XXIV CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI - UFMG/FUMEC/DOM HELDER CÂMARA

EFICÁCIA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES DO TRABALHO, SOCIAIS E EMPRESARIAIS

CARLOS LUIZ STRAPAZZON

LUIZ FERNANDO BELLINETTI

SÉRGIO MENDES BOTREL COUTINHO

Copyright © 2015 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos.
Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – Conpedi
Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UFRN
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Junior - UFRGS
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR
Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes - IDP
Secretário Executivo -Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC
Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Conselho Fiscal
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG /PUC PR
Prof. Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas - PUC SP
Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches - UNINOVE
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS (suplente)
Prof. Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta - UFBA (suplente)

Representante Discente - Mestrando Caio Augusto Souza Lara - UFMG (titular)

Secretarias
Diretor de Informática - Prof. Dr. Aires José Rover – UFSC
Diretor de Relações com a Graduação - Prof. Dr. Alexandre Walmott Borgs – UFU
Diretor de Relações Internacionais - Prof. Dr. Antonio Carlos Diniz Murta - FUMEC
Diretora de Apoio Institucional - Profa. Dra. Clerilei Aparecida Bier - UDESC
Diretor de Educação Jurídica - Prof. Dr. Eid Badr - UEA / ESBAM / OAB-AM
Diretoras de Eventos - Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen – UFES e Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - UNICURITIBA
Diretor de Apoio Interinstitucional - Prof. Dr. Vladmir Oliveira da Silveira – UNINOVE

E278

Eficácia de direitos fundamentais nas relações do trabalho, sociais e empresariais [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara; coordenadores: Carlos Luiz Strapazzon, Luiz Fernando Bellinetti, Sérgio Mendes Botrel Coutinho – Florianópolis: CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-108-1
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: DIREITO E POLÍTICA: da vulnerabilidade à sustentabilidade

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Direitos fundamentais. 3. Relações sociais. 4. Relações empresariais. I. Congresso Nacional do CONPEDI - UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara (25. : 2015 : Belo Horizonte, MG).

CDU: 34

CONPEDI
Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Florianópolis – Santa Catarina – SC
www.conpedi.org.br

XXIV CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI - UFMG/FUMEC /DOM HELDER CÂMARA

EFICÁCIA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES DO TRABALHO, SOCIAIS E EMPRESARIAIS

Apresentação

O Grupo de Trabalho de nº 62, do XXIV Congresso Nacional do CONPEDI, intitulado Eficácia de direitos fundamentais nas relações de trabalho, sociais e empresariais, contou com a apresentação de 29 trabalhos.

Os temas expostos pelos participantes, e as discussões e debates desenvolvidos, confirmaram que a tensão entre sistema de direito interno e sistema internacional de direitos humanos, esfera pública e esfera privada, assim como os conflitos ideológicos de vertentes de pensamento social e liberal, se intensificam à medida em que a vida em sociedade se torna mais complexa.

Defendeu-se, durante as exposições e discussões, que o modelo de produção capitalista do século XXI, que em alguns setores da economia provoca verdadeira ruptura com o modelo fordista, impõe uma revisão do modo pelo qual o direito do trabalho é produzido e interpretado, a fim de que os direitos fundamentais envolvidos sejam harmonizados e sua proteção efetivamente concretizada.

A investigação dos efeitos das propostas de terceirização da atividade-fim geraram intensa polêmica nos debates. A contraposição de entendimentos sobre o tema resume-se ao fato de que enquanto alguns enxergam na terceirização da atividade-fim uma necessidade para que o País e suas empresas aumentem sua competitividade no mercado internacional, outros vislumbram um verdadeiro retrocesso, sob o argumento de que a vantagem competitiva das empresas estaria sendo alcançada em detrimento de direitos dos trabalhadores.

Destacou-se, também, pesquisa demonstrando que sob a bandeira da sustentabilidade, algumas empresas têm demonstrado preocupação com a reinserção de idosos no mercado de trabalho. De fato, existem linhas de financiamento destinadas para empreendimentos econômicos com impacto social. A reinserção de idosos no mercado de trabalho parece se enquadrar neste contexto. Haveria, nesse caso, uma natural adequação das práticas do mercado com a ordem constitucional?

A importação do instituto norte-americano dos punitive damages e sua adequação à ordenamento pátrio, com enfoque no direito do tralho, foi objeto de apresentação em que se sustentou que referido instituto pode servir à efetivação dos direitos sociais trabalhistas. Resta-nos aguardar para constatar de que forma os tribunais pátrios se posicionarão sobre esse tema.

No âmbito do direito do consumidor, foi apresentado trabalho em que se propôs uma análise entre o absolutismo e o relativismo da tutela constitucional dos direitos fundamentais do consumidor.

A rigor, uma análise holística dos trabalhos apresentados demonstra que, em linha com a ementa do GT 62, as diversas vertentes de abordagem utilizaram o reconhecimento da eficácia direta e imediata dos direitos fundamentais nas relações privadas como elemento de legitimação das mais distintas propostas e conclusões.

É por isso que os coordenadores têm a satisfação de levar à publicação mais essa obra coletiva, que representa o resultado do trabalho do CONPEDI e seus associados, reunindo estudos e pesquisas sobre a temática da eficácia de direitos fundamentais nas relações de trabalho, sociais e empresariais.

Esperando que a obra seja bem acolhida, os organizadores se subscrevem.

Prof. Dr. Carlos Luiz Strapazzon

Prof. Dr. Luiz Fernando Bellinetti

Prof. Dr. Sérgio Mendes Botrel Coutinho

FUNDAMENTOS PARA A APLICAÇÃO (OU NÃO) DO INSTITUTO DOS PUNITIVE DAMAGES NO DIREITO DO TRABALHO BRASILEIRO: O DANO PUNITIVO COMO FORMA DE EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS TRABALHISTAS

GROUNDS FOR THE APPLICATION (OR NOT) OF THE INSTITUTE OF "PUNITIVE DAMAGES" IN LABOR LAW: PUNITIVE DAMAGE AS EFFECTIVE FORM OF SOCIAL LABOR RIGHTS

Carolina de Souza Novaes

Resumo

O presente trabalho apresenta, não como solução definitiva, mas como forma de amenizar a Síndrome do Descumprimento da Legislação Trabalhista, a aplicação dos punitives damages ou exemplar damages às relações laborais, introduzindo no ordenamento jurídico as funções punitiva e dissuasória da responsabilidade civil. A responsabilidade civil contemporânea deve proteger o ser humano, não somente em sua concepção individual, como também coletiva, o que exige que desempenhe outras funções, além das clássicas reparatória e compensatória. Deve a ordem jurídica possuir instrumentos aptos a alcançar a sociedade como um todo, tutelando os direitos fundamentais e, protegendo-a de condutas antiéticas e ilícitas. Sabe-se que a cada violação do direito de um trabalhador toda a comunidade é afetada, mas, apesar da reprovabilidade do ilícito, o prejuízo financeiro causado ao lesado muitas vezes não é de grande monta, o que o desestimula a recorrer à Justiça do Trabalho. Esse desestímulo gera o enriquecimento do ofensor, que vê como benefício o descumprimento da legislação trabalhista. Deve-se, portanto, impedir o cometimento desses atos por parte dos empregadores, que reiteradamente, de maneira intencional ou com grave negligência, atingem a dignidade humana do trabalhador.

Palavras-chave: Responsabilidade civil trabalhista, Dano social, Punitive damages, Síndrome do descumprimento da legislação trabalhista

Abstract/Resumen/Résumé

This present work show, not as definitive solution, but as way to soften the Noncompliance Labor Law Syndrome, the application of the punitive or exemplary damages theory to the labor relations, introducing in the legal system the punitive function of the civil responsibility. The civil liability should protect the contemporary human being, not only in his individual conception, but also in the collective one, which demands that it assumes other functions, beyond the classic compensatory. The legal system must provide instruments able to reach the entire society, being responsible for fundamental rights, and protecting it from anti ethical and illicit conducts which attack the juridical acts. It is know that at every breach of the right of a worker, the whole community is affected, but, despite the reprovability of the tort, the financial loss caused to the injured person is often not of great rides, which

discourages the search to labor courts. This disincentive raises the enrichment of the offender, which sees it as benefit the violation of labor law. One must therefore prevent the Commission of such acts on the part of employers, who repeatedly, intentionally or with serious negligence, reach the human dignity of the worker.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Labor liability, Social damage, Social dumping, Punitive damages, Non compliance labor law syndrome

INTRODUÇÃO

A responsabilidade civil possui como principais funções a reparatória e compensatória. Enquanto a primeira tem como objetivo básico a reparação civil, a segunda visa recompor as coisas ao *status quo ante.* (GAGLIANO; PAMPLONA, 2011).

