

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO

A RESPONSABILIDADE CIVIL DO EMPREGADOR DIANTE DOS
RISCOS SOCIAIS QUE AFETAM A SAÚDE E A INTEGRIDADE
FÍSICA DO EMPREGADO

São Paulo

2010

Livros Grátis

<http://www.livrosgratis.com.br>

Milhares de livros grátis para download.

CLARA ANGÉLICA GONÇALVES DIAS

**A RESPONSABILIDADE CIVIL DO EMPREGADOR DIANTE DOS
RISCOS SOCIAIS QUE AFETAM A SAÚDE E A INTEGRIDADE
FÍSICA DO EMPREGADO**

Tese apresentada à banca examinadora da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para a obtenção do grau de Doutor em Direito, sob a orientação da Prof. Dra. Carla Teresa Martins Romar.

São Paulo

2010

CLARA ANGÉLICA GONÇALVES DIAS

**A RESPONSABILIDADE CIVIL DO EMPREGADOR DIANTE DOS
RISCOS SOCIAIS QUE AFETAM A SAÚDE E A INTEGRIDADE
FÍSICA DO EMPREGADO**

São Paulo, ____/____/____

Tese aprovada na Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para a obtenção do grau de Doutor em Direito, sob a orientação da Profa. Dra. Carla Teresa Martins Romar.

Orientador

1º Avaliador

2º Avaliador

3º Avaliador

4º Avaliador

5º Avaliador

Dedico este trabalho aos meus pais, pelo amor incondicional.

Ao meu irmão Luis Eduardo pelo incessante apoio.

E a Professora Dra. Carla Romar pela constante orientação, carinho, amizade e dedicação.

AGRADECIMENTOS

Em primeiro lugar agradeço a Deus por me dar saúde, fé e paz em todos os momentos da minha vida.

A meus pais, Aldemário e Antonia Maynard, pelo total apoio, incentivo e amor, elementos imprescindíveis para o desenvolvimento da minha caminhada em busca do saber. Obrigada pela confiança que sempre depositaram em mim. Espero um dia poder retribuir tudo o que fizeram. Saibam que, sem vocês, isso jamais seria possível.

Aos meus irmãos, em especial, a Luis Eduardo G. Dias, que acompanhou sempre de perto todos os meus passos, apoiando-me em todos os instantes da minha vida. Você será sempre mais que um irmão, será sempre um ídolo para mim.

A minha ilustre mestre e orientadora, Profa. Dra. Carla Romar, pelo exemplo de competência, dignidade e principalmente, pela paciência e pelo carinho de sempre, pelas maravilhosas orientações que tanto elucidaram as minhas dúvidas no decorrer da elaboração deste trabalho e, ainda, pelos grandiosos ensinamentos que me deixou. Foi além de uma grande mestra, uma verdadeira amiga.

A minha querida professora Dra. Maria Garcia, pelo carinho, pela atenção e apoio que sempre me dispensou, inclusive nesses momentos finais, e pelas grandes lições que me fez aprender.

Ao coordenador da Pós-Graduação, Prof. Doutor Paulo de Barros Carvalho, por ter sido um verdadeiro mestre, além de compreensivo, justo e amigo quando mais precisei.

Ao Pro - Reitor de Pós-Graduação, Prof. Dr. André Ramos Tavares, exemplo de competência, retidão e justiça.

Aos meus amigos, Prof. Ionaldo Carvalho, Albérico Ferreira, Daniela Costa, Dayse Coelho, Samira Daud e Fernando Monteiro que acompanharam a minha caminhada e me incentivaram na busca dos meus ideais acadêmicos.

A Capes, por me ter proporcionado uma bolsa de estudos que muito contribuiu para a conclusão do meu curso.

Aos meus tios, Aldemira Gonçalves e José Nascimento Araújo pelo imenso apoio e carinho que sempre me dispensaram durante todo o tempo que estive em São Paulo. Obrigada por tudo o que vocês fizeram por mim. Tenho certeza absoluta de que sem o carinho, a atenção e o apoio de vocês, não teria chegado aqui.

A minha prima, Joelma Gonçalves e a Valdemir Suzin, que foram verdadeiros anjos em minha vida. Sempre me apoiaram e torceram por mim.

Aos meus fiéis companheiros de caminhada Fernanda Escane, Magno Luiz Barbosa e Carla, que tanto me ajudaram nesse curso. Muito obrigada pelas alegrias compartilhadas, pelos momentos vividos e ainda por tudo que pude aprender com vocês.

Aos funcionários da secretaria da Pós-Graduação em Direito, queridos Rafael e Rui, sempre tão atenciosos, prestativos e amáveis. Foram grandes amigos que pude cultivar ao longo dessa jornada. Obrigada por tudo o que sempre fizeram por mim!

A querida Rosana, funcionária da Pro - Reitoria de Pós-Graduação, pela sua simpatia e atenção que sempre me foram dispensadas.

Por fim, venho agradecer a todos os meus familiares e amigos, já que não há como citá-los aqui, e ainda a todos aqueles que contribuíram direta e indiretamente para a realização desse sonho: a conclusão do curso de Doutorado na PUC/SP.

RESUMO

Este trabalho tem a finalidade de demonstrar a responsabilidade civil do empregador a partir do advento dos riscos sociais como a doença e o acidente de trabalho, ou seja, riscos sociais que atingem a saúde e a integridade física dos empregados, impondo, para tanto, um dever de responsabilização ao tomador de serviço, que, em razão da atividade que desenvolve, ou em razão da inobservância de regras técnicas que são impostas pela legislação, expõem a risco determinados bens tão importantes do ser humano.

Para tanto, estudamos o conceito de riscos, até chegarmos à idéia do que realmente consistem os riscos sociais, ou seja, todo acontecimento futuro e incerto, que acontece independentemente da vontade humana e que podem causar danos, e em especial, nesse enfoque que aqui nos propusemos a delinear, que atinjam à saúde e a integridade física do hipossuficiente da relação laboral, ou seja, o trabalhador.

A responsabilidade civil do empregador, para tanto, aparece como uma importante aliada na averiguação e obrigatoriedade dos deveres dos empregados e empregadores em torno da proteção à saúde e integridade física daqueles envolvidos no processo de produção desenvolvido prioritariamente a partir da Revolução Industrial, responsável por graves e danosas consequências aos obreiros de então, que não encontravam amparo.

É sobre esse prisma que procuramos levantar informações a respeito da evolução histórica da proteção social conferida aos obreiros, partindo dos primórdios até alcançarmos os dias atuais, onde tanto a Constituição Federal como várias outras normas infraconstitucionais, como as leis previdenciárias, a lei penal, a lei civil e as várias normas acidentárias procuram trazer nos seus dispositivos regras expressas que enfocam o tema da responsabilização, forçando os detentores do capital e dos meios de produção a adotar medidas protetivas preservando a saúde e o meio-ambiente de trabalho.

PALAVRAS-CHAVE: Responsabilidade civil, empregador, saúde, integridade física, empregado.

ABSTRACT

This paper aims to demonstrate the liability of the employer from the advent of social risks such as sickness and accidents at work, or social risks affecting the health and physical integrity of employees, requiring, for both a duty accountability to the policy holder service, which, due to the activity that develops, or by reason of breach of technical regulations imposed by national or foreign, exposed to risk certain property as important to humans.

To this end, we will study the concept of risk, until we get the idea what it really consists of social risks, or any uncertain future event that happens independently of human will and can cause damage, and in particular that this approach here we set out to shape, reaching the health and physical integrity of hipossuficiente of employment, ie the worker.

The civil liability of the employer to do so, appears as an important ally in the screening and mandatory duties of employers and employees about protecting the health and integrity of those involved in the production process developed primarily from the Industrial Revolution, responsible for serious and harmful consequences to the workers of that period had not found support.

It is on this light that we seek to gather information about the historical evolution of social protection afforded to workers, starting from the early days until we reach the present day, where the Federal Constitution and various other standards infra, as the pension laws, criminal law, the law civil and different rules rugged looking always bring in their devices, explicit rules that focus on the theme of accountability, forcing the shareholders and the means of production to adopt protective measures to preserve health and the workplace.

KEY WORDS - liability, employer, health, physical integrity of the worker

SUMÁRIO

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
CAPÍTULO I – A TEORIA DOS RISCOS	
1.1 ASPECTOS GERAIS	14
1.2. A TÉCNICA DE DISTRIBUIÇÃO DOS RISCOS	23
1.2.1 A ADMINISTRAÇÃO DOS RISCOS	25
1.3 OS RISCOS NA VISÃO SOCIOLÓGICA	26
1.3.1 RISCO NA SOCIEDADE DE BECK	28
1.3.2 RISCO NA VISÃO DE ANTHONY GIDDENS	32
1.4 RISCOS SOCIAIS	36
1.5 RISCO NO DIREITO DE SEGUROS	41
1.6 OS RISCOS SOCIAIS E A SEGURIDADE SOCIAL	42
1.7 BREVE ESCORÇO HISTÓRICO DA SEGURIDADE SOCIAL	46
1.8 RISCOS SOCIAIS PROTEGIDOS PELOS SISTEMAS DE PROTEÇÃO SOCIAL	56
1.8.1 SEGUROS DE ACIDENTE DE TRABALHO	57
1.8.2 ENFERMIDADES PROFISSIONAIS	62
1.8.3 ENFERMIDADES NÃO PROFISSIONAIS	64
1.8.4 MATERNIDADE	66
1.8.5 INVALIDEZ	67
1.8.6 VELHICE	69
1.8.7 DESEMPREGO	70
1.8.8 MORTE	72
CAPÍTULO II – RELAÇÃO DE EMPREGO E CONTRATO DE TRABALHO	
2.1 A RELAÇÃO DE TRABALHO E A RELAÇÃO DE EMPREGO	74
2.2 CONTRATO DE TRABALHO	92
2.2.1 HISTÓRICO E NATUREZA JURÍDICA NEGOCIAL	92
2.2.2 CONCEITO E ELEMENTOS	97
2.2.3 ELEMENTOS DO CONTRATO DE TRABALHO	100
2.2.4 SUJEITOS DO CONTRATO DE TRABALHO E SEUS DEVERES CONTRATUAIS	102

2.2.5 A CONCEPÇÃO ATUAL DO CONTRATO DE TRABALHO E O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA VOLTADO À FIGURA DO TRABALHADOR	111
2.2.6 AS NOVAS PERSPECTIVAS DA RELAÇÃO ENTRE A EMPRESA E O EMPREGADO NA ATUALIDADE E A MODERNIZAÇÃO DO CONTRATO DE TRABALHO	118
CAPÍTULO III – DA RESPONSABILIDADE CIVIL	127
3.1 ACEPÇÃO DA PALAVRA RESPONSABILIDADE	127
3.2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA RESPONSABILIDADE CIVIL	133
3.3 ESPÉCIES DE RESPONSABILIDADE	156
3.4 TEORIAS DA RESPONSABILIDADE CIVIL COMUM E AGRAVADA	187
3.5 RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA PURA E IMPURA	188
3.6 AS EXCLUDENTES DE ILICITUDE, A CULPA CONCORRENTE E EXCLUSIVA E AS SUAS REPERCUSSÕES NO CAMPO DA RESPONSABILIDADE CIVIL	193
3.7 AS EXCLUDENTES DE RESPONSABILIDADE	195
3.7.1 CASO OFRUITO E FORÇA MAIOR	195
3.7.2 FATO EXCLUSIVO DE TERCEIRO	199
3.7.3 CULPA EXCLUSIVA DA VÍTIMA	201
3.8 ACIDENTES DE TRABALHO, DOENÇAS OCUPACIONAIS E O FENÔMENO DA RESPONSABILIDADE CIVIL	202
3.8.1 ACIDENTES DE TRABALHO	206
3.8.2 BREVE HISTÓRICO DA PROTEÇÃO ACIDENTÁRIA NAS CONSTITUIÇÕES DO BRASIL E A ANÁLISE DO ARTIGO 7º, XXVII E O ARTIGO 225, § 3º DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL	230
3.8.3 TEORIAS QUE EXPLICAM O FUNDAMENTO DA RESPONSABILIDADE POR ACIDENTES DO TRABALHO	234
CONCLUSÕES	248
BIBLIOGRAFIA	262

INTRODUÇÃO

O presente trabalho versa sobre a responsabilidade civil do empregador diante dos riscos sociais que atingem a saúde e a integridade física do empregado.

A construção dessa tese tem por escopo demonstrar as transformações ocorridas na seara jurídica a partir da introdução dos mais diversos meios de produção, e daí então, mostrar também o que essa nova realidade fez gerar na seara social e jurídica no mundo, sem esquecer, é claro, das mais crescentes comoções em torno da busca de melhores condições de trabalho e de vida que seriam exigidas pelo Estado.

É na relevância desse tema que está à contribuição para a sociedade, pois essa proteção é imprescindível como forma de superar todas as desigualdades existentes entre as classes trabalhadora e empregadora, e também para servir de instrumento no combate à adoção de meios e técnicas de produção que venham afetar a saúde e a integridade física do trabalhador de maneira irresponsável e desmedida, privando-o do direito de usufruir uma vida digna e saudável, pois, isso pode gerar, muitas vezes, desgastes físicos, doenças incuráveis ou até mesmo a morte.

Isso demonstra quão apaixonante é o tema. E essa é a razão de ter sido escolhido para ser desenvolvido em uma tese de doutoramento, justamente por ser sempre atual, por ser capaz de repercutir em todas as sociedades, independente de barreiras fronteiriças e principalmente, por ter como objeto a pessoa humana, sem qualquer tipo de discriminação.

Para tanto, utilizamos para desenvolver essa tese, o método indutivo. Este método observa o fenômeno, qual seja a proteção que deve ser conferida ao trabalhador, a partir da adoção de critérios de responsabilização civil imposta aos empregadores quando esses expõem os seus empregados a uma situação de risco social que pode acarretar-lhes graves prejuízos à saúde ou a integridade física; analisando a necessidade do surgimento

desse fenômeno e o estudando dentro da perspectiva do ordenamento jurídico pátrio, resolvendo assim a problemática que envolve o tema.

A técnica consiste nos instrumentos utilizados pela autora para obter informações, argumentos e idéias desenvolvidas. A presente pesquisa, portanto, se utilizará de livros científicos, legislações nacionais e estrangeiras, internet, artigos científicos, revistas, doutrinas estrangeiras, teses e dissertações de mestrado, vídeos e dados estatísticos.

O desenvolvimento foi dividido em três capítulos, os quais foram escritos de forma dissertativa. O primeiro cuida de teoria geral dos riscos sociais, mostrando o conceito de risco, a sua técnica de distribuição de modo a definir quem, em situação do seu advento, deverá suportar as suas consequências; a visão dos riscos na teoria sociológica, estudando a visão de Niklas Luhmann, Beck, Anthony Giddens; passando para a análise dos riscos sociais e do papel da Seguridade Social na sua proteção, dentro de um enfoque histórico-evolutivo.

O segundo capítulo fala da relação de trabalho, da relação de emprego, do contrato de trabalho e dos vínculos entre empregados e empregadores. Os conceitos trazidos nesse capítulo servirão como base para a implementação da teoria da responsabilização civil diante de danos que venham atingir o empregado quando o mesmo encontra-se no exercício de sua atividade laborativa, submetido ao comando do empregador a partir do vínculo de subordinação. A relação de dependência mantida pelo empregado em relação ao empregador e o fato de o empregador dirigir a prestação de serviços do mesmo são fatores que justificam e impõem a responsabilidade do empregador pela garantia à saúde, higidez e integridade física daquele que lhe presta serviço em caráter contínuo.

No terceiro capítulo, a tese é concluída com a análise da responsabilização civil do empregador diante do advento dos riscos sociais constitucionalmente previstos que possam alcançar a saúde e a integridade física do empregado. Para tanto, faremos uma análise sobre a teoria geral da responsabilidade civil, mostrando o seu conceito, elementos, teorias, e classificações, até chegarmos à análise da responsabilização civil do empregador através na norma civilista, mediante a aplicação da teoria da responsabilidade objetiva enfocada pelo novel diploma civil no artigo 927, § Único, passando pelas várias teorias do risco civil, até chegarmos à análise final dos acidentes de trabalho, seu conceito, a evolução histórica da sua proteção, as suas classificações, a análise da legislação pertinente que trata dessa matéria, chegando até a defender especificamente a responsabilização do empregador diante das consequências dos riscos sociais suportados pelos empregados que prestam serviços contínuos a ele, tendo em vista a observação ou não das normas estabelecidas pela legislação nacional e internacional que tratam a respeito da proteção à saúde e ao meio-ambiente de trabalho, a fim de garantir a plena manutenção da saúde e da qualidade de vida do trabalhador, afastando, com isso, o fantasma da responsabilização civil.

CAPÍTULO I

TEORIA DOS RISCOS

1.1 – ASPECTOS GERAIS

Inicialmente, este trabalho tratará dos mais variados conceitos da palavra risco. Assim sendo, segundo Niklas Luhmann, na atualidade, várias especialidades científicas se ocupam em conceituar o “risco”. Sabe-se que o seu conceito é multidisciplinar. É tema constante de estudo de várias ciências, como se verá mais adiante, dentre elas a sociologia, a economia e o Direito. Contudo, não há conceito algum de “risco” que possa satisfazer as pretensões científicas. Será o direito, como se verá daqui em diante, quem irá se preocupar em classificá-lo, a fim de dar a cada espécie de risco um tratamento diferente e consequências distintas.

A origem da palavra é deveras, desconhecida. Há quem afirme que a mesma tenha origem árabe, outros, porém, informam que a origem é européia, já que, desde a época medieval, nos seus documentos eram encontradas referências a este termo, principalmente, com o advento da imprensa na Itália e na Espanha. Outras vezes, a palavra aparece como sinônimo de perigo, azar, desafio, sorte, temor, aventura, etc, a depender do contexto que necessitassem aparecer, muitas vezes porque, até então, não se encontravam termos suficientemente claros para transmitir uma certa idéia. Na religião, a idéia de risco está atrelada à minimização do arrependimento, já que, o pecador, quando pratica um ato de decisão e arrepende-se dele, já que este gerou um dano que atingiu alguém, o qual esperava evitar, deve arrepender-se do mesmo.

Vê-se, também, a expressão como sendo “decisões com as quais se vincula o tempo, ainda que o futuro não se possa conhecer suficientemente¹”.

¹ LUHMANN, Niklas. Sociologia Del Riesgo, p. 135.

Mais tradicionalmente, a economia já vem se preocupando em oferecer cálculos do risco, graças à proposta elaborada por Frank Knight². Este mesmo autor se propôs a definir e diferenciar o “riesgo” da palavra “incertidumbre”, que até então se tornara um dogma. Isso ocorreu, pois, o homo oeconomicus, com as transformações que executa no mundo exterior, tende a buscar, constantemente, segurança nos seus rendimentos, em qualquer tempo e lugar, a fim de satisfazer os seus interesses. Contudo, as transformações econômicas sempre implicam um processo produtivo que apenas será perceptível e desenvolvido num dado espaço e num intervalo de tempo. Na realidade, aqui, o risco é mesmo visto como um fator econômico podendo exprimir, por vezes, algo economicamente desfavorável ou mesmo uma eventualidade economicamente vantajosa, o que deixa claro, todavia, a imprecisão técnica dessa conceituação. Assim sendo, afirma o supramencionado autor:

“...todo empresário corre muitos riscos, além do mais importante deles – o de poder perder o dinheiro investido como resultado de mal julgar as condições de mercado. Sempre existe o risco de que o fogo, o furto, a morte, e o mais, que podem causar perdas comerciais. Mas, contra esses riscos há o recurso de seguros”³

Desse modo, o que se pode ver é que, ao lado de riscos seguráveis, existem ainda o risco verdadeiramente concebidos como fator econômico. Esses, por sua vez, são ainda mais incertos, que, segundo Knight⁴, que são os advindos das decisões tomadas pelos empresários, como por exemplo, quanto ao aumento ou diminuição da produção de um produto diante da demanda. Nesse caso, terá o empresário que analisar quais serão as condições de custo, de oferta e de procura. Depois dessa análise e de uma certa dose de ousadia, o empresário poderá auferir uma certa margem de lucro, que passa a ser visto como uma recompensa pelo risco assumido, já que na economia, se não houver risco, não haverá lucro, ou uma perda.

² KNIGHT, Frank. Risk, Uncertainty and Profit. Boston, 1921.

³ Ob. cit. p. 360.

⁴ H. Knight –Risk, i]ncertainty and profit. Apud STONIER, A.W.& HAUGE, D.C. Teoria Economica. Op. cit., págs. 363-4.

Assim, concebe-se a amplitude do conceito de risco na ciência econômica, como um meio de auferir lucro, na medida em que não é assegurável.

Steiner Neto⁵, citando MacCrimmon e Wehrung afirma que existem três condições para a definição de risco, que são denominadas componentes do risco, quais sejam: a possibilidade de haver uma perda ou dano (magnitude da perda); a possibilidade associada a essa perda (possibilidade da perda); a possibilidade de o decisor agir de forma tal que aumente ou diminua a magnitude ou a probabilidade dessa perda ou dano (exposição à perda).

O tema do risco contratual não é uma criação recente da dogmática civilista. Em Roma, já se colocava o problema em termos de periculum, com a finalidade de individualizar a potencial impossibilidade da prestação derivante do perecimento do objeto. Nessas relações, vê-se que, num intervalo de tempo compreendido entre o momento da celebração da avença e o da execução, a relação econômica pode sofrer perturbações de eventos não previstos ou imprevisíveis. Assim, todo o ato econômico e, via de consequência, todo o contrato, estarão sempre sujeitos à influência das incertezas comuns às circunstâncias. Nesse ponto, o jurista francês Jean Marc Mouserron citado por Federico Chessa afirma:

“A execução do contrato trará, portanto, surpresas felizes e decepções amargas. Por “risco” entendemos então todo o desvio quanto à linha traçada, no projeto social econômico e financeiro sobre o qual as partes estavam inicialmente de acordo, desvio este considerado mera eventualidade no dia da conclusão do contrato”⁶

E ainda:

“Os contratos não são um jogo de soma zero, em que uma vantagem de uma das partes supõe, sempre, em igual medida, uma desvantagem para a outra... Naturalmente que num contrato em que haja a boa-fé no comportamento dos contratantes – em que o engano, as ameaças, o poder monopolista ficam excluídos – pode ser desvantajoso para uma das partes. E,

⁵ STEINER NETO, P.J. A percepção dos resultados esperados pelos beneficiários como fator de influência no processo decisório (Tese de doutorado), p. 51.

⁶ CHESSA, Federico. La teoria economica Del rischio e della assicurazione, p. 04 .

isso sucede porque no momento da contratação não estavam disponíveis todas as informações – havia um certo grau de incerteza -, e certas circunstâncias não eram previsíveis ou porque a transmissão de determinados riscos chegou a ser objeto do contrato ou algumas informações eram necessariamente confidenciais”⁷

Dessa análise, vislumbra-se o advento de vários princípios que, ao longo do tempo, tiveram grande importância na solução dos conflitos originados pelas circunstâncias que impediram a execução da prestação avençada no contrato. Nesse caso, de maneira bastante genérica, o risco pode ser vislumbrado como risco de inadimplemento, a partir do momento em que uma das prestações não é mais susceptível de ser exigida por motivo de culpa ou dolo do devedor, a quem, como se verá mais tarde, deverá ser atribuída a responsabilidade, ou mesmo por uma intervenção de um terceiro, ou finalmente, em razão de caso fortuito.

Não se pode esquecer que o risco pode ser oriundo de uma diminuta satisfação econômica da relação, a partir do momento que o cumprimento do contrato não mais satisfaça aos interesses presentes quando da contratação, seja pelo surgimento de desequilíbrio entre os objetos das prestações ou mesmo pela perda da finalidade do mesmo.

Nessa mesma esteira, Mouserron⁸ fala da possível divisão em riscos endógenos e exógenos, sendo que os primeiros se originam da inexecução das obrigações de qualquer uma das partes. Assim, pois, enquanto a execução for útil para o outro ou por ele desejada, estar-se-á diante de uma inexecução temporária, para a qual as partes teriam podido tentar prevenir a sua aparição ou mesmo o prolongamento da sua perturbação. A partir daí, a teoria clássica passou a atribuir à falta do devedor a maior parte dos casos de inexecução obrigacional. Em contrapartida, os riscos exógenos são os externos ao contrato e que resultam de perturbações exteriores ao comportamento das partes, tais como as mudanças substanciais de preços, taxas de câmbio, transformações sociais, políticas e econômicas em geral, mudanças tecnológicas, etc.

⁷ OTT, Claus e SCHAFER, Hans-Bernd. Manual de Análisis Economico del Derecho Civil, p. 258.

⁸ MOUSSERRON, Jean Marc. La gestión des risques par le contrat”, in Revue Trimestrielle de droit civil, n.3, jul/sept 1988, ano 87, p. 487 e segs.

Em outras vezes, o risco é visto como um infortúnio ligado à catástrofe. E isso se adequa, segundo a visão de Luhmann⁹, quando se estudam as economias de subsistência no setor agrário, pois, este está sempre propenso a lidar com a impossibilidade de manter os níveis de produção. Resultados bem próximos a este também podem ser vistos no mercado financeiro, pois, nele, os empresários devem sempre contar com problemas de liquidez ou com riscos nas suas operações. Pode ter, de um lado, uma conotação de algo que possa ou não acarretar um prejuízo futuro.

Uma outra possibilidade retrata o risco não como uma incerteza ou possibilidade, mas como uma probabilidade. Para isso, é preciso buscar os pontos distintivos entre o risco e a incerteza. Assim, no primeiro, a distribuição dos resultados num grupo de casos é conhecida quer através de cálculos, quer através de estatísticas, enquanto que na incerteza, isso não é viável devido ao fato de que é impossível formar um grupo de casos, já que a situação que se enfrenta é singular. Para a definição de Knight¹⁰, a diferença básica entre esses dois termos estaria na presença ou não de uma distribuição de probabilidades sobre um certo evento. Assim, incerteza se refere a situações em que não se conhece a distribuição de probabilidade dos resultados e risco seria a situação em que se podem estabelecer resultados e suas respectivas probabilidades de ocorrência.

Importante salientar que essa definição, entretanto, é controversa, já que, especialistas em mercado financeiro classificam uma variedade de riscos de investimento, sempre usando a idéia do risco possibilidade, tais como se pode ver em risco cambial (possibilidade de lucro ou prejuízo no mercado de câmbio); risco de inflação (possibilidade de corrosão do valor dos ativos ou da renda à medida em que a inflação reduz o valor corrente da moeda), etc.

O próprio Código Civil, como se verá mais tarde, apresenta uma grande quantidade de referências ao termo “risco”. Com uma análise mais crítica, pode-se notar que esse texto legislativo emprega, na maior parte das suas disposições, o “risco” como

⁹ Ob. cit. p. 124.

¹⁰ Ob. Cit. p. 347.

incerteza ou possibilidade. Assim, no Capítulo V, seção VII do Código Civil de 2002, os artigos 458 a 461, que tratam dos contratos aleatórios assim prescrevem:

Art. 458. Se o contrato for aleatório, por dizer respeito a coisas ou fatos futuros, cujo risco de não virem a existir um dos contratantes assuma, terá o outro direito de receber integralmente o que lhe foi prometido, desde que de sua parte não tenha havido dolo ou culpa, ainda que nada do avençado venha a existir.

Art. 459. Se for aleatório, por serem objeto dele coisas futuras, tomando o adquirente a si o risco de virem a existir em qualquer quantidade, terá também direito o alienante a todo o preço, desde que de sua parte não tiver concorrido culpa, ainda que a coisa venha a existir em quantidade inferior à esperada.

Parágrafo único. Mas, se da coisa nada vier a existir, alienação não haverá, e o alienante restituirá o preço recebido.

Art. 460. Se for aleatório o contrato, por se referir a coisas existentes, mas expostas a risco, assumido pelo adquirente, terá igualmente direito o alienante a todo o preço, posto que a coisa já não existisse, em parte, ou de todo, no dia do contrato.

Art. 461. A alienação aleatória a que se refere o artigo antecedente poderá ser anulada como dolosa pelo prejudicado, se provar que o outro contratante não ignorava a consumação do risco, a que no contrato se considerava exposta a coisa.

Aqui, não é necessária uma grande digressão para vislumbrar a idéia de que o risco-possibilidade é tido como algo incerto e que por isso mesmo, pode ou não vir a acontecer. Contudo, a probabilidade de que ocorra poderá ou não vir a ser conhecida, poderá ser maior ou menor, mas isso não fará parte da caracterização do “risco”.

Já em relação aos contratos de seguro, a aferição da expressão “risco” é ainda mais complexa, já que, sempre, para se estipular o prêmio será necessário se considerar a probabilidade da concretização ou não do evento danoso. Assim, pois, vejamos:

Art. 757. Pelo contrato de seguro, o segurador se obriga, mediante o pagamento do prêmio, a garantir interesse legítimo do segurado, relativo a pessoa ou a coisa, contra riscos predeterminados.

Contudo, toda essa celeuma desaparecerá, a partir do momento em que, através da leitura do artigo 770 do mesmo diploma legal que dispõe sobre a impossibilidade da redução do prêmio estipulado em razão da diminuição do risco no curso do contrato, possibilitará ao segurado o pedido de revisão do prêmio ou resolução do contrato em caso de redução considerável de risco, o que se faz entender que a probabilidade nada mais é que um elemento acidental ao conceito de risco, servindo apenas como elemento quantitativo para averiguar o valor do prêmio mais adequado para a probabilidade específica do dano. Desse modo, risco nos contratos de seguro, aparece mesmo como risco-possibilidade.

Nas ciências exatas, risco é definido como uma “unidade de medida”, já que trata-se, irredutivelmente, a um problema de medição, ou seja, convenção, e, por isso mesmo, tem-se que notar que os problemas da medição são, pois, totalmente diferentes daquilo que é medido como “risco”.¹¹

As ciências sociais também vêm, ao longo de vários anos, descobrindo e trabalhando com o conceito e idéia de “risco”. Cientistas, antropólogos, vêm trabalhando o ‘risco’ não apenas como um problema psíquico, mas também e principalmente, como um problema social. Desde então, ocupam-se em trabalhar com a seleção dos riscos através da análise da relação entre esses e os fatores sociais. A partir desse momento, deve-se propor, então, a seguinte análise: Será que o risco estará sempre ligado ao sujeito ativo em virtude da tomada de decisão intuitiva e racional, que, por sua vez, afetará o sujeito passivo que arcará com os efeitos das decisões alheias., ou será que, numa visão puramente sociológica, o risco será resultado final de um acúmulo de comunicações, incluindo as decisões tomadas individualmente? Assim, procura a sociologia chamar a atenção da sociedade, ao mesmo tempo em que se preocupa cada vez mais com a definição dos contornos do “risco”, tentando delimitar o seu conteúdo e com a sua seleção.

¹¹ Ob. cit. p. 129.

Assim, a sociologia ficará marcada, segundo Luhmann¹², como uma “teoria da sociedade moderna”, pois, se ocupará com temas da maior atualidade, já que irá apoiar movimentos de protesto, descreverá o perigo trazido pela tecnologia, e tentará mostrar como a sociedade deverá lidar com os agravos que irá causar ao meio-ambiente.

Nas civilizações antigas ocorreu algo diferente. Elas, na verdade, não incluíram nas suas análises a palavra “risco”, já que resolveram seus problemas adotando técnicas bastante diferenciadas, não dando o mesmo significado que demos a esta palavra. Isso, porque, culturalmente, adotaram mecanismos culturais que dotaram de certeza a existência futura, mediante a adoção da prática da adivinhação, mesmo que esta, como era de se esperar, não trouxesse certeza e segurança plena acerca dos acontecimentos vindouros.

Na Idade Média, o comércio marítimo oriental, já se tinha uma breve noção de risco, a partir dos ordenamentos jurídicos vigentes à época, que adotaram, como práticas protetivas, o seguro marítimo. É nessa época que, pela primeira vez, se fala em “risco”, tal como se vislumbrará na modernidade, como se verá mais adiante.

Dessa forma, o que Luhmann constata é que a aparição tardia do conceito de risco que se vê na atualidade, se deve a uma multiplicidade de conceitos do termo que apareceram ao longo da história. Isso porque, todo o conceito parte do pressuposto da necessidade de uma análise de um observador, que poderá vislumbrar algo positivo ou negativo ou que determina ou mede alguma coisa, o que fez oferecer, para tanto, distintas perspectivas¹³.

Importante, se faz frisar a diferença entre dois termos que, freqüentemente, e de maneira contraditória, são empregados como sinônimos: “risco” e “perigo”. O que se tem, em mente, aqui é, que tanto num quanto noutro, a idéia de incerteza a respeito de um possível dano futuro é algo comum.

Luhmann trata desta distinção, em dois pontos: Primeiro, o dano eventual é visto como consequência de uma decisão. Portanto, fala-se em “risco de uma decisão”. Por

¹² Ob. cit. P. 128.

¹³ Ob. cit. p. 138.

outro lado, o perigo se dá quando o dano hipotético é ocasionado pelo mundo exterior¹⁴. Na realidade, um conceito mais concreto desses elementos descreve o perigo como indicador daquele estado de coisas em que há ameaça quase iminente de dano, de tal modo que o evento danoso é algo indissociável à sua apresentação. Em contrapartida, o risco indica um evento incerto e de não imediata realização, sendo, por isso, uma álea que integra a relação contratual.

Na literatura inglesa, o importante ponto para definir essas duas expressões encontra-se no fato de haver situações de perigo causadas voluntária ou involuntariamente e se as suas conseqüências poderão ou não ser controladas pelo próprio comportamento.

Não obstante, ficará, como se verá mais adiante, cada vez mais clara a interligação entre o risco, perigo e a seguridade, haja vista as insuficiências humanas que necessitam livrar-se dos riscos e dos perigos. Assim, quem normalmente desenvolve atividades tidas como arriscadas, cada vez mais passa a se preocupar com medidas de seguridade, mesmo sabendo que alcançá-la de forma absoluta é, pois, algo inalcançável, vez que sempre poderá ocorrer algo inesperado e imprevisível. Contudo, não se pode olvidar que o ideal é sempre trabalhar para que o risco seja evitado. Por isso, alguns vêm, nesse momento, o “risco” como algo necessário para calcular o nível de seguridade que se possa conceder. Mas, não diferente do que se viu até aqui, a distinção entre risco e perigo também dependerá, como qualquer outra que se queira fixar, da vontade do observador, o que fará não haver um ou uns elementos básicos que sejam capazes de formar uma única definição.

O que se pode constatar, portanto, é que em todos os dois conceitos, a presença do dano incerto é algo inerente, o que nos faz crer que, em tese, não há elementos cruciais que distingam esses conceitos de uma forma clara e precisa.

Isto posto, o que se pode concluir, segundo Luhmann é que tanto para a definição de risco e seguridade, como para a definição de risco e perigo, é válida a seguinte tese: não há nenhuma conduta isenta de risco e não se podem evitar os riscos quando se

¹⁴ Ob. cit. p. 144.

decide algo ou mesmo quando nada se decide. Assim, não há esperança de que quanto maiores forem as análises e estudos em torno dos riscos haverá a possibilidade de neutralizá-los a partir do momento que se aumentarem os níveis de seguridade.

Contudo, se pode trabalhar com a idéia de prevenção, senão vejamos:

“Com a prevenção se entende o modo muito geral de preparação de danos incertos, direcionada à redução tanto da probabilidade que se verifique um dano, quanto do seu calcular. A prevenção pode, portanto, ser praticada, seja no caso de perigo, seja no caso de risco. Pode-se armar também dos perigos que não se atribuem as próprias decisões; exercita-se o uso das armas, coloca-se pela parte de somas de dinheiro, ou confia-se em amigos, aos quais pede-se eventualmente ajuda. Semelhantes estratégias de segurança são colaterais e são motivadas geralmente pelas inseguranças próprias da conduta de vida neste modo.”¹⁵

Conclui-se que a prevenção nada mais é do que uma forma de preparação para os danos futuros, com tendência a promover a redução da probabilidade do aparecimento de riscos. Ela serve tanto para os riscos como para o perigo, diminuindo a ocorrência dos danos futuros ou reduzindo a sua extensão. Caberá, também, à civilística, “repensar novos dilemas da responsabilidade civil, com vistas a oferecer, a um só tempo, obstáculos e incentivos às novas tecnologias, e estabilizando estruturas de expectativas”.

1.2- A TÉCNICA DA DISTRIBUIÇÃO DOS RISCOS

A técnica da sobrevalorização do caráter econômico dos contratos tem atribuído uma técnica de repartição dos riscos, e, com o apoio da autonomia contratual das partes, a avaliação da ordem econômica tem inspirado a escolha negocial como meio mais adequado para adotar critérios dirigidos à disciplina dos efeitos derivados da ocorrência de um efeito danoso e individualizar quem deverá suportar as consequências.

¹⁵ Luhmann, Niklas. Sociologia del riesgo, p. 41.

Fica claro que, as partes serão responsáveis por suportar os custos em virtude da atribuição dos riscos, e isso ajudará a disciplinar as obrigações por elas assumidas. Contudo, nem sempre as partes se mostram capazes de assumir tais custos, até porque os mesmos podem não se mostrar como algo demasiadamente vantajoso. Daí a importância da repartição negocial dos riscos, que será responsável por repartir as consequências negativas de alguns eventos entre as partes contratuais.

Desse modo, se as partes decidiram não suportar um custo do qual poderia sair a previsão de uma cláusula contratual específica de proteção, isso pode mesmo significar a assunção de um ou mais riscos; pode significar ainda que a verificação de um determinado evento é capaz de frustrar a perseguição de um propósito traçado, impedindo que a parte que sofre as consequências negativas desse evento possa usufruir de meios para subtrair-se à obrigação que assumiu para com a outra parte contratante.

É importante salientar que a estipulação dos riscos, bem como a sua distribuição entre as partes envolvidas no contrato não excluem a possibilidade de um controle judicial, já que poderá, nesse ínterim, haver um abuso em cláusulas contratuais, uma necessidade de interpretação ou mesmo de integração do contrato por parte do juiz, tendo em vista o preenchimento de possíveis lacunas ou a adoção de princípios.

Assim, leciona Alberto Giampieri:

“A tendência de se repartir o risco em sede contratual pode depender, assim, de uma série de elementos...

... na verdade, é um grande número de contratos a respeito dos quais, por diversos motivos (tais como a pouca sensibilidade dos contratantes, a modesta relevância econômica, a exigência por parte das empresas em regular de modo uniforme as suas relações, a discrepância entre os poderes contratuais, etc.), a distribuição do risco contratual é ou ignorada ou é mesmo voluntariamente destruída (com o fim de reduzir os custos negociais), ou é efetuada de tal maneira a favorecer injustamente uma das partes. Nesse caso, dá-se lugar ao controle judicial.”¹⁶

¹⁶ GIAMPIERI, Alberto. *Rischio ed common law*, p. 597.

Porém, importante frisar que, antes mesmo de o juiz declarar a abusividade e consequente nulidade de cláusulas contratuais que impliquem na transferência dos riscos ou na renúncia antecipada de direito ou obrigação, ou mesmo na restrição de direitos ou obrigações, ele deve ter em conta a natureza do negócio e se é possível, nele, haver ou não a distribuição dos riscos.

Um outro importante ponto que aqui merece destaque e que se apresenta como uma das mais frequentes consequências das disparidades entre os poderes contratuais é a ocorrência de um grau de desequilíbrio de informações entre as partes. E, sabe-se que, na realidade, a averiguação acerca da possibilidade de se assumir ou não um dado risco ocorre a partir das informações disponíveis e conhecidas a respeito do cenário político, comercial e jurídico no qual o contrato irá se desenvolver. Assim, a informação passa a ser peça fundamental na repartição negocial dos riscos, tendo em vista a proteção do equilíbrio contratual das partes, evitando, assim, uma distribuição abusiva dos riscos.

1.2.1 – A administração dos riscos

A administração dos riscos é caracterizada por várias fases, dentre as quais podemos destacar: a) a fase da análise, onde o sujeito tenta identificar os riscos inerentes a uma certa atividade ou a uma decisão; b) a fase da avaliação, já que, uma vez estando os riscos identificados, necessário se faz averiguar a probabilidade que eles venham acontecer no mundo fático e estimar os custos que venham trazer ao negócio; c) a fase de decisão, na qual buscam-se soluções para um determinado risco. Diante disso, ou se decide correr o risco ou tenta-se cobri-lo. Se esta última é a opção escolhida, se faz necessário averiguar quais serão os meios disponíveis que oferecem coberturas e qual desses meios é capaz de trazer mais vantagens ao sujeito responsável pela escolha. Busca-se com isso a obtenção de um método capaz de oferecer uma cobertura suficiente com um menor custo possível.

1.3 – Risco na visão sociológica

Nesse trabalho, quatro autores serão analisados, pois, desenvolvem o conceito de “risco social”, quais sejam: Zygmunt Baú,na. Niklas Luhmann, a quem nas passagens anteriores, fez-se breve referência, Anthony Giddens e, finalmente, Ulrich Beck. Contudo, primeiramente, partir-se-á da análise de Luhmann, para, então, focar o trabalho dos demais autores acima destacados.

Para Luhmann, dentro da sua teoria dos sistemas, os conceitos de risco, contingência perigo são fundamentais para se fazer um confronto sobre os princípios norteadores da Seguridade Social.

Assim sendo, para ele, o risco refere-se à possibilidade de danos futuros decorrentes de decisões particulares, como já adredemente tratado. Essas decisões presentes são capazes de condicionar ou vincular o futuro, de uma forma que não é completamente determinável. Nesse contraponto, o binômio risco/segurança pode ser usado nas ciências exatas, quando se desejar quantificar nos cálculos probabilísticos e atuariais.

Risco também pode ser caracterizado pela conveniência em se decidir de uma dada maneira, ao invés de outra, levando sempre em consideração a possibilidade da ocorrência de conseqüências indesejadas, ou seja, danos futuros. Por isso, é valorado em função da atribuição (pressuposto da observação) dos danos futuros, decorrentes da resolução tomada.

Substituindo o conceito de risco pelo de segurança, e fazendo entre eles um contraponto, pode-se ver que não há segurança para se proteger de danos futuros que decorram de decisões presentes. Na realidade, ela se mostra como a aversão ao risco ou mesmo forma de evitação do perigo.

Uma outra visão do autor procura distinguir risco em sentido estrito de situações como a incerteza e o perigo. Esse é caracterizado por qualquer possibilidade de dano que seja digna de atenção. Diferencia-se do risco, pois, esse só existirá se o dano decorrer de

uma decisão tomada num sistema e que não pode acontecer sem a medição de tal decisão. Daí constata-se que os riscos, na verdade, conduzem a outros riscos posteriores.

A diferenciação entre os conceitos de risco e perigo só seria útil se levasse em consideração o conceito de segurança, que nunca é absoluta, tendo em vista a incerteza constante sobre danos futuros. O risco, portanto, dependerá do modo de observação e não da atribuição de certas características objetivamente presumidas.

Partindo de uma análise sociológica, a avaliação do risco e a predisposição de aceitar danos mudam, caso se considere o risco ou o perigo. Os primeiros são aceitos na hipótese de serem consequências de decisões tomadas pela pessoa que se sujeita aos danos dela decorrentes, mas não à exposição ao perigo resultante do comportamento arriscado de outras pessoas. Vê, pois, que as decisões arriscadas tomadas pelos que estão dispostos a sofrer os danos delas decorrentes constituem perigos para outras pessoas, já que podem estas suportar certas consequências danosas.

Em relação ao perigo, enfrenta-se um grave problema, qual seja: Aqui nesse caso, a parte lesada não dá causa ao dano, o que faz o observador dar um tratamento diferenciado em relação à situação decorrente do risco. Em nenhum desses dois casos, espera-se que exista uma dada cobertura que conceda igualdade social plena na distribuição de ônus e bônus ou vantagens às partes envolvidas. E isso faz com que a lei e a economia sejam necessárias para atuar na regulamentação de mecanismos de compensação. É bom notar que a própria perda também atinge desigualmente as situações envolvidas pelo risco e pelo perigo e, para se suportar as suas consequências, dentro da estrutura social atual, deve-se buscar regras de reciprocidade, auxílio mútuo, compensação de perdas que, no momento da sua ocorrências, eram imprevisíveis.

Contudo, a sociedade de risco descontinua formas tradicionais de reciprocidade, de modo que, na atualidade, ela substitui a fórmula de auxílio-gratidão pela organização do Estado do Bem-Estar Social, de modo que muito mais auxílios são prestados, ante a fase anterior, contudo, com uma diferença, pois, na situação de auxílio organizado não se leva em consideração a solidariedade.

Um outro ponto importante e que merece destaque, diz respeito à informação. Assim, ao se adquirir mais informação, necessariamente, não se diminuirá a incidência de riscos, podendo, na verdade, aumentá-los, já que envolvem-se outros fatores. Nesse aspecto, Luhmann destaca:

“Em todos los ámbitos qual a sociedad intenta controlar mediante el desarrollo de médios de comunicación simbólicamente generalizados, los riesgos aumentan (comparados com los peligros), porque más e más acontecimientos futuros son remetidos a decisiones própias, o por lo menos porque eso es lo que se puede esperar”.¹⁷

Conclui-se com Luhmann que nem mesmo a ciência será capaz de impedir as surpresas que o futuro poderá nos preservar.

1.3.1 – Risco na Sociedade de BECK

Apesar de não contar com o mesmo rigor teórico da obra de Luhmann, Beck construiu os seus conceitos de uma forma mais próxima da realidade. Assim, estabelece que a modernidade surgiu para eliminar as limitações do nascimento e permitir os seres humanos obterem, mediante as suas próprias decisões, um lugar reservado no seio social, não esquecendo, pois, que é na modernidade que aparece, inegavelmente, um perigo do qual não se pode escapar. Esse destino assemelha-se àquele desenvolvido na Idade Média, tendo em vista a presença do medo.

Para o autor, a modernização, entendida como um processo de inovação autónoma, sofre um processo de envelhecimento na sua forma industrial em duas fases: A primeira, a chamada sociedade de risco residual, caracterizada pelo predomínio da auto-identidade da sociedade industrial, sofre os perigos das decisões da sociedade industrial, vez que esta mesma não consegue controlar os perigos produzidos e legitimados. Nessa

¹⁷ LUHMANN, Niklas. La Ciencia de lá sociedad, p. 182.

fase se dará a sobreposição de conflitos (ocasionados em torno dos riscos que constantemente acompanham a produção) sobre a distribuição dos males sociais e de bens sociais.

Na fase de transição entre a sociedade de risco residual para a de risco propriamente dito, se mantêm as relações de propriedade e de poder ou as decisões e atuações da sociedade industrial. Na sociedade de risco, ocorre a transformação em três áreas. A primeira transformação ocorre em razão da relação entre a sociedade industrial moderna e os recursos culturais e naturais. A segunda envolve a relação entre a sociedade e os perigos e problemas que ela mesma produz e que recaem sobre o conceito de segurança. Por fim, com o esgotamento das fontes de significado específicas do grupo da sociedade industrial, passou-se ao processo de individualização, onde o indivíduo, a partir do momento que se encontra liberado da sociedade industrial e incorporado à sociedade global, ele passa a ser dotado como portador de direitos e deveres e sempre sujeito às liberdades arriscadas, sem considerar as suas possíveis consequências.

Beck afirma que os riscos surgem da transformação da incerteza e dos perigos pelas decisões, ou seja, são nada mais que situações danosas produzidas como consequência das decisões. Por isso, no processo de modernização, encontram-se as seguintes características: as ameaças incalculáveis se transformam em riscos calculáveis, a presença de situações de conflito na jovem sociedade industrial burguesa e a presença dos riscos serão visíveis tanto nas situações que envolvam os conflitos sociais quanto nas vicissitudes individuais. Todo esse fenômeno gerará a aparição de sistemas de seguro e de responsabilidade. A cobertura incidirá, apenas, sobre medidas paliativas providentes.

A sociedade industrial poderá, então, calcular e exigir responsabilidades pelas consequências produzidas e ao mesmo tempo, controlar os seus conflitos. Essa sociedade, que, como se viu, é de risco, se manifestará a partir do momento em que os perigos decididos e produzidos pela sociedade tenham capacidade de atingir abruptamente e anular os sistemas de segurança estabelecidos pelo cálculo de riscos existentes no Estado do Bem-Estar. Os seus riscos (nucleares, ecológicos, químicos, de engenharia genética, etc.) não se restringem ao grupo social que lhes deu origem, tanto na esfera temporal quanto espacial, o

que inviabiliza a permissão para exigir responsabilidades pelos danos somente a partir das relações de causalidade, culpa e responsabilidade legais, o que traduz que esses riscos são, na verdade, não asseguráveis ou indenizáveis.

As seguradoras privadas não são capazes de conceder cobertura contra esses riscos, pois, todos os projetos de natureza industrial, técnica e científica caracteriza-se uma grande dose de incerteza que ultrapassa o limite assegurável.

Assim, afirma Beck:

“ Por lo tanto, la sociedad del riesgo está provocando una apuesta obscena, um tipo de inversión irónica de la predestinación: se me piden responsabilidades por decisiones que me v obligado a tomar sin conocer de forma adecuada la situación. La libertad de decisión de la que disfruta el sujeto de la sociedad del riesgo el la “libertad” de alguien a quien se obliga a tomar decisionessin serconsciente de sus consecuencias. Por conseguiente, puede demostrarse que las medidas sociales de organización, principios éticos y legales com la responsabilidad, la culpa y el principio de que “quien contamina paga” (comoem la reclamación por daños y perjuicios), así como los procedimientos políticos de toma de decisiones (como el principio Del gobierno de la mayoría) no son adecuados para captar y/o legitimar los procesos que se han puesto así em marcha. De forma análoga, las categorías y métodos científico- sociales ya no funcionan cuando se enfrentan a la complejidad y ambigüedad del estado de cosas a describir y entender. No se trata únicamente de tomar decisiones, sino, lo que és más importante em vista de las consecuencias impredecibles e inatribuibles de las tecnologías a grans escala, es preciso redefinir las normas y principios para la toma de decisiones, para los âmbitos de aplicación y para la crítica”¹⁸

Os riscos para os que tomam decisão, numa sociedade de risco podem, pois, se transformar em perigos alcançáveis a todos os setores da sociedade, não respeitando os limites jurisdicionais, fronteiras regionais, nacionais, sociais, científicas, etc, o que, inversamente, significa todos serão afetados por estas ameaças, podendo, sobre elas se manifestar.

Ainda afirma Beck que essa mesma sociedade de risco tende, simultaneamente, a ser uma sociedade autocrítica. Todavia, para definir essa sociedade autocrítica,

¹⁸ BECK, Ulrich. La sociedad del riesgo global, p. 123-124.

estabeleceu-se um conceito de modernização reflexiva que conta com dois elementos conceituais, quais sejam: a transição automática da sociedade industrial para a sociedade de risco, que é impulsionada pela indústria e alarmada pelos efeitos dos perigos; e a mobilização social pela consciência geral daquilo que, antes, parecia funcional e racional e que se transformou em irracional por significar uma ameaça para a vida. Portanto, a teoria da sociedade de risco para o autor, nada mais é que uma teoria política do conhecimento da modernidade e que se faz autocrítica. Daí, essa mesma sociedade se percebe como uma sociedade de risco que se critica e se reforma.

Diferentemente, há quem fale em desenvolvimento da sociedade para o risco zero, contrariamente à idéia focada até o momento, que afirma que as tecnologias aumentam os riscos em face do aumento da possibilidade de decisões danosas. Neste enfoque, a posição do Estado consiste em apoiar e regular política e materialmente os progressos tecnológicos, avocando para si um papel crescente em torno das responsabilidades perante a sociedade. Dentro desse enfoque, o progresso tecnológico e suas consequências passaram a ser vistos como bens coletivos e, portanto, as decisões que tenham esse progresso como seu objeto transformaram-se num problema coletivo.

Importante, então, definir que, dentro de toda essa cultura de risco, variadas estratégias poderão ser vislumbradas pelos grupos sociais, de tal maneira que os empresários poderão avaliar os riscos aos quais estão sujeitos através de uma estratégia de custo/benefício, devendo evitar o mais crucial dos riscos: o fracasso no mercado.

Na seara dos movimentos sociais, riscos são quantificados conforme o potencial catastrófico que possam produzir ameaças à qualidade de vida presente e futura da população. Na sociedade industrial avançada, os propósitos de estabelecer padrões para a medição dos riscos, como os cálculos de probabilidade, por exemplo, não lograram êxito. Isso pode ser visto, por exemplo, ao ser analisada a figura do seguro, pois, aqui, quanto maior a situação de perigo, menor será a probabilidade da proteção do seguro, o que faz da sociedade de risco, uma sociedade sem cobertura, mesmo se levarmos em conta a sociedade pautada pelo Bem-Estar Social que tende a oferecer proteção a toda a sociedade. É oportuno perceber aqui que, nos Estados de Bem-Estar mais desenvolvidos, as fontes de

riqueza estão sempre ligadas às forças destrutivas liberadas pelo processo de modernização. Eles podem causar efeitos sistemáticos e muitas vezes irreversíveis. Com o aumento e a repartição dos riscos, surgem cada vez mais situações sociais de perigo, onde fica mais clara a idéia de que, mais cedo ou mais tarde, aqueles que produzem ou se beneficiam das situações de risco poderão ser, por ele, afetados.

A expansão dos riscos não rompe, como se poderia pensar, com a estrutura básica do capitalismo, mas eleva esta estrutura a um novo nível. Isso ocorre, pois, os riscos da modernização são um grande negócio. A sociedade industrial produz com o aproveitamento econômico dos riscos causados pelas situações de perigo tais como o afundamento dos mercados, as desvalorizações de capital, a abertura dos novos mercados, o aumento dos custos de produção. O que se constata, então, diante do que se pôde ver aqui, é que a sociedade de risco nada mais é que uma sociedade catastrófica, onde o estado de exceção ameaça tornar-se o estado de normalidade.

Para Beck, as alterações históricas da sociedade ocorridas na sociedade no final do século XX foram determinadas pela incalculabilidade das decisões de acontecimentos imprevisíveis que provocaram as mais variadas decisões. Assim, com a possibilidade de se trabalhar com perspectivas perigosas de certas catástrofes na sociedade de risco acarretaria uma fonte de segurança e de criatividade, afastando um pouco o fatalismo determinista.

1.3.2 – Risco na visão de Anthony Giddens

Giddens¹⁹ tem uma visão muito mais liberal do que os autores até aqui tratados, pois, na sua visão, os riscos devem ser aceitos e bem-vindos e os indivíduos devem aprender a ser “tomadores de riscos responsáveis”.

Ele destaca o caráter ambivalente da modernidade, em que a segurança acompanha o risco e a confiança aparece como elemento a ele indissociável. Ao fazer uma análise, levando em consideração as posições de Marx e Weber, afirma que os mesmos

¹⁹ GIDDENS, Anthony. *The Third Way*, p. 04-5.

viam a era moderna como uma era de turbulência, porém, tinham crença no predomínio de benefícios decorrentes da era da modernização. Isso fez Giddens constatar que esses autores não conseguiram, na verdade, prever todas as consequências degradantes do trabalho industrial moderno e nem o potencial destrutivo do meio ambiente material em larga escala, fato esse que se demonstrado pela ausência de preocupação ecológica nas tradições do pensamento sociológico. Considera, pois, que grande parte dos riscos sociais atuais, principalmente os interligados ao meio ambiental, não podem ser calculados levando-se em conta experiências passadas. Nessas situações, o que deve ser feito para enfrentar as ameaças que ainda não foram suficientemente conhecidas é adotar o princípio da prevenção que estabelece a necessidade de ação para se evitar a concretização ou o agravamento de situações danosas, mesmo diante de uma incerteza científica.

Nas situações de novo risco em que as evidências científicas são incompletas, os governos, segundo ele, têm que tomar certas decisões que terão consequências obscuras e bastante profundas. Tudo isso porque, na sua opinião, é muito mais oportuno convencer as pessoas a fim de que elas possam alterar o seu comportamento a fim de que possam ainda evitar uma série de perigos.

Assim sendo, afirma:

“Proporcionar segurança aos cidadãos é há muito tempo uma preocupação dos social democratas. O welfare state foi visto como o veículo de tal segurança. Uma das principais lições a extrair das questões ecológicas é que igual atenção precisa ser dada ao risco. A nova proeminência do risco conecta a autonomia individual de um lado, com a influência avassaladora da mudança científica e da tecnologia em outro. O risco chama a atenção para os perigos que enfrentamos – os mais importantes dos quais, nós criamos para nós mesmos-, mas também para as oportunidades que os acompanham. Risco não é somente um fenômeno negativo – algo a ser evitado ou minimizado. Ele é, ao mesmo tempo, o princípio energizador de uma sociedade que se afastou da tradição e da natureza.

E continua...

Oportunidade e inovação constituem o lado positivo do risco. Ninguém pode escapar do risco, é claro, mas há uma diferença básica entre a experiência passiva de risco e a exploração ativa de ambientes de risco. Um compromisso positivo com o risco é um componente necessário de mobilização social e econômica. Alguns riscos nós queremos minimizar tanto quanto possível; outros, como os envolvidos em nossas decisões de

investimento, são uma parte positiva e inevitável de uma economia de mercado bem sucedida.

Risco não é exatamente o mesmo que perigo. Risco se refere a perigos que buscamos ativamente confrontar e avaliar. Numa sociedade como a nossa, orientada para o futuro e saturada de informação, o tema risco une muitas outras áreas da política em outros sentidos inteiramente dissimilares: reforma do welfare state, compromisso com os mercados financeiros mundiais, reações à mudança tecnológica, problemas ecológicos e transformações geopolíticas. Todos precisamos de proteção contra o risco, mas também da capacidade de enfrentar e assumir riscos de uma maneira produtiva.²⁰

Para esse autor, portanto, o risco consiste numa dinâmica mobilizadora, ou seja, um processo contínuo comum a uma sociedade propensa à mudanças e que deseja determinar o seu próprio futuro ao invés de deixá-lo a cargo da religião, tradição ou mesmo da natureza.

Importante mencionar ainda que, em seu pensamento, a idéia de risco é acompanhada pelos sistemas de seguro, não levado em consideração, apenas os pessoais e de natureza comercial, mas ainda, os que, como veremos mais adiante, serão trabalhados pelo welfare state:

Destina-se a proteger contra infortúnios que antes eram tratados como desígnio dos deuses – doença, invalidez, perda do emprego e velhice.

O seguro seria a base a partir da qual as pessoas estão dispostas a assumir riscos. É a base da Seguridade onde o destino foi desalojado por compromisso ativo com o futuro. (...) Os que fornecem seguro, seja na forma do seguro privado ou dos sistemas estatais de seguridade, essencialmente estão apenas redistribuindo risco. (...) O comércio e a transferência do risco não formam um aspecto meramente casual de uma economia capitalista. De fato, o capitalismo é impensável e impraticável sem ele.²¹

Por essa visão, pode-se ver que o Welfare State é muito mais um fundo de riscos do que propriamente de recursos. Porém, este estado não estará instrumentalizado para

²⁰ GIDDENS, Anthony. A Terceira Via, p. 71 e ss.

²¹ GIDDENS, Anthony. A Terceira Via, p.35-36.

oferecer cobertura aos novos riscos, como, por exemplo, os resultantes das mudanças tecnológicas, das exclusões sociais e do crescimento das famílias que hoje, muitas vezes, são monoparentais. O governo deveria, aqui, promover efetivamente a busca pela felicidade, a partir da qual deveriam ser definida a idéia de bem-estar individual e social.

Em sua conclusão, pondera que essa época em que vivemos, não consiste na mais perigosa nem mais arriscadas das épocas, se comparadas às anteriores. O que, efetivamente mudou, foi o equilíbrio entre os riscos e os perigos. Esses, contudo, poderiam ser evitados quando se estabelecessem diálogos públicos entre a mudança tecnológica e as suas consequências. Assim, afirma:

“...O risco sempre precisa ser disciplinado, mas a busca ativa do risco é um elemento essencial de uma economia dinâmica e de uma sociedade inovadora. Viver numa era global significa enfrentar uma diversidade de situações de risco. Com muita frequência podemos precisar ser ousados, e não cautelosos, e apoiar a inovação científica ou outras formas de mudança. Afinal, uma raiz de termo “risk” no original português significa “ousar.”²²

Assim sendo, a solução proposta por Giddens seria a que os sistemas de proteção social deveriam deixar mais de lado os cuidados de caráter preventivo usados para enfrentar o risco e passar a investir na criação de uma série de pactos ou acordos sociais no seio de vários grupos e categorias, a fim de gerar uma proteção igualitária aos mesmos.

²² Ob. cit. p. 44-45.

1.4 – Riscos Sociais

Quando os bens protegidos surgem no mundo da vida e passam a ser considerados de maneira dinâmica, eles geram consequências que passam a afetar a vida e a sobrevivência dos indivíduos que vivem em sociedade. E essas consequências são causadas por situações de vida que geram necessidade de proteção social, cuja expectativa de ocorrência é chamada de risco social.

Para Almansa Pastor:

“ O risco, para a doutrina tradicional do seguro, n/ao é mais que a possibilidade que aconteça um fato futuro, incerto e involuntário que produz dano de avaliação ao segurado. No entanto, deixando agora de um lado as notas de evento e dano, os traços próprios do risco em sentido estrito são a futuridade e a incerteza, que lhe configuram como risco-possibilidade. A) A futuridade implica que o risco como objeto da relação jurídica de seguro social só é válido quando o fato previsto não seja pretérito nem passado, mas que esteja por acontecer (posição e ante da relação); B) A incerteza implica o desconhecimento de si que no fato se produzirá, em sentido absoluto, *incertur na et quando* (acidente, enfermidade, etc.) e em sentido relativo, *incertud na* (velhice) ou *incertur quando* (morte).”²³ (Tradução livre)

Assim, o risco social é visto como o perigo, a expectativa de ocorrência de situação de vida que gerem necessidade de proteção social. Reflete-se, primeiramente, no segurado, que sofre as consequências negativas em seu patrimônio, a partir do momento que é atingido por um evento aleatório que venha acarretar desequilíbrio econômico em razão da impossibilidade de exercer uma atividade laborativa que lhe venha assegurar uma vida digna. Essa noção de perigo é relevante como um fato social, pois a sua repercussão traz várias consequências que passam a ser compartilhadas, também, pela sociedade como um todo e não apenas por um ou alguns indivíduos.

Nesse ponto, pondera Armando de Oliveira Assis:

²³ PASTOR, José m. Almansa. Derecho de la Seguridad Social, p.220.

“...a nova concepção de risco social como propomos, a noção fundamental será a de que o perigo que ameaça o indivíduo se transfere para a sociedade, ou por outra, se ameaça uma das partes componentes do todo, fatalmente ameaçará a própria coletividade, o que faz com que as necessidades daí surgidas, além e acima de serem apenas do indivíduo, se tornem igualmente necessidades da sociedade. De tal forma que nos patenteia esse fato, que nos chega a parecer mais apropriado designar o perigo potencial de “necessidade social”, ao invés de “risco social”.²⁴

Se, pois, vários indivíduos em situação de exposição aos riscos sofrem o mesmo infortúnio, provavelmente, os efeitos dessa ocorrência e a amplitude das suas consequências repercutirão solidariamente entre os indivíduos da sociedade, podendo pôr em cheque a ordem social, desestruturando o equilíbrio social.

Afirma Armando de Oliveira Assis:

“Se, pois, o que atinge a sociedade atinge também o indivíduo, e se o que prejudica o indivíduo se reflete na sociedade, esta não poderá deixar de se ressentir, de ser perturbada na sua integridade quando qualquer de seus membros sofrer o ataque de uma dessas contingências da vida humana. Quando menos, o infortúnio dos indivíduos causará enfraquecimento na sociedade. Por isso, deve esta velar pela segurança de seus componentes e satisfazer às suas necessidades eventuais, e por duas razões: 1ª como um gesto de auto-sobrevivência e; 2ª pelos deveres precípuos que lhe tocam”²⁵

Numa sociedade dinâmica, o risco não pode ser visto como algo estático, limitado e inerte às dimensões de tempo e espaço, mas, deve ser algo dinâmico e mutável, tendo em vista a própria realidade social que irá suportar as contingências ameaçadoras de bens protegidos pela sociedade.

Ainda, segundo Armando de Oliveira Assis:

²⁴ ASSIS, Armando de Oliveira. Em busca de uma concepção moderna de risco social, p.28.

²⁵ ASSIS, Armando de Oliveira. Op, cit.,; p. 28.

“... o risco social assim considerado não é nenhum estalão que se aplique indiscriminadamente a qualquer comunidade; pelo contrário, ele se mimetiza ao ambiente em que for introduzido. Essa adaptabilidade é, aliás, um dos característicos marcantes dos que ornaram o conceito teórico em estudo. A dimensão do risco social variará, assim, segundo as circunstâncias de tempo e espaço, e conservando todas as qualidades específicas. Ele se contrairá ou expandirá de acordo com o nível cultural da comunidade a que se destine, acompanhará a média de bem-estar nacional, e, sobretudo, assumirá o porte que permitir a pujança da economia que lhe servir de base”²⁶

Importante ponderação é trazida por Almansa Pastor:

“A noção genérica de risco já foi precisada pelo Direito do Seguro, de onde se considera como todo acontecimento futuro e incerto, cuja atualização não depende exclusivamente da vontade do segurado. O risco é um acontecimento de infortúnio na maior parte das vezes: a enfermidade, a morte (se se trata de um risco que afete a pessoa segurada), o incêndio (se se trata de um bem material)...Nesses casos adota o nome de sinistro. Porém, o qualificativo do risco também pode se aplicar a acontecimentos afortunados: A superveniência do segurado, nos casos de seguro de vida, o matrimônio, o nascimento de um filho, e nos seguros nupciais ou de natalidade...” (Tradução livre).

Como consequência direta da ocorrência no mundo real dos riscos sociais, nasce a expressão denominada cobertura, que se apresenta como um fenômeno de proteção voltado às situações que gerem os riscos sociais, ou seja, situações de vida suportadas pelo indivíduo e que pedem proteção. Cobertura é, portanto, uma manifestação própria da Seguridade Social, pois, é oferecida diretamente por esta, que concede os instrumentos de proteção social necessários para prevenir ou remediar as situações de risco social que porventura venham ocorrer no mundo fático, gerando instabilidade e insegurança sociais.

Assim, para Ilídio das Neves, o risco social consiste num evento que pode ser natural ou provocado pelo ser humano e em alguns aspectos se identifica com os riscos

²⁶ ob. cit., p. 30.

cobertos pelo sistema de seguridade social, “traduzindo-se na previsibilidade de um evento, ou seja, um acontecimento natural ou humano”.²⁷

Para Feijó Coimbra:

“Sempre houve a consciência de riscos, de cuja verificação (os sinistros) adviriam, provavelmente, os danos, a que cumpria dar reparação. Mas o que se perseguia era que, o dano, a necessidade não viesse a imperar na vida do cidadão, reduzindo-o à miséria. Esses aspectos (risco, sinistro, dano, reparação, necessidade) influíram na elaboração das leis de proteção social, recebendo aqui e acolá a influência de instituições pertinentes a outros ramos do direito.”²⁸

Destina-se a cobertura, por ser específica, a certos sujeitos individualmente considerados que se apresentem em situações de risco. Daí, o que se percebe é que, diante de determinada situação de necessidade, benefícios e serviços são concedidos com o propósito de minimizar as necessidades sociais suportadas.

Falando em necessidades sociais suportadas, mais claramente, foi ainda em decorrência da situação de vulnerabilidade da classe proletária que se implantou obrigatoriamente, um seguro social obrigatório, visando uma proteção coletiva. Isso porque ela era uma classe dotada de incapacidade financeira e que, por isso, na medida que passassem a sofrer as circunstâncias devastadoras dos riscos, não teriam como suportar as suas graves e drásticas consequências.

Mas, seria incorreto estender a proteção apenas à classe proletária, pois, segundo a visão atual, de acordo com o caráter universalizador da proteção, qualquer indivíduo, independentemente de ser trabalhador ou não, está sujeito diuturnamente, aos riscos sociais; sem falar, é claro, que os seus efeitos se irradiam e extrapolam por toda a sociedade.

²⁷ NEVES, Ilídio. Op. Cit., p. 272.

²⁸ COIMBRA, Feijó. Direito Previdenciário Brasileiro, p. 31-32.

Um caráter mais conceitual informa que o “risco” representa, como já foi dito, um evento juridicamente previsto ou previsível como possível e incerto, potencialmente prejudicial à sociedade, pois, gera necessidade. É um evento futuro, incerto quanto à sua ocorrência e não voluntário, pois, não pode ser produzido de modo intencional. Quando acontecer, todavia, deve o atingido receber a proteção e a sociedade também.

Para Ilídio das Neves:

“ No sistema de segurança social em sentido estrito (regimes) os riscos sociais são acontecimentos danosos fundamentalmente exteriores às pessoas (doença, velhice, desemprego, incapacidade laboral, morte, etc.), ocorrências naturais ou sociais que atingem, as agride, de fora para dentro, na sua estabilidade econômica e social. Pelo contrário, na ação social, os riscos representam, antes de tudo, uma incapacidade ou uma indisponibilidade das famílias ou uma falta das estruturas familiares para assegurarem normalmente os apoios indispensáveis às crianças, aos jovens, aos idosos e aos deficientes”²⁹

Paul Duran classifica os riscos inerentes à vida social, levando-se em consideração cinco grandes grupos: os riscos provenientes do meio físico (fenômenos meteorológicos, geológicos, etc.); os provenientes do meio social (risco de guerra, risco político, risco de desigualdades sociais, etc.), riscos ligados à organização de grupos familiares (problemas que atingem os encargos familiares, por exemplo); riscos fisiológicos (velhice, doença, invalidez e morte) e, finalmente, os riscos da vida profissional (insegurança no emprego, doença ocupacional, acidente de trabalho, etc.)³⁰.

Importante salientar que a noção de risco não está intimamente ligada à noção de dano, como até se pode pensar, pois, em algumas situações, ele representará apenas uma necessidade. Tanto é assim que alguns autores preferem utilizar o termo “contingência” a “risco”, pois, a idéia de dano está intrinsecamente ligada à de risco; o que não ocorre em certas situações como a maternidade, por exemplo, onde surge apenas uma necessidade de amparo para a mulher e a criança.

²⁹ NEVES, Ilídio das. Direito da Segurança Social – Princípios Fundamentais numa análise prospectiva, p. 27.

³⁰ DURAND, Paul. La Política contemporánea de Seguridad Social, p.57-58.

No Brasil, a doutrina elenca os riscos classificando-os da seguinte forma: os riscos que aumentam a necessidade (como os encargos familiares); os riscos que atingem a saúde do trabalhador (doença, invalidez, idade avançada); riscos que atingem diretamente os dependentes do segurado (morte, reclusão).

Uma outra classificação mais precisa descreve os seguintes riscos: os riscos por desgaste físico ou psicológico (que geram as aposentadorias por idade, por tempo de contribuição e especial); riscos por necessidade de complementação da renda familiar devido à sua condição de baixa renda; os riscos de proteção familiar (que conferem o salário-maternidade, pensão por morte e auxílio-reclusão) e por fim, os riscos por incapacidade laborativa (como a aposentadoria por invalidez, o auxílio-doença e o auxílio-acidente).

1.5- Risco no Direito de Seguros

Nem nesse ramo do Direito Privado, o conceito de risco é plenamente definido. Como afirma Vera Helena de Mello Franco, o seguro se distingue dos demais contratos comerciais por ser um contrato realizado em massa, não existe como operação de prevenção de riscos sem a presença da mutualidade³¹. A mesma constata que o contrato de seguro se apóia num duplo alicerce, ou seja, na idéia da boa-fé e na de solidariedade.

Os principais conceitos que norteiam o tema estão alicerçados nas idéias de risco, dano, interesse, sinistro, prêmio, indenização e prestação.

Na idéia de Fábio Konder Comparato³², o conceito técnico de risco, em matéria de seguros, não diverge do conceito geral que o termo possui no Direito. Dessa forma, pode ser definido como “a possibilidade de um evento desvantajoso para o segurado ou os seus beneficiários”³³

³¹ FRANCO, Vera Helena de Mello. Lições de Direito Securitário: Seguros Terrestres e Privados, p.29.

³² COMPARATO, Fábio Konder. O Seguro de Crédito: Estudo Jurídico, p. 40-41.

³³ Idem.

O risco é, pois, antes de tudo, uma “possibilidade, ou seja, ele deve referir-se a um evento de realização incerta. (...) Em segundo lugar, o risco segurável refere-se a um evento desvantajoso para os seus beneficiários”.³⁴

1.6- Os riscos sociais e Seguridade Social

Para Almansa Pastor, o início do sistema de amparo social deu-se em função do desenvolvimento industrial e do maquinismo, fruto do progresso da técnica, que propiciou uma onda gigantesca de acidentes na execução do trabalho, constituindo-se no motor que colocou em marcha a intervenção estatal.

Por isso, as primeiras medidas de caráter protecionista desse sistema vieram amparar o obreiro que se encontrava bastante desprotegido até então, bem como o avanço da industrialização que passava a interferir de forma significativa na qualidade de vida do trabalhador e nas condições cada vez mais precárias em que a sua profissão era desenvolvida.

Diante de tais dados, ficou bastante clara a necessidade de haver uma interferência estatal para que fosse, até mesmo viável, a própria sobrevivência da classe operária. Daí por diante, o que se viu foi um avanço jurídico no sentido da crescente necessidade de elaboração de normas com conteúdo focado nas relações laborais.

A Seguridade Social é fundamentada num dever da sociedade organizada de garantir a todos os indivíduos a proteção de sua saúde e mecanismos de sobrevivência suficientes quando não possam exercer seu trabalho.

A Oficina Internacional do Trabalho, explicando o sentido de Seguridade Social, estabeleceu que esta era voltada para a proteção que a sociedade forneceria aos seus membros mediante uma série de medidas públicas, contra privações econômicas e sociais que derivariam do desaparecimento ou de uma forte redução de seus ingressos como

³⁴ Idem.

conseqüências de enfermidade, maternidade, acidente de trabalho ou enfermidade profissional, desemprego, invalidez, velhice, morte e também a proteção em forma de assistência médica e de ajuda a famílias com filhos.³⁵

A preocupação intensa com os riscos sociais começou, efetivamente, na segunda metade do século XX e se solidificou no século XX, seja devido ao advento das grandes guerras, ao envelhecimento da população, e, principalmente às condições precárias de trabalho.

O conteúdo original da noção de Seguridade Social, posto que inicialmente se confundia com a idéia preliminar de previdência social, diferentemente, pode ser definido com precisão e resume-se em todos os riscos que podem verdadeiramente obrigar um trabalhador a cessar o seu trabalho de maneira temporária ou definitiva.

Num primeiro momento, a Seguridade nasceu como um segmento da legislação trabalhista e previdenciária, amparando, nesta etapa, apenas os trabalhadores que estavam alocados nas indústrias. Contudo, na atualidade, essa não é mais a noção adequada, pois, agora se deve entender a seguridade social como um sistema voltado não só a oferecer cobertura a todos os trabalhadores e não apenas àqueles que ficavam adstritos à atividade industrial, como também aos que se encontram em uma situação de dependência econômica, e que são socialmente fracas para procurar por si próprias as garantias contra os riscos que podem afetá-las de maneira contundente.

Em razão disso, urge a necessidade de promover uma organização que garanta meios de vida indispensáveis e forneça aos indivíduos em geral, a possibilidade de auferir recursos em caso de sinistro, da mesma forma que alcançaria caso estivessem desenvolvendo o seu trabalho. O que se busca com isso, portanto, é uma sociedade justa e equilibrada e empenhada na prevenção dos riscos sociais.

A mais basilar das práticas securitárias consiste na indenização da vítima, pois, por muito tempo foi o método mais eficaz de socorro que se tornava indispensável à

³⁵ Tradução Livre – *Introducción a la Seguridad Social*, p.3, apud Mirian Vasconcelos Fiaux Horvath, *Auxílio Reclusão*, p.22.

sobrevivência do indivíduo. Contudo, o ideal seria implantar uma política social mais justa, e não voltada exclusivamente a remediar os riscos, mas, prioritariamente, preveni-los. Um outro aspecto também deve merecer destaque, qual seja, a sociedade deveria voltar-se para a importância da implementação de um espírito solidário que fosse capaz de propiciar uma estabilidade econômica e social sempre almejada pelas populações.

Por isso, a idéia de solidariedade, que é própria do sistema de seguridade, vai se solidificando ao longo do tempo, já que, a partir de então, são chamados a responder pelo risco e pela proteção dos necessitados, todos os indivíduos que integram a sociedade. Sendo assim, o cidadão, como tal, passa a ter direito a um mínimo necessário à manutenção da sua condição humana, a partir do momento que passa a não mais ter condições de prover, por si só, o seu sustento. E, para isso, todos serão chamados a prestar assistência, concedendo aos necessitados, prestações mínimas que garantam o bem-estar de toda a sociedade, mediante a justa e prudente repartição de rendas.

Ratificando esse pensamento, leciona Raymundo Cerqueira Ally:

“Inicialmente, os homens associaram-se na busca da proteção mutua contra elementos agressores da natureza ou contra outros grupos antagônicos. Movia-os o principio da solidariedade: todos por um e um por todos. Este é o princípio basilar sobre o qual se erguem os regimes de cobertura das contingências sociais (fome, doença, velhice, cargas familiares, morte, etc.).”³⁶

Houve ao longo do tempo, também, uma mudança do papel do Estado. Ele também passou a não mais ser um Estado expectador, um Estado polícia, mas um Estado voltado a intervir de modo a conceder meios básicos que garantissem a sobrevivência digna dos seus membros diante do advento do fenômeno denominado “risco social”. Instituiu-se, portanto, um Estado do Bem-Estar Social.

De acordo com Maria Sylvia Zanella de Pietro, o Estado do Bem-Estar constitui-se em:

³⁶ ALLY, Raimundo Cerqueira. *Normas Previdenciárias no Direito do Trabalho*, p. 17.

“...um Estado mais atuante; ele não se limita a manter a ordem pública, mas desenvolve inúmeras atividades na área de saúde, educação, assistência e previdência social, cultura, sempre com o objetivo de promover o bem-estar coletivo. Nesse caso, o Direito Administrativo amplia o seu conteúdo, porque cresce a máquina estatal e o campo de incidência da burocracia administrativa. O próprio conceito de serviço público amplia-se, pois o Estado assume e submete a regime jurídico publicístico atividades antes reservadas aos particulares.

...

Além disso, a substituição do Estado Liberal, baseado na liberdade de iniciativa, pelo Estado Providência ampliou, em muito, a atuação estatal no domínio econômico, criando novos instrumentos de ação do poder público, quer para disciplinar e fiscalizar a iniciativa privada, com base no poder de polícia do Estado, quer para exercer atividade econômica, diretamente, na qualidade de empresário.”³⁷

A Seguridade, portanto, numa forma que o Estado tem de assegurar os meios preventivos ou compensatórios para garantir uma renda-base a todos os cidadãos. Será ele um mecanismo pelo qual o Estado lançará mão para fazer honrar o compromisso que firmara com os integrantes de uma determinada sociedade.

Sendo assim, um governo que seja providente e preocupado com o bem-estar de toda a sociedade, e que busque suavizar os desequilíbrios sociais, propiciará, através de uma política intervencionista, o amparo aos seus membros para que eles não fiquem abandonados diante dos desígnios comuns à própria existência humana.

Por tudo o que foi exposto, constata-se que o Estado do Bem-Estar cuidará adequadamente para que o atendimento das necessidades da coletividade, com um maior ou menor grau de alcance e de acordo com a sua generosidade, o que corresponderá, portanto, à exata medida da evolução histórico-jurídica experimentada até então. Somente dessa maneira é que se poderá pôr em prática os objetivos solidários almejados pelo Sistema que visa, verdadeiramente, o bem-estar da coletividade.

No Brasil, o conceito de seguridade social somente veio a fazer parte do ordenamento jurídico pátrio, em 1988, com a Constituição Federal. A partir daí foram

³⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. Direito Administrativo, p. 25.

todos os indivíduos da sociedade protegidos por normas de previdência social e não apenas aqueles que exerciam qualquer atividade laborativa. Bastava se encontrar em situação de necessidade. Ela tem como base o primado do trabalho e seu objetivo é voltado ao bem-estar e justiça sociais, garantindo a todos, através de um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, a garantia dos direitos relativos à saúde, previdência e assistência social. É, pois, um verdadeiro instrumento de política social tendente a garantir um equilibrado desenvolvimento sócio-econômico e uma distribuição eqüitativa de renda nacional³⁸.

Deve, por isso, velar pela redução das desigualdades sociais e econômicas, visando a universalização das suas prestações, tendo em vista a necessidade de cada um, conforme a idéia de seletividade, almejando alcançar a verdadeira justiça social.

1.7 – Breve esboço histórico da Seguridade Social

Há várias justificativas que explicam a existência do Estado de Bem-Estar Social. Mas a idéia de proteção social passou a existir no seio da sociedade, desde a Antiguidade Clássica. Vem desde essa época a necessidade humana de prestar a proteção social aos indivíduos. A história registra que no Antigo Oriente surgiram as primeiras medidas de proteção aos necessitados, com finalidades religiosas, econômicas e profissionais. No século II a.C., o Código de Hamurabi na Babilônia e o Código de Manu na Índia já continham preceitos de proteção aos trabalhadores e pessoas carentes.

Na Grécia Antiga, a proteção aos necessitados teve até objetivos políticos. Já em Roma, as leis determinavam que os auxílios deveriam ser prestados na forma de alimentos e dinheiro. O *pater-familias* ficava com a obrigação de prestar assistência aos seus servos em caso de doença. Mas, apesar de todo esse ideário de solidariedade já presente na sociedade, foi mesmo a partir do Cristianismo que a bandeira da caridade

³⁸ HORVATH, Mirian V. F. *Auxílio Reclusão*, p. 25.

passou a deflagrar. Asilos e ordens religiosas passaram a prestar auxílio permanente aos que se encontravam em situação de necessidade³⁹.

Tradicionalmente, a proteção aos indivíduos se manifestou, através da criação das associações de trabalhadores, a maioria deles artesãos que passaram a ocupar os centros urbanos e a desenvolver atividades voltadas ao cumprimento de objetivos sociais. Eles eram organizados em verdadeiras associações de proteção e auxílio mútuo. Existiam também as corporações de ofício, que eram responsáveis por agrupar membros que exerciam uma mesma profissão. Tais corporações tinham por finalidade regular as condições de trabalho e impor preços nos mercados, repudiando a concorrência estrangeira. Essas corporações foram criadas no século XII na França, Itália, Alemanha, Espanha e Inglaterra, passando, portanto, a fazer parte da realidade européia.

Contudo, essa forma de proteção estava longe de alcançar a formação de um sistema baseado na solidariedade e endereçado a toda a população e não apenas a uma classe de trabalhadores setorizada ou uma profissão. Essas formas de amparo enfrentaram vários obstáculos, pois, ali não havia firmada a consciência do cidadão a respeito da importância da criação de um sistema respaldado em normas jurídicas que garantissem direitos individualmente.

Desde 1601, na Inglaterra, começaram a aparecer os primeiros sinais, voltados à proteção do indivíduo pertencente ao seio social. Exemplo disso é a Lei dos Pobres (*Poor Relief Act*), datada de 1601, que foi a primeira expressão de assistência social surgida até então e que se preocupava em regulamentar “a instituição de auxílios e socorros públicos aos necessitados”⁴⁰. Essa lei determinou que fosse da comunidade a responsabilidade em prestar a assistência pública. Foi a partir daqui que passou a tomar pulso a idéia da necessidade de se estabelecer uma contribuição em caráter obrigatório.

Os particulares tinham total liberdade na gestão de seus interesses, o que, indiretamente, favorecia na proteção e amparo ao bem comum, pois, viabilizava a realização dos interesses coletivos. O Estado de então, apenas deveria se preocupar em

³⁹ TAVARES, Marcelo Leonardo. *Direito Previdenciário*, p. 20.

⁴⁰ TAVARES, Marcelo Leonardo. *Direito Previdenciário*, p. 21.

garantir aos cidadãos meios para que os mesmos gerissem os seus negócios e interesses privados, não sendo viável a sua intervenção na economia implementada.

O que se vê aqui, na verdade, é a tímida ou quase inexistente presença do Estado na vida da sociedade, já que, como vimos, cabia ao indivíduo a ampla liberdade de reger-se exclusivamente em consonância com a sua vontade. Isso porque, tinha-se a idéia de que o bem-estar da coletividade só seria alcançado mediante a menor ingerência possível por parte do ente estatal.

Foi diante dessa realidade fática, no anseio da ampla liberdade que, em 1789 eclodiu a Revolução Francesa. Sobre ela, leciona Feijó Coimbra:

Reconhecido que a livre concorrência nem sempre harmoniza os interesses do conflito, colocando-os em posições inevitáveis de antagonismo e ameaçando a liberdade do cidadão situado em inferioridade, na escala de fortuna, o Estado passou a intervir, corrigindo os excessos e distorções que valiam, afinal, por evidentes, contradições com os postulados fundamentais da Revolução de 1789: Liberdade, Igualdade e Fraternidade. Receptiva tornava-se a consciência da coletividade à idéia de que o bem comum é o fim do Estado, cabendo a este disciplinar os interesses individuais, conciliando-os com os da sociedade. A ação dos governos já não se limitaria, portanto, à garantia dos direitos civis e políticos, à ordem interna e à defesa do País, na esfera internacional, devendo voltar-se para a proteção de outros direitos denominados então sociais e econômicos⁴¹.

Surge também, nessa época, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão que foi adotada pela Assembléia Nacional Constituinte Francesa em 1789, servindo de base para a elaboração do texto constitucional de 1791 e influenciou todo o pensamento político, moral e social reinante no século XVIII. Pregava a libertação do homem que, até então, sentia-se esmagado pelas regras do absolutismo, próprias do regime feudal. O que se via até então era uma luta constante entre a liberdade e a autoridade, onde a primeira passava a se sobrepor, pois que surgia ali uma classe burguesa que necessitava de liberdade para a realização dos seus negócios, o que freava o absolutismo dos monarcas da época.

⁴¹ COIMBRA, J. R. Feijó. *Direito Previdenciário Brasileiro*, p. 07.

A burguesia passou de classe dominada para classe dominante, passando a controlar não só a esfera econômica, como também a esfera política e social, pregando ideais de liberdade. Todavia, o que se viu, na verdade, foi o surgimento de uma verdadeira esteira de desigualdades não só no campo social, como também no político e econômico, fato que oprimia a maior parte da população que era composta por pobres.

Por isso, constatou-se que a liberdade ampla e irrestrita concedida aos indivíduos, reflexo das idéias da Revolução Francesa, não seria, verdadeiramente, o caminho para se alcançar o tão almejado bem-estar e justiça sociais.

Contudo, foi o século XIX que trouxe grandes mudanças nesse cenário, já que era latente o desenvolvimento dos grupos capitalistas e da concentração de riqueza nas mãos de uma minoria, que, de forma não inadequada, acabava por gerar uma indesejável exploração das classes menos favorecidas.

Essa fase é decorrente da Revolução Industrial, e foi a partir desse momento que se tornou necessária a proteção social aos economicamente mais fracos que, em virtude do espantoso desenvolvimento econômico, passou a ser a classe mais oprimida. Os trabalhadores viviam em situação de plena miséria e desconforto, crianças com menos de seis anos de idade também passaram a participar do processo produtivo, o que expressava a opressão sofrida pela classe economicamente débil, frente aos detentores do poderio econômico. Esse era o reflexo do estado liberal, que pregava a ampla liberdade individual, ao invés de promover a intervenção do Estado na ordem econômica e social.

O aparecimento da miséria nas grandes cidades desencadeou a formação das instituições de caridade e assistência social, iniciando as providências das instituições públicas em âmbito municipal. A poupança individual também era uma forma de proteção encontrada pelos indivíduos, que poderiam estar em situação de risco, contudo, os verdadeiramente mais carentes e necessitados, não auferiam de qualquer proteção.

Outra preocupação da época se dava em razão do número cada vez mais crescente dos acidentes de trabalho. Procurava-se, então, transferir o ônus da indenização do acidente para o empregador. Assim, havendo falha do empregado, a responsabilização

pela reparação seria sua. Com isso, quebrava-se a idéia de responsabilidade compartilhada entre o trabalhador e a empresa, em se tratando dos acidentes de trabalho, que, por se tornarem tão numerosos, ocasionaram graves conseqüências sociais.

Em 1898, foi editada a primeira lei versando sobre os acidentes de trabalho, vez que, urge a necessidade de se aperfeiçoar o princípio da responsabilidade do empregador. A Teoria do Risco Contratual foi utilizada na época para fundamentar a responsabilidade do empregador de indenizar o acidente sofrido pelo empregado, apenas em caso de infortúnio.

Tudo isso, na verdade, foi só o início de uma estratégia que faria eclodir uma nova concepção de direitos sociais que optava por adotar a prática do solidarismo, do socialismo estatal, da doutrina social da igreja, todas elas voltadas à promoção e o desenvolvimento da personalidade humana, mediante um nível de vida que concedesse a cada indivíduo inserto num grupo social, o mínimo necessário para a promoção da sua subsistência, em amparo aos padrões mínimos de dignidade.

Foi nessa época que também foi publicada a Encíclica *Rerum Novarum* pelo Papa Leão XIII, marcando o ponto culminante da participação da igreja na tentativa de solucionar a questão social. Essa Encíclica condenava totalmente a realidade econômica instaurada, que concentrava a riqueza e o poder nas mãos de uma pequeníssima parcela da população. Buscava, todavia, consagrar o dever do Estado relativamente à proteção dos direitos dos cidadãos de uma forma geral, sobretudo aqueles que se encontravam em situação de necessidade, promovendo um grande progresso social.

Assim dispunha a Encíclica:

Assim como por todos estes meios o Estado pode tornar-se útil às diversas classes, pode igualmente melhorar muitíssimo a sorte da classe operária e isto em todo o rigor do seu direito e sem ter a temer a censura de ingerência indébita, pois que, em virtude mesmo do seu ofício, o Estado deve servir o interesse comum. E é evidente que, quanto mais se multiplicarem as vantagens resultantes desta ação de ordem geral, tanto menos necessidade haverá de recorrer a outros expedientes para remediar a condição dos trabalhadores⁴².

⁴² Leão XIII: encíclica *Rerum Novarum*, n. 26, Acción Católica Española, Colección de Encíclicas y Cartas Pontificias, 1946, p. 434, apud Simões, *Princípios*, cit., p. 83.

É bom frisar, porém, que a necessidade de formação de um Estado Social passa a ser latente a partir do momento que a maior parte da população, constituída por não-proprietários passa a sentir que não é hábil para, sozinha, alcançar a tão almejada felicidade. Foi dessa forma que se passou a se antever a previdência social como sendo um dos principais e mais eficazes instrumentos para a formação de um relacionamento social mais humano e justo.

João XXIII, na *Matter et Magistra* suscitava:

[...] os sistemas de seguros sociais e de previdência social podem contribuir eficazmente para a distribuição de rendimento total de um país, segundo critérios de justiça e de igualdade, e podem, portanto, considerar-se como instrumento para reduzir os desequilíbrios dos níveis de vida entre as várias categorias de cidadãos.

João Paulo II, na mais recente Encíclica *Laborem Exercens* classificava o trabalho humano como sendo a “chave de toda a questão social” e dispunha ainda que para realizar a justiça social seria preciso que houvesse, cada vez mais, movimentos de solidariedade⁴³.

Assim sendo, o final do século XIX e o início do século XX foram marcados por uma significativa mudança nesse cenário, onde o Estado passou a ser dotado de competências que o legitimavam a interferir tanto nas esferas econômica, política, como também, e, principalmente, na social.

Daí em diante, o que se vê, é a formação de um Estado intervencionista e não mais, apenas um mero expectador, passando a promover e fomentar políticas econômicas e sociais de grande vulto. Além disso, passou a se tornar também um Estado Social, tendo finalidade própria distinta da dos indivíduos que a compunham, responsabilizando-se por conceder prestações positivas que eram reclamadas pela sociedade⁴⁴.

Assinala, nesse aspecto, Marcel Cordeiro⁴⁵, citando Ilídio das Neves:

⁴³ ALLY, Raimundo Cerqueira. *Normas Previdenciárias no Direito do Trabalho*, p. 19.

⁴⁴ CORDEIRO, Marcel. *O custeio previdenciário na área rural*, p. 15.

⁴⁵ CORDEIRO, Marcel. *O custeio previdenciário na área rural*, p.17.

Destarte, durante a transição do Estado intervencionista para o Estado Social, já era possível perceber que a proteção social, na figura dos seguros sociais, começava a ganhar suas raízes. Ocorria na Alemanha, nos últimos vinte anos do século XIX a primeira iniciativa – sistematizada e organizada – de proteção social obrigatória e garantida pelo Estado ainda que dirigida apenas a determinados grupos de trabalhadores. Essa medida que deu início aos modernos sistemas de previdência e Seguridade Social, partiu da idéia de uma nova responsabilidade do Estado para além da tradicional atuação em matéria de assistência social, vislumbrando a promoção e a garantia da proteção social mediante a utilização de novas técnicas.

Assim, foi na Alemanha, como dito alhures, que surgiu um importante precedente do “*Welfare State*”, a partir da edição de uma inovadora legislação social. Foi nessa época que Otto Von Bismarck pôs em prática um grande projeto de proteção social, que resguardava os trabalhadores da indústria, custeado pela tríplice participação dos trabalhadores, das empresas e do Estado. Eram concedidos seguros contra doenças, invalidez e velhice. Esses seguros, contudo, protegiam os operários da indústria e do comércio, já que eles eram os responsáveis pelo exercício das atividades de maior importância até então.

Mas, o que houve de mais importante, foi, na verdade, a influência da iniciativa alemã e do modelo bismarckiano na construção de um novo modelo de ordenamento jurídico na área social, que viria a ser chamado de direito da Seguridade Social. Isso se manifesta, pois, foi em 1911, na Alemanha que surgiu o primeiro código de seguros sociais. Todavia, os problemas sociais não acabariam por aí. A situação de desigualdade e instabilidade social viria a piorar com o advento da I Guerra Mundial. Foi aqui que a questão social passou a ser fortemente sentida em todo o mundo, fato que exigiria, de imediato, alteração em todo contexto ideológico e jurídico da época.

Foi exatamente nesse período que se passou a vislumbrar uma grande evolução consubstanciada na ruptura das formas de beneficência iniciais que eram típicas do Estado Liberal do século XIX, por direitos que passaram a ser expressos em leis. E foi nesse contexto que passaram a surgir as novas constituições que traziam normas de conteúdo programático, que, na maioria das vezes, versavam sobre a forma de intervenção do Estado no domínio econômico. A partir daí, mundialmente, passaram a ser editadas constituições sociais a exemplo da Mexicana e *Weimar*, que retratavam fielmente o surgimento do constitucionalismo social.

A primeira delas, datada de 1917, inovava em sua construção, por inserir em seu corpo, esses novos direitos sociais que passaram a existir. A segunda, respectivamente, surgida logo após o final da I Guerra Mundial, em 1919, foi responsável por influenciar o constitucionalismo mundial, na busca da proteção pelos direitos sociais.

Daí podemos constatar que foi após a I Guerra que passamos a vislumbrar um Estado Social de Direito, até então, não existente, que se preocupava com a execução de tarefas sociais, em lugar da sociedade ou juntamente com ela. Foi dessa maneira que se passou a construir, após o primeiro pós-guerra, um conjunto numeroso de constituições políticas, jurídicas, mas, sobretudo, sociais.

O advento da II Guerra Mundial também reforçou a necessidade da intervenção estatal na ordem econômica e social, exigindo do Estado a criação de instrumentos jurídicos hábeis a promover a proteção reclamada. Pregava-se, pois, a necessidade de reforma no ordenamento jurídico existente, como forma de solução aos novos problemas de cunho social e econômico que se expressaram na realidade social.

Em 1941, em meio a Segunda Guerra Mundial, o presidente dos Estados Unidos, Roosevelt, e o primeiro ministro britânico, Winston Churchill, firmaram a Carta do Atlântico que era formada por uma série de declarações, dentre as quais se acenou para a segurança nacional e a garantia de os homens viverem livres do medo e da necessidade. A plataforma da política de Roosevelt advogava a cobertura do desemprego e da velhice por meio de leis dos Estados. Propunha-se a contribuição do empregado, do empregador e do próprio governo. O Governo Federal assumiria a obrigação de prover os cidadãos de proteção contra as vicissitudes da vida⁴⁶.

Na Inglaterra, em 1942, coincidindo com o final da II Grande Guerra, Willian Beveridge publicou o seu relatório, que concedia as seguintes prestações: aposentadoria por velhice, aposentadoria por invalidez, pensão por morte do segurado, auxílio-desemprego, dava cobertura certos eventos como os acidentes de trabalho, doença, maternidade, além dos encargos familiares. Esse relatório, contudo, foi extremamente importante para a época,

⁴⁶ BARROS JÚNIOR. Cássio de Mesquita. *Previdência Social Urbana e Rural*, p. 28.

pois, o que se via, até então, era uma Europa arrasada pela guerra e uma população debilitada econômica e socialmente. Por isso, esse período vai marcar o início da reconstrução européia no pós-guerra e a ruptura dos sistemas tradicionais de seguros sociais, buscando a libertação do homem das situações de necessidade⁴⁷.

Sob a influência dessas idéias, em 1945, a França também concebeu o Plano Francês de Segurança Social que se voltava a cobrir os encargos resultantes da redução ou perda da capacidade de ganho e ainda os resultantes da maternidade e encargos familiares.

O Estado, diante de todas essas transformações e revoluções sociais que passaram a eclodir, não poderia ficar inerte. Reclamava-se cada vez mais por sua atuação e intervenção, tendo em vista o alcance de todos esses anseios sociais emergentes voltados à valorização do homem como tal. Ele, o órgão estatal, era chamado a intervir, principalmente na ordem econômica, “com o intuito de restabelecer a segurança do cidadão, passando a aceitar como dever social a aplicação de parcela substancial da receita tributária no auxílio ao desafortunado, em sua manutenção, quando tal não lhe fosse possível pelo próprio sustento⁴⁸”.

O “*Welfare State*” ou Estado do Bem-Estar Social será o responsável por promover essa integração do Estado e a sociedade, na busca pela proteção do homem e da sua relação com o mercado de trabalho. Surgiu, pois, para protegê-lo do gigantesco abuso que, por tantas vezes, tentou atingir a expressão de sua dignidade, em nome dos interesses econômicos que prevaleceriam, por algum tempo, aos sociais.

A partir daí, o Estado passou, definitivamente, a desenvolver a sua atividade regulamentadora, criando normas de amparo ao homem trabalhador, através de regras, institutos e princípios próprios e alguns ramos jurídicos autônomos, a exemplo do Direito do Trabalho e mais tarde, do Direito Previdenciário, ramos esses hoje classificados, como integrantes dos Direitos Sociais.

⁴⁷ BARROS JÚNIOR, Cássio de Mesquita. *Previdência Social Urbana e Rural*, p. 28.

⁴⁸ COIMBRA, J. R. Feijó. *Direito Previdenciário Brasileiro*, p. 08.

Alguns doutrinadores afirmam que o advento dessas ciências sociais deu ensejo à verdadeira expressão do Estado Contemporâneo Democrático⁴⁹, pois, foi a partir daí que passamos a ver a intervenção do Estado no âmbito social em quase todos os ordenamentos jurídicos ocidentais. Ele serve, na verdade, para garantir aos cidadãos, iguais oportunidades nos campos econômico, social e cultural.

O Estado Liberal começava a expressar sinais de esgotamento, bem mais visíveis nas primeiras décadas do século XX, manifestados com o crescente desemprego que assolava a sociedade. Daí nasceu a necessidade de o Estado implantar políticas de proteção ao emprego, sendo ele mesmo um grande empregador. O Estado passou a ser organizado conforme dois objetivos principais, ou seja, a planificação estatal, preservando a economia capitalista e os processos de produção e acumulação a ela inerentes e o fomento da economia, através da criação de agências financiadoras e bancos públicos destinados a angariar recursos para o sistema produtivo. Wolkmer⁵⁰, apoiando o ora exposto, escreve:

Finalmente, a crise e a falência do modelo liberal, a eclosão da sociedade industrial de massas, bem como as profundas transformações sócio-econômicas ocorridas em fins do século XIX e começo do século XX possibilitaram a complexa experiência de uma estrutura que, por estar ainda em curso, assume diversas especificidades, cunhada por autores com as designações de Estado Social, Estado Intervencionista, Estado Teocrático, Estado do Bem-Estar, Estado Providência ou Assistencial (*Welfare State*) etc.

O que se vê é a figura de um Estado Contemporâneo dotado de caráter intervencionista, que interfere tanto nos domínios social, econômico, político e cultural de uma sociedade, observando os parâmetros mínimos de cidadania, política, justiça, legalidade e legitimidade⁵¹. Ele passou a se contrapor ao Estado Liberal de até então, a partir da segunda metade do século XIX e continuou evoluindo no século passado para uma posição ainda mais intervencionista, como escreve Pasold: “a participação do Estado na vida da sociedade passa de uma fase de tolerância crescente até a de exigência, de modo

⁴⁹ PASOLD, César Luiz. *Função Social do Estado Contemporâneo*. 2. ed. p. 46.

⁵⁰ WOLKMER, Antonio Carlos, *apud* Daniel Machado da Rocha et alli. *Curso de especialização em Direito Previdenciário*, p. 15-16.

⁵¹ ROCHA, Daniel Machado da et alli. *Curso de Especialização em Direito Previdenciário*, p. 16.

que, hoje, são poucos os que admitem um comportamento omissivo do Estado frente ao encaminhamento e à solução dos grandes problemas sociais”⁵².

Blas Guerrero e Pastor Verdú escrevem que o Estado de Bem-Estar é caracterizado pelo seguinte:

a) intervenção do Estado na economia com o objetivo de manter o pleno emprego. Por sua vez, essa intervenção é produzida através da criação de um setor público econômico; b) A prestação pública de um conjunto de serviços de caráter universal (preferencialmente em setores como a educação, a saúde, a previdência e habitação), que pretendem garantir um nível mínimo de serviços à população. A isso se pode acrescentar como sustenta, por exemplo, Ramesh Mishra, que a responsabilidade estatal na manutenção desse nível mínimo deve ser entendida como um direito e não, como uma caridade pública para uma minoria. Precisamente, a seguridade social é uma das instituições mais representativas do Estado do Bem-Estar⁵³.

Assim, o que se passou a ver, foi o Estado do Bem-Estar, prestando serviços diretamente à população nas mais variadas áreas, mas, principalmente, a Seguridade Social, abarcando a saúde, a previdência e a assistência social, prestando serviços e concedendo os mais variados benefícios às populações que se encontravam em situação de necessidade social.

1.8– Riscos Sociais protegidos pelos sistemas de seguridade

Em muitos regimes jurídicos de proteção, três grupos de riscos, cada um deles relacionado a um dano, recebem proteção. São os riscos que geram a incapacidade para o trabalho em razão de consequências fisio-patológicas que podem ou não ser ocasionadas pelo trabalho. No primeiro caso, podemos destacar o acidente do trabalho e a enfermidade profissional. Já no segundo agregam-se a enfermidade não profissional, a maternidade, a invalidez e a velhice.

Em segundo lugar aparecem os riscos determinantes da falta de oportunidade para trabalhar em razão de causas econômicas, ou seja, o desemprego e, finalmente, os

⁵² PASOLD, apud Daniel Machado da Rocha et alli. *Curso de especialização em Direito Previdenciário*, p. 17.

⁵³ BLAS GUERRERO, Andrés; PASTOR VERDÚ, Jaime. *Fundamentos de ciência política*, p.114.

riscos determinados pela perda de meios de subsistência y da emergência de gastos desembolsados pelos familiares sobreviventes do segurado, ou seja, o risco morte do segurado.

É bom notar que, dentre as várias legislações existentes, outros vários riscos sociais também podem ser cobertos, contudo, na maioria delas, a proteção a esses riscos são comuns e, em razão disso, passaremos, agora, a nos ocupar em falar um pouco sobre cada um deles.

a) Os seguros de acidentes de trabalho

O seguro contra os acidentes de trabalho merece, de início, o nosso destaque, pois, foi um dos primeiros riscos a ser introduzido na maior parte das nações e foi na maioria delas difundido.

Este risco, diferentemente dos demais, atravessou um processo histórico bastante peculiar, em determinadas situações de tempo e lugar, pois, em muitas ocasiões veio responder por uma dupla finalidade, ou seja, a de garantir uma indenização ao trabalhador acidentado e ainda aliviar a responsabilidade do empregador naqueles locais onde ficou implantada a idéia generalizada da responsabilidade civil do empregador por qualquer acidente ocorrido na empresa, com base na adoção da teoria do risco profissional.

As reformas legislativas e jurisprudenciais se ocuparam e se ocupam ainda hoje em definir critérios ou requisitos indispensáveis para a concessão dessa prestação e, desde então, ficou firmada na maioria dos países, a idéia que, para se ter cobertura pelos acidentes de trabalho, as legislações afirmam que necessário se faz a prova da alteração da saúde e integridades física e psicológica do trabalhador que sejam capazes de causar um desgaste no seu organismo e, via de consequência, a sua incapacidade laborativa. Por trauma psíquico entende-se enfermidade de natureza mental ou nervosa ainda quando não seja unida a um trauma físico.

Mais ainda: Imprescindível que haja uma relação entre a causa desta alteração e a atividade desenvolvida pela pessoa segurada. As alterações da saúde e integridade psico-

física que, como consequência do acidente de trabalho, determinam o direito à cobertura são a incapacidade transitória ou invalidez permanente para o trabalho.

Na maioria das legislações se considera incapacidade transitória para o trabalho qualquer alteração causada à saúde que gere uma interrupção da aptidão para o exercício de um trabalho específico, ou seja, para o trabalho que o segurado estava desempenhando no momento em que ocorreu o acidente, sem que se tenha qualquer importância, pelo menos nesse momento, a possibilidade genérica de uma eventual subsistência de capacidade de trabalho. Por outro lado, considera-se invalidez permanente total ou parcial, qualquer alteração da saúde ou da integridade psicofísica que derive a perda ou a redução presumivelmente definitiva da aptidão para o trabalho, ou seja, para exercer qualquer ocupação na à qual o segurado pudesse dedicar-se de forma proveitosa, dadas as suas condições pessoais como idade, grau de instrução, experiência, etc. No entanto, é sempre bom frisar que, em relação à incapacidade para o trabalho, essa só será indenizável se houver uma alteração “*in pejus*” na capacidade de trabalho do indivíduo e que gere consequentemente a redução da sua capacidade de auferir renda.

O conceito de acidente como risco tendia a ser identificado como uma “desgraça” consistente num trauma físico causado por uns agentes estranhos, imprevistos e súbitos. Algumas legislações, como a italiana, por exemplo, exigem que a causa do acidente seja ainda, violenta. Assim, essa violência nada mais é do que um indício externo de uma ação rápida, capaz de produzir uma alteração, ainda que inicialmente, na saúde do interessado. Contudo, ao longo do tempo, não se tem mais taxativa a idéia de que o reconhecimento do acidente de trabalho indenizável só seria possível nos casos em que o fato que gerou a sua causa atuava de modo instantâneo, súbito e repentino.

O que se sabe, na verdade, é que em muitos Estados, nas suas respectivas legislações, exige-se que, o acidente seja resultado de uma causa inesperada, imprevista, anormal, mas, em outros locais, se tem admitido que não é necessário que a causa do acidente seja não usual ou imprevisível.

Outro elemento característico do acidente de trabalho é a “exterioridade”. Em algumas legislações, ele só será provocado por influência de um agente externo, pois, caso

contrário, faltaria a relação entre a pessoa do trabalhador e o trabalho por ele desenvolvido em favor do seu empregador. Assim, ficaria restrito o conceito de acidente de trabalho às lesões que fossem produzidas por máquinas, utensílios usados para o desempenho do trabalho, aspiração ou absorção de substâncias tóxicas, etc., deixando-se, inadequadamente, de lado, causas endógenas que possam atrapalhar o desempenho normal do trabalho por parte do empregado, como por exemplo, uma dor muscular que o impedisse de exercer a sua função cotidiana, que exige um grande esforço físico seu.

Contudo, o que deve ficar bem claro, é que a invalidez, o estado doentio e a morte só serão passíveis de indenização ou cobertura se derivarem de um acidente e se esse estiver efetivamente ligado ao trabalho. Várias legislações têm tentado estabelecer critérios e elementos para caracterizar a natureza dessa relação. Na Inglaterra, por exemplo, a lei exige que o acidente tenha sido produzido durante o decurso do desenvolvimento do trabalho. Na Itália, a visão é bem mais restrita, de modo que se exige apenas que ele tenha se sucedido por ocasião do trabalho.

As eventuais relações entre o acidente e o trabalho, todavia, pode ter uma dupla natureza: física e lógica que encena que o trabalho, por sua própria natureza, não pode ser causa de acidentes. Nessas situações, como iremos analisar nos capítulos que se sucedem, recorre-se à teoria do risco específico. Na sua concepção, haverá indenização e cobertura quando o trabalho não tenha determinado o acidente, mas, sim o próprio risco, que deverá considerar-se demonstrado quando se haja provado o concurso de dois requisitos: o risco que se materializou no acidente foi distinto ou maior que aquele ao qual estavam sujeitos vários indivíduos e ainda que o trabalho tivesse sido imprescindível para determinar a presença do acidentado no local ou no momento em que o acidente aconteceu.

Na Inglaterra não se tem admitido como indenizável o acidente que, ainda que tenha ocorrido fora do local da prestação do serviço, tenha acontecido em razão de circunstâncias a ele interligadas. Na França, a lei e a jurisprudência determinam que, qualquer acidente, ainda que não ocorra no curso do exercício do trabalho ou em razão dele, é indenizável, pois, afeta o trabalhador que se encontra em estado de subordinação para com o seu empregador, em razão da vigência do seu contrato de trabalho. O mesmo

acontece com os casos de acidente “in itinere”. Aqui, tanto a lei alemã quanto a francesa concede indenização nos casos de acidentes que afetem o segurado entre o trajeto da sua própria residência até o seu trabalho e vice-versa. Isso engloba o uso de qualquer meio de transporte, seja público, seja privado, ou até mesmo a pé, mas se exclui quando o trajeto traçado ou se interrompe ou se desvia por qualquer motivo de caráter pessoal do segurado e que não tenha qualquer conexão com o trabalho. A Inglaterra ainda contempla a possibilidade da ocorrência de acidente de trabalho quando o empregado esteja, por alguma razão, usando o meio de transporte oferecido pelo empregador, ainda que não esteja no período de deslocamento para o seu trabalho ou dele retornando.

Uma questão bastante difícil retrata a situação de pagamento de prestações indenizatórias pelo acidente quando este venha acontecer em razão da negligência do empregado. A maior parte das normas legais determinam que não são indenizáveis os fatos ocasionados pela própria vontade do segurado. Nesse caso, inclui-se o elemento voluntário, o que, descaracteriza a possibilidade da concessão de cobertura por acidente. O mesmo acontece em alguns países quando se confere o acidente à embriaguez da vítima, à negligência grave, pela falta de uso de equipamentos de proteção que são oferecidos pela empresa, como acontece nos EUA.

Na Itália, a jurisprudência não é uniforme, porém, dirige-se no sentido de não excluir a indenização por culpa da vítima, qualquer que seja o seu grau, contanto que o ato praticado por ela se encontre ligado ao trabalho por um vínculo de causalidade. Na Alemanha, o empregador só será responsável civil e criminalmente pelo acidente de trabalho quando se tiver comprovado no juízo criminal que ele tenha dado causa ao acidente dolosamente. Já na França, o empregador é plenamente responsável em caso de falta grave ou falta inescusável, isto é, derivada de um ato ou omissão voluntária dele, sem causa justificada e caracterizada em consequência do perigo, ainda que não estivesse presente qualquer elemento intencional⁵⁴.

⁵⁴ AMORIM, Sebastião Luiz e OLIVEIRA, José de. *Responsabilidade civil: acidente de trabalho: comentários, jurisprudência, casuística*P. 50 .

Contudo, a tendência moderna nos tem feito constatar que acidentes indenizáveis de trabalho são aqueles que estejam ligados a uma relação de causalidade, ainda que ocasional, com a atividade de trabalho, como também os são aqueles que possam ocorrer de qualquer modo, mas que afetem o trabalhador que ainda estava com o seu contrato de trabalho em plena vigência, no momento da sua ocorrência.

A doutrina estrangeira vem ainda se preocupando com circunstâncias chamadas de concausas que influem na lesão. Preocupa-se, por exemplo, com as consequências que podem advir do fato de a lesão gerada pelo acidente atuar num organismo afetado por uma condição patológica preexistente; com a ocorrência do concurso de incapacidades, ou seja, quando as consequências da lesão por acidente de trabalho venham unir-se ou sobrepor-se a uma redução física ou psíquica preexistente ou ainda; quando as causas supervenientes agravam as consequências da lesão gerada pelo acidente⁵⁵.

Todas essas controvérsias só serão solucionadas a partir do momento que cada país resolver criar normas jurídicas ou jurisprudências que tenham o condão de solucionar questões dessa natureza. A tendência jurisprudencial é atribuir uma indenização ao sujeito sobre o qual recaem as consequências de um acidente de trabalho, ainda que sobre elas hajam concorrido concausas de lesões preexistentes ou causas supervenientes. Essa tendência encontra fundamento jurídico na “*mens legis*” do seguro de acidentes do trabalho dos mais variados países do mundo que visam garantir ao trabalhador uma indenização, não em virtude da gravidade do acidente sofrido, mas da redução da sua capacidade para o trabalho, o que gera, por via de consequência, a redução dos seus ganhos que costumeiramente eram auferidos em razão dela.

Urge então, a necessidade de uma assistência, tendo em vista a perda de rendimentos suportada pelo trabalhador, o que causaria uma incapacidade do mesmo para prover o seu sustento, bem como o de sua família.

O objeto desse seguro é garantir ao segurado empregado uma determinada cobertura a partir do momento em que o mesmo vier a ser atingido pelo acidente e que, em

⁵⁵ AMORIM, Sebastião Luiz e OLIVEIRA, José de. *Responsabilidade civil: acidente de trabalho: comentários, jurisprudência, casuística*, p. 51-52

virtude dele, venha a sofrer qualquer tipo de lesão física ou psíquica e que, por isso, venha necessitar se afastar temporariamente afastado das suas atividades laborais. Sendo assim, necessitará o indivíduo atingido, de um lado de uma cobertura que lhe conceda prestações sanitárias, médicas, terapêuticas e farmacêuticas, mas também, prestações de ordem econômica, já que, devido à paralisação do seu trabalho, precisará obter alguma prestação do Estado ou mesmo do seu empregador que venha substituir o seu salário enquanto tiver afastado das suas atividades.

b) Enfermidades profissionais

Essa proteção é vista como sendo um complemento concedido aos seguros por acidente do trabalho. Só foi introduzido nas legislações em tempos muito mais recentes. Desde a época em que foram promulgadas as primeiras leis para garantir aos trabalhadores uma indenização em caso de acidente, quer através da adoção da teoria da responsabilidade objetiva do trabalhador, quer através da concessão das coberturas através de seguros, mostrava-se incerta a possibilidade de a indústria ou empresa assumirem pelas enfermidades profissionais, seja em razão do caráter interno que elas possuíam, seja em razão da tardia manifestação de sintomas, etc. Por esses e outros problemas, por muito tempo o legislador não se dedicou a disciplinar a matéria.

O problema, realmente, veio se agravar quando houve uma grande expansão das indústrias tidas por nocivas, pois, expunham, cada vez mais, um maior número de trabalhadores a agentes tóxicos. A partir de então não pararam de surgir várias enfermidades, fato esse que fez essas indústrias precisassem ficar sujeitas a determinadas regras legais expressas que determinassem medidas de prevenção e higiene do trabalho. Essas enfermidades, portanto, representavam um risco aos quais uma grande gama de trabalhadores estavam sujeitos em razão da atividade produtiva por eles desenvolvida. Determinou-se também a necessidade de se indenizar as mortes que fossem decorrentes dessas enfermidades profissionais do mesmo modo que se indenizavam as lesões por acidente de trabalho.

Historicamente, o primeiro país que concedeu cobertura na forma de seguro obrigatório para as enfermidades ou doenças profissionais foi a Inglaterra, no ano de 1906, limitando-se a seis doenças. Daí para frente, a cobertura foi sendo cada vez mais estendida, de modo que, quando do advento da II grande guerra, a maioria dos países já havia implantado um seguro contra as enfermidades profissionais da mesma forma que implantaram os relativos aos acidentes de trabalho.

No Brasil e em outros países, qualquer enfermidade que se demonstre ser originária do trabalho torna-se indenizável do mesmo modo que ocorre, também, com os acidentes como se viu. Aqui, a própria regra determina que uma gama de doenças venha compor uma lista e que essas sejam as enfermidades passíveis de indenização. Esse sistema é aparentemente vantajoso, pois, deixa oportunidade para que essas doenças elencadas sofram um processo de atualização constante, em razão da contínua expansão industrial e tecnológica.

Assim se vê que, o que se pretende com isso é ampliar a esfera indenizatória a ponto de esta poder vir cobrir qualquer risco lesivo que surja em razão do trabalho. Isso faz com as listas não tenham um caráter taxativo, sendo por isso viável ampliar paulatinamente o conceito jurídico de enfermidade profissional, estendendo-se desde a enfermidade que, por sua natureza seja inerente a uma determinada atividade bem como qualquer alteração da saúde que esteja vinculada a uma causa direta ou indiretamente vinculada ao trabalho.

A lei brasileira, bem como as leis do Estado de Nova York e Ohio, equiparam, para efeitos de indenização, os acidentes às enfermidades profissionais em sentido estrito, ou seja, às que são inerentes a determinadas atividades, para as quais se segue adotando o sistema de listas que ao longo dos anos vão sendo atualizadas pelo poder público; como também a todas as enfermidades resultantes das condições especiais em que o trabalho foi realizado.

As enfermidades profissionais são subdivididas em grandes categorias, dentre as quais as que recebem mais destaque nas legislações sociais são: as decorrentes dos materiais do trabalho (intoxicações, etc.), do ambiente do trabalho, da fadiga pelo trabalho excessivo e da postura do trabalhador em razão do trabalho e da sua continuidade.

Geralmente, nos países em que não se concedem às enfermidades cobertura através de um seguro, o trabalhador que se encontre atingido poderá ingressar com uma ação a fim de obter do empregador uma indenização, atribuindo-lhe certo grau de responsabilidade.

c) Enfermidades não profissionais

Elas foram uma das primeiras situações de risco que receberam cobertura de um seguro social obrigatório. Na Itália, esse risco foi tardiamente implantado, ou seja, em 1902, e por obra não do Estado, mas sim das associações sindicais, que além de criarem exigiram que o seu seguro fosse obrigatório mediante as convenções coletivas de trabalho. Até pouco tempo atrás, a única doença que era acobertada através de um seguro obrigatório pela legislação italiana era a tuberculose. Essa não expansão se dava pelo pensamento que até então reinava na época que proclamava que a doença era um risco ordinário na vida de qualquer ser humano, e somente em casos em que a doença conseguia ultrapassar a capacidade econômica da família, comprometendo-a, é que deveria se instaurar a beneficência.

Nos Estados Unidos, por exemplo, não existe esse tipo de seguro obrigatório oferecendo segurança para esse tipo de enfermidade, pois, a proteção deverá ser prestada, prioritariamente, através das formas voluntárias, pois, a idéia de seguro obrigatório não estava em harmonia com os ideais e as instituições americanas⁵⁶.

Na verdade, não se tem dúvidas a respeito da excepcional importância do seguro contra as enfermidades, seja em razão da frequência da sua ocorrência, seja pela importância que retrata como causa de indigência e ainda pelo benefício que traz diretamente sobre a saúde pública.

O seguro contra enfermidades tem sido objeto de vários convênios votados pela Conferência Internacional do Trabalho em 1927. É duplo o objeto desse tipo de seguro:

⁵⁶OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. *Indenizações por acidente de trabalho e doença ocupacional*, p. 77.

primeiramente visa conceder ao segurado uma garantia de assistência médica para combater a enfermidade, evitando prejuízos ainda maiores que passam a ser vistos como danos emergentes, bem como visa conferir uma indenização correspondente ao lucro cessante em virtude da perda da capacidade de auferir renda pela perda da capacidade de exercer atividade laborativa.

Aqui, a enfermidade objeto dessa cobertura diferencia-se das demais por não ter qualquer relação com o trabalho. Contudo, a definição jurídica do risco ou contingência determinante dessa prestação varia de acordo com as legislações dos diversos países. Algumas exigem que da alteração do estado de saúde do indivíduo derivem algumas consequências como a incapacidade para o trabalho e a necessidade de tratamento médico e terapêutico para a recuperação do doente. Prevalencia a tendência em reconhecer a incapacidade tão só nos casos em que houvesse efetivamente, uma impossibilidade física para prestar qualquer atividade. Noutros países exige-se que para que se tenha acesso à cobertura, o segurado prove a incapacidade de continuar exercendo a atividade que antes desempenhava, pois, sofria um risco maior de piorar das consequências já decorrentes da doença que contraiu. Atualmente, prega-se a idéia de que a cobertura é devida mesmo nos casos em que o doente tenha possibilidade de conseguir um emprego remunerado desenvolvendo um outro tipo de atividade que fosse mais adequada às suas forças e capacidade.

A incapacidade de trabalho está voltada ainda a possibilidade de propagação da doença do segurado no seu ambiente de trabalho, o que poderia causar um mal social ainda mais gravoso, tanto alcançando os seus companheiros de trabalho como a integridade pública.

É importante constatar ainda que poderá haver o agravamento da doença a ponto de alcançar a morte ou mesmo a invalidez. Contudo, essa mudança não é solucionada pelas legislações mundiais através da adoção de um único critério definidor. Algumas pontuam a possibilidade da alteração do benefício relativo à doença para o de invalidez utilizando-se de critérios temporais relacionados à duração do benefício concedido em caso de enfermidade. Atualmente, prevalece a idéia de que esse critério cronológico deverá ser

substituído pelo clínico, de modo que a prestação relativa à doença deverá ser estendida a qualquer limite temporal, enquanto o segurado ainda precise de assistência médica, desde que a autoridade (médica) constatare a possibilidade de cura do segurado. Isso ocorre, por exemplo, no Brasil.

Outro fator importante de análise está abarcado na idéia de que, nesse caso, aqui, o fator culpa se considera de modo diverso se considerado o seguro relativo às doenças profissionais e acidentes do trabalho em cujos casos encontra-se a idéia da responsabilidade objetiva do empregador mediante a adoção da teoria do risco.

Por fim, dada a natureza do seguro contra os riscos não ocasionados pelo trabalho, geralmente não se encontra nas diferentes legislações nenhuma limitação às eventuais responsabilidades de terceiros que contribuem para a determinação de uma enfermidade do segurado

d) Maternidade

Diferentemente dos demais casos até aqui analisados, esse seguro concede cobertura aos estados de gravidez, parto e período puerperal, que em nada coincidem com qualquer forma de alteração da saúde, muito pelo contrário, pois, retratam estados fisiológicos normais.

De mais a mais a gravidez e suas consequências diferenciam-se dos acidentes da doença e do acidente de trabalho e enfermidade profissional em razão de um outro ponto essencial: a gravidez não constitui um risco imprevisível e que ocorre independentemente da vontade do segurado. Por isso, no Brasil, não é chamada de risco, mas, sim de contingência desejada e pretendida pelo sujeito que por ela responde.

Contudo, esses fatos diferenciais não impedem que as consequências econômicas advindas da gravidez ou do parto e puerpério sejam diferentes das advindas da enfermidade, tendo em vista que aquele estado exige tanto quanto os outros a necessidade de assistência sanitária e médica e exigem ainda o afastamento da segurada do exercício das

suas funções laborais a fim de evitar um risco maior que possa atingir substancialmente a saúde da segurada.

Em geral, a origem da proteção à maternidade encontra-se ligado à introdução paulatina de normas legislativas que concedem proteção à mãe trabalhadora, no intuito de fazer com que ela deixe de trabalhar durante algumas semanas antes e depois do parto. Em 1919, a Conferência Internacional do Trabalho votou um projeto de convênio que previa às mulheres o direito a uma prestação pecuniária e ainda a proibição de se manter trabalhando no período compreendido entre as seis semanas que antecedem e sucedem o parto.

Algumas legislações concedem essas prestações previstas para o caso de parto, não só na situação de nascimento de um feto vivo, mas também no caso de aborto involuntário, quando esse venha se produzir depois de um determinado número de semanas de gravidez.

No Brasil, esse benefício foi estendido ainda às mães adotivas, que, por intermédio de processos judiciais, adquiriram a maternidade de crianças entre zero e oito anos de idade.

e) Invalidez

O seguro contra a invalidez apareceu pela primeira vez, ao lado do relativo à velhice ou idade avançada, como alguns preferem chamar, na Alemanha no ano de 1889, passando a se disseminar pelos outros países daí por diante.

A Conferência Internacional do Trabalho de 1933, já aprovou naquela ocasião dois projetos de convênio relativos aos seguros de invalidez para os trabalhadores urbanos e rurais e uma Recomendação na qual já se disciplinavam princípios gerais reitores do seguro de invalidez, velhice e morte.

Em relação aos elementos definidores da invalidez, vários critérios distintos são definidos, ou seja: o critério físico no qual se leva em consideração o desgaste sofrido pela

integridade física e psíquica do indivíduo, independentemente de qualquer razão econômica; e o critério relativo ao trabalho, com base no qual se levariam em consideração as alterações das possibilidades de ocupação e ganho provocadas pela invalidez. Essa relação quantitativa entre a invalidez e o trabalho aqui requerida, não está diretamente atrelada à incapacidade total, mas isso é variável, levando-se em conta as diferentes legislações. A lei alemã mesmo considera como fato suficiente para a percepção dessa cobertura, a redução de metade da capacidade de ganho auferida pelo trabalhador. Noutros locais, esse nível de redução pode ser maior ou menor, mas é sempre um fator preponderante. Assim, os indivíduos que não alcançarem o nível mínimo de redução exigível por lei, mesmo que essa redução não seja quantitativa, mas qualitativamente estabelecida, não terão acesso à prestação correspondente.

Outra questão que sempre é objeto de análise nas legislações retrata a duração do fenômeno de invalidez. Desse modo, quase todas as leis afirmam que a cobertura só pode ser oferecida à invalidez permanente, ou seja, quando não se pode prever a sua duração antecipadamente.

Aqui, a cobertura é concedida em razão das consequências não ocasionadas, ao menos diretamente, pelo trabalho, pois, na maior parte das leis vigentes, a condição de incapacidade para o trabalho se dá ou em razão de doença profissional ou acidente do trabalho, que, como se viu, ficam a cargo da responsabilidade objetiva do empregador, que terá por eles que ser responsabilizado.

A incapacidade para o trabalho resultante da invalidez tem predominantemente causas patológicas, não esquecendo, porém das fisiológicas ou das ligadas à idade, que aqui também merecem uma atenção especial, ao contrário de países como a Espanha, por exemplo, que excluem do âmbito de proteção essas duas últimas por ser difícil definir conceitualmente os limites entre uma enfermidade prolongada e um estado de invalidez ou entre esse e uma velhice prematura.

f) Velhice

Essa cobertura securitária é ofertada em razão das dificuldades econômicas que são próprias da idade avançada.

Importante frisar que a velhice, como se pode prever, é um risco não ocasionado em razão do trabalho, ainda quando não se possa negar que as atividades desenvolvidas durante uma vida inteira de trabalho possam influir, no sentido de acelerar o surgimento de condições físicas e psíquicas que praticamente determinem a conclusão de um ciclo humano onde se buscou desenvolver atividades de trabalho.

Em alguns locais, o seguro que cobre a velhice toma a mesma forma daquele conferido à invalidez, em razão dos efeitos e das causas que lhes são comuns. Porém, noutros países, o que se pretende, realmente, ao conceder esse tipo de seguro é reconhecer o direito ao descanso a quem, durante muitos anos, tem desenvolvido uma atividade laboral. Na verdade, esse direito ao descanso surge em razão da redução o mesmo do desaparecimento total da capacidade para o desempenho de uma atividade produtiva, o que causa ao então trabalhador, uma espécie de dano.

Hoje em dia, a maioria das legislações têm reconhecido vantagens práticas na concessão dessas prestações a partir do momento que o indivíduo atinge uma determinada idade pré-determinada na lei, a exemplo do que determinou a legislação alemã. Da mesma forma que aconteceu com o seguro de invalidez, esse último integrou os projetos votados pela Conferência Internacional do Trabalho e da Recomendação, ambos em 1933.

Frequentemente admitem-se diferenciações de idade em razão do sexo ou das atividades continuamente desenvolvidas pelos obreiros. Em se tratando das mulheres, elas, com frequência, se afastam mais precocemente do seu trabalho se comparadas aos homens, apesar de terem uma expectativa de vida maior. Noutros locais, o limite de idade varia não pelo sexo, mas em razão da natureza da profissão exercida pelo segurado, tendo em vista a penosidade que lhe é inerente.

Interessante que, em muitos países que sofrem em decorrência da escassez de mão-de-obra, se incentiva os trabalhadores a continuar na sua atividade, mesmo já tendo alcançado o limite máximo de idade legalmente estabelecido, desde que ainda reúnam condições para desempenhar o seu trabalho.

g) Desemprego

Tem por objeto a cobertura das contingências que, diversamente das demais até aqui analisadas, não consistem num estado de incapacidade para o trabalho, mas sim, numa falta de oportunidade para trabalhar. Aqui também, o dano vem atrelado à perda dos ganhos suportados pelo indivíduo em razão da sua impossibilidade de trabalhar.

O desemprego constitui, pois, uma das mais graves questões sociais. Modernamente, se atribui ao Estado a árdua tarefa de preveni-lo através da utilização de diversos instrumentos de política econômica. Ainda quando a intervenção do Estado puder combater esse fenômeno e as suas manifestações normalmente ligadas a períodos cíclicos de depressão ou recessão econômica, há de se reconhecer que, ao menos onde a economia não se encontre coletivizada ou equilibrada, impossível será eliminá-lo.

Esse seguro oportuniza àqueles que foram vítimas de desemprego involuntário uma cobertura que se volta à preocupação com as consequências psicológicas que desse risco advieram, e que seriam capazes de gerar estados graves de ansiedade e depressão.

Seu desenvolvimento tem sido mais restrito que o dos outros seguros sociais existentes, seja em razão de dificuldades técnicas na sua implementação, seja em função da sua não implementação por muitos países, por considerarem esta prestação como supérfluas, por não contarem com um contingente suficiente de mão-de-obra.

Para se observar a concessão, necessário se faz observar a presença de três requisitos subjetivos: a capacidade, a disponibilidade e a vontade para o desempenho do trabalho por parte do segurado; e ainda de um requisito objetivo que é a falta de emprego. Isto posto, aqueles que se encontram em situação de incapacidade para o trabalho,

permanente ou transitória não são acobertados por essa espécie de prestação, pois, a capacidade para o trabalho, como visto acima, é imprescindível para a sua averiguação, pois, esta tem como consequência de grande valia para a sua aferição, a perda dos ganhos salariais em razão de circunstâncias alheias à pessoa do segurado e ainda a falta de oportunidade para trabalhar.

A disponibilidade requer que o segurado seja não só capaz de exercer o trabalho remunerado em caráter de subordinação, mas ainda, que tenha um status de disponibilidade para o desempenho do mesmo. Desse modo, sujeitos que estejam, por exemplo, cumprindo uma pena de detenção ou de reclusão, em regime fechado, não reúnem esse requisito básico.

O terceiro requisito subjetivo, ou seja, a voluntariedade, requer, a contrario sensu, que o trabalhador tenha perdido o seu posto de trabalho por circunstâncias alheias à sua vontade. Contudo, esse ponto não é pacífico, a ponto de algumas legislações permitirem o pagamento da prestação de maneira mais retardada nos casos de demissão do trabalho sem justa causa, despedida por motivos disciplinares, participação em greves, etc. É oportuno falar que o fato de se exigir a vontade do indivíduo em trabalhar não requer que o mesmo seja obrigado a aceitar qualquer tipo de emprego. O problema desse ponto aqui repousa na prova em concreto dessa vontade.

Como forma de ajuda, em muitos Estados se criam oficinas públicas de emprego que permitem registrar os desempregados e constatar a real natureza involuntária do desemprego.

Finalmente, um último requisito objetivo comum a todas as legislações securitárias repousam no fato de que, para que o segurado protegido faça jus a essa prestação, não poderá ele desenvolver qualquer outro tipo de atividade remunerada (de maneira formal). Nos EUA, esse seguro cobre também o risco de desemprego parcial ocorrido no caso de o trabalhador, em razão da escassez do trabalho, ganhe semanalmente menos do que o que ele ganharia a título de indenização em razão de desemprego total. Neste caso, o seguro pagará essa diferença, podendo até mesmo conceder algo mais,

eliminando, assim, a possibilidade de quem trabalha, mesmo que em uma jornada reduzida, venha a auferir menos que aquele que se encontra plenamente desempregado.

Portanto, frente ao desemprego comum nas áreas de economia não planejada e consolidada, esse benefício tem trazido um importante efeito por cumprir uma importante função social.

h) Morte

Morte consiste num risco determinado por doenças fisiopatológicas que não estejam direta ou indiretamente relacionadas ao trabalho, já que, para essas, existem, como vimos lá atrás, certas coberturas específicas, sem contar com a especificação da responsabilidade objetiva da empresa.

Esse seguro se difere dos demais seguros sociais que têm por objeto a cobertura dos riscos determinados por causas fisiopatológicas, pois, nos primeiros a cobertura voltava-se à proteção direta e imediata do trabalhador, ao passo que aqui, ainda que esteja indiretamente vinculada à idéia de proteção do trabalhador, as consequências econômicas ligadas a essa cobertura, são tão somente aquelas que afetam as pessoas ligadas a ele por razões familiares e econômicas, em razão da dependência econômica ao segurado falecido.

Historicamente, o seguro em razão da morte se mostra como uma das mais recentes implementações do seguro social obrigatório. Foi tratado pela primeira vez na Alemanha em 1911⁵⁷.

As normas legais nesse ponto preocupam-se em definir categoricamente as pessoas que sejam beneficiárias dessas prestações, e na maioria delas, figuram, como tais, a esposa (viúva) e filhos até um certo limite de idade, salvo se inválidos, como dependentes de primeiro grau; os ascendentes como dependentes de segundo; e por fim, os irmãos e colaterais até o quarto grau até um certo limite de idade, como dependentes de terceiro grau, sem esquecer de levar em conta que em caso de sobrevivência de um dependente

⁵⁷ NASCIMENTO, Tupinambá Miguel Castro do. *Curso de Direito Infortunistico*. 3. ed, p 58.

pertencente a uma dada categoria mais próxima, isso faz excluir a possibilidade da concessão dos benefícios aos que estejam na linha mais remota, de modo automático.

A doutrina estrangeira costuma fazer uma relação entre a morte aqui tratada e os conceitos de danos emergentes e lucros cessantes que são próprios do direito privado. Assim sendo, tratam como danos emergentes as cargas concretas que os familiares terão que suportar em razão da sua morte (despesas com funeral, por exemplo) e como lucros cessantes as perdas dos médios de sobrevivência que a morte do segurado determina para os familiares que de fato, ou por determinação prévia legal, viviam às suas custas ou sob sua dependência⁵⁸.

A prestação se expressa na forma de pensão periódica, como é mais comum, como também na forma de indenização, paga em dinheiro, apenas em uma única prestação.

Desse modo, depois dessa análise dos riscos sociais, passemos agora a estudar, no capítulo que se segue, a figura do empregado, do empregador e das relações por eles desenvolvidas.

⁵⁸ OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. *Indenizações por acidente de trabalho e doença ocupacional*. São Paulo: LTR, 2005

CAPÍTULO II: RELAÇÃO DE EMPREGO E CONTRATO DE TRABALHO

2.1 – A Relação de Trabalho e a Relação de Emprego

Para que seja viável, ao final desse trabalho, fincar fundamentos para uma teoria capaz de examinar a responsabilidade civil do empregador, diante de riscos à saúde e integridade física do trabalhador, importante se faz a análise das relações jurídicas obrigacionais que aqui estarão envolvidas, pois, esta faz parte da essência do direito, já que todas as relações formadas do ponto de vista do Direito positivo integram o conceito de relações jurídicas.

Na realidade, a relação jurídica é qualquer relação da vida social capaz de produzir efeitos jurídicos e, portanto, regulamentada pelo Direito. Em sentido estrito, a relação jurídica “é a relação da vida social disciplinada pelo Direito, mediante atribuição a uma pessoa de um direito subjetivo e a imposição a outra pessoa de um dever jurídico ou de uma sujeição”.⁵⁹

Na opinião de Vicente Raó, o direito subjetivo é “o poder de ação determinado pela vontade que, manifestando-se através das relações entre pessoas, recai sobre atos ou bens materiais ou imateriais e é disciplinado e protegido pela ordem jurídica a fim de assegurar a todos e a cada qual o livre exercício de suas aptidões naturais, em benefício próprio, ou de outrem, ou da comunhão social.”⁶⁰

A relação de emprego é, pois, um exemplo de relação jurídica existente entre o empregador que impõe ao empregado o dever de trabalhar de forma pessoal e subordinada. Desse modo, vislumbram-se a figura de dois sujeitos que ficam diretamente subordinados a ela: um sujeito ativo, que é o detentor do direito subjetivo (ou melhor, direito subjetivo propriamente dito, ou um direito potestativo) e um sujeito passivo, que fica submetido a um dever ou uma sujeição.

⁵⁹ PINTO, Carlos Alberto de Mota. Teoria Geral do Direito Civil, p. 167.

⁶⁰ RAÓ, Vicente. O direito e a vida dos direitos, p. 559-562.

No Direito subjetivo propriamente dito, o respectivo titular coloca-se numa posição que o habilita a poder exigir ou pretender de outra pessoa uma determinada conduta positiva ou negativa, em ação ou abstenção. Correspondente a este direito há o dever jurídico do outro sujeito em adotar o comportamento prescrito pela norma que confere o direito subjetivo⁶¹. Em relação ao direito potestativo, espécie do gênero direito subjetivo, como descrito acima, a produção dos efeitos jurídicos desejados pelo seu agente e tutelados pelo Direito impõem-se à outra parte, independentemente do seu querer. O devedor, como afirma a doutrina, nesse caso, apenas se sujeita à vontade do credor.

Nele (direito subjetivo), o que se leva em consideração, é que o devedor pode ou não cumprir espontaneamente o seu dever jurídico, sujeitando-se, todavia, a uma sanção estatal, ou a uma ação de natureza coercitiva. A todo direito subjetivo *stricto sensu*, corresponde um dever jurídico. Porém, nos direitos potestativos, o sujeito passivo suporta as conseqüências do exercício do direito por seu titular, ultimando-se os efeitos pela simples vontade do agente. Assim, para todo o direito potestativo, basta a vontade do agente, fazendo o sujeito passivo, mero papel de sujeição.

Para ratificar a idéia, ainda se faz necessário demonstrar que o direito subjetivo se contrapõe ao direito objetivo, pois, o primeiro designa a faculdade reconhecida ao indivíduo pela lei, que lhe permite levar a efeito determinados atos e, o segundo significa a regra ditada ao comportamento, à qual o indivíduo deve se submeter e a cuja observância pode ser coagido.

Na realidade, como as relações jurídicas são predominantemente relações humanas, pressupõe-se que elas sejam constituídas de vínculo pessoal, contudo, nem sempre elas se confundem com as próprias relações jurídicas, uma vez que essas implicam em vários outros tipos de vinculação. Na visão de Dallegre Neto:

Foi Winddcheid quem limitou o conceito de relação jurídica a vínculo entre pessoas, apadriando a idéia de que toda a relação jurídica há de ter, necessariamente, sujeito passivo. Orlando Gomes observa que “durante algum tempo, a doutrina inclinou-se para essa concepção personalista, de que resultou a construção teórica dos direitos reais como integrantes de relações jurídicas entre um sujeito ativo e um sujeito passivo indeterminado”⁶²

⁶¹ Op. cit., p. 172-73.

⁶² DELLAGRAVE NETO, José Affonso. Responsabilidade Civil no Direito do Trabalho. 3ª Ed. São Paulo: LTR, 2009.

Observa-se que para que seja jurídica, a relação não poderá ser meramente factual, pois essas se referem a certas relações às quais não incidem normas jurídicas, pois, retratam situações de vida de cunho meramente moral, religioso, artístico, etc. Já nas relações jurídicas, encontramos a figura do Estado como regulamentador das situações sociais.

Para Miguel Reale, a relação jurídica possui dois requisitos necessários para o seu surgimento:

“Em primeiro lugar, uma relação intersubjetiva, ou seja, um vínculo entre duas ou mais pessoas. Em segundo lugar, que esse vínculo corresponda a uma hipótese normativa de tal maneira que derivem consequências obrigatórias no plano da experiência.”⁶³

Conforme Caio Mário da Silva Pereira, a relação jurídica é o vínculo que impõe a submissão do objeto ao seu sujeito. Impõe a sujeição de um a outro”⁶⁴. Para este autor, “o sujeito é aquele a quem a ordem jurídica concede a faculdade de agir, é o destinatário da norma jurídica, que corresponde ao homem; objeto é o bem jurídico pretendido pelo sujeito da relação; e a relação jurídica é o meio pelo qual o direito subjetivo realiza-se, é o vínculo que impõe a submissão do objeto ao sujeito.”⁶⁵

Nesse enfoque de vínculo dinâmico, os elementos da relação jurídica obrigacional encontram-se num processo de movimento contínuo que vai desde o nascimento da relação até o seu adimplemento ou outro modo de término. E é nesse contexto que se deve analisar a relação jurídica de emprego, englobando não só as prestações principais, mas também as secundárias e os deveres anexos de comportamento, além de compreender outras vicissitudes por ventura existentes como, por exemplo, o dever de reparação.

Agostinho Alvim⁶⁶, a propósito do dever de reparação adverte: “as obrigações assumidas devem ser fielmente executadas”. Assim, o Código Civil Brasileiro ao afirmar que o não cumprimento de uma obrigação dá ao credor o direito a exigir perdas e danos, não excluiu o direito que lhe assiste de exigir antes de tudo, que a obrigação se cumpra, de tal forma como havia sido convencionada.

Como se falou logo acima, os sujeitos que estão inseridos nesse vínculo são ativos e passivos, sendo os primeiros aqueles que possuem direitos advindos da formação de um

⁶³ REALE, Miguel. Lições Preliminares de Direito, p. 216.

⁶⁴ PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil, p. 216.

⁶⁵ PEREIRA, Caio Mário da Silva. Op. Cit., p. 20.

⁶⁶ ALVIM, Agostinho. Da inexecução das obrigações e suas conseqüências, p. 56

vínculo jurídico, ao passo que os segundos são aqueles sobre os quais recaem um dever oriundo desse mesmo vínculo. Miguel Reale⁶⁷ fala ainda em vínculo de atributividade, ou seja, aquele através do qual a parte na relação adquire legitimidade para exigir do outro o objeto acordado.

Assim, o Direito comporta relações jurídicas que envolvam sujeitos, objetos e negócios de natureza jurídica. Esses negócios de natureza jurídica, todavia, são envolvidos por relações de diversas naturezas, dentre elas as relações de trabalho e emprego que serão, nesse momento, os temas em apreço.

A Relação de trabalho tem caráter genérico. Consubstancia-se numa prestação na forma de obrigação de fazer que tem por base o trabalho humano. Desse modo, engloba a relação de emprego e todas as outras modalidades de relação de trabalho. Trata-se, portanto, de um gênero e na qual podem ser englobadas várias espécies.

A relação de emprego aparece apenas como uma das modalidades dessa relação de trabalho, inconfundível com as demais modalidades. E foi sob a sua estrutura que surgiu o Direito do Trabalho, já que se figurava como uma das formas mais importantes de relação por ele estudada.

Assim sendo, segundo Maurício Godinho Delgado, “utiliza-se a expressão relação de trabalho (e, conseqüentemente, contrato de trabalho ou mesmo Direito do Trabalho) para se indicarem típicas relações, institutos ou normas concernentes à relação de emprego, no sentido específico”.⁶⁸

Na visão de Otávio Bueno Magano:

“(…) a relação de trabalho é produto de negócio jurídico inserível no âmbito da autonomia privada, assim considerada a área do Direito em que se atribui aos indivíduos a faculdade de disciplinar os próprios interesses, observadas as limitações impostas pelo Estado. Não se movem os indivíduos, que participam de uma relação de trabalho, pelo interesse de fazer prevalecer os critérios de justiça, ínsitos ao ordenamento jurídico, mas exclusivamente por critérios de conveniência. Isso não quer dizer que possam se sobrepor às normas emanadas pelo Estado e sim que estas atuam como um limite negativo à autonomia daqueles”⁶⁹

⁶⁷ REALE, Miguel. Lições Preliminares do Direito, p. 219.

⁶⁸ DELGADO, Maurício Godinho. Curso de Direito do Trabalho, p. 280.

⁶⁹ MAGANO, Octávio Bueno. Manual de Direito do Trabalho, p. 110.

Existem várias relações jurídicas que podem aparecer no mundo fático, como por exemplo, uma relação que surge a partir de uma obrigação de fazer pessoal, mas, sem subordinação, ou mesmo uma obrigação de fazer sem pessoalidade ou subordinação, ou outras quaisquer, que não serão aqui englobadas, pois, não estão sob a égide da relação de emprego, objeto de nosso estudo.

Tem-se historicamente, notícia de que a relação empregatícia veio surgir a partir da época do desenvolvimento da sociedade industrial contemporânea. Na realidade, é unânime entre os doutrinadores que o trabalho e a sua relação somente se firmaram como objeto de um ramo específico do Direito quando do advento da Revolução Industrial, com o surgimento da máquina a vapor. Essa relação que é livre, porém subordinada, no mundo jurídico jus laboral, é a mais importante de todas as relações de trabalho até então existentes.

Antes do século XX, o trabalho não era prestado de forma livre, mas, sob a forma servil ou escrava, ou seja, bastante penosa e dolorosa. Esse fato ocorria, pois, na época, valorizava-se a cultura escravagista e desvaloriza-se a figura humana do trabalhador escravo, que era, pois, na ocasião, visto como uma “coisa”, um “bem”. O escravo, portanto, não existe e nem se aplica senão em função do seu senhor. É propriedade sua, é instrumento vivo de que ele se serve para realizar-se integralmente. É parte do senhor: realiza toda a sua razão de ser quando lhe executa cegamente as ordens. Já dizia Aristóteles em sua obra “Política:

“Do mesmo modo, o senhor é unicamente dono do escravo, mas não é parte essencial dele; o escravo, em vez disso, não somente é servo do amo, como também lhe pertence de maneira absoluta. Fica demonstrado, de modo evidente, o que é o escravo em si, e o que pode ser. Aquele que a si mesmo não se pertence, porém pertence a outro, e, contudo, é um homem, esse é naturalmente escravo. Ora, se um homem é de outro, é algo possuído, ainda que seja homem. E uma coisa possuída é um instrumento de uso, separado do corpo que pertence. Existem, na espécie humana, seres tão inferiores a outros quanto o corpo é em relação à alma, ou a besta ao homem. São aqueles para os quais a utilização da força física é o melhor que deles se consegue. Segundo os nossos princípios, esses indivíduos, são destinados, por natureza à servidão, pois, para eles, não há nada mais simples do que obedecer. Assim é o escravo por instinto; pode pertencer a outrem (também lhe pertence a ele, de fato), e não tem razão mais do que o suficiente para dela experimentar um vago sentimento: não possui a razão em sua plenitude. A utilidade que tem os escravos é quase a mesma dos animais domésticos: auxiliam-nos com sua força física em nossas diárias necessidades. A natureza mesma parece desejar dotar

de características diferentes os corpos dos homens que são livres e dos que são escravos.”⁷⁰

Assim, diante do que foi visto, o trabalho livre e a sua regulamentação eram bastante incipientes nessa época. O trabalhador ainda precisava atravessar um importante caminho até ser valorizado como homem e por isso mesmo, se tornar detentor de direitos fundamentais. Foi somente com o desenvolvimento das relações sociais e a consequente valorização do ser humano, que as relações de trabalho passaram a sofrer significativas alterações, como veremos em seguida. Porém, essas alterações não foram tão fáceis de serem implantadas, pois, havia, por parte dos empregadores, uma resistência muito forte, já que eles mesmos não demonstravam qualquer preocupação com os seus empregados e com as relações que com eles travavam.

Hodiernamente, porém, para se caracterizar a relação de emprego, necessária se faz a presença de alguns requisitos essenciais: a prestação de trabalho por pessoa física a um tomador de serviços; prestação dotada de pessoalidade e não-eventualidade e sob subordinação, sem esquecer da onerosidade.

O trabalho de pessoa física aparece como elemento essencial, pois, o Direito do Trabalho protege e tutela uma relação jurídica pactuada por uma pessoa determinada, já que serão os seus próprios bens jurídicos essenciais, tais como a saúde, a integridade física, honra, etc., objetos de proteção do Direito do Trabalho.

Contudo, conceituar o trabalho não é matéria tão fácil, pois, são várias as suas significações. No latim, a palavra trabalho está atrelada à ideia de *poena*, indicando uma atividade penosa. Em francês, *labour* tem relação com o trabalho na terra. É dessa forma que se chega à constatação de que o conceito de trabalho está relacionado ao cultivo dos campos e à fadiga humana. Contudo, isso tudo traz uma constatação muito importante, tendo em vista que o trabalho nos campos foi a primeira forma que o homem detinha para buscar a sua sobrevivência, como também foi a primeira forma de exploração humana.

Plácido e Silva designa como pessoa física denominação que se atribui ao ser humano, considerado como entidade corpórea, ou seja, como um animal ou ser biológico. No exato sentido da técnica terminológica, não demonstra a expressão rigoroso conceito jurídico acerca do ser humano, juridicamente considerado. Já aludia Teixeira de Freitas à

⁷⁰ Aristóteles. Política. 6-14.

circunstância de que o direito não considera o homem somente em seu aspecto físico. Há nele, mais que um animal, pois, que, em verdade, para que se mostre em sua individualidade jurídica, ou como homem jurídico, é encarado e considerado em seus aspectos social e moral, em que se integram estados de ordem superior ao meramente biológico.⁷¹

A pessoalidade confunde-se muitas vezes com o primeiro caractere (pessoa física), porém, na verdade, o que se vê é que nem sempre o trabalho prestado por pessoa física é dotado da figura da pessoalidade. Pessoalidade tem o sentido de expressar uma condição do que é pertinente à pessoa ou cumprido por ela mesma. Assim, pois, essa figura exige que a prestação de serviço seja pautado na infungibilidade no que se refere à pessoa do trabalhador. Por isso, a prestação de trabalho tem que ser *intuitu personae*, o que deixa claro que não será possível deixar que o trabalhador possa se fazer substituir por outro ao longo da sua prestação de serviço. É importante ressaltar, também, que essa caracterização traz traços importantes, tanto no momento da formação da relação de emprego, quando também na sua extinção, já que, por exemplo, em caso de morte do empregado, extingue-se o contrato de trabalho de tal modo que os seus herdeiros ou sucessores não poderão se fazer substituir em razão do seu falecimento.

Para Paulo Emílio Ribeiro de Vilhena⁷² a pessoalidade é suposto básico e direto de responsabilidade e de titularidade. Essa pressupõe diligência, boa-fé e lealdade no comportamento das partes. A sua projeção jurídica trata tanto de uma atribuição de direitos como também de uma imposição de deveres.

Essa característica, porém, incide exclusivamente sob a pessoa do trabalhador, mas nunca do empregador, pois, sob esse incide a figura da despersonalização. Por isso, somente se admite a substituição do polo passivo da relação empregatícia, mas, jamais, do polo ativo, sem esquecer que devem ser manter, também, todas as regras relativas à sua contratação originária.

⁷¹ De Plácido e Silva. Vocabulário Jurídico, p. 608.

⁷² VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro de. Relação de Emprego: Estrutura Legal e Pressupostos. 2. Ed. São Paulo: Ltr, 1999, p. 350.

Firmou-se, portanto, esta posição diante da preponderância jurídica e econômica do estabelecimento (aspecto objetivo da empresa), como bem esclarece Moraes Filho:

“Esta despersonalização do empregador – cuja correspondência em termos jurídicos implica em dizer que o contrato de trabalho não é tributário dos pactos intuitu personae quanto a um dos contratantes (exatamente o empregador), embora possa sê-lo em casos excepcionais – conduz diretamente ao reconhecimento de uma afirmativa nova e mais audaciosa: a de que o contrato de trabalho, uma vez celebrado, leva mais em consideração a empresa do que propriamente a pessoa de quem o concluiu do lado patronal. Sem tomar partido na polêmica atual entre a relação e o contrato de trabalho, se existe somente elemento fático ou também jurídico, não há como negar que o contrato de trabalho se insere diretamente na empresa, ou no estabelecimento, com mais precisão. Do lado patronal, toma-se como ponto de referência ou de convergência dos contratos de trabalho, não mais a pessoa física ou jurídica de seu titular, e sim o próprio organismo produtivo.”⁷³

Já a não eventualidade determina a permanência, em dois sentidos. O primeiro deles diz respeito ao contrato de trabalho de tal modo que ele deve permanecer durante o maior tempo possível em nome da continuidade da relação de emprego, onde se incentiva a permanência do vínculo de emprego de maneira indefinida. E, de outro lado salienta que, para que haja relação empregatícia, necessário se faz que o trabalho prestado não tenha o caráter esporádico.

A onerosidade, a penúltima característica aqui tratada, determina que a relação empregatícia é aquela que tem essencialmente fundo econômico. Deverá, por esse prisma, haver no contrato de trabalho, obrigações das partes envolvidas, sem esquecer que, imprescindível se criar, por isso mesmo, uma contrapartida em razão da força de trabalho que é colocada à disposição do empregador. A contrapartida, por sua vez, exige, por parte do tomador de serviço, que ele venha conceder verbas contraprestativas em favor do empregado, em razão da relação empregatícia pactuada. Isso faz caracterizar o contrato de trabalho como oneroso, sinalagmático e bilateral, já que as prestações das partes são, todas elas, recíprocas e economicamente mensuráveis.

Plácido e Silva qualifica tudo o que está sujeito a ônus ou encargo como oneroso. É a qualidade ou condição de estar onerado ou ter ônus. Na técnica dos contratos, em oposição ao que é gratuito, exprime que se faz com reciprocidade ou se regula por

⁷³ MORAES FILHO, Evaristo de. Sucessão nas Obrigações e a Teoria da Empresa, p. 131.

prestações e contraprestações. É costume dizer-se a título oneroso, ou simplesmente oneroso, ao contrato em que há obrigação de dar ou fazer, com reciprocidade.⁷⁴

A onerosidade, todavia, deve ser analisada sob dois contextos, um objetivo e outro subjetivo. O primeiro deles, diz que o pagamento apresenta-se como elemento feito pelo empregador ao empregado, com a finalidade de remunerá-lo em razão dos seus serviços prestados. O segundo faz menção à intenção contraprestativa principalmente por parte do trabalhador, ou seja, demonstrando ele o intuito essencial de auferir ganho econômico pelo trabalho ofertado. Necessário, na visão de Godinho, que esteja presente o *animus contrahendi*, ou seja, a clara intenção do prestador de se vincular, ou não, a título oneroso, e empregatício.

Por fim, a subordinação, aparece como a grande mola mestra da relação de emprego e é sob ela que repousa a principal distinção entre a relação de emprego das demais relações que são voltadas às várias formas de produção. Amauri Mascaro do Nascimento⁷⁵ avalia a subordinação como objeto do Direito do Trabalho e destaca a conhecida posição da jurisprudência brasileira, centralizando-se no conceito de subordinação como elemento divisor do trabalho e atrativo da esfera da relação de emprego, Assim, há um traço definido nos estudos apontando para o trabalho subordinado como objeto do direito do trabalho.

Na sua definição, trata-se de uma situação em que se encontra o trabalhador, decorrente da limitação contratual da autonomia da sua vontade, para o fim de transferir ao empregador o poder de direção sobre a atividade que desempenhará. A subordinação significa uma limitação à autonomia do empregado de tal modo que a execução dos serviços deve pautar-se por certas normas que não serão por ele traçadas.

Délio Maranhão⁷⁶ tratou da subordinação lembrando da necessidade indissolúvel da existência da força de trabalho e da produção, sendo que o empregador, que exerce um empreendimento econômico, reúne em sua empresa, os diversos fatores de produção. Esta, precisamente, sua função social. Desses fatores, o principal é o trabalho. Assumindo o empregador, como proprietário da empresa, os riscos do empreendimento, claro está que lhe é de ser reconhecido o direito de dispor daqueles fatores, cuja reunião forma uma unidade técnica de produção.

⁷⁴De Plácido e Silva. Vocabulário Jurídico, p. 573.

⁷⁵NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Curso de Direito do Trabalho, p. 323.

⁷⁶MARANHÃO, Délio. Instituições de Direito do Trabalho, p. 241-242.

Ora, sendo o trabalho, ou melhor, a força de trabalho, indissolúvelmente ligada à sua fonte, que é a própria pessoa do trabalhador, daí decorre, logicamente, a situação subordinada em que este terá que ficar relativamente a quem pode dispor do seu trabalho. De um lado, tem-se a faculdade do empregador de utilizar-se da força de trabalho do empregado, um dos fatores da produção que dispõe – no interesse do empreendimento cujos riscos assumiu; de outro, a obrigação do empregado de se deixar dirigir pelo empregador, segundo os fins que este se propõe alcançar no campo da atividade econômica.

A doutrina nos mostra que existem várias formas de expressão da subordinação: A primeira delas, a subordinação hierárquica, levou em consideração o fato de haver aceitação pelo trabalhador das ordens ditadas pelo empregador. Fala-se em subordinação econômica do trabalhador com relação àquele que oferecia o trabalho, que se revelava pelo fato de receber o pagamento do salário, via de regra, única possibilidade financeira, único meio de receber o dinheiro para se manter.

Já a subordinação jurídica é aquela que pode variar em função da maior ou menor direção recebida. Pode variar em função do conhecimento técnico do empregado, que exija do empregador apenas uma leve supervisão ou total determinação. Pode o empregador ser dominante da técnica aplicada na atividade, ou ainda, impor o local, período e horário de trabalho, enfim. A subordinação jurídica, pois, se impõe e tem seus limites que decorrem do contrato, da legislação trabalhista, da legislação constitucional, do direito de liberdade e das garantias fundamentais.

Ratificando essa posição, pondera Sérgio Pinto Martins⁷⁷ que a subordinação deve ser jurídica e se caracteriza pela obediência a ordens, pois o obreiro exerce sua atividade com dependência ao empregador, por quem é dirigido. O empregado é, por conseguinte, um trabalhador subordinado, dirigido pelo empregador. A subordinação jurídica é verificada na situação contratual e legal pela qual o empregado deve obedecer às ordens do empregador.

Já para Délio Maranhão⁷⁸, a subordinação do empregado é jurídica, porque resulta de um contrato: nele encontra o seu fundamento e seus limites. O conteúdo desse elemento caracterizador do contrato de trabalho não pode assimilar-se ao sentido predominante na

⁷⁷ MARTINS, Sérgio Pinto. Direito do Trabalho, p. 95.

⁷⁸ Maranhão, Délio. Op. Cit. p. 242.

Idade Média: o empregado não é “servo” e o empregador não é “senhor”. Há de partir-se do pressuposto da liberdade individual e da dignidade da pessoa do trabalhador.

Tarso Fernando Genro⁷⁹ oferece, doutrinariamente, as características de subordinação e também destaca a subordinação jurídica, mostrando que o empregado faz parte do sistema de produção, sendo do empregador a faculdade de aplicar penas disciplinares, de controlar o trabalho e comandar a atividade do empregado, pois, são esses os limites da subordinação jurídica. A subordinação, porém, não é sempre obediência às ordens no sentido comum do vocábulo. Ela pode ser a inserção do prestador num sistema coordenado, em função dos interesses do empregador, no qual os atos de trabalho do empregado não são atos de escolha, mas atos de integração no processo produtivo ou nos serviços, exigido pelas finalidades essenciais da empresa.

E, finalmente, a subordinação técnica diz respeito ao fato de permanecer o trabalhador na dependência do uso do maquinário pertencente ao empregador ou conhecimento por este, exigido para a produção.

Na verdade, essa característica diz respeito ao estado de dependência ou obediência, sujeição. Desse modo, fica o empregado obrigado a submeter-se ao poder de direção do empregador em relação à sua prestação de serviços. Contudo, é bom deixar claro que essa característica faz referência ao modo de realização da prestação do empregado e não a sua pessoa. Assim, deverá o empregado acolher o direcionamento objetivo do empregador sobre a forma de efetuação da prestação do trabalho. A previsão legal que coloca uma pessoa na dependência de outra, obrigatoriamente deve preservar a personalidade humana e a dignidade do subordinado. Hoje, a doutrina e a jurisprudência pacificados, aceitam a subordinação jurídica, aquela que implica na dependência do trabalhador apenas no campo profissional e não pessoal.

Destarte, ao Direito do Trabalho interessa o trabalhador submetido à autoridade e direção do empregador de modo a orientar, através de ordens, instruções e determinações para a realização de atividade, fiscalizando sua atuação, com o objetivo de orientar para o fim proposto da atividade. Não é necessário que tais características se cumpram. Basta, apenas, que o empregador possa efetivá-las, estando o empregado sujeito ao recebimento e ao cumprimento das mesmas.

⁷⁹ GENRO, Tarso Fernando. Direito Individual do Trabalho, p. 98.

Ricardo Fonseca sustenta que a partir do contratualismo moderno, o sujeito de direito passa a ser visto como um conceito fundamental; uma condição apriorística da relação jurídica:

“A instauração de um sistema inteiramente calcado em regras jurídicas teve que confrontar com todo um denso passado histórico de dominação no trabalho. Para manter a dominação necessária ao funcionamento de uma relação de emprego, alguns conceitos como ‘subordinação jurídica’ e ‘controle de trabalho’ foram fundamentais. A dominação histórica sobre o trabalho tentou ser domesticada pela frieza dos conceitos jurídicos, que intentou instituir uma ‘dominação regrada’.”⁸⁰

O autor complementa sua linha de pensamento explicando que a legalização das relações de trabalho e a forjadura do conceito de subordinação jurídica tinham um propósito bem definido: legitimar a ampla sujeição do trabalhador ao comando do empregador.

“O direito do trabalho, assim, apesar de sua pretensão de fazer surgirem “sujeitos de direito” num contrato de trabalho (dotados de autonomia da vontade, racionalidade, etc.), não ficou infenso ao processo de apropriação das estratégias de dominação disciplinar que historicamente marcaram o trato entre patrão (ou senhor) e empregado (escravo).”⁸¹

Quanto à natureza jurídica da relação de emprego, sabe-se que foram várias as teorias que surgiram ao longo do tempo e que a procuraram explicar. Para as vertentes mais originais, a relação de emprego teria o caráter contratual, preponderando, aqui, a tendência civilista baseada na idéia da contratualidade. Para a vertente mais moderna, seria, a relação de emprego, uma relação contratual, mas que não facilmente se assimilaria a qualquer forma de contrato até então vigentes. Já para as teorias anticontratalistas, não existe qualquer relação contratual entre empregado e empregador, simplesmente por não estarem presentes bases principiológicas como a da autonomia de vontade e liberdade, que são ideias basilares de qualquer contrato válido. Nele, o empregado não discute cláusulas contratuais. O que haveria, na verdade, seria um estatuto elaborado pela própria empresa. O empregado não discute o contrato; ele apenas segue o estatuto previamente estabelecido.

A seguir, demonstram-se, mais detalhadamente, as teorias que estudam a natureza jurídica da relação de emprego.

⁸⁰ FONSECA, Ricardo Marcelo. Modernidade e contrato de trabalho. Do sujeito de direito à sujeição jurídica, p. 178.

⁸¹ Op. cit., p. 179.

- Teorias Contratualistas

Foram as pioneiras que buscaram explicar a natureza jurídica da relação de emprego. Na visão dessas, a relação entre o empregado e o empregador é formada por um contrato, já que depende da aquiescência das partes para ser constituído. Ainda que o empregador imponha as cláusulas ao empregado, há um contrato, já que decorre da vontade do empregado o exercício da atividade. Cabe ao Estado impor os limites contratuais ao empregador. Tais limites são encontrados tanto na Consolidação das Leis do Trabalho como na Constituição Federal. Dividem-se em:

1) Teoria do Arrendamento

É a mais antiga de todas as teorias civilistas-contratualistas e recebeu influência do modelo advindo de Roma. Considera o contrato de emprego, desde o Código Napoleônico de 1804, um contrato da espécie locação de serviços ou arrendamento. Desse modo, o contrato empregatício seria um contrato de locação de serviços, através do qual uma das partes colocaria o seu trabalho à disposição de outra. Essa, no entanto, é uma visão superada, já que é inconcebível se pensar em separação entre empregado e empregador no contrato de trabalho, tal como se pode vislumbrar num contrato típico de locação, onde se separa o sujeito (locador) e a coisa (objeto da locação).

2) Teoria da Compra e Venda

Originária do início do século XIX, essa teoria discrimina que o contrato de trabalho tem natureza jurídica de compra e venda, já que o obreiro venderia a sua força de trabalho ao empregador, e em contrapartida, atribuiria a essa um preço, que apareceria na forma de salário. O que se pode constatar, nessa breve análise aqui traçada, é que o trabalho, levando em conta o sistema capitalista, estaria aqui resumido à idéia de mercadoria, ou seja, uma idéia bastante primitiva do sistema econômico, inconcebível com as idéias atuais.

Essa teoria também não vingou, pois, da mesma forma que a primeira, insistia em separar a figura do empregado da do trabalho, o que, de fato, são idéias indissociáveis. Sem contar, principalmente, com a natureza da relação empregatícia que é econômica, ao contrário da anterior, que é temporária; e das prestações comuns a cada uma delas, que

discrimina no primeiro caso (compra e venda) uma obrigação de dar, ao passo que no segundo (contrato de trabalho) uma obrigação de fazer.

3) Teoria do Mandato

Através desta, o empregado atuaria como mero mandatário do empregador. Na realidade, há fidúcia entre a relação de emprego que se forma entre o empregador e o empregado, o que, no entanto, não transfere quaisquer poderes do empregador para o empregado. Muitas vezes, como afirma a doutrina, acentua a relação de subordinação entre o primeiro e o segundo.

4) Teoria da Sociedade

O contrato de trabalho se assemelharia ao contrato de sociedade, mesmo que *sui generis*, a partir do momento que se firmasse um suposto interesse comum em relação à produção; uma associação de atos sucessivos e coordenados dos partícipes da relação de emprego.

A sociedade tanto empresária como não empresária, visa o alcance de objetivos comuns, e segundo acentua Joaquim Pimenta:

“(…) se uma das características do contrato de sociedade é o compromisso entre os sócios de disporem em comum de seus bens, de seus capitais, e, como consequência, distribuírem equitativamente os benefícios decorrentes da administração do patrimônio social, de que bens ou capital dispõe o trabalhador para associar-se e quais os benefícios que auferir ou que lhe cabem como juros ou dividendos?”⁸²

Sendo assim, também foi uma teoria que perdeu a sua força por questões mais que óbvias, vez que, conceitos tratados acima, como os de *affectio societatis* e subordinação são totalmente incompatíveis entre si.

5) Teoria da Troca

Essa teoria afirma que existe uma troca realizada entre o empregado e o empregador, onde o empregado presta o seu serviço em troca do salário pago pelo empregador. Na realidade, essa teoria não prospera já que se está diante da figura do trabalhador, que é um

⁸² PIMENTA, Joaquim. Sociologia Econômica e Jurídica do Trabalho, p. 131.

elemento humano, não se pode falar em troca, pois, esta tem como objeto uma “res” (coisa).

6) Teoria da Locação

Aqui, o empregado loca o seu serviço ao empregador. Inadmissível, pois o homem não é objeto de locação.

7) Teoria do Contratualismo Clássico

Não lograram êxito por não trazerem nenhuma inovação em relação ao direito civil, sem contar, é claro, com as constantes tentativas de comparar fórmulas já consolidadas com as fórmulas características de um instituto até então desconhecido. Precárias, sem dúvida, foram todas as formas doutrinárias das relações de emprego tratadas a partir do ideário clássico civilista.

8) Teoria Contratualista Moderna

Essa teoria leva em conta a origem moderna da relação de emprego, que se caracteriza a partir do momento da ruptura entre a sociedade servil e a sociedade de produção, marcada pela subordinação.

Para esta teoria, sem dúvida alguma, a relação de emprego tem natureza contratual, e por isso mesmo, o esforço das teorias clássicas não foi tão em vão, pois, de certa forma, elas já conseguiam ver na relação empregatícia uma relação de natureza contratual, por mais que não fosse correta a classificação da qualidade de compra e venda, locação, empreitada, como visto anteriormente.

Estão sim, presentes, os elementos da voluntariedade e liberdade, ao contrário do que se poderia pensar há tempos atrás, já que a primeira está visível nas relações de uma forma concreta, pois a vontade é o elemento nuclear que discrimina o contrato empregatício do contrato de servidão, comum no século XIX.

É em contrato de característica basilar, pois, tem como objeto uma prestação de fazer contínua, subordinada, onerosa e pessoal em relação ao prestador. Não há, propriamente, um conteúdo específico no contrato de trabalho, de tal modo que qualquer obrigação de

fazer lícita e subordinada pode ser tida como uma obrigação empregatícia contratual. Modernamente, precisávamos incluir os caracteres da pessoalidade, não eventualidade e onerosidade.

- Teorias Acontratualistas

No início do século XX, as teorias principais que buscavam explicar a relação de emprego foram todas elas baseadas na tese acontratualista. Dividiam-se em:

1) Teoria da Relação de Trabalho

Essa teoria teve grande importância e influenciou fortemente as legislações latino-americanas. Para ela, tanto a liberdade quanto a vontade não têm papel significativo e necessário para a constituição e desenvolvimento do vínculo de trabalho subordinado. Na verdade, as fontes principais da relação jurídica de trabalho são a prestação material de serviço, ou seja, a prática de atos de emprego no mundo físico e social. Por isso, afastada estaria qualquer vinculação do contrato com a relação de emprego. O simples fato da prestação de serviços seria o elemento essencial e gerador de direitos e obrigações jurídicas.

Essa teoria afirma existir um ato primitivo que propicia a inserção do empregado na empresa, que, mesmo sendo de natureza contratual, tendo em vista o pacto firmado entre as partes envolvidas, não é caractere essencial, pois, este repousa no fato da ