIO BUNGE obtempera que cada

clase de problemas requiere un conjunto de métodos o técnicas especiales. Los problemas del conocimiento, a diferencia de los del lenguaje o los de la acción, requieren la invención o la aplicación de procedimientos especiales adecuados para los varios estadios del tratamiento de los problemas, desde el mero enunciado de éstos hasta el control de las soluciones propuestas³¹⁴.

Não existe, portanto, para a Análise Econômica do Direito, a ilusão de possibilidade de solução de qualquer natureza de problema. Compreender isto, em verdade, é um excelente passo para evitar-se criar novos problemas, decorrentes da aplicação

FERNANDEZ, Luis. **Teoria dos Jogos**. Tradução de Arlete Simille Marques. Revisão técnica de Décio Katsushigue Kadota. 2. ed. São Paulo: Pearson Prentice Hall, 2011, p. 10-11).

³¹³ Para um aprofundamento nos modelos teóricos propostos pela Teoria dos Jogos, com as respectivas demonstrações matemáticas, cf. BIERMAN, H. Scott; FERNANDEZ, Luis. Op. cit.

³¹⁴ BUNGE, Mario. **La investigación científica: su estrategia y su filosofía**. 3 ed. México: Siglo XXI Editores, 2004, p. 07.

irresponsável dos aportes teóricos da economia a qualquer espécie de dilema jurídico.

Já se antecipou, ademais, que a Análise Econômica do Direito não possui a pretensão de indicar quais valores devem nortear uma sociedade. A conhecida tentativa de RICHARD POSNER de alçar a maximização da riqueza à condição de critério ético fundamental, vale reafirmar, não prosperou, havendo o próprio jurista reconhecido as fragilidades da idéia e a necessidade de observância de outros valores que a sociedade reputa como essenciais.

Esclareça-se que, não obstante as pesquisas de caráter normativo possam, por exemplo, propor políticas públicas, elas o fazem considerando o sistema moral e jurídico vigente em dada comunidade. As pesquisas de índole positiva, a seu turno, podem complementar aquelas, examinando se os resultados pretendidos estão realmente sendo alcançados.

Outra limitação da Análise Econômica do Direito consiste na impossibilidade de abrangência de toda a complexidade do mundo real. Esta é, seguramente, uma limitação, mas o é de qualquer formulação teórica que pretenda alguma generalidade. A utilização de modelos é necessária para viabilizar a abordagem das questões fáticas e, para tanto, inevitavelmente há nuances ou perspectivas que devem ser deixadas à margem. Impõe-se, então, verificar quais variáveis são relevantes para a solução do problema, de modo a não esvaziar a investigação ou afastá-la dos dados da realidade a ponto de torná-la inútil³¹⁵.

Para além da necessidade de eleição das variáveis relevantes, é imprescindível assumir uma postura de sinceridade intelectual, diante do fato inexorável de que o ser humano não dispõe de todo o conhecimento idôneo a permitir uma adequada abordagem para qualquer problema. A ignorância, em verdade, é elemento

³¹⁵ Neste sentido, GICO JR. Ivo. Metodologia e Epistemologia da Análise Econômica do Direito. *Economic Analysis of Law Review*, v.1, n.º 1, jan./jun. 2010, p. 24. Obtempera, ainda, o autor que “um mapa perfeito da cidade de São Paulo terá o mesmo tamanho da própria cidade, o que o tornará praticamente inútil. No mesmo sentido, quanto mais próximo da realidade for o modelo científico, mais complexo ele se tornará, até o ponto em que deixa de ser um modelo e se torna a própria realidade, quando então se torna inútil enquanto mecanismo de facilitação da compreensão” (op. cit., p. 24). Vale salientar que a definição clara das variáveis integra uma das “regras” do método científico, consoante afiança MARIO BUNGE: “R2 Proponer conjeturas bien definidas y fundadas de algún modo, y no proposiciones que no comprometan en concreto, ni tampoco ocurrencias sin fundamento visible: hay que arriesgar hipótesis que afirmen la existencia de relaciones bien definidas y entre variables netamente determinadas, sin que esas hipótesis estén en conflicto con lo principal de nuestra herencia científica” (op. cit., p. 09).

importantíssimo para o progresso científico, em razão de colocar diante do homem questões que somente podem ser solucionadas através de novas investigações científicas — ou da revisão de anteriores³¹⁶. Os ajustes na delimitação das variáveis, bem como na elaboração de modelos são, então, fundamentais para a construção de respostas sólidas e coerentes para os problemas postos perante aquele que se vale da Análise Econômica do Direito.

Outras duas questões merecem ser examinadas, ambas relacionadas com as contingências da necessidade de utilização de modelos e reduções.

A primeira diz respeito à idéia de racionalidade dos indivíduos. Já se mencionou que, na atualidade, a noção tradicional de conduta racional maximizadora tem sido revisada, para admitir a existência de elementos que impedem que, em todas as ocasiões, os sujeitos adotem o comportamento que amplie ao máximo sua utilidade. Assimetrias na informação e restrições cognitivas são alguns dos melhores exemplos destes fenômenos. O conhecimento desses fatores é importantíssimo para a elaboração e a condução da pesquisa, devendo-se observar, por exemplo, se o caso a ser analisado envolve uma relação de consumo ou interações entre empresas que integram um oligopólio.

A segunda questão é que, mesmo nas hipóteses nas quais seja possível aplicar a idéia de conduta racional maximizadora sem maiores restrições, em alguns casos esta premissa metodológica não será suficiente para explicar uma decisão adotada por certo indivíduo. Um exemplo é a hipótese de ocorrência de ótimos múltiplos, situação em que o “agente fica indiferente ante uma ou mais possibilidades”, sendo necessário “suplementar a escolha com outros enfoques para poder predizer qual das possibilidades será escolhida”³¹⁷.

³¹⁶ Adverte, por isto, POPPER que o reconhecimento do caráter ilimitado da ignorância humana “dá uma nova virada na idéia socrática de ignorância. A cada passo adiante, a cada problema que resolvemos, não só descobrimos problemas novos e não solucionados, porém, também, descobrimos que aonde acreditávamos pisar em solo firme e seguro, todas as coisas são, na verdade, inseguras e em estado de alteração contínua”. E arremata: “Poder-se-ia dizer: não há nenhum conhecimento sem problemas; mas, também, não há nenhum problema sem conhecimento. Mas isto significa que o conhecimento começa da tensão entre conhecimento e ignorância. Portanto, poderíamos dizer que, não há nenhum problema sem conhecimento; mas, também, não há nenhum problema sem ignorância” (POPPER, Karl. **Lógica das Ciências Sociais**. 3 ed. Tradução de Estevão de Rezende Martins, Apio Cláudio Muniz Acquarone Filho, Vilma de Oliveira Moraes e Silva. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2004, p. 13/14).

³¹⁷ LORENZETTI, Ricardo Luis. **Teoria da Decisão Judicial: fundamentos de direito**. Tradução: Bruno Miragem; Notas da tradução: Claudia Lima Marques. 2 ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 205.

O reconhecimento da existência de limitações em determinada abordagem é imprescindível para a condução de uma pesquisa séria e coerente. Deve-se, então, modular o procedimento de investigação, afastando-se a aplicação da Análise Econômica do Direito ao se enfrentar problemas relativamente aos quais ela se revele impertinente, e atentando para eventuais contingências nos casos para os quais ela possa contribuir.

No segundo capítulo deste trabalho, buscou-se demonstrar que não é possível afastar a dimensão moral do fenômeno jurídico. Toda decisão judicial, já se afirmou, é dotada de pretensão de correção³¹⁸. Para satisfazê-la, é desejável — ou, mesmo, exigível —, em muitos casos, que o magistrado valha-se de conhecimentos provenientes de outras áreas do saber, de modo a preencher a pretensão de fundamentabilidade, consectário da pretensão à correção.

Neste diapasão, as ferramentas oferecidas pela Análise Econômica do Direito viabilizam o desenvolvimento de soluções judiciais que, partindo dessa constatação do caráter ético da atuação do Poder Judiciário³¹⁹, consideram, também, seus efeitos sobre o mundo dos fatos. Moral e consequencialismo não são excludentes, mas, ao revés, complementares para a construção de decisões solidamente fundamentadas³²⁰ e capazes de interferir conscientemente na realidade sócio-econômica.

A noção de maximização da utilidade como critério de interpretação e decisão, repise-se, não é desconhecida pelo direito. A visão proposta por ROBERT ALEXY, acolhida neste trabalho, segundo a qual princípios são mandamentos de otimização consubstancia o dever do aplicador do direito de garantir a maior extensão possível a cada princípio colidente, de acordo com as condições fáticas e jurídicas dos casos concretos.

Sustentada a viabilidade de um modelo de decisão fundado na ética da responsabilidade e no consequencialismo, cumpre, adiante, investigar a configuração jurídica do *dumping* social. Será este o objeto do próximo capítulo.

³¹⁸ ALEXY, Robert. **Conceito e validade do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 41.

³¹⁹ Vale rememorar que, segundo capítulo deste trabalho, definiu-se ativismo judicial como o *atendimento à ética da responsabilidade, imposta ao magistrado, em sua tríplice dimensão*.

³²⁰ Ressalte-se que não se está a sustentar, aqui, a possibilidade de oferecimento de “uma única resposta correta”. A temática foi abordada no segundo capítulo, quando da discussão acerca da lei do sopesamento.

5 DUMPING SOCIAL

O presente capítulo destina-se a abordar o fenômeno do *dumping* social, iniciando a partir da compreensão do *dumping* no âmbito da economia. A seguir, serão examinadas as noções de *dumping* no plano internacional, bem como no ordenamento jurídico pátrio. Na seqüência, apresentar-se-ão diversas modalidades de materialização do fenômeno, procedendo-se, após, ao específico estudo acerca do *dumping* social.

5.1 NOTÍCIA HISTÓRICA E COMPREENSÃO DO DUMPING NA DOCTRINA ECONÔMICA

Relata-se que o primeiro caso de edição de lei voltada a coibir a prática de *dumping* teria ocorrido no Canadá, no início do século XX³²¹. Naquele período, o país empreendia a construção de uma ferrovia transcontinental, objetivando a facilitação do tráfego de pessoas e mercadorias em seu território.

Diante desse quadro, investidores americanos passaram a vender aço a fabricantes de estradas de ferro canadenses a preços que inviabilizavam a concorrência por parte das indústrias produtoras de aço no país importador, provocando o domínio do mercado local. A fim de repelir a continuidade desse fenômeno, o Canadá tornou-se precursor na adoção de legislação *antidumping*.

Posteriormente, editaram também diploma normativo específico a Nova Zelândia, a Austrália, a África do Sul e os Estados Unidos da América, com a aprovação do *Antidumping Act*, em 1916³²².

Atribui-se a ADAM SMITH a utilização, pela primeira vez, da expressão *dumping*, não obstante dela haja se valido para designar situação econômica diversa daquela

³²¹ EMANUELLI, Gisela Biacchi. Comércio exterior brasileiro e *dumping*: breve enfrentamento sobre uma barreira não-alfandegária. **Revista de Direito da Concorrência**, nº. 7, jul./set. 2005, p. 51.

³²² CORDOVIL, Leonor. **Antidumping: interesse público e protecionismo no comércio internacional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 31.

a que se refere a atual construção teórica acerca do instituto, identificando-a, àquela época, a prática semelhante ao que hoje se denomina de subsídio³²³.

O primeiro economista, consoante reconhece a doutrina, a abordar a matéria da maneira como contemporaneamente é compreendida foi JACOB VINER³²⁴. Leciona o autor que “*the one essential characteristic of dumping, icontend, is price-discrimination between purchases in different national markets*”³²⁵. Observa-se, assim, que, para a economia, o *dumping* é definido como discriminação de preços entre mercados.

Essa noção, como adiante se verificará, não se identifica totalmente com a compreensão do *dumping* para o direito, a qual será analisada a seguir.

5.2 A DEFINIÇÃO JURÍDICA DE *DUMPING* NO ÂMBITO DO COMÉRCIO INTERNACIONAL

O *dumping* é conceituado, no art. VI do *General Agreement on Tarifes and Trade* (GATT), como:

1. *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

³²³ ARRUDA, Gustavo Fávaro. Entendendo o dumping e o direito antidumping. **Revista de Direito da Concorrência**, nº. 7, jul./set. 2005, p. 16.

³²⁴ EMANUELLI, Gisela Biacchi. Op. cit., p. 51, e ARRUDA, Gustavo Fávaro. Op. cit., p. 16.

³²⁵ “uma característica essencial de dumping, sem conflito, é a discriminação de preços entre as compras em diferentes mercados nacionais” (tradução livre do autor) VINER, Jacob *apud* ARRUDA, Gustavo Fávaro. Op. cit., p. 16. Ressalte-se, por oportuno, que parcela da doutrina afirma que o *dumping* é a prática “comercial que consiste em vender produtos a preços inferiores aos custos, com a finalidade de eliminar concorrentes e/ou ganhar maiores fatias de mercado.” (SANDRONI, Paulo. **Novíssimo Dicionário de Economia**. São Paulo: Editora Best Seller, 1999, p. 187).

(ii) *the cost of production of the product in the country of origin plus a reasonable addition for selling cost and profit.*³²⁶

No dispositivo normativo está presente a idéia de comercialização de produtos a valores inferiores aos tidos como razoavelmente praticáveis no mercado.

Depreende-se, ainda, do art. VI do GATT, que a configuração da ocorrência de *dumping* condenável exigirá, além disso, a existência de dano aos agentes econômicos e nexo causal entre a conduta e o dano sofrido. Disto resulta que jamais se poderá afirmar, *a priori*, a existência de *dumping* condenável em face somente da venda de produtos a preços abaixo dos parâmetros praticados no mercado, em dado momento.

Perceba-se que o mencionado regramento traz diretrizes de identificação do dano idôneo a configurar o *dumping* repudiado no tratado: ocorrência ou ameaça de ocorrência de prejuízo material a indústria de determinado país, ou sensível retardamento de estabelecimento de uma indústria nacional³²⁷.

Partindo-se de tais considerações, pode-se, agora, conceituar o *dumping* reprovável como a venda de mercadorias a preços inferiores àqueles normalmente praticados no mercado, provocando danos materiais à indústria doméstica existente ou inibindo seu desenvolvimento³²⁸.

³²⁶ “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 do autor).

³²⁷ Nesse sentido, GUSTAVO ARRUDA FÁVARO assevera que o “dumping não é, por si só, uma prática ilícita ou violadora das boas regras de mercado. Para ser considerado reprovável, tem que causar dano à indústria doméstica.” (ARRUDA, Gustavo Fávaro. Entendendo o dumping e o direito antidumping. **Revista de Direito da Concorrência**, nº. 7, jul./set. 2005, p. 19-20).

³²⁸ Valendo-se dos mesmos elementos aqui utilizados como condição para configuração do *dumping*: 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, p. 46.

5.3 O *DUMPING* NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

O Brasil aprovou a Ata Final da Rodada Uruguaí de Negociações Comerciais Multilaterais do GATT através do Decreto Legislativo nº. 30, de 15 dezembro de 1994. Pouco depois, em março de 1995, foi editada a Lei nº. 9.019, a qual dispõe sobre a aplicação de direitos estabelecidos no Acordo *Antidumping*, decorrente da Rodada do Uruguaí.

Com o objetivo de regulamentar a mencionada lei, foi editado, em 23 de agosto de 1995, o Decreto nº. 1.602. Este define, em seu art. 4º, a prática de *dumping*, *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.

Da mesma maneira, o decreto explicita, em seu art. 5º, o conceito de “valor normal”, para fins de verificação de ocorrência de *dumping*:

Art. 5º Considera-se valor normal o preço efetivamente praticado para o produto similar nas operações mercantis normais, que o destinem a consumo interno no país exportador.

Percebe-se, destarte, que o ordenamento jurídico pátrio acompanha a noção internacional de configuração do *dumping* pela venda de bens a valores inferiores aos praticados no mercado, estando o tema dos direitos *antidumping* tratado na Lei nº. 9.019/95, a qual por sua vez, é regulamentada pelo Decreto nº. 1.602/95.

5.4 MODALIDADES DE *DUMPING*

A primeira distinção a que se deve proceder é entre o *dumping* não intencional e o intencional³²⁹.

O primeiro diz respeito a aspectos circunstanciais, temporários, decorrentes da própria dinâmica da economia. Não se está diante, aqui, de manejo de estratégias

³²⁹ 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 07 de junho de 2010.

empresariais, mas da ocorrência de um fenômeno inerente ao modo de produção capitalista, sendo naturais a esse modelo eventuais desequilíbrios de mercado.

De outra parte, o *dumping* intencional tem lugar quando determinada empresa vale-se de mecanismos para interferir no normal funcionamento do mercado. Neste caso, o desequilíbrio da concorrência integra o planejamento estratégico da empresa.

ALICE ROCHA DA SILVA elenca, ainda, diversas outras modalidades de *dumping*³³⁰:

a) *dumping* por excedente – modalidade em que se objetiva a maximização de vendas. Funda-se na dissolução dos custos fixos causados por um aumento na produção. O excesso de produção destina-se à exportação, disto decorrendo aumento da oferta do produto, bem como retração de seu preço no país importador.

b) *dumping* predatório – espécie em que se objetiva a eliminação de concorrentes que produzem mercadorias similares. Neste caso, o

dumping constituiria uma estratégia mercadológica do exportador voltada à eliminação dos concorrentes no mercado importador. Derrotados os produtores nacionais, o exportador conseguiria elevar de forma monopolística os preços para reaver os prejuízos anteriormente suportados.³³¹

c) *dumping* tecnológico – modalidade em que mudanças tecnológicas e custo da produção apresentam-se como fatores relacionados. Hipóteses de ocorrência de *dumping* tecnológico caracterizam-se pela circunstância de que a “tecnologia muda tão rapidamente que o custo de produção vai ficando cada vez mais baixo”³³².

d) *dumping* estrutural – verifica-se com a existência de excesso de oferta de certo produto em determinado mercado, levando à exportação a preços inferiores àqueles praticados no mercado interno.

³³⁰ 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, p. 52 e 53.

³³¹ ARRUDA, Gustavo Fávoro. Entendendo o dumping e o direito antidumping. **Revista de Direito da Concorrência**, nº. 7, jul. a set./2005, p. 30. Leciona LEONOR CORDOVIL que a “predação no mercado internacional é a discriminação de preços entre o mercado doméstico e o mercado de exportação, com venda, no último, por um preço abaixo do preço de custo, com o objetivo de eliminar competidores e manter ou adquirir posição dominante no mercado. Os consumidores são beneficiados no curto prazo (preços menores), mas perderão no médio e longo prazo. O exportador apoia-se no mercado doméstico para recuperar o prejuízo contabilizado com a prática de preços abaixo do preço de custo (como um subsídio cruzado)” (**Antidumping: interesse público e protecionismo no comércio internacional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 152).

³³² 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. 52.

e) *dumping* ecológico – modalidade caracterizada pela utilização de material não-reciclável, proveniente de fontes naturais não-renováveis, bem como pela transferência de empresas para regiões nas quais haja menor rigor na proteção do meio ambiente, em razão de suas normas sobre a matéria serem “menos rígidas, inexistentes ou ineficazes”³³³.

f) *dumping* cambial – funda-se na manutenção artificial de taxas de câmbio em parâmetros inferiores aos reais. Sua operacionalização se dá mediante a “desvalorização de uma moeda nacional frente a uma cesta de moedas para estimular as exportações e inibir as importações”³³⁴.

g) *dumping* social – baseado em questões relativas ao custo da mão-de-obra, será objeto de detida abordagem a partir do tópico seguinte.

5.5 O DUMPING SOCIAL

A presente seção destina-se ao estudo específico do *dumping* social. Será, de início, apresentado seu conceito e, na seqüência, serão examinadas isoladamente cada uma de suas características. Ao final, será examinado o atual tratamento da matéria no plano internacional e dos diversos mecanismos normativos engendrados para reprimir a prática.

5.5.1 Conceito

Dumping social pode ser definido como a modalidade de concorrência desleal consistente na venda de mercadorias a preços inferiores àqueles normalmente praticados pelo mercado, obtidos mediante a reiterada utilização de mão-de-obra em condições inadequadas a padrões laborais mínimos, gerando danos sociais³³⁵.

³³³ ARRUDA, Gustavo Fávaro. Entendendo o dumping e o direito antidumping. **Revista de Direito da Concorrência**, nº. 7, jul. a set./2005, p. 21.

³³⁴ *Ibid.*, p. 21.

³³⁵ O Projeto de Lei n.º 7.070/2010, de autoria do Deputado Carlos Bezerra, apresentava um conceito sucinto de dumping social, nos seguintes termos: “Art. 1º Configura ‘*dumping* social’ a inobservância contumaz da legislação trabalhista que favoreça comercialmente a empresa perante sua

Importa ressaltar, por oportuno, que a ocorrência de *dumping* social não se restringe ao comércio internacional. Embora seja comum na doutrina a utilização do termo “*dumping* social” apenas relativamente a este, não é razoável limitar sua noção ao âmbito do direito internacional, mesmo porque, com freqüência, as práticas no plano nacional e no plano global influenciam-se mutuamente, determinando, inclusive, os rumos da economia³³⁶.

Nada impede, assim, a compreensão do *dumping* social como fenômeno verificável também no direito interno, como o faz, por exemplo, JORGE LUIZ SOUTO MAIOR³³⁷.

A análise dos elementos que constituem o conceito apresentado será realizada adiante.

5.5.2 Características do *dumping* social

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

O princípio da livre concorrência, como visto, encontra-se consagrado no texto constitucional, em seu art. 170, inciso IV. O constituinte, reafirme-se, elegeu o capitalismo como modelo econômico a ser adotado no País.

concorrência”. A proposta, todavia, foi rejeitada em 31/01/11, tendo sido arquivada pela Mesa da Câmara dos Deputados.

³³⁶ Note-se que, com tal interpretação, diluem-se as distinções normalmente apontadas pela doutrina no que se refere à contraposição entre antidumping e defesa da concorrência, a exemplo da indicada por LEONOR CORDOVIL: “O primeiro condena a discriminação de preços e o preço predatório que causam dano à indústria doméstica. O direito da concorrência condena a discriminação e o preço predatório se estes causam prejuízo à concorrência” (**Antidumping: interesse público e protecionismo no comércio internacional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 160). Ressaltam-se, assim, seus aspectos comuns: “visam à liberalização dos mercados, ao aumento das trocas, ao aumento do número de participantes em um mercado” (Ibidem, p. 149).

³³⁷ “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 às 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, 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).

Consectário lógico de tal opção é que a concorrência não é repudiada pela Constituição de 1988, mas, ao revés, por ela protegida³³⁸. Não é possível, contudo, ao empresário, valer-se de toda espécie de estratégia competitiva para maximizar seus lucros. Deverá, no exercício da livre iniciativa, pautar-se por padrões de comportamento ético e de boa-fé.

A concorrência desleal restará configurada com a utilização, por parte do empresário, de meios inidôneos para vencer seus concorrentes na atração da clientela³³⁹.

Poderá a concorrência desleal ser específica — quando se referir a atos que, em decorrência de sua gravidade, são considerados crimes pela legislação — ou genérica, referindo-se a atos “não previstos em leis especiais, mas, sim, sob o domínio do direito comum”³⁴⁰.

Trata-se de espécie de ato ilícito, uma vez que o empresário que a comete viola a finalidade econômica e social da livre iniciativa e, ainda, age em desconformidade com a boa-fé, a teor do art. 187 do 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.

A prática de concorrência desleal gera profundos prejuízos ao funcionamento eficiente do mercado, podendo, inclusive, obstar a viabilidade da continuidade de atuação dos concorrentes comerciais. Exatamente por isso, sob “o ângulo civil, independentemente das sanções penais cabíveis, os atos de concorrência desleal podem determinar para seu autor a incidência da indenização por perdas e danos”³⁴¹.

No *dumping* social, assim como em qualquer espécie de *dumping*, observar-se-á a comercialização de mercadorias em desacordo com seus reais valores de mercado.

³³⁸ Precisamente por isso assim dispõe o art. 20, § 1º, da Lei 8.884: “§ 1º A conquista de mercado resultante de processo natural fundado na maior eficiência de agente econômico em relação a seus competidores não caracteriza o ilícito previsto no inciso II”. O ilícito a que se refere, em seu final, o citado parágrafo trata-se de dominação de mercado relevante de bens ou serviços.

³³⁹ BERTOLDI, Marcelo M.; RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. **Curso Avançado de Direito Comercial**. 5ª ed., rev. e atual. Ed. Revista dos Tribunais. São Paulo, 2009, p. 134.

³⁴⁰ *Ibid.*, p. 135.

³⁴¹ FAZZIO JÚNIOR, Waldo. **Manual de Direito Comercial**. 10 ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 102.

A vantagem competitiva baseia-se não em diferenciais qualitativos diante de produtos similares, mas no preço pelo qual são oferecidos³⁴².

Ressalte-se que esse preço de venda praticado deve ser inviável de ser obtido diante dos custos razoavelmente aferíveis de implantação e desenvolvimento de determinada atividade econômica.

A redução dos custos da mão-de-obra pode ser obtida seja mediante violação direta dos direitos dos empregados de determinada empresa, seja através da prática cada vez mais freqüente de transferência de unidades produtivas para países ou regiões nos quais não são respeitados padrões laborais mínimos³⁴³.

Relativamente à questão do *dumping* social internacional que se verifica nesta hipótese, SERGIO CONTRERAS pondera que

*si por los países pobres ronda el fantasma de la carencia de derechos fundamentales mínimos, en los desarrollados ronda el fantasma de la 'deslocalización' de las empresas en terceros países de costos laborales muchísimos más bajos. Además, preocupa que los países pobres compitan por medio del 'dumping social' con los industrializados, a través de costos laborales inferiores que abaratan sus productos en base a la falta de protección social y derechos mínimos de sus trabajadores.*³⁴⁴

³⁴² Diversas são as estratégias utilizadas pelas empresas com a finalidade de redução de custos, a exemplo da horizontalização das fábricas e da terceirização. Consoante observa MÁRCIO TÚLIO VIANA, a “redução de custos e a produtividade devem ser crescentes: a busca da *qualidade total* não tem fim” (grifo no original). As transformações verificadas na realidade fática de prestação de trabalho repercutem inegavelmente na própria conformação do sistema jurídico. E é assim que, conforme pondera o citado autor, “(...) para um regime *instável* de hoje, um direito *precário, fragmentado, quebradiço*. Um direito que poderia até ser chamado de *pós-moderno*, posto que pragmático, caótico, oscilante. Mas que nem por isso deixa de ter uma diretriz: quer se estabilizar na instabilidade, quer flexibilizar para endurecer. Afinal, a empresa exige a redução dos custos, e *um de seus custos é o próprio direito...*” (grifos no original) (VIANA, Márcio Túlio. A Proteção Social do Trabalhador no Mundo Globalizado. **Direito do Trabalho: Evolução, Crise, Perspectivas**. BORJA, Cristina Pessoa Pereira et al (Coord.). São Paulo: LTr., 2004, p. 161 e p. 169).

³⁴³ É o que se tem verificado, por exemplo, no âmbito do NAFTA. JOSÉ DÁVALOS relata que este bloco econômico foi criado como “*parte de un programa general que busca el fortalecimiento de las grandes empresas competidoras en el mercado internacional, mediante el aprovechamiento de la mano de obra barata em las maquiladoras que se establecen em nuestro territorio. Esa política significó um fuerte golpe para los trabajadores estadounidenses y canadienses, en la medida de que los traslados de empresas a México no significan empleos nuevos, son simplemente los que se reducen a las familias de las otras dos naciones al aprovechar la mano de obra mexicana a bajo costo*”. (DÁVALOS, José. *La integración económica regional y el derecho del trabajo*. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**. Brasília, vol. 67, nº. 1, jan./mar 2001, p. 40).

³⁴⁴ CONTRERAS, Sergio Gamonal. *La cláusula social en el tratado de libre comercio entre Chile y Estados Unidos de norteamérica*. **Revista de Direito do Trabalho**, ano 34, nº. 129, jan./mar. 2008, p. 226. Baseado em relatório apresentado no XVIII Congresso Mundial de Direito do Trabalho e Seguridade Social, realizado em 2006, sobre a situação, na América do Norte, do direito do trabalho em face da liberalização do comércio, MÁRCIO TÚLIO VIANA informa que a “estratégia mais usada é a ameaça de de-localização. Em geral, ‘as empresas canadenses falam em ir para os EUA, as dos EUA para o México e as mexicanas para a China’.” (VIANA, Márcio Túlio. A flexibilização pelo mundo: breves notas do XVIII Congresso Mundial de direito do trabalho e seguridade social. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região**, v. 43, n. 73, jan./jun. 2006, p. 30). Nessa linha de

Observa-se, pois, que a prática de *dumping* social afigura-se como hipótese de concorrência desleal, fundada nos baixos custos da mão-de-obra.

5.5.2.2 Conduta reiterada

A reiteração da prática no tempo é necessária para que se configure o *dumping* social. Deve-se esclarecer, aqui, que este aspecto não é indispensável para verificação da ocorrência de *dumping* ou, genericamente, da concorrência desleal. Em tese, um único ato poderá ser suficiente para tanto.

Dependendo, todavia, da modalidade de concorrência desleal, poderá figurar como requisito a repetição da conduta. Este é o caso do *dumping* social. Isto porque, no que diz respeito à proteção de direitos laborais, uma conduta isolada não será idônea a provocar o dano social característico dessa modalidade de *dumping*³⁴⁵. Para que esta se configure, é necessária a continuidade da prática ilícita no tempo.

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

No *dumping* social, os baixos custos de produção são obtidos mediante o desrespeito a padrões laborais mínimos³⁴⁶.

raciocínio, PAULO SÉRGIO DO CARMO assevera que as empresas modernas “aprenderam a lição, praticando uma revolução permanente, ou a chamada ‘flexibilização produtiva’. Respondem com maior rapidez ao mercado, enxugam seus quadros funcionais, reduzem os níveis hierárquicos, oferecem produtos personalizados para cada grupo social e chegam a funcionar com eficiência com menos empregados. Hoje em dia, muitas corporações como Nike, Lewis e Benetton, por exemplo, já não mantêm mais fábricas. Elas entregam a produção manufatureira para os miseráveis do Terceiro Mundo e apenas gerenciam a marca por meio do *marketing*” (**A ideologia do trabalho**. 2. ed. (Coleção Polêmica). São Paulo: Moderna, 2005, p. 119).

³⁴⁵ Vale destacar que, no âmbito do NAFTA, a instauração de procedimento de solução de conflito em matéria trabalhista somente é possível se um dos países membros houver permitido durante período relevante a violação de direitos sociais: “*no cualquier violación puede dar lugar al proceso de solución de controversias, sino únicamente cuando alguna de las partes comete de manera reiterada la violación en la aplicación efectiva de las normas internas en materia de seguridad e higiene en el trabajo, del empleo de menores, o del salario mínimo.*” (DÁVALOS, José. Op. cit., p. 42).

³⁴⁶ Não raramente o setor privado vale-se do argumento de existência de “crises econômicas” para pressionar o Poder Legislativo no sentido da redução ou “flexibilização” de direitos e garantias laborais e até mesmo para justificar o desrespeito a direitos trabalhistas. É interessante notar, todavia, a peculiaridade de que se revestem tais crises. Escrevendo em meados da década de 1990,

Tratando-se da prática de *dumping* social no interior de um mesmo país, será, *a priori*, o ordenamento jurídico deste que definirá os direitos a serem observados na relação entre capital e trabalho.

No caso brasileiro, os direitos laborais básicos estão traçados na Constituição Federal, particularmente em seu art. 7º. Além das disposições constitucionais, deverá ser observada a legislação trabalhista infraconstitucional³⁴⁷, destacando-se a Consolidação das Leis do Trabalho.

Ademais, havendo regulação jurídica individual ou coletiva mais favorável ao trabalhador, esta deverá ser cumprida, garantindo-se a observância da norma mais benéfica. Assim, não há dúvida de que o desrespeito, por exemplo, ao piso salarial de determinada categoria poderá configurar *dumping* social.

A grande dificuldade surge quando se está diante do comércio internacional, para o estabelecimento dos chamados *labour standards*. Não há consenso entre países desenvolvidos e subdesenvolvidos sobre quais direitos trabalhistas devem ser universalmente reconhecidos e em que extensão. As controvérsias proliferam nos

EVERALDO GASPAR LOPES DE ANDRADE constatava “uma crise do capitalismo pós-industrial, no ocaso do século XX. Uma crise diferente, propiciando um notável progresso econômico, com uma marcante elevação na lucratividade empresarial, sem, no entanto, proporcionar efeitos positivos para a comunidade em geral. Pelo contrário, é fato gerador de mais desigualdades sociais, miséria e desemprego.” (ANDRADE, Everaldo Gaspar Lopes de. Crises dos modelos capitalistas e do mercado laboral. **Revista LTr**, vol. 58, nº. 7, jul./1994, p. 785). Relativamente à crise econômica, MANUEL CARLOS PALOMEQUE LOPEZ ressalta duas importantes noções: “1) a crise econômica é uma realidade que tem acompanhado o Direito do Trabalho, pelo menos de forma intermitente, ao longo do seu percurso histórico, para converter-se, certamente, num <<companheiro de viagem histórico>> da mesma, incômodo se se quiser; e 2) a crise econômica exerceu sempre a sua influência no quadro institucional do Direito do Trabalho e não só, na verdade, a partir da metade dos anos setenta do presente século”. Avança ainda o autor, afirmando que o “Direito do trabalho sai de cada crise econômica, certamente, com cicatrizes visíveis, mas a sua função objectiva de instrumento de mediação e institucionalização do conflito entre trabalho assalariado e o capital permanece inalterada e incólume. E tal papel é consubstancial, assim, ao sistema de produção capitalista e ao seu conflito social de base, pelo que o destino histórico do Direito do Trabalho está ligado de modo estrutural às relações sociais sobre as quais actua.” (LOPEZ, Manuel Carlos Palomeque. **Direito do Trabalho e Ideologia**. Trad. Antônio Moreira. Coimbra: Almedina, p. 39).

³⁴⁷ Dentre os inúmeros exemplos de violações a direitos laborais aptas a gerar *dumping* social, pode-se indicar a contratação fraudulenta de estagiários, conforme reconhecido na seguinte decisão: “ESTÁGIO. FRAUDE. CARACTERIZAÇÃO. É PERNICIOSA A TODA A ECONOMIA E CONSTITUI MODALIDADE DE *DUMPING* SOCIAL A CONTRATAÇÃO DE ESTAGIÁRIOS PARA EXERCÍCIO DE ATIVIDADES TÍPICAS DE EMPREGADOS. (...) Convém, ainda, lembrar que práticas como essas são perniciosas a todo o mercado de trabalho e à economia, geram desequilíbrio e constituem modalidade de *dumping* social, uma vez que postos de trabalho que poderiam ser destinados a *efetivos empregados* passam a ser ocupados por falsos estagiários, mal remunerados e contratados de forma precária e instável – o que, em última instância, barateia a mão-de-obra e gera concorrência desleal, diante da redução dos custos da produção ao sacrifício dos direitos trabalhistas.” (grifos no original) (TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 5ª REGIÃO. Juiz RAFAEL MENEZES SANTOS PEREIRA. Reclamação Trabalhista 01548-2008-133-05-00-4 RT. Data do Julgamento: 12/06/2009. Data da Publicação: 07.08.2009).

fóruns internacionais, tendo havido pouco avanço na disciplina jurídica internacional de tutela dos direitos sociais. Uma das soluções que se tem adotado é a inserção de cláusulas sociais em tratados internacionais, a fim de se impor patamares mínimos. A questão será retomada adiante, quando se proceder à análise do atual tratamento jurídico do *dumping* social no âmbito internacional.

Importa ressaltar, ainda, que eventuais assimetrias no custo da mão-de-obra existentes entre diferentes regiões de um país ou entre países distintos não configuram *dumping* social. Tais distinções são decorrência, em geral, do nível de desenvolvimento sócio-econômico de determinado local, bem como da qualificação profissional de seus trabalhadores.

Relativamente ao comércio internacional, há que se ponderar que, por mais próximos que possam ser certos sistemas jurídicos, é inviável pensar, ao menos nos dias atuais, numa idêntica regulação de fatores que possam influenciar a concorrência. Essas distinções são naturais na realidade dos ordenamentos jurídicos das nações e não necessitam ser condenadas. Abordando a questão das assimetrias, HUGO ROBERTO MANSUETI afirma que a comunidade “(...) *podrá convivir con todas aquellas que no provoquen práctica desleal o coloquen a um Estado en mejores condiciones comparativas con outro para la radicación de capitales o recaudación impositiva*”³⁴⁸.

Assim, as discrepâncias na remuneração dos trabalhadores que não se verifiquem em decorrência de desrespeito a direitos sociais, mas a condições inerentes à própria estrutura sócio-econômica contemporânea não podem ser reputadas como prática de *dumping* social.

5.5.2.4 Danos sociais

Os danos sociais consistem na lesão a direitos ou interesses de natureza extrapatrimonial transindividual consagrados no ordenamento jurídico. Por questões de rigor metodológico, a dogmática em torno do tema será minuciosamente

³⁴⁸ MANSUETI, Hugo Roberto. *El derecho del trabajo en el Mercosur. Situación actual y perspectivas*. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*. Brasília, vol. 68, nº. 1, jan./mar. 2002, p. 60.

explorada em tópico próprio, no capítulo 6, quando da abordagem dos elementos da Responsabilidade Civil.

Firmada a compreensão acerca dos elementos característicos do *dumping* social, cumpre ressaltar que sua existência já vem sendo reconhecida pela jurisprudência dos Tribunais trabalhistas pátrios, conforme ilustram os seguintes julgados:

INDENIZAÇÃO POR “DUMPING SOCIAL”. Tendo a reclamada agido de forma reiterada e sistemática na precarização e violação de direitos, principalmente os trabalhistas, o entendimento referente à indenização por dano social é plenamente aplicável e socialmente justificável para a situação que estabeleceu na presente demanda. Dessa forma, afigura-se razoável, diante da situação verificada nos autos, que a reclamada seja condenada ao pagamento de indenização a título de *dumping* social³⁴⁹.