A responsabilidade civil contemporânea, porém, não deve se ater somente a reparação integral do dano, mas também deve se preocupar com a sua não ocorrência.

Com o advento da CF/88, o princípio da dignidade humana é elevado à categoria de direito fundamental, o que gera ao Estado e a toda coletividade o dever de promovê-la e protege-la, sendo que a reparação do ilícito não deve mais ser voltada apenas para o individuo, mas se preocupar também com proteção da sociedade.

É neste sentido que se busca uma reflexão acerca da proposta da função punitiva da responsabilidade civil, com o objetivo de se atingir um fim pedagógico e uma mudança de postura social.

Os danos punitivos, como o próprio nome sugere, visam à punição daquele que comete ato ilícito.

Consistem, portanto, em um valor, de soma variável, estabelecido separadamente dos *compensatory damages*, nos casos em que o dano é decorrência de um comportamento lesivo marcado por grave negligência, malícia ou opressão.

Os Punitive Damages e a possibilidade de sua aplicação no Direito do Trabalho Brasileiro

Os *punitive damages*[1] - também conhecidos como *exemplar damages, vindictive damages, punitory damages, added damages, aggravated damages, speculative damages, imaginary damages ou Smart Money* – podem ser definidos como: "Indenização outorgada

[1]As expressões "*damage"* e "*damages"* possuem significados diferentes na língua inglesa, e quando traduzidos ao português, tem-se que *"damage"* no singular, significa dano, prejuízo, enquanto *"damages"* no plural, significa indenização, ressarcimento.

Damages: "Money wich is paid to someone by a person or organization who has been responsible for causing them some injury or loss." (CAMBRIDGE…, 2000).

em adição à indenização compensatória quando o ofensor agiu com culpa consciente, malícia ou dolo.[2]" (CORREA, 2003, p.136)

A indenização punitiva tem como objetivo punir o ofensor por sua conduta ilícita e desestimular comportamentos semelhantes por parte de terceiros, como asseveram Martins-Costa e Pargendler:

> Tal qual delineada na tradição anglo-saxã, a figura dos punitive damages pode ser apreendida, numa forma introdutória e muito geral, pela ideia de indenização punitiva (e não dano punitivo como às vezes se lê). Também chamados de exemplar damages, vindictive damages ou smart money, consistem na soma em dinheiro conferida ao autor de uma ação indenizatória em valor expressivamente superior ao necessário à compensação do dano, tendo em vista a dupla finalidade de punição (punishment) e prevenção pela exemplaridade da punição (deterrence) opondo-se – neste aspecto funcional – aos compensatory damages, que consiste no montante da indenização compatível ou equivalente ao dano causado, atribuído com o objetivo de ressarcir o prejuízo (MARTINS-COSTA; PARGENDLER, 2005, p. 16).

A teoria visa punir as condutas dolosas, em que o agente tem a intenção do dano ou pelo menos admite o resultado danoso, como ocorre no dolo eventual.

Ao estudar o instituto dos *punitive damages* no direito pátrio, percebe-se que os doutrinadores dissentem sobre a possibilidade da aplicação da indenização punitiva no ordenamento jurídico brasileiro. Os opositores rejeitam a teoria por diversas razões, entre elas: não haver no ordenamento brasileiro qualquer legislação que expressamente a acolha; a punição é matéria eminentemente criminal; e a indenização punitiva geraria um enriquecimento sem causa da vítima.

Entretanto, é preciso estudar cada uma dessas objeções tendo em mente as funções desempenhadas pelos *exemplary damages*, quais sejam, a de punir (caráter retributivo da pena) e prevenir (caráter desestimulante da conduta) o ofensor. (CALDAS, 2010).

Tratamento legal da matéria no Direito Pátrio – a problemática do Princípio da Legalidade

O primeiro, e mais frequente, argumento utilizado pelos autores desfavoráveis à aplicação da teoria no direito brasileiro é o de que esta não poderia ser aplicável as relações jurídicas pátrias em razão do princípio *nulla poena sine legem*, também conhecido como Princípio da Legalidade, que nas palavras de Damásio de Jesus:

> [...] tem significado político, no sentido de ser uma garantia constitucional dos direitos do homem. Constitui a garantia fundamental da liberdade civil, que não

[2]No original: "*Damages awarded in addition to actual damages when the defendant acted with recklessness, malice, or deceit*".

> consiste em fazer tudo o que se quer, mas somente aquilo que a lei permite. À lei e somente a ela compete fixar as limitações que destacam a atividade criminosa da atividade legítima. Esta é a condição de segurança e liberdade individual. Não haveria, com efeito, segurança ou liberdade se a lei atingisse, para os punir, condutas lícitas quando praticadas, e se os juízes pudessem punir os fatos ainda não incriminados pelo legislador (JESUS, 1991,p.51).

Argumenta-se que, não há em qualquer parte do ordenamento jurídico brasileiro menção expressa, que possibilite a aplicação da indenização punitiva, que em razão do seu caráter sancionatório, para os autores, necessitaria de respaldo legal para aplicação de pena (ainda que de caráter civil). Sendo assim, por não haver lei expressa que permita a aplicação da indenização punitiva, a mesma não poderia ser utilizada pelo ordenamento.

Tem-se também o fato de que cabe a esfera civil apenas buscar a reparação do dano, dispondo o Código Civil de 2002, em seu art. 944, de maneira expressa, sua oposição à adoção da punição civil ao estatuir que o valor da indenização deva ser mensurado apenas pela extensão do dano, cabendo ao magistrado somente a redução do montante indenizatório nos casos de excessiva desproporção entre o dano e a culpa (§ único do art. 944 do CC), não lhe sendo permitido, em qualquer hipótese, a elevação da indenização por esse mesmo critério.

Contudo, o Princípio da Legalidade não pode ser analisado de forma solitária, cabendo seu exame de forma harmônica e sistêmica com todos os outros princípios e direitos fundamentais dispostos na Constituição Federal de 1988, em especial o Princípio da Dignidade Humana, cuja Carta Magna atribui-lhe o valor supremo de alicerce da ordem jurídica democrática. (MORAES, 2007)

Diante do conflito estabelecido entre o Princípio da Legalidade e o Princípio da Dignidade Humana, estabelece a teoria de Alexy (1993) que deve ocorrer à ponderação, devendo um dos princípios ceder lugar ao outro, prevalecendo aquele de maior peso na realidade fática e jurídica.

O Direito a dignidade de pessoa humana, com o advento da CF/88, torna-se princípio norteador da aplicação e restrição de todos os direitos fundamentais, entendendo Novelino que “a dignidade da pessoa humana, um dos fundamentos do Estado brasileiro, constitui-se no valor constitucional supremo em torno do qual gravitam os direitos fundamentais”. (NOVELINO, 2008, p.223).

Para André Gustavo Correa Andrade (2003) a indenização punitiva encontra sua base lógico-jurídica no princípio constitucional da dignidade humana, constituindo a aplicação

dessa forma especial de sanção uma forma de proteção e reconhecimento constitucional dos direitos da personalidade e do direito à indenização do dano moral.

Como em certos casos não é possível conferir efetiva proteção à dignidade humana e aos direitos da personalidade senão através da imposição de uma sanção que desestimule o comportamento ilícito, a indenização punitiva surgiria como medida necessária para a efetiva proteção destes princípios, pois eles são mandados de otimização, ou seja, normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível. (ALEXY, 1997).

Osny Oliveira Júnior (2002) atenta ainda que a Constituição Federal não restringe a indenização à mera compensação, tampouco delimita a quantificação das indenizações, mas apenas relata de modo abstrato certos fatos que são tidos como aptos a ensejar a obrigação de indenizar. Deste modo, o caráter punitivo estaria implícito, pois seu objetivo principal é o desestímulo da reiteração da prática de atos lesivos.

André Gustavo Correa Andrade (2003) também entende que, ao se analisar as razões que conduziram ao estabelecimento do princípio da legalidade, conclui-se que este não é aplicável às sanções pecuniárias estabelecidas fora da esfera tipicamente penal:

> Com a instituição do princípio, buscou-se impedir a criminalização *ex post facto*, para obstar o arbítrio dos juízes, que podiam virtualmente criminalizar qualquer conduta, atribuindo-lhe qualquer pena, por mais desproporcional que fosse. Do princípio extrai-se a idéia de que deve ser preestabelecida a *espécie* (*qualidade*) de sanção aplicável. Além disso, deve ser indicada previamente a *quantidade* de pena.
> [...]
> Uma interpretação racional leva à conclusão de que a indenização punitiva, a despeito de sua natureza (de pena pecuniária de natureza privada), não se encontra no âmbito de incidência do referido princípio. A sanção pecuniária, por sua natureza peculiar, não se submete a todas as restrições feitas às demais sanções penais, em especial às penas corporais. (ANDRADE, 2003, p.238).

