

PUNITIVE DAMAGES E O DIREITO DO TRABALHO BRASILEIRO: Adequação das condenações punitivas para a necessária repressão da delinquência patronal¹

RODRIGO TRINDADE DE SOUZA*

SUMÁRIO: 1 Introdução; 2 Características contemporâneas do modelo estadunidense de *punitive damages*; 3 Considerações sobre as práticas recorrentes à utilização de *condenações punitivas* no Brasil; 4 Responsabilidade civil no direito do trabalho; 5 Extensão do dano no âmbito trabalhista; 6 Emergência do dano social; 7 Conclusões; Referências.

1 INTRODUÇÃO

Uma das muitas expressões do folclore que se formou em torno de Ernesto Guevara, o revolucionário cubano-argentino conhecido como Che, tem cenário nos primeiros anos após a revolução. Integrando-se nos esforços nacionais de produção e – não menos importante – como exemplo aos demais cidadãos da ilha, o então ministro da indústria ocupava os finais de semana no trabalho de corte de cana. Numa dessas ocasiões, enquanto descansava, foi flagrado refrescando-se com uma garrafa de Coca-Cola. Imediatamente recebeu a repressão de seus companheiros de labuta sobre o mau-exemplo de consumo do produto tido como símbolo da exploração econômica e do colonialismo cultural. Sem largar a garrafa, Che respondeu que ideologias, culturas e produtos não devem se confundir e que todos os benefícios e avanços, desde que aplicados com temperança, devem ser bem aproveitados, independentemente da origem².

Embora não esconda certo utilitarismo, o argumento de Che parece voltar-se contra o que em retórica convencionou-se chamar de *argumentum*

¹ A expressão “delinquência patronal” é de autoria de Wilson Ramos Filho, adotada inicialmente em artigo produzido em 1994 (RAMOS FILHO, 1994, p. 110-122).

* Juiz do Trabalho Substituto do TRT da 4ª Região, Mestre em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR), Especialista em Direito Material e Processual do Trabalho pela Universidade do Brasil (UniBrasil) e Pós-graduação em Derecho Laboral pela Universidad de la Republica (Uruguay). Professor de Direito do Trabalho na Fundação Escola da Magistratura do Trabalho do Rio Grande do Sul (FEMARGS). Professor Convidado na UniRitter, UCS e UNISC.

² A possível imagem desse acontecimento pode ser visualizada em http://richmond.indymedia.org/media/all/display/3364/index.php?limit_start=762.

ad hominem: uma condenável prática argumentativa que, em vez de atacar o conteúdo de uma idéia, atenta apenas às suas circunstâncias e origens³.

O instituto estrangeiro dos *punitive damages* – ou na tradução que adotaremos “condenações punitivas” – costuma ser visto com semelhante visão, escravizada pela origem. Assim agem tanto aqueles que advogam plena e irrestrita aceitação, com base na imposição dos “avanços” da tecnologia jurídica produzida no economicamente mais importante país do mundo, os EUA; como na não me nos absoluta negação de utilização da modalidade punitiva-ressarcitória, em razão das diferenças culturais, econômicas e jurídicas entre o modelo brasileiro e o anglo-saxão.

Este trabalho não nega as profundas diferenças dos dois sistemas jurídicos, bem como a importância de atenção ao lugar como requisito de método. Por igual, procura manter-se permeável às experiências jurídicas estrangeiras e à possibilidade de adequações às realidades nacionais, como resulta do de possíveis e esperados avanços dentro do macro sistema jurídico ocidental. Com essas premissas paradigmáticas, nos capítulos que seguem, pretendemos lançar considerações sobre *punitive damages* e sua possível aplicação na responsabilidade civil trabalhista brasileira.

Em caráter preliminar tentaremos compreender de forma geral o funcionamento do modelo estadunidense de *punitive damages*. Como método, utilizaremos as fontes originais, preferencialmente as orientações fornecidas pelos órgãos de excelência de formação do direito, os tribunais superiores dos EUA.

Utilizando-se o conhecimento adquirido no capítulo pretérito, terem os oportunidade de debater as objeções nacionais que costumam ser dirigidas ao modelo em estudo. Seguindo-se o objetivo de construir uma possível síntese de compatibilidade, optaremos por utilizar método dialético de apresentação das críticas, análise da adequação de suas premissas e, efetivamente, apresentar nossas considerações sobre adequação jurídica.

Nos capítulos finais temos a intenção de adentrar no universo do direito do trabalho. Para uma análise um pouco mais aprofundada, buscaremos compreender a forma com que outras ciências identificam os macro significados de contrato de emprego, empresa e delinquência patronal. Com esses referenciais estaremos, então, preparados para a análise propriamente dita de adequação, forma e necessidade de aplicação de *punitive damages* no campo das relações de emprego e seu manejo nas demandas individuais.

³ Esquemática e simplificadamente, a prática retórica do *argumentum ad hominem* pode ser assim apresentada: 1) Sujeito X considera válido o argumento Y; 2) X não é confiável; 3) Logo, Y é falso. Há quatro formas principais de argumentos contra homem: abusivo (efetivamente referindo-se a características pessoais do defensor do argumento), circunstancial (dirigido ao debatedor circunstancialmente acometido de grande emoção) e do tipo “poço envenenado” (sugere o descarte do argumento sob o fundamento de que o debatedor tem algo a ganhar com sua vitória), *tu quoque* (crítica ao argumento defendido por quem não efetivamente pratica). Para aprofundamento sobre a matéria, ver COHEN et al., 1975.

Por fim, e retomando conclusões parciais, apresentaremos nossas considerações finais.

Este estudo está muito longe da pretensão de esgotamento das diversas questões que cercam os *punitive damages* e a responsabilidade civil trabalhista. O singelo objetivo é fornecer alguns elementos para possível compatibilização de tais construções jurídicas. Para tanto, pretende-se situar o método e o discurso em ambiente além da dogmática, estabelecendo-se diálogo pontual com a economia a sociologia e, essencialmente, com as inquietações de quem lida cotidianamente com a aplicação do direito do trabalho.

2 CARACTERÍSTICAS CONTEMPORÂNEAS DO MODELO ESTADUNIDENSE DE *PUNITIVE DAMAGES*

Não é possível uma tradução literal de *punitive damages*, pois conduziria a uma expressão em língua portuguesa desprovida de significado jurídico⁴. Optamos pela locução “**condenação punitiva**”, pois se constitui na fixação judicial de montante condenatório que não tem o objetivo imediato de compensação do dano, mas de efetiva repressão da conduta do ofensor. Em poucas palavras, busca-se pontuar a reprovação de certas condutas que ofendam o “sentimento ético-jurídico prevalente em determinada comunidade” (FACCHINI NETO, 2006, p. 183). Os motivos serão aprofundados com uma mais completa compreensão do instituto.

Chamada por alguns críticos anglófonos de *smart money*, *punitive damages* é expressão cunhada no direito norte-americano e que corresponde à figura correlata britânica de *exemplary damages*. Em maior ou menor grau, são aplicadas em outros países de tradição de direito dos precedentes, como Austrália e Nova Zelândia⁵. Embora tenha origem no direito do Reino Unido, analisaremos os atuais balizadores adotados no sistema dos Estados Unidos da América, país que os desenvolveu e aplica de forma mais recorrente e com rigor científico.

As condenações punitivas são ordinariamente impostas quando as condenações compensatórias não se mostram como remédio adequado ou suficiente. Os órgãos de jurisdição costumam aplicá-las em situações de necessidade de aumento da compensação dos querelantes, quando haja

⁴ As expressões utilizadas em diversos trabalhos de língua portuguesa e espanhola “danos punitivos” ou “*danos punitivos*” nos parecem inadequadas, pois apresentam singela tradução literal e que estão muito longe de esclarecer real conteúdo jurídico.

⁵ Em artigo publicado por The New York Times, em 26.03.2008, noticia-se que diversos países têm iniciado experiências com *punitive damages*, nomeando Espanha, Austrália e Canadá: “*At the same time, courts in a few countries are expanding the availability of punitive damages. The Tribunal Supremo, in Spain, for instance, enforced a \$ 1.3 million punitive award in a Texas trademark and unfair competition case in 2001. The Supreme Court of South Australia indicated that it would consider enforcing U.S. punitive awards where they involved ‘brazen and fraudulent conduct’ in 2005. Perhaps most notably, the Canadian Court in 2003 upheld a \$ 50,000 award in a Florida land dispute is ‘does not violate our principles of morality’. Justice Louis LeBel explained why this was so, saying there was nothing in the American approach that was inherently offensive to Canadian ideas of basic fairness.*”.

objetivo de desestímulo na repetição da prática, para compensar delitos civis não perceptíveis ou reforçar punições criminais.

Apesar de haver utilização nos E UA desde o século XVIII, a partir de 1996 produziu-se intenso debate jurídico naquele país sobre o tema. A origem está na sistematização introduzida como resultado do julgamento do caso BMW X Gore, iniciado no estado do Alabama, mas que foi objeto de deliberação pela Suprema Corte.

Em janeiro de 1990, Dr. Ira Gore comprou um automóvel BMW zero quilômetro em uma revenda autorizada da capital Birmingham. Após nove meses, levou o carro para manutenção e soube que o veículo fora, antes da venda, parcialmente repintado. Como resultado da descoberta, demandou judicialmente contra a montadora, alegando falha no dever de informação. A BMW confirmou que houve repintagem de cerca de 10 000 carros, desde 1983, para poder vendê-los como novos. Mas também admitiu que nunca informou os compradores ou concessionárias sobre a prática.

Dr. Gore provou que houve desvalorização de cerca de US\$ 4.000,00 com a repintura, obtendo condenação nesse montante a título de compensação. Todavia, o Juízo de Birmingham (*Alabama Circuit Court*) multiplicou esse valor pelo número total de carros que sofreram a “maquiagem” e também somou condenação de US\$ 4 milhões para *punitive damages*. Analisando o recurso, a Corte estadual do Alabama reduziu essa condenação para ainda consideráveis US\$ 2 milhões, mas apenas porque o valor trazia por elementos circunstâncias de outros estados da nação.

Pretendendo esclarecer a questão para futuros casos, a Suprema Corte norte-americana concedeu a avocação do processo, e teve a oportunidade de estabelecer três balizadores gerais em *punitive damages*: a) grau de repreensão da conduta; b) correspondência entre as condenações punitivas e o efetivo prejuízo produzido; c) a magnitude de sanções civis e criminais por condutas similares. Tais elementos serão melhor identificados adiante.

a) Grau de repreensão da conduta

Pontuou a Suprema Corte que se trata do mais importante indicador de razoabilidade dos *punitive damages*⁶. Segundo Levy, esse balizador reflete a aceitação pelo tribunal de que algumas faltas são mais censuráveis que outras e que o conceito de “razoabilidade” deve ser compreendido a partir da consideração da totalidade das circunstâncias do caso (LEVY, 1998). Todavia, certo é que a Corte expressamente referiu que o montante indenizatório deve observar o mínimo necessário para efetivamente pontuar a conduta reprovável do réu.

No caso da BMW, o tribunal constitucional enumerou alguns fatores agravantes, indicativos de maior grau de repreensão: a) violência ou ameaça

⁶ “Perhaps the most important indicium of the reasonableness of a punitive damages award is the degree of reprehensibility of the defendant’s conduct.” (BMW v. GORE)

de danos físicos⁷; b) negligência do réu ou desconsideração pela saúde ou segurança⁸; 3) dolo⁹; 4) uso de fraude ou simulação¹⁰; 5) reincidência¹¹; 6) sofrimento psicológico do lesionado¹²; 7) nos casos de danos econômicos, atos intencionais de conduta ilícita ou dirigidos à vítima financeiramente vulnerável¹³.