REPARAÇÃO EM PECÚNIA – CARÁTER PEDAGÓGICO - *DUMPING SOCIAL* – CARACTERIZAÇÃO - Longas jornadas de trabalho, baixos salários, utilização da mão-de-obra infantil e condições de labor inadequadas são algumas modalidades exemplificativas do denominado *dumping social*, favorecendo em última análise o lucro pelo incremento de vendas, inclusive de exportações, devido à queda dos custos de produção nos quais encargos trabalhistas e sociais se acham inseridos. “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’” (1ª Jornada de Direito Material e Processual na Justiça do Trabalho, Enunciado nº 4). Nessa ordem de idéias, não deixam as empresas de praticá-lo, notadamente em países subdesenvolvidos ou em desenvolvimento, quando infringem comezinhos direitos trabalhistas na tentativa de elevar a competitividade externa. (...) Nesse contexto, verifica-se que restará caracterizado o *dumping social* quando a empresa, por meio da burla na legislação trabalhista, acaba por obter vantagens indevidas, através da redução do custo da produção, o que acarreta um maior lucro nas vendas. Logo, representa uma prática prejudicial e condenável, haja vista uma conduta desleal de comércio e de preço predatório, em prejuízo da dignidade da pessoa humana.³⁵⁰

Antes de adentrar a discussão acerca da possibilidade de fixação de sanção extraordinária como meio para coibir a prática de *dumping* social, cumpre investigar, sem pretensão exaustiva, o tratamento que se tem destinado a este no âmbito internacional. O conhecimento da realidade internacional, ressalte-se desde já, é elucidativo quanto ao reconhecimento da nocividade da conduta e da necessidade de adoção de posturas dos Estados no sentido de sua repressão.

³⁴⁹ TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 4ª REGIÃO. Terceira Turma. RO-0131000-63.2009.5.04.0005. Relator: Des. RICARDO CARVALHO FRAGA. Data de Julgamento: 08/06/2011. Data de Publicação: 22/07/2011.

³⁵⁰ TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 3ª REGIÃO. Quarta Turma. 00866-2009-063-03-00-3 RO. Relator: Desembargador JÚLIO BERNARDO DO CARMO. Data do Julgamento: 19/08/2009. Data da Publicação: 31/08/2009.

5.5.3 *Dumping* social e comércio internacional

O combate ao *dumping* social é, na atualidade, um dos mais relevantes temas do direito internacional. Variados têm sido os mecanismos engendrados por nações e organizações internacionais a fim de coibir tal prática. Os instrumentos frequentemente utilizados para tanto são o Selo Social, o *Global Compact*, das Nações Unidas, o ISO Social, os códigos de conduta e as cláusulas sociais.

Cada um desses mecanismos será, a seguir, detidamente abordado. Todavia, antes de empreender este exame, importa assentar uma premissa relativa à natureza e à estrutura das normas elaboradas com o objetivo de reprimir o *dumping* social. Tal análise faz-se necessária particularmente ao se considerar que, na atualidade, grande parte dos regramentos editados com essa finalidade são considerados como *soft law*. É precisamente a discussão sobre normas de *hard law* e de *soft law*, bem como sobre suas implicações na defesa dos direitos sociais, o objeto do próximo tópico.

5.5.3.1 *Soft law* x *Hard law*: distinção necessária

Um tema recorrente no âmbito do direito internacional – particularmente no que se refere a direitos humanos – é a contraposição entre *soft law* e *hard law*.

A expressão *soft law* diz respeito a declarações e documentos que estabelecem princípios e parâmetros que os Estados desejam alcançar quanto à promoção de direitos sociais. Constituem-se, assim, em *standards* a orientar a atuação das nações e delinear condutas no âmbito do direito internacional, sendo, todavia, normalmente considerados destituídos de força vinculante. São exemplos de *soft law* recomendações, textos de preâmbulos de declarações internacionais, códigos de conduta.

A necessidade de elaboração de mecanismos de *soft law* decorre da dinâmica do próprio comércio internacional, determinando a criação de normas programáticas e de textos suficientemente abertos tanto para incidir sobre situações futuras – em constante mutação – quanto para contribuir no processo de aproximação e

harmonização de ordenamentos jurídicos de diferentes países nos aspectos relativos aos direitos sociais, como se tem verificado no direito comunitário europeu³⁵¹. Como indicam DAVID e LOUISE TRUBEK: “*changes in advanced market economies have created a gap between the capacities of conventional legal tools and some of the problems they are designed to cope with*”³⁵².

Assim, o descompasso entre a realidade e a legislação rígida, as normas vinculantes (*hard law*) de diversos países, leva à criação de instrumentos mais fluidos, adaptáveis às conformações sócio-econômicas rapidamente modificáveis.

Não se deve entender, contudo, a fluidez da *soft law* como ausência de valor jurídico. Embora seja freqüente o entendimento doutrinário segundo o qual “*soft law implica principios y estándares a los cuales se recurre para regular relaciones internacionales, y que se encuentran a medio camino entre el derecho y las normas sociales*”³⁵³, já há autores que sustentam o caráter juridicamente vinculante de certas normas de *soft law*, constituindo-se em “textos exigíveis juridicamente, superando apenas o seu caráter moral”³⁵⁴. Partindo-se desse posicionamento, pode-se afirmar, na atualidade, que a distinção entre *soft law* e *hard law* não reside na existência ou não de eficácia obrigatória, mas na carga de indeterminação semântica do texto, a qual permite a evolução de soluções hermenêuticas em face da dinâmica do mercado internacional.

Esclareça-se que não se está, aqui, a defender investidas flexibilizadoras (no sentido que o termo assumiu) e outras práticas geradoras de retrocessos sociais. Ao contrário: um texto normativo flexível, aliado a um arcabouço jurídico consagrador da promoção e da expansão de direitos fundamentais, possibilita ao jurista lidar com fenômenos e institutos novos e inusitados, decorrentes da inexorável evolução da

³⁵¹ Desde otro punto de vista, el soft law se há consolidado como una técnica complementaria del hard law, por ejemplo, em el derecho comunitario europeo, facilitando la armonización gradual de las legislaciones de los distintos países. (CONTRERAS, Sergio Gamonal. *La cláusula social en el tratado de libre comercio entre Chile y Estados Unidos de norteamérica*. **Revista de Direito do Trabalho**, ano 34, nº. 129, jan./mar. 2008, p. 233).

³⁵² “mudanças em avançadas economias de mercado criaram um fosso entre as capacidades dos instrumentos legais convencionados e algumas das questões para as quais eles são concebidos” (tradução livre do autor) (TRUBEK, David; TRUBEK, Louise *apud* MATTIOLI, Maria Cristina. **Empresas transnacionais: responsabilidade social e legal internacional**. Revista do Tribunal Superior do Trabalho. Brasília, vol. 69, nº. 2, jul./dez. 2003, p. 191).

³⁵³ CONTRERAS, Sergio Gamonal. Op. cit., p. 233.

³⁵⁴ 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. 95.

realidade sócio-econômico, de maneira a orientar a prática no sentido da tutela de tais direitos.

Não dispor de tais instrumentos, havendo limitação a normas de *hard law*, implica, muitas vezes, negar a proteção de certo direito social, em razão da inexistência de norma apta a regular dado caso concreto.

Este desponta como o entendimento mais adequado da configuração contemporânea das normas de *soft law*, a fim de se assegurar a efetiva tutela de direitos sociais.

Superada a necessária introdução da matéria no âmbito do direito internacional, com a apresentação dos conceitos de *hard law* e *soft law* e as atuais formulações sobre eles, cumpre, agora, analisar isoladamente cada um dos instrumentos comumente utilizados no combate ao *dumping* social.

5.5.3.2 Selo Social

Em 1997, o então Diretor Geral da Organização Internacional do Trabalho, Michel Hansenne, propôs a adoção do “selo social” ou “etiqueta social”³⁵⁵. Um dos objetivos presentes na proposta era evitar os inconvenientes relacionados à pactuação de cláusulas sociais em tratados de comércio internacional, tema que, já à época, provocava profundas divergências entre setores sociais e diversas instituições.

A proposta consiste na vinculação de uma “etiqueta social” a produtos e marcas de empresas que, havendo voluntariamente aderido ao sistema, demonstrassem a observância de normas laborais consideradas fundamentais.

Já se verificou a adoção de “etiquetas sociais” quanto à comercialização de flores da Colômbia e do Equador, voltadas a demonstrar a observância de normas de segurança, bem como quanto à comercialização de tapetes do Paquistão e da Índia,

³⁵⁵ A idéia foi exposta na Memória sobre questões sociais e laborais que anualmente o Diretor Geral apresenta à Conferência Internacional do Trabalho (CIT). Cf. a Memória do Diretor Geral em 1997, apresentada à 85ª Conferência Internacional do Trabalho, em: <http://www.ilo.org/public/spanish/standards/relm/ilc/ilc85/dg-rep.htm>.

a fim de assegurar a não utilização de mão-de-obra infantil³⁵⁶. No Brasil, a Fundação Abrinq tem desenvolvido um sistema de certificação por meio de selo social, destinado a combater o trabalho infantil³⁵⁷.

Percebe-se, portanto, que esse sistema de verificação do desempenho social de determinadas empresas está voltado, essencialmente, ao público consumidor de seus produtos, o qual tenderia a escolher bens que soubesse haver sido produzidos em consonância com *standards* sociais básicos. Vale ressaltar que desde a etapa inicial de apresentação da proposta do “selo social” à Conferência Internacional do Trabalho já era bastante nítida a finalidade de permitir a escolha consciente por parte dos consumidores e, com isso, incentivar as empresas a garantir maior proteção de direitos laborais ao longo do processo produtivo³⁵⁸.

Ocorre que se encontra precisamente no mecanismo de adesão voluntária incentivada pela perspectiva de expansão de vendas a maior dificuldade de implementação séria e transparente do sistema de certificação do desempenho social. Diante disso, não é difícil imaginar a deturpação dos selos de um sistema que reconhecidamente se fundamenta na idéia de atrelar desempenho social a desempenho econômico, objetivando com isso alcançar expressiva adesão do empresariado em apenas mais um recurso de *marketing* empresarial, para inserção em mercados mais exigentes, sem a correspondente proteção efetiva dos direitos sociais.

³⁵⁶ 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.

³⁵⁷ A Fundação Abrinq criou, em 1995, o Programa Empresa Amiga da Criança, direcionado ao incentivo da atuação do setor privado no sentido da promoção de direitos sociais de crianças e adolescentes, bem como à prevenção do trabalho infantil. As empresas participantes têm, dentre outras vantagens, a possibilidade de utilizar o selo “Empresa Amiga da Criança” em seus produtos e materiais de divulgação. As informações sobre o Programa e exemplos de ações sociais em seu âmbito estão disponíveis no sítio da Fundação Abrinq, através do *link* <http://www.fundabrinq.org.br/portal/como-atuamos/programas-e-projetos/programa-empresa-amiga-da-crianca/o-que-e.aspx> (Acesso em 26 de maio de 2010).

³⁵⁸ “Com a condição de que não se convertam em obstáculos técnicos que venham perturbar o comércio, estas medidas voluntárias parecem escapar às críticas ou à censura de que tem sido objeto as cláusulas sociais no contexto das regras do comércio multilateral devido as suas conotações protecionistas. Com efeito, neste caso se trata simplesmente de informar os consumidores sem tomar decisões no seu lugar”. Excerto da Memória do Diretor Geral de 1997 citado em CRIVELLI, Ericson. **Normas internacionais do trabalho e o comércio internacional**. Revista LTr. vol. 66, nº. 01, jan./2002, p. 42

Além disso, vislumbram-se três outras dificuldades para utilização dos selos sociais como instrumento internacional de promoção de direitos sociais e repúdio ao *dumping* social.

Em primeiro lugar, a concretização dos objetivos pretendidos com as etiquetas sociais depende invariavelmente da existência de um mercado consumidor consciente de sua importância para ampliação do espectro de proteção dos direitos sociais na dinâmica de um sistema configurado sob os moldes pretendidos com selos sociais e disposto a, via de regra, pagar mais caro por bens produzidos com a observância de direitos trabalhistas fundamentais. Não havendo uma cultura de responsabilidade social por parte dos próprios consumidores, torna-se inviável o sucesso de qualquer selo social. É sabido, ainda, que, por motivos econômicos e culturais, dificilmente os mercados consumidores dos países subdesenvolvidos e em desenvolvimento encamparão um movimento de resistência a produtos que não estejam gravados com selos sociais.

O segundo motivo reside no caráter de voluntariedade que caracteriza as etiquetas sociais. Em decorrência dele, nada impede que, a despeito da adesão efetuada por certas empresas transnacionais, outras companhias simplesmente prossigam na violação a direitos trabalhistas básicos. Estando seus produtos desprovidos de selo social, tais empresas *tendem* a ver reduzidas suas vendas em países desenvolvidos, mas a obter maiores lucros no cálculo global, em razão do elevado consumo nos mercados dos demais países, decorrente do baixo custo da mercadoria.

Em terceiro lugar, há que se considerar a ausência de sanções reais nesse sistema. Caso determinada empresa que haja aderido ao sistema de certificação deixe de observar os padrões mínimos que se comprometera a garantir sofrerá apenas a perda do selo social. Não há qualquer punição direta e efetiva a tal comportamento, cabendo à empresa, na prática, decidir se em dada conjuntura econômica é mais conveniente — leia-se: lucrativo — seguir os parâmetros laborais que afiançara assegurar. Assim, os selos sociais, de um lado, não são capazes de vincular as companhias a respeitar *standards* trabalhistas e, de outro, não são efetivos para evitar que as empresas aderentes deixem de cumprir os compromissos assumidos.

5.5.3.3 *Global Compact*

O *Global Compact* consiste em projeto desenvolvido pela Organização das Nações Unidas, a partir de 1999. De iniciativa do então Secretário Geral da ONU, Kofi Annan, o programa visa à incorporação de princípios de responsabilidade humanitária, social e ambiental ao planejamento estratégico das companhias transnacionais³⁵⁹.

Os princípios consagrados foram retirados de declarações consideradas pela comunidade internacional como consagradoras de direitos fundamentais, a saber: a Declaração Universal de Direitos Humanos, a Declaração de Princípios Fundamentais no Trabalho, elaborada pela OIT, em 1998, a declaração do Rio de Janeiro em Meio Ambiente e Desenvolvimento e a Convenção da ONU contra a corrupção.

Como incentivo à adesão ao projeto, a ONU criou o Selo das Nações Unidas para as empresas participantes. Ressalte-se que não é possível identificá-lo totalmente como uma espécie de selo social, uma vez que não se limita a certificar respeito a *labour standards*, abrangendo também a observância de normas relativas a direitos humanos, preservação ambiental e corrupção, conforme se infere da enunciação dos dez princípios consagrados no projeto³⁶⁰:

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 effective recognition of the right to collective bargaining;

³⁵⁹ “Launched in July 2000, the UN Global Compact is a both a policy platform and a practical framework for companies that are committed to sustainability and responsible business practices. As a leadership initiative endorsed by chief executives, it seeks to align business operations and strategies everywhere with ten universally accepted principles in the areas of human rights, labour, environment and anti-corruption” (grifo no original) “Lançado em julho de 2000, o *UN Global Compact* é ao mesmo tempo uma plataforma política e um quadro prático para as empresas que estão comprometidas com a sustentabilidade e as práticas empresariais responsáveis. Como uma iniciativa de liderança apoiada por altos executivos, visa a alinhar as operações de negócios e estratégias em todos os lugares com dez princípios universalmente aceitos nas áreas de direitos humanos, trabalho, meio ambiente e combate à corrupção” (tradução livre do autor). Disponível em: http://www.unglobalcompact.org/docs/news_events/8.1/GC_brochure_FINAL.pdf.

³⁶⁰ <http://www.unglobalcompact.org/AbouttheGC/TheTENPrinciples/index.html>. Acesso em 07 de junho de 2010.

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.³⁶¹

As questões relativas à observância de direitos trabalhistas mínimos perpassa, como se observa, o cenário de discussões de organizações internacionais. O *Global Compact*, formulado pela ONU, aborda a temática, consagrando cinco diretrizes: garantia da liberdade de associação, reconhecimento do direito à negociação coletiva, eliminação de todas as formas de trabalho forçado, erradicação do trabalho infantil e eliminação da discriminação no trabalho.

A Organização Internacional do Trabalho, a seu turno, criou instrumento voltado apenas para a certificação de padrões laborais, conforme se analisará a seguir.

³⁶¹ “Direitos Humanos

Princípio 1: As empresas devem apoiar e respeitar a proteção dos direitos humanos reconhecidos internacionalmente, e

Princípio 2: certificar-se de que eles não são cúmplices de abusos dos direitos humanos.

Standards Trabalhistas

Princípio 3: As empresas devem apoiar a liberdade de associação e o reconhecimento efetivo do direito à negociação coletiva;

Princípio 4: a eliminação de todas as formas de trabalho forçado e obrigatório;

Princípio 5: a abolição efetiva do trabalho infantil;

Princípio 6: a eliminação da discriminação em matéria de emprego e ocupação

Meio Ambiente

Princípio 7: As empresas devem apoiar uma abordagem preventiva aos desafios ambientais;

Princípio 8: desenvolver iniciativas para promover maior responsabilidade ambiental;

Princípio 9: incentivar o desenvolvimento e a difusão de tecnologias ambientalmente amigáveis.

5.5.3.4 ISO Social

No final da década de 90, observou-se o acirramento das discussões acerca da inclusão de cláusulas sociais nos tratados internacionais, daí decorrendo, inclusive, a proposta, formulada pela Organização Internacional do Trabalho, de adoção de uma etiqueta social. Nesse contexto, e essencialmente com o mesmo fundamento ideológico do selo social, foi criada a ISO social. A SA 8000 (*Social Accountability*) foi criada pelo Conselho para Prioridades Econômicas em 1997.

A idéia consiste na apreciação, através de um programa de qualidade, da concretização de parâmetros laborais básicos, fixados pela OIT, e compromissos assumidos por empresas transnacionais em seus códigos de conduta.

Nesse sistema, vincula-se

a ISO e a qualidade ao posicionamento estratégico da empresa pela sua excelência organizacional perante o mercado, na qual a 'Qualidade Total' representa a busca da satisfação não só do cliente, mas de todos os *stakeholders* (entes significativos na existência da empresa do ponto de vista interno — sócios e funcionários; e, do ponto de vista de vista externo — agentes que participam do processo produtivo como produtores e fornecedores.³⁶²

Observa-se, quanto à ISO social, a existência de algumas das graves limitações do selo social, no que se refere ao combate de práticas de *dumping* social: a ausência de sanções reais quanto ao descumprimento de *labour standards* e o sempre presente risco de sua utilização como mero instrumento de *marketing* empresarial.

5.5.3.5 Códigos de conduta

Códigos de conduta consistem em declarações através das quais empresas assumem voluntariamente o compromisso de observância de padrões laborais mínimos, consagrando princípios e práticas corporativas que deverão ser seguidas tanto pelos atores internos da própria estrutura empresarial quanto pelas

Combate à Corrupção

Princípio 10: As empresas devem trabalhar contra a corrupção em todas as suas formas, inclusive extorsão e propina." (tradução livre do autor).

³⁶² 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.

subcontratadas com as quais mantiverem relação. Trata-se, pois, de documento dotado de alta carga valorativa, orientador da atuação da companhia no mercado, de acordo com parâmetros trabalhistas que assegurem a promoção de direitos fundamentais.

SERGIO GAMONAL CONTRERAS distingue os códigos de conduta internos dos externos. Os códigos de conduta internos são “*adoptados por las propias empresas transnacionales con el fin de contar con reglas para sus dependientes, accionistas, clientes, proveedores y subcontratistas*”. Por sua vez, o código de conduta externo é “*estatuído por instancias externas a la empresa, aunque se dirigen a las transnacionales, como la Declaración Tripartita de Principios sobre las Empresas Multinacionales y la Política Social de la OIT o las directrices de la OCDE*”³⁶³.

Além desta classificação, é possível verificar que, dos

outros códigos de conduta que existem, alguns são operacionais, outros são de natureza multidirecional, e outros, ainda, decorrem da mera vontade administrativa da empresa multinacional ou transnacional, sendo, portanto, unilaterais. Há, por fim, os negociados, em que são chamados para participar as ONGs e sindicatos tanto na fase de elaboração como na fase aplicação.³⁶⁴

Importa ressaltar, por oportuno, que, ao adotar um código de conduta interno, uma empresa transnacional estabelece seu próprio padrão de atuação trabalhista, abstraindo do regramento legal do país em que desenvolve sua atividade. Evidentemente, caso os *labour standards* consagrados pela empresa sejam menos favoráveis do que os fixados na lei local, este regramento deverá prevalecer sobre aquele, por imposição do princípio da proteção. Todavia, é interessante notar a possibilidade de a empresa, embora sem questionar a soberania do governo local ou aplicabilidade da legislação daquela nação, introduzir no país o *seu próprio padrão* laboral. Assim, os parâmetros estatuídos simplesmente desconsiderarão peculiaridades das relações trabalhistas locais, circunstância que gera tensões ao longo do processo de implementação do código de conduta. Isto porque haverá convivência de dois regimes jurídicos distintos, observando-se muitas vezes, principalmente quanto aos países subdesenvolvidos e emergentes, que o regramento de determinada empresa transnacional apresenta maior espectro

³⁶³ CONTRERAS, Sergio Gamonal. *La cláusula social en el tratado de libre comercio entre Chile y Estados Unidos de Norteamérica*. **Revista de Direito do Trabalho**, ano 34, nº. 129, jan./mar. 2008, p. 227.

³⁶⁴ CARDOSO, Luciane. Op. cit., p. 93.

protetivo de direitos fundamentais do que a legislação local. Exemplo disso são as diretrizes de seleção de fornecedores da Adidas: “**Child Labour: Business partners shall not employ children who are less than 15 years old, or who are younger than the age for completing compulsory education in the country of manufacture where such age is higher than 15**”³⁶⁵ (grifo no original). Assim, mesmo diante do permissivo constitucional brasileiro, tal companhia não contratará empresas brasileiras que empreguem menores aprendizes de 14 anos de idade.

Resta claro, portanto, que as opções constantes num código de conduta adotado por uma empresa acabam por vincular fornecedores e influenciar a própria realidade do mercado de trabalho local. Embora possuam a natureza jurídica de regulamento empresarial, é inegável que os efeitos dos compromissos nele adotados extrapolam o âmbito da própria empresa, ampliando a esfera de proteção de direitos sociais.

Os códigos de conduta apresentam os aspectos positivos de consagração, por particulares, de parâmetros trabalhistas condizentes com a idéia de dignidade humana, bem como a vinculação de empresas contratantes locais a esses *standards*, promovendo maior qualidade das condições de trabalho.

Não obstante, os códigos de conduta têm sido alvo de severas — e fundadas — críticas. A primeira delas é a ausência de real fiscalização do cumprimento dos compromissos sociais declarados. Livres de monitoramento rígido, empresas transnacionais poderiam publicar códigos de conduta como mero instrumento de propaganda, inserido no âmbito de uma estratégia de *marketing* empresarial. A desconfiança, por parte da opinião pública, que recai sobre os selos sociais também se faz presente perante os códigos de conduta.

Nessa ordem de idéias, MÁRCIO TÚLIO VIANA, abordando a atual situação dos códigos de conduta na China, relatada no XVIII Congresso Mundial de Direito do Trabalho e Seguridade Social, realizado em 2006, informa que eles “se tornam também mais freqüentes, o que não significa que sejam sempre efetivos. Muitas

³⁶⁵ “Trabalho Infantil: Parceiros de negócios não devem empregar crianças com menos de 15 anos de idade, ou que são mais jovens do que a idade para a conclusão do ensino obrigatório, no país de fabricação do produto em que essa idade seja superior a 15 anos” (tradução livre do autor). O código de conduta adotado pela Adidas, em cujo teor se insere o dispositivo citado, está disponível em: <http://www.itglwf.org/doc/adidassoe.doc>.

vezes, ao responder a pesquisas sobre o seu cumprimento, os trabalhadores reproduzem as frases que os empresários preparam”³⁶⁶.

Relativamente à utilização dos códigos de conduta para meros fins publicitários, há que se destacar, ainda, a questão da legitimidade interna e da correspondência dos *standards* presentes na declaração com a realidade da atuação empresarial no mercado. O que se pondera é que do

ponto de vista prático, a questão sobre a qual os empregados dessas multinacionais se perguntam é porque declarar que ‘lutaremos contra o trabalho infantil’ quando a empresa, ao adotar essa bandeira, efetivamente não tinha histórico de contratação de crianças. Ou seja, muitas vezes, os códigos de conduta são fantasiosos, como convém à idéia de propaganda, desligando-se dos reais problemas locais dos empregados de determinada empresa.³⁶⁷

Outro aspecto que suscita críticas é o conteúdo dos códigos. Tratando-se de códigos internos, serão as empresas que selecionarão os temas, em matéria de direitos sociais, que entendem devam resguardar em sua atuação comercial. Dados de uma pesquisa realizada em 1998 pela OCDE revelam que, dentre quase trezentos códigos de conduta analisados, a minoria trata de temas como a liberdade sindical. Consagram-se, assim, princípios e diretrizes valorizados pela opinião pública, relacionados à vedação de práticas de concorrência desleal violadoras de direitos humanos — tais como a utilização de mão-de-obra infantil barata —, mas simplesmente não há menção ao direito fundamental de liberdade sindical, utilizado pelos empregados como instrumento para pressionar o empresariado a reduzir a mais-valia. Diante disso, é perceptível que os interesses econômicos das empresas transnacionais determinam a seletividade da temática dos códigos de conduta. E aqui sobreleva a importância das legislações trabalhistas de cada país, a fim de resguardar não apenas os postulados da livre concorrência socialmente responsável, mas também para promover, na máxima amplitude possível, os diversos direitos fundamentais de segunda dimensão.

³⁶⁶ VIANA, Márcio Túlio. A flexibilização pelo mundo: breves notas do XVIII Congresso Mundial de direito do trabalho e seguridade social. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região**, v. 43, n. 73, jan./jun. 2006, p. 32-33.

³⁶⁷ 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. 95.

5.5.3.6 Cláusula social

ÓSCAR ERMIDA URIARTE ensina que cláusula social corresponde a

*una cláusula de un tratado, convenio o acuerdo comercial, en la cual las partes se comprometen a respetar y evaluar y hacer respetar ciertos derechos sociales y, para el caso de violación de los mismos, pactan la caída de las ventajas que se han reconocido recíprocamente o las que hayan acordado a terceros países, o aún la simple rescisión por incumplimiento de todo el acuerdo.*³⁶⁸

O conteúdo dessas cláusulas pode assumir os mais diversos delineamentos: pode se fundar na concessão de benefícios tributários entre países signatários de determinado tratado, pode limitar ou recusar a importação de países ou empresas que não respeitem os direitos sociais insculpidos em documentos internacionais, ou estabelecer diversos mecanismos de sanção comercial. É possível, ainda, pactuar-se a incidência de tributos adicionais à tributação alfandegária das mercadorias produzidas sem observância dos *labour standards* convencionados.

O primeiro documento internacional em que houve demonstração de preocupação com a relação entre padrões de trabalho e comércio internacional foi o Tratado de Versalhes. Ele determinava que as nações signatárias realizassem ações no sentido da garantia de condições mínimas de trabalho na produção de mercadorias, embora não estabelecesse qualquer sanção para a hipótese de descumprimento.

A Carta de Havana, engendrada no âmbito da Conferência Internacional sobre o Comércio e o Emprego, apresentava, dentre outras propostas, a criação da Organização Internacional do Comércio e o compromisso dos países signatários de erradicar, no âmbito dos respectivos territórios, condições degradantes de trabalho. Reafirmou-se, aqui, a idéia de que a produção de bens sem o respeito a padrões sociais dignos traduz-se numa prática nociva ao comércio internacional. Contudo, em razão da resistência dos Estados Unidos à criação da Organização Internacional do Comércio, esta nunca foi implementada. Relata-se que a “crença de que a OIC

³⁶⁸ CONTRERAS, Sergio Gamonal. *La cláusula social en el tratado de libre comercio entre Chile y Estados Unidos de norteamérica*. **Revista de Direito do Trabalho**, ano 34, nº. 129, jan./mar. 2008, p. 229. Não obstante a identidade terminológica, estas cláusulas não se confundem, pois, com as cláusulas sociais passíveis de reivindicação através de dissídio coletivo, as quais, na lição de IVES GANDRA DA SILVA MARTINS FILHO, correspondem àquelas que “instituem garantias de emprego (várias espécies de estabilidades provisórias) e vantagens laborais e econômicas indiretas, tais como abonos de faltas e fixação de condições de trabalho menos desgastantes.” (MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. **Processo Coletivo do Trabalho**. 4 ed. São Paulo: LTr, 2009, p. 158).

substituiria o GATT acabou por impedir a inclusão do capítulo trabalhista da Carta de Havana entre as normas do Acordo Geral de Comércio e Tarifas³⁶⁹.

Desde então, o tema das cláusulas sociais vem sendo sistematicamente discutido nas diversas Rodadas do GATT. Todavia, não se obteve, até hoje, consideráveis avanços na matéria, em decorrência da ausência de consenso internacional sobre a implementação de tais cláusulas.

Tem-se observado duas tendências em face de tais circunstâncias: A utilização de atos unilaterais no âmbito do comércio internacional e a inclusão, em acordos regionais, de cláusulas sociais. Ambas as tendências serão, agora, examinadas para, a seguir, analisar-se sua viabilidade no efetivo combate ao *dumping* social.

A primeira delas, praticada pelos EUA, consiste na adoção unilateral de uma série de mecanismos jurídicos e políticos que, de um lado, incentivam o comércio com países que cumprem *labour standards* e, de outro, impõe restrições e até mesmo sanções a aqueles que não observam os padrões trabalhistas desejados. ALBERTO DO AMARAL JÚNIOR denomina esse comportamento dos EUA de “unilateralismo agressivo” e enumera algumas dessas medidas jurídicas³⁷⁰. Dentre elas, é possível citar o *Overseas Private Investment Corporation Act* (OPIC) e o *Omnibus Trade and Competitiveness Act*. O primeiro consiste num instrumento destinado a garantir investimentos privados norte-americanos em países em desenvolvimento contra eventuais riscos de natureza política que estes Estados possam oferecer. Os direitos trabalhistas constituem um dos fatores considerados pelo OPIC, no que diz respeito à autorização para investimentos no exterior. O *Omnibus Trade and Competitiveness Act*, por sua vez, foi editado em 1998, permitindo que o *US Trade Representative* (USTR) adote providências contra qualquer prática, conduta ou política que limite o comércio dos EUA com outras nações.

Imperiosa a menção, ainda, ao conhecido *Sherman Act*, que, datado de 1890, revelava a antiga preocupação norte-americana com a tutela da concorrência, devendo esta lei ser “entendida como o mais significativo diploma legal que

³⁶⁹ AMARAL JÚNIOR, Alberto do. Cláusula social: um tema em debate. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília. a. 36, nº. 141, jan./mar. 1999, p. 134

³⁷⁰ *Ibid.*, p. 134-135.

corporificou a reação contra a concentração de poder em mãos de alguns agentes econômicos, procurando discipliná-la³⁷¹.

Observa-se, assim, que, além de ser um dos principais defensores da inclusão de cláusulas sociais nos tratados internacionais, os EUA têm empreendido um projeto particular de fixação de padrões sociais mínimos.

Não se afigura ser essa a política mais adequada ao combate ao *dumping* social nem à garantia da concorrência leal.

Não é meio eficaz contra o *dumping* social porque, embora os EUA sejam ainda a nação de maior importância político-econômica no planeta, nada impede que as mercadorias produzidas em condição de *dumping* social sejam comercializadas com outras nações. A solução pretenderia garantir padrões sociais mínimos no contexto da comercialização com os EUA, deixando à margem as circunstâncias em que são produzidos os bens comercializados entre outros países. Deve-se salientar que tal orientação é simplesmente inviável a longo prazo. Isto porque o combate a condições degradantes de trabalho tem de ser feito numa perspectiva internacional. Soluções unilaterais são necessariamente precárias porque não são idôneas a evitar aquilo que BRIAN LANGILLE denomina de “corrida de desregulamentação”³⁷², de tal maneira que os EUA serão, a longo prazo e ainda que de forma indireta, atingidos pelas consequências nocivas das práticas comerciais em relação às quais seus instrumentos unilaterais foram omissos, por não dizer respeito diretamente ao setor de comércio dos EUA com outros Estados. No atual contexto de interdependência dos mercados, soluções unilaterais estão fadadas ao fracasso.

Além disso, tais medidas nem sempre serão adequadas para garantir a concorrência leal. É assim porque, ocultas sob alegações de violação a padrões laborais, podem estar intenções protecionistas dos EUA. O objetivo das sanções e das medidas

³⁷¹ FORGIONI, Paula A. **Os fundamentos do antitruste**. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 68-69. “O *Sherman Act* proibia contratos e combinações que restringissem o comércio e também as tentativas de monopolização de setores econômicos. Com base nessas regras, algumas decisões importantes foram tomadas pela Suprema Corte ainda nos primeiros anos de vigência da lei, entre elas a divisão da *Standard Oil* em trinta e quatro empresas e o desmantelamento da *American Tobacco*” (CARVALHO, Vinícius Marques de. Aspectos históricos da defesa da concorrência in **Nova Lei de Defesa da Concorrência Comentada: Lei 12.529, de 30 de novembro de 2011**. CORDOVIL, Leonor (et al.). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 16).

³⁷² LANGILLE, Brian A.. Para que serve o Direito Internacional do Trabalho? **Revista de Direito do Trabalho**, São Paulo, n. 127, jul./set. 2007, p. 188. A “corrida de desregulamentação” pode ser visualizada a partir do modelo teórico do “dilema do prisioneiro”, abordado no quarto capítulo.

restritivas seria, nesse caso, criar privilégios artificiais para empresas americanas, com a utilização, para tanto, de acusações infundadas de *dumping* social. Há aqui, pois, o grave risco de se estar diante de apenas mais uma prática violadora da livre concorrência.

A outra tendência, verificada diante da dificuldade de estabelecer cláusulas sociais de abrangência internacional, é a adoção de cláusulas sociais regionais. São exemplos a celebração, em 1992, pelos países membros da União Européia, do Protocolo sobre Política Social, e a celebração do acordo paralelo de Cooperação Trabalhista, em 1993, pelos países integrantes do NAFTA.

A grande dificuldade das cláusulas sociais regionais, no tocante ao *dumping* social, é exatamente a incapacidade de vincular países não signatários a padrões mínimos laborais, revelando-se, assim como a imposição unilateral de restrições, uma solução precária.

EUA e União Européia são os principais defensores da ampla inclusão, em instrumentos de comércio internacional, de cláusulas sociais. Argumentam que os países subdesenvolvidos e em desenvolvimento obtêm injustas vantagens competitivas valendo-se da utilização de mão-de-obra em condições degradantes de trabalho³⁷³.

A seu turno, os países do Sul alegam que as preocupações humanitárias dos países desenvolvidos apenas escondam, em verdade, interesses de ordem econômica. Sustentam que as cláusulas sociais propostas não passam de novas investidas protecionistas, a fim de assegurar a predominância econômica destes.

Questão que tem suscitado acalorados debates no âmbito do tema das cláusulas sociais é a definição do foro competente para aplicar sanções decorrentes de sua inobservância. A doutrina e os agentes políticos e sociais se dividem em três correntes.

Para alguns, por envolver diretamente transações comerciais internacionais, a discussão deveria ser desenvolvida perante a Organização Mundial do Comércio. Tal entendimento, todavia, não é coerente com as peculiaridades do fenômeno do

³⁷³ “O argumento central é que, considerando-se a mobilidade internacional de capital e tecnologia, os governos de países com melhores condições trabalhistas seriam pressionados pelas empresas a adotar condições inferiores” (SENA JÚNIOR, Roberto Di. **Comércio internacional & globalização: a cláusula social na OMC**. Curitiba: Juruá, 2003, p. 116).

dumping social, que não se reduz a um problema comercial. Entender o fenômeno apenas por essa perspectiva significaria legitimar uma espécie de lógica capitalista que não deve ser admitida nos Estados Democráticos de Direito. Com efeito, vislumbrar sob tal ótica a inobservância de padrões sociais seria “equipará-la a expedientes econômicos voltados ao aumento da competitividade, graças ao desvirtuamento das regras de mercado, e não visualizá-la como obstáculo à realização da dignidade humana”³⁷⁴. É imperioso rememorar, a esse respeito, a lição do insigne PINHO PEDREIRA:

É preciso reconhecer que cada norma do Direito do Trabalho constitui um acidente, um obstáculo, um impedimento para tratar o trabalho como uma mercadoria sujeita às leis do mercado. Querer tirar todas as rigidezes equivale a querer destruir o Direito do Trabalho.³⁷⁵

Com efeito, toda a discussão em torno do *dumping* social está intimamente relacionada com a própria *razão de ser* do direito do trabalho³⁷⁶. Os preceitos éticos de reconhecimento do valor intrínseco do homem que migraram para as Constituições contemporâneas, bem como a consagração da valorização do labor humano constante em tais textos simplesmente inviabilizam qualquer tentativa de reduzir o tema a meras questões de ordem financeira e comercial. O direito ao *trabalho digno*, afinal, constitui-se em verdadeira projeção dos direitos humanos.

Há que se ponderar, ainda, que conferir à OMC a competência para aplicar sanções a países que desrespeitam direitos trabalhistas básicos não é uma resposta suficiente para eliminar as violações a direitos sociais. O que se quer dizer é que a limitação à aplicação de sanções tende não a coibir práticas de *dumping* social, mas a manter esses países e seus trabalhadores em baixas condições de

³⁷⁴ AMARAL JÚNIOR, Alberto do. Cláusula social: um tema em debate. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília. a. 36, nº. 141, jan./mar. 1999, p. 138

³⁷⁵ SILVA, Luiz de Pinho Pedreira da. O estado atual dos princípios do direito do trabalho. **Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFBA**, v. 11, jan.2004/dez.2004, p. 93. A seu turno, MAURÍCIO GODINHO DELGADO, após obterem que todo ramo jurídico possui indelével caráter teleológico, assevera que o “ramo justrabalhista incorpora, no conjunto de suas regras, princípios e institutos um valor finalístico essencial, que marca a direção de todo o sistema jurídico que o compõe. Este valor – e a conseqüente direção teleológica imprimida a este ramo jurídico especializado – consiste na *melhoria das condições de pactuação da força de trabalho na ordem socioeconômica*. Sem tal valor e direção finalística o Direito do Trabalho sequer se compreenderia, historicamente, e sequer se justificaria, socialmente, deixando, pois, de cumprir sua função principal na sociedade contemporânea.” (grifo no original) (DELGADO, Maurício Godinho. *A Essência do Direito do Trabalho in* LAGE, Emerson José Alves; LOPES, Mônica Sette (coord.). **Direito e Processo do Trabalho**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 82).

³⁷⁶ A razão de ser do Direito do Trabalho, no conhecido ensinamento de PALOMEQUE LOPEZ, consiste em “*servir ao processo de juridificação do conflito entre o trabalho assalariado e o capital, da sua canalização ou institucionalização pelo Estado*” (grifos no original) (**Direito do trabalho e ideologia**. Trad. Antonio Moreira. Coimbra: Almedina, 2001, p. 19).

desenvolvimento. Em matéria de proteção a direitos sociais, não basta a existência de um regime sancionatório, mas é necessário que este esteja acompanhado por uma estrutura voltada à cooperação — especialmente técnica — com esses países.

Por fim, não se pode esquecer que a idéia de estabelecer a OMC como foro competente para tratar de cláusulas sociais não é consensual nem mesmo entre os países desenvolvidos, reconhecendo-se o risco de sua utilização como instrumento de políticas protecionistas.

Parte da doutrina propõe a atuação conjunta da OMC e da OIT na resolução de conflitos fundados no descumprimento de cláusulas sociais, vinculando-se, ainda mais, o direito internacional do trabalho com o direito internacional econômico. DANIEL EHREBERG, por exemplo, propõe uma remodelação de estruturas de ambas as instituições, com a criação, inclusive, de órgãos mistos³⁷⁷. Essa solução é interessante por pretender reunir a experiência da OMC como instância de resolução de conflitos e a possibilidade de utilização de seus mecanismos de efetivação de suas decisões e o desenvolvimento da OIT, no que diz respeito a instrumentos de cooperação técnica. Contudo, sua viabilidade é altamente discutível. Sua implementação depende da vontade política das duas instituições, as quais, ao final do processo, perderiam parcela de sua autonomia. Além disso, provavelmente a união encontraria resistência de setores representativos dos trabalhadores, em razão da natureza essencialmente comercial que envolve as preocupações dos membros da OMC na atuação. Assim, ainda que se apresente como uma proposta com potenciais positivos, a aproximação estrutural — se vier a ocorrer — tende a ser um projeto de longo prazo.

Afigura-se, como técnica cogitada nos debates sobre as cláusulas sociais, a utilização da OIT como foro competente para dirimir as querelas delas decorrentes. Tal proposição traz uma série de vantagens no tocante à salvaguarda de direitos sociais. É assim, em primeiro lugar, porque a OIT é a única das organizações internacionais composta por representantes de governos, empresários e trabalhadores³⁷⁸. Do ponto de vista da representatividade, é, pois, a organização

³⁷⁷ AMARAL JÚNIOR, Alberto do. Cláusula social: um tema em debate. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília. a. 36, nº. 141, jan./mar. 1999, p. 138

³⁷⁸ Artigo 3 da Constituição da Organização Internacional do Trabalho

1. A Conferência geral dos representantes dos Estados-Membros realizará sessões sempre que for necessário, e, pelo menos, uma vez por ano. Será composta de quatro representantes de cada um

com maior legitimidade decisória, decorrente do equilíbrio de forças de setores sociais e do processo dialético inerente à própria Organização.

Em segundo lugar, é inegável que a OIT já lida, de certa forma, com questão da concorrência desleal através de práticas de *dumping* social. Isto porque a Organização dispõe de diversos programas de cooperação técnica³⁷⁹ e de um sistema de controle da observância de padrões sociais³⁸⁰. Aliadas, essas ferramentas já são utilizadas para orientar os países no sentido da garantia de direitos sociais.

Importa ressaltar, ainda, que a OIT tem realizado um importante trabalho de uniformização de padrões laborais. Destaca-se, aqui, a Declaração de Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho, elaborada em 1998, documento que reconhece como fundamentais os direitos laborais referidos em oito de suas Convenções e vincula todos os seus países membros ao seu cumprimento, ainda que não hajam ratificado as respectivas convenções³⁸¹.

A principal crítica daqueles que se opõem à utilização da OIT como órgão competente para apreciar questões relativas a cláusulas sociais é a deficiência desta quanto à implementação do seu corpo normativo. Reconheça-se, com efeito, que a questão da exigibilidade das decisões tem sido, até hoje, o grande obstáculo para uma atuação mais efetiva da OIT. Embora seu sistema de controle seja bastante

dos Membros, dos quais dois serão Delegados do Governo e os outros dois representarão, respectivamente, os empregados e empregadores.

³⁷⁹ No sítio do escritório da Organização Internacional do Trabalho no Brasil, é possível conhecer diversos programas de cooperação que vêm sendo implementados pela organização. Dentre eles, destaque-se a atuação através do “Programa Condições de Trabalho”, relativamente ao qual informa-se, no mencionado sítio, que a “OIT no Brasil tem apoiado e participado de diversos encontros organizados pelo Instituto Brasileiro de Qualidade e Produtividade e promovido a integração de métodos e práticas que visam incorporar indicadores de produtividade e qualidade com indicadores de segurança e saúde e condições gerais de trabalho”. Disponível em: http://www.oitbrasil.org.br/prgatv/prg_esp/condit.php. Acesso em 03 de junho de 2010.

³⁸⁰ A Organização Internacional do Trabalho elabora inúmeros relatórios periódicos de acompanhamento sobre o reconhecimento e proteção de direitos laborais. Há, inclusive, previsão, no Seguimento da Declaração da OIT sobre os princípios e direitos fundamentais no trabalho, da edição de relatório global acerca do cumprimento das categorias de princípios e direitos fundamentais nos quatro anos anteriores à sua elaboração.

³⁸¹ Declaração da OIT sobre os princípios e direitos fundamentais no trabalho, artigo 2: “2. Declara que todos os Membros, ainda que não tenham ratificado as Convenções, têm um compromisso derivado do simples fato de pertencer à Organização de respeitar, promover e tornar realidade, de boa fé e de conformidade com a Constituição, os princípios relativos aos direitos fundamentais que são objeto dessas Convenções, isto é:

- (a) a liberdade sindical e o reconhecimento efetivo do direito de negociação coletiva;
- (b) a eliminação de todas as formas de trabalho forçado ou obrigatório;
- (c) a efetiva abolição do trabalho infantil; e

sofisticado e permita um acompanhamento detalhado das condições de trabalho de vários países, a ausência de mecanismos sancionatórios reais priva a OIT, em certas hipóteses, de ver a tutela concreta dos princípios e direitos que consagra.

A viabilidade da consolidação da OIT no exercício do papel de foro adequado à discussão da cláusula social depende de intensificação de mecanismos de cooperação técnica e programas sociais, bem como do avanço no tema da exigibilidade jurídica, desenvolvendo-se um sistema sancionatório da Organização.

A própria OIT, em estudo realizado pela Comissão de Questões Jurídicas e Normas Internacionais do Trabalho, reconhece a dificuldade na concretização de decisões, ponderando a necessidade de avanços nesse campo:

A questão é reforçar os mecanismos, ou no mínimo manter sua capacidade para garantir que as obrigações que emanam da ratificação das convenções se cumpram de fato e de direito. Conseguir uma maior eficácia requer um equilíbrio adequado entre os distintos meios de ação (memórias regulares, diálogo tripartite, cooperação técnica e procedimentos especiais).³⁸²

Não se deve olvidar, ademais, da justificativa histórica da criação da Organização Internacional do Trabalho e de sua relevante função como instituição voltada à promoção da paz mundial. Abordando esta temática, o mestre ARNALDO SÜSSEKIND, após indicar que a Declaração responsável pela revisão da Constituição da OIT, em 1946, ampliou seu âmbito de atuação, afirma que se

[c]onsagrou, portanto, o correto entendimento de que a paz não é apenas a ausência de guerra, vinculando o seu conceito a uma ordem internacional com justiça social, onde os direitos fundamentais do homem não sejam afrontados pelo subdesenvolvimento econômico que gera a miséria entre grandes contingentes humanos e a instabilidade política dos respectivos Estados.³⁸³

As cláusulas sociais consistem em importante meio de combate à prática de *dumping* social, desde que inseridas nos instrumentos internacionais e manejadas de modo leal e coerente com a tutela de direitos sociais. O grande risco da ampla pactuação de cláusulas sociais está na possibilidade de desvirtuamento, por países desenvolvidos, em sua utilização, empreendendo iniciativas protecionistas. Havendo meios de coibir essa deturpação, através, por exemplo, da análise da questão perante a OIT, elas podem contribuir para a garantia de padrões sociais dignos,

(d) a eliminação da discriminação em matéria de emprego e ocupação”.

³⁸² CRIVELLI, Ericson. **Normas internacionais do trabalho e o comércio internacional**. Revista LTr. vol. 66, nº. 01, jan./2002, p. 47

³⁸³ SÜSSEKIND, Arnaldo. **Convenções da OIT**. São Paulo: LTr, 1994, p. 25.

aliadas a programas de cooperação e ações de promoção de direitos sociais nos países subdesenvolvidos e em desenvolvimento signatários de determinado tratado internacional.

Há, em verdade, ainda outra limitação das cláusulas sociais que se deve referir: a insuficiência no âmbito de proteção. Pretender coibir a prática de *dumping* social somente através da utilização de cláusulas sociais seria inviável na realidade contemporânea. Isto porque inúmeros países — sobretudo os subdesenvolvidos e os emergentes — recusam-se a assinar tratados que veiculam cláusulas sociais, não sendo por elas diretamente atingidos³⁸⁴.

A questão que se apresenta, então, é saber quais medidas podem ser adotadas quando simplesmente não houver qualquer cláusula social em tratado a vincular certo país à adoção de padrões sociais mínimos.

Numa primeira impressão, não haveria quaisquer parâmetros vinculantes a serem observados por países não signatários de tratados veiculadores de cláusulas sociais. Esse é o posicionamento adotado por alguns países subdesenvolvidos e emergentes, para os quais as condições precárias dos trabalhadores consistem em vantagem competitiva que não lhes pode ser subtraída³⁸⁵.

Tal orientação, contudo, não se coaduna com a atual fase de proteção dos direitos humanos e com o novo paradigma do direito internacional do trabalho, que recentemente tem despontado.

BRIAN LANGILLE indica que

(...) começando com a compreensão tradicional do direito do trabalho como um custo, o qual envolve uma barganha econômica que as pessoas decentes e justas acreditam que vale a pena aceitar, termina-se sendo conduzido à concepção de que o direito internacional do trabalho é a de um dilema do prisioneiro ou de uma corrida de desregulamentação (...)³⁸⁶

³⁸⁴ Ainda que se cogite a hipótese de um grupo de países firmar entre si tratado determinando que não importarão produtos de Estados que permitam a utilização de *dumping* social, tal medida atinge apenas indiretamente estas nações, as quais poderão continuar comercializando seus produtos com os demais países. Além disso, a longo prazo, a tendência é que aqueles primeiros países sofram as consequências nocivas da concorrência desleal perpetrada por estes, uma vez que a dinâmica da economia determina verdadeiro efeito expansivo da “corrida de desregulação” aos diversos setores produtivos.

³⁸⁵ AMARAL JÚNIOR, Alberto do. Cláusula social: um tema em debate. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília. a. 36, nº. 141, jan./mar. 1999, p. 136.

³⁸⁶ LANGILLE, Brian A.. Op. cit., p. 188. Esclarece ROBERTO DI SENA JÚNIOR que a “expressão *race to the bottom* é utilizada para descrever a situação em que os países com padrões trabalhistas mais elevados (v.g. países desenvolvidos) seriam pressionados para reduzi-los, uma vez que sua economia e seus trabalhadores estariam sendo prejudicados pela competição de produtos

Assim, na concepção tradicional, há a idéia de que os objetivos do direito internacional do trabalho obrigam as nações a agir em sentido contrário aos seus próprios interesses econômicos. O referido autor demonstra, com maestria, que essa compreensão redundante, em verdade, no fracasso na consecução dos preceitos de direito internacional do trabalho.

Há, assim, a necessidade de entender o direito internacional do trabalho sob outra perspectiva, capaz de demonstrar aos Estados que a observância de direitos sociais não constitui uma tarifa sobre a atividade econômica, mas se revela como fator capaz de proporcionar progresso financeiro, inserido num contexto de promoção de direitos fundamentais. Na “nova teoria”, apresentada por LANGILLE, o

projeto do direito internacional do trabalho é levar os Estados-membros a buscarem seus próprios interesses através da construção de políticas sociais, que constituem parte dos complexos aspectos da liberdade humana, que se reforçam mutuamente, e que possibilitam a construção de sociedades justas e duradouras e, concomitantemente, constituem seus objetivos (...)³⁸⁷

Com esteio em tais ponderações, talvez a melhor solução para a questão consista na utilização dos direitos laborais consagrados pela Organização Internacional do Trabalho como patamar mínimo a ser observado internacionalmente, aliando-se a tal fixação a intensificação dos mecanismos de cooperação já adotados pela Organização.

O tema, contudo, reveste-se de elevada complexidade e, sem dúvida, não obterá breve solução nas discussões internacionais.

Delineado o atual estado do enfrentamento do tema do *dumping* social no âmbito do comércio internacional, resta clara sua importância na contemporaneidade. Inúmeras nações e diversas organizações internacionais têm envidado esforços no sentido de eliminar a prática, valendo-se, para tanto, de mecanismos de *hard law* e de *soft law*.

importados produzidos em países que não asseguram as mesmas garantias. As empresas optariam por se instalar em países com baixos padrões trabalhistas, uma vez que essa vantagem comparativa garantiria maior competitividade a seus produtos. Assim sendo, os baixos padrões sociais dos países em desenvolvimento tenderiam a provocar uma ‘corrida ladeira abaixo’, à medida que desencadeariam a redução generalizada das conquistas sociais já asseguradas nos países desenvolvidos” (**Comércio internacional & globalização: a cláusula social na OMC**. Curitiba: Juruá, 2003, p. 117).

³⁸⁷ LANGILLE, Brian A.. Op.cit., p. 200.

Ocorre que os efeitos nefastos — do ponto de vista social e econômico — do *dumping* social revelam a íntima interdependência dos países, também no que diz respeito aos direitos laborais. Disto decorre que, para além de medidas conjuntas no âmbito internacional, faz-se imprescindível que cada nação adote providências para coibir a conduta em seus próprios territórios, a fim de viabilizar a efetiva tutela de direitos sociais.

No caso brasileiro, desponta como instrumento para consecução de tal desiderato a possibilidade de fixação de *punitive damages* em hipóteses nas quais se verifique a prática de *dumping* social. A discussão acerca da compatibilidade deste instituto com o ordenamento brasileiro será o objeto do capítulo seguinte.

6 A APLICABILIDADE DE *PUNITIVE DAMAGES* NO DIREITO BRASILEIRO

O presente capítulo é animado pelo reconhecimento da superveniência, na contemporaneidade, de novas perspectivas no campo da Responsabilidade Civil. A aplicação do direito pelas cortes pátrias tem vivido, de fato, um processo de renovação, com o abandono de concepções que não mais atendem à realidade social e a recepção de teorias que objetivam resguardar prevalentemente a pessoa humana e reforçar o compromisso solidarista estabelecido pela Carta Constitucional³⁸⁸. Esta evolução alcança desde a compreensão dos elementos ou requisitos da Responsabilidade Civil até a função que se lhe confere. E é a este ponto que o presente tópico preponderantemente voltará sua preocupação. Será examinada, então, aqui, declaradamente sem qualquer pretensão de exaurimento, aspectos da experiência dos Estados Unidos da América com a aplicação de sanções civis dotadas de caráter punitivo, assim como a viabilidade de sua utilização no ordenamento nacional, discutindo-se, ainda, a responsabilidade civil a partir da perspectiva da Análise Econômica do Direito..

O enfrentamento dos temas referidos exige como abordagem preliminar a análise da natureza jurídica e dos elementos da Responsabilidade Civil, não sendo possível prescindir, todavia, de um sucinto apontamento a respeito da própria razão de ser deste campo do direito, que ocupará as linhas a seguir

6.1 BREVE NOTA HISTÓRICO-SOCIOLÓGICA ACERCA DA NECESSIDADE DA RESPONSABILIDADE JURÍDICA

O simples fato da convivência em sociedade é suficiente para o surgimento de conflitos entre seus membros. Para além da inexorável escassez de recursos para o atendimento da integralidade das demandas, há que se considerar que, em muitos casos, o comportamento humano é motivado por fatores deveras incongruentes com a desejável harmonia social, temáticas já exploradas no capítulo 4.

³⁸⁸ A respeito da verdadeira revolução operada no âmbito da Responsabilidade Civil, confira-se a excelente obra de ANDERSON SCHREIBER: **Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos**. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2011.

Qualquer que seja a estrutura social de que se cogite, o conflito intersubjetivo será um dado a ser administrado³⁸⁹. Precisamente por isso, reconheceu-se a um ente imparcial o poder/dever de decidir a quem assiste a razão, isto é, de dizer o direito³⁹⁰. A jurisdição nada mais é, assim, do que decorrência da necessidade de evitar-se o caos social, instaurado que seria com a admissão da vingança privada³⁹¹.

Se, no plano processual, historicamente as sociedades conferiram poderes ao Estado visando à pacificação dos conflitos, no âmbito do direito material este objetivo foi buscado através do estabelecimento de regras de fixação da responsabilidade pela violação de dado bem jurídico.

A responsabilidade jurídica consiste, então, na assunção das conseqüências, estabelecidas pelo ordenamento, de dada conduta³⁹². E é o Direito Processual o instrumento de garantia a) de que as mencionadas regras serão aplicadas; b) de que o serão pelo órgão constitucionalmente constituído para tanto; c) de que, no *iter* de tal atividade, serão observados os direitos conferidos às partes pelo ordenamento jurídico.

³⁸⁹ “O homem, como desoladamente o afirmou Thomas Hobbes, é o *lobo do homem*, e esse perfil predatório e egoísta tem permeado os diversos regimes político-jurídicos ao longo do tempo: assim os estruturados em normas escritas como aqueles regidos pelos costumes ou precedentes judiciais; assim os mais rudimentares, com predomínio da tradição oral, como os mais elaborados, de cultura codificada. Todos eles apresentam como núcleo comum a imposição de padrões de conduta estabelecidos pelo Poder, sob sanções de diversa ordem, incidentes ora no patrimônio (confisco de bens, tributação exacerbada), ora na própria integridade física dos resistentes” (grifos no original) (MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo Estado de Direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 35).

³⁹⁰ Leciona CELSO NEVES que a jurisdição civil é “função estatal de caráter substituto do juízo e da vontade das partes, teleologicamente concebida para a realização imediata do direito objetivo não penal e consequente solução da lide civil que a ela corresponda, bem como a atuação da sanção em que lhe seja própria, pela realização prática do comando emergente da decisão do órgão judicial que a exaure, *in casu*” (**Estrutura fundamental do processo civil: tutela jurídica processual, ação, processo e procedimento**. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 28). Obtempera, a seu turno, J. J. CALMON DE PASSOS que, no “conjunto dos instrumentos de coerção, mediante os quais se logra, na convivência humana, a efetividade da regulação social, destaca-se o de que se valem as normas jurídicas e lhe dão especificidade — *a existência de uma sanção institucionalizada*, vale dizer, efetivável por atores sociais especializados para esse fim, legitimados para tanto e dispendo dos instrumentos de poder necessários para isso. A norma jurídica, conseqüentemente, tem como nota específica sua particular impositividade. É a única com efetividade assegurada por uma *sanção institucionalizada*” (grifos no original) (**Esboço de uma teoria das nulidades aplicada às nulidades processuais**. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 9-10).

³⁹¹ Naturalmente, com a evolução das sociedades, o papel desempenhado pelo Estado no exercício da jurisdição estendeu-se para muito além da necessidade de evitar-se a vingança privada, passando a assumir variadas perspectivas voltadas eminentemente à realização dos direitos fundamentais.

³⁹² GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil**. v. III: Responsabilidade Civil. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 45. Ressalte-se que apenas excepcionalmente a responsabilidade não se restringirá a atos próprios, abrangendo também condutas de terceiro, a exemplo do disposto nos arts. 932 e 933 do Código Civil.

Impende salientar que a determinação quanto à espécie de conseqüência que se há de atribuir a certo comportamento incidirá sobre o patrimônio do agente (Direito Civil) ou sobre sua própria pessoa (Direito Penal) consiste numa opção legislativa, sendo a distinção apenas de grau, não de substância³⁹³.

Verifica-se, assim, que a existência de um sistema de responsabilidade jurídica configura-se como elemento da maior relevância para a pacificação dos conflitos sociais. Partindo desta premissa e considerando os objetivos deste trabalho, resta manifesto ser despiciendo o traçar de um quadro histórico da evolução da Responsabilidade Civil nas sociedades ocidentais. O que se deve realçar — sendo esta a justificativa do presente tópico — é que a razão de ser deste ramo do direito reside na necessidade de impor aos membros dos grupos sociais as conseqüências, previstas no ordenamento jurídico, das suas condutas, como imperativo para a própria harmonia das relações sociais. Eis a constatação que fundamentará a análise do objeto deste capítulo: a viabilidade de fixação, no sistema de Responsabilidade Civil pátrio, de sanções dotadas de caráter punitivo.

Estabelecida a premissa, exige o rigor científico que, previamente ao exame do tema das funções que podem ser assumidas pela Responsabilidade Civil, analise-se sua natureza jurídica, assim como seus elementos, o que se realizará nas seções seguintes.

6.2 A NATUREZA JURÍDICA DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Já se afirmou que a responsabilidade jurídica consiste na assunção das conseqüências, previstas pelo direito, de determinada conduta. Especificamente quanto à Responsabilidade Civil, isto significa a imposição judicial de restituição da vítima ao *status quo ante* ou, não sendo isto possível, do dever de indenizá-la ou compensá-la. A indenização terá lugar nas hipóteses em que seja possível estimar pecuniariamente a extensão do dano, ao tempo em que a compensação será a via

³⁹³ PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **O dano moral na relação de emprego**. São Paulo: LTr, 1998, p. 25.

adequada de ressarcimento para os casos nos quais não seja possível a aferição patrimonial do dano³⁹⁴.

Se a responsabilidade civil consiste na conseqüência lógico-normativa de dado ato ilícito, é certo que sua natureza jurídica é de sanção, consoante asseveram PABLO STOLZE e RODOLFO PAMPLONA FILHO³⁹⁵.

Esclarecem, ainda, os autores que uma das grandes dificuldades na abordagem da matéria consiste na freqüente confusão entre sanção e pena, quando, em verdade, há, entre tais figuras, uma relação de gênero-espécie. A pena, prosseguem, configura-se como a “submissão pessoal e física do agente, para a restauração da normalidade social violada com o delito”³⁹⁶, sendo, pois, apenas um dos tipos de sanção previstos no ordenamento jurídico, reservada ao Direito Penal.

No mesmo sentido é a lição de NORBERTO BOBBIO:

Na literatura filosófica e sociológica, o termo “sanção” é empregado em sentido amplo, para que nele caibam não apenas as conseqüências desagradáveis da inobservância das normas, mas também as conseqüências agradáveis da observância, distinguindo-se, no *genus* sanção, duas *species*: as sanções positivas e as sanções negativas³⁹⁷.

Assim, a natureza jurídica da responsabilidade civil é de sanção, não de pena. A constatação, todavia, de que ela (a responsabilidade civil) é a conseqüência lógico-normativa de certa conduta nada diz, rigorosamente, acerca das finalidades ou funções que lhe sejam atribuídas. O que não se deve é confundir natureza jurídica com função.

É por isso que é possível afirmar a imputação de uma função punitiva à responsabilidade civil sem, ao fazê-lo, desnaturá-la em sua configuração jurídica. Ainda quando se esteja diante desta função punitiva, não irá a responsabilidade civil transmutar-se em pena, a qual, consoante já se assinalou, refere-se à submissão da própria pessoa do agente, cogitando-se, em verdade, da atribuição, pelo intérprete/aplicador, de dada finalidade a uma sanção. O tema será retomado adiante, em tópico específico.

³⁹⁴ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil**. v. III: Responsabilidade Civil. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 46.

³⁹⁵ Ibidem, p. 61.

³⁹⁶ Ibidem, p. 120.

³⁹⁷ BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito**. Tradução de Daniela Beccaccia Versiani; Revisão técnica de Orlando Seixas Bechara, Renata Nagamine. São Paulo: Manole, 2007, p. 07.

Cumpra, agora, avançar ao exame dos elementos da Responsabilidade Civil.

6.3 ELEMENTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL

A partir da análise do art. 186³⁹⁸ do Código Civil de 2002, em interpretação sistemática, afigura-se como melhor entendimento aquele que visualiza, como pressupostos gerais da responsabilidade civil, a conduta humana, o nexo de causalidade e o dano, sendo a culpa apenas elemento accidental. Para atender aos fins deste trabalho, serão os referidos requisitos apresentados sucintamente a seguir, à exceção do dano, o qual, por sua peculiar relevância ao objeto deste estudo, merecerá detida abordagem em tópico específico.

O primeiro dos elementos da Responsabilidade Civil é a conduta humana, a qual, segundo a previsão do citado art. 186 do Código Civil, poderá ser positiva (ação) ou negativa (omissão). Importa que a conduta seja voluntária, isto é, que haja “consciência daquilo que se está fazendo”³⁹⁹, não sendo imprescindível a intenção de provocar o dano.

O nexo de causalidade consiste no “vínculo que se estabelece entre dois eventos, de modo que um represente a consequência do outro”⁴⁰⁰. É, pois, o liame entre conduta e evento danoso.

A culpa, por fim, na lição de PABLO STOLZE e RODOLFO PAMPLONA FILHO,

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 estrito⁴⁰¹.

³⁹⁸ 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.

³⁹⁹ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil**. v. III: Responsabilidade Civil. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 70.

⁴⁰⁰ SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos**. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 55. Nas palavras de CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA, para que “se concretize a responsabilidade é indispensável se estabeleça uma interligação entre a ofensa à norma e o prejuízo sofrido, de tal modo que se possa afirmar ter havido o dano ‘porque’ o agente procedeu contra direito” (**Responsabilidade Civil**. Atualizador Gustavo Tepedino. 10. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: GZ Ed., 2012, p. 106).

⁴⁰¹ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil**. v. III: Responsabilidade Civil. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 173-174. AGUIAR DIAS, a seu turno, leciona que “(...) a culpa genérica, que se desdobra em dolo e culpa propriamente dita; aquele não é o vício da vontade, mas o elemento interno, que reveste o ato da intenção de causar o resultado, ao

Diante da inovação introduzida pelo Novo Código Civil⁴⁰², consistente na ampla consagração da responsabilidade objetiva, é inegável que o sistema brasileiro tornou-se dual, não sendo mais adequado falar-se da culpa como elemento geral da responsabilidade civil.

Neste sentido, afirmam PABLO STOLZE e RODOLFO PAMPLONA FILHO que

ao lado da responsabilidade decorrente do ilícito (art. 186), em cuja noção encontra-se inserida a ideia de culpa, poderá o magistrado também reconhecer a responsabilidade civil do infrator, *sem indagação do elemento anímico* (responsabilidade objetiva) (...) (grifos no original)⁴⁰³

Tal instituto incidirá, conforme a novel previsão do diploma civil, em três hipóteses: abuso de direito⁴⁰⁴, expressa disposição legal ou exercício de atividade de risco.

Quanto à noção de atividade de risco, conceito vago adotado pelo Código Civil, importa esclarecer que tem a doutrina envidado esforços no sentido de delimitar seu alcance⁴⁰⁵. Diversa não é a intenção da aprovação dos enunciados de n.º 38⁴⁰⁶ e n.º 448⁴⁰⁷ nas Jornadas de Direito Civil, promovidas pelo Conselho da Justiça Federal.

passo que na culpa, em sentido restrito, a vontade é dirigida ao fato causador da lesão, mas o ato não é querido pelo agente. A culpa é a falta de diligência na observância da norma de conduta, isto é, o desprezo, por parte do agente, do esforço necessário para observá-la, com resultado, não objetivado, mas previsível, desde que o agente se detivesse na consideração das conseqüências eventuais da sua atitude” (DIAS, José de Aguiar. **Da Responsabilidade Civil**. v. 1. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 120).

⁴⁰² Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Parágrafo único. 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.

⁴⁰³ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil**. v. III: Responsabilidade Civil. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 175. ANDERSON SCHREIBER esclarece que a consagração da culpa esteve relacionada ao ideal de liberdade propugnado pela modernidade: “A culpa é, inegavelmente, a categoria nuclear da responsabilidade civil concebida pelos juristas da modernidade. A ideologia liberal e individualista, então dominante, impunha a construção de um sistema de responsabilidade que se fundasse no mau uso da liberdade individual, justificando, desta forma, a concessão de um amplo espaço à atuação dos particulares. Responsabilidade e liberdade passam, assim, a ser noções intimamente vinculadas, uma servindo de fundamento à outra”. (**Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos**. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 12).

⁴⁰⁴ 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.

⁴⁰⁵ Movida por essa finalidade é a proposta de PABLO STOLZE e RODOLFO PAMPLONA FILHO: “Em nosso entendimento, o exercício dessa atividade de risco pressupõe ainda a busca de um determinado proveito, em geral de natureza econômica, que surge como decorrência da própria atividade potencialmente danosa (risco-proveito)” (Op. cit., p. 189).

⁴⁰⁶ **Enunciado n.º 38** - A responsabilidade fundada no risco da atividade, como prevista na segunda parte do parágrafo único do art. 927, do novo Código Civil, configura-se quando a atividade

Segundo a compreensão materializada nos referidos enunciados, a configuração de uma conduta como atividade de risco depende do oferecimento, por ela, de uma potencialidade de dano superior àquela normalmente admitida nas relações sociais.

O último pressuposto ou elemento da responsabilidade civil, o dano, será cuidadosamente examinado adiante.

6.4 O ELEMENTO DANO E A CONFIGURAÇÃO DOS DENOMINADOS DANOS SOCIAIS

Superada a discussão acerca da existência de danos que não vulneram bens materiais, doutrina e jurisprudência firmaram a compreensão da possibilidade de ocorrência de danos extrapatrimoniais, bem como da obrigatoriedade de sua reparação⁴⁰⁸. Majoritariamente, então, a noção de dano tem sido entendida como lesão a determinado bem jurídico, seja patrimonial ou moral⁴⁰⁹. Com esteio na doutrina de PABLO STOLZE e RODOLFO PAMPLONA FILHO, pode-se conceituar

normalmente desenvolvida pelo autor do dano causar à pessoa determinada um ônus maior do que aos demais membros da coletividade. Disponível em: <<http://www.jf.jus.br/cjf/cej-publ/jornadas-de-direito-civil-enunciados-aprovados/>>. Acesso em 21 de abril de 2012.

⁴⁰⁷ **Enunciado n.º 448** - Art. 927. A regra do art. 927, parágrafo único, segunda parte, do CC aplica-se sempre que a atividade normalmente desenvolvida, mesmo sem defeito e não essencialmente perigosa, induza, por sua natureza, risco especial e diferenciado aos direitos de outrem. São critérios de avaliação desse risco, entre outros, a estatística, a prova técnica e as máximas de experiência. Disponível em: <<http://www.jf.jus.br/cjf/cej-publ/jornadas-de-direito-civil-enunciados-aprovados/>>. Acesso em 21 de abril de 2012.

⁴⁰⁸ Na evolução do entendimento doutrinário e jurisprudencial sobre a matéria, há que se destacar a importância da previsão expressa, na Constituição Federal de 1988, da reparabilidade dos danos morais, no art. 5º, incisos V e X, *in verbis*: “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”. Posteriormente o Superior Tribunal de Justiça avançou na compreensão da possibilidade de cumulação do material e do dano moral, entendimento consubstanciado no Enunciado n.º. 37 de sua Súmula de jurisprudência dominante: “São cumuláveis as indenizações por dano material e dano moral oriundos do mesmo fato”. Relativamente à tutela dos danos morais, registre-se, por fim, a previsão do art. 186 do novel 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”.

⁴⁰⁹ “Quando ainda não se admitia o ressarcimento do dano moral, conceituava-se o dano como sendo a efetiva diminuição do patrimônio da vítima. Hoje, todavia, esse conceito tornou-se insuficiente em face do novo posicionamento da doutrina e da jurisprudência em relação ao dano moral e, ainda, em razão da sua natureza não-patrimonial. Conceitua-se, então, o dano como sendo a subtração ou diminuição de um bem jurídico, qualquer que seja a sua natureza, quer se trate de um bem patrimonial, quer se trate de um bem integrante da própria personalidade da vítima, como a sua honra, a imagem, a liberdade etc. Em suma, dano é a lesão de um bem jurídico, tanto patrimonial como moral, vindo daí a conhecida divisão do dano em patrimonial e moral.” (CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 80).

dano como a “*lesão a um interesse jurídico tutelado – patrimonial ou não –, causado por ação ou omissão do sujeito infrator*”⁴¹⁰ (grifo no original).

Danos materiais consistem em dano emergente — aquilo que efetivamente se perdeu — e lucros cessantes — aquilo que razoavelmente deixou-se de lucrar, “aquilo que o lesado deixou de obter por causa do fato ilícito, mas a que ainda não tinha direito à data da lesão”⁴¹¹.

Danos morais, por sua vez, têm sido recentemente compreendidos como a violação da cláusula geral, presente no ordenamento jurídico, de tutela da pessoa humana⁴¹². Não obstante, há que se ressaltar que, predominantemente, a doutrina adota, ainda, uma noção menos ampla de danos morais, limitando-a a lesões relativa a direitos da personalidade⁴¹³.

Estabelecida a premissa conceitual relativa à figura jurídica do dano moral, cumpre perquirir acerca de sua pertinência no âmbito da construção teórica sobre os direitos transindividuais. Para tanto, impõe-se tecer, ainda que brevemente, algumas considerações a respeito das atuais formulações jurídicas em torno desses direitos.

⁴¹⁰ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil**. vol III: responsabilidade civil. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 78.

⁴¹¹ VARELA, João de Matos Antunes. **Das Obrigações em geral**. vol I, 9. ed., Coimbra: Almedina, 1998, p. 621.

⁴¹² MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos a Pessoa Humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 182-184. Em sentido muito próximo, CAVALIERI afirma: “Dano moral, à luz da Constituição vigente, nada mais é do que violação do direito à dignidade.” (CAVALIERI FILHO, Sérgio. Op. cit., p. 85).

⁴¹³ Afirma CARLOS ROBERTO GONÇALVES que dano moral é “(...) lesão de bem que integra os direitos da personalidade, como a honra, a dignidade, a intimidade, a imagem, o bom nome etc., como se infere dos arts. 1º, III, e 5º, V e X, da Constituição Federal, e que acarreta ao lesado dor, sofrimento, tristeza, vexame e humilhação.” (GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. v. IV, 3ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 343-344). Nesse sentido, RODOLFO PAMPLONA aduz que “dano moral consiste no prejuízo ou na lesão de interesses e bens, cujo conteúdo não é pecuniário, nem comercialmente redutível a dinheiro, como é o caso dos direitos da personalidade (ex: vida, integridade corporal, liberdade, honra decoro, intimidade, sentimentos afetivos, auto-imagem) ou dos atributos da pessoa (ex: nome, capacidade, estado civil).” (PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **O dano moral na relação de emprego**. São Paulo: LTr, 1998, p. 34). A seu turno, conquanto afirme dever a agressão abalar a dignidade da pessoa humana, sustenta MAURO SCHIAVI que basta “que ocorra violação efetiva a um direito da personalidade para que o

6.4.1 Apontamentos acerca dos direitos transindividuais

Consoante leciona XISTO TIAGO DE MEDEIROS NETO, os denominados direitos coletivos *lato sensu*⁴¹⁴ correspondem a

modalidade dos interesses transindividuais ou metaindividuais, com a nota característica básica de se projetarem para além da esfera individual (subjativada), posicionando-se na órbita coletiva, cuja titularização (não determinada individualmente) repousa em um grupo, uma classe, uma categoria de pessoas ou mesmo em toda a coletividade.⁴¹⁵

No ordenamento jurídico brasileiro, a definição das espécies de direitos transindividuais foi positivada no Código de Defesa do Consumidor, em seu art. 81, *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.

dano moral esteja configurado.” (SCHIAVI, Mauro. **Ações de reparação por danos morais decorrentes da relação de trabalho**. 3 ed. rev. e ampl. São Paulo: LTr, 2009, p. 67).

⁴¹⁴ CARLOS HENRIQUE BEZERRA LEITE afirma que a visão tradicional acerca da categoria dos “direitos” foi construída na ideologia individualista do Estado Liberal, de modo que, de um ponto de vista histórico, “há, entre direito e interesse, uma vinculação na qual à preponderância daquele se reflete uma negação deste. Vale dizer, a hegemonia do direito subjetivo implica a desqualificação do interesse como portador de alguma relevância jurídica” (**Ação Civil Pública na perspectiva dos direitos humanos**. 2. ed. São Paulo: LTr 2008, p. 50). Adverte, contudo, que as modificações sociais e o surgimento de conflitos de massa viria a afastar a relevância jurídica da distinção (Op. cit., p. 50-51). Em sentido próximo, posiciona-se PEDRO LENZA: “Não se chega a ponto de dizer que, teoricamente, *interesses* e *direitos* são utilizados como sinônimos. Buscando um sentido à redação dada ao art. 81, parágrafo único, do CDC, que fala em proteção de *interesses* ou *direitos*, não se crê tratar-se de uma mesma situação. No entanto, apesar de se distinguir, no plano teórico, *direitos* de *interesses*, no plano prático, a partir do momento em que os aludidos *interesses* passam a ser tutelados juridicamente pelo sistema, surge o *direito*. Nesse sentido, inexistiria razão para diferenciá-los, porquanto indiscutível a aproximação entre os dois institutos. Abstraindo-se, na tentativa (às vezes inútil) de distingui-los, sugere-se que se trata da mesma ‘alma’, em ‘corpos’ distintos” (grifos no original) (**Teoria geral da ação civil pública**. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 54). Neste trabalho, em face de tais ponderações, serão as expressões direito e interesse utilizadas como sinônimos.

⁴¹⁵ MEDEIROS NETO, Xisto Tiago de. **Dano Moral Coletivo**. 2 ed. São Paulo: LTr, 2007, p. 107. MANOEL JORGE E SILVA NETO, em definição sintética, assevera que “transindividuais são os interesses transcendentais à órbita individual do sujeito de direito, aqueles cuja lesão afeta um número considerável de pessoas” (**Proteção constitucional dos interesses trabalhistas: difusos, coletivos e individuais homogêneos**. São Paulo: LTr, 2001, p. 29).

Obtempera XISTO TIAGO DE MEDEIROS NETO que os interesses difusos são inerentes à sociedade contemporânea, caracterizada por conflitos de massa, a exigir uma resposta do ordenamento jurídico lastreada numa concepção social, “não mais focando-se a atenção do sistema jurídico ao indivíduo isoladamente considerado”⁴¹⁶. O conteúdo destes direitos, assevera MÁRCIO MAFRA LEAL, é de duas ordens: “um direito à qualidade de vida, expresso no sacrifício de vantagens econômicas imediatistas em nome da preservação de determinados valores” e um “direito à integração social *mediante o devido reconhecimento jurídico e político*”⁴¹⁷ (grifo no original).

Pode-se indicar como elementos característicos de tais direitos, na precisa lição de XISTO TIAGO DE MEDEIROS NETO, a indeterminação dos seus titulares, os quais não possuem vínculo associativo, mas ligam-se por um liame fático, bem como a indivisibilidade do seu objeto, cuja satisfação alcança toda a coletividade⁴¹⁸.

O interesse coletivo, por sua vez, pode ser compreendido como aquele que

*transcende o aspecto individual para irradiar efeitos sobre um grupo ou categoria de pessoas, sendo uma espécie de soma de direitos individuais, mas também um direito próprio do grupo, cujos titulares são indeterminados, mas que podem ser determinados, ligados entre si por uma relação jurídica base.*⁴¹⁹ (grifo no original)

Por fim, os direitos individuais homogêneos são aqueles nos quais não há relação jurídica prévia entre os titulares, conquanto possam ser coletivamente tutelados. 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

⁴¹⁶ MEDEIROS NETO, Xisto Tiago de. Op. cit., p. 110.

⁴¹⁷ LEAL, Márcio Flávio Mafra. **Ações coletivas**: História, teoria e prática. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998, p. 104.

⁴¹⁸ MEDEIROS NETO, Xisto Tiago de. Op. cit., p. 111/112. Analisando a definição positivada dos direitos em apreço, LEONARDO ROSCOE BESSA assinala que, na “conceituação legal de *direitos difusos*, optou-se pelo critério da indeterminação dos titulares e da ausência entre eles de relação jurídica base (aspecto subjetivo) e pela indivisibilidade do bem jurídico (aspecto objetivo).” (grifo no original) (BESSA, Leonardo Roscoe. Dano Moral Coletivo. **Revista da EMERJ**, v. 10, n.º. 40, 2007, p. 254).

⁴¹⁹ SCHIAVI, Mauro. **Ações de reparação por danos morais decorrentes da relação de trabalho**. 3 ed. rev. e ampl. São Paulo: LTr, 2009, p. 195. Por sua vez, ANA CRISTINA COSTA MEIRELES, discorrendo acerca da característica da divisibilidade ou do bem jurídico no âmbito dos direitos transindividuais, aduz que, nos direitos coletivos, “há divisibilidade externa e indivisibilidade externa. Desse modo, a indivisibilidade interna do bem significa que ele não pode ser partilhado internamente entre aqueles que participam do grupo, embora este, externamente, em relação à comunidade em geral possa partir o bem.” (MEIRELES, Ana Cristina Costa. **A eficácia dos direitos sociais**: os direitos subjetivos em face das normas programáticas de direitos sociais. Salvador: JusPODIVM, 2008, p. 214).

Judiciário para, mediante ação individual, buscar a devida reparação⁴²⁰.

Ultrapassada a etapa de necessária compreensão acerca dos direitos transindividuais, impõe-se investigar a compatibilidade da utilização da figura jurídica dos danos morais para sua proteção. É o que se intentará empreender a seguir.

6.4.2 Dano social ou dano moral coletivo? A responsabilidade civil e a defesa de direitos transindividuais

Embora o conceito exposto de dano moral revele-se adequado em face da tutela individual, não é necessário longo exercício intelectual para a constatação de sua insuficiência diante de direitos ou interesses metaindividuais, gerando, inclusive, concepções jurídicas inusitadas.

É o que se verifica com a noção doutrinária de dano moral coletivo. Este é conceituado por CARLOS ALBERTO BITTAR como “a injusta lesão da esfera moral de uma dada comunidade, ou seja, é a violação antijurídica de um determinado círculo de valores coletivos⁴²¹. Com efeito, predomina na doutrina a tentativa de nele identificar uma “modificação desvaliosa no espírito da coletividade⁴²². A terminologia encontra-se, inclusive, prevista no ordenamento pátrio, através da Lei

⁴²⁰ SILVA NETO, Manoel Jorge e. **Proteção constitucional dos interesses trabalhistas: difusos, coletivos e individuais homogêneos**. São Paulo: LTr, 2001, p. 40.

⁴²¹ BITTAR FILHO, Carlos Alberto. **Do dano moral coletivo no atual contexto jurídico brasileiro**. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 9, n. 559, 17 jan. 2005. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6183>. XISTO TIAGO DE MEDEIROS NETO, por sua vez, critica a utilização da terminologia dano moral coletivo, em razão da equivocidade do termo “moral”, afirmando ser mais adequado falar-se dano extrapatrimonial coletivo. Não obstante, em face da consagração da primeira expressão, admite seu emprego, definindo o dano moral coletivo como a “lesão injusta e intolerável a interesses ou direitos titularizados pela coletividade (considerada em seu todo ou em qualquer de suas expressões – grupos, classes ou categorias de pessoas), os quais possuem natureza extrapatrimonial, refletindo valores e bens fundamentais para a sociedade.” (MEDEIROS NETO, Xisto Tiago de. Op. cit., p. 137). Afirma, ainda, que a “reparação do dano moral coletivo não tem relação necessária com o reconhecimento e visualização de ‘sofrimento’, ‘aflição’, ‘angústia’, ‘constrangimento’ ou ‘abalo psicofísico’ atribuído a dada coletividade, ou mesmo com a idéia de se enxergar uma ‘alma’ própria, passível de visibilidade, a possibilitar uma ‘ofensa moral’”. (*Idem*, p. 191). Tal compreensão corresponde, conforme adiante se demonstrará, à noção de dano social proposta neste trabalho. A rejeição, aqui, da expressão “dano moral coletivo”, para além da equivocidade ínsita ao termo moral, decorre, como adiante se sustentará, da incongruência da construção do instituto do dano moral em face da tutela de direitos de natureza metaindividual. Não se trata, pois, de mera opção terminológica, mas de consequência da filiação a posicionamento que parece melhor adequar-se à compreensão da matéria.

⁴²² VIOLA, Rafael. O papel da responsabilidade civil na tutela coletiva. O papel da Responsabilidade Civil na Tutela Coletiva *in* TEPEDINO, Gustavo et. al. (Org.). **Diálogos sobre Direito Civil**. vol. II. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 396.

7.347/85, em seu art. 1º⁴²³, bem como no Código de Defesa do Consumidor, no art. 6º, incisos VI e VII⁴²⁴.

O problema decorre da tentativa de aplicação de instituto engendrado sob a perspectiva individual para a seara dos direitos metaindividuais⁴²⁵. Partindo da premissa de que o dano moral é aquele que viola direitos da personalidade, afigura-se de intransponível dificuldade sustentar a existência de dano moral coletivo em decorrência, *v. g.*, de agressão localizada ao meio ambiente. Não parece razoável a tese de que esses danos ambientais possam importar em lesão à esfera de direitos da personalidade, por exemplo, dos membros de determinada comunidade em distante centro urbano, ou, mesmo, do “espírito” da coletividade.

Por óbvio que não se está a defender, aqui, a inexistência de danos em hipóteses como essas⁴²⁶. Manifestos são os danos e imperiosa é a utilização da responsabilidade civil como meio de repará-los (e, como será sustentado adiante, de dissuadir a reiteração de sua prática). O que não parece viável é a transposição da

⁴²³ Art. 1º Regem-se pelas disposições desta Lei, sem prejuízo da ação popular, as ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados:

I - ao meio-ambiente;

II - ao consumidor;

III - a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico;

IV - a qualquer outro interesse difuso ou coletivo;

V - por infração da ordem econômica e da economia popular;

VI - à ordem urbanística.

⁴²⁴ Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

(...)

VI - a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos;

VII - o acesso aos órgãos judiciários e administrativos com vistas à prevenção ou reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos ou difusos, assegurada a proteção Jurídica, administrativa e técnica aos necessitados;

⁴²⁵ PABLO STOLZE e RODOLFO PAMPLONA asseveram, com lucidez, que “partindo da premissa de que os danos morais são lesões à esfera extrapatrimonial de um indivíduo, ou seja, a seus direitos da personalidade, não seria possível se imaginar, *a priori*, um dano moral a interesses difusos, como, por exemplo, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico-cultural.” (GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil**. vol. III: Responsabilidade Civil, São Paulo: Saraiva, 2011, p. 123). A partir dessa assertiva e considerando a previsão expressa da lei 7.347/85, os ilustres autores sustentam a ampliação da compreensão dos direitos da personalidade, de modo a abranger a previsão do mencionado diploma normativo, a fim de viabilizar a proteção de direitos transindividuais (*Idem*, p. 124).

⁴²⁶ Impende ressaltar, todavia, que, sob a terminologia de danos morais coletivos, os tribunais trabalhistas têm tutelado diversos direitos metaindividuais, entendendo ser possível a imposição do dever de indenizar nessas hipóteses, consoante se observa, exemplificativamente, no seguinte julgado: “DANO MORAL COLETIVO – POSSIBILIDADE. Uma vez configurado que a ré violou direitos transindividuais de ordem coletiva, infringindo normas de ordem pública que regem a saúde, segurança, higiene e meio ambiente do trabalho e do trabalhador, é devida a indenização por dano moral coletivo, pois tal atitude da ré abala o sentimento de dignidade, falta de apreço e consideração, tendo reflexos na coletividade e causando grandes prejuízos à sociedade.” (TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 8ª REGIÃO. Primeira Turma. RO 5309/2002. Relator: Juiz Convocado Luís José de Jesus Ribeiro. Data do julgamento: 17.12.2002. Data da publicação: 19.12.2002).

figura dos danos morais — como construída na experiência jurídica nacional — para a tutela de direitos metaindividuais.

Nesse sentido, RAFAEL VIOLA afirma que

o dano extrapatrimonial, na área de direitos metaindividuais decorre da lesão em si a tais interesses (difusos ou coletivos) pouco importando se houve ou não uma diminuição no espírito da coletividade. Conclui-se, portanto, que o dano extrapatrimonial à sociedade não é dano moral em que pese a posituação do termo dano moral coletivo no art. 6º, VI e VII do CDC e do caput do art. 1º da Lei 7.347/85.⁴²⁷

Com efeito, a defesa o consumidor⁴²⁸, a atuação no sentido da promoção de um meio ambiente saudável⁴²⁹ e de sua proteção, a determinação de desenvolvimento da Ordem Econômica lastreada na valorização do trabalho humano e dirigida à garantia de justiça social e da dignidade humana⁴³⁰ trata-se de alguns dos interesses consagrados na Constituição Federal, cuja violação, por si mesma, produz dano a toda a sociedade. A violação de interesses metaindividuais constitucionalmente tutelados é idônea, *per se*, a provocar dano social, prescindindo, para tanto, do sentimento íntimo de violação a direitos de personalidade de quem quer que seja.

Nesta ordem de idéias, XISTO TIAGO DE MEDEIROS NETO, valendo-se da expressão dano moral coletivo – no sentido antes indicado –, obtempera:

É bem verdade, anote-se, que nesses casos de danos coletivos não se pode ignorar a recorrente presença de efeitos negativos que o ato lesivo porventura venha a produzir, em relação a determinadas coletividades de pessoas atingidas, apreendidos em dimensão subjetiva, como a repulsa, o abalo psíquico ou a consternação, entre outras reações.

Todavia, é de absoluta importância ressaltar que a caracterização do dano moral coletivo não se vincula nem se condiciona diretamente à observação ou demonstração efetiva de tais efeitos negativos, visto que constituem eles, quando perceptíveis coletivamente, mera consequência do dano produzido pela conduta do agente, não se apresentando, evidentemente, como

⁴²⁷ VIOLA, Rafael. O papel da responsabilidade civil na tutela coletiva. O papel da Responsabilidade Civil na Tutela Coletiva *in* TEPEDINO, Gustavo et. al. (Org.). **Diálogos sobre Direito Civil**. vol. II. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 397.

⁴²⁸ 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:
(...)

XXXII - o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor;

⁴²⁹ Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

⁴³⁰ 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:

pressuposto para sua configuração.⁴³¹

No mesmo sentido, LEONARDO ROSCOE BESSA afirma que “o dano extrapatrimonial, na área de direitos metaindividuais, decorre da lesão em si a tais interesses, independentemente de afetação paralela de patrimônio ou de higidez psicofísica”⁴³².

Reputa-se, pois, insubsistente a noção de dano moral coletivo consistente na ofensa a “sentimentos da sociedade” ou ao “espírito da coletividade”, devendo-se evitar a utilização da terminologia “dano moral coletivo”, em razão da incoerência entre a construção jurídica do dano moral e a específica natureza dos direitos transindividuais. Em lugar de tal concepção, revela-se mais adequada a adoção da categoria jurídica dos danos sociais⁴³³.

A partir das considerações acima tecidas, é possível, agora, conceituar danos sociais como a lesão a direitos ou interesses de natureza extrapatrimonial transindividual consagrados no ordenamento jurídico.

A seguir, será analisado mais detidamente o conteúdo dos danos sociais decorrentes da prática de *dumping* social.

6.4.3 *Dumping* social e danos sociais

Especificamente nas hipóteses de *dumping* social, verifica-se a falência de empresas incapazes de competir com os reduzidos preços pelos quais são oferecidos os produtos do agente econômico que pratica essa modalidade de concorrência desleal⁴³⁴. Em conseqüência, ocorre o aumento da taxa de

⁴³¹ MEDEIROS NETO, Xisto Tiago de. **Dano Moral Coletivo**. 2 ed. São Paulo: LTr, 2007, p. 129.

⁴³² BESSA, Leonardo Roscoe. Dano Moral Coletivo. **Revista da EMERJ**, v. 10, n.º. 40, 2007, p. 254.

⁴³³ Cumpre destacar, a propósito, o Enunciado n.º 455, aprovado na V Jornada de Direito Civil, cuja redação segue transcrita: “A expressão ‘dano’, no art. 944, abrange não só os danos individuais, materiais ou imateriais, mas também os danos sociais, difusos, coletivos e individuais homogêneos, a serem pleiteados pelos legitimados para propor ações coletivas”. Disponível em: <<http://www.jf.jus.br/cjf/cej-publ/jornadas-de-direito-civil-enunciados-aprovados/>>. Acesso em 03 de maio de 2012.

⁴³⁴ Relativamente à tutela de questões concorrenciais sob o prisma dos direitos difusos, MÁRCIO MAFRA LEAL, ao analisar as ações coletivas para defesa de direitos difusos na experiência jurídica norte-americana, indica que tais instrumentos podem voltar-se à “proteção de bens não diretamente econômicos, precipuamente a *boa-fé* contratual, *lealdade na concorrência*, a preservação da fé pública na captação de poupança popular (...)” (grifos no original) (LEAL, Márcio Flávio Mafra. **Ações coletivas**: História, teoria e prática. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998, p. 97, nota 170).

desemprego. Além da redução de postos de trabalho, muitas empresas tendem a acompanhar a “estratégia” de descumprimento de direitos trabalhistas. A precarização do poder de compra do mercado consumidor, decorrente desses fatores, completa o quadro necessário à instauração de um estado de recessão econômica.

Não é difícil perceber que as conseqüências, numa primeira escala, atingem tanto os trabalhadores submetidos diretamente a condições violadoras de seus direitos, quanto aqueles que laboram perante empresas de setores afins, além, é claro, das próprias empresas vítimas de concorrência desleal. A longo prazo os efeitos são mais nefastos, repercutindo no poder de compra de diversos setores sociais e na própria viabilidade do modelo econômico. O Estado, por sua vez, tende a arrecadar menos, diante das conseqüências empresariais acima delineadas, e necessita realizar maiores gastos em investimentos sociais.

Restam, ademais, desrespeitados os elementos consagrados pelo constituinte como base da Ordem Econômica – a valorização do trabalho humano e a livre iniciativa – e como suas finalidades – dignidade humana e justiça social. A conduta apresenta-se intensamente nociva ao modelo econômico e social instituído na *Lex Legum*, violando o próprio princípio da livre concorrência.

SOUTO MAIOR assim resume o fenômeno:

Este modelo de precarização gera um efeito ‘bola de neve’. Cada vez mais pessoas são afastadas do mercado produtivo. Por conseqüência, 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 menores salários e deixam de consumir. O mercado interno tende a falir. E, então, o circuito recomeça, cada vez pior.⁴³⁵

Qualquer das modalidades de *dumping* – e o *dumping* social mais do que as outras espécies – representa uma insurreição contra a estabilidade econômica e o modelo de capitalismo consagrado nas Constituições contemporâneas. Permitir sua ocorrência implica a degradação do próprio ser humano.

⁴³⁵ MAIOR, Jorge Luiz Souto. Por um pacto social. *RDT*, nº. 1, jan./2008, p. 18.

O desenvolvimento humanitário da ordem econômica está intimamente relacionado com a idéia de estabilidade social. Não é por outra razão que a Constituição da Organização Internacional do Trabalho, em seu preâmbulo, preconiza que não há paz sem justiça social⁴³⁶.

Firmadas as premissas dogmáticas acerca dos danos sociais, bem como de sua nocividade nas hipóteses de *dumping* social, importa, adiante, investigar o tema das funções atribuíveis à responsabilidade civil. As balizas então estabelecidas viabilizarão a discussão, em momento oportuno, a respeito do reconhecimento de uma finalidade punitiva em sanções aplicadas diante da prática de *dumping* social.

6.5 FUNÇÕES DA RESPONSABILIDADE CIVIL

A compreensão predominante acerca da responsabilidade civil foi construída na perspectiva de reconhecimento de sua função restitutória, sendo-lhe também atribuída, normalmente, função preventiva. Essa concepção civilista tradicional coaduna-se com a ideologia que impregnou os ordenamentos jurídicos modernos. O patrimônio individual era, com efeito, o foco das formulações jurídicas.

A integral reparação patrimonial dos prejuízos sofridos pelo sujeito, nesse contexto, despontava como finalidade suficiente da responsabilidade civil.

Coerentemente com os influxos políticos do período, firmou-se o entendimento no sentido da inadmissão de existência de um caráter punitivo nas sanções civis, em decorrência da rígida separação entre o público (esfera da punição estatal) e o privado (esfera da reparação pelo particular) que, à época, intentava-se sedimentar. MARIA CELINA BODIN DE MORAES salienta que essa separação assumiu importante dimensão para a afirmação da autonomia privada por parte da ideologia liberal burguesa⁴³⁷.

⁴³⁶ Constituição da Organização Internacional do Trabalho, Preâmbulo: “Considerando que a paz para ser universal e duradoura deve assentar sobre a justiça social (...)”.

⁴³⁷ MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos a Pessoa Humana**: uma leitura civil-constitucional dos danos morais. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 201.

A evolução histórica, todavia, veio a revelar a insuficiência da tradicional concepção da responsabilidade civil em face do modelo de sociedade que emergia a partir de meados do século XX. Com efeito, obtempera PIETRO PERLINGIERI:

Técnicas e institutos nascidos no campo do direito privado tradicional são utilizados naquele do direito público e vice-versa, de maneira que a distinção, neste contexto, não é mais qualitativa, mas quantitativa. Existem institutos em que é predominante o interesse dos indivíduos, mas é, também, sempre presente o interesse dito da coletividade e público; e institutos em que, ao contrário, prevalece, em termos quantitativos, o interesse da coletividade, que é sempre funcionalizado, na sua íntima essência, à realização de interesses individuais e existenciais do cidadão⁴³⁸.

De um lado, desenvolveu-se verdadeiro movimento internacional de valorização do ser humano pelo só fato de sua existência. A preocupação com a dignidade humana ganhou espaço nas discussões internacionais e nas formulações jurídicas das décadas que se seguiram. Diversas Constituições ocidentais passaram a explicitar a proteção à vida humana como elemento basilar dos ordenamentos jurídicos. A Carta Brasileira de 1988, por exemplo, já em seu primeiro artigo elenca como fundamento da República a dignidade da pessoa humana, reconhecendo expressamente, ainda, a possibilidade de reparação dos danos morais, em seu artigo 5º, incisos V e X⁴³⁹, tese antes altamente controvertida na doutrina e na jurisprudência.

De outro lado, a configuração do sistema capitalista adquiriu proporções jamais alcançadas na história. A ideologia capitalista firmou-se muito mais do que como modelo de produção de bens em massa, mas como modelo de relações sociais em

⁴³⁸ PERLINGIERI, Pietro. **Perfis de Direito Civil**. 2 ed. Tradução de Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 54. Afirmando, por sua vez, PABLO STOLZE e RODOLFO PAMPLONA FILHO que a tradicional distinção entre direito público e direito privado “em verdade, não tem, na prática jurídica, a relevância que muitos doutrinadores lhe emprestam, uma vez que o direito deve ser encarado em sua generalidade, sendo qualquer divisão compartimentalizada apenas uma visão útil para efeitos didáticos (...)” (GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil**. vol I: parte geral. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 72). A seu tempo, discorrendo acerca do papel da responsabilidade civil em face das transformações sociais, SALOMÃO RESEDÁ assevera que a “manutenção da dicotomia entre o direito público e o privado representa um atraso no caminhar evolutivo da norma jurídica perante a sociedade. Hoje, o que se deve ter em destaque é o objetivo de garantir a efetiva proteção à pessoa e, conseqüentemente, à sociedade” (RESEDÁ, Salomão. **A função social do dano moral**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2009, p. 274).

⁴³⁹ 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;

(...)

massa. A industrialização de diversas nações, os avanços tecnológicos e a elevação dos níveis de consumo geraram um quadro social de reiterada repetição de danos. Danos ambientais de grave magnitude, assim como danos a grupos cada vez mais extensos de consumidores e trabalhadores, tornaram-se freqüentes na contemporaneidade⁴⁴⁰.

Cumpra, assim, empreender uma renovação na compreensão da responsabilidade civil⁴⁴¹, eis que os institutos jurídicos não podem legitimamente manter-se incompatíveis com a realidade social em função da qual existem.

Considerando as transformações sociais ocorridas, FERNANDO NORONHA constata:

Ampliação dos danos suscetíveis de reparação, objetivação e coletivização da responsabilidade civil: em conseqüência dos três fenômenos, mas em especial da objetivação e da coletivização, a responsabilidade civil neste momento passa por verdadeira revolução. São nítidos os contrastes com a responsabilidade civil que herdamos do século XIX.⁴⁴²

Neste diapasão, é imperioso o reconhecimento da função punitiva da responsabilidade civil. Não admitir a necessidade de atribuição de caráter punitivo

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;

⁴⁴⁰ Exemplo emblemático, citado por DÉBORA C. HOLENBACH GRIVOT, é o caso *Ford Corporation versus Grimshaw*, ocorrido nos Estados Unidos da América. Nele, apurou-se que a empresa automobilística fabricara certo modelo de veículo instalando o reservatório do carburador em seu lado posterior, o que representava a economia do equivalente a U\$ 15,00 por carro. Todavia, isso também significava a elevação do risco de explosão do automóvel em determinadas circunstâncias. Ciente de tais dados, a *Ford Corporation* determinou a realização de cálculos a fim de mensurar se a economia resultante das especificações da localização do componente seria superior aos gastos com eventuais demandas propostas em decorrência dos acidentes previstos. Obtida resposta positiva, o projeto foi aprovado e executado. No caso citado, aplicou-se a função punitiva da responsabilidade civil na condenação da empresa, como meio de reprovação de sua conduta. (GRIVOT, Débora Cristina Holenbach. **A função punitiva da responsabilidade civil** - Breves apontamentos para contribuir com o desenvolvimento do instituto. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=11623&p=3>. Acesso em 07 de junho de 2010).

⁴⁴¹ Neste sentido, LUIS GUSTAVO G. C. DE CARVALHO assevera que a "rígida concepção antes examinada, que preconizava a dicotomia direito público-interesse privado e pena-reparação, não é mais recomendável diante de novas categorias de direito que vão se impondo como realidade incontestável." (CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. Responsabilidade por Dano Não-Patrimonial a Interesse Difuso (Dano Moral Coletivo) in **Revista da EMERJ**, v. 3, n. 9, 2000, p. 31). Pondera, ainda, ANDRÉ GUSTAVO CORRÊA DE ANDRADE que: "O 'paradigma reparatório', calcado na teoria de que a função da responsabilidade civil é, exclusivamente, a de reparar o dano, tem-se mostrado ineficaz em diversas situações conflituosas, nas quais ou a reparação do dano é impossível, ou não constitui resposta jurídica satisfatória, como se dá, por exemplo, quando o ofensor obtém benefício econômico com o ato ilícito praticado, mesmo depois de pagas as indenizações pertinentes, de natureza reparatória e/ou compensatória; ou quando o ofensor se mostra indiferente à sanção reparatória, vista, então, como um preço que ele se propõe a pagar para cometer o ilícito ou persistir na sua prática." (ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. Indenização Punitiva in **Revista da EMERJ**, v. 9, nº. 36, 2006, p. 136).

em sanções aplicadas em decorrência de condutas dotadas de elevado grau de reprovação social significa ignorar as novas configurações das relações sociais e a noção de solidariedade presente nos ordenamentos ocidentais contemporâneos. Implica, ademais, desprezar a idéia de eficiência como parâmetro legítimo a ser utilizado na responsabilidade civil, temática que será especificamente abordada em seção adiante.

Vale, aqui, desenvolver dois esclarecimentos.

O primeiro diz respeito à natureza jurídica da responsabilidade civil, questão já debatida no tópico 6.2. Consoante declinado naquele momento, não se deve confundir natureza jurídica com função. Ainda na atualidade, persiste a responsabilidade civil como sanção, isto é, como consequência lógico-normativa de certa conduta. A atribuição de uma finalidade ou função punitiva em momento algum afasta esta natureza sancionatória ou converte todo o sistema em um modelo de pena (espécie do gênero sanção). A aproximação que se verifica relativamente ao Direito Criminal (*rectius*: ao Direito Público) refere-se ao reconhecimento, à responsabilidade civil, de uma função *tradicionalmente* atribuída somente àquele, não a uma transmutação da natureza jurídica do instituto.

O segundo esclarecimento é de ordem terminológica. A expressão “*punitive damages*”, oriunda dos países de *commom law*, tem sido traduzida para o português de diversas maneiras. Uma delas é “danos punitivos”, fórmula que, como denuncia SALOMÃO RESEDÁ, é flagrantemente equivocada, tendendo a indicar que o “ordenamento estaria imprimindo um peso ainda maior ao sofrimento da vítima, na medida em que sobre ela incidiria uma punição pelo dano experimentado”⁴⁴³. Há quem opte, então, por empregar o termo “indenização punitiva”, a exemplo de ANDRÉ GUSTAVO DE ANDRADE⁴⁴⁴. A fragilidade da alternativa, entretanto, reside em sua raiz lingüística, “*indemnis*”, que significa retirar ou afastar o dano, ou, dito de outro modo, reparar⁴⁴⁵, noção que não se coaduna com a idéia de aplicação de uma

⁴⁴² NORONHA, Fernando. Desenvolvimentos contemporâneos da responsabilidade civil. RT-761, Março de 1999 – 88º ano, p. 40.

⁴⁴³ RESEDÁ, Salomão. **A Função Social do Dano Moral**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2009, p. 260.

⁴⁴⁴ ANDRADE, André Gustavo. **Dano moral & indenização punitiva: os *punitive damages* na experiência do *commom law* e na perspectiva do direito brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

⁴⁴⁵ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil**. v. III: Responsabilidade Civil. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 406.

punição. Partindo de fundamento diverso, prefere RESEDÁ valer-se da expressão “teoria do desestímulo”, sob o argumento de que o que prepondera em condenações dessa espécie é o “caráter desestimulador do instituto”⁴⁴⁶ e não propriamente uma intenção punitiva.

Há, ainda, quem utilize a expressão “sanção extraordinária”⁴⁴⁷. Qualquer das duas últimas fórmulas mencionadas (“teoria do desestímulo” ou “sanção extraordinária”) parece revelar a contento a noção contida na expressão “*punitive damages*”, razão pela qual serão também utilizadas neste trabalho.

Esclarecidas estas questões, importa avançar no exame da assunção de uma função punitiva da Responsabilidade Civil no direito brasileiro, abordando-se resistências doutrinárias e aspectos relativos a sua instrumentalidade. Para tanto, convém analisar, ainda que sucintamente, a atual realidade de sua aplicação nos Estados Unidos da América, nação em que o instituto alcançou considerável desenvolvimento. Esta é a proposta da seção seguinte.

6.6 *PUNITIVE DAMAGES* NA EXPERIÊNCIA DOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA: BREVES APONTAMENTOS

Relata-se que o primeiro caso de utilização de *punitive damages* no sistema de *commom law* ocorreu na Inglaterra, em 1763⁴⁴⁸. Na espécie, um semanário haveria publicado opúsculo com ofensas ao Rei George III e a seus ministros. Um dos Secretários de Estado, então, determinou a prisão dos envolvidos, inclusive de John Wilkes, verdadeiro autor do texto, tendo havido o confisco de documentos em sua casa, sem qualquer identificação dos mesmos para fins processuais. Wilkes ajuizou ação em razão do fato, havendo o júri fixado um valor excedente, a título de *punitive damages*, a fim de que a conduta não se repetisse.

⁴⁴⁶ RESEDÁ, Salomão. **A Função Social do Dano Moral**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2009, p. 261.

⁴⁴⁷ HADDOCK, David; MCCHESENEY, Fred; SPIEGEL, Menahem. Um fundamento econômico ordinário para sanções legais extraordinárias *in* **Direito e Economia: textos escolhidos**. SALAMA, Bruno Meyerhof (org.). São Paulo: Saraiva, 2010.

⁴⁴⁸ ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. **Dano moral e indenização punitiva: os *punitive damages* na experiência do *commom law* e na perspectiva do direito brasileiro**. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 178-179.

Não demorou para a construção atravessar o Atlântico e ser acolhida no direito norte-americano. Os precedentes foram o caso Genay x Norris, em 1784, em que, antes de um duelo previamente combinado, um dos envolvidos envenenou o outro, tendo, por isso, sofrido uma sanção judicial especialmente gravosa, e o caso Coryell x Colbough, em 1791, no qual houve a imposição de *punitive damages* em decorrência da quebra de promessa de casamento⁴⁴⁹.

Os *punitive damages* consistem em sanções pecuniárias “concedidas ao autor da ação como modo de punir o réu”⁴⁵⁰, ou, na definição analítica de SALOMÃO RESEDÁ, em

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 desestimulá-lo à 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 civil⁴⁵¹.

Não se confundem, portanto, com outras espécies de mecanismos de exteriorização da responsabilidade civil existentes no modelo norte-americano, a saber: *compensatory damages*, *nominal damages*, *general damages*, *special damages* e *aggravated damages*.

Compensatory damages dizem respeito à reparação da vítima pelos danos efetivamente sofridos⁴⁵².

Nominal damages, a seu turno, referem-se ao pagamento de uma quantia meramente simbólica, dirigida a situações nas quais o dano seja de ínfima extensão⁴⁵³.

⁴⁴⁹ Ibidem, p. 180. PABLO STOLZE e RODOLFO PAMPLONA FILHO obtemperam que o rompimento de uma relação afetiva consiste em “exercício permitido de um direito, não se caracterizando, por isso, como um ato ilícito, capaz de gerar responsabilidade civil”, constatação que, obviamente, não significa que “as partes envolvidas possam fazer tal rompimento de maneira agressiva ou atentatória à dignidade do outro”, hipóteses nas quais resta evidenciado o dever de indenizar (GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil**. v. VI: Direito de Família: as famílias em perspectiva constitucional. 2 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 753-754)

⁴⁵⁰ COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Direito & Economia**. 5 ed. Porto Alegre: Bookman, 2010, p. 385.

⁴⁵¹ RESEDÁ, Salomão. **A Função Social do Dano Moral**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2009, p. 225.

⁴⁵² ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. **Dano moral e indenização punitiva: os *punitive damages* na experiência do *common law* e na perspectiva do direito brasileiro**. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 184.

⁴⁵³ RESEDÁ, Salomão. Op. cit., p. 247.

General damages, por sua vez, correspondem tanto à lesão a bem jurídico insuscetível de apreciação econômica quanto à sanção pecuniária correspondente, imposta ao causador do dano⁴⁵⁴.

Em contraposição à modalidade anteriormente mencionada, *special damages* abrangem os prejuízos efetivamente comprovados, assim como a respectiva indenização⁴⁵⁵.

Aggravated damages, por fim, são manejados em situações danos psicológicos de grande extensão, de modo que, sem perder a natureza de compensação, materializa um “aditivo em razão do agravo moral”⁴⁵⁶, necessário para reparar a intensidade da lesão provocada.

Impende esclarecer que a utilização de *punitive damages* é alvo de controvérsias mesmo em território norte-americano. As principais críticas referem-se aos valores excessivos impostos pelo júri e ao descaso dos tribunais para limitá-los⁴⁵⁷, o que geraria uma “indústria do dano moral”⁴⁵⁸ e uma “crise das seguradoras”⁴⁵⁹, além da alegação inconstitucionalidade por violação à VIII Emenda, que veda a cominação de multas excessivas ou cruéis⁴⁶⁰, e por desrespeito ao devido processo legal⁴⁶¹.

Mesmo diante de tais críticas, o instituto dos *punitive damages* persiste sendo aplicado nos Estados Unidos da América, sendo admitido, ainda que de maneira limitada, em mais de quarenta de seus estados⁴⁶².

Essa admissibilidade, todavia, é bastante diversa daquela muitas vezes noticiada pelos veículos de mídia. Com efeito, esclarecem ROBERT COOTER e THOMAS ULEN:

Na verdade, as indenizações punitivas são extremamente raras. De todos os casos de responsabilidade civil pelo fato do produto entre 1965 e 1990, apenas 353 incluíram indenizações punitivas, com indenizações médias de 625.000 dólares (em valores de 1990). As instâncias recursais reduziram muitas dessas indenizações, de modo que, após os recursos, a média cai para 135.000 dólares. Mais de 25% das 353 indenizações envolviam

⁴⁵⁴ ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. Op. cit., p. 184-185.

⁴⁵⁵ Ibidem, p. 184-185.

⁴⁵⁶ RESEDÁ, Salomão. Op. cit., p. 249.

⁴⁵⁷ COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Direito & Economia**. 5 ed. Porto Alegre: Bookman, 2010, p. 390.

⁴⁵⁸ RESEDÁ, Salomão. Op. cit., p. 237.

⁴⁵⁹ Ibidem, p. 238.

⁴⁶⁰ Ibidem, p. 240.

⁴⁶¹ ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. Op. cit., p. 199.

⁴⁶² Ibidem, p. 188.

asbestos. Durante o período, onze casos de indenizações punitivas por ano em casos de responsabilidade civil foram concedidos em todos os tribunais estaduais e federais do país. O estudo minucioso da indenização punitiva em casos de responsabilidade civil revelou que, em primeira instância, a proporção entre indenizações punitivas e compensatórias era de 1,2 para 1; em mais de um terço dos casos com concessão de indenização punitiva, a compensatória era muito maior do que a punitiva⁴⁶³.

Verifica-se, assim, que a utilização de *punitive damages* no direito norte-americano não configura uma institucionalização do caos e da insegurança jurídica. O que ocorre, em verdade, é a limitação de seu emprego a situações excepcionais, justificadoras de uma tutela mais severa por parte do Poder Judiciário, como situações de graves proporções sociais ou de reiteração evidenciadora do descaso do agente em relação às normas jurídicas. Nada mais é, portanto, do que o manejo de um instituto de maneira razoável e ponderada.

Traçado, brevemente, o atual quadro de aplicação de *punitive damages* nos Estados Unidos da América, nação internacionalmente reconhecida como referencial no tema, importa, agora, examinar sua admissibilidade no ordenamento jurídico pátrio. Deve-se, então, perquirir se o atualmente limitado uso do instituto em terras norte-americanas é justificativa suficiente para afastar seu manejo no Brasil.

6.7 PUNITIVE DAMAGES NO DIREITO BRASILEIRO

A partir das considerações até aqui declinadas, verifica-se ser imperioso o reconhecimento da função punitiva da responsabilidade civil. Não admitir a necessidade de atribuição de caráter punitivo em sanções aplicadas em decorrência de condutas dotadas de elevado grau de reprovação social significa ignorar o compromisso solidarista⁴⁶⁴ assumido pela Constituição Federal de 1988, bem como a especial valorização humana de que está permeado o texto constitucional. Com efeito, a consagração da dignidade humana, a eleição da construção de uma sociedade justa como objetivo fundamental da República, a proteção destinada ao consumidor⁴⁶⁵, a valorização do labor humano e a determinação de promoção de um

⁴⁶³ COOTER, Robert; ULEN, Thomas. Op. cit., p. 390.

⁴⁶⁴ Capítulo 2.3.2.

⁴⁶⁵ 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:
(...)

meio ambiente equilibrado⁴⁶⁶ são alguns dos princípios constitucionais cuja concretização, nos dias atuais, pode exigir, para além da compensação de eventual lesão provocada, a imposição do pagamento de uma sanção com o fim de punir o autor do dano pelo comportamento adotado e, concomitantemente, idônea a dissuadir — a ele e aos demais agentes sociais — da pretensão de assumir novamente postura idêntica.

As pautas axiológicas eleitas pelo constituinte não podem ser simplesmente desprezadas no cotidiano de aplicação do direito, tomando-as como meras declarações de boas intenções. Afirmou-se, no segundo capítulo deste trabalho, que, ao decidir, deve o magistrado atender à pretensão de correção. Isso significa que todas as decisões devem dirigir-se à salvaguarda dos valores plasmados no ordenamento, objetivando a realização da justiça, ainda que tais questões não sejam ventiladas pelas partes.

Neste diapasão, não lhe é dado ignorar que, eventualmente, a reparação — entendida no sentido tradicional que se atribui ao termo — de um dano em certo caso concreto jamais será apta a seriamente promover a tutela dos bens jurídicos especialmente protegidos pela *Lex Legum*. Não se está a defender, por óbvio, uma atuação judicial violadora de garantias fundamentais, mesmo porque o devido processo legal também é a todos constitucionalmente assegurado. A fixação, pelo Poder Judiciário, de sanção dotada de caráter punitivo é, isto sim, decorrência da necessária evolução dos institutos jurídicos em acompanhamento das transformações sociais, bem como das opções políticas nacionais⁴⁶⁷.

XXXII - o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor;

⁴⁶⁶ Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

⁴⁶⁷ GENEVIÈVE VINEY, reconhecendo que, em princípio, a responsabilidade civil visa a “fornecer um remédio para um dano já consumado”, observa que “para certos danos, como, por exemplo, os conflitos de vizinhança, a concorrência desleal, os atentados aos direitos reais ou aos direitos da personalidade, esta ótica se afigura insuficiente. Percebeu-se que, a par da reparação de manifestações passadas do dano, deve ser levado em consideração o futuro, a fim de impedir o prosseguimento ou a renovação dos danos constatados.” (VINEY, Geneviève; JOURDAN, P. *apud* ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. *Indenização Punitiva. Revista da EMERJ*, v. 9, n.º. 36, 2006, p. 136). Neste sentido, obtempera SALOMÃO RESEDÁ que, na atualidade, “não se pode mais afirmar que a responsabilidade civil restou incólume, após tantas transformações sociais profundas e, conseqüentemente, jurídicas. Sob este enfoque antes desconhecido da matéria, novas funções lhe são atribuídas, além da já arraigada reparatória. Passa-se a verificar, por isso, uma latente função 'preventivo-pedagógica' para os danos morais, ultrapassando-se, assim o caráter meramente satisfatório que ainda insiste em manter-se soberano.” (RESEDÁ, Salomão. RESEDÁ, Salomão. **A função social do dano moral**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2009, p. 273-274).

Ademais, o fato de, na atualidade, a utilização de *punitive damages* no direito americano ser bastante limitada não impede a aplicação do instituto no Brasil, apenas revela tais sanções devem ser manejadas somente em situações de excepcionais, justificadoras de uma tutela mais severa por parte do Poder Judiciário.

Cumpre, todavia, por dever de lealdade científica, explicitar as críticas ao emprego do instituto no direito brasileiro, de modo a, afastando-as, reafirmar a admissibilidade do instituto.

6.7.1 Objeções à aplicação do instituto

Argumentos freqüentes entre os opositores da função punitiva da responsabilidade civil são a alegação de sua inconstitucionalidade e, ainda, a de sua incompatibilidade com o regime da responsabilidade civil delineado no art. 944⁴⁶⁸ do Código Civil.

Não resiste o primeiro argumento a uma análise mais detida da questão. Isto porque, ao prever em seu art. 5º, inciso V, que “é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem”, a Constituição, conforme assinala DÉBORA C. HOLENBACH GRIVOT, não estabeleceu qualquer cláusula proibitiva da imposição de indenizações punitivas⁴⁶⁹. Com efeito, não há qualquer expressa vedação no texto constitucional a sua fixação. Ademais, como examinado acima, uma interpretação sistemática e voltada à tutela dos princípios constitucionais autoriza sua utilização quando necessária à realização dos objetivos traçados na Constituição, respeitadas, logicamente, as demais garantias nela consagradas.

A alegada ilegalidade⁴⁷⁰, a seu turno, também não merece acolhida. Impende salientar, aqui, que a doutrina tem entendido que o mencionado dispositivo não se coaduna com as particularidades inerentes aos danos de caráter extrapatrimonial.

⁴⁶⁸ Art. 944. A indenização mede-se pela extensão do dano.

⁴⁶⁹ GRIVOT, Débora Cristina Holenbach. **A função punitiva da responsabilidade civil** - Breves apontamentos para contribuir com o desenvolvimento do instituto. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=11623&p=3>. Acesso em 07 de junho de 2010.

⁴⁷⁰ Entendendo pela ilegalidade: SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos**. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 210.

Se, quanto aos danos materiais, é possível proceder-se à quantificação de danos emergentes e lucros cessantes, o mesmo não se verifica quando se está diante de danos de caráter extrapatrimonial.

De fato, não é viável a perfeita equivalência entre a indenização e o dano, circunstância, contudo, que não consiste em fundamento para a negativa de reparação. Neste sentido, JUDITH MARTINS-COSTA e MARIANA SOUZA PARGENDLER sustentam que

A regra da simetria do art. 944, *caput*, do Código Civil, incide só em danos patrimoniais, pois não há como mensurar monetariamente a “extensão” do dano extrapatrimonial: nesse caso, o que cabe é uma ponderação axiológica, traduzida em valores monetários.⁴⁷¹

Além disso, firmou-se o entendimento na IV Jornada de Direito Civil, através do Enunciado nº. 379⁴⁷², que o referido artigo não é suficiente para determinar a inadmissão da fixação de indenizações com caráter punitivo no ordenamento jurídico pátrio.

Importa salientar que a função punitiva da responsabilidade civil tem encontrado espaço nas altas cortes pátrias. No âmbito do Supremo Tribunal Federal, há que se destacar decisão monocrática proferida pelo Ministro CELSO DE MELLO, cuja ementa a seguir se transcreve:

Responsabilidade civil objetiva do poder público. Elementos estruturais. Pressupostos legitimadores da incidência do art. 37, § 6º, da constituição da república. Teoria do risco administrativo. Fato danoso para o ofendido, resultante de atuação de servidor público no desempenho de atividade médica. Procedimento executado em hospital público. Dano moral. Ressarcibilidade. Dupla função da indenização civil por dano moral (reparação-sanção): (a) caráter punitivo ou inibitório (“exemplary or punitive damages”) e (b) natureza compensatória ou reparatória. Doutrina. Jurisprudência. Agravo improvido.⁴⁷³

O Superior Tribunal de Justiça, por sua vez, tem se posicionado em diversas ocasiões no sentido da admissão da mencionada função da responsabilidade civil, conforme se infere dos arestos seguintes:

PROCESSUAL CIVIL - INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL - INAPLICABILIDADE DA SÚMULA 7/STJ - VALORAÇÃO DAS CIRCUNSTÂNCIAS FÁTICAS DELINEADAS SOBERANAMENTE PELA INSTÂNCIA ORDINÁRIA - TORTURA COMETIDA POR POLICIAIS CIVIS.

⁴⁷¹ MARTINS-COSTA, Judith; PARGENDLER, Mariana Souza. Usos e abusos da função punitiva (*punitive damages* e o Direito brasileiro), **Revista CEJ**, Brasília, n. 28, jan./mar. 2005, p. 22

⁴⁷² Enunciado 379 da IV Jornada de Direito Civil: Art. 944 - O art. 944, *caput*, do Código Civil não afasta a possibilidade de se reconhecer a função punitiva ou pedagógica da responsabilidade civil.

⁴⁷³ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AI 455846/RJ. Relator: Min. CELSO DE MELLO. Data de Julgamento 11/10/2004. Data de Publicação 21/10/2004.

(...) 2. Cabe ao Superior Tribunal de Justiça o controle do valor fixado a título de indenização por dano moral, que não pode ser ínfimo ou abusivo, diante das peculiaridades de cada caso, mas sim proporcional à dúplice função deste instituto: reparação do dano, buscando minimizar a dor da vítima, e punição do ofensor, para que não volte a reincidir.⁴⁷⁴

RESPONSABILIDADE CIVIL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. DANOS MORAIS. DUPLICATA MERCANTIL. PROTESTO INDEVIDO. ENDOSSO-MANDATO. RESPONSABILIDADE DO ENDOSSANTE. PRECEDENTE. ART. 1.313 DO CÓDIGO CIVIL. DIREITO DE REGRESSO. RESSALVA. VALOR DA INDENIZAÇÃO. APLICAÇÃO DO DIREITO À ESPÉCIE. RECURSO PROVIDO. (...) III - A indenização pelo protesto indevido de título cambiariforme deve representar punição a quem indevidamente promoveu o ato e eficácia ressarcitória à parte atingida.⁴⁷⁵

A admissibilidade da função punitiva da responsabilidade civil decorre da própria evolução das relações sociais e — em conseqüência desta — das construções jurídicas, reformuladas a fim de guardar pertinência com a realidade que objetivam regular. O caráter punitivo das sanções revela-se, em verdade, especialmente vocacionado como instrumento para reprimir danos de ordem transindividual, conforme se analisará a seguir.

6.7.2 A função punitiva da responsabilidade civil como mecanismo idôneo à tutela jurídica dos danos sociais

A partir das considerações expostas, observa-se, verdadeiramente, que a função punitiva da responsabilidade civil assume importante papel na tutela dos danos extrapatrimoniais e, particularmente, dos danos sociais. Há, inclusive, quem sustente, como RAFAEL VIOLA, que não se deve admitir a utilização de sanções extraordinárias no âmbito da tutela individual, afirmando, todavia, sua vocação na defesa de interesses difusos e coletivos⁴⁷⁶. Afirma o autor que, tratando-se de tais interesses, “além do fundamento restitutivo há predominantemente um fundamento punitivo”⁴⁷⁷. O alto grau de lesividade das condutas geradoras de dano social

⁴⁷⁴ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Segunda Turma. REsp 487749/RS. Relator: Min. ELIANA CALMON. Data de Julgamento: 03/04/2003. Data de Publicação: 12/05/2003.

⁴⁷⁵ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Quarta Turma. REsp 389879/MG. Relator: Min. SÁLVIO DE FIGUEIREDO. Data de Julgamento: 16/04/2002. Data de Publicação: 02/09/2002.

⁴⁷⁶ VIOLA, Rafael. O papel da responsabilidade civil na tutela coletiva. O papel da Responsabilidade Civil na Tutela Coletiva *in* TEPEDINO, Gustavo et. al. (Org.). **Diálogos sobre Direito Civil**. vol. II. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 399.

⁴⁷⁷ *Ibidem*, p. 399

reclama a adoção de uma postura do Poder Judiciário no sentido do desestímulo à reiteração dos atos violadores de interesses ou direitos metaindividuais, como medida de garantia destes.

Nesse sentido, MARIA CELINA BODIN DE MORAES, conquanto apresente posicionamento contrário à utilização de prestações punitivas em hipóteses de ocorrência de dano moral, admite

um caráter punitivo na reparação de dano moral para situações potencialmente causadoras de lesões a um grande número de pessoas, como ocorre nos direitos difusos, tanto na relação de consumo quanto no Direito Ambiental. Aqui, a *ratio* será a função preventivo-precautória, que o caráter punitivo inegavelmente detém, em relação às dimensões do universo a ser protegido.⁴⁷⁸

Admitindo-se, assim, a legitimidade do manejo de sanções extraordinárias para reprimir condutas altamente lesivas — em particular as voltadas à agressão de interesses transindividuais, cumpre, agora, examinar os critérios passíveis de uso para a fixação do montante da condenação. Esta é a proposta do tópico seguinte.

6.7.3 Parâmetros de quantificação de indenizações

O estabelecimento, pelo magistrado, do valor da indenização é questão das mais delicadas em matéria de *punitive damages*. Se, de um lado, o ordenamento jurídico oferece a ele esse mecanismo, como meio para a realização das normas constitucionais, de outra parte, não é admissível que a quantificação da verba imposta restrinja-se a mero voluntarismo do órgão jurisdicional.

Os danos extrapatrimoniais transindividuais, conforme visto, não podem ser quantificados como nas lesões de ordem material. O mesmo ocorre com os danos extrapatrimoniais de caráter individual. Consoante aduz YUSSEF SAID CAHALI,

No dano patrimonial, busca-se a reposição em espécie ou em dinheiro pelo valor equivalente, de modo a poder-se indenizar plenamente o ofendido, reconduzindo o seu patrimônio ao estado que se encontraria se não tivesse ocorrido o fato danoso; com a reposição do equivalente pecuniário, opera-se o *ressarcimento do dano patrimonial*. Diversamente, a sanção do dano moral não se resolve numa indenização propriamente, já que indenização significa eliminação do prejuízo e das suas conseqüências, o que não é possível quando se trata de dano extrapatrimonial; a sua reparação se faz através de uma compensação, e não de um ressarcimento; impondo ao

⁴⁷⁸ MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos a Pessoa Humana**: uma leitura civil-constitucional dos danos morais. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 263.

ofensor a obrigação de pagamento de uma certa quantia de dinheiro em favor do ofendido, ao mesmo tempo que agrava o patrimônio daquele, proporciona a este uma reparação satisfativa.⁴⁷⁹ (grifo no original)

Por esta razão, doutrina e jurisprudência têm envidado esforços no sentido de estabelecer balizas orientadoras do magistrado na fixação de prestações punitivas diante de situações de violação a direitos extrapatrimoniais. Convém, assim, proceder a breve revista da abordagem da matéria no tocante aos danos individuais para, na seqüência, examinar a temática no âmbito dos danos transindividuais.

Neste diapasão, colhem-se, por exemplo, do escólio de MAURO SCHIAVI, os seguintes parâmetros norteadores da fixação da indenização por danos morais na relação de emprego:

- a) reconhecer que o dano moral não pode ser valorado economicamente;
- b) valorar o dano no caso concreto, segundo as características de tempo e lugar onde ocorreu;
- c) analisar o perfil da vítima e do ofensor;
- d) analisar se a conduta do ofensor foi dolosa ou culposa, bem como a intensidade da culpa;
- e) considerar não só os danos atuais, mas também os prejuízos futuros, como a perda de uma chance;
- f) guiar-se o juiz pela razoabilidade, eqüidade e justiça;
- g) considerar a efetiva proteção à dignidade da pessoa humana;
- h) considerar o tempo de serviço do trabalhador, sua remuneração;
- i) atender à função social do contrato de trabalho, da propriedade e função social da empresa;
- j) inibir que o ilícito se repita;
- k) chegar ao acertamento mais próximo da reparação, mesmo sabendo que é impossível conhecer a dimensão do dano. Por isso deve apreciar não só os danos atuais como os futuros (perda de uma chance);
- l) considerar a situação econômica do País e o custo de vida da região em que reside o lesado.⁴⁸⁰

EDILTON MEIRELES, por sua vez, afirma que

Em geral, devem ser consideradas, no arbitramento da indenização para reparação do dano moral, a intensidade do sofrimento do ofendido, a gravidade, a natureza e a repercussão da ofensa e a posição social e política da vítima, bem como a intensidade do dolo ou grau da culpa do ofensor (parágrafo único do art. 944 do CC), sua situação econômica e sua

⁴⁷⁹ CAHALI, Yussef Said. **Dano moral**. 3. ed. São Paulo: RT, 2005, p. 44.

⁴⁸⁰ SCHIAVI, Mauro. **Ações de reparação por danos morais decorrentes da relação de trabalho**. 3 ed. rev. e ampl. São Paulo: LTr, 2009, p. 277.

condenação anterior por fatos idênticos ou semelhantes (que revelaria a conduta gravosa do ofensor)⁴⁸¹.

NEHEMIAS DOMINGOS DE MELO, a seu turno, sustenta que o magistrado, ao estabelecer o valor da indenização por danos morais, deve atentar para os seguintes critérios:

- a) A angústia e o sofrimento da vítima: de tal sorte a lhe propiciar uma indenização que seja possível de lhe compensar os sofrimentos advindos da injusta agressão.
- b) A potencialidade do ofensor: para que não lhe impinja uma condenação tão elevada, que signifique sua ruína, gerando por via de consequência a impossibilidade de cumprimento da medida, e nem tão pequena, que avilte a dor da vítima.
- c) E, finalmente, a necessidade de demonstrar à sociedade que aquele comportamento lesivo é condenável e que o Estado juiz não admite e nem permite que sejam reiterados tais ilícitos sem que o ofensor sofra a devida reprimenda.⁴⁸²

Discorrendo acerca da fixação do *quantum* nos *punitive damages*, SALOMÃO RESEDÁ indica, como parâmetros orientadores, o grau de reprovação da conduta, a observância do elemento pedagógico-desestimulador da indenização, a análise da repercussão do ato do ofensor no meio social e sua capacidade econômica, bem como a análise da situação da vítima⁴⁸³.

Ressalte-se que o Tribunal Superior do Trabalho tem adotado, na apreciação da quantificação de indenizações por dano moral, como critérios passíveis de utilização para análise do valor, a gravidade do dano, a situação econômica do empregador e o caráter punitivo-pedagógico da indenização. É o que se infere dos arestos a seguir transcritos:

FIXAÇÃO DO VALOR DA INDENIZAÇÃO - PARÂMETROS. I - A indenização por dano moral deve observar o critério estimativo, diferentemente daquela por dano material, cujo cálculo deve observar o critério aritmético. Na fixação da indenização do dano moral, a seu turno, deve o juiz se nortear por três vetores, quais sejam, a gravidade do dano causado, a estatura econômico-financeiro do ofensor e o intuito inibidor de futuras ações lesivas à honra e boa fama do empregado. II - Tendo por norte as sequelas psicológicas, provenientes da doença profissional que acometera o trabalhador, com irrefragável repercussão na sua intimidade profissional, a estatura econômica do empregador e as condições culturais do empregado vitimado, tanto quanto o caráter pedagógico inerente ao ressarcimento do dano moral, sobressai a constatação de o valor mantido

⁴⁸¹ MEIRELES, Edilton. **Liquidação do Dano à Pessoa**. Disponível em: <http://www.editoramagister.com/doutrina_22841159_LIQUIDACAO_DO_DANO_A_PESSOA.aspx>. Acesso em: 08 fev. 2012, p. 13.

⁴⁸² MELO, Nehemias Domingos de. **Dano moral trabalhista: doutrina e jurisprudência**. São Paulo: Atlas, 2007, p.186.

⁴⁸³ RESEDÁ, Salomão. **A função social do dano moral**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2009, p. 252-259.

pelo TRT de origem não ser excessivo, pelo que emerge inadequada sua redução. III - Recurso não conhecido.⁴⁸⁴

DANO MORAL. CRITÉRIO PARA FIXAÇÃO DO VALOR DA INDENIZAÇÃO. A dor, própria do dano moral, é imensurável. Assim, pois, o julgador, diante da incerteza, deve primar pelo bom senso, evitando fixação de valores extremos, tanto ínfimos como vultosos. A indenização tem caráter satisfativo-punitivo, que visa compensar o mal subjetivo e objetivo causado à vítima e desestimular a prática do ato. No caso, o Tribunal Regional, de forma sucinta, deixou expresso o motivo do seu convencimento. Infere-se que foi levado em conta todo o conjunto: o dano, a extensão e a capacidade econômica da reclamada, atendendo aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, não ensejando a violação do art. 953 do Código Civil, que traz a regra geral da extensão do dano. Recurso de revista de que não se conhece.⁴⁸⁵

No tocante à indenização punitiva em hipóteses de violação a direitos transindividuais extrapatrimoniais, ANDRÉ GUSTAVO CORRÊA DE ANDRADE indica que

dentre outras possíveis circunstâncias, apresentam relevância, conforme o caso, *o grau da culpa ou a intensidade do dolo do agente, a extensão ou gravidade do dano, a situação econômica do ofensor, o lucro (atual e futuro, comprovado e presumido) auferido com o ato ilícito pelo agente.*⁴⁸⁶ (grifo no original)

A seu turno, RAFAEL VIOLA sustenta que devem ser observados, na fixação da indenização, os seguintes critérios: “lucro auferido pelo ofensor, condição econômica do ofensor, grau de culpabilidade, quantidade de pessoas lesionadas etc”⁴⁸⁷.

Os parâmetros acima delineados já foram, inclusive, adotados pela cúpula do Judiciário Trabalhista, consoante se observa no seguinte julgado:

DANO MORAL COLETIVO. VALOR DA INDENIZAÇÃO. O Juiz, ao estabelecer o montante da indenização por danos morais, não obstante possua liberdade de fixar parâmetros para apreciar a gravidade da lesão, deve considerar que o valor arbitrado obedece a critérios de proporcionalidade, de razoabilidade e de equidade, os quais foram observados na hipótese. -In casu-, o Tribunal Regional entendeu que o valor da indenização por danos morais coletivos deveria ser reduzido de R\$100.000,00 para R\$71.500,00. Para chegar a esse entendimento, levou em consideração alguns elementos; quais sejam, gravidade da ofensa, prejuízos suportados pelos ofendidos, porte da ofensora, princípio da razoabilidade e também cautelas para evitar que a máquina jurisdicional se transforme em meio de enriquecimento indevido. Assim, não se constata

⁴⁸⁴ TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. Quarta Turma. ED-RR - 165400-33.2004.5.15.0083. Relator: Min. ANTÔNIO JOSÉ DE BARROS LEVENHAGEN. Data de Julgamento: 28/10/2009. Data de Publicação: 13/11/2009.

⁴⁸⁵ TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. Quinta Turma. RR-52900-39.2007.5.08.0010. Relator: Min. KÁTIA MAGALHÃES ARRUDA. Data de Julgamento: 19/08/2009. Data de Publicação: 04/09/2009.

⁴⁸⁶ ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. Indenização Punitiva. **Revista da EMERJ**, v. 9, nº. 36, 2006, p. 167.

⁴⁸⁷ VIOLA, Rafael. O papel da responsabilidade civil na tutela coletiva. O papel da Responsabilidade Civil na Tutela Coletiva *in* TEPEDINO, Gustavo et. al. (Org.). **Diálogos sobre Direito Civil**. vol. II. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 403.

ofensa ao artigo 944 do Código Civil, mas, pelo contrário, sua estrita observância, porquanto o TRT de origem reduziu o valor da indenização com base na capacidade econômica da 1ª reclamada e na extensão dos danos causados aos ofendidos. Recurso de revista de que não se conhece.⁴⁸⁸

Realizada a necessária incursão na atual abordagem da temática dos parâmetros de estabelecimento do *quantum* de indenizações em hipóteses de danos extrapatrimoniais e, em particular, daqueles de ordem transindividual, verifica-se que cinco têm sido os critérios consagrados para fixação do valor da condenação: a extensão e gravidade do dano, a condição econômica do ofensor, o lucro obtido através da conduta ilícita, o grau de culpabilidade do agente e o grau de reprovação social da prática. Ressalte-se, por oportuno, que precisamente esses aspectos são indicados por XISTO TIAGO DE MEDEIROS NETO para quantificação da condenação por danos extrapatrimoniais transindividuais⁴⁸⁹.

Não se pretende, importa esclarecer, sustentar, aqui, serem esses parâmetros taxativos quanto ao exame da matéria. As particularidades do caso concreto podem apresentar elementos outros cuja apreciação pelo magistrado será determinante na fixação da indenização. Não obstante, os aspectos acima mencionados têm sido, conforme se demonstrou, progressivamente reconhecidos como balizas idôneas na formação do convencimento do juiz acerca do valor a ser estipulado.

Outros elementos devem, ainda, concorrer para o estabelecimento do montante da condenação, merecendo abordagem em tópico específico. A opção metodológica se justifica na medida em que, até o momento, os parâmetros apresentados originam-se de questões eminentemente jurídicas (à exceção do critério do lucro auferido mediante o comportamento danoso), enquanto que as considerações adiante expostas serão conduzidas pelo raciocínio econômico. O que se propõe, no tópico a seguir, é analisar a Responsabilidade Civil a partir da Análise Econômica do Direito, especificamente no que diz respeito aos *punitive damages*.

⁴⁸⁸ TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. Sétima Turma. RR - 55400-76.2006.5.20.0011. Relator: Min. PEDRO PAULO MANUS. Data de Julgamento: 14/10/2009. Data de Publicação: 23/10/2009.

⁴⁸⁹ MEDEIROS NETO, Xisto Tiago de. **Dano Moral Coletivo**. 2 ed. São Paulo: LTr, 2007, p. 164/166.

6.8 PUNITIVE DAMAGES SOB A PERSPECTIVA DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

O objetivo do presente tópico é analisar como a Análise Econômica do Direito pode oferecer à responsabilidade civil — especialmente no tocante aos *punitive damages* — mecanismos que promovam ampla tutela dos bens jurídicos.

De início, há que se recordar que a lei e as decisões judiciais interferem nas estruturas de incentivos dos sujeitos. Os agentes racionais tendem a evitar praticar condutas que, embora ilícitas, proporcionem-lhes acréscimo de utilidade quando há consciência de risco de condenação a uma sanção cujas desvantagens mostrem-se superiores aos benefícios que poderiam ser obtidos com o ato. As sanções legais são, assim, preços implícitos em relação à atuação dos agentes.

Assentada a premissa básica, importa examinar algumas ferramentas disponibilizadas pela Análise Econômica do Direito para a fixação do valor de sanções.

A primeira delas é considerar os custos de precaução para a fixação de indenizações. Eles envolvem “custos explícitos, como os pagamentos que fazemos pelas revisões de nossos automóveis, e custos de oportunidade, como a perda de tempo decorrente de guiarmos a uma velocidade mais baixa”⁴⁹⁰.

Assim, agentes racionais que observam os custos de precaução deve sofrer uma sanção inferior àqueles que negligenciam os necessários investimentos na prevenção de danos, merecedores de reprimenda mais gravosa.

Um exemplo de método para determinação da imposição ou não de responsabilidade a alguém baseado em custos de precaução é denominada regra de Hand, segundo a qual a imputação deverá ocorrer quando os custos de precaução do agente forem inferiores aos benefícios marginais resultantes⁴⁹¹. Basicamente, o raciocínio é verificar se é, do ponto de vista dos custos e da eficiência econômica, justificável exigir investimentos adicionais (abrangendo custos explícitos e custos de oportunidade) para evitar os possíveis riscos de um dano.

⁴⁹⁰ RODRIGUES, Vasco. **Análise Económica do Direito: Uma Introdução**. Coimbra: Almedina, 2007, p. 87.

Exemplificativamente, segundo esta regra, riscos ínfimos de danos levíssimos não seriam o suficiente para exigir-se investimentos extraordinários em precaução.

Outro ponto importante é a constatação de que o estabelecimento de regras de responsabilidade objetiva consistem em desestímulo à prática de condutas ilícitas. Isto é, “a regra da responsabilidade objetiva com indenização perfeita faz com que o autor do dano internalize os custos e benefícios marginais da precaução, o que lhe dá incentivos para tomar precauções eficientes”⁴⁹².

Impende considerar, ainda, a lei da pendente negativa da curva da demanda, que reflete a relação inversamente proporcional entre preço e demanda. Em outras palavras, quanto mais elevado for o “preço” de uma conduta, menor será a “demanda” de sua prática. Consoante tal regra, então, “o aumento das indenizações previne os danos”⁴⁹³, formulação que conduz à abordagem específica acerca das sanções punitivas.

Tal figura jurídica fundamenta-se, sob um ponto de vista, na constatação de que “algumas atividades desenvolvidas pelos réus são destituídas de valor social e, em verdade, impõem uma série de custos sociais sempre que iniciadas”⁴⁹⁴ e, sob outra perspectiva, na instrumentalidade de “despir os réus dos ganhos obtidos pelo abuso das regras de responsabilidade”⁴⁹⁵.

Nesta ordem de idéias, para a aplicação de *punitive damages* o enfoque deve ser direcionado à situação do réu, não do autor⁴⁹⁶. Desta maneira, encontra-se na

⁴⁹¹ COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Direito & Economia**. 5 ed. Porto Alegre: Bookman, 2010, p. 346.

⁴⁹² COOTER, Robert; ULEN, Thomas. Op. cit., p. 335.

⁴⁹³ LORENZETTI, Ricardo Luis. **Teoria da Decisão Judicial: fundamentos de direito**. Tradução: Bruno Miragem; Notas da tradução: Claudia Lima Marques. 2 ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 199.

⁴⁹⁴ HADDOCK, David D.; MCCHESENEY, Fred S.; SPIEGEL, Menahem. Um fundamento econômico ordinário para sanções legais extraordinárias. **Direito e Economia: textos escolhidos**. SALAMA, Bruno Meyerhof (org.). São Paulo: Saraiva, 2010, p. 146.

⁴⁹⁵ Ibidem, p. 158.

⁴⁹⁶ “No modelo de sanções extraordinárias, indenizações punitivas são moldadas de acordo com as preferências dos réus (mapa de utilidade) enquanto indenizações ordinárias são moldadas de acordo com as preferências dos autores” (Ibidem, p. 168). Em sentido próximo: “Há casos em que a reparação d dano resulta insuficiente, pois subsiste um benefício econômico, derivado diretamente do ilícito, em favor daquele que praticou a lesão. Em outras palavras, há hipóteses em que a mera reparação do dano não é suficiente para sancionar aquele que lesou o bem, sendo necessária a previsão de uma sanção pecuniária, espécie de pena civil, para que a sanção seja adequada. Trata-se do que os americanos chamam de *punitive damages*” (MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela específica: arts. 461, CPC e 84 CDC**. 2. ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 156).

sanção extraordinária um mecanismo de fazer o *réu* tornar à situação anterior, destituindo-lhe das vantagens provenientes de sua atuação ilícita⁴⁹⁷.

O desestímulo decorrente de decisões que, com base nessas considerações, utilizam *punitive damages* é um fator que, certamente, age sobre a estrutura de incentivos dos agentes econômicos, favorecendo-se, assim, a observância da ordem jurídica.

Explicitadas a renovada função da responsabilidade civil e as potencialidades do emprego da Análise Econômica do Direito como instrumento auxiliador da fixação do valor das sanções, importa examinar a aplicação desse arcabouço teórico nos casos em que se verifique a prática de dumping social. Será este o objeto do próximo capítulo.

⁴⁹⁷ “(...) um sistema legal eficiente frequentemente irá optar por uma medida que retorne o réu à situação anterior em vez do autor, quando o réu intencionalmente se apodera de uma titularidade protegida pelas regras de propriedade, em vez de negociar por ela” (Ibidem, p. 186).

7 A INDENIZAÇÃO PELA PRÁTICA DE *DUMPING* SOCIAL

Partindo das considerações até aqui declinadas, o presente capítulo destina-se ao exame da possibilidade de fixação de sanções extraordinárias em hipóteses de ocorrência de *dumping* social. Para desempenho desse mister, será, preliminarmente, analisado o papel do magistrado no que diz respeito à realização das normas constitucionais, bem como os fundamentos normativos para a condenação. A seguir, serão examinadas questões processuais relativas à imposição da sanção e propostos critérios para a quantificação da condenação, sendo, após, enfrentada a temática da destinação da indenização. Por fim, analisar-se-á um caso concreto, aplicando-se as ponderações explicitadas.

7.1 A INSUFICIÊNCIA DA REPARAÇÃO EM CASOS CONCRETOS EM FACE DA REALIZAÇÃO DE PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

Nas lides propostas perante a Justiça do Trabalho, tem se tornado um dado constante a freqüência com que determinadas empresas figuram no pólo passivo da relação jurídico-processual em decorrência da prática reiterada de violação a determinados direitos laborais⁴⁹⁸. A reparação nos casos individuais significa, para o trabalhador, a tardia, porém adequada, percepção das verbas que lhe eram devidas ou realização de obrigações outras que perante ele deveriam ser cumpridas, a exemplo da anotação da Carteira de Trabalho e Previdência Social. Para essas empresas reclamadas, entretanto, o comparecimento ao Poder Judiciário não representará nada mais do que a postergação do pagamento daquilo que efetivamente era devido. A demora, própria do sistema processual, para obtenção do trânsito em julgado de uma decisão definitiva de mérito, bem como os artifícios engendrados na fase de execução tornaram-se perspectivas auspiciosas para tais empresas. Em muitos casos, ainda, os empregados que foram privados das prestações a que tinham direito simplesmente não ajuízam reclamação trabalhista,

⁴⁹⁸ JORGE LUIZ SOUTO MAIOR elabora contundente estudo acerca de diversas estratégias utilizadas por empresas para deixar de cumprir os direitos laborais, bem como das conseqüências econômicas e sociais de tais práticas, nos opúsculos O dano social e sua repercussão. **RDT**, nº. 12, nov./2007 e Por um pacto social. **RDT**, nº. 1, jan./2008.

seja por desestímulo social de ingressar numa demanda judicial, seja pelo temor de ser-lhe obstada a contratação em novo emprego, em razão das odiosas “listas negras” ainda existentes na atualidade.

O provimento jurisdicional individual nas hipóteses de prática de *dumping* social revela-se, assim, idôneo a por termo ao conflito particular e inócuo em face do flagrante dano social perpetrado. Conforme exposto, o *dumping* social de que se beneficiam determinados agentes econômicos gera profundos prejuízos sociais, atingindo trabalhadores, o mercado consumidor, as demais empresas concorrentes e, em última escala, a própria viabilidade do modelo capitalista.

Essa prática, em verdade, viola a estrutura capitalista consagrada na Carta Magna. O constituinte não elegeu a obtenção de lucros de maneira desmedida e distante de qualquer noção de responsabilidade social como objetivo nacional, mesmo porque um tal modelo estaria inarredavelmente fadado ao fracasso econômico, por insustentável. Ao revés, Constituição compromissória que é a Carta de 1988, elevou em seu bojo anseios, valores e objetivos sociais diversos. A livre iniciativa figura, sem dúvida, como fundamento da Ordem Econômica pátria, a teor do art. 170, sendo o valor social da livre iniciativa alçado à condição de fundamento da República. O poder econômico não é repudiado pela Constituição, mas reconhecido. Seu exercício, entretanto, não pode ser desvinculado dos demais princípios tutelados no texto constitucional. A Ordem econômica funda-se igualmente na valorização do trabalho humano, até porque, reconhece o constituinte, nenhum projeto sério de nação é viável sem a proteção do labor do ser humano e seu reconhecimento como meio, também, de satisfação e realização pessoal. Ademais, toda atividade econômica nacional deve ser dirigida à realização da dignidade humana — fundamento da República (art. 1º, III) — e da justiça social — objetivo da República (art. 3º, I).

A prática de *dumping* social configura-se, assim, como verdadeiro atentado à Ordem Econômica constitucional e ao modelo de capitalismo escolhido pelo constituinte.

Diante deste quadro, JORGE LUIZ SOUTO MAIOR sustenta a possibilidade de condenação, *ex officio*, do autor de *dumping* social ao pagamento de indenização decorrente dos danos sociais perpetrados⁴⁹⁹. Lastreado na doutrina de MAURO

⁴⁹⁹ MAIOR, Jorge Luiz Souto. O dano social e sua repercussão. **RDT**, nº. 12, nov./2007.

CAPPELETTI, SOUTO MAIOR indica que “apenas o ressarcimento dos danos individuais, ainda que coletivamente defendidos, não atinge a esfera da necessária reparação do ilícito cometido na perspectiva social”⁵⁰⁰.

Tratando-se de lide trabalhista em que se verifique a ocorrência de *dumping* social, deverá o magistrado voltar-se, também, à reparação do dano social ocorrido, considerando que os interesses relacionados àquele caso concreto ultrapassam a esfera de proteção individual⁵⁰¹.

Registre-se que, refletindo o posicionamento de SOUTO MAIOR, firmou-se, na I Jornada de Direito e Processo do Trabalho, o Enunciado nº. 4, com o seguinte teor:

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.

Ressalte-se, ainda, que a tese começa a encontrar acolhida na jurisprudência dos Tribunais trabalhistas pátrios, consoante se observa nos seguintes julgados:

INDENIZAÇÃO POR “DUMPING SOCIAL”. Tendo a reclamada agido de forma reiterada e sistemática na precarização e violação de direitos, principalmente os trabalhistas, o entendimento referente à indenização por dano social é plenamente aplicável e socialmente justificável para a situação que estabeleceu na presente demanda. Dessa forma, afigura-se razoável, diante da situação verificada nos autos, que a reclamada seja condenada ao pagamento de indenização a título de *dumping* social⁵⁰².

DANO À SOCIEDADE. ATO ILÍCITO. INDENIZAÇÃO SUPLEMENTAR. De acordo com o Enunciado n.º 4 aprovado na 1ª Jornada de Direito Material e Processual na Justiça do Trabalho, 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. O dano à sociedade configura ato ilícito, por exercício abusivo do direito, já que extrapola limites econômicos e sociais nos exatos termos dos artigos 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

⁵⁰⁰ Ibid., p. 19.

⁵⁰¹ Ibid., p. 20.

⁵⁰² TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 4ª REGIÃO. Terceira Turma. RO-0131000-63.2009.5.04.0005. Relator: Des. RICARDO CARVALHO FRAGA. Data de Julgamento: 08/06/2011. Data de Publicação: 22/07/2011.

suplementar, como, aliás, já previam os artigos 652, "d", e 832, § 1º, da CLT⁵⁰³.

A jurisprudência, como visto, tem progressivamente admitido a tese da aplicação de sanção extraordinária pela prática de *dumping* social. Cumpre, agora, perquirir acerca dos elementos existentes na ordem jurídica aptos a fundamentar a atuação do magistrado ao fixar a condenação em apreço, o que será realizado no tópico a seguir.

7.2 FUNDAMENTOS NORMATIVOS PARA A IMPOSIÇÃO DE *PUNITIVE DAMAGES* EM DECORRÊNCIA DA PRÁTICA DE *DUMPING* SOCIAL

A tese ora sustentada alicerça-se em diversos fundamentos presentes no ordenamento jurídico pátrio.

Dentre as normas-regras, figuram, na legislação trabalhista, os artigos 652, d)⁵⁰⁴, e 832, § 1º⁵⁰⁵, da CLT. Ao lado destes dispositivos, pode-se indicar, ainda, o art. 404, parágrafo único⁵⁰⁶, do Diploma Civil.

Diversas outras normas, de natureza principiológica, concorrem para fundamentar a aplicação da indenização pela prática de *dumping* social⁵⁰⁷.

⁵⁰³ TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 3ª REGIÃO. Turma Recursal de Juiz de Fora. RO-0000309-18.2011.5.03.0037. Relator: Des. HERIBERTO DE CASTRO. Revisor: Des. JOAO BOSCO PINTO LARA. Data de Julgamento: 18/10/2011. Data de Publicação: 27/10/2011.

⁵⁰⁴ Art. 652 - Compete às Juntas de Conciliação e Julgamento:

(...)

d) impor multas e demais penalidades relativas aos atos de sua competência;

⁵⁰⁵ Art. 832 - (...)

§ 1º - Quando a decisão concluir pela procedência do pedido, determinará o prazo e as condições para o seu cumprimento.

⁵⁰⁶ 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.

⁵⁰⁷ ANDRÉ GUSTAVO CORRÊA DE ANDRADE sustenta a possibilidade de utilização de princípios constitucionais como fundamento para aplicação de *punitive damages*. Embora discorra acerca da indenização punitiva em hipóteses de ocorrência de dano moral, seus argumentos são aplicáveis, sem dificuldade, no tocante aos danos sociais. Partindo da noção, formulada por ALEX Y, de que os princípios consistem em mandamentos de otimização e, além disso, consagram direitos fundamentais, afirma o autor que eles "determinam ao operador jurídico que empregue todos os meios possíveis para a proteção desses direitos". Assevera, em seguida, que a "indenização punitiva surge, no sistema jurídico vigente, não apenas como reação legítima e eficaz contra a lesão e a ameaça de lesão a princípios constitucionais da mais alta linhagem, mas como medida necessária para a efetiva proteção desses princípios. Com efeito, não é possível, em certos casos, conferir efetiva proteção à dignidade humana e aos direitos da personalidade se não através da imposição de uma sanção que constitua fator de desestímulo ou dissuasão de condutas semelhantes do ofensor,

De p3rtico, h3 que se ressaltar a necessidade de promo33o da dignidade humana. J3 se afirmou que, a partir da doutrina de ROBERT ALEXY, 3 poss3vel extrair que o cont3udo do princ3pio da dignidade humana expressa, ao menos, tr3s aspectos b3sicos: a) a vedaç3o a condutas humilhantes ou degradantes; b) a garantia de autonomia do ser humano em suas escolhas, liberdade esta que se h3 de coadunar com a id3ia de conviv3ncia em sociedade; c) diversos princ3pios materiais decorrem do princ3pio da dignidade humana, como condi33o para sua realiza33o, dentre os quais 3 poss3vel assinalar aqueles atinentes 3 pr3pria personalidade dos sujeitos.

Um dos ve3culos para a realiza33o da dignidade humana 3, inquestionavelmente, o trabalho. Valorizar o labor significa que ele n3o deve ser visto como mero fator de produ33o, mas como meio de realiza33o e satisfa33o pessoal daquele que o empreende. Lastreados na previs3o constitucional, todos os trabalhadores t3m direito de ver reconhecida a import3ncia do seu labor no desenvolvimento nacional e, mais do que isso, t3m direito 3 promo33o de melhores condi33es de trabalho e exist3ncia, al3m da observ3ncia das garantias constitucionais e legais incidentes sobre as rela33es de trabalho.

Ademais, toda atividade econ3mica, no Brasil, deve, al3m de fundar-se na valoriza33o do trabalho e objetivar a realiza33o da dignidade humana, dirigir-se 3 concretiza33o da justi3a social, que se traduz na pretens3o de distribui33o mais equ3nime das riquezas entre os agentes sociais, relacionando-se com o objetivo constitucional de reduzir desigualdades entre classes e entre regi3es do Pa3s e com verdadeiro compromisso de interdepend3ncia rec3proca entre os seres humanos.

Vem a lume, ainda, o princ3pio da livre concorr3ncia, eis que a repress3o ao *dumping* social representa verdadeira atua33o judicial no sentido do rep3dio 3 concorr3ncia desleal. Esta norma, vale lembrar, faculta os particulares competirem, objetivando alcan3ar lucro e contribuindo para o desenvolvimento — econ3mico e social — da na33o.

Compete, efetivamente, ao Poder Judici3rio voltar-se 3 realiza33o do texto constitucional. FABIO KONDER COMPARATO aduz que o

juiz n3o pode, sob o falso argumento de que n3o 3 um 3rg3o pol3tico, recusar-se a apreciar eticamente as lides submetidas ao seu julgamento. A

ou de terceiros que pudessem se comportar de forma igualmente reprov3vel." (ANDRADE, Andr3 Gustavo Corr3a de. Indeniza33o Punitiva. **Revista da EMERJ**, v. 9, n3o. 36, 2006, p. 147-148).

finalidade última do ato de julgar consiste em fazer justiça, não em aplicar cegamente as normas de direito positivo.⁵⁰⁸

Não é possível, pois, conceber-se uma atuação judicial descomprometida com a concretização da Constituição e com a realização de justiça nos casos concretos⁵⁰⁹. Tais considerações conduzem ao exame da tese da constitucionalização simbólica, em cotejo com a noção de ativismo judicial, como proposta neste trabalho. É o que se fará a seguir.

7.3 A TESE DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO SIMBÓLICA E O ATIVISMO JUDICIAL

Consoante a lição de MARCELO NEVES, a constitucionalização simbólica, um caso específico de legislação simbólica, verifica-se quando a edição de dispositivo constitucional destina-se não à realização no mundo dos fatos, mas ao atendimento de certas finalidades.

Uma primeira finalidade é a confirmação de valores sociais. Leis editadas para atender tal finalidade visam a oferecer a grupos sociais a sensação de obtenção de uma “conquista legislativa”, “como uma forma de reconhecimento da ‘superioridade’

⁵⁰⁸ COMPARATO, Fábio Konder. O papel do juiz na efetivação dos direitos humanos *In: Direitos Humanos: visões contemporâneas*. São Paulo: AJD, 2001, p. 29. Afirma, ainda, DALMO DE ABREU DALLARI que há “(...) magistrados que invocam fundamentos teóricos para o acobertamento que dão às injustiças, alegando que o magistrado deve ser um aplicador estrito da lei, politicamente neutro e sem responsabilidade moral pelas iniquidades que possam estar contidas, com maior ou menor evidência, em suas decisões. Dizem que o magistrado não é legislador, e que se não obedecerem rigorosamente a letra da lei desaparece a uniformidade das decisões e se abre caminho para o excesso de subjetividade dos magistrados. E ainda acrescentam que se não procederem assim, será destruída a certeza do direito e haverá injustiças, pelo fato de que o mesmo dispositivo legal terá aplicações diferentes, dependendo das preferências e convicções de cada magistrado. Com argumentos dessa ordem, afirmando-se ‘escravos da lei’, procuram ocultar o temor, o comodismo, as conveniências pessoais ou a falta de consciência da extraordinária relevância de sua função social. Adotando postura de vestais e apregoando como virtude sua falsa neutralidade, escondem-se atrás de uma solene, e quase sempre hipócrita, máscara de ‘técnicos do direito’. Quando se cobra deles o compromisso com a justiça, respondem que esse é um problema para filósofos, não para juristas. E quando se chama a atenção para o fato de que suas decisões agravam conflitos sociais, alegam que essa é uma questão para a sociologia, não para o direito.” (DALLARI, Dalmo de Abreu. **O poder dos juízes**. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 51).

⁵⁰⁹ Obtempera, nesse sentido, WILSON ALVES DE SOUZA: “Com efeito, vê-se que a solução justa do caso a partir da constituição é um dever do aplicador do direito, particularmente do juiz, com o que nada mais se está a fazer do que justiça e democracia, que é o que se espera num Estado democrático de direito.” (SOUZA, Wilson Alves de. **Sentença Civil Imotivada**. JusPODIVM. Salvador: 2008, p. 120-121).

ou predominância social de sua concepção valorativa, sendo-lhes secundária a eficácia normativa da respectiva lei”⁵¹⁰.

A segunda finalidade é o reforço da confiança na atuação estatal. Em tais casos, o “legislador, muitas vezes sob pressão direta do público, elabora diplomas normativos para satisfazer as expectativas dos cidadãos, sem que com isso haja o mínimo de condições de efetivação das respectivas normas”⁵¹¹.

A terceira finalidade que pode ser encontrada em uma legislação simbólica é prostrar o oferecimento de uma resposta a um conflito social. O texto legislativo criado é suficiente para diferir a solução do embate entre interesses sociais ou políticos diversos — ou mesmo opostos —, sendo aprovado “exatamente porque está presente a perspectiva da ineficácia da respectiva lei. O acordo não se funda então no conteúdo do diploma normativo, mas sim na transferência da solução do conflito para um futuro indeterminado”⁵¹².

Ao elaborar um dispositivo constitucional simbólico, o constituinte está apenas a *simular o atendimento à pretensão de correção*, uma vez que supõe ser, do ponto de vista prático, vazio o seu conteúdo.

Nessa ordem de idéias, o papel desempenhado pelo Poder Judiciário assume elevada importância. Obviamente, não se está a defender a atuação do Judiciário como solução de todos os problemas do Brasil — ou de qualquer outro lugar. Reforma política e intensificação da mobilização social seriam, certamente, desejáveis como elementos propulsores de alterações sociais prementes.

Não há dúvida, porém, de que não é tarefa do Poder Judiciário assegurar eventual caráter simbólico de dispositivos constitucionais. Compete-lhe, em verdade, assumir uma postura de ativismo judicial.

Neste trabalho, compreende-se ativismo judicial como o *atendimento à ética da responsabilidade, imposta ao magistrado, em sua tríplice dimensão*.

Em primeiro lugar, exige-se do magistrado o atendimento à pretensão de correção, pelos motivos expostos supra, cuja repetição reputa-se despicienda. Isso significa que todas as decisões devem dirigir-se à salvaguarda dos valores plasmados no

⁵¹⁰ NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007, p. 33.

⁵¹¹ *Ibidem*, p. 36.

ordenamento, objetivando a realização da justiça, ainda que tais questões não sejam ventiladas pelas partes.

Para alcance de tal desiderato, é desejável — para não se afirmar exigível — que o magistrado valha-se de conhecimentos provenientes de outras áreas do saber humano e procure concretizar, como regra, a maximização da utilidade, individual e social.

Em segundo lugar, como consequência mesma da primeira dimensão, impõe-se ao Poder Judiciário o dever de fundamentação, isto é, de argumentar juridicamente, demonstrando as razões de decidir. A pretensão de correção, afinal, implica a pretensão de fundamentabilidade.

Finalmente, deve o magistrado assegurar a participação dos envolvidos, oportunizando-lhes a manifestação. Para além de materializar a garantia constitucional do contraditório, esta postura revela o respeito ao pluralismo moral, afastando-se o cerceamento à participação de qualquer dos envolvidos no processo, decorrente da filiação, pelo juiz, a opções valorativas específicas.

Não é dado ao magistrado trabalhista, então, permitir que a Constituição do Trabalho assuma o caráter de constituição simbólica, devendo atuar no sentido da efetivação dos valores nela plasmados. Disso resulta o dever de impedir que o trabalho humano, sendo utilizado, através da violação de suas normas reguladoras, como meio de obtenção de vantagens comerciais, seja aviltado, sendo tratado como simples mercadoria.

Poderá o Poder Judiciário, então, fixar sanções extraordinárias nas hipóteses nas quais se verifique a ocorrência de *dumping* social, seja *ex officio*, seja mediante provocação, conforme adiante será demonstrado.

7.4 A IMPOSIÇÃO *EX OFFICIO* DE INDENIZAÇÃO PELA PRÁTICA DE *DUMPING* SOCIAL

Cabe ao jurista, em cada caso específico, concretizar as normas constitucionais. Nesse processo, deverá partir das peculiaridades do caso, valendo-se de um

⁵¹² Ibidem, p. 41

raciocínio de caráter tópico, para, balizado pelas disposições do texto da norma, construir a solução através da argumentação jurídica.

Não é outro o pensamento de que deve estar imbuído o magistrado trabalhista no cotidiano de seus julgamentos e, particularmente, ao deparar-se com situações de ocorrência de *dumping* social. Os fatores sociais e o texto constitucional devem concorrer no processo de interpretação/aplicação da Constituição.

A postura judicial diante de hipóteses de cometimento de danos sociais deve estar dirigida a ultrapassar os aspectos individuais da lide sob apreciação e promover a adequada tutela dos danos no contexto dos quais a demanda individual está inserida. Neste sentido, obtempera RODOLFO DE CAMARGO MANCUSO:

Com tudo isso, vai se desvanecendo — até porque reportada a épocas superadas — a concepção de uma resposta judiciária neutra, asséptica e desengajada, hoje se reclamando uma nova postura do juiz, que se diria *pró-ativa*, nesse sentido de não apegada apenas ao desenvolvimento válido e regular do devido processo legal (Cf, art. 5º, LV), mas, e até principalmente, comprometida com a justa composição do litígio, por modo a resolver não só a crise estritamente jurídica, mas também as de outra natureza que lhe são subjacentes — a social, a econômica, a política — assim propiciando o *aproveitamento máximo* da relação processual, num ambiente de *jurisdição integral*” (grifos no original)⁵¹³.

Faz-se, então, necessário impor ao agente econômico responsável pela prática de *dumping* social uma sanção com a finalidade de puni-lo pela conduta dotada de elevado grau de reprovação social e, ainda, de dissuadir tanto o próprio autor do dano quanto os demais empregadores da pretensão de violar direitos trabalhistas para obter vantagens competitivas indevidas⁵¹⁴.

Efetivamente, a simples reparação da lesão individual não é suficiente para alterar os resultados de graves danos à sociedade. Pondera LÊNIO STRECK que

(...) o Judiciário, preparado para lidar com conflitos individuais, próprios de um modelo liberal-individualista, não está preparado para o enfrentamento dos problemas decorrentes da transindividualidade, própria do (novo) modelo advindo do Estado Democrático de Direito previsto na Constituição promulgada em 1988 (...)⁵¹⁵

⁵¹³ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo Estado de Direito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 387.

⁵¹⁴ Vale referir que o Projeto de Lei n.º 7.070/2010, de autoria do Deputado Carlos Bezerra, explicitava a possibilidade de o juiz trabalhista fixar *ex officio* sanção pela prática de *dumping* social, *in verbis*: “Art. 3º O juiz pode declarar de ofício a prática de “dumping social”, impondo a indenização e a multa estabelecidas nas alíneas “a” e “c” do art. 2º”. A proposta, todavia, foi rejeitada em 31/01/11, tendo sido arquivada pela Mesa da Câmara dos Deputados.

⁵¹⁵ STRECK, Lênio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito**. 2.ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Forense, 2004, p. 190.

Sucumbir a esta lógica implica, pois, a negação das garantias erigidas pela adoção do Estado Democrático de Direito e da especial valorização que a Constituição de 1988 destinou à vida humana. A precarização da prestação laboral não é uma questão que afeta somente os trabalhadores, mas que se estende por toda a sociedade. Severamente atingidas, inclusive, são as demais empresas, em face da competição em circunstâncias desleais a que são submetidas, em flagrante violação ao princípio da livre concorrência⁵¹⁶.

A sanção em exame exsurge como instrumento jurídico idôneo à punição a danos sociais provocados por *dumping* social. E, como visto, o juiz está investido, pelo ordenamento jurídico, de poderes para sua fixação. Não há que se cogitar de qualquer desrespeito ao princípio da inércia do Judiciário⁵¹⁷. Nesse sentido, SOUTO MAIOR observa:

A esta necessária ação do juiz, em defesa da autoridade da ordem jurídica, sequer poderia opor com o argumento de que não lei que o permita agir desse modo, pois seria o mesmo que dizer que o direito nega-se a si mesmo, na medida em que o juiz, responsável pela sua defesa, não tem poderes para fazê-lo.⁵¹⁸

⁵¹⁶ Os direitos de caráter difuso – tais como aqueles envolvidos com a questão da prática de *dumping* social, são caracterizados, consoante observa XISTO TIAGO DE MEDEIROS NETO, pela “nota da conflituosidade (*conflittulità massima*, de acordo com a doutrina italiana), uma vez que na órbita em que estão inseridos, facilmente se visualizarão outros interesses que lhes estão (ou serão) contrapostos. Assim, exemplifica-se: (a) aos interesses de uma classe de trabalhadores em obter condições de trabalho mais salubres erigem-se os interesses dos empregadores em diminuir o custo operacional e aumentar os lucros; (b) aos interesses de uma comunidade que habita às margens de um rio contrapõem-se os interesses de empresas que exploram as suas riquezas naturais (...)” (MEDEIROS NETO, Xisto Tiago de. **Dano Moral Coletivo**. 2 ed. São Paulo: LTr, 2007, p. 107). Consectário lógico de tal compreensão é a necessidade de reconhecer-se ao Judiciário um novo papel para realização desses direitos. Nesse sentido, obtempera MÁRCIO MAFRA LEAL que os “direitos difusos, portanto, em geral, determinam reformas sociais e ampla revisão de comportamentos coletivos, transformando, pouco a pouco, o papel dos tribunais: de atividade voltada à resolução dos conflitos individuais, tornaram-se os juízes *engenheiros sociais*, na expressão de Wilton.” (grifo no original) (LEAL, Márcio Flávio Mafra. **Ações coletivas**: História, teoria e prática. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998, p. 108).

⁵¹⁷ Além dos fundamentos normativos (regras e princípios) apresentados que autorizam a atuação *ex officio* do magistrado, vale transcrever o esclarecimento de FREDIE DIDIER JR. acerca da inércia do Poder Judiciário: “Atualmente, a inércia da jurisdição é vista com certos temperamentos. Ao magistrado, atualmente, são atribuídos amplos poderes de direção do processo, inclusive com a possibilidade de determinar, sem provocação, a produção dos meios de prova para a formação do seu convencimento. Além disso, a cada dia aumentam os casos de *pedidos implícitos*, autorizações legais para que o magistrado conceda tutela jurisdicional sem pedido expresso da parte. Tem o magistrado, ainda, na forma do § 5º do art. 461 do CPC, poder geral de efetivação das suas decisões, estando autorizado a tomar todas as providências que reputar adequadas e necessárias para implementar na prática o seu comando, mesmo que tais providências não estejam previstas expressamente em lei.” (grifo no original) (DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. vol. 1. 8. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2007, p. 74).

⁵¹⁸ MAIOR, Jorge Luiz Souto. O dano social e sua repercussão. **RDT**, nº. 12, nov./2007, p. 20

De fato, a noção de inércia na contemporaneidade não corresponde à compreensão da atuação da magistratura oitocentista. Não se está a defender, por óbvio, uma postura irresponsável e insubsistente em face do ordenamento jurídico, mas o exercício das atribuições coerente com a elevada função (concomitantemente outorga de poder e atribuição de dever), de que é revestida a magistratura, de realização dos preceitos consagrados na Carta Magna, em conformidade com a própria realidade de que o exercício da atividade jurisdicional consiste em expressão da soberania estatal. E o desencargo de tal mister deve, necessariamente, dirigir-se à realização das finalidades consagradas no Estatuto Jurídico Fundamental da sociedade nacional.

Insistir-se numa concepção tradicional e quase absoluta da inércia do Poder Judiciário implica negligenciar as modificações ocorridas na tessitura social, a exemplo da massificação das relações e das estruturas interligadas de produção e consumo. Importa, ademais, em descuidar mesmo transformações nas construções jurídicas, olvidando-se da inelutável evolução dos institutos no direito e suas atuais formulações, tais como a consagração de normas programáticas e o emprego de conceitos indeterminados, a reclamar do magistrado uma postura marcada por alta complexidade cognitiva, a fim de realizar os preceitos contidos na *Lex Legum*.

A persistência de uma tese acerca do exercício da função jurisdicional em descompasso com a realidade significa verdadeira negação do papel da magistratura na atualidade. Neste diapasão, refletindo, em opúsculo, sobre a atividade do Poder Judiciário e os novos conflitos decorrentes da sociedade de massa, MAURO CAPPELLETTI afirma a

extensão dos poderes do juiz, não mais limitado a determinar o ressarcimento do *dano sofrido* pela parte agente, nem, em geral, a decidir questões com eficácia limitada às partes presentes 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, 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.⁵¹⁹

Não é dado ao magistrado evadir-se da responsabilidade de, em seus julgamentos, concretizar as normas constitucionais. CAPPELLETTI, em acurado estudo sobre a natureza e atuais configurações da função dos juízes, observa, com perspicácia, que

seu labor cotidiano impõe-lhes o contato diuturno com os membros da sociedade e com aspectos variados da realidade social, sendo sua profissão particularmente vocacionada para a realização de expectativas e anseios sociais⁵²⁰, os quais, vale acrescentar, encontram-se fundamentalmente consubstanciados na Carta Magna.

A consecução de tal desiderato, saliente-se, passou a exigir, com o decurso do tempo, que se acentuasse o caráter – inerente à função jurisdicional – de criatividade do direito no ato decisório. A proeminência na criatividade das decisões decorreu de elementos fáticos, de ordem social, econômica, política e, mesmo, jurídica⁵²¹. Esse aspecto, importa repisar, é ínsito ao próprio desempenho das atribuições do Poder Judiciário⁵²², sendo impensável a atividade de interpretação e aplicação do direito absolutamente livre da nota da criatividade do intérprete envolvido no processo. Não obstante, o reconhecimento da vinculação entre direito e moral, a gradual consagração de direitos sociais, da garantia de direitos fundamentais e da tutela de direitos transindividuais, redundou na exigência de uma nova postura do Poder Judiciário, consentânea com as evoluções verificadas e idônea a viabilizar as finalidades estipuladas na Constituição, densificando, em face de cada caso concreto, suas normas.

Os dispositivos legais mencionados supra lastreiam, pois, a atuação de ofício do magistrado na imposição da sanção extraordinária pela prática de *dumping* social, seja em sede de lides individuais ou coletivas, amparando-se, ainda, em diversos

⁵¹⁹ CAPPELLETTI, Mauro *apud* LENZA, Pedro. **Teoria Geral da Ação Civil Pública**. 3 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 302.

⁵²⁰ CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1993, p. 105.

⁵²¹ CAPPELLETTI, Mauro. *Op. cit.*, p. 73.

⁵²² A respeito da função jurisdicional e do importante tema da fundamentação das decisões, PERELMAN assevera que o “poder concedido ao juiz de interpretar e, eventualmente, de completar a lei, de qualificar os fatos, de apreciar, em geral livremente, o valor das presunções e das provas que tendem a estabelecê-los, o mais das vezes basta para permitir-lhe motivar, de forma juridicamente satisfatória, as decisões que seu senso de equidade lhe recomenda como sendo, social e moralmente, as mais desejáveis.” (PERELMAN, Chaim. *Op.cit.*, p. 489). Neste diapasão, PABLO STOLZE e RODOLFO PAMPLONA FILHO salientam, relativamente ao brocardo *in claris cessat interpretatio*, que, “na atividade jurídica, é muito comum valer-se dessa máxima para evitar uma interpretação mais aprofundada de algum dispositivo normativo. Trata-se de equívoco manifesto, pois até mesmo para verificar se a hipótese fática submetida à apreciação é equivalente a outras já conhecidas é preciso interpretar”. Avançando, os eminentes juristas, após mencionar o art. 5º da Lei de Introdução ao Código Civil, segundo o qual o juiz, ao decidir, deve visar ao atendimento dos fins sociais da lei, bem como das exigências do bem comum, aduzem que a “interpretação judicial, sempre com fundamento no já mencionado dispositivo, busca também atualizar o entendimento da lei, dando-lhe uma interpretação atual que atenda aos reclamos das necessidades do momento histórico em que está sendo aplicada.” (GAGLIANO, Pablo Stolze. PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil**. vol. I: parte geral. 12 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010).

princípios de estatura constitucional, particularmente no compromisso solidarista⁵²³ assumido pela Carta Magna. A decisão deverá ser efetiva para o alcance de suas próprias finalidades, não podendo, entretanto, degenerar-se em arbitrariedade judicial, discussão será retomada adiante, quando da abordagem dos critérios de fixação do valor das sanções.

7.5 A IMPOSIÇÃO DE SANÇÃO EXTRAORDINÁRIA PELA PRÁTICA DE *DUMPING* SOCIAL ATRAVÉS DE PROVOCAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO

Afirmou-se acima a possibilidade de o Poder Judiciário fixar, *ex officio*, em lides individuais ou coletivas, *punitive damages* diante da constatação de ocorrência de dumping social. O presente tópico visa a discutir essa possibilidade nos casos nos quais foi formulada pretensão específica perante o Poder Judiciário.

Serão analisadas, então, as hipóteses de apresentação de pedido neste sentido no âmbito de ação civil pública, de ação civil coletiva e de ação individual.

Quanto às duas primeiras, ambas de índole coletiva, acentuem-se, desde logo, que, consoante leciona LUIZ GUILHERME MARINONI, são “uma resposta aos direitos fundamentais”, consistindo em “uma prestação do legislador destinada a viabilizar a participação na reivindicação dos direitos fundamentais”⁵²⁴. Precisamente esta peculiar importância será o elemento condutor do raciocínio a seguir exposto, a principiar pela ação civil pública.

7.5.1 Em sede de ação civil pública

Define CARLOS HENRIQUE BEZERRA LEITE a ação civil pública como “o meio (a), constitucionalmente assegurado (b) ao Ministério Público, ao Estado ou a outros

⁵²³ Capítulo 2.3.2.

⁵²⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria geral do processo**. 6. ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 114.

entes coletivos autorizados por lei (c), para promover a defesa judicial (d) dos interesses ou direitos metadividuais (e)”⁵²⁵.

Especificamente quanto à ação civil pública manejada no âmbito da Justiça do Trabalho, RONALDO LIMA DOS SANTOS define-a como

instrumento processual, de cunho constitucional, assegurado a determinados autores ideológicos com legitimação prevista em lei (Ministério Público, Defensoria Pública, entes estatais, autarquia, empresa pública, fundação, sociedade de economia mista e associações, entre as quais incluem-se as entidades sindicais), para a tutela preventiva, inibitória, repressiva ou reparatória de danos morais e patrimoniais aos interesses transindividuais — difusos, coletivos e individuais homogêneos — afetos, direto ou indiretamente, às relações de trabalho⁵²⁶.

Mecanismo por excelência de proteção dos direitos transindividuais, a ação civil pública constitui-se em meio idôneo para combate, pelos legitimados, ao *dumping* social, sendo possível a formulação de pedido de condenação a pagamento de sanção extraordinária (ou, como alternativa, de condenação material, temática que será abordada adiante).

7.5.2 Em sede de ação civil coletiva

A doutrina divide-se quanto ao cabimento da ação civil coletiva na Justiça do Trabalho.

CARLOS HENRIQUE BEZERRA LEITE insurge-se contra a possibilidade de seu manejo nos domínios do processo laboral, em razão da ausência de previsão legal específica estabelecida da competência da Justiça do Trabalho para sua apreciação.

De outra parte, MANOEL JORGE E SILVA NETO⁵²⁷ e RONALDO LIMA DOS SANTOS⁵²⁸ posicionam-se favoravelmente ao seu cabimento, sustentando ser instrumento adequado para a tutela de direitos individuais homogêneos.

⁵²⁵ LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Ação Civil Pública na perspectiva dos direitos humanos**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2008, p. 102-103.

⁵²⁶ SANTOS, Ronaldo Lima dos. **Sindicatos e ações coletivas: acesso à justiça coletiva e tutela dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos**. 2. ed. rev. e amp. São Paulo: LTr, 2008, p. 343.

⁵²⁷ SILVA NETO, Manoel Jorge e. **Proteção constitucional dos interesses trabalhistas: difusos, coletivos e individuais homogêneos**. São Paulo: LTr, 2001, p. 220.

⁵²⁸ SANTOS, Ronaldo Lima dos. Op. cit., p. 408-409.

Sem ingressar no mérito do debate, entende-se, neste trabalho, ser competente a Justiça do Trabalho para julgamento da ação civil coletiva, remédio integrante do sistema de tutela processual coletiva, sendo cabível para a defesa de direitos individuais homogêneos. Assim, eventual provimento condenatório decorrente da do reconhecimento de prática de *dumping* social não poderá ser dirigido aos substituídos, sendo lícita, porém, a imposição *ex officio* em favor da coletividade.

7.5.3 Em sede de ação individual

No tocante às reclamações trabalhistas, é certo que o demandante não detém legitimidade para a tutela de direitos transindividuais. Assim, não poderá formular pedido em favor da coletividade nem em seu próprio proveito, no sentido de ser-lhe destinada a verba decorrente de eventual condenação pela prática de *dumping* social, sob pena de enriquecimento ilícito, consoante será demonstrado adiante.

Não obstante, nada impede que, constatando a ocorrência de *dumping* social, o magistrado fixe, *ex officio*, a sanção extraordinária, conforme já se asseverou.

Afirmada a possibilidade de fixação de sanções extraordinárias em razão da prática de *dumping* social, importa, agora, examinar a espécie de responsabilidade civil decorrente da prática, o que se fará a seguir.

7.6 DUMPING SOCIAL: UM CASO DE RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA

O *dumping* social pode ser definido como a modalidade de concorrência desleal consistente na venda de mercadorias a preços inferiores àqueles normalmente praticados pelo mercado, obtidos mediante a reiterada utilização de mão-de-obra em condições inadequadas a padrões laborais mínimos, gerando danos sociais⁵²⁹.

⁵²⁹ O Projeto de Lei n.º 7.070/2010, de autoria do Deputado Carlos Bezerra, apresentava um conceito sucinto de *dumping* social, nos seguintes termos: “Art. 1º Configura ‘*dumping* social’ a inobservância contumaz da legislação trabalhista que favoreça comercialmente a empresa perante sua concorrência”. A proposta, todavia, foi rejeitada em 31/01/11, tendo sido arquivada pela Mesa da Câmara dos Deputados.

Trata-se, portanto, de exercício abusivo da livre iniciativa, em sua dimensão liberdade de empresa.

O abuso de direito, consoante a previsão constante no art. 187⁵³⁰ do Código Civil, consiste na atuação violadora dos limites impostos pela boa-fé, pelos bons costumes ou pelos fins econômicos ou sociais do direito.

Especificamente quanto ao *dumping* social, a conduta do agente econômico vilipendia o fim social da livre iniciativa (delineado pelo art. 170 da Carta Constitucional como a promoção da dignidade humana e da justiça social), bem como seu fim econômico (uma vez que efetiva liberdade de ingresso e atuação no mercado depende da ausência de ações destinadas a, por meios ilícitos, fulminar a competitividade de outros atores econômicos). Restam, também, agredidos a boa-fé, que deve nortear o comportamento dos sujeitos de direito — pessoas físicas ou jurídicas —, e os bons costumes, em razão do tratamento dispensado ao labor humano, como se mera mercadoria fosse.

Configurado o abuso de direito, despicienda a investigação acerca da existência de culpa para a imputação da responsabilidade civil, a qual será, pois, objetiva, em razão da adoção, para sua identificação, do critério finalístico⁵³¹. Não é diverso o entendimento acolhido nas Jornadas de Direito Civil, materializado no Enunciado n.º 37, *in verbis*: “Art. 187: A responsabilidade civil decorrente do abuso do direito independe de culpa e fundamenta-se somente no critério objetivo-finalístico”⁵³².

Não haverá, portanto, nas ações nas quais se constate a prática de *dumping* social, a necessidade de demonstração de atuação culposa, visando a gerar concorrência desleal, sendo suficiente a verificação da reiterada utilização de mão-de-obra em condições inadequadas a padrões laborais mínimos.

Tecidas essas considerações, é possível avançar ao exame dos critérios para fixação do quantum nas sanções extraordinárias decorrentes da prática de *dumping* social. Será este o objeto do tópico seguinte.

⁵³⁰ 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.

⁵³¹ 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. 491.

⁵³² Disponível em: <<http://www.jf.jus.br/cjf/cej-publ/jornadas-de-direito-civil-enunciados-aprovados/>>. Acesso em 14 de maio de 2012.

7.7 CRITÉRIOS NA FIXAÇÃO DA INDENIZAÇÃO

O estabelecimento, pelo magistrado, do valor da indenização é questão das mais delicadas em matéria de *punitive damages*. Se, de um lado, o ordenamento jurídico oferece a ele esse mecanismo, como meio para a concretização das normas constitucionais, de outra parte, não é admissível que a quantificação da verba imposta restrinja-se a mero voluntarismo do órgão jurisdicional. Assim sendo, o primeiro aspecto a reclamar particular cautela do magistrado trabalhista ao fixar, na sentença, determinado valor a título de indenização pela prática de *dumping* social encontra-se na apresentação das suas razões de decidir.

7.7.1 A fundamentação da decisão que impõe o pagamento de sanção extraordinária por *dumping* social e a peculiar natureza dos direitos envolvidos no dano social

Ultrapassada a etapa de reconhecimento da prática de *dumping* social e atendidos os requisitos para sua configuração, depara-se o magistrado trabalhista com a complexa fase de fixação do valor da sanção extraordinária. A *vexata quaestio* reside precisamente no risco de prolatar-se decisão ilegítima ou ineficaz. Ilegítima será a imposição de determinado valor sem qualquer justificativa para seu estabelecimento, sem demonstração do *iter* percorrido até atingir-se a verba imposta. Revela-se ineficaz, por sua vez, a decisão que impõe valor irrisório, apto senão a estimular a violação de direitos metaindividuais com o intuito de obtenção de proveito econômico. Com efeito, é

no momento de fixar o valor da indenização que poderá se dar efetividade ao caráter punitivo da indenização por dano moral coletivo, pois se o montante não for suficiente para dissuadir o ofensor restará frustrado o objetivo do instituto, e, conseqüentemente, continuará a coletividade a mercê daqueles que utilizam todos os meios para conseguir lucrar perante os demais.⁵³³

⁵³³ RESEDÁ, Salomão. **A função social do dano moral**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2009, p. 301. Registre-se que, malgrado valha-se o autor da terminologia “dano moral coletivo”, as perspicazes observações acerca da quantificação da indenização punitiva são plenamente aplicáveis

Exige-se do magistrado, como dever genérico no desempenho de sua função, e, em particular, para fixação da indenização em apreço, o atendimento à determinação constitucional de fundamentação de sua decisão⁵³⁴. A exposição das razões de decidir deverá ser específica, demonstrando às partes o desenvolvimento do raciocínio judicial que conduziu ao estabelecimento de certo *quantum*, como verdadeiro requisito de legitimidade da condenação⁵³⁵. A pretensão de correção das decisões judiciais, já se afirmou no segundo capítulo, implica a pretensão de fundamentabilidade. Deve a decisão, consoante acentua PERELMAN, ser

motivada, por meio de um raciocínio que deverá demonstrar mediante quais procedimentos, vinculados à lógica jurídica, a sentença se reporta ao sistema de direito pelo qual o juiz deve pautar-se. Essa motivação fornecerá a um só tempo as *razões que parecerem prevalecer*, assim como a *refutação das objeções* opostas à tese defendida pelo juiz.⁵³⁶ (sem grifos no original)

Importa, pois, que o magistrado desenvolva a justificativa de seu *decisum*, de modo a, antes mesmo de abordar os elementos motivadores do estabelecimento de certo *quantum*, explicitar as razões da viabilidade da utilização da sanção extraordinária em situações de ocorrência de *dumping* social, enfrentando, detidamente, as argumentações apresentadas pelos defensores de teses em sentido contrário.

diante das hipóteses de “danos sociais” referidos neste trabalho. Acerca da abordagem sobre configuração de “danos morais coletivos” ou “danos sociais” em situações de violação a direitos extrapatrimoniais metaindividuais, *vide* tópico 4.2.4.3.

⁵³⁴ Art. 93. 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;

⁵³⁵ Relativamente a eventuais questionamentos acerca da capacitação dos juízes brasileiros diante de hipóteses de fixação de indenizações punitivas, vale transcrever as precisas observações de SALOMÃO RESEDÁ, no sentido de que a “magistratura nacional está aparelhada com excelentes julgadores que procuram agir de forma justa e imparcial, lastreadas na lei e nas provas colhidas nos autos, apontando de forma objetiva o fundamento de sua decisão. Além disso, o sistema recursal vigente é capaz de oferecer garantias àqueles que não concordam com o *decisum* proferido contra si, possibilitando uma nova análise pelo Órgão Colegiado e Tribunais Superiores” (RESEDÁ, Salomão. **A função social do dano moral**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2009, p. 280).