Usa-se aqui o elemento da surpresa como justificativa, alegando os defensores desta objeção que a sanção sempre deve ser preestabelecida para não surpreender o réu, que deve estar ciente das consequências que seu ato danoso pode vir a gerar. Alinha-se a esse entendimento Maria Celina Bodin de Moraes que defende que: "[...] ao se adotar sem restrições o caráter punitivo, deixando-o ao arbítrio unicamente do juiz, corre-se o risco de violar o multisecular princípio da legalidade, segundo o qual nullum crimen, nulla poena sine lege". (MORAES,2003, p. 260). Para esta corrente, quando se fixa um valor indenizatório, no intuito de punir o causador do dano, não é dado a este conhecer os limites dessa punição, configurando-se tal situação infração ao princípio da legalidade, que tem como escopo evitar punições arbitrárias, que não são baseadas na lei.

Ocorre que, é característica intrínseca ao Dano Moral a sua imponderabilidade, seja a indenização compensatória ou punitiva. Além disso, o próprio Código de Processo Civil permite, em seu art. art. 286, inciso II, que seja formulado pedido genérico em caso de dano material: "quando não for possível determinar, de modo definitivo, as consequências do ato ou do fato ilícito".

Tem-se, portanto, que na esfera civilista, comumente, autor e réu não conseguem estimar pecuniariamente o valor da própria indenização, não sendo aceitável o argumento de que o estabelecimento de uma sanção pecuniária a título de pena não seria cabível por causar surpresa ao ofensor.

Além disso, apesar de o ordenamento jurídico[3] não conter expressa autorização a aplicação da indenização punitiva, este permite o uso do direito comparado como fonte de aplicação subsidiária, bastando que se respeite a singularidade de cada sistema envolvido.

Em resposta à objeção que diz ser a punição matéria eminentemente criminal basta observar que o próprio Código Civil prevê inúmeras penalidades, sanções propriamente, com caráter aflitivo pela desobediência a um de seus comandos, como nos artigos 408 e seguintes, como afirma Pedro Ricardo e Serpa:

> Sob esta ótica, vê-se que as sanções punitivas se encontram presentes nos mais diversos ramos do Direito, sempre que o descumprimento de determinada norma jurídica tem por consequência a imposição uma sanção cuja função principal é a imposição de um mal ao ofensor, que lhe serve de reprovação pela má-conduta cometida (responde-se, assim, o mal com o mal) (SERPA,2011,p.191).

Jeová dos Santos ressalta que:

> [...] muito embora vozes abalizadas se oponham à indenização que tenha caráter penal, não se pode afastar de todo que no montante indenizatório do dano moral, deve o juiz estipular certa quantia como fator dissuasivo da prática de novos atos. (SANTOS, 2003, p.43).

Enriquecimento sem causa da vítima

Sustenta-se, com frequência, que a indenização punitiva não poderia ser aplicada, pois, sendo a indenização calculada pela extensão do dano, conforme determina o art.944 do

[3] Consolidação das Leis do Trabalho, em seu art. 8º elenca o direito comparado como fonte de aplicação subsidiária, mormente, como instrumento de prestígio ao interesse coletivo: "Art. 8º As autoridades administrativas e a Justiça do Trabalho, na falta de disposições legais ou contratuais, decidirão, conforme o caso, pela jurisprudência, por analogia, por equidade e outros princípios e normas gerais de direito, principalmente do direito do trabalho, e ainda, de acordo com os usos e costumes, o direito comparado, mas sempre de maneira que nenhum interesse de classe ou particular prevaleça sobre o interesse público."

Código Civil, conceder a vítima um acréscimo patrimonial baseado não somente na compensação deste dano, mas também em sua reprovabilidade, geraria um enriquecimento ilícito[4], injustificado e indevido do ofendido. Para os defensores dessa doutrina, entre eles Américo Luís Martins da Silva, a indenização advinda de um dano não pode ser causa da mudança de status social da vítima:

> *Evitar o enriquecimento injusto:* A reparação de um dano moral – seja qual for a sua espécie – não deve significar uma mudança de vida para a vítima ou para a sua família. Uma fonte de enriquecimento surgida da indenização. O dano moral não pode servir a que vítimas ou pseudovítimas vejam sempre a possibilidade de ganhar um dinheiro a mais, enriquecendo-se diante de qualquer abespinhamento. É certo que o dinheiro tem um valor compensatório e que permite à vítima algumas satisfações que trazem aprazimento, que sirvam como sucedâneo do dano moral padecido. Esse direito da vítima não pode se tornar em benefício excessivo ou que não guarde correlação com o ressarcimento de outros danos e com as circunstâncias gerais de uma comunidade. (SILVA, 2005, p.425-426).

Gonçalves também pugna por este entendimento:

> É sabido que o quantum indenizatório não pode ir além da extensão do dano. Esse critério aplica-se também ao arbitramento do dano moral. Se este é moderado, a indenização não pode ser elevada apenas para punir o lesante. A crítica que se tem feito à aplicação, entre nós, das *punitive damages* do direito norte-americano é que elas podem conduzir ao arbitramento de indenizações milionárias, além de não encontrar amparo no sistema jurídico-constitucional da legalidade das penas, já mencionado. Ademais, pode fazer com que a reparação do dano moral tenha valor superior ao do próprio dano. Sendo assim, revertendo a indenização em proveito do lesado, este acabará experimentando um enriquecimento ilícito, com o qual não se compadece o nosso ordenamento. Se a vítima já está compensada com determinado valor, o que receber a mais, para que o ofensor seja punido, representará, sem dúvida, um enriquecimento ilícito. (GONÇALVES, 2003 p.575).

Ocorre que, o art.944 do Código Civil não é aplicável ao Dano Moral, mas sim ao Dano Material, haja vista que a dignidade humana e os atributos da personalidade não são redutíveis à pecúnia, não sendo possível afirmar que alguma quantia poderia ser considerada excessiva. (ANDRADE,2003).

Maria Celina Bodin de Moraes justifica que o enriquecimento jamais seria sem causa, pois se justificaria na lesão sofrida pelo réu e na decisão judicial, devidamente fundamentada pelo Magistrado, que concedesse o acréscimo patrimonial. Para a autora "a sentença de um

---

[4] Miguel Maria de Serpa Lopes conceitua o Princípio do Enriquecimento Sem Causa: "O enriquecimento sem causa pode ser assim descrito: consiste num acréscimo injustificado de um patrimônio com o sacrifício da perda do elemento de um outro, sem que para tal deslocamento tenha havido uma causa justificada, produzindo, em consequência, um desequilíbrio patrimonial. Em razão deste mesmo desequilíbrio, surge o problema de dois patrimônios interligado por este duplo fenômeno: o enriquecimento de um lado; o empobrecimento de outro." (LOPES, 1995, p. 56).

juiz, arbitrando o dano moral, é razão jurídica mais do que suficiente para impedir que se fale, tecnicamente, de enriquecimento injustificado." (MORAES,2003, p.295-302).

Por outro lado, vislumbrando que a indenização punitiva tem como um de seus objetivos impedir que o ofensor lucre com o ato ilícito, utilizando-se da teoria da ponderabilidade dos princípios de Alexy, já aqui exposta, deve-se conferir mais peso a proteção do Princípio da Dignidade Humana do que a vedação ao enriquecimento ilícito do ofendido. Antes a vítima receber um valor superior ao seu dano a título de indenização punitiva, do que permitir que empresas lucrem com a infração a direitos fundamentais. As vantagens que esta forma de sanção pode trazer para a coletividade tornam irrelevante a consequência econômica para vítima. (ANDRADE, 2003).

> Invocável aqui o *princípio* (ou critério) *da proporcionalidade* (em sentido estrito)para conferir maior peso à punição e à prevenção de ilícitos do que a um suposto "enriquecimento" da vítima. Cabe, no particular, a justa ponderação de Maria Celina Bodin de Moraes: "O enriquecimento, se estiver servindo para abrandar os efeitos nefastos de lesão à dignidade humana, é mais do que justificado: é devido." (ANDRADE,2003,p.230).

Portanto, se alguém estiver sendo 'beneficiado' pela aplicação dos *punitive damages*, nada mais correto que esta pessoa seja aquela que teve seus direitos fundamentais e personalíssimos violados, devendo ser revertido a ela todo o lucro auferido de maneira ilícita por seu ofensor. Como afirma Antônio Jeová dos Santos:

> Ante o dilema entre danos lucrativos e culpas lucrativas, nos inclinamos contra estas últimas, que são mais negativas, porque estão cimentadas na causação de um prejuízo que não foi merecido e que é rentável para o ofensor.
> [...]
> Força é aceitar que essas grandes e fabulosas empresas somente guardam algum receito quanto ao bom nome que querem ostentar, quando têm a razão social vinculada a dano ao meio ambiente e ao consumidor. Do contrário, continuarão atuando em detrimento do patrimônio imaterial das pessoas. Por isso, é necessário que o Direito brasileiro dote o operador jurídico de meios necessários para amenizar o sofrimento da vítima e dissuadir potenciais ofensores da dignidade humana de prosseguirem no intento de causar dano extrapatrimonial. (SANTOS, 2003, p.158).

Para aqueles que, a despeito de todos os contra-argumentos apresentados, ainda defendem que a destinação da indenização punitiva a vítima causaria o enriquecimento ilícito desta, pois a mesma estaria embolsando um valor superior ao dano sofrido, Martins-Costa e Pargendler (2005) enxergam a possibilidade de sua aplicação nas ações coletivas, cujo dano é de natureza transindividual. Neste caso, o valor recebido a título de *punitive damages* seria revertido a um fundo público, beneficiando-se toda a coletividade e não somente a vítima,

individualmente. Obviamente, a vítima não sairia prejudicada, sendo indenizada na medida da extensão do dano, pela conhecida indenização compensatória.

Rodrigo Trindade de Souza defende a transposição da indenização punitiva à fundos públicos na seara juslaboral:

> 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 (SOUZA, 2010, p.586).

Do Bis in Idem

Outro motivo utilizado em objeção ao uso do instituto em estudo pelo ordenamento jurídico pátrio consiste na configuração do *bis in idem*, que ocorre quando um mesmo fato gerador ocasiona uma dupla penalização. Sustenta-se neste caso que, como muitos ilícitos civis também constituem ilícitos penais, o uso da indenização punitiva sujeitaria o ofensor a uma dupla penalização pelo mesmo fato em esferas distintas, na esfera civil e na esfera penal. Essa objeção é sustentada por Maria Celina Bodin de Moraes, segundo a qual:

> Abre-se, com o caráter punitivo, não apenas uma brecha, mas uma verdadeira fenda num sistema que sempre buscou oferecer todas as garantias contra o injustificável *bis in idem*. O ofensor, neste caso, estaria sendo punido duplamente, tanto em sede civil como em sede penal, considerando-se, ainda, de relevo o fato de que as sanções pecuniárias cíveis têm potencial para exceder, em muito, as correspondentes do juízo criminal. (MORAES, 2003, p. 260).

Não comungamos com essa oposição por vários motivos, sendo o primeiro deles o fato de que não existem diferenças ontológicas entre a ilicitude civil e a ilicitude penal, sendo ambas atos contrários ao ordenamento jurídico, estando separadas devido apenas aos critérios de conveniência ou oportunidade do legislador. Sérgio Cavalieri Filho *apud* Caldas explica essa distinção:

> A punição de certos ilícitos na esfera do Direito Civil, portanto, ao invés de o serem na órbita do Direito Penal, obedece a razões puramente de conveniência política. Para o Direito Penal é transportado apenas o ilícito de maior gravidade objetiva, ou que afeta mais diretamente o interesse público, passando, assim, a ilícito penal. O ilícito civil, de menor gravidade, não reclama a severidade da pena criminal, nem o vexatório *stripitus judiciae*. (CALDAS, 2010, p.65).

Conforme já exposto, a visão simplista da responsabilidade civil, onde esta possui somente caráter compensatório e lhe é vedada a imposição de sanções, não merece mais ser acolhida. A punição não é matéria exclusiva do Direito Penal, também possuindo os outros ramos do Direito o dever de punir e desestimular os atos contrários à dignidade humana. A interligação entre as esferas penal e cível tem sido amplamente difundida e aplicada pelos juristas, e pode ser percebida na legislação através da transação penal e da composição civil de danos.[5]

Além disso, conforme afirma André Correa Gustavo de Andrade (2003), a doutrina, através do Princípio da Independência das Instâncias presente no art.935 do Código Civil de 2002, permite a cumulação de duas sanções punitivas de estruturas distintas:

> A sanção pecuniária, como se mostrou no item anterior, não compartilha das mesmas restrições que recaem sobre as outras sanções. Pode, por essa razão, não apenas ser fixada em processo que não seja de natureza penal, como também pode ser imposta por autoridade administrativa, ainda quando pena de outra natureza tenha sido estabelecida em processo criminal. A mesma conduta, por exemplo, de dirigir veículo automotor sem a devida habilitação, causando perigo de dano, pode ser configuradora, ao mesmo tempo, de crime e de infração de trânsito[6],ficando sujeita à imposição de multa criminal e administrativa. (ANDRADE, 2003, p.247).

O autor faz apenas uma ressalva, dizendo que, caso o ordenamento preveja a imposição de uma sanção de estrutura pecuniária em outras esferas jurídicas, a quantificação de eventual indenização punitiva deverá levar em consideração se o ofensor já foi condenado ao pagamento em outras órbitas:

> De todo modo, ressalvada sempre a possibilidade de cumulação da indenização punitiva com sanções penais de natureza não-pecuniária, afigura-se razoável a interpretação que se fizesse no sentido de abater da indenização punitiva o montante que o autor do dano tenha pago a título de multa em processo criminal. (ANDRADE,2003,p.247).

Pedro Ricardo e Serpa (2011) demonstra que a segunda crítica trazida pela doutrina é a de que a indenização punitiva poderia obrigar um mesmo ofensor ao pagamento de inúmeras indenizações em razão de um mesmo ato ilícito que tenha causado prejuízo a diversas

---

[5] Andréa Gouthier Caldas (2010) também cita as penas civis como forma de interligação dos institutos: De igual forma, se impedíssemos a aplicação de teorias previstas no Direito Penal para o Direito Civil, tais como as penas civis (arras, deserção, multa ao condômino nocivo, *astreintes*, dentre outros), estar-se-ia inviabilizando a prática reiterada de institutos que disciplinam civilmente questões importantes do Direito Civil. (CALDAS, 2010, p. 67).

[6] Código de Trânsito Brasileiro (Lei nº 9.503/97): "Art. 309. Dirigir veículo automotor, em via pública, sem a devida Permissão para Dirigir ou Habilitação ou, ainda, se cassado o direito de dirigir, gerando perigo de dano: Penas – detenção, de seis meses a um ano, ou multa."

Código de Trânsito Brasileiro: "Art. 162. Dirigir veículo: I - sem possuir Carteira Nacional de Habilitação ou Permissão para Dirigir: Infração – gravíssima; Penalidade – multa (três vezes) e apreensão do veículo."

pessoas. Esta hipótese torna-se mais plausível no Direito do Trabalho, quando uma mesma conduta ilícita acaba ocasionando prejuízos a toda uma coletividade. A solução desse impasse não é simples, trazendo autores soluções diversas.

André Correa Andrade (2003), embora se posicione a favor da cumulação de diversas indenizações punitivas, defendendo que o ofensor deve responder a tantas sanções quanto forem as vítimas de seus atos ilícitos, é contra a múltipla condenação ao pagamento de indenização punitiva, alegando que isto poderia vir a causar a insolvência do ofensor e retira-lo do mercado de trabalho em razão de uma única conduta ilícita.

Como solução dispõe dois critérios que o magistrado deve ter em mente ao quantificar o valor da indenização punitiva: a) levar em consideração a existência de eventuais outros lesados; e b) considerar os valores de indenização punitiva anteriormente impostas ao ofensor em razão do mesmo ato ilícito.