Julgamentos estaduais que se seguiram relacionaram outros elementos agravantes para a fixação das condenações punitivas: 8) participação de altos funcionários na formação das lesões¹⁴; 9) condutas praticadas por cobiça¹⁵; 10) condição do sujeito lesionante de detentor de posição privilegiada ou de confiança¹⁶; 11) interesse estatal na prevenção da ilicitude particular¹⁷.

Cortes estaduais dos EUA costumam também enumerar fatores minorantes para a fixação de condenações punitivas, como a participação de funcionários com baixo poder de decisão na formação das lesões; reconhecimento da responsabilidade pela ilicitude por parte do lesionante; e tentativa do causador do dano em mitigar os prejuízos.

Em julgamento mais recente (*State Farm Mutual Automobile Insurance Co. v. Campbell*¹⁸) o órgão jurisdicional voltou ao tema, referindo que não é qualquer conduta que deve ser punida com condenações punitivas e que se deve inicialmente acreditar que a conduta já foi suficientemente reprimida com a fixação do ressarcimento ao autor por seus danos, isto é com a condenação ressarcitória. A condenação punitiva, portanto, apenas ocorre em caso de insuficiência, somente quando a conduta ainda carecer de mais repreensão.

Pode-se resumir na afirmação de que *punitive damages* devem ser fixados quando se puder identificar hipótese em que a conduta a ser punida seja universal e profundamente reprovada e que, portanto, represente potenciais danos a uma coletividade.

b) Correspondência entre as condenações punitivas e o efetivo prejuízo: a importância do desestímulo

Na análise da disparidade entre os danos efetivamente experimentados por Dr. Gore, e o montante fixado em *punitive damages*, a Suprema Corte

⁷ “violence or threats of bodily harm”.

⁸ “indifference to or reckless disregard for the health and safety of others”.

⁹ “intentional malice”.

¹⁰ “trickery and deceit”.

¹¹ “recidivism”.

¹² “Plaintiff’s mental suffering”.

¹³ “in cases of economic harm, intentional acts of affirmative misconduct or harm to a financially vulnerable victim”.

¹⁴ “participation of corporate management”.

¹⁵ “misconduct motivated by greed”.

¹⁶ “special status or position of trust”.

¹⁷ “state interest in preventing the particular misconduct”.

¹⁸ Supreme Court of the United States. *STATE FARM MUTUAL AUTOMOBILE INSURANCE CO. v. CAMPBELL et al.* Certiorari to the Supreme Court of Utah, nº 01-1289. Argued December 11, 2002 – Decided April 7, 2003. 538 U.S. 408 (2003).

registrou que baixos valores de indenizações compensatórias podem permitir uma maior correspondência que altos valores de mesmo título.

No julgamento pelo *Ninth Circuit*, em 2001, da condenação imposta à Exxon pelo famoso derramamento de óleo no Alasca, pelo navio Exxon Valdez, houve nova análise desse balizador. Também tentando fixar o conteúdo da correspondência com o prejuízo, esclareceu que se deve observar que os valores fixados precisam igualmente servir para impedir futuras condutas danosas^{19 20}.

Em poucas palavras, as condenações punitivas devem guardar certa relação com a indenização ressarcitória, mas sem deixar de observar a função pedagógica, de modo que seja aplicada para servir de desestímulo para futuras condutas²¹.

c) Comparações com outras punições

Em seu último balizador, a Suprema Corte dos EUA afirmou que a comparação entre os valores de *punitive damages* e as penalizações civis e criminais que possam ser impostas por condutas ilícitas pode fornecer um indício de excesso na fixação. Busca-se descobrir se as condenações punitivas atingem o ponto de equilíbrio que satisfaz, mas não excede, o montante necessário para devidamente punir e dissuadir.

Também no julgamento do Exxon Valdez, houve a análise de todos os demais prejuízos experimentados pela relesionante por conta dos fatos determinantes dos pedidos condenatórios, em especial a perda do navio e da carga, custos com limpeza, acordos com entidades governamentais e privadas e diversas indenizações compensatórias a que foi condenada. Verificando que a Exxon teve de despend er mais de US\$ 3.4 bilhões, entre multas e indenizações ressarcitórias, fixou a corte que “é difícil imaginar mais adequada repressão por conduta negligente”²². Todavia, também afirmou que penalidades criminais pelo dano não servem para limitar os *punitive damages*, ainda que atuem como dado importante.

Em resumo, sublinha-se que a fixação de *punitive damages* não pode

¹⁹ “because the costs and settlements in this case are so large, a lesser amount is necessary to deter future acts” (Exxon Valdez, 270, f. 3d at 1244).

²⁰ De igual forma no julgamento pela Suprema Corte de Sierra Club Foundation v. Graham 85 Cal. Rptr. 2d 726 (Ct. App. 1999).

²¹ Em julgado do Tribunal Regional do Trabalho do Rio Grande do Sul pontuou-se a necessidade de que um dos componentes da fixação da indenização seja o atendimento de sua função pedagógica: DANO MORAL - DANO ESTÉTICO - PENSÃO VITALÍCIA CONVERTIDA EM PARCELA ÚNICA - VALOR DAS INDENIZAÇÕES. 1. Incontroversa a ocorrência de acidente do trabalho, são presumidos o dano e, em princípio, o nexo de causalidade do evento com o trabalho. Demonstrado o nexo de imputabilidade (culpa da empregadora), é devida a indenização. 2. Para a fixação do valor da indenização consideram-se o grau de culpa do empregador e a gravidade do acidente, bem como a situação econômica do réu, pois a indenização também tem a função pedagógica de desestimular os descumprimentos das normas de segurança no trabalho (BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região, 2009).

²² Exxon Valdez, MAT 1246.

ser vista como fato isolado. Antes disso, deve verificar se a necessária repressão civil da conduta já não foi alcançada com outros tipos de prejuízos ou de condenações eventualmente impostas pela mesma Corte, por outros Tribunais, ou mesmo instâncias administrativas.

3 CONSIDERAÇÕES SOBRE AS CRÍTICAS RECORRENTES À UTILIZAÇÃO DE CONDENAÇÕES PUNITIVAS NO BRASIL

Não são poucas as críticas manejadas pela doutrina e jurisprudência para utilização de *punitive damages* na realidade jurídica brasileira. São naturais os receios de utilização indiscriminada de institutos de direito estrangeiro, especialmente oriundos de países que não compartilham do mesmo tronco do sistema nacional brasileiro.

De modo bastante geral, as objeções baseiam-se em quatro argumentos: a) necessidade de se evitar os excessos indenizatórios comuns no sistema norte-americano; b) a representação que tem o instituto na figura decadente e superada da *pena privada*; c) impossibilidade de estabelecimento de pena sem prévia cominação legal; d) vedação no sistema nacional do enriquecimento sem causa.

Adiante, as críticas serão individualmente identificadas e analisadas.

a) Aparente incompatibilidade entre sistemas: excessos condenatórios

Estudando a responsabilidade civil trabalhista, defende Teixeira Filho o rechaço completo da fixação de condenações punitivas, mesmo para delinquentes patronais contumazes. Não vê necessidade ou utilidade na formação de “advertências” a esses empregadores ou que sirvam para promover inibição das condutas reprováveis. Para o autor, os *punitive damages* devem ser sempre afastados da perspectiva jurisdicional:

Precisamente porque sua função é satisfatória, descabe estipular a indenização como forma de ‘punição exemplar’, supostamente inibidora de reincidências ou modo de eficaz advertência a terceiros para que não incidam em práticas similares. Os juízes não que agir com extremo comedimento para que o Judiciário não se transforme, como nos Estados Unidos, num desagradado de aventuras judiciais à busca de uma sorte grande fabricada por meio dos chamados *punitive damages* suas exarcebadamente polpudas e excêntricas indenizações (TEIXEIRA FILHO, 1996, p. 1172).

De modo geral, essa crítica é compartilhada por grande parte da doutrina da responsabilidade civil não trabalhista, utilizando-se fundamentos bastante semelhantes.

Embora se encontrem tímidos avanços da jurisdição cível de 1º grau, ainda há larga reticência dos tribunais de justiça estaduais²³ e do Superior

²³ Assim se registrou em acórdão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul: “De registrar, ademais, ante os argumentos apologeticos em favor do instituto norte-americano do *punitive damages*

Tribunal de Justiça na fixação de *punitive damages*²⁴. Pontua-se a compreensão de que, mesmo se aceite o caráter punitivo da condenação, este deve ocorrer apenas como reflexo da condenação ressarcitória. O elemento de desestímulo até pode existir embutido na condenação, mas apenas no montante suficiente para ressarcir o lesionado e sem que lhe produza riqueza inesperada. Esse entendimento fica claro em julgamentos pelo STJ de recursos em que se discute fixação de valor de indenização:

DANO MORAL. REPARAÇÃO. CRITÉRIOS PARA FIXAÇÃO DO VALOR. CONDENAÇÃO. ANTERIOR, EM QUANTIA MENOR. Na fixação do valor da condenação por dano moral, deve o julgador atender a certos critérios, tais como nível cultural do causador do dano; condição sócio-econômica

ostentados pela autora em suas razões recursais, afigurar-se, atualmente, inviabilizado pelo ordenamento jurídico brasileiro (em que pese existir controvérsias tanto no âmbito doutrinário como jurisprudencial acerca do possível caráter punitivo da indenização aferida a título de danos morais no Brasil), que se atém à avaliar a extensão do dano e sua compensação, procurando nunca extrapolar o real prejuízo sofrido pela vítima, seja ele material ou moral.

(...)

Assim, o caráter punitivo das indenizações por danos morais no Brasil guarda semelhança com os "*punitive damages*" do direito norte-americano, mas deles se distingue na forma de aplicação, na substância e na eficácia, até mesmo porque nos EUA, a maioria das disputas jurídicas são resolvidas de maneira prática, sem o abarrotamento dos tribunais com os processos tradicionais, em vista da discricionariedade conferida aos júris populares, que, de ressaltar, vem sofrendo severas críticas tanto pela doutrina como jurisprudência, ante a ocorrência de distorções na fixação dos danos punitivos, que extrapolam o bom senso, havendo já estudos no sentido de tentar combater a verdadeira indústria de indenizações que parece ter se instalado em território americano, onde a "teoria do valor do desestímulo" assumiu contornos de verdadeira aberração jurídica, facilmente constatada pelos inúmeros casos de indenizações milionárias decorrentes dos fatos mais triviais e inusitados. (grifamos) Apelação Cível nº 70018626622, Relator Desembargador Osvaldo Stefanello, julgado em 08.05.2008.

²⁴ Também a Corte Interamericana de Derechos Humanos nega a possibilidade de fixação de *daños punitivos*, sob o argumento que a "justa indenização" deve se limitar à compensação individual dos danos: "El reconocimiento del derecho a la reparación integral no se opone a la posibilidad de establecer criterios para determinar el ámbito y el monto de la indemnización. Así, cuando no es posible la *restitutio in integrum*, como ocurre en el caso de violaciones al derecho a la vida, la Corte Interamericana ha admitido buscar formas sustitutivas de reparación a favor de los familiares y dependientes de las víctimas, como la indemnización pecuniaria, para compensar los daños materiales y los daños morales. Sin embargo, hasta ahora no ha aceptado que dicha reparación incluya los daños punitivos, es decir, a aquellos otorgados a la víctima, no para reparar un daño material o moral directamente causado, sino para sancionar la conducta del condenado, cuando éste ha actuado con excesiva maldad, temeridad, o violencia, a pesar de que varias legislaciones internas los reconocen como parte de la reparación integral de los daños ocasionados por el delito.

En cuanto a la posibilidad de reconocer reparaciones por daños punitivos, la Corte Interamericana ha enfatizado que el carácter de la "justa indemnización" a que se refiere el artículo 63.1 es compensatorio y no sancionatorio, por lo cual, "aunque algunos tribunales internos, en particular los angloamericanos, fijan indemnizaciones cuyos valores tienen propósitos ejemplarizantes o disuasivos, este principio no es aplicable en el estado actual de derecho internacional." (grifamos) (Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Velásquez Rodríguez, Sentencia de 17 de agosto de 1990, Serie C Nº 9, párrs. 37-38. Caso Godínez Cruz, Sentencia de 21 de julio de 1989, Serie C, Nº 8, párrs. 35-36).

do ofensor e do ofendido; intensidade do dolo ou grau da culpa (se for o caso) do autor da ofensa; efeitos do dano no psiquismo do ofendido e as repercussões do fato na comunidade em que vive a vítima. Ademais, a reparação deve ter fim também pedagógico, de modo a desestimular a prática de outros ilícitos similares, sem que sirva, entretanto, a condenação de contributo a enriquecimentos injustificáveis. Verificada condenação anterior, de outro órgão de imprensa, em quantia bem inferior, por fatos análogos, é lícito ao STJ conhecer do recurso pela alínea c do permissivo constitucional e reduzir o valor arbitrado a título de reparação. Recurso conhecido e, por maioria, provido (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, 2002, grifo nosso).

Julgamentos de processos cíveis brasileiros esclarecem a importância de vedação de excessos condenatórios, para que assim sejam estancadas demandas inconsequentes que buscam lucro fácil. Em algumas decisões, o Tribunal Superior do Trabalho pôde verificar a “migração” para a Justiça Especializada de absurdas pretensões indenizatórias de danos morais. Como forma de barrar a prática, também elegeru como parte importante de seus fundamentos a vedação de utilização de *punitive damages* e sua incompatibilidade com o sistema brasileiro de responsabilidade civil. Assim se verifica em julgado de 2009, com voto de relatoria do Ministro Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira:

No que concerne à indenização por danos morais, observa-se que uma das questões de maior complexidade nessa matéria é justamente a fixação do *pretium doloris*. Quando se trata de dano patrimonial, é de fácil aferição o valor de reposição do bem atingido. Todavia, no dano moral, a correspondência entre a ofensa e o dano é bem mais difícil, requerendo ponderação e bom-senso do julgador, a fim de que não se cometam excessos, como nos Estados Unidos, onde existe uma quantidade infindável de aventuras judiciais, por meio dos chamados *punitive damages*, fruto de estarrecedoras decisões dos pretórios americanos (BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho, 2009, grifo nosso).

É irrepreensível a conduta jurisdicional de obstaculizar e punir demandas embaladas por sonhos de lucros fáceis, fabricações de dores espirituais e dramatizações de contratempos do cotidiano. A lida jurisdicional produz quase tanta indignação pelas delinquências patronais, como pelos manejos patológicos de ações de indenizações de danos morais.

Por certo, não é lícito supor que todas as demandas hábeis a receberem provimento de indenização punitiva são conduzidas por ambições individuais despropositadas. Algumas – sem dúvida – pretendem lucro fácil, mas também há “lucro fácil” na empresa que produz largo descumprimento de condições de trabalho e, assim, aumenta seus resultados financeiros, lesando diversos empregados e prejudicando a concorrência. Especialmente quando o ressarcimento individual é recebido unicamente pelos poucos trabalhadores

que se aventuram na demorada, custosa e altamente incerta via do processo judicial de indenizações pessoais.

A análise até então feita da aplicação do direito comparado, como forma de barrar as condenações punitivas, também não parece ser a mais acertada. Nos últimos anos a imprensa e o cinema trataram de abordar a fixação de *punitive damages* em Cortes dos EUA como verdadeira indústria do dano moral. Retrataram relativa facilidade com que pessoas comuns subitamente ficariam milionárias por pequenos contratempos da vida cotidiana, sempre imputáveis às grandes, e às vezes inocentes, corporações. Essas ideias, por mais imprecisas, fazem parte hoje do imaginário popular de grande parte do mundo ocidental e atuam como robusta barreira em muitos países para adoção de condenações punitivas.

Desde o final do século XX, os EUA produzem jurisdicionalmente o que chamam de *tort reform*, e que é especialmente direcionada para a diminuição de valores de condenações nas ações de responsabilidade civil. Conforme balizadores estabelecidos com GORE x BMW, procurou a Suprema Corte estadunidense fixar de modo muito firme que *punitive damages* não deve ser manejado em qualquer tipo de processo. Ao contrário, vem o órgão jurisdicional esclarecendo não apenas as específicas hipóteses, mas também a importância de limitação de valores a serem fixados para desestímulo dos sujeitos infratores²⁵.

No âmbito da conceituada Harvard Law School, produziu-se estudo estatístico a respeito dos valores alcançados em fixações de *punitive damages*. O trabalho considerou 64 hipóteses de condenações de mais de US\$ 10 0 milhões, os quais espiritualmente denominou como *blockbuster punitive damages awards*. Segundo as análises conduzidas por VISCUSI, professor da mesma universidade, os *blockbusters* estão altamente concentrados geograficamente nos EUA, sendo que quase metade desses são oriundos de apenas dois estados federados. Também verificou que, em quase todos os casos de apelo, houve significativa redução de valores²⁶.

Outro estudo da mesma universidade, produzido por Shavell, refere que os julgadores estadunidenses têm dedicado especial atenção à análise do valor arbitrado de *punitive damages*. Verifica que cada situação deve ser individualmente analisada, identificando especialmente o potencial lesivo que teve a conduta do réu à coletividade e o montante de pessoas potencialmente atingidas (SHAVELL, 2007, p. 1224).

²⁵ No julgamento da demanda MATHIAS x AC COR ECONOMY LODGING, INC., em 2003, registrou a Suprema Corte que “few awards (of punitive damages) exceeding a single digit ratio between punitive and compensatory damages, to a significant degree, will satisfy due process” (347 F.3d 672 (7 th Cir. 2003)).

²⁶ VISCUSI, W. Kip. *The blockbuster punitive damages awards*. Trabalho apresentado inicialmente como *Discussion Paper nº 473, 04/2004. Harvard Law School, Cambridge, MA 02138, The Harvard John M. Olin Discussion Paper Series*. Também apresentado na Emory Law School Throwing Symposium, February 19, 2004 e no Emory Law Journal.

A orientação jurisdicional surtiu efeito. Em trabalho, produzido em 2002, Laycock (2002, p. 732-736) percebe que *punitive damages* são estabelecidos em apenas 2% das demandas que vão efetivamente a julgamento e que o valor médio fixado oscila entre US\$ 38 mil e US\$ 50 mil. Deve-se atentar para a particularidade dos altos custos dos processos judiciais estadunidenses, de modo que as contendas que efetivamente recebem sentença ordinariamente têm litigantes de grande capacidade econômica. Os valores fixados, portanto, estão bastante longe de significar efetivo empobrecimento para o infrator ou enriquecimento exagerado ao autor da ação.

Percebe-se que mesmo nos EUA são poucos os processos considerados habilitados a receber resposta jurisdicional na forma de *punitive damages*. E mesmo nos que recebem esse provimento jurisdicional, há repúdio na ordinaryness de fixação de valores excessivos.

Distorções e má s-aplicações de referenciais jurídicos prescindem de origem específicas. Normas legais, cláusulas contratuais, orientações jurisprudenciais, lições doutrinárias ou experiências de direito comparado podem ser bem ou mal manejados; corretos ou incorretamente postulados, conhecidos e aplicados, dependendo do conhecimento e intenções daqueles que atuam nos processos judiciais.

Percebe-se que a fixação de condenações punitivas não encontra correspondência em ideias de prêmios súbitos e exorbitantes para sujeitos circunstancialmente lesionados por fatos cotidianos. Trata-se de medida cientificamente identificada para oferecer resposta adequada a fatos extremamente relevantes e que demandam cuidados um pouco diferentes dos simplíssimos dos ressarcimentos individuais.

b) Vedação de instrumentos de pena privada

Nos estudos de Martins-Costa & Pargendler a grande atração exercida pelos *punitive damages* está na ideia retrógrada da “pena privada”: relatam que o instituto de origem romana é sanção a ato privado, resultando numa “aflição ao réu” derivada da imposição de uma diminuição patrimonial imposta com caráter punitivo, e não ressarcitória. Defendem as autoras que o processo de despenalização da responsabilidade civil conduziu ao cancelamento da originária função penal, o que desautoriza a retomada no direito brasileiro (MARTINS-COSTA; PARGENDLER, 2005, p. 231, 237 e 248).

A doutrina, todavia, está longe de ser unânime. A primeira reparação refere-se à aparente confusão entre os conceitos de *pena* e *sanção*. Nesse sentido o magistério de Pamplona Filho ao discorrer sobre a natureza jurídica da responsabilidade civil:

[...] há uma grande confusão na utilização dos termos ‘sanção’ e ‘pena’ que constantemente são tratados como sinônimos, quando, em verdade, trata-se de dois institutos que estão em uma relação de ‘gênero’ e ‘espécie’.

A sanção, como já exposto, é a consequência lógico-jurídica da prática de um ato ilícito, pelo que, em função de tudo quanto foi exposto, a natureza jurídica da responsabilidade, seja civil, seja criminal, somente pode ser sancionadora.

Entretanto, não há que se dizer que a indenização ou compensação, decorrente da responsabilidade civil, seja uma pena, pois esta é uma consequência da prática de um delito (o ato ilícito, na sua concepção criminal) ou seja, a conduta que lesa ou expõe a perigo um bem jurídico protegido pela lei penal (PAMPLONA FILHO, 1999, p. 29).

Com propriedade, também lembra o autor que são comuns casos em que a responsabilidade civil é originada de imposição legal, como nas hipóteses de acidentes do trabalho ou das atividades nucleares. Nesses casos, defende que os efeitos não deixam de ser sanções, pois decorrem do reconhecimento do direito positivo de que os danos causados já eram potencialmente previsíveis, em função dos riscos profissionais da atividade exercida (PAMPLONA FILHO, 1999, p. 29-30).

Compreende Cahali (1998, p. 33) que parece ser mais acertado dizer que o mecanismo protetivo da norma geral de ressarcimento ou reparação caracteriza-se por uma natureza mista, de modo que o dever de indenizar representa por si a obrigação fundada na sanção do ato ilícito.

Soma-se o magistério de Maria Helena Diniz, para a qual a responsabilidade civil possui uma dupla função: em paralelo ao objetivo essencial de indenizar, ressarcir, reparar, coloca-se a necessidade de também ser vista como modo de atuação de uma sanção civil, “punindo o lesante e desestimulando a prática de atos lesivos” (DINIZ, 2006, p. 8-9).

Em estudo sobre as características da responsabilidade civil brasileira temperada pelas determinantes constitucionais, Facchini Neto (1999, p. 184) lembra que a enorme difusão contemporânea da tutela jurídica dos direitos da personalidade teve o poder de recuperar uma função diferente para a condenação. Soma-se não apenas uma função dita *punitiva*, mas outra que o autor identifica como *dissuasória* e que tem o objetivo de sinalizar a todos os cidadãos sobre quais condutas devem ser evitadas, por serem reprováveis do ponto de vista ético-jurídico.

Também a doutrina portuguesa, sem precisar render-se a fórmulas retrógradas da pena privada, consegue compreender uma função sancionadora na responsabilidade civil:

A responsabilidade civil exerce uma função *reparadora*, destinando-se, como destina, a reparar ou indenizar prejuízos por outrem sofridos. Mas desempenha também uma função *sancionadora*, sempre que na sua base se encontra um acto ilícito e culposo, hipótese a que nos vimos reportando, pois representa uma forma de reação do ordenamento jurídico contra esse comportamento censurável (TELLES, 1997, p. 418).

As figuras “pena privada” e “função sancionadora” são bastante diferentes também nos objetivos. A pena privada relaciona-se essencialmente com a vingança pessoal. Vingar-se não envolve qualquer interesse de criar benefício para outros, envolve unicamente promover uma satisfação pessoal através do sofrimento alheio. As hipóteses de atuação das condenações punitivas – viu-se através das condições fixadas no direito norte-americano – relacionam-se primordialmente com o objetivo social de promover o desestímulo de condutas fortemente danosas e reprovadas pela coletividade. Nessa hipótese, a utilização do mecanismo punitivo está longe da pequenez moral da vingança, mas atua como instrumento para consagrar a intenção social de não repetição da infração.

Força-se a impossibilidade de confundir qualquer modalidade de pena privada com a responsabilidade civil contemporânea. Independentemente de se manifestar como pena, indenização ou compensação pecuniária, sua natureza jurídica será sempre sancionadora.

A compreensão de uma atuação também punitiva no âmbito do direito privado não significa a aceitação da validade da violência entre os privados, ou a produção de “justiça com as próprias mãos”. O entendimento resulta essencialmente da compreensão de alcance e objetivo que tem o Estado no âmbito da regulação dos privados. Mesmo no ambiente normativo das relações particulares, cumpre ao instrumento estatal do direito, manejado pelo monopólio da jurisdição, estabelecer o que deve prevalecer. Também na jurisdição do direito obrigacional cumpre ao Poder Público identificar, premiar e punir condutas que são incompatíveis com o projeto estatal de regulação social.

O macrosistema do direito obrigacional brasileiro não é plenamente refratário ao estabelecimento de *penas*. Em especial todo o capítulo V do Título IV da Parte Geral de nosso Código Civil (artigos 408 e seguintes), ao prescrever o regramento da cláusula penal, fixa autêntica pena pelo descumprimento de obrigações, sem que isso possa ser confundido com aspecto de justiça privada ou prática criminosa.

O Supremo Tribunal Federal já teve a oportunidade de se manifestar sobre *punitive damages* por ocasião do julgamento, em 2004, do Agravo de Instrumento 455846/RJ e, com naturalidade, viu presente uma “função punitiva”. Paciente de hospital público recebeu tratamento médico inadequado ministrado por funcionário, resultando danos físicos permanentes. No julgamento da ação de indenização de danos morais dirigida em face da Administração, observou a Corte que o juízo *a quo* bem observou a orientação de que a condenação deve ter dupla função: uma com pensatória e uma de caráter punitivo, denominando essa última como *punitive damages*.

O instituto do *punitive damages* não se confunde com efeito punitivo produzido e esperado como consequência da condenação imposta de ressarcimento de danos morais ao indivíduo ofendido. Viu-se, pela análise tanto da doutrina nacional como pelo direito estadunidense, que o estabelecimento

de condenação punitiva no âmbito de demanda de responsabilidade civil individual é medida que parte da sua posição da necessidade de penalização do ofensor para desestímulo de práticas futuras, fixada de modo relativamente independente do ressarcimento dos prejuízos pessoais sofridos.

Em poucas palavras, a hipótese manejada pelo STF é de penalização *dentro* do ressarcimento; *punitive damages* é punição em *paralelo* ao ressarcimento. De qualquer forma, a decisão é importante para compreensão da responsabilidade que tem o Estado na regulação das relações interpessoais, também cabendo fixar sanções para impedir repetições danosas²⁷.

c) Impossibilidade de estabelecimento de pena sem prévia cominação legal

Bodin de Moraes é autora que traz interessante crítica aos *punitive damages* na afirmação da impossibilidade de criação de pena, sem prévia lei que a preveja. Afirma, portanto, violação ao princípio da legalidade. Nas palavras da professora carioca:

No entanto, ao se adotar sem restrições o caráter punitivo, deixando-o ao arbítrio unicamente do juiz, corre-se o risco de violar o multissecular princípio da legalidade, segundo o qual *nullum crimen, nulla poena sine lege*; além disso, em sede civil, não se colocam à disposição do ofensor as garantias substanciais e processuais – como por exemplo, a maior acuidade quanto ao ônus da prova – tradicionalmente prescritas e o imputado no juízo criminal (MORAES, 2003, p. 260).

Não há dúvidas de que a norma da impossibilidade de pena sem prévia cominação legal, prevista no artigo 5º XXXIX da CF/88 é notável conquista civilizatória e deve ser preservada. Mas diante da natureza jurídica e destinação da sanção, com de regra a privação de liberdade, o dispositivo trata apenas do direito criminal. A norma de impossibilidade de penas sem previsão legal anterior ao fato refere-se a condutas consideradas crimes e contravenções, condutas omissivas ou comissivas descritas exhaustivamente na legislação penal. A própria redação do dispositivo deixa bastante claro: “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal” (grifamos).

A doutrina constitucional é relativamente pacífica quanto ao alcance exclusivamente criminal do dispositivo:

²⁷ O Tribunal Regional do Trabalho, em diversos julgados, reconhece a existência de caráter punitivo na fixação de indenizações de danos morais produzidos durante contrato de emprego. A ementa de julgado recente é expressa a esse respeito: RECURSO DE REVISTA. (...) DANOS MORAIS - CRITÉRIO PARA ARBITRAMENTO DO VALOR DA INDENIZAÇÃO - CARÁTER SATISFATIVO-PUNITIVO. A quantificação do valor que visa a compensar a dor da pessoa deve ter um duplo caráter, ou seja, satisfativo-punitivo. Satisfativo, porque visa a compensar o sofrimento da vítima, e punitivo, porque visa a desestimular a prática de atos lesivos à honra, à imagem das pessoas. Recurso de revista conhecido e desprovido (BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho, 2009b).

O dispositivo contém uma reserva absoluta de lei formal, que exclui a possibilidade de o legislador transferir a outrem a função de definir o crime e de estabelecer penas. Demais, a definição legal do crime e a previsão da pena não que preceder o fato tido como delituoso (SILVA, 1999, p. 430).

Não poderia ser diferente. Desde a regra geral do artigo 159 do revogado Código Civil de 1916 e, atualmente, no artigo 927 do novo Código, a opção nacional é de fixação de um preceito genérico para responsabilidade civil. Mesmo no período de mais intensa paixão pelas ideias de completude codicista, jamais se cogitou que pudesse haver enumeração de todas hipóteses de fato para aplicação de responsabilidade civil e fixação de condenações tarifadas.

Nem a fixação de condenação ressarcitória ao indivíduo pontualmente lesado, nem o estabelecimento de parcela de condenação punitiva confundem-se com crime e pena. A responsabilidade civil é estabelecida no sistema de direito brasileiro de forma genérica, devendo ser manejada pelo juiz na fixação de condenação que seja a mais esperada e eficaz individual e socialmente.

d) Vedação no sistema nacional do enriquecimento sem causa

Impedir enriquecimentos súbitos e desmesurados de particulares, como resultado de recebimento de expressivos montantes condenatórios – eis o centro de importante argumento contrário à fórmula de *punitive damages*. Dogmaticamente, centra-se na ideia de ocorrência de óbice no ordenamento jurídico nacional que, mesmo antes da vigência do Código Civil de 2002, já vedava o enriquecimento sem causa como princípio informador do direito. Com a nova codificação privada, o artigo 884 passou a inscrever expressamente: “Aquele que, sem justa causa, se enriquecer à custa de outrem, será obrigado a restituir, o indevidamente auferido, feita a atualização dos valores monetários”.

O artigo 884 não é dispositivo que tem pretensão aparente de reger elementos para fixação de indenizações, vez que está inserido no Título VII – Dos Atos Unilaterais. Em hermenêutica, parece evidente que os critérios de fixação de resposta jurisdicional para demandas de responsabilidade civil devem ser buscados em dispositivos do Código Civil um pouco mais próximos, conceitual e geograficamente, do Título IX – Da Responsabilidade Civil. Especialmente, porque há título próprio (II, artigos 944 a 954) que trata da indenização.

Em algumas situações, força-nos verificar que há mais esforço tendente a buscar argumentos para a diminuição de indenizações a notórios violadores do ordenamento jurídico, que esta buscar efetivas soluções para impedir a delinquência. Parece-se acreditar que a “segurança jurídica” ou “segurança social” é preferencialmente alcançada impedindo que os já reconhecidos transgressores do direito sejam punidos em demasia. Para se evitar o excesso, opta-se por fórmulas sabidamente insuficientes e barram-se iniciativas de estabelecimento de medidas judiciais que ofereçam respostas voltadas à efetividade.

Especialmente no universo do direito do trabalho, a situação não é nova. Lembra Ramos Filho que o ilícito trabalhista sempre foi, e ufemisticamente, considerado pela doutrina e pela jurisprudência como “descumprimento” ou como “inadimplemento” da lei ou do contrato, ao contrário do que ocorre em outros ramos do direito. A criminalização e a repressão a integrantes das classes dominantes são posturas novas na história da república, razão pela qual talvez nem sempre tenham sido bem recebidas por parte de certos meios de comunicação e órgãos de imprensa. O autor utiliza a figura do cinismo caricato daquele que temeria eventual falta de lugar nas cadeias “se a nova lei pegasse” e que, agora, poderia argumentar que, na mesma medida em que a Justiça Criminal não foi concebida para colocar integrantes das elites nas prisões, a Justiça do Trabalho também não teria sido engendrada para, *efetivamente*, fazer cumprir a legislação do trabalho; o que aqui se defenderia seria ingenuidade ou “perda de tempo”. Conclui o professor da UFPR que nem por isso a Justiça do Trabalho está condenada a se tornar eternamente seletiva como o é a Justiça Criminal e que não deve permanecer inerte em relação às práticas de delinquência patronal que sejam identificadas (RAMOS FILHO, 2008, p. 129-148).

Vê-se que a busca da efetividade da repressão da delinquência privada é caminho difícil, pois esbarra em aparentes entraves institucionais, em pré-orientações históricas, em falsas neutralidades.

Escolher entre, de um lado “premiar” o trabalhador já lesionado com profunda e extremamente reprovada violação jurídica por seu empregador, estabelecendo-se indenização acima do ressarcimento individual; ou, de outra banda, manter parcialmente impune o mesmo delinquent, não nos oferece uma escolha muito difícil.

De qualquer forma, não serão essas dificuldades que retirarão da ciência jurídica sua característica de ciência do “dever-ser”, da busca pela solução mais próxima da justiça. Não se há de recorrer às simplicidades de formas utilitaristas de escolha e tentar optar pela fórmula “menos pior”. Mesmo a ideia de vedação de enriquecimento sem causa como “princípio informador do direito” pode ser preservada, seguindo-se a coerente concepção da coletividade dos atingidos pela delinquência patronal e a certeza de necessidade de eficaz construção de mecanismos que impeçam a reincidência.

Apesar de estar longe de acabada, uma possível fórmula de repressão de delinquências patronais por meio de condenações punitivas, suprimindo-se hipótese de enriquecimento injustificado do trabalhador lesionado, será retomada no final deste trabalho.

4 RESPONSABILIDADE CIVIL NO DIREITO DO TRABALHO

Singelamente, responsabilidade civil pode ser delimitada como a obrigação de reparar o dano que uma pessoa causa a outra. A fonte geradora da responsabilidade civil é o interesse em restabelecer o equilíbrio violado pelo dano.

O artigo 197 do nosso Código Civil determina que aquele que, por ato ilícito causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. Teorias da responsabilidade civil procuram determinar em que condições uma pessoa pode ser considerada responsável pelo dano sofrido por outra pessoa e em que medida está obrigada a repará-lo. Essa reparação ou compensação do prejuízo da vítima poderá ser pecuniária, *in natura* ou mesmo uma carta de retratação. É relativamente pacífico que ao identificar um dano causado a outrem em decorrência de um ato ilícito, procura-se analisar prioritariamente três aspectos: o dano existente, o nexo causal e a responsabilidade do agente causador.

O fato gerador do direito e a reparação do dano pode ser a violação de um ajuste contratual das partes ou de qualquer dispositivo legal do ordenamento jurídico, incluindo-se o descumprimento de dever geral de cautela. Quando ocorre a primeira hipótese, dizemos que a responsabilidade é de natureza contratual; e na segunda denominamos responsabilidade extracontratual ou Aquiliana.

Maria Helena Diniz lembra que o princípio que domina a responsabilidade civil na era contemporânea é o da *restitutio in integrum*, ou seja, da reposição completa à situação anterior à lesão, por meio de uma reconstituição natural, de recurso a uma situação material correspondente ou de indenização que represente do modo mais exato possível o valor do prejuízo no momento de seu ressarcimento (DINIZ, 2006, p. 7-8). A concepção da plena restituição dos prejuízos interessa a esse trabalho na concepção que consegue identificar a lesão abstrata do sujeito que a recebe de forma mais imediata.

A responsabilidade civil está a cada dia mais presente na esfera trabalhista. Antes raros, atualmente são comuns os pedidos de dano moral oriundos de práticas abusivas, podendo-se mencionar o assédio moral e sexual, a interceptação de correspondências eletrônicas, as revistas íntimas, os castigos por descumprimento de metas. As próprias ações acidentárias movidas em face do empregador também derivam da aplicação do instituto da responsabilidade civil na esfera do contrato de trabalho. Diversos são os estudos que concluem que o ambiente laboral é provavelmente o mais propício para a produção de diversos prejuízos de ordem moral, em especial como resultado da subordinação subjetiva imposta ao empregado.

Não obstante, a “conquista” da responsabilidade civil no campo de atuação do direito individual do trabalho, seu desenvolvimento tem sido um caminho difícil, tanto no âmbito do direito material, como no de competência jurisdicional. Apenas com a vigência da Emenda Constitucional nº 45 houve sedimentação no entendimento da competência da Justiça do Trabalho para análise e julgamento de todas as demandas em que se busca ressarcimento por prejuízos formados no ambiente de trabalho. A compreensão das diversas hipóteses de prejuízos, não singelamente oriundos de descumprimentos explícitos de regras legislativas ou do contrato individual, ainda é que está tormentosa e que comumente esbarra em posicionamentos conservadores sobre normas gerais de conduta e aplicabilidade de direitos fundamentais.

Talvez por tais características, são difíceis as alterações/evoluções de posicionamento na esfera da responsabilidade civil trabalhista.

Vimos anteriormente que a opção que tem o monopólio da jurisdição em estabelecer sanções tendentes a impedir, por meio da fixação de condenações punitivas, a repetição de condutas intensamente reprovadas e danosas não se confunde com as figuras da Antiguidade de penas privadas. Ao contrário, pudemos perceber significativos traços de recente conquista civilizatória, pois as características do Estado Social de ampliação de responsabilidades já começam a alcançar as teorias da responsabilidade civil. Outorga-se ao Estado-Juiz poder-dever de identificar e reprimir condutas particulares reconhecidamente incompatíveis com o projeto contemporâneo de vida em sociedade.

Apesar das dificuldades que tem o direito do trabalho em tratar da responsabilidade civil, percebe-se já na dogmática motivo para uma compreensão mais natural sobre os efeitos punitivos pelo descumprimento do referencial normativo legislado: as diversas multas previstas nas leis trabalhistas.

A legislação tutelar, de forma muito natural e desde sua origem, reconheceu que a infração em preserial ao contrato mínimo legal não apenas implica deveres de ressarcimento ao funcionário, mas também produz punições patrocinadas pelo Estado. Diversas verbas trabalhistas quando não devidamente pagas, ou condições de trabalho se não corretamente observadas, têm como efeito ao transgressor o estabelecimento de sanções não meramente ressarcitórias ao empregado. Entre outras hipóteses, temos multas por não cumprimento dos dispositivos de duração do trabalho (artigo 75 da CLT), de férias (artigo 153 da CLT), de segurança e medicina do trabalho (artigo 201 da CLT), de nacionalização do trabalho (artigo 351 da CLT), de proteção ao trabalho da mulher (artigo 401 da CLT), de proteção ao trabalho do menor (artigos 434 e 435 da CLT), pelo não recolhimento de FGTS (artigo 22 da Lei nº 8.036/90).

Nas situações expostas, não temos a fixação de penalização ao infrator como efeito do estabelecimento de indenizações ao empregado. As multas são autênticas penas, produzidas no ambiente de contratos individuais, mas cuja sanção é efetuada em benefício do Poder Público. O ressarcimento ao empregado lesado com a conduta até pode produzir penalização empresarial pela restituição individual, mas as multas acima são verdadeiramente penas, fixadas em paralelo à restituição.

Não poderia ser muito diferente, porque a penalização, como resultado do ressarcimento, seria por demais limitada se apenas atuasse estabelecendo o pagamento em atraso da verba inadimplida. Valendo-se do benefício do tempo, força-se admitir que o atraso no pagamento, nesses casos, significa mais um benefício ao empregador delinquente que verdadeiramente uma pena.

Vê-se que o microsistema obrigacional trabalhista expressamente identifica diversas hipóteses em que o não cumprimento de normativos da relação privada empregador-empregado provoca efeitos ao lesionante que exorbitam a órbita do interesse ressarcitório do indivíduo prejudicado.

Acaso se o direito do trabalho brasileiro tivesse optado por considerar efeitos limitadamente de recomposição econômica ao sujeito agredido pelo não cumprimento do direito tutelar, haveria coerência na sua extensão de igual limitação do provimento jurisdicional ao pontual ressarcimento do que foi perdido. Todavia, verificando-se que há clara opção normativa pelo estabelecimento paralelo de condenação punitivas, na forma de multas pelas mesmas faltas, a defesa da impossibilidade de imposição de outras condenações punitivas por parte do julgador fica um tanto mais difícil.

5 EXTENSÃO DO DANO NO ÂMBITO TRABALHISTA

O campo de estudo do direito do trabalho incorpora elementos e situações jurídicas complexas e naturalmente plurissignificativas. Contrato, empresa e os danos produzidos no ambiente de trabalho protagonizam o ambiente de análise juslaboralista, mas são tão importantes para a ciência jurídica em geral, como para compreensões de universos muito mais amplos, como Estado e sociedade.

Como consequência parcial da amplitude conceitual e, também em parte, por efeito de se constituírem fenômenos estudados por diferentes ramos do conhecimento – cada qual com métodos, focos e ideologias próprios – contrato, empresa e danos produzidos no ambiente de trabalho podem, em várias linhas, ser enxergados sob duas perspectivas bastante diferentes.

A primeira produz (ou produzia) as seguintes expressões: a) limitação do contrato a um simples acordo de vontades individuais, livres e integralmente manifestadas por seus participantes; c) compreensão dos danos efetivados na relação de emprego – como de modo geral nas demais relações jurídicas entre privados – igualmente circunscritos aos sujeitos diretamente envolvidos e, portanto, resolvendo-se na simplicidade do ressarcimento dos prejuízos.

De modo geral, tais concepções são resultados de construções jurídicas calcadas no liberalismo oitocentista, no individualismo, no abstencionismo estatal e na força da autonomia da vontade.

Esses não são os referenciais desse trabalho, como também não parecem ser os modelos majoritários do atual projeto de Estado brasileiro. Sob os focos contemporâneos da solidariedade constitucional, dignidade humana e responsabilidade social, as perspectivas são bastante diferentes para análise de contrato, empresa e responsabilidade civil.

Na ótica que nos propomos a balizar esse estudo, o contrato de emprego ultrapassa bastante os simples limites das relações interprivadas, tanto no seu conteúdo, como efeitos. A relação de emprego é bem mais que singela compra e venda de trabalho humano, constituindo-se sempre numa relação jurídica complexa, dinâmica, social e solidária. Tais referenciais projetam importantes consequências na estática e na dinâmica contratual trabalhista.

A vocação constitucional brasileira de atribuir dignidade humana ao contratante não em contra no monólogo elementar dos direitos subjetivos patrimoniais de crédito e débito a conformação mais adequada ao perfil da relação jurídica obrigacional. O primeiro resultado prático passa a ser a

compreensão da repersonalização do indivíduo empregado, não mais como simples sujeito abstrato de direito, mas como cidadão detentor de direitos²⁸ que ultrapassam a limitada geografia normativa do direito do trabalho. Superam-se os traços do contrato de emprego como simples instrumentalizador de situação de débito e crédito entre privados, para ser reconhecido também – senão principalmente – como residência dos mais importantes referenciais normativos e que, de forma geral, são agredidos e reconhecidos como direitos fundamentais²⁹.

Ainda na linha da compreensão do fenômeno contratual trabalhista, o segundo efeito revela-se na remodelação do princípio da obrigatoriedade. Estudiosos do direito obrigacional constitucionalizado, como Perlingieri (2002), Lorenzetti (2001) e Tepedino (1999) fazem ver que o elemento fundante do dever de cumprimento do pacto deve ser a correspondência entre o conteúdo das obrigações com a expectativa que tem a sociedade sobre esse contrato. A liberdade de contratar é mantida, mas sob o signo da autonomia privada, englobando na manifestação volitiva das partes elementos de natureza não patrimonial com intenso conteúdo social.

No ambiente do Estado Social, o enfoque dirigido ao fenômeno empresarial não fica alienado e divorciado dos valores da sociabilidade. Há clareza que a atividade empresarial tem significado importante na organização social e, na medida em que integra o esforço de geração de emprego, tributo, valor, consumo, produto, serviço, inovação e renda, insere-se privilegiadamente nas estruturas sociais³⁰.

O discurso hegemônico da economicidade passa a ser inaceitável mesmo para a atividade empresarial. Na medida em que a propriedade teve

²⁸ Segundo definição de Ferrajoli, “*son derechos fundamentales aquellos derechos subjetivos que las normas de un determinado ordenamiento jurídico atribuyen universalmente a todos em tanto personas, ciudadanos y/o personas capaces de obrar*” (FERRAJOLI, 1998, p. 291).

²⁹ Os principais argumentos para a eficácia dos direitos fundamentais nas relações interprivadas são retiradas da doutrina de Perez Luno: “*Em cualquier caso, entiendo que la necesidad de extender la aplicación de los derechos fundamentales a las relaciones entre sujetos privados es fruto de dos argumentos básicos. El primero, que opera en el plano teórico, es corolario de la exigencia lógica de partir de la coherencia interna del ordenamiento jurídico lo que constituye, al propio tiempo, una consecuencia del principio de la seguridad jurídica. Se ha indicado, con razón, que el no admitir la eficacia de los derechos fundamentales en la esfera privada supondría reconocer una doble ética en el seno de sociedad: la una aplicable a las relaciones entre el Estado y los particulares, la otra aplicable a las relaciones de los ciudadanos entre sí, que serían divergentes en su propia esencia y en los valores que consagran. El segundo obedece a un acuciante imperativo político del presente, en una época en la que al poder público, secular amenaza potencial contra las libertades, le ha surgido la competencia de poderes económicos facticios, en muchas ocasiones, más aplicables que el propio Estado en la violación de los derechos fundamentales*” (PEREZ LUÑO, 1995, p. 314).

³⁰ Os modernos estudos de administração de empresas também se voltam para a ética e responsabilidade social. Nesse sentido, ensina Maximiano que o agir dos administradores não pode se limitar a buscar a satisfação dos interesses individuais dos acionistas. Numa ampliação da moralidade e ética empresarial, os empreendimentos coletivos devem igualmente pautar suas condutas nos melhores interesses da sociedade em que estão inseridos (MAXIMIANO, 2004).

seu conceito e significados relativizados, a empresa também não pode mais ser considerada como mero direito individual. Sob esse contexto, há o fortalecimento da concepção da empresa comunitariamente responsável, em que a responsabilidade social do empreendimento é ordinariamente associada à comunicação das relações produtivas com as obrigações estatais.

A compreensão da função social da empresa obriga que, sem precisar se esquecer do lucro, receba tutela jurídica na medida em que atuar em favor de seus empregados, valorizando o trabalho humano. Em especial, na tarefa de concreção dos valores constitucionais do trabalho previstos no artigo 7º, execução da política de geração de pleno emprego (artigo 170, VIII), valor social do trabalho (artigo 1º, IV) e, essencialmente, a dignidade da pessoa humana (artigo 1º, III).

Como terceiro elemento, parcialmente resultado dos dois primeiros, tem-se percepção de impossibilidade de se conceber a relação de emprego como tendo função puramente econômica interpretada. Em especial nos estudos de ciência política faz-se clara a necessária imbricação que têm as relações de trabalho subordinado com os traços mais gerais do Estado, da economia e da sociedade.

Bem identificou o sociólogo grego Poulantzas (2000, p. 24-25) que se as relações de produção traçam o campo do Estado, este desempenha, contudo, um papel autônomo na formação dessas interações. Contra o economicismo tradicional e tecnicismo, é o primado das relações de produção sobre as forças produtivas que dá à sua articulação a forma de processo de produção e reprodução. Daí decorre a presença das relações políticas (e ideológicas) no seio das relações de produção e essas desempenham papel essencial em sua reprodução: o processo de produção é ao mesmo tempo processo de reprodução das relações de dominação política e ideológica.

Mesmo no ambiente do Estado Social, é o trabalho humano o elemento que, na maior parte das vezes, produz a condição de cidadania. Como acentua Castel (2005, p. 429), é na disciplina do trabalho, na disciplina para o trabalho e no acesso ao trabalho que se produzem as “novas formas de consumo dos operários”, que se expressam não apenas no consumo propriamente dito daquilo que produzem, mas em todo o tipo de subvenções sociais (propriedade social e serviços públicos). Enfim, toda a homogeneização das condições de trabalho é acompanhada de uma homogeneização dos meios e dos modos de vida (CASTEL, 2005, p. 431).

A importância que tem o trabalho subordinado na ossatura institucional do sistema econômico faz extrapolar os efeitos não apenas da correta execução das obrigações, mas também – se não o principalmente – de toda a sorte de inexecução contratual produtora de prejuízos imediatos ao trabalhador³¹.

³¹ “Assim, se há uma relação de trabalho, pela qual o trabalho alheio é utilizado para o desenvolvimento de um projeto de acumulação de capital, sem o efetivo respeito aos direitos sociais (que servem,

Em outras palavras, da mesma forma que a pontual realização do trabalho contratado fortalece e azeita o sistema, a delinquência patronal, ainda que direcionada aparentemente a um único trabalhador, produz prejuízos a toda a coletividade.

As estruturas do próprio Estado, enquanto elemento da sociedade em sentido amplo, são igualmente afetadas com a delinquência patronal, pois a agressão na relação de emprego produz efeitos prejudiciais às conformações econômicas que sustentam todo o modelo de organização estatal.

Mantendo-se o foco nos macrossignificados da relação de emprego, mas afastando-se um pouco do campo da ciência política em sentido estrito, há maior clareza de vinculação à sociedade na delinquência patronal quando a agressão envolve direitos fundamentais. Nessas situações, os prejuízos são direcionados à sociedade em sentido amplo, primeiramente porque os direitos fundamentais não são pertencentes apenas ao trabalhador, ou grupo de trabalhadores diretamente lesados. Nesse sentido esclarece Alexy que por referirem-se os direitos fundamentais à estrutura básica da sociedade (ALEXY, 2003, p. 35), cada ponderação abarca decisões sobre a própria estrutura fundamental do estado e da própria sociedade (ALEXY, 2010, p. 176).

Os castigos vexatórios impostos ao vendedor que não cumpriu sua difícil meta de vendas do mês, além de destruir a autoestima do empregado, informa a todos os colegas sobre sua descartabilidade e o obriga, sob o signo do medo da humilhação, a atingir sua cota a qualquer preço.

A prática rotineira de revistas íntimas da empregada não apenas destrói com a intimidade da operária, como mutila a sanidade da família e do grupo social próximo em que esse ser humano está inserido.

A deliberada falta de cuidado do empregador com a segurança laboral não se resolve com o pagamento individual do adicional ou indenização de acidente aos poucos empregados que reclamam, pois sociedade e o Estado são dramaticamente afetados com a perspectiva de pagamentos de benefícios previdenciários de invalidez provisória e aposentadorias precoces.

É fácil perceber que a cada violação de direito fundamental de trabalhador, toda a sociedade, e em especial o grupo que trabalha, são afetados e lesionados. É essa ampliação do universo de atingidos por expressivos descumprimentos de obrigações de conduta no campo da relação de emprego que obriga à consequente dilatação da ideia de dano. Se a pretensão é de levar realmente a sério o paradigma da restituição integral dos danos, a compreensão de um dano dito “social” precisa estar amarrada à uma conduta estatal de repressão adequada.

muitos deles, para preservação da saúde e para o convívio social e familiar), quebra-se o vínculo básico de uma sociedade sob a égide do Estado de Direito Social.” (SOUTO MAIOR, 2008, p. 157-193).

6 EMERGÊNCIA DO DANO SOCIAL

Os estudos de “dano social” no direito do trabalho oferecem adequado foco para a questão. Não apenas porque devidamente conseguem enxergar a real extensão dos prejuízos, mas pelo oferecimento de soluções que ultrapassam o pontual e insuficiente ressarcimento individual.

O dano social costuma ser formado pelo somatório de danos individuais que atingem resultados macrossignificativos às realidades dos indivíduos lesionados. Conforme já identificado, a relação de emprego é relação jurídica complexa e que, portanto sua atuação patológica projeta efeitos muito além dos sujeitos que dela participam. Os prejuízos são projetados para outros trabalhadores, outros empregadores e para a sociedade em geral.

Nos estudos de Souto Maior identifica-se que as agressões ao direito do trabalho acabam atingindo uma grande quantidade de pessoas, de modo que o empregador muitas vezes se vale dessa prática para obter vantagem na concorrência com outros empregadores. Isto implica dano a outros empresários não identificados que, inadvertidamente, cumprem a legislação trabalhista ou que, de certo modo, se vêem forçados a agir da mesma forma delincente. O resultado verificado é a precarização completa das relações sociais, na forma de um *dumping social* (SOUTO MAIOR, 2008, p. 1324).

O microsistema trabalhista apenas aparentemente oferece instrumento punitivo através da fixação de condenações não ressarcitórias individuais. As multas previstas na CLT são quase irrisórias e a fiscalização promovida pelas Delegacias Regionais do Trabalho normalmente são e mostram insuficientes, principalmente, em razão da falta de vontade política refletida na deficiência de recursos destinados. Os empregadores delinquentes, bem conhecedores dessas realidades, aproveitam-se e, em não poucas situações, permanecem mantendo a política de descumprimento de obrigações patronais, independentemente de condenações individuais.

Na notória falta de efetividade dos instrumentos institucionalizados pela dogmática, há atuação da jurisprudência. A necessidade de oferecer resposta adequada ao *dumping social* foi devidamente avaliada pelo Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região, por ocasião de julgamento do Recurso Ordinário nº 00866-2009-063-03-00-3. Verificou a 4ª Turma que prática empresarial de precarizar diversos direitos trabalhistas criou situação de concorrência desleal dentro de certa comunidade³². Eis a ementa do julgado:

³² A decisão tem origem em sentença de conhecimento do juiz do trabalho Alexandre Chibante Martins, do Posto Avançado de Iturama, ligado à Vara do Trabalho da pequena Ituiutaba, no Triângulo Mineiro. A reparação não foi requerida pelo autor, mas aplicada de ofício pelo magistrado, o qual identificou a ocorrência de *dumping social* e fundamentou a decisão em enunciado da 1ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho promovida pelo TST e Anamatra. Esclareceu-se no processo a prática corriqueira de jornada extraordinária, fazendo com que os funcionários permanecessem trabalhando por mais de 10 horas diárias. Apenas há notícia que a 4ª Turma do TRT/III confirmou decisões análogas proferidas pelo juiz.

REPARAÇÃO EM PECÚNIA – CARÁTER PEDAGÓGICO – *DUMPING SOCIAL* – CARACTERIZAÇÃO – Longas jornadas de trabalho, baixos salários, utilização de mão-de-obra infantil e condições de labor inadequadas são algumas modalidades exemplificáveis 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 ideias, não deixam as empresas de praticá-lo, notadamente em países subdesenvolvidos ou em desenvolvimento, quando infringem mequinhos direitos trabalhistas na tentativa de elevar a competitividade externa. 'Alega-se, sob esse aspecto, que a vantagem deriva da redução do custo de mão-de-obra é injusta, desvirtuando o comércio internacional. Sustenta-se, ainda, que a harmonização do fator trabalho é indispensável para evitar distorções num mercado que se globaliza (LAFER, Celso – 'Dumping Social' in Direito e Comércio Internacional: Tendências e Perspectivas, Estudos em homenagem ao Prof. Irineu Strenger, LTR, São Paulo, 1994, p. 162). Impossível afastar, nesse viés, a incidência do regramento vertido nos artigos 186, 187 e 927 do Código Civil, a coibir – ainda que pedagogicamente – a utilização, pelo empreendimento econômico, de quaisquer métodos para produção de bens, a coibir – evitando práticas nefastas futuras – o emprego de quaisquer meios necessários para sobrepujar concorrentes em detrimento da dignidade humana (BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região, 2009).

Em seu voto de relatório, registrou o Desembargador Júlio Bernardo do Carmo 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.

Após verificar a reincidência da empresa, atestada em diversos outros processos, e concluir pelos extremos riscos sociais na delinquência, concluiu como correta a fixação de sanção pecuniária, em prol do reclamante, a ser paga pelo reclamado.

A decisão do TRT de Minas Gerais é, em parte, reflexo de enunciado aprovado na 1ª Jornada de Direito Material e Processual na Justiça do Trabalho, *verbis*:

Enunciado nº 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 artigo 404, parágrafo único do Código Civil, o fundamento de ordem positiva para impingir ao agressor contumaz uma indenização suplementar, como aliás, já previam os arts. 652, 'd' e 832, § 1º, da CLT.

O enunciado, produzido com objetivo de servir de referência para futuros julgamentos de demandas trabalhistas, identifica a repercussão social produzida em descumprimentos da legislação trabalhista. A consequência verificada é de que seja fixada condenação complementar a cargo do empregador³³.

A prática de *dumping social* é normalmente identificada pela ciência da Economia quando empresários encerram suas atividades em locais onde os salários são muito elevados. Deslocam então a atividade produtiva para outras regiões de mão de obra barata, normalmente porque lá os referenciais normativos são precarizados. A prática é contrária à ideia do *fair trade*, pelo qual o mercado internacional deve evitar consumir produtos que não efetivam direitos trabalhistas mínimos³⁴.

Mas também em situações de competição empresarial dentro do mercado interno pode haver clara identificação de *dumping social*. Como na situação identificada no julgado de Minas Gerais, há semelhante prática desleal de comércio e formação de preço predatório com o descumprimento da legislação trabalhista e consequente promoção da indignidade dos trabalhadores. A diminuição do preço do produto do empresário delinquente é alcançada pela "economia" da subtração de direitos dos trabalhadores. Bem identificou a decisão que a simples restituição pecuniária ao trabalhador lesado jamais terá o poder de oferecer a resposta estatal adequada à prática.

³³ "Em situações especiais é preciso aplicar, também, a teoria do valor do desestímulo, utilizada como referência pelo sistema americano, conhecido como *punitive damages* ou *exemplary damage* no sentido de a sua imposição importar de exemplo para a não reincidência pelo causador do dano, senão também para prevenir a ocorrência de futuros casos de lesão" (BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho, 2007).

³⁴ A indústria calçadista brasileira sente fortemente a concorrência desleal da China, país que faz uso do *dumping social* na forma de profunda precarização trabalhista e previdenciária. Como resultado, desde o final do século XX, diversos estabelecimentos originalmente estabelecidos na região do Vale do Rio dos Sinos, no Rio Grande do Sul, transferiram suas unidades fabris para Dongguan, no sul chinês. Atualmente, o Vietnã aponta como outro grande produtor de sapatos e não será surpresa uma nova migração de indústrias para o sudeste asiático ou qualquer outro lugar que permita a redução dos custos através da subtração de direitos sociais.

A questão da reincidência também é importante para a identificação do dano social/*dumping social*. No mesmo trabalho já citado, Souto Maior advoga que é a repetição constante da prática predatória empresarial o critério objetivo para apuração da repercussão social das agressões ao Direito do Trabalho. A noção de reincidência, segundo o autor, é trazida expressamente no artigo 59 do CDC, no Direito Penal constitui circunstância agravante da pena (artigo 6º, I, CPC) e impede a concessão de fiança (artigo 323, III, CPP). Outro critério que levanta é o caráter deliberado do transgressor em desrespeitar a ordem jurídica, pois o ato voluntário é inescusável (SOUTO MAIOR, 2008, p. 1325).

Vê-se que lesões produzidas no âmbito das relações de emprego, e em especial quando direcionadas a direitos fundamentais dos trabalhadores, não são circunscritas na singeleza do prejuízo meramente individual. O provimento jurisdicional que se segue à agressão não é apenas pretendido pelo indivíduo circunstancialmente lesionado, pois não se trata do único prejudicado. A pretensão de resposta estatal passa a ser de toda a comunidade lateralmente prejudicada³⁵.

E sendo o ataque sentido nas conformações mais básicas da estrutura social, pertencendo ao conjunto da sociedade a titularidade do interesse da resposta jurisdicional, o provimento não pode mais se limitar à reparação pontual dos danos individuais. Com a certeza da extensão dos efeitos da delinquência patronal, a tecnologia de resposta jurisdicional a ser formada precisa ser, então, proporcionalmente aperfeiçoada.

O instrumento na dogmática para aperfeiçoamento desse provimento pode ser buscado no Código Civil. A compreensão da ocorrência do dano social pode servir para outorgar uma nova interpretação ao parágrafo único do artigo 404 do CCB³⁶. A percepção da insuficiência da condenação de restituição permite que o juiz possa fixar “indenização suplementar”. Vê-se a abertura de atuação jurisdicional no estabelecimento de acréscimo condenatório necessária para a mais adequada atuação do direito positivo. Esse acréscimo condenatório não necessariamente precisa ser dirigido para o indivíduo ofendido; percebendo o decisor a extensão dos afetados, poder crescer condenação na forma de indenização de dano social.

Transportando-se o até aqui estudado, o estabelecimento de condenações punitivas deve ser manejado em situações de larga reprovação social na conduta do sujeito lesionante, e com o forma de impedir a re petição das

³⁵ “Havendo dano, produzido injustamente na esfera alheia, surge a necessidade de reparação, como imposição natural da vida em sociedade e, exatamente, para sua própria existência e o desenvolvimento normal das potencialidades de cada ente personalizado. É que as investidas ilícitas ou antijurídicas no círculo de bens ou de valores alheios perturbam o fluxo tranquilo das relações sociais, exigindo, em contraponto, as reações que o Direito engendra e formula para a reparação do equilíbrio rompido” (BITTAR, 1993, p. 16).

³⁶ Código Civil Brasileiro, artigo 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.”

posturas delinquentes. Os prejuízos são espalhados, diluídos em torno de uma coletividade de difícil ou impossível individualização e, portanto, demandam que resposta jurisdicional contemple, da forma mais completa possível, o universo de ofendidos.

A regra do artigo 404, parágrafo único do Código Civil Brasileiro, an imada pela compreensão da realidade nacional de situações de danos sociais, são elementos que podem servir para a solda no instituto de *punitive damages*. Os critérios fixados no direito estadunidense servem não apenas para embasar a prática jurisdicional, mas principalmente para limitar possíveis excessos.

O requisito de grau de repreensão da conduta mostra que as hipóteses de necessidade de fixação de condenação suplementar são bastante limitadas. Cumpre ao intérprete identificar as situações em que a delinqüência patronal é de extrema reprovação e representa grandes danos à coletividade. Aqui, o conceito de “coletividade afetada” pode ser encarado como o grupo de trabalhadores de determinada localidade, grupos humanos minoritários (de opção sexual, religiosa, étnica etc) ou mesmo agrupamentos de muito maior extensão, até o alcance toda a coletividade nacional.

O elemento que sublinha a importância pedagógica é igualmente importante e que pode ser transportado para a responsabilidade civil trabalhista. Sublinha a importância de averiguar a possibilidade da condenação ressarcitória individual já não ser suficiente para o desestímulo na repetição da reprovada conduta empresarial. Apenas na percepção de insuficiência, deve o aplicador cogitar de somar verba de condenação punitiva. O objetivo, repisa-se, é de utilizar o peso da perda econômica para desencorajar a reincidência.

Deve o intérprete verificar se os objetivos das condenações punitivas já não foram alcançados com outros tipos de medidas. Não se trata aqui de apenas observar a condenação ressarcitória individual, mas diferentes penalizações que já foram enfrentadas em outros processos judiciais ou administrativos. No ambiente do direito do trabalho, são importantes os termos de ajuste de conduta firmados com o Ministério Público do Trabalho, multas administrativas fixadas pelas Delegacias Regionais do Trabalho, condenações em ações coletivas ou acordos expressos com sindicatos.

Em diversas situações, a análise de reincidência do empregador delinquente pode também fornecer importante balizador para a fixação de condenação suplementar. Embora não se trate de critério que deva sempre estar presente, em diversas situações a reincidência pode ter significação de alargamento de prejuízos e málcia reiterada do empregador.

Por fim, outros fatores relacionados no direito estadunidense podem, com temperança, ser observados na fixação de condenação punitiva.

Dolo, violência, ameaça de danos físicos e sofrimento psicológico são elementos que podem estar presentes em agressões a funcionários, especialmente em relações de emprego marcadas pela hipersubordinação. A reprovação da conduta na forma de condenação punitiva mostra-se

importante em sociedades que ainda possuem vivas tristes expressões de um passado de trabalho servil e escravo. Também em grandes e poderosas empresas que se utilizam ordinariamente da prática do assédio moral como elemento motivador da produção, a fixação de *punitive damages* pode ser o mais importante desestímulo.

A desconsideração pela saúde e segurança são bastante comuns em demandas sobre acidentes do trabalho ou doenças equiparadas. Em diversas situações, percebe-se que é economicamente mais vantajoso para as empresas o pagamento de adicionais ou reparações por prejuízos de saúde que efetivamente investir na subtração das condições prejudiciais. A fixação de condenação suplementar acaba sendo a única forma de forçar a atuação empresarial no esforço de formação de um meio ambiente saudável.

A relação de emprego tem como um de seus principais elementos a situação de subordinação econômica do empregado ao empreendimento. O elemento agravante do ato ser dirigido à vítima financeiramente vulnerável é, portanto, adequado a maior parte dos contratos de emprego.

De igual forma, circunstâncias minorantes para a responsabilidade da empresa delincente também podem ser sopesadas na análise do caso concreto, como participação de funcionários com baixo poder de decisão na formação das lesões, reconhecimento da ilicitude por parte do lesionante e sincera tentativa do causador em diminuir os prejuízos individuais.

Percebendo-se o campo de afetados por condutas empresariais, a importância da correta expressão, e a possibilidade de utilização de critérios científicos para identificação das hipóteses de atuação, pode-se, nesse momento, retomar as considerações sobre a vedação de enriquecimento injustificado e sua aparente incompatibilidade com condenações punitivas.

A legislação consumerista brasileira bem compreende a universalidade dos afetados por condutas empresariais. O disposto no artigo 100 do CDC faz clara que a razão para o pagamento da condenação em que se verifica lesão a interesses individuais homogêneos tem por origem os danos causados, e não os prejuízos sofridos. No âmbito das demandas coletivas, o fundo previsto no artigo 13 da lei da Ação Civil Pública foi instituído pela Lei nº 9.008/95. O “Fundo de Defesa dos Direitos Difusos” tem o objetivo de promover a reparação dos bens lesados e não sendo mais possível, os valores devem ser destinados a uma finalidade compatível.

A socialização dos atingidos e beneficiados pelas indenizações assemelha-se ao *fluid recovery* do direito estadunidense, em que o resultado da indenização não necessariamente dirige-se para a reparação do dano, mas para objetivos relacionados ou conexos. A mesma lógica de danos de consumo, ou ambientais diluídos dentro da comunidade pode ser transportada para o universo das relações de trabalho.

Imaginam-se dois exemplos.

Primeiro, empresa que, ao longo de muito tempo, promoveu políticas internas de vedação de ascensão de mulheres a cargos gerenciais e que, apenas anos depois, quando já prescritas diversas pretensões indenizatórias individuais, houve esclarecimento público da prática. A fixação de indenização ressarcitória de um punhado de demandas individuais jamais terá o efeito de corretamente oferecer a resposta que a coletividade espera. As lesionadas são, não apenas as mulheres que não obtiveram promoções, mas a universalidade do gênero humano feminino, vítima do preconceito de sexo.

Numa segunda hipótese, estabelecimento empresarial delinquente suprime diversas verbas trabalhistas de seus empregados, tendo por efeito a diminuição dos preços de seus produtos. Como efeito colateral, empresas concorrentes perdem mercado, retraem suas atividades e vem-se obrigadas a despedir, ou também precarizar direitos de seus funcionários.

Em ambas as situações, há inegável dilatação dos afetados nas condutas de delinquência empresarial, mas a fixação de condenação suplementar às perdas efetivas ao sujeito da ação indenizatória individual pode significar injustificado enriquecimento. O produto parcial da condenação judicial não pode ser outro senão o encaminhamento do montante fixado a fundo ou programa social que vise impedir que prática como essa se repita.

Segundo estudo de Lima (2004, p. 104), por ser o FAT (Fundo de Amparo do Trabalhador) o instrumento institucional congregador de políticas públicas afetadas por descumprimentos de obrigações laborais – em especial políticas de fomento e valorização do emprego – pode ser o titular de parcela condenatória postulada mesmo em demandas individuais. Defende que em torno do FAT montou-se um arranjo institucional que procura, dentre outros objetivos, garantir a execução de políticas públicas de emprego e renda, o que deve ser incentivado e sustentado não só com os recursos que já possuem destinação expressa em lei, mas também, com outras verbas, ainda que esporádicas, que lhe venham a ser destinadas pelas mais diversas fontes (LIMA, 2004, p. 106).

A circunstância do FAT não participar do processo de conhecimento não é circunstância impeditiva. Primeiro, porque cumpre ao juiz distribuir o direito da forma e para quem de direito, de modo que aparentes limitações de formalidades processuais não podem impedir a efetividade da atuação da jurisdição; ao contrário, a partição de responsabilidades jurisdicionais entre diferentes órgãos traz consequências de quebra coerência e de harmonização na atuação estatal. Segundo, em vista de que o estabelecimento de condenações em demandas individuais em benefício de entidades que não participaram do processo individual é ordinário no cotidiano trabalhista, como se vê em fixação de obrigações previdenciárias, fiscais, de recolhimento de FGTS e outras contribuições.

Também não se identifica a necessidade de que haja pedido expresso para que a verba condenatória seja dirigida ao FAT. Cumpre ao Judiciário

a correta aplicação do direito, da forma mais eficaz para as partes e, principalmente, para a sociedade. Independentemente de requerimento, cumpre ao juízo trabalhista a fixação de diversas verbas, como já exaustivamente fixado pela jurisprudência e que em contra exemplos mais evidentes também em contribuições fiscais e previdenciárias.

A fórmula de alcance ao FAT de parte do montante condenatório que exorbita o ressarcimento do indivíduo lesado é adequada, pois soma todos os motivos que nos parecem relevantes para a fixação de *punitive damages* no universo de atuação do direito do trabalho: a) promove a repreensão de condutas universais e profundamente reprovadas e que representam danos potenciais à coletividade; b) observa função pedagógica, atuando para desestimular futuras condutas; c) permite que, em sua fixação, possam ser sopesadas outras condenações já sofridas pelo delinquente pelo mesmo fato; d) impede o enriquecimento desmesurado do indivíduo que sofreu os danos imediatamente verificados e permite aporte de recursos que auxiliam na promoção de políticas públicas engajadas na prevenção de lesões semelhantes.

7 CONCLUSÕES

A análise do direito comparado pôde demonstrar que a aplicação de *punitive damages* em seu sistema jurídico original tem objetivos e efeito bastante diferentes dos ordinariamente afirmados. Percebeu-se que tem atuação em situações em que urge oferecer resposta a condutas de extrema reprovação. Sua grande utilidade está não na punição do causador do dano, mas para que sirva à prevenção, por meio de advertência exemplar, a ocorrência de futuros casos semelhantes. A utilidade que tem essa fórmula não pode ser descartada sob alegações de absolutas incompatibilidades, principalmente quando se propõe o intérprete a manejá-la em associação com a realidade do sistema nacional e, principalmente, com as peculiaridades que a situação em análise exigir.

Tivemos a oportunidade de analisar, em amplas linhas, os macrossignificados que tem a relação de emprego e que os descumprimentos sistemáticos da normatividade trabalhista não podem ser vistos com a singeleza monocientífica dos efeitos do inadimplemento contratual. O direito do trabalho trata de questões que apenas aparentemente têm origem e se resolvem na individualidade da relação de emprego. Em diversas situações, identificam-se condutas de extrema reprovação coletiva e em que apenas a reparação dos prejuízos individuais jamais terá o poder de atuar com o desestímulo para o causador.

A figura do dano social/*dumping social* oferece compreensão adequada da dimensão das delinquências empresariais que têm o efeito dramático de canibalização dos direitos trabalhistas, numa trajetória tendencial de universalização da precarização. A repressão dessas condutas não é apenas possível como urgentemente esperada pela sociedade. Os instrumentos para tanto estão presentes não apenas no direito comparado, mas essencialmente

no referencial normativo constitucional que privilegia o valor social do trabalho e a dignidade da pessoa humana.

A perspectiva de manejo de condenações punitivas – que em nossa visão devem ser dirigidas ao FAT, ainda que oriundas de demandas individuais – faz parte da opção de comprometimento do Judiciário Trabalhista na efetivação de um projeto de sociedade. Trata, enfim, da oportunidade de afirmação da seriedade de um instrumento de Estado que pode ultrapassar a condição de “justiça do desemprego” para uma atuação verdadeiramente ativa e voltada para a efetividade futura.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. Los Derechos Fundamentales en el Estado Constitucional Democrático. In: CARBONELL, Miguel (organizador). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Editorial Trotta S.A., 2003.

_____. *Direito, Razão, Discurso*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

BITTAR, Carlos Alberto. *Reparação Civil por Danos Morais*. São Paulo: RT, 1993.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>.

BRASIL. *Decreto-Lei nº 3.689*, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm>.

BRASIL. *Decreto-Lei nº 5.452*, de 1º de maio de 1943. Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del5452.htm>.

BRASIL. *Emenda Constitucional nº 45*, de 30 de dezembro de 2004. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc45.htm>.

BRASIL. *Lei nº 8.036*, de 11 de maio de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8036consol.htm>.

BRASIL. *Lei nº 8.078*, de 11 de setembro de 1990. Código de Defesa do Consumidor. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm>.

BRASIL. *Lei nº 9.008*, de 21 de março de 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9008.htm>.

BRASIL. *Lei nº 10.406*, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406.htm>.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 355392/RJ*. Recurso Especial 2001/0137595-0. Terceira Turma. Relatora: Min. Nancy Andrighi. Relator para o acórdão: Min. Castro Filho. Brasília, 6 de março de 2002. Publicado no DJ: 17.06.2002, p. 258.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. *Processo 00866-2009-063-03-00-3 RO*. Quarta Turma. Relator: Des. Júlio Bernardino do Carmo. Publicado no DEJT em: 31.08.2009.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. *Acórdão 01069.2006.301.04.003 (RO)*. Quarta Turma. Relator: Desembargador Ricardo Tavares Gehling. Porto Alegre, 21 de maio de 2009. Disponível em: <http://ifr.ame.trt4.jus.br/gsa/gsa.jurisp_sdcpi.baixar?c=31216391&f=rtf>.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. *AIRR 80/2006-041-23-40.1*. Terceira Turma. Relator: Juiz Convocado Ricardo Alencar Machado. Brasília, 13 de junho de 2007. Publicado no DJ em: 03.08.2007.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. *AIRR 301/2006-022-15-40.7*. Terceira Turma. Relator: Min. Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira. Brasília, 10 de junho de 2009. Disponível em: <<http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=html&highlight=true&numeroFormatado=AIIR-30140-02.2006.5.15.0022&base=acordao&rowid=AAANGhAAFAAAsB9AAC&dataPublicacao=31/07/2009&localPublicacao=DEJT&query=>>>.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. *RR-1.851/2002-002-17-00.0*. Segunda Turma. Relator: Min. Renato de Lacerda Paiva. Brasília, 2 de setembro de 2009. Disponível em: <<http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=html&highlight=true&numeroFormatado=RR-185100-58.2002.5.17.0002&base=acordao&rowid=AAANGhAAFAAAAt+nAAM&dataPublicacao=18/09/2009&localPublicacao=DEJT&qu>>>.

CAHALI, Yussef Said. *Dano Moral*. São Paulo: RT, 1998.

CASTEL, Robert. *As Metamorfoses da Questão Social: uma crônica do salário*. 5. ed., Petrópolis: Vozes, 2005.

COHEN, Jean et al. *Pesquisas de Retórica*. Petrópolis: Vozes, 1975.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil*. V. 7, São Paulo: Saraiva, 2006.

FACCHINI NETO, Eugênio. Da Responsabilidade Civil no Novo Código. In: SARLET, Ingo Wolfgang (coordenador). *O Novo Código Civil e a Constituição*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 151-198.

FERRAJOLI, Luigi. *Los Fundamentos de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Trotta, 1998.

LAYCOCK, Douglas. *Modern American Remedies*. Aspen: Aspen Law & Business, 2002.

LEVY, Barry R. *Bad Enough to Punish: the application of the reprehensibility guidepost in punitive damages cases after BMW v. Gore*. Federation of Insurance & Corporate Counsel Quarterly, Fall 1998. Disponível em http://findarticles.com/p/articles/mi_qa3811/is_19810ai_n8812153/. Acesso em: dez. 2009.

LIMA, João Carlos. O Caráter Punitivo da Indenização por Danos Pessoais e a Reversibilidade da Cominação para o FAT. *Revista de Direito do Trabalho*, São Paulo, v. 30, nº 114, abr./jun. 2004.

LORENZETTI, Ricardo Luis. *La Nueva Teoría Contractual: obligaciones y contratos en los albores del siglo XXI*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2001.

MARTINS-COSTA, Judith; PARGENDLER, Mariana Souza. Usos e Abusos da Função Punitiva: (“punitive damages” e o direito brasileiro). *Revista da AJURIS: doutrina e jurisprudência*, Porto Alegre, v. 32, nº 100, p. 229-262, dez. 2005.

MAXIMIANO, Antônio César Amaru. *Teoria Geral da Administração: da revolução urbana à revolução digital*. São Paulo: Atlas, 2004.

MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à Pessoa Humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *O Dano Moral na Relação de Emprego*. São Paulo: LTr, 1999.

PEREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*. Madrid: Tecnos, 1995.

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

POULANTZAS, Nicos. *O Estado, o Poder, o Socialismo*. São Paulo: Graal (Paz e Terra), 2000.

RAMOS FILHO, Wilson. O Enunciado nº 331 do TST: terceirização e a delinquência patronal. *Síntese Trabalhista*, Porto Alegre, nº 58, p. 110-122, abr. 1994.

_____. Delinquência Patronal, Repressão e Reparação. *Revista Trabalhista Direito e Processo*, São Paulo, v. 7, nº 28, p. 129-48, out./dez. 2008.

SHAVELL, Steven. On the Proper Magnitude of Punitive Damages: *Mathias x Accor Economy Lodging, Inc.* *Harvard Law Review*, Cambridge, v. 120, nº 5, p. 122 3-1227, mar. 2007. Disponível em: <<http://harvardlawreview.org/2007/03/on-the-proper-magnitude-of-punitive-damages-mathias-v-accor-economy-lodging-inc/>>.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 1999.

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. A Supersubordinação: invertendo a lógica do jogo. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região*, Belo Horizonte, v. 48, nº 78, jul./dez. 2008.

_____. O Dano Social e sua Reparação. *Revista LTr*, São Paulo, v. 71, nº 11, p. 1317-1323, nov. 2007.

TEIXEIRA FILHO, João de Lima. O Dano Moral no Direito do Trabalho. *Revista LTr*, São Paulo, v. 60, nº 09, p. 1169-1179, set. 1996.

TEPEDINO, Gustavo. *Premissas Metodológicas para a Constitucionalização do Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

The New York Times (jornal diário), edição de 26.03.2008.

VISCUSI, W. Kip. *The blockbuster punitive damages awards*. Trabalho apresentado inicialmente como *Discussion Paper nº 473, 04/2004. Harvard Law School, Cambridge, MA 02138, The Harvard John M. Olin Discussion Paper Series*. Boston: Harvard, 2004. Também apresentado na Emory Law School Thrower Symposium, February 19, 2004. Emory: Emory Law Journal, 2004.