⁵³⁶ PERELMAN, Chaim. **Ética e Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 497. Nesse sentido, abordando a temática da fixação do valor da indenização por dano moral, RODOLFO PAMPLONA FILHO assevera: “De fato, ao se reconhecer o arbitramento judicial como o meio, por excelência, para a quantificação da compensação pecuniária do dano moral, não se outorgou, de forma alguma, o poder para dizer, sem quaisquer parâmetros, o valor X ou Y para a sua condenação. Embora se admita a subjetividade desta questão, é preciso que o juízo ‘tire as máscaras’ e assumo, publicamente, o motivo pelo qual arbitrou tal valor, o que exigirá um esforço intelectual de monta, mas para o qual também deve estar preparado.” (grifos no original) (PAMPLONA FILHO, Rodolfo. A liquidação da reparação do dano moral trabalhista. **Revista Jurídica dos Formandos de Direito da UFBA**, ano V, vol. VII, p. 491).

E assim é porque a fundamentação das decisões afigura-se como corolário do Estado Democrático de Direito, consistindo em garantia da sociedade contra eventual arbítrio estatal⁵³⁷. Deve, destarte, o juiz justificar a aplicação da sanção extraordinária e indicar os parâmetros utilizados para fixar o valor imposto, os quais serão adiante abordados.

Antes, contudo, da análise desses critérios, impõe-se a compreensão de certa premissa. Nas hipóteses em exame, simplesmente não é possível quantificar-se a extensão do dano. Não há, diversamente do que ocorre nos danos materiais, a possibilidade de precisar-se pecuniariamente o dano consistente na violação à ordem econômica consagrada na Constituição. Não é possível, mediante operação aritmética, indicar-se qual o valor correspondente a certa agressão à livre concorrência, ao menoscabo à determinação de valorização do trabalho humano ou mesmo afirmar-se quanto, em dinheiro, representa o dano consistente na atuação empresarial incompatível com o objetivo constitucional de realização de justiça social⁵³⁸.

De fato, tratando-se de danos de caráter extrapatrimonial, inviável a aplicação da lógica tradicional da responsabilidade civil. A tutela de tal espécie de dano não se coaduna com a noção de restabelecimento do *status quo ante*, em face da própria natureza dos direitos em questão. Consectário lógico da impossibilidade de quantificação dos danos é o obstáculo intransponível de sua compensação. Perpetrado o dano, afigura-se inviável retornar à situação pretérita à lesão,

⁵³⁷ A motivação das decisões assumiu, nos contemporâneos sistemas jurídicos, tal caráter de essencialidade que é possível sustentar, conforme assevera WILSON ALVES DE SOUZA, que “se determinado Estado se proclama democrático de direito não podem os intérpretes deixar de considerar o princípio da motivação das decisões judiciais como direito fundamental do cidadão submetido ao poder jurisdicional.” (SOUZA, Wilson Alves de. **Sentença Civil Imotivada**. JusPODIVM. Salvador: 2008, p. 200).

⁵³⁸ Leciona, neste sentido, LUIZ GUILHERME MARINONI: “Há danos que podem ser determinados em concreto; não em virtude de ter havido diminuição no patrimônio do prejudicado, mas sim em razão de o dano poder ser aferido em concreto. No caso de dano ambiental que se concretiza no indevido corte de árvores, há um dano que pode ser aferido em concreto. Nestas hipóteses, em que ocorre visível alteração do mundo físico, é viável pensar, quando a tecnologia permite, no estabelecimento da situação que existiria caso o dano não houvesse ocorrido, ou mesmo no estabelecimento da situação mais próxima à equivalente àquela que existiria caso o dano não tivesse sido produzido. Entretanto, há casos em que o dano não pode ser determinado em concreto. Assim, por exemplo, no caso de dano à honra. Neste caso, como é óbvio, a determinação do dano equivale à chamada dor moral. Entretanto, mesmo aí é possível a tutela ressarcitória na forma específica” (**Tutela específica: arts. 461, CPC e 84 CDC**. 2. ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 159).

persistindo seus efeitos relativamente aos direitos violados. Obtempera, nesse sentido, XISTO TIAGO DE MEDEIROS NETO que

É necessário pontuar, assim, que, nas hipóteses de configuração de *dano moral coletivo*, não há que se falar propriamente em reparação *direta em favor da coletividade*, como se se visasse a *recompôr* ou mesmo a *compensar* integralmente a lesão, porque tal situação é inconcebível no campo dos interesses transindividuais, de natureza extrapatrimonial, uma vez que é inviável alcançar e apreender toda a dimensão e extensão da lesão coletiva, também não se podendo identificar precisamente os indivíduos integrantes da coletividade, pela sua indeterminabilidade.⁵³⁹ (grifos no original)

Consoante explicita SALOMÃO RESEDÁ, o instituto do *punitive damage* não se destina a restaurar o *status quo ante*. Aduz o autor que o

punitive damage é a resposta conferida pelo sistema jurídico a uma conduta lesiva. Ele não tem como escopo principal o restabelecimento da situação jurídica anterior ao dano, até porque esta condição se mostra impossibilitada em razão das características do direito ofendido. O seu objetivo central é aplicar a função pedagógica a partir da censura ao comportamento do agente, fazendo-o sentir economicamente o peso de sua conduta ilícita, ou do seu abuso de direito.⁵⁴⁰

Verifica-se, assim, que, nas hipóteses de violação a direitos extrapatrimoniais metaindividuais, a indenização fixada visa a impor uma sanção ao agente causador do dano⁵⁴¹.

Estabelecida a premissa, afigura-se que o magistrado trabalhista, ao apresentar suas razões de decidir, não poderá – porque inviável fazê-lo – demonstrar a idoneidade da condenação para restaurar situação pretérita, mas deverá indicar quais parâmetros foram observados, conduzindo a formação de seu convencimento no sentido da suficiência de determinado valor para alcançar a peculiar finalidade da sanção. Tais balizas serão objeto de investigação a seguir.

⁵³⁹ MEDEIROS NETO, Xisto Tiago de. **Dano Moral Coletivo**. 2 ed. São Paulo: LTr, 2007, p. 160. Ressalte-se, por oportuno, que a concepção formulada pelo autor de “dano moral coletivo” corresponde àquilo que neste trabalho é denominado de “dano social”. A discussão acerca do emprego das expressões, considerando-se a configuração jurídica do dano moral na experiência brasileira, encontra-se, conforme mencionado acima, no tópico 4.2.4.3.

⁵⁴⁰ RESEDÁ, Salomão. **A função social do dano moral**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2009, p. 302.

⁵⁴¹ “O que se almeja, de maneira primordial, não é demais repetir, é atender-se à necessidade de imposição ao ofensor de uma condenação pecuniária que signifique sancionamento pela prática da conduta ilícita, cuja realização, certamente, resultou em benefícios indevidos para si, não obstante a violação de direitos fundamentais, circunstância esta inaceitável para o sistema de justiça.” (MEDEIROS NETO, Xisto Tiago de. **Dano Moral Coletivo**. 2 ed. São Paulo: LTr, 2007, p. 160). Explorar-se-á, adiante, a possibilidade de uma condenação *in natura*, investigação que não afasta o interesse em relação aos critérios de quantificação, uma vez que é a partir destes que será determinada a extensão da referida condenação.

7.7.2 Parâmetros de quantificação de sanções extraordinárias em hipóteses de *dumping social*

No sexto capítulo deste trabalho, restou assentado que as ferramentas provenientes da Análise Econômica do Direito revelam-se como mecanismos valiosos no campo da responsabilidade civil.

Em matéria de *punitive damages*, duas considerações são particularmente relevantes.

A primeira é a lei da pendente negativa da curva da demanda, que reflete a relação inversamente proporcional entre preço e demanda. Em outras palavras, quanto mais elevado for o “preço” de uma conduta, menor será a “demanda” de sua prática. Consoante tal regra, então, “o aumento das indenizações previne os danos”⁵⁴².

Outro ponto importante é que, no campo dos *punitive damages*, o enfoque deve ser direcionado à situação do réu, não do autor⁵⁴³. Desta maneira, encontra-se na sanção extraordinária um mecanismo de fazer o *réu* tornar à situação anterior, destituindo-lhe das vantagens provenientes de sua atuação ilícita⁵⁴⁴.

Com base em tais ponderações, pode-se, agora, aplicar os critérios enunciados no capítulo pretérito, especificamente para a fixação das sanções extraordinárias pela prática de *dumping social*⁵⁴⁵. É o que se realizará a seguir, considerando individualmente cada um dos critérios.

⁵⁴² LORENZETTI, Ricardo Luis. **Teoria da Decisão Judicial: fundamentos de direito**. Tradução: Bruno Miragem; Notas da tradução: Claudia Lima Marques. 2 ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 199.

⁵⁴³ “No modelo de sanções extraordinárias, indenizações punitivas são moldadas de acordo com as preferências dos réus (mapa de utilidade) enquanto indenizações ordinárias são moldadas de acordo com as preferências dos autores” (HADDOCK, David D.; MCCHESENEY, Fred S.; SPIEGEL, Menahem. Um fundamento econômico ordinário para sanções legais extraordinárias. **Direito e Economia: textos escolhidos**. SALAMA, Bruno Meyerhof (org.). São Paulo: Saraiva, 2010, p. 168).

⁵⁴⁴ “(...) um sistema legal eficiente frequentemente irá optar por uma medida que retorne o réu à situação anterior em vez do autor, quando o réu intencionalmente se apodera de uma titularidade protegida pelas regras de propriedade, em vez de negociar por ela” (Ibidem, p. 186).

⁵⁴⁵ Vale referir que o Projeto de Lei n.º 7.070/2010, de autoria do Deputado Carlos Bezerra, explicitava fórmulas para a repressão à prática de *dumping social*, *in verbis*: “Art. 2º A prática de ‘*dumping social*’ sujeita a empresa a: a) pagamento de indenização ao trabalhador prejudicado equivalente a 100% (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 (um mil reais) por trabalhador prejudicado, elevada ao dobro em caso de reincidência, a ser recolhida ao Fundo de Amparo ao Trabalhador – FAT”. A proposta, todavia, foi rejeitada em 31/01/11, tendo sido arquivada pela Mesa da Câmara dos Deputados. Não há, de fato,

7.7.2.1 Extensão e gravidade da lesão a direitos extrapatrimoniais transindividuais

Os danos sociais decorrentes da prática de *dumping* social estendem-se por toda a coletividade. A nocividade da conduta atinge os empregados cujos direitos laborais foram burlados e as empresas concorrentes do ofensor, as quais são submetidas a condições injustas de disputa por mercado e, por vezes, acabam por valer-se da mesma prática. Numa perspectiva de longo prazo, a precarização das condições de trabalho afeta o poder de compra de diversos setores sociais, fragilizando o mercado consumidor.

Deve o magistrado, aqui, analisar o caráter lesivo que atinge os mais variados setores sociais e, para além disso, considerar o âmbito de incidência do dano. Cumpre-lhe apreciar, para fixar o *quantum* indenizatório, se a lesão é perpetrada somente em dada região ou se se alastra por considerável dimensão territorial, caso em que o dano ultrapassa comunidades locais.

A conduta, cuja gravidade já foi objeto de análise no presente trabalho, reclamará maior rigor em sua reprimenda quanto mais extensa for sua abrangência. Trata-se, pois, de realizar, neste momento, a apreciação da extensão dos danos sob dupla perspectiva: *social e territorial*.

7.7.2.2 Condição econômica do ofensor

Na fixação da indenização, não poderá o magistrado estabelecer valor ínfimo em face do porte econômico do empregador que pratica *dumping* social. Fazê-lo redundaria em não mais do que estimular a continuidade da conduta, cujos resultados, abatida a condenação, representariam ainda a opção financeiramente mais proveitosa, em detrimento da observância dos direitos sociais. Deve-se fazer o *réu* tornar à situação anterior, destituindo-lhe das vantagens provenientes de sua atuação ilícita.

qualquer necessidade de previsão legislativa específica para justificar a aplicação da indenização pela prática de *dumping* social. O ordenamento jurídico brasileiro já possui fundamentos suficientes para o repúdio à conduta e instrumentos para sua repressão. Em verdade, a previsão contida na alínea “a)” do art. 2º poderia redundar em verdadeiro enriquecimento ilícito.

Assim, para imposição da condenação, o juiz, consoante leciona XISTO TIAGO DE MEDEIROS NETO, poderá se valer “de informações patrimoniais, contábeis, bancárias e até fiscais, respeitantes ao ofensor, obtidas por qualquer meio, inclusive mediante requisição aos órgãos competentes (...)”⁵⁴⁶.

De outra parte, não se pode olvidar do princípio da livre iniciativa. Aos princípios deve ser conferida a maior realização possível em cada caso concreto. Em razão disto, a fixação da indenização não pode atingir uma dimensão que inviabilize a própria continuidade da atividade econômica⁵⁴⁷. Neste sentido, SALOMÃO RESEDÁ, discorrendo acerca da aplicação de *punitive damages* em indenizações por dano moral, afirma que

É evidente que o valor do dano moral não deve ser exorbitante a ponto de vir trazer problemas estruturais para o ofensor. Em nenhum momento se busca pregar a idéia de que o ofendido tem o direito de incidir sobre o sujeito passivo de tal forma que este último venha a mergulhar na insolvência ou na falência. Isso não seria uma forma de punição, mas sim de confisco e até mesmo de destruição. Pensar desta maneira seria incentivar o reinado do caos e da insegurança jurídica.⁵⁴⁸

Saliente-se que a discussão acerca do valor da condenação é verdadeira expressão do conflito entre a realização de princípios como a valorização do trabalho humano e a livre concorrência, de um lado, e, de outro, a livre iniciativa. Deve-se, em tais casos, buscar a concordância prática entre os princípios conflitantes⁵⁴⁹.

Neste diapasão, há que se considerar que, ao lado da livre iniciativa, outros princípios – dentre os quais a valorização do trabalho humano – militam em favor da permanência do exercício (conforme ao direito, por óbvio) das atividades econômicas, sendo esta fator de desenvolvimento nacional, promoção de empregos

⁵⁴⁶ MEDEIROS NETO, Xisto Tiago de. Op. cit., p. 164.

⁵⁴⁷ A importância de a indenização imposta não exceder a patamares suficientes para consecução de suas finalidades é destacada em relatório elaborado pela *Law Reform Commission* da Irlanda, citado por ANDRÉ GUSTAVO CORRÊA DE ANDRADE: “Se está claro que o propósito dos *exemplary damages* consiste exclusivamente em punir de forma efetiva o ofensor e dissuadir o ofensor e outras pessoas de praticarem condutas similares no futuro, então o *quantum* de indenização não deve exceder o montante necessário para alcançar esse objetivo em todas as circunstâncias do caso.” (ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. **Indenização Punitiva**. Revista da EMERJ, v. 9, n.º. 36, 2006, p. 167).

⁵⁴⁸ RESEDÁ, Salomão. **A aplicabilidade do *punitive damage* nas ações de indenização por dano moral no ordenamento jurídico brasileiro**. Dissertação de Mestrado apresentada perante o Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia, 2008, p. 292.

⁵⁴⁹ Segundo aduz ANA PAULA DE BARCELLOS, 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).

e realização da dignidade humana. Haverá, pois, o magistrado que observar tais elementos ao fixar o *quantum*.

7.7.2.3 Lucro obtido através da prática de *dumping* social

Importante baliza na fixação da sanção extraordinária por *dumping* social é a verificação, o mais precisa quanto o possível, dos lucros auferidos mediante a conduta. Isto porque, tratando-se de condenação por prática de concorrência desleal, sobreleva que o valor estipulado venha a fulminar o proveito econômico dela decorrente.

Nesse sentido, SALOMÃO RESEDÁ afirma que o *punitive damage*

visa impedir que o lesante lucre com a conduta socialmente reprovável. O montante fixado a título de indenização deve apto a sanar da coletividade qualquer vantagem indevidamente incorporada ao patrimônio do ofensor.⁵⁵⁰

Com efeito, a observância deste critério ressalta a noção de que *o trabalho humano não é mercadoria*, não sendo lícito impor sua precarização como expediente integrante de estratégia comercial de expansão dos lucros. Tutela-se, assim, a determinação constitucional de valorização do trabalho humano. Concomitantemente, afirma-se o respeito ao princípio da livre concorrência, neutralizando o proveito obtido através de violação da livre disputa de clientela.

Convém, destarte, que o magistrado utilize-se das informações mencionadas no tópico anterior como balizas a orientá-lo na fixação da indenização.

7.7.2.4 Grau de culpabilidade do agente

Cogita-se, aqui, de critério intimamente relacionado com o próximo parâmetro a ser analisado, o grau de reprovação social da prática, uma vez que, quanto maior o espectro de culpabilidade, mais intensa será, por óbvio, a obstinação na violação de direitos particularmente consagrados no ordenamento jurídico.

⁵⁵⁰ RESEDÁ, Salomão. Op. cit., p. 303.

Registre-se que o fato de a responsabilidade civil decorrente da prática de *dumping* social ser de índole objetiva não impede a consideração da gravidade da culpa para fixação da sanção extraordinária. Apenas não se exigirá a demonstração da culpa para a imputação da responsabilidade. A dispensa de comprovação de culpa é algo diverso da inexistência de culpa.

Tem-se, por exemplo, que a persistência no desrespeito a certos direitos laborais, mesmo diante de reiteradas decisões de procedência de reclamações trabalhistas que sobre eles versem, pode revelar manifesta intenção de agredir direitos extrapatrimoniais, como meio para obtenção de vantagens concorrenciais. A conduta ilícita, nesses casos, ultrapassa, sem sombra de dúvida, as lides individuais, demonstrando o menoscabo em relação a esses direitos e, mesmo, em relação à autoridade das decisões do Poder Judiciário, o qual vê sua atuação reduzida à mera certificação, em cada caso concreto, da violação à ordem jurídica insistentemente perpetrada por certo agente econômico, sem, contudo, promover a adequada tutela em face dos danos sociais.

Deve-se, assim, impor condenação mais rigorosa quanto mais intenso for o grau de culpabilidade verificado na conduta do ofensor, considerando-se o desprezo demonstrado em face dos mandamentos constitucionais, motivado por questões econômicas.

7.7.2.4 Grau de reprovação social da prática

O dano social, conforme asseverado, não está ligado a “rebaixamento moral” ou ofensa a “sentimentos da coletividade”, bastando, para sua configuração, a violação a direitos transindividuais consagrados no ordenamento jurídico.

Logo, o grau de reprovação social da conduta não há de ser aferido através da investigação de “sentimentos coletivos”, mas em face da peculiar proteção destinada, na ordem jurídica pátria, a tais direitos⁵⁵¹. De fato, o compromisso

⁵⁵¹ Em sentido diverso, XISTO TIAGO DE MEDEIROS NETO sustenta que “[f]acilmente se apreende, de acordo com o que aponta o senso comum, a reprovação social que determinadas condutas ilícitas suscitam, em face do dano observado, à vista do desrespeito a valores fundamentais da coletividade. O órgão judicial será necessariamente o intérprete dessa realidade, a ser tomada como ponto de

solidarista assumido na Carta de 1988 e a consagração constitucional de uma Ordem Econômica fundada na valorização do trabalho e informada pelo princípio da livre concorrência (além, é claro, das determinações constitucionais de proteção ao consumidor e ao meio ambiente) indicam a particular tutela que a atual Carta Política confere aos direitos extrapatrimoniais transindividuais.

Quanto mais intensa a agressão, quanto mais prolongada sua duração e nocivos seus efeitos, maior será o grau de reprovação da prática de *dumping* social em face da proteção aos direitos violados, a reclamar, portanto, resposta mais firme por parte do Judiciário. Nesse sentido, pode-se afirmar que a contratação irregular de estagiários ou a supressão do pagamento da jornada *in itinere* (hipótese, inclusive, analisada adiante), conquanto possam configurar *dumping* social, não serão — ao menos numa visão apriorística, desvinculada de casos concretos — dotadas da mesma magnitude, no tocante à reprovação da conduta, que o *dumping* social praticado mediante a violação a regras de medicina e segurança do trabalho. Neste caso, ao lado do arcabouço normativo já delineado, figurarão outras normas essenciais de proteção ao homem trabalhador, a exemplo do art. 7º, XXII⁵⁵², da Constituição e, mesmo, da incidência particular do princípio da dignidade humana na hipótese aventada⁵⁵³.

Analisados os critérios, cumpre, agora, passar ao exame questão da destinação da verba e, ainda, da possibilidade de imposição de uma condenação *in natura*.

consideração para traduzir-se o critério de justiça exigido na resposta a ser dada” (MEDEIROS NETO, Xisto Tiago de. Op. cit., p. 165).

⁵⁵² Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

(...)

XXII – redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança;

⁵⁵³ É interessante ressaltar, a respeito do reconhecimento da particular proteção constitucional à saúde e à segurança do trabalhador, a recente aprovação de tese da autoria da Juíza Andréa Presas Rocha, do Tribunal Regional do Trabalho da 5ª Região, pela Assembléia Geral da Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho, no XV Congresso Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho, cuja ementa a seguir se transcreve: “Tese 1.5. EMENTA: Adoção pela CF/88 da teoria da eficácia direta e imediata dos direitos fundamentais. Operacionalização de tais direitos, pelo Judiciário, por meio da aplicação das “precedências *prima facie*” e do “método da ponderação”. Situação concreta de lacuna legislativa, em que o empregador, embora dispondo de meios tecnológicos para eliminar a insalubridade, opta por realizar pagamento do adicional correspondente. Possibilidade de efetivação, pelo Judiciário, do direito fundamental a um meio ambiente sadio de trabalho, impondo ao empregador a eliminação da insalubridade”.

7.7.3 Destinação da verba e possibilidade de condenação *in natura*

Reconhecida a possibilidade de fixação de sanção extraordinária por *dumping* social e enfrentados os critérios para sua quantificação, há que se perquirir acerca da destinação da condenação.

Uma primeira solução consiste no direcionamento da sanção extraordinária ao autor da reclamação trabalhista. Não parece, todavia, ser esta a solução mais adequada. Embora do ponto de vista do agressor tal expediente seja indiferente no que diz respeito ao atendimento das funções punitiva e dissuasória da sanção, sua fixação tem por fundamento o cometimento de danos à sociedade. Destiná-la ao reclamante consistiria em solução incoerente com a própria configuração dos danos sociais.

Com efeito, o agente econômico que pratica *dumping* social viola direitos de natureza extrapatrimonial metaindividual consagrados no ordenamento jurídico. O bem jurídico tutelado, ao aplicar-se a condenação em comento, não é de ordem individual. A reparação dos danos desta natureza sofridos pelo demandante há de ser realizada nos moldes tradicionais, com o pagamento das verbas trabalhistas que lhe foram negadas e, se for o caso, com a imposição de indenização por danos morais. Entretanto, não se coaduna com a própria construção da figura dos danos sociais a pretensão de tutelar direitos transindividuais através da destinação do valor da condenação ao autor da demanda laboral⁵⁵⁴. A cuidadosa análise, afirma-se aqui, dos fundamentos para aplicação de *punitive damages* em hipóteses de ocorrência de *dumping* social revela que não há sentido em destinar o *quantum* fixado ao reclamante, destituído de legitimidade para perceber o valor, configurando-se verdadeira deturpação da utilização da penalidade.

Diante de tais considerações, outra solução parece ser a mais consentânea com os fundamentos da indenização em análise. Trata-se da destinação do valor a um

⁵⁵⁴ Discorrendo acerca da aplicação de indenização punitiva nas hipóteses de ocorrência do denominado dano moral coletivo, XISTO TIAGO DE MEDEIROS NETO afirma seus objetivos são, principalmente, o “sancionamento exemplar ao ofensor, e também render ensejo, por lógico, para se conferir destinação de proveito coletivo ao dinheiro recolhido, o que equivale a uma reparação traduzida em *compensação indireta* para a coletividade.” (grifo no original) (MEDEIROS NETO, Xisto Tiago de. **Dano Moral Coletivo**. 2 ed. São Paulo: LTr, 2007, p. 167).

fundo. Tal posicionamento, impende ressaltar, é sustentado por JUNQUEIRA DE AZEVEDO no tocante à reparação de danos sociais⁵⁵⁵.

Precisamente esta é a determinação constante na Lei nº. 7.347/1985, no tocante à destinação de verba imposta em sede de ação de civil pública, para proteção de direitos transindividuais, consoante se infere do seu art. 13, *caput*:

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.

O fundo mencionado no dispositivo normativo em apreço encontra-se, atualmente, regulado pelo Decreto Federal nº. 1.306/1994 e pela Lei nº. 9.008/1995, tendo-se-lhe atribuído a denominação de “Fundo de Defesa de Direitos Difusos”. Não obstante a previsão, constante na Lei nº. 7.347/1985, de condenação com esta destinação, a existência de fundo especificamente voltado à promoção de direitos laborais conduz à conclusão de sua legitimidade como destinatário da indenização pela prática de *dumping* social. Trata-se do Fundo de Amparo ao Trabalhador (FAT), instituído pela Lei nº. 7.998/1990⁵⁵⁶.

Nesta ordem de idéias, sustentando a adequação da destinação ao FAT de indenizações punitivas decorrentes de lesões a direitos transindividuais, XISTO TIAGO DE MEDEIROS NETO assevera que a “especialização e a compatibilidade do referido Fundo com a natureza do interesse trabalhista tutelado ensejam, pois, que para ele se direcione a parcela da condenação judicialmente fixada a título de dano moral coletivo”⁵⁵⁷.

Ademais, para além de a natureza do Fundo de Amparo ao Trabalhador ser intimamente relacionada com a questão dos danos sociais decorrentes de violações

⁵⁵⁵ AZEVEDO, Antonio Junqueira de *apud* SILVA, Flávio Murilo Tartuce. **Reflexões sobre o dano social.** Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=3537. No mesmo sentido: VIOLA, Rafael. O papel da responsabilidade civil na tutela coletiva. O papel da Responsabilidade Civil na Tutela Coletiva *in* TEPEDINO, Gustavo et. al. (Org.). **Diálogos sobre Direito Civil.** vol. II. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 404 e BESSA, Leonardo Roscoe. Dano Moral Coletivo. **Revista da EMERJ**, v. 10, nº. 40, 2007, p. 280, embora este opte por utilizar a expressão danos extrapatrimoniais para designar os danos a direitos transindividuais.

⁵⁵⁶ Outros fundos, voltados à proteção do homem-trabalhador e promoção de sua dignidade, podem ser beneficiados, também, com a destinação de recursos. Um exemplo é o Fundo de Promoção do Trabalho Decente – FUNTRAD, criado na Bahia através da Lei estadual n.º 12.356/11, destinado ao financiamento de ações de promoção do trabalho decente, no âmbito do Programa Bahia do Trabalho Decente.

⁵⁵⁷ MEDEIROS NETO, Xisto Tiago de. Op. cit., p. 168.

a direitos laborais, importa rememorar que, dentre seus objetivos, está o incentivo a medidas de desenvolvimento econômico⁵⁵⁸, corroborando com a tese de sua maior adequação como destinatário da indenização pela prática de *dumping* social.

Assim, malgrado a condenação não seja fixada em sede de ação civil pública, poderá o magistrado trabalhista, analogicamente, valer-se da previsão, constante na Lei nº. 7.347/1985, de destinação da indenização voltada à tutela de direitos transindividuais a um fundo criado para financiar a “reconstituição” dos bens lesados e para a promoção de tais direitos, fundo este que, no que diz respeito aos danos sociais gerados por lesões a direitos laborais, será o FAT. E assim o fará para viabilizar a adequada tutela dos direitos violados, diferentemente do que ocorreria acaso a verba fosse direcionada para o autor da demanda individual.

Outra possibilidade consiste na imposição de uma condenação *in natura*. Neste caso, o réu seria compelido a realizar uma prestação material em favor da sociedade, não a pagar um valor a fundo.

As considerações a respeito dos critérios de fixação do *quantum* da sanção valem também aqui. É através deles que se poderá determinar a extensão de eventual condenação material⁵⁵⁹.

Não obstante, não se estará objetivando restabelecer o *status quo ante*, em face da própria natureza dos direitos em questão, conforme já se assinalou. Consectário lógico da impossibilidade de quantificação dos *danos* é o obstáculo intransponível de sua compensação. Perpetrado o dano, afigura-se inviável retornar à situação pretérita à lesão, persistindo seus efeitos relativamente aos direitos violados.

Em razão disso, sustenta-se aqui que, embora os legitimados possam formular pedido de condenação material ou o magistrado possa fixá-la *ex officio*, não há, especificamente no caso dos danos sociais, precedência desta modalidade de sanção em detrimento da sanção pecuniária⁵⁶⁰.

⁵⁵⁸ Art. 10. É instituído o Fundo de Amparo ao Trabalhador (FAT), vinculado ao Ministério do Trabalho, destinado ao custeio do Programa de Seguro-Desemprego, ao pagamento do abono salarial e ao financiamento de programas de desenvolvimento econômico.

⁵⁵⁹ XISTO TIAGO DE MEDEIROS NETO indica como exemplos da “reparação” *in natura* a retratação pública em casos de discriminação e a determinação, no Direito do Consumidor, de realização de contrapropaganda (Op. cit., p. 174).

⁵⁶⁰ LUIZ GUILHERME MARINONI afirma que, como regra geral, quando “o lesado pode requerer tutela ressarcitória na forma específica ou tutela ressarcitória pelo equivalente pecuniário, ele poderá optar sempre pela primeira, salvo as hipóteses de excessiva onerosidade (...). Isto quer dizer que, nos

Há, então, uma possibilidade alternativa de sancionamento, que se realizará através, exemplificativamente, mediante a determinação de oferecimento de cursos de qualificação profissional, seminários sobre saúde e segurança no trabalho e construção de espaços destinados a abrigar tais eventos.

Caberá aos legitimados requerer — e, se for o caso, ao magistrado impor —, analisando as peculiaridades do caso e a extensão e gravidade do dano, a condenação em uma ou outra modalidade, de acordo com a tutela que se revele mais adequada.

Por tais meios, não apenas serão alcançadas as finalidades da fixação da sanção, como também serão viabilizados atos concretos no sentido da valorização do labor humano.

Delineados os aspectos gerais da sanção extraordinária pela prática de dumping social, importa, agora, examinar um caso concreto, aplicando as considerações formuladas.

7.7.4 Estudo de caso

O Ministério Público do Trabalho ajuizou Ação Civil Pública em face da VALE S.A. e diversas outras empresas, prestadoras de serviços perante aquela, postulando, entre outros pedidos, a inclusão do cômputo das horas *in itinere* na jornada dos seus empregados, com os respectivos consectários legais e convencionais, inclusive para fins de configuração de horas extraordinárias, e a condenação da VALE S.A. no pagamento de R\$ 100.000.000,00, a título de dano moral coletivo.

Na sentença⁵⁶¹, encontra-se longa fundamentação acerca da tese da aplicabilidade de indenizações pela prática de *dumping* social. Na seqüência, o magistrado afirma a existência de reiteradas violações de direitos laborais pela reclamada, havendo sido propostas, em 2009, 6.761 reclamações trabalhistas versando sobre jornada

casos em que a tutela ressarcitória na forma específica é, concretamente, possível, ela somente será excluída por opção do próprio lesado, ou quando o ressarcimento na forma específica, ainda que possível, não for justificável ou racional, em vista da sua excessiva onerosidade (...)” (MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria geral do processo**. 6. ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 161).

extraordinária. A VALE S.A., segundo o juiz, pratica sistemáticas agressões a direitos trabalhistas, obtendo, com isso, redução nos custos de produção, prejudicando a livre concorrência. A conduta reiterada consiste no não pagamento das horas *in itinere* aos empregados (aproximadamente uma hora para ir até a cidade e, de lá, duas horas para chegar à mina de ferro N4, de Carajás, e outras tantas horas para voltar para suas casas). Utilizando-se o valor do salário mínimo (R\$ 510,00) como base cálculo — inferior, inclusive, às médias salariais efetivamente pagas na região — e considerando que cerca de dez mil trabalhadores laboram perante a tomadora VALE S.A. (número, em verdade, correspondente talvez a apenas metade da quantidade real de trabalhadores), o magistrado calcula que a “sonegação” da referida verba representa uma economia mensal de R\$ 2.231.000,00 (dois milhões, duzentos e trinta e um mil e duzentos reais). Tendo-se em conta o período imprescrito, estar-se-ia diante, calculando-se somente o valor principal, do montante de R\$ 133.872.000,00 (cento e trinta e três milhões, oitocentos e setenta e dois mil reais). Além disso, avança o juiz, com a jornada extraordinária em turnos ininterruptos, sendo efetuado apenas o pagamento de adicional de turno, a VALE S.A. obtém, no período imprescrito, uma redução de custos na dimensão de R\$ 70.227.000 (setenta milhões, duzentos e vinte e sete mil reais). Diante de tais valores, afirma o juiz que

a VALE S. A. aumentou arbitrariamente os seus lucros em R\$204.099.000,00(duzentos e quatro milhões e noventa e nove mil reais) à custa dos salários, prejudicando não somente trabalhadores, mas suas próprias contratadas - que por essa verba não podiam pleitear – e as concorrentes da produção mineral que tem como objeto social – pelo *dumping* social praticado.

Discorrendo acerca da capacidade econômica da tomadora, o juiz informa que, segundo o sítio desta, seu lucro líquido, em 2009, foi de R\$ 10,249 bilhões. Em face desses elementos, fixou-se a condenação em danos morais coletivos, requerida pelo Ministério Público do Trabalho, em R\$ 100.000.000,00 (cem milhões de reais) e a indenização pela prática de *dumping* social, *ex officio*, em R\$ 200.000.000,00 (duzentos milhões de reais), destinados ao Fundo de Amparo ao Trabalhador⁵⁶².

Verifica-se, aqui, a indicação específica de critérios na determinação do *quantum* da condenação. A decisão fundamentou a aplicabilidade da indenização por *dumping*

⁵⁶¹ TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 8ª REGIÃO. Processo: 0068500-45.2008.5.08.0114. Juiz JÔNATAS DOS SANTOS ANDRADE. Data de Publicação: 10/03/2010.

⁵⁶² Posteriormente, foi celebrado acordo judicial, pondo fim ao litígio.

social, bem como demonstrou a reiterada e expressiva lesão à ordem econômica e à dignidade humana decorrente da conduta da VALE S.A..

A empresa, consoante informado, mesmo diante de milhares de reclamações trabalhistas sobre a mesma matéria, optou por insistir nas violações a direitos laborais, comportamento que só se pode justificar — parece evidente — pelos exorbitantes lucros obtidos através do *dumping* social. Precisamente com base numa estimativa mínima destes é que se fixou o valor da indenização. Malgrado haja se valido de dados financeiros para fixar o *quantum*, essas informações não corresponderam completamente à realidade econômica do evento. Uma alternativa proveitosa seria a designação de perito contábil para elaboração de uma avaliação o mais exata possível acerca das repercussões da ausência de pagamento das mencionadas verbas trabalhistas, considerando-se as efetivas remunerações, bem como aplicando-se os correspondentes juros e correção monetária. Deste modo, seria acentuado o desestímulo à continuidade da prática, neutralizando sua motivação: o proveito econômico injusto, em detrimento da observância dos ditames constitucionais da Ordem Econômica.

Não se olvidou, ainda, o magistrado de considerar o valor estipulado em face da capacidade econômica do ofensor, impondo verba que, estreme de dúvidas, não inviabilizará a continuidade de sua atividade econômica.

Ademais, a condenação foi, com lucidez, dirigida ao Fundo de Amparo ao Trabalhador.

A partir das considerações explicitadas ao longo do presente trabalho e da análise de sua aplicação a um caso concreto, afigura-se a sanção extraordinária como mecanismo viável para repressão à prática de *dumping* social e resguardo dos direitos transindividuais consagrados pela Constituição.

8 CONCLUSÕES

- A partir das ponderações desenvolvidas ao longo deste trabalho, é possível declinar as seguintes conclusões:
- Na perspectiva do positivismo jurídico, a validade do direito depende do atendimento a requisitos formais, não materiais. É precisamente essa rejeição da incorporação de valores ao direito que fundamenta, para o positivismo, a inexistência de uma vinculação entre direito e moral.
- Os fatos históricos revelaram a insuficiência do paradigma positivista, reclamando sua superação. Exatamente neste contexto despontou aquilo que seria denominado de pós-positivismo, com destaque para as construções doutrinárias engendradas no continente europeu. O pós-positivismo não corresponde a uma corrente doutrinária uniforme, mas reúne os esforços teóricos de diversos juristas preocupados com o desenvolvimento de novos paradigmas no direito, aptos à produção de justiça e realização da dignidade humana.
- ROBERT ALEXY afirma a existência de uma vinculação necessária entre direito e moral, de modo a incluir, no conceito daquele, a correção material. Para sustentar esse posicionamento, o jurista alemão vale-se de três pilares: a tese da pretensão de correção, a teoria dos princípios e a tese do caso especial.
- Afirma-se neste trabalho que os órgãos do Poder Judiciário devem se orientar por uma ética da responsabilidade, de índole formal, dotada de tríplice dimensão. Trata-se de ética formal, com caráter procedimental, que, diversamente das vertentes materiais da ética, consegue compreender o pluralismo e a historicidade do fenômeno moral, de modo a viabilizar a pretensão universalizante desejada pela ética.
- A tríplice dimensão da referida ética da responsabilidade refere-se à pretensão de correção, ao dever de fundamentação e à garantia de efetiva participação dos envolvidos, oportunizando-lhes a manifestação.
- Define-se, neste trabalho, ativismo judicial como o atendimento à ética da responsabilidade, imposta ao magistrado, em sua tríplice dimensão.

- O aparecimento de monopólios e oligopólios, a formação de cartéis, os reiterados abusos do poder econômico cometidos por entidades detentoras de elevada concentração de capital, os desequilíbrios do sistema financeiro, bem como o estado de preocupante fragilização social verificados no início do século XX conduziram à inserção nos ordenamentos jurídicos de normas voltadas ao direcionamento da economia.
- A Constituição Econômica consiste, sucintamente, no conjunto de regras e princípios reguladores da economia.
- A Constituição Federal de 1988, em seu Título VII, procede à regulação da Ordem Econômica. O art. 170 inicia o Título, enunciando como suas bases a valorização do trabalho humano e a livre iniciativa.
- A tutela da livre iniciativa atendeu aos anseios da recém-formada classe burguesa, condutora das Revoluções Liberais que marcaram o século XVIII. No contexto de ruptura com o Antigo Regime, a noção de liberdade tornou-se verdadeiro fator definidor do projeto ideológico, político e econômico que então se implantava.
- Com o decurso do tempo, todavia, a ampla consagração da liberdade de atuação no mercado permitiu o surgimento de estruturas empresariais diferenciadas, caracterizadas pela alta concentração de capital. Nesta nova realidade, assegurar a livre iniciativa passou a significar também a repressão a atos de abuso de poder econômico que impedissem o efetivo acesso dos particulares à atuação no mercado.
- A livre iniciativa não é somente livre iniciativa do particular no desenvolvimento de empresa, alcançando a iniciativa cooperativa, a iniciativa autogestionária e a iniciativa pública.
- A livre iniciativa, na estrutura econômica engendrada pela Constituição de 1988, somente pode ser considerada legitimamente exercida quando voltada à realização da dignidade humana e à promoção de justiça social.
- Sinteticamente, a liberdade de empresa consiste na faculdade de dar início e desenvolver um conjunto de atividades de natureza econômica no mercado e, ainda, de encerrar tais atividades.

- O constituinte consagrou como finalidades da Ordem Econômica a realização da dignidade humana e de justiça social.
- O conteúdo do princípio da dignidade humana expressa, ao menos, três aspectos básicos: a) a vedação a condutas humilhantes ou degradantes; b) a garantia de autonomia do ser humano em suas escolhas, liberdade esta que se há de coadunar com a idéia de convivência em sociedade; c) diversos princípios materiais decorrem do princípio da dignidade humana, como condição para sua realização, dentre os quais é possível assinalar aqueles atinentes à própria personalidade dos sujeitos.
- A realização de justiça social traduz a pretensão de distribuição mais equânime das riquezas entre os agentes sociais, relacionando-se com o objetivo constitucional de reduzir desigualdades entre classes e entre regiões do País.
- O princípio da livre concorrência, constitucionalmente consagrado, consiste na possibilidade de os particulares competirem, objetivando alcançar lucro e contribuindo para o desenvolvimento — econômico e social — da nação.
- A Constituição do Trabalho corresponde ao conjunto de normas constitucionais reguladoras do trabalho humano.
- O trabalho não deve ser visto como mero fator de produção, mas como fator de realização e satisfação pessoal daquele que o empreende.
- Nos casos de constitucionalização simbólica, o constituinte está apenas a *simular o atendimento à pretensão de correção*, uma vez que supõe ser, do ponto de vista prático, vazio o seu conteúdo.
- Não é tarefa do Poder Judiciário assegurar eventual caráter simbólico de dispositivos constitucionais. Incumbe-lhe, isto sim, observar a força normativa da Constituição.
- O progressivo reconhecimento das fragilidades do positivismo jurídico redundou, consoante asseverado, em variadas reações acadêmicas em torno do mundo. Nos Estados Unidos, a ampla aceitação de que gozava o utilitarismo filosófico favoreceu a receptividade, a partir da década de 1920, de um conjunto de idéias que, posteriormente, viria a ser denominado de Realismo Jurídico. As linhas mestras deste movimento foram construídas, sobretudo, nas faculdades de Columbia e Yale.

- A partir das contribuições teóricas de seus “pais fundadores”, o *American Legal Realism* firmou-se como uma linha de pensamento jurídico (não homogênea, ressalte-se) que rejeitava o formalismo e o hermetismo característicos das teorias então em voga e negava a tese da possibilidade de oferecimento de uma única solução para os litígios, encontrada a partir de premissas abstratas.
- *Law and Economics* consiste na aplicação ao Direito de aportes teóricos oriundos das ciências econômicas, viabilizando 1) a compreensão do ordenamento jurídico como estrutura de incentivos ao comportamento humano; 2) o esclarecimento das conseqüências dos comandos legais e judiciais, assumindo relevância no próprio processo de elaboração destes.
- As conseqüências das leis e das decisões judiciais assumem, nesta visão, uma relevância até então negligenciada na tradicional teoria do Direito. Concomitantemente, consagra-se a rejeição da ilusão de que a técnica jurídica, empregada de modo isolado, é suficiente para a solução dos conflitos sociais, reconhecendo-se a relevância de aportes teóricos de outras áreas do saber para o desenvolvimento de respostas mais completas e vinculadas à realidade social.
- Em sua abordagem, a Análise Econômica do Direito assume como pressuposto o individualismo metodológico, consistente na presunção de que os comportamentos coletivos são um produto do conjunto de ações de todos os membros dessa coletividade.
- A ação correspondente à escolha realizada por cada sujeito é uma imposição de uma realidade fática em que os bens não são suficientes para atender, ao mesmo tempo, integralmente as necessidades de todos os membros da sociedade. A escassez de recursos é, pois, um dado com que o indivíduo tem de conviver e a partir do qual deve planejar seu comportamento e orquestrar suas relações sociais.
- Não apenas as normas jurídicas atuam como incentivos à conduta humana, mas também os símbolos e as normas sociais, uma vez que geram expectativas quanto à confiabilidade na realização de dada ação, bem como, muitas vezes, acabam implicando sanções informais, nas hipóteses de sua violação. Note-se que o próprio Direito se apercebe da importância dessa regulação informal como parâmetro de comportamento dos sujeitos

- O mercado consiste em um complexo de mecanismos que viabilizam o livre intercâmbio de recursos entre compradores e vendedores. O ambiente de mercado deve ser raciocinado como aquele em que é possível a aproximação de interesses e a obtenção de utilidades através da liberdade de decisão dos sujeitos, sendo as operações de cunho financeiro apenas uma de suas possíveis modalidades.
- Na denominada *eficiência de Kaldor-Hicks*, o que se analisa, percebe-se, é o efeito líquido global da alteração, de modo que se o excedente gerado em favor dos beneficiados permite, além da melhoria da utilidade destes, a compensação dos prejudicados, ela será considerada mais eficiente que a situação pretérita.
- Não se deve abraçar a idéia temerária de que eficiência e justiça seriam valores antitéticos. Seguramente, em muitas hipóteses a solução mais eficiente se identificará com a mais justa, mas, mesmo nos casos nos quais isto não se verifique, o instrumental econômico possuirá, em alguma dimensão, utilidade para subsidiar decisões que, fundadas na justiça, afastam a solução reputada mais eficiente.
- Denomina-se de Teoria dos Jogos a área do conhecimento que, através do raciocínio matemático e econômico, estuda o comportamento dos agentes em contextos de interação.
- Para a economia, o *dumping* é definido como discriminação de preços entre mercados.
- Para o direito, o *dumping* reprovável consiste na venda de mercadorias a preços inferiores àqueles normalmente praticados no mercado, provocando danos materiais à indústria doméstica existente ou inibindo seu desenvolvimento.
- *Dumping* social pode ser definido como a modalidade de concorrência desleal consistente na venda de mercadorias a preços inferiores àqueles normalmente praticados pelo mercado, obtidos mediante a reiterada utilização de mão-de-obra em condições inadequadas a padrões laborais mínimos, gerando danos sociais.
- A concorrência desleal configura-se com a utilização, por parte do empresário, de meios inidôneos para vencer seus concorrentes na atração da clientela.
- No *dumping* social, uma conduta isolada não será idônea a provocar o dano social característico dessa modalidade de *dumping*. Para que esta se configure, é necessária a continuidade da prática ilícita no tempo.

- Tratando-se da prática de *dumping* social no interior de um mesmo país, será, *a priori*, o ordenamento jurídico deste que definirá os direitos a serem observados na relação entre capital e trabalho. A grande dificuldade surge quando se está diante do comércio internacional, para o estabelecimento dos chamados *labour standards*. Não há consenso entre países desenvolvidos e subdesenvolvidos sobre quais direitos trabalhistas devem ser universalmente reconhecidos e em que extensão.
- Eventuais assimetrias no custo da mão-de-obra existentes entre diferentes regiões de um país ou entre países distintos não configuram *dumping* social. Tais distinções são decorrência, em geral, do nível de desenvolvimento sócio-econômico de determinado local, bem como da qualificação profissional de seus trabalhadores.
- No *dumping* social, verifica-se a falência de empresas incapazes de competir com os reduzidos preços pelos quais são oferecidos os produtos do agente econômico que pratica essa modalidade de concorrência desleal. Em consequência, ocorre o aumento da taxa de desemprego. Além da redução de postos de trabalho, muitas empresas tendem a acompanhar a “estratégia” de descumprimento de direitos trabalhistas. A precarização do poder de compra do mercado consumidor, decorrente desses fatores, completa o quadro necessário à instauração de um estado de recessão econômica.
- Os instrumentos frequentemente utilizados, no âmbito internacional, para reprimir o *dumping* social são o Selo Social, o *Global Compact*, das Nações Unidas, o ISO Social, os códigos de conduta e as cláusulas sociais.
- A expressão *soft law* diz respeito a declarações e documentos que estabelecem princípios e parâmetros que os Estados desejam alcançar quanto à promoção de direitos sociais, enquanto *hard law* consistem em normas de maior rigidez.
- O Selo Social consiste na vinculação de uma “etiqueta social” a produtos e marcas de empresas que, havendo voluntariamente aderido ao sistema, demonstrem a observância de normas laborais consideradas fundamentais.
- O *Global Compact* é um projeto desenvolvido pela Organização das Nações Unidas, a partir de 1999, visando à incorporação de princípios de responsabilidade humanitária, social e ambiental ao planejamento estratégico das companhias transnacionais.

- O ISO Social é um certificado conferido com base na apreciação, através de um programa de qualidade, da concretização de parâmetros laborais básicos, fixados pela OIT, e compromissos assumidos por empresas transnacionais em seus códigos de conduta.
- Códigos de conduta consistem em declarações através das quais empresas assumem voluntariamente o compromisso de observância de padrões laborais mínimos, consagrando princípios e práticas corporativas que deverão ser seguidas tanto pelos atores internos da própria estrutura empresarial quanto pelas subcontratadas com as quais mantiverem relação.
- Cláusulas sociais são dispositivos inseridos em tratados ou acordos internacionais, por meio dos quais as partes contratantes comprometem-se a cumprir determinados direitos sociais.
- A Organização Internacional do Trabalho figura como o mais adequado foro para apreciar questões relativas às cláusulas sociais, em razão de ser, do ponto de vista da representatividade, a organização com maior legitimidade decisória, por já lidar com a questão da concorrência desleal através de práticas de *dumping* social, e pelo importante papel por ela desempenhado na uniformização de padrões laborais.
- O simples fato da convivência em sociedade é suficiente para o surgimento de conflitos entre seus membros. Para além da inexorável escassez de recursos para o atendimento da integralidade das demandas, há que se considerar que, em muitos casos, o comportamento humano é motivado por fatores deveras incongruentes com a desejável harmonia social. Qualquer que seja a estrutura social de que se cogite, o conflito intersubjetivo será um dado a ser administrado. Precisamente por isso, reconheceu-se a um ente imparcial o poder/dever de decidir a quem assiste a razão, isto é, de dizer o direito.
- A responsabilidade civil consiste na conseqüência lógico-normativa de dado ato ilícito, logo, sua natureza jurídica é de sanção. Assim, a natureza jurídica da responsabilidade civil é de sanção, não de pena. A constatação, todavia, de que ela (a responsabilidade civil) é a conseqüência lógico-normativa de certa conduta nada diz, rigorosamente, acerca das finalidades ou funções que lhe sejam atribuídas. O que não se deve é confundir natureza jurídica com função.

- Danos materiais consistem em dano emergente — aquilo que efetivamente se perdeu — e lucros cessantes — aquilo que razoavelmente deixou-se de auferir.
- Danos morais, por sua vez, têm sido recentemente compreendidos como a violação da cláusula geral, presente no ordenamento jurídico, de tutela da pessoa humana.
- Reputa-se, pois, insubsistente a noção de dano moral coletivo consistente na ofensa a “sentimentos da sociedade” ou ao “espírito da coletividade”, devendo-se evitar a utilização da terminologia “dano moral coletivo”, em razão da incoerência entre a construção jurídica do dano moral e a específica natureza dos direitos transindividuais. Em lugar de tal concepção, revela-se mais adequada a adoção da categoria jurídica dos danos sociais.
- Neste diapasão, é imperioso o reconhecimento da função punitiva da responsabilidade civil. Não admitir a necessidade de atribuição de caráter punitivo em sanções aplicadas em decorrência de condutas dotadas de elevado grau de reprovação social significa ignorar as novas configurações das relações sociais e a noção de solidariedade presente nos ordenamentos ocidentais contemporâneos. Implica, ademais, desprezar a idéia de eficiência como parâmetro legítimo a ser utilizado na responsabilidade civil.
- A utilização de *punitive damages* no direito norte-americano não configura uma institucionalização do caos e da insegurança jurídica. O que ocorre, em verdade, é a limitação de seu emprego a situações excepcionais, justificadoras de uma tutela mais severa por parte do Poder Judiciário, como situações de graves proporções sociais ou de reiteração evidenciadora do descaso do agente em relação às normas jurídicas. Nada mais é, portanto, do que o manejo de um instituto de maneira razoável e ponderada.
- Verifica-se que cinco têm sido os critérios consagrados para fixação do valor da condenação: a extensão e gravidade do dano, a condição econômica do ofensor, o lucro obtido através da conduta ilícita, o grau de culpabilidade do agente e o grau de reprovação social da prática.
- O caráter punitivo das sanções revela-se, em verdade, especialmente vocacionado como instrumento para reprimir danos de ordem transindividual.

- A prática de *dumping* social configura-se como verdadeiro atentado à Ordem Econômica constitucional e ao modelo de capitalismo escolhido pelo constituinte.
- A tese da aplicação de sanções extraordinárias em razão da prática de *dumping* social alicerça-se em diversos fundamentos presentes no ordenamento jurídico pátrio. Dentre as normas-regras, estão os artigos 652, d), e 832, § 1º, da CLT, e o art. 404, parágrafo único, do Código Civil. Dentre as normas-princípios, encontram-se a dignidade da pessoa humana, a valorização do trabalho humano, a justiça social e a livre concorrência.
- A postura judicial diante de hipóteses de cometimento de danos sociais deve estar dirigida a ultrapassar os aspectos individuais da lide sob apreciação e promover a adequada tutela dos danos no contexto dos quais a demanda individual está inserida. Investido do poder-dever de aplicar o direito e realizar a Constituição, pode o magistrado fixar, *ex officio*, sanção extraordinária pela prática de *dumping* social.
- Na condenação imposta pelo magistrado, a fundamentação deverá ser específica, demonstrando às partes o desenvolvimento do raciocínio judicial que conduziu ao estabelecimento de certo *quantum*, como verdadeiro requisito de legitimidade da condenação.
- Assim, em face de tudo o que foi exposto, conclui-se no sentido da viabilidade da imposição, *ex officio* pelo juiz, de sanções extraordinárias em hipóteses de ocorrência de *dumping* social, como meio para realizar os princípios consagrados na Constituição relativamente à Ordem Econômica, particularmente a valorização do trabalho humano e a livre concorrência.

BIBLIOGRAFIA

ALEXY, Robert. **Conceito e validade do direito**. Tradução de Gercélia Batista de Oliveira Mendes. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

_____. **Constitucionalismo discursivo**. Trad. Luís Afonso Hech. 2. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008.

_____. Problemas da teoria do discurso *in* **Direito, razão, discurso: estudos para a filosofia do direito**. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

_____. **Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica**. Trad. Manuel Atienza. Disponível em: http://bib.cervantesvirtual.com/Buscar.html?articulos=1&portal=4&op_frase0=and&etiqueta0=text&texto0=&op_frase1=and&etiqueta1=autoresarticulo_MARC21&texto1=allexy&enviar=Buscar.

_____. Sobre a Estrutura dos Princípios Jurídicos *in* **Revista Internacional de Direito Tributário**. v. 3, jan/jun. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

_____. **Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica**. Tradução de Zilda Hutschison Schild Silva; revisão técnica da tradução e introdução à edição brasileira de Claudia Toledo. 3. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

_____. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALMEIDA, Guilherme Assis de; BITTAR, Eduardo C. B. **Curso de Filosofia do Direito**. São Paulo: Atlas, 2007

AMARAL JÚNIOR, Alberto do. Cláusula social: um tema em debate. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília. a. 36, nº. 141, jan./mar. 1999.

ANDONOVA, Veneta; ARRUÑADA, Benito. Instituições de mercado e competência do Judiciário. **Direito e Economia: Análise Econômica do Direito e das Organizações**. ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Rachel (Orgs.). Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

ANDRADE, André Gustavo. **Dano moral & indenização punitiva: os *punitive damages* na experiência do *commom law* e na perspectiva do direito brasileiro.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

_____. Indenização Punitiva *in* **Revista da EMERJ**, v. 9, nº. 36, 2006.

ANDRADE, Everaldo Gaspar Lopes de. Crises dos modelos capitalistas e do mercado laboral. **Revista LTr**, vol. 58, nº. 7, jul./1994.

ARAÚJO, Fernando. Uma análise económica dos contratos – a abordagem económica, a responsabilidade e a tutela dos interesses contratuais. **Direito & Economia**. TIMM, Luciano Benetti (Org.). Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008.

ARRUDA, Gustavo Fávoro. Entendendo o dumping e o direito antidumping. **Revista de Direito da Concorrência**, nº. 7, jul./set. 2005.

AZEVEDO, Paulo Furquim de; SZTAJN, Rachel, ZYLBERSZTAJN, Décio. Economia dos Direitos de Propriedade. **Direito e Economia: Análise Econômica do Direito e das Organizações**. ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Rachel (Orgs.). Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

BACON, Francis. **Novum Organum**. Tradução e notas: José Aluysio Reis de Andrade. Coleção Os Pensadores. São Paulo: Editora Nova Cultural, 1997.

BALKIN, Jack. *The "Bad Man", the Good, and the Self-Reliant*, 78 B.U. **L. Rev.** 885 (1998). Disponível em: <http://www.yale.edu/lawweb/jbalkin/balkbibl.htm>. Acesso em: 15 nov. 2011.

BARBAGELATA, Héctor-Hugo. **O particularismo do Direito do Trabalho**. Revisão técnica Irany Ferrari. Tradução de Edilson Alkmin Cunha. São Paulo: LTr, 1996.

BARCELLOS, Ana Paula de. **Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Disponível em:

<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>.

Acesso em 06 de maio de 2012.

BERTOLDI, Marcelo M.; RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. **Curso Avançado de Direito Comercial**. 5ª ed., rev. e atual. Ed. Revista dos Tribunais. São Paulo, 2009.

BESSA, Leonardo Roscoe. Dano Moral Coletivo. **Revista da EMERJ**, v. 10, nº. 40, 2007.

BIERMAN, H. Scott; FERNANDEZ, Luis. **Teoria dos Jogos**. Tradução de Arlete Simille Marques. Revisão técnica de Décio Katsushigue Kadota. 2. ed. São Paulo: Pearson Prentice Hall, 2011.

BITTAR FILHO, Carlos Alberto. **Do dano moral coletivo no atual contexto jurídico brasileiro**. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 9, n. 559, 17 jan. 2005. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6183>.

BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito**. Tradução de Daniela Beccaccia Versiani; Revisão técnica de Orlando Seixas Bechara, Renata Nagamine. São Paulo: Manole, 2007.

_____. **O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito**. Tradução e notas de Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995.

BOCORNY, Leonar Raupp. **A valorização do trabalho humano do Estado Democrático de Direito**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 14. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2004.

BRITO, Edvaldo. **Reflexos jurídicos da atuação do estado no domínio econômico: Desenvolvimento econômico. Bem-estar social**. São Paulo: Saraiva, 1982.

BUELGA, Gonzalo Maestro. **La constitución del trabajo en el Estado Social**. Granada: Comares, 2002.

BUNGE, Mario. **La investigación científica: su estrategia y su filosofía**. 3 ed. México: Siglo XXI Editores, 2004.

CAHALI, Yussef Said. **Dano moral**. 3. ed. São Paulo: RT, 2005.

CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. **Hermenêutica e Argumentação**: uma contribuição ao estudo do direito. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

CAMARGO, Ricardo Antônio Lucas. **Ordem jurídico-econômica e trabalho**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998.

CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed., Coimbra: Almedina, 2006.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1993.

COMA, Martin Bassols. **Constitución y Sistema Económico**. 2 ed. Madri: Tecnos, 1988.

COMPARATO, Fábio Konder. O papel do juiz na efetivação dos direitos humanos *In: Direitos Humanos: visões contemporâneas*. São Paulo: AJD, 2001.

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.

CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. Responsabilidade por Dano Não-Patrimonial a Interesse Difuso (Dano Moral Coletivo) *in Revista da EMERJ*, v. 3, n. 9, 2000.

CARVALHO, Vinícius Marques de. Aspectos históricos da defesa da concorrência *in Nova Lei de Defesa da Concorrência Comentada: Lei 12.529, de 30 de novembro de 2011*. CORDOVIL, Leonor (*et al.*). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. São Paulo: Malheiros, 2002.

CONTRERAS, Sergio Gamonal. *La cláusula social en el tratado de libre comercio entre Chile y Estados Unidos de norteamérica*. **Revista de Direito do Trabalho**, ano 34, nº. 129, jan./mar. 2008.

COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Direito & Economia**. 5 ed. Porto Alegre: Bookman, 2010.

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

CORTINA, Adela. **Ética sem moral**. Tradução de Marcos Marcionilo. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

COULON, Fabiano Koff. Critérios de quantificação dos danos extrapatrimoniais adotados pelos Tribunais brasileiros e a análise econômica do Direito. **Direito & Economia**. TIMM, Luciano Benetti (Org.). Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008.

CRIVELLI, Ericson. **Normas internacionais do trabalho e o comércio internacional**. Revista LTr. vol. 66, nº. 01, jan./2002.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **O poder dos juízes**. São Paulo: Saraiva, 1996.

DÁVALOS, José. *La integración económica regional y el derecho del trabajo*. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**. Brasília, vol. 67, nº. 1, jan/mar 2001.

DELGADO, Maurício Godinho. A Essência do Direito do Trabalho *in* LAGE, Emerson José Alves; LOPES, Mônica Sette (coord.). **Direito e Processo do Trabalho**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

DESCARTES, René. **Discurso do Método**. Tradução: Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

DIAS, José de Aguiar. **Da Responsabilidade Civil**. v. 1. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. vol. 1. 8. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2007.

DUARTE, Écio Oto Ramos. Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico: uma introdução ao neoconstitucionalismo e às formas atuais do positivismo jurídico *in* **Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico: as faces da teoria do direito em tempos de interpretação moral da Constituição**. 2. ed. São Paulo: Landy Editora, 2010.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Martins Fontes. São Paulo: 2002.

EMANUELLI, Gisela Biacchi. Comércio exterior brasileiro e *dumping*: breve enfrentamento sobre uma barreira não-alfandegária. **Revista de Direito da Concorrência**, nº. 7, jul./set. 2005.

FAZZIO JÚNIOR, Waldo. **Manual de Direito Comercial**. 10 ed. São Paulo: Atlas, 2009.

FERNANDEZ, Leandro. O direito de greve como restrição à liberdade de empresa. **Revista de Direito do Trabalho**. Ano 38, v. 145, jan./mar. 2012.

_____. **O direito diretivo: A necessária revisão da dogmática acerca dos poderes do empregador à luz da teoria dos direitos fundamentais.**

Disponível

em:

http://www.lex.com.br/doutrina_23137883_O_DIREITO_DIRETIVO_A_NECESSARI_A_REVISAO_DA_DOGMATICA_ACERCA_DOS_PODERES_DO_EMPREGADOR_A_LUZ_DA_TEORIA_DOS_DIREITOS_FUNDAMENTAIS.aspx. Acesso em 05/04/2012.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

FERREIRA, Marcus Moura. O direito ao trabalho no conjunto mais amplo dos direitos humanos. Aspectos de sua proteção jurídica no direito constitucional brasileiro. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**. Brasília, vol. 66, nº. 3, jul./set. 2000.

FIANI, Ronaldo. **Teoria dos jogos: com aplicações em Economia, Administração e Ciências Sociais**. 3. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

FIGUEROA, Alfonso García. *Neoconstitucionalismo, derrotabilidad y razón práctica* in **El canon neoconstitucional**. Miguel Carbonell e Leonardo García Jaramillo (ed.). Madri: Trotta, 2010.

FORGIONI, Paula A. **Os fundamentos do antitruste**. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil**. vol I: parte geral. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. **Novo Curso de Direito Civil**. v. III: Responsabilidade Civil. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. **Novo Curso de Direito Civil**. v. III: Responsabilidade Civil. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. **Novo Curso de Direito Civil**. vol. IV: contratos, tomo 1: teoria geral. 2 ed. rev., atual. e reform. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. **Novo Curso de Direito Civil**. v. VI: Direito de Família: as famílias em perspectiva constitucional. 2 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012.

GELTER, Martin; GRECHENIG, Kristoffel. A divergência transatlântica no pensamento jurídico: o direito e economia norte-americano vs o doutrinalismo alemão. **Direito e Economia: textos escolhidos**. SALAMA, Bruno Meyerhof (org.). São Paulo: Saraiva, 2010.

GICO JR., Ivo T. Metodologia e Epistemologia da Análise Econômica do Direito. **Economic Analysis of Law Review**, v.1, n.º 1, jan./jun. 2010.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. v. IV, 3ª ed, rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

GORGA, Érica; SZTAJN, Rachel. Tradições do Direito. **Direito e Economia: Análise Econômica do Direito e das Organizações**. ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Rachel (Orgs.). Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. 14 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2010.

GREEN, Michael Steven. *Legal Realism as Theory of Law*. **William & Mary Law Review**, Vol. 46, 2005. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=761007>. Acesso em 08 nov. 2011.

GRIVOT, Débora Cristina Hohenbach. **A função punitiva da responsabilidade civil** - Breves apontamentos para contribuir com o desenvolvimento do instituto. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=11623&p=3>. Acesso em 07 de junho de 2010.

HADDOCK, David; MCCHESENEY, Fred; SPIEGEL, Menahem. Um fundamento econômico ordinário para sanções legais extraordinárias *in* **Direito e Economia: textos escolhidos**. SALAMA, Bruno Meyerhof (org.). São Paulo: Saraiva, 2010.

HART, H. L. A. **O conceito de direito**. 3. ed. tradução de A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2001

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

_____. **Temas Fundamentais do Direito Constitucional**. Textos selecionados e traduzidos por Carlos dos Santos Almeida, Gilmar Ferreira Mendes e Inocência Mártires Coelho. São Paulo: Saraiva, 2009.

KANT, Immanuel. **Crítica da razão prática**. Lisboa, Portugal: Edições 70, 1994.

_____. **Fundamentos da metafísica dos costumes**. Tradução de Lourival de Queiroz Henkel. São Paulo: Ediouro, 1997.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução João Baptista Machado. 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

KUHN, Thomas. **A Estrutura das Revoluções Científicas**. 5 ed. Tradução: Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. São Paulo: Editora Perspectiva, 1998.

LANGILLE, Brian A.. Para que serve o Direito Internacional do Trabalho? **Revista de Direito do Trabalho**, São Paulo, n. 127, jul./set. 2007.

LASSALE, Ferdinand. **A Essência da Constituição**. 8 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

LEAL, Márcio Mafrá. **Ações coletivas: História, teoria e prática**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Ação Civil Pública na perspectiva dos direitos humanos**. 2. ed. São Paulo: LTr 2008.

LEITER, Brian, *American Legal Realism*. *U of Texas Law, Public Law Research Paper* No. 42. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=339562> or doi:10.2139/ssrn.339562. Acesso em 08 nov. 2011.

LENZA, Pedro. **Teoria geral da Ação Civil Pública**. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

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.

LÓPEZ, Frederico Duran. *Contenidos laborales del derecho constitucional a la libertad de empresa in **Libertad de empresa y relaciones laborales en España***. Madri: Instituto de Estudios Económicos, 2005.

LOPEZ, Manuel Carlos Palomeque. *Derechos fundamentales generales y relacion laboral: los derechos laborales inespecíficos in **El Modelo Social en la Constitución Española de 1978***. Antonio V. Sempere Navarro (Director). Madri: Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2003.

_____. **Direito do Trabalho e Ideologia**. Trad. Antônio Moreira. Coimbra: Almedina.

LORENZETTI, Ricardo Luis. **Teoria da Decisão Judicial: fundamentos de direito**. Tradução: Bruno Miragem; Notas da tradução: Claudia Lima Marques. 2 ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

MACHADO NETO, A. L. **Compêndio de introdução à ciência do direito**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1988.

MAIOR, Jorge Luiz Souto. A Fúria. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**. Brasília, vol. 68, nº. 3, jul/dez 2002

_____. **O Direito do Trabalho como instrumento de justiça social**. São Paulo: LTr, 2000.

_____. Por um pacto social. **RDT**, nº. 1, jan./2008.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo Estado de Direito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

MANSUETI, Hugo Roberto. *El derecho del trabajo en el Mercosur. Situación actual y perspectivas*. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**. Brasília, vol. 68, nº. 1, jan./mar. 2002.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria geral do processo**. 6. ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

_____. **Tutela específica: arts. 461, CPC e 84 CDC**. 2. ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

MARTINS-COSTA, Judith; PARGENDLER, Mariana Souza. Usos e abusos da função punitiva (*punitive damages* e o Direito brasileiro), **Revista CEJ**, Brasília, n. 28, jan./mar. 2005.

MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. **Processo Coletivo do Trabalho**. 4 ed. São Paulo: LTr, 2009.

MATTIOLI, Maria Cristina. **Empresas transnacionais: responsabilidade social e legal internacional**. Revista do Tribunal Superior do Trabalho. Brasília, vol. 69, nº. 2, jul./dez. 2003.

MEDEIROS NETO, Xisto Tiago de. **Dano Moral Coletivo**. 2 ed. São Paulo: LTr, 2007.

MEIRELES, Ana Cristina Costa. **A eficácia dos direitos sociais: os direitos subjetivos em face das normas programáticas de direitos sociais**. Salvador: JusPODIVM, 2008.

MEIRELES, Edilton. **A Constituição do trabalho: o trabalho na constituição da Alemanha, Brasil, Espanha, França, Itália e Portugal**. São Paulo: LTr, 2012.

_____. **Abuso do Direito na Relação de Emprego**. São Paulo: LTr, 2004.

_____. **Grupo econômico trabalhista**. São Paulo: LTr, 2002.

_____. **Liquidação do Dano à Pessoa**. Disponível em: <http://www.editoramagister.com/doutrina_22841159_LIQUIDACAO_DO_DANO_A_PESSOA.aspx>. Acesso em: 08 fev. 2012.

MELO, Nehemias Domingos de. **Dano moral trabalhista: doutrina e jurisprudência**. São Paulo: Atlas, 2007.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos a Pessoa Humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

MOREIRA, Vital. **Economia e Constituição: para o conceito de Constituição Económica**. Coimbra, s. ed., Separata do Boletim de Ciências Económicas n.º 17, 1974.

MUELLER, Bernardo; SZTAJN, Rachel, ZYLBERSZTAJN, Décio. Economia dos Direitos de Propriedade. **Direito e Economia: Análise Econômica do Direito e das Organizações**. ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Rachel (Orgs.). Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

NEVES, Celso. **Estrutura fundamental do processo civil: tutela jurídica processual, ação, processo e procedimento**. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007.

NOBELPRIZE.ORG. **The Sveriges Riksbank Prize in Economic Sciences in Memory of Alfred Nobel 2002**. Disponível em: http://www.nobelprize.org/nobel_prizes/economics/laureates/2002/. Acesso em: 15 nov. 2011.

NORONHA, Fernando. Desenvolvimentos contemporâneos da responsabilidade civil. **RT-761**, Março de 1999 – 88º ano.

NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **A cidadania social na Constituição de 1988: estratégias de positivação e exigibilidade judicial dos direitos sociais**. São Paulo: Editora Verbatim, 2009.

NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. **Defesa da concorrência e globalização econômica** (O Controle da Concentração de Empresas). São Paulo: Malheiros, 2002.

PAMPLONA FILHO, Rodolfo. A liquidação da reparação do dano moral trabalhista. **Revista Jurídica dos Formandos de Direito da UFBA**, ano V, vol. VII.

_____. **Noções conceituais sobre o assédio moral na relação de emprego**. Disponível em: http://www.faculdadebaianadedireito.com/artigosCompleto.asp?artigos_codigo=21. Acesso em: 09/05/2012.

_____. **O dano moral na relação de emprego**. São Paulo: LTr, 1998.

PASSOS, J. J. Calmon de. **Esboço de uma teoria das nulidades aplicada às nulidades processuais**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

PAULA, Daniel Giotti de. Ainda existe separação de poderes? A invasão da política pelo direito no contexto do ativismo judicial e da judicialização da política *in* **As novas faces do ativismo judicial**. André Luiz Fernandes Fellet; Daniel Giotti de Paula; Marcelo Novelino. Salvador: Editora JusPodivm, 2011.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade Civil**. Atualizador Gustavo Tepedino. 10. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: GZ Ed., 2012.

PERELMAN, Chaïm. **Ética e Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil: Introdução ao Direito Civil Constitucional**. Tradução de Maria Cristina de Cicco. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. **Direito, Economia e Mercados**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

POPPER, Karl. **Lógica das Ciências Sociais**. 3 ed. Tradução de Estevão de Rezende Martins, Apio Cláudio Muniz Acquarone Filho, Vilma de Oliveira Moraes e Silva. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2004.

POSNER, Eric. Símbolos, sinais e normas sociais na política e no direito. **Direito e Economia: textos escolhidos**. SALAMA, Bruno Meyerhof (org.). São Paulo: Saraiva, 2010.

POSNER, Richard A. **A Economia da Justiça**. Tradução de Evandro Ferreira e Silva; revisão da tradução Aníbal Mari. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

_____. **Problemas de filosofia do direito**. Tradução Jefferson Luiz Camargo; revisão técnica e da tradução Mariana Mota Prado. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos**. São Paulo: Saraiva, 2010.

REIS, Daniela Muradas. O princípio da vedação do retrocesso jurídico e social no Direito Coletivo do Trabalho *in* **Revista Síntese Trabalhista e Previdenciária**. São Paulo, v. 22, 2011.

RESEDÁ, Salomão. **A função social do dano moral**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2009.

REYES, Manuel Aragón. *El contenido esencial del derecho constitucional a la libertad de empresa in **Libertad de empresa y relaciones laborales en España***. Madri: Instituto de Estudios Económicos, 2005.

RODRIGUES, Vasco. **Análise Económica do Direito: Uma Introdução**. Coimbra: Almedina, 2007.

SALAMA, Bruno Meyerhof. O que é “Direito e Economia”? **Direito & Economia**. TIMM, Luciano Benetti (Org.). Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008.

SANDRONI, Paulo. **Novíssimo Dicionário de Economia**. São Paulo: Editora Best Seller, 1999.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Um discurso sobre as Ciências**. 5 ed. São Paulo: Cortez, 2008.

SANTOS, Ronaldo Lima dos. **Sindicatos e ações coletivas: acesso à justiça coletiva e tutela dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos**. 2. ed. rev. e amp. São Paulo: LTr, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 8. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SCHIAVI, Mauro. **Ações de reparação por danos morais decorrentes da relação de trabalho**. 3 ed. rev. e ampl. São Paulo: LTr, 2009.

SCHMITT, Carl. **Teoría de la Constitución**. Madrid: Alianza Editorial, 2011.

SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos**. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2011.

SENA JÚNIOR, Roberto Di. **Comércio internacional & globalização: a cláusula social na OMC**. Curitiba: Juruá, 2003.

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, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 27. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2006.

SILVA, Luiz de Pinho Pedreira da. O estado atual dos princípios do direito do trabalho. **Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFBA**, v. 11, jan.2004/dez.2004.

SILVA NETO, Manoel Jorge e. **Curso de Direito Constitucional**. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

_____. **Direito Constitucional Econômico**. São Paulo: LTr, 2001.

_____. **Proteção constitucional dos interesses trabalhistas: difusos, coletivos e individuais homogêneos**. São Paulo: LTr, 2001.

SOUZA, Wilson Alves de. **Sentença Civil Imotivada**. JusPODIVM. Salvador: 2008.

STRECK, Lênio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito**. 2.ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Forense, 2004.

SUPIOT, Alain. **Crítica del Derecho del Trabajo**. Madrid: MTSS, 1996.

SÜSSEKIND, Arnaldo. **Convenções da OIT**. São Paulo: LTr, 1994.

SZTAJN, Rachel. *Law and Economics*. **Direito e Economia: Análise Econômica do Direito e das Organizações**. ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Rachel (Orgs.). Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

TARTUCE, Flávio. **Reflexões sobre o dano social**. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=3537.

TAVARES, André Ramos. **Direito Constitucional Econômico**. 3. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

VARELA, João de Matos Antunes. **Das Obrigações em geral**. vol I, 9. ed., Coimbra: Almedina, 1998.

VELJANOVSKI, Cento. **A economia do direito e da lei: uma introdução**. Tradução: Francisco J. Beralli. Rio de Janeiro: Instituto Liberal, 1994.

VIANA, Márcio Túlio. A flexibilização pelo mundo: breves notas do XVIII Congresso Mundial de direito do trabalho e seguridade social. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região**, v. 43, n. 73, jan./jun. 2006.

_____. A Proteção Social do Trabalhador no Mundo Globalizado. **Direito do Trabalho**: Evolução, Crise, Perspectivas. BORJA, Cristina Pessoa Pereira et al (Coord.). São Paulo: LTr., 2004.

VIEHWEG, Theodor. **Tópica e Jurisprudência**. Trad. Tércio Sampaio Ferraz Júnior. Brasília: Departamento de Imprensa Nacional, 1979.

VIOLA, Rafael. O papel da responsabilidade civil na tutela coletiva. O papel da Responsabilidade Civil na Tutela Coletiva *in* TEPEDINO, Gustavo et. al. (Org.). **Diálogos sobre Direito Civil**. vol. II. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.