> É possível, no entanto, que, pelo menos inicialmente, nem todos os legitimados proponham ação de indenização. Ainda assim, sabedor o juiz da existência de outros legitimados que não aqueles que ajuizaram a ação, deve levar em conta esse fator no momento de fixar a indenização punitiva, excluindo do respectivo montante a parcela que caberia àquele que ficou de fora da demanda. Essa é a solução que se afigura mais adequada em relação à indenização punitiva.
> [...]
> Que fazer, no entanto, se o julgador desconhece a existência de outros legitimados e, ao julgar a demanda, fixa indenização em montante considerado, por si só, suficiente como punição e dissuasão? Em tal hipótese, não seria justo nem jurídico que o ofensor, em uma segunda demanda e em demandas subseqüentes, pudesse ser novamente sancionado, pois haveria violação ao princípio da proporcionalidade entre o dano e a punição a este imposta. Contudo, se o juízo considerar que a sanção imposta na demanda anterior não foi suficiente, poderá fixar nova indenização punitiva, mas sempre levando em conta o valor anteriormente fixado. (ANDRADE, 2003, p. 235).

Pedro Ricardo e Serpa (2011) elogia Andrade (2003) pelas soluções apresentadas, mas aventa que, no caso prático, estas são de difícil aplicação, podendo, ao invés de proporcionar uma adequada incidência da indenização punitiva, dar margem “à quantificação da sanção em montante superior àquele originalmente necessário para punir o ofensor pelo mal causado e dissuadi-lo (assim como a outros potenciais ofensores) do cometimento de novos atos ilícitos.” (SERPA, 2011, p.214).

Em alternativa as críticas apresentadas, entendemos que o uso da ação civil pública e a destinação da indenização punitiva a fundos assistenciais relacionados a causa ofendida seriam meios de impedir a múltipla condenação.

Dessa forma, não há *bis in idem* no uso dos *punitive damages* em esfera cível, podendo a indenização punitiva incidir cumulativamente com outras sanções punitivas, em

esferas diferentes do Direito, desde que seja levada em consideração, ao se quantificar o valor da indenização, a possibilidade da existência de demais legitimados e a possibilidade do ofensor vir a ser sancionado novamente pelo mesmo ato ilícito.

Não se defende aqui que o ofendido não deva ser compensado pelo dano sofrido caso outras vítimas já tenham demandado judicialmente pelo mesmo fato; o que não pode ocorrer é uma mesma conduta ser apenada mais de uma vez com uma indenização punitiva. A indenização compensatória é sempre cabível, dispondo Pedro Ricardo e Serpa que: "julgada procedente a primeira demanda [...] todas as subsequentes pretensões à condenação ao pagamento de indenização punitiva (mas nunca ao recebimento de indenização compensatória) deverão ser julgadas improcedentes." (SERPA, 2011, p.367).

Aplicação dos *punitive damages* nos casos de Responsabilidade Objetiva

Conforme demonstrado anteriormente, a culpa é um dos elementos indispensáveis à aplicação da indenização punitiva, devendo ser demonstrado se houve dolo ou culpa grave do ofensor para aplicá-la.

Enquanto o aspecto subjetivo da conduta do agente é imprescindível à configuração dos *exemplary damages*, em sede de Responsabilidade Objetiva -onde o fundamento da responsabilidade civil é o risco proporcionado por certa atividade- o exame de culpabilidade é dispensável, devido à dificuldade em se demonstrar a culpa do agente, principalmente no tocante às relações de trabalho e consumo.

As autoras Judith Martis-Costa e Mariana Souza Pargendler pugnam pela impossibilidade da aplicação dos *punitive damages* aos casos de Responsabilidade Objetiva:

> Não há de se pensar em punir com a indenização casos de responsabilidade objetiva, que obedecem a diversa racionalidade, sendo irrelevante, para esse regime, a apreciação da subjetividade, já que a conduta culposa não é elemento do suporte fático de incidência da regra de atribuição de responsabilidade. Também não se pensa em punir aqueles casos em que a ação culposa não se apresentou acompanhada por especial gravidade, aproximativa- quanto ao menos- do dolo do nosso Direito, de modo a gerar fundado e grave juízo de reprovação. (MARTINS-COSTA; PARGENDLER, 2005, p.21).

Sendo o objetivo da majoração da indenização reprimir a ação dolosa ou culposa, aplicar um acréscimo indenizatório em virtude do exercício de uma atividade de risco seria um equívoco. Porém, se comprovado que o ofensor atuou com culpa grave ou dolo, a indenização punitiva poderá ser aplicada mesmo em sede de Responsabilidade Objetiva.

O fato de uma atividade ser de risco não significa que os danos ocasionados de seu exercício sejam desprovidos de qualquer tipo de culpa por parte do ofensor. Não é a inexistência de culpa que determina a Responsabilidade Objetiva, "mas sim a independência de sua existência para que reste caracterizado o dever de indenizar, o que poderia tornar possível considerar, ainda que na responsabilidade objetiva, a culpa". (KRUMMENAUER, 2012, p.25).

Deste modo, nada impede que a vítima produza provas da conduta dolosa do agente, demandando que sua indenização seja compatível com o prejuízo sofrido e com o grau de culpabilidade do réu.

Rui Stoco (2001) afirma que a análise da culpa não é afastada na Teoria do Risco, o que ocorre é uma inversão da regra de distribuição do ônus da prova, uma vez que a prova de um elemento subjetivo como a culpa seria, por vezes, um ônus demasiadamente pesado a se impor à vítima.

> As presunções de culpa consagradas na lei, invertendo o ônus da prova, vieram melhorar a situação da vítima, criando-se a seu favor uma posição privilegiada. Tratando-se, contudo de presunção *juris tantum*, não nos afastamos do conceito de culpa da teoria clássica, mas apenas derrogamos um princípio dominante em matéria de prova. Tais presunções são, em geral, criadas nos casos de responsabilidades complexas, isto é, das que decorrem de fatos de outrem, ou fato das coisas inanimadas. Fixadas por lei, as presunções *juris tantum*, o fato lesivo é considerado, em si mesmo, um fato culposo e como tal determinará a responsabilidade do autor, se este não provar a ausência de causa estranha causadora do dano, como a força maior, o caso fortuito, a culpa da própria vítima ou o fato de terceiro. (STOCO, 2001, p.1708).

André Correa Andrade exemplifica três situações em que, mesmo se tratando de Responsabilidade Objetiva, será possível a aplicação da indenização punitiva. Cita primeiramente o caso do dano moral decorrente do fato do produto ou do serviço, afirmando que para sua incidência "a indenização punitiva dependeria da comprovação, a cargo do consumidor atingido, de que o evento decorreu de culpa grave daquele." (ANDRADE, 2003, p.223) O autor aborda também casos sobre a responsabilidade indireta ou por fato de terceiro e do dano moral praticado por empregado ou preposto no exercício do trabalho que lhes competir:

> Em caso de responsabilidade indireta ou por fato de terceiro, fundada no art. 932 do Código Civil, 550 haverá necessidade, no que se refere à indenização punitiva, de comprovar a culpa grave do responsável, embora se cuide de responsabilidade objetiva. 551 Assim caberá a demonstração da grave negligência do pai do menor que causou o dano, por ter aquele descumprido com o seu dever de guarda e vigilância em relação a este. Prova semelhante há de ser produzida contra o tutor e o

> curador, para que estes respondam pelos atos, respectivamente, do tutelado e do curatelado.
> Em se tratando de dano moral praticado por empregado ou preposto no exercício do trabalho que lhes competir, o empregador ou comitente, embora responsáveis objetivamente, somente deverão ficar sujeitos à indenização punitiva em caso de culpa comprovada. Assim, por exemplo, quando demonstrado que aqueles agiram autorizados por estes ou seguindo suas instruções; ou quando tiver o empregado sido incumbido de função para a qual não estava devidamente qualificado. O empregador e o comitente sujeitam-se, ainda, à indenização punitiva quando tiverem ratificado ou aprovado o ato do empregado ou preposto. (ANDRADE, 2003, p. 223-224).

Desse modo, nada impede que, se for interesse da parte autora, esta demonstre durante o processo a conduta dolosa, ou com culpa grave, do ofensor, a fim de que sejam aplicados os *punitive damage s*em sede de Responsabilidade Objetiva.

O uso do dano punitivo como forma de amenizar a síndrome do descumprimento das obrigações trabalhistas

Que o Judiciário Trabalhista encontra-se em apuros não é novidade. A demora contumaz do processo, a agenda sempre lotada dos magistrados e a falta de servidores, acompanhados da escassez de recursos e das falhas presentes na lei processual, caracterizam alguns dos muitos problemas enfrentados pela Justiça do Trabalho. A lista é enorme e crescente. Porém, um dos motivos que se destaca dentre as causas do colapso da Justiça do Trabalho é o alto número de ações anualmente submetidas aos Tribunais e Varas Trabalhistas.

Em recente pesquisa divulgada pelo Conselho Nacional de Justiça, que teve como ano-base o ano de 2013-2014, tramitaram na Justiça do Trabalho, cerca de 8 milhões de processos, sendo 3,9 milhões de casos novos e 4,1 milhões de casos antigos. (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2014). A média de produtividade dos Tribunais Superiores foi de 2.119 processos por Ministro, anualmente, sendo cada Magistrado responsável por finalizar, em média, 1,66 processos por dia.

Ao analisar os Tribunais Regionais, os números só demonstram que a quantidade de ações trabalhistas que tramitam no judiciário brasileiro é preocupante. No maior Tribunal Regional do país, TRT-2, cuja circunscrição abrange a capital paulista e área metropolitana, os Magistrados são responsáveis por sentenciar, em média, 1.779 processos ao ano. Enquanto isso, no Tribunal Regional de Sergipe, TRT-20, considerado o Tribunal Trabalhista com menor demanda, a carga de processos não é muito inferior, cada Magistrado baixa, em média, 699 processos ao ano.

O país é campeão mundial em ações trabalhistas, segundo levantamento do sociólogo José Pastore (PEREIRA, 2007), especialista em relações do trabalho. Segundo ele, nos

Estados Unidos o número de processos não passa de 75 mil; na França, 70 mil; e no Japão, 2,5 mil processos anuais. Ainda de acordo com o autor, "O Brasil tem oito juízes por 100 mil habitantes e está acima da média internacional. A produtividade dos magistrados vem aumentando nos últimos anos." (PASTORE, 2014), porém também é crescente o número de ações trabalhistas, que aumenta cerca de 6% ao ano.[7]

Em 2012, de acordo com dados do IBGE, o Brasil possuía 47,4 milhões de pessoas com emprego formal. (INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA, 2013).Os números acima revelam que há acesso a justiça pelos trabalhadores, já que há uma proporção de um processo para cada 6,8 empregos formais existentes no país, mas também revelam um alto índice de descumprimento da lei trabalhista.

Quanto maior o descumprimento da legislação, maior é o número de demandas propostas perante o Judiciário. Se a ordem jurídica fosse cumprida espontaneamente e tivesse o trabalhador todos os seus direitos respeitados pelo seu empregador, não seria necessário recorrer à justiça. Argumenta José Roberto Freire Pimenta que o baixo índice de cumprimento espontâneo e a inefetividade do processo trabalhista em assegurar o direito material do trabalhador:

> Obriga os beneficiários dos direitos por elas instituídos a escolher entre conformar-se, pura e simplesmente, com tal lesão (o que, como é de conhecimento geral, costuma ocorrer em boa parte dos casos, caracterizando o fenômeno que os processualistas contemporâneos denominam de litigiosidade contida) ou recorrer ao Judiciário trabalhista, em busca da tutela jurisdicional a todos constitucionalmente prometida, como contrapartida da proibição estatal da autotutela. Deve-se concluir, portanto, que o número excessivo de reclamações trabalhistas é simples efeito e não a verdadeira causa do problema. (PIMENTA, 2004, p.340).

Desse modo, diante da negativa do empregador em cumprir as normas trabalhistas, cabe ao trabalhador permanecer inerte ou demandar judicialmente. Isso demonstra que um sistema jurídico, quando não possui normas espontaneamente observadas por seus destinatários, não pode ser considerado um sistema efetivo. Somente será operacional e funcional aquele sistema que impelir seus destinatários a cumprir seu conteúdo, somente fazendo uso da tutela jurisdicional em poucos casos. Este é o entendimento de José Roberto dos Santos Bedaque:

[7] De acordo com o José Pastore,embora a produtividade dos servidores e magistrados da Justiça do Trabalho cresça algo em torno de 3% ao ano, não é suficiente para compensar o crescimento de 6% das demandas trabalhistas. (PASTORE, 2012).

> O ordenamento será efetivo quando, vigente a lei, seja ela espontaneamente acatada pelo destinatário, por encontrar correspondência na realidade social; ou quando a atuação se der coercitivamente, mediante a adoção de medidas que substituam a atuação espontânea. (BEDAQUE, 2009, p.20).

A falta de efetividade do Direito Material, conjugada com o reiterado descumprimento das normas trabalhistas, reflete não somente na movimentação processual perante o Judiciário, que se torna inegavelmente mais lento, mas também na sociedade, pois atinge a dignidade humana de toda uma coletividade de trabalhadores.

O sistema processual possibilita que o descumprimento da lei gere uma ou mais espécies de sanção, que sejam suficientes para compelir o destinatário à obedecer a lei, sem criar empecilhos que dificultem a concretização do direito material.

A existência digna pressupõe o trabalho e o respeito aos direitos dele decorrentes, haja vista as profundas e decisivas influências que ele exerce sobre o bem-estar coletivo e sobre o progresso da civilização. (BATAGLIA *apud* CARMO, 2014).A não efetivação dos direitos sociais - direitos fundamentais de segunda dimensão ou geração-, representa a crise da própria sociedade brasileira, nos termos em que estes direitos são a espinha dorsal do Estado Social Brasileiro. (BONAVIDES, 2005).

Razões da Síndrome do Descumprimento das Obrigações Trabalhistas

São inúmeras as razões pelas quais a legislação trabalhista não é cumprida de forma espontânea. Sendo o objetivo específico do presente trabalho analisar como os danos punitivos podem ajudar na efetividade da lei trabalhista, focaremos nos fatores que consideramos mais relevantes.

Com a falência do Estado do Bem-Estar Social - modelo de Estado assistencial que garante padrões mínimos de educação, saúde, habitação, renda e seguridade social a todos os cidadãos-, os valores liberais passam a predominar, exaltando-se o patrimônio e o lucro sem limites. O Estado Neoliberal ‘enxuga’ o Estado, transformando-o em Estado Mínimo, regulando apenas o que é essencial para o desenvolvimento do capital.(MIRAGLIA, 2009).

A palavra de ordem do Capitalismo e do Estado Neoliberal é ‘lucro’ e cumprir a legislação trabalhista custa caro, indo contra “os interesses do poder dominante, da ideologia neoliberal que tem sido pulverizada pela globalização das relações econômicas.” (COSTA, 2014, p.10). Nesse sentido, explicita Eros Grau:

> O modo de produção capitalista que elege como *ratio fundamentalis* do ordenamento político o lucro [...]. Dizendo de outro modo: o mercado exige, para a satisfação de seu interesse, o afastamento ou a redução de qualquer entrave social, político ou moral ao processo de acumulação de capital. (GRAU *apud* COSTA, 2014, p.12).

Quando uma norma é contrária a vontade dos poderes dominantes, a chance que a mesma venha a ser respeitada é muito menor que a possibilidade do seu descumprimento. Sendo o lucro o objetivo principal do Capital, a imposição de normas que impliquem em sua redução, como ocorre com as normas trabalhistas, é tida como ofensa ao pensamento dominante. Rodrigo Giostri da Cunha afirma que:

> O único fator que impele o empregador a cumprir com a lei é sua consciência (e, em alguns casos, a noção de que isso gera empregados mais satisfeitos e, assim, mais produtivos). Age de forma absolutamente contrária ao espírito capitalista (e, assim, ao mercado) o empregador que cumpre com todas suas obrigações: sua decisão equivale àquela de adquirir matéria-prima do fornecedor com o preço mais caro, uma decisão absolutamente prejudicial ao seu negócio. (CUNHA, 2008, p.91).

As empresas brasileiras tendem a analisar o custo-benefício do cumprimento da legislação trabalhista, sabendo, previamente, quando é financeiramente viável cumprir a lei. Cientes de que nem todos os descumprimentos originarão ações trabalhistas, e que, não raras as vezes, os acordos feitos judicialmente são mais baratos que o cumprimento integral da legislação, os empregadores que optam pelo descumprimento possuem um menor custo de produção, o que gera melhores condições de competição no mercado econômico.

A certeza da impunidade, e do lucro que esta gera, forma um círculo vicioso. As empresas não cumprem a legislação, tendo em vista que, mesmo sendo multadas pela fiscalização das Delegacias Regionais do Trabalho, as multas irrisórias são mais vantajosas que o pagamento integral dos direitos de seus empregados. Diante do descumprimento, os trabalhadores possuem duas alternativas, ou permanecem inertes e não recebem os créditos que lhes são assegurados pela ordem jurídica ou procuram a justiça e ajuízam reclamações vindicando o que lhes pertence.

Mesmo que nem todos os trabalhadores lesados procurem a Justiça do Trabalho, o número de ações ajuizadas é absurdo e causa o estrangulamento do órgão judiciário, como foi demonstrado. O alto número de ações implica na demora processual, de forma que casos relativamente simples podem permanecer por anos nas varas trabalhistas.

O trabalhador que precisa do dinheiro advindo dos direitos em litígio para garantir a sua sobrevivência própria e familiar, não pode esperar a longa duração do processo, o que o

leva a firmar acordos com valores irrisórios, o que favorece os mais fortes e o descumprimento reiterado da legislação. José Roberto Freire Pimenta assevera a respeito que:

> A causa fundamental dessa situação, obviamente, é a impunidade, absoluta ou relativa, de que gozam as empresas e os empresários de nosso país - é quase sempre mais vantajoso descumprir a lei trabalhista do que cumpri-la espontaneamente, ao mesmo tempo em que é também vantajoso aguardar que os trabalhadores lesados (na verdade, apenas parte deles) recorram ao Judiciário trabalhista para eventuais transações (sempre mais vantajosas, para o devedor, que o total cumprimento das normas trabalhistas) ou para condenações quase sempre tardiamente executadas. (PIMENTA, 2000, p.191).

Rodrigo Giostri da Cunha acrescenta que o não cumprimento da legislação trabalhista também é fruto da herança escravocrata arraigada na sociedade brasileira, que considera o "Direito do Trabalho, um direito de menor importância, voltado para pessoas de menor importância, mais um empecilho à atividade empresarial [...] do que propriamente um direito subjetivo [...]". (CUNHA, 2008, p.93).

Sobre o tema, Jorge Luiz Souto Maior assinala que:

> Acrescente-se a tudo isso um dado de natureza sociocultural e outro de natureza econômica. No que se refere ao primeiro, ressalta-se inicialmente que ainda está arraigada em nossa cultura a noção de que o emprego não é propriamente um direito do cidadão, mas uma dádiva do Estado e da iniciativa privada. O trabalho humano, que durante largo espaço de tempo foi desprovido de qualquer valor – vide a recente história da escravidão- agora é amparado por diversos direitos, e isso não se encaixa muito bem ao inconsciente escravagista que herdamos, fazendo com que o desrespeito aos direitos trabalhistas sejam uma atitude natural, uma forma de se opor à indevida intromissão do Estado nos interesses particulares. (SOUTO MAIOR, 1998, p. 361).

Como exemplo do fato de que no Brasil o emprego não é visto como um direito do cidadão, mas como uma dádiva do Estado, temos que, a obrigação de pagar pensão alimentícia, também consubstanciada em um crédito alimentar como a remuneração, se inadimplida por mais de três meses causa a prisão do devedor, o que não ocorre com o inadimplemento dos direitos laborais.

Venosa conceitua a Obrigação Alimentícia como "toda obrigação que determinada pessoa (física ou jurídica) tenha para com outra (onde se pode incluir o nascituro) que envolva subsistência de uma pessoa ou de um conjunto (pessoa mais os dependentes)." (VENOSA, 2009, p. 352). Compreende, além da alimentação, também o que for necessário para moradia, vestuário, assistência médica e instrução. Tem-se, portanto, que a finalidade dos alimentos e da remuneração é a mesma, atender as necessidades vitais básicas da pessoa e às de sua

família, porém, para o Estado, é mais ultrajante deixar de prestar alimentos do que a falta de pagamento dos direitos do empregado ao longo do contrato de trabalho.

Jorge Luiz Souto Maior, analisando a dívida trabalhista, sintetiza:

> Mas, a dívida trabalhista, na sua essência, principalmente, os salários e as verbas rescisórias, é de índole alimentar. Repare-se, a propósito, que o legislador deu tratamento praticamente isonômico à pensão de alimentos e à dívida trabalhista. Cabe verificar, com efeito, neste sentido, a similitude entre o rito preconizado pela Lei 5.478/68, que dispõe sobre a ação de alimentos, e o rito da CLT. A semelhança é tanta, que se poderia dizer estarmos diante de dois diplomas germanos. (SOUTO MAIOR; TOLEDO FILHO, 2003, p. 2).

José Roberto Freire Pimenta e Lorena Porto defendem a necessidade de uma maior celeridade por força da natureza alimentar da remuneração, defendendo o Princípio da Celeridade, importantíssimo em qualquer ação judicial, mas que ganha maior relevância no âmbito do Direito Trabalhista:

> O crédito trabalhista tem natureza alimentar para o trabalhador e para sua família, sobretudo porque, em virtude da ausência de verdadeira proteção à relação de emprego no Brasil, o obreiro, quando recorre à Justiça, invariavelmente já perdeu seu emprego, e, assim, encontra-se despojado da sua fonte de subsistência. E essa necessidade premente o impele, por vezes, à celebração de acordos desfavoráveis, para antecipar o recebimento de pelo menos parte dos seus direitos. Não é raro que os empregadores utilizem expedientes os mais diversos para procrastinar o andamento processual, uma vez que é mais rentável investir o dinheiro durante esse lapso temporal e pagar somente ao final, mesmo com acréscimo de juros. (PIMENTA; PORTO, 2006, p. 104).

Ademais, os direitos trabalhistas são vistos como direitos menores, não entendendo a sociedade brasileira que, ao considerar socialmente aceitável a inadimplência desses direitos, não está prejudicando somente aquele trabalhador atingido, mas sim toda uma coletividade. Ao desrespeitar o direito alheio e tratar este desrespeito como algo comum, esquece-se que:

> [...] o modelo de sociedade que se pretende construir- e isso nos termos da Constituição Federal, norma ápice de nosso ordenamento- é um modelo em que sejam respeitados e promovidos os direitos sociais, e, com eles, condições dignas de vida e existência a toda a população- o que não se consegue com a costumeira violação dos direitos dos trabalhadores. Com isso, é a sociedade toda que perde, não apenas aqueles trabalhadores, individualmente considerados: mais que seus direitos, é a Constituição que está sendo descumprida. (CUNHA, 2008, p. 89).

O problema da Síndrome do Descumprimento das Obrigações Trabalhistas somente será solucionado quando a legislação material laboral gozar de maior efetividade e eficácia e quando as normas processuais forem

> [...] capazes de assegurar sua plena, oportuna e específica fruição por seus titulares, mesmo e especialmente nos casos de não cumprimento espontâneo da norma que o instituiu pelo sujeito que essa mesma norma incumbiu de reconhecê-lo ou de prestá-lo. (PIMENTA, 2000, p.06).

O benefício econômico que o descumprimento da legislação traz ao ofensor contribui para que a inefetividade e ineficácia das normas trabalhistas materiais e processuais persistam. Se o empregador não tiver incentivos, mesmo que baseados na punição, para cumprir a lei, não o fará baseado simplesmente em sua consciência e boa-fé. As empresas devem ser estimuladas a cumprir a lei SEMPRE, devendo o Estado punir severamente aquele que não o faz.

> As agressões ao Direito do Trabalho acabam atingindo uma grande quantidade de pessoas, sendo que destas agressões o empregador muitas vezes se vale para obter vantagem na concorrência econômica com relação a vários outros empregadores. Isto implica, portanto, dano a outros empregadores não identificados que, inadvertidamente, cumprem a legislação trabalhista, ou que, de certo modo, se vêem forçados a agir da mesma forma. Resultado: precarização completa das relações sociais, que se baseiam na lógica do capitalismo de produção. (SOUTO MAIOR, 2010, p. 21).

CONCLUSÃO

Tradicionalmente, a resposta ao dano causado a outrem tem sido o reconhecimento da responsabilidade pelo pagamento de indenização que corresponda à extensão do dano, porém, a evolução deste instituto originou outras funções, tais como a função punitiva e dissuasória

A respeito da indenização punitiva e da sua aplicabilidade ao Direito do Trabalho, conclui-se que a responsabilidade civil contemporânea não deve se ater somente a reparação integral do dano, mas também deve se preocupar com a sua não ocorrência, protegendo toda a sociedade.

É neste contexto que surge a função punitiva da responsabilidade civil. O efeito preventivo, o caráter pedagógico da medida e a certeza de que o ilícito não compensa dissuade a intenção do ofensor em repetir a conduta, preocupando-se assim com a promoção da prática de condutas éticas, lícitas e dirigidas à valores supremos afirmados pela Constituição da República.

Adentrando na possibilidade de aplicação da indenização punitiva no ordenamento jurídico pátrio, percebe-se que a doutrina e a jurisprudência ainda não chegaram a um consenso, sendo que os opositores rejeitam a teoria por diversas razões, entre elas: não haver no ordenamento brasileiro qualquer legislação que expressamente a acolha; a punição é

matéria eminentemente criminal; e a indenização punitiva geraria um enriquecimento sem causa da vítima.

Ao longo do artigo tais justificativas foram desconstruídas, concluindo-se que a indenização punitiva não se mostra incompatível com o nosso ordenamento jurídico e que através da inserção dos *punitive damages*, assume a responsabilidade civil, de maneira direta, as funções de prevenção e punição, colaborando de modo incisivo e direto na diminuição dos frequentes danos ocorridos na esfera trabalhista;

Uma das formas de o Direito Material tornar-se eficaz, sendo cumprido espontaneamente e, ainda contribuindo para a eficiência do processo, é a aplicação dos *punitive damages* ao empregador que descumprir as leis trabalhistas. Só haverá cumprimento espontâneo da norma quando esta atitude se mostrar mais vantajosa aos empregadores. Somente quando descumprir se tornar uma atitude 'cara', as empresas tomarão como regra habitual de conduta o cumprimento da legislação trabalhista.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. Tradutor: Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

ANDRADE, André Gustavo Corrêa. **Dano moral e indenização punitiva.** 2003. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) - Universidade Estácio de Sá, Faculdade de Direito, Rio de Janeiro, 2003.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Departamento de Pesquisas Judiciárias. **Indicadores de produtividade dos magistrados e servidores no poder judiciário:** justiça em números. Brasília: CNJ, 2012.

BRASIL. Constituição (1988) **Constituição da República Federativa do Brasil**.Brasília: Senado, 1988.

BRASIL. Lei nº 10.403, de 10 de janeiro de *2002*. Institui o *Código Civil*. **Diário Oficial da União**, Brasília, 11 jan. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 18 jan. 2013.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e processo**: influência do direito material sobre o processo. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2005

CALDAS, Andréa Gouthier. **Danos morais punitivos:** um novo caminho para a responsabilidade civil.2010. Dissertação (Mestrado em Direito Empresarial) - Faculdade Milton Campos, Faculdade de Direito Milton Campos, Nova Lima, 2010

CAMBRIDGE international dictionary of english. Cambridge: Cambridge University Press, 2000.

COSTA, Cynthia Lessa. Direito X fatores reais de poder do mundo globalizado: a síndrome do descumprimento da legislação trabalhistas e a necessária recuperação da autonomia estatal. In: XIII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI, 13, 2014, Florianópolis. **(Re) pensando o direito**: desafios para a construção de novos paradigmas. Florianópolis: CONPEDI. 2014.

CUNHA, Rodrigo Giostri. **O processo do trabalho como instrumento de efetivação dos direitos sociais trabalhistas:** contribuição para o aprimoramento da prestação jurisdicional trabalhista. 2008. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade de São Paulo, Faculdade de Direito, São Paulo, 2008.

DELGADO, Gabriela Neves. **Direito fundamental ao trabalho digno.** São Paulo: LTr, 2006.

DELGADO, Maurício Godinho. **Capitalismo, trabalho e emprego**. São Paulo: LTr, 2010.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 6. ed. São Paulo: LTr, 2007.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil:** responsabilidade civil.9. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 3.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade civil.** 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GONÇALVES, Paula Beatriz Costa. **A aplicação dos *punitive damages* no ordenamento jurídico brasileiro.** 2013. Monografia (Conclusão de Curso) - Universidade de Brasília, Faculdade de Direito, Brasília, 2013.

JESUS, Damásio Evangelista de. **Direito penal:** parte geral. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 1991

KRUMMENAUER, Maria Carolina. ***Punitive damages* na perspectiva do direito civil brasileiro.** 2012. Monografia (Conclusão de Curso) - Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Curitiba, 2012.

LOPES, Miguel Maria de Serpa. **Curso de direito civil.** 4. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1995.

LOPEZ, Teresa Ancona. **O dano estético:** responsabilidade civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

MARTINS-COSTA, Judith. Um aspecto da obrigação de indenizar: notas para uma sistematização dos deveres pré-negociais de proteção no direito civil brasileiro. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, Ano 97, v. 867, p. 11-51, jan. 2008.

MARTINS-COSTA, Judith; PARGENDLER, Mariana Souza. Usos e abusos da função punitiva (*punitive damages*e o direito brasileiro). **Revista CEJ,** Brasília, v. 28, p. 15-32, 2005.

MIRAGLIA, Livia Mendes Moreira. O direito do trabalho como instrumento de efetivação da dignidade social da pessoa humana no capitalismo. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região,** Belo Horizonte, v. 49, n. 70, p. 149-162, jan./jun. 2009.

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

NOVELINO, Marcelo**. Direito constitucional**. São Paulo: Método. 2008.

PASTORE, José. A produtividade da justiça. **Estado de São Paulo**, São Paulo, 21 fev. 2012.

PASTORE, José. O acumulo de ações trabalhistas. **Correio Braziliense**, Brasília, 27 fev. 2014. Disponível em: <http://www.fecomercio.com.br/ImprensaArtigosInterna/Artigo/10335>. Acesso em: 18 jul. 2014.

PEREIRA, René. **Brasil é o número um do mundo em ações trabalhistas**. Associação do Pessoal da Caixa Econômica Federal do Estado do Piauí, 19 abr. 2007. Disponível em: <http://www.apcefpi.org.br/portal/pi/informacoes/ artigos/brasil-e-o-numero-um-do-mundo-em-acoes-trabalhistas.htm>. Acesso em: 18 jul. 2014.

PIMENTA, José Roberto Freire. A tutela metaindividual dos direitos trabalhistas: uma exigência constitucional. In: PIMENTA, José Roberto Freire et al. (Coord.). **Tutela metaindividual trabalhista**: a defesa coletiva dos direitos dos trabalhadores em juízo. São Paulo: LTr, 2009. p. 9-50.

PIMENTA, José Roberto Freire. Aspectos processuais na luta contra a discriminação, na esfera trabalhista: a tutela antecipatória como mecanismo igualizador dos litigantes trabalhistas. In: VIANA, Márcio Túlio; RENAULT, Luiz Otávio Linhares (Coord.) **Discriminação**. São Paulo: LTr, 2000. p. 169-226.

PIMENTA, José Roberto Freire. **Direito do trabalho:** evolução, crise, perspectivas. São Paulo: LTR, 2004.

PIMENTA, José Roberto Freire; FERNANDES, Nádia Soraggi. A importância da coletivização do processo trabalhista. In:SENA, Adriana Goulart de; DELGADO, Gabriela Neves; NUNES, Raquel Portugual (Org.). **Dignidade humana e inclusão social**: caminhos para a efetividade do direito do trabalho no Brasil. São Paulo: LTr, 2010. p. 289-305.

PIMENTA, José Roberto Freire; PORTO, Lorena Vasconcelos. Instrumentalismo substancial e tutela jurisdicional civil e trabalhista: uma abordagem histórico-jurídica. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ªRegião**, Belo Horizonte, v. 43, n. 73, p. 85-122, jan./jun. 2006.

SANTOS, Antônio Jeová. **Dano moral indenizável.** 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

SERPA, Pedro Ricardo. **Indenização punitiva**. 2011. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) - Universidade de São Paulo, Faculdade de Direito do Largo do São Francisco, São Paulo, 2011.

SILVA, Américo Luís Martins da. **O dano moral e sua reparação civil**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. **Direito processual do trabalho:** efetividade, acesso à justiça e procedimento oral. São Paulo: LTr, 1998

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. **O dano social e sua reparação.** 2012. Disponível em: <http://www.calvet.pro.br/artigos/danosocial_suareparacao.pdf > Acesso em: 15 ago. 2014

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. **O direito do trabalho como instrumento de justiça social.** São Paulo: LTr, 2000a.

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. **Temas de processo do trabalho.** São Paulo: LTr, 2000b.

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. TOLEDO FILHO, Manoel Carlos. **Da prisão civil por dívida trabalhista de natureza alimentar.** Disponível em: <http://www.asat-sc.com.br/index.php?view=article&catid=36%3Aartigosjuridicos&id=77%3Ada-prisao-civil-por-divida-trabalhista-de-naturezaalimentar&option=com_content&Itemid=68> Acesso em: 25 de outubro de 2014.

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. Ação civil pública na justiça do trabalho: dificuldades processuais para a efetividade. **Síntese Trabalhista,** Porto Alegre Síntese v.14, n.168 , p.16-24, jun. 2003.

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. Basta de violência aos direitos sociais. **Revista Magister de Direito Trabalhista e Previdenciário,** Porto Alegre , v.3, n.16 , p.5-13, jan. 2007.

STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil**: responsabilidade civil e sua interpretação doutrinária e jurisprudencial. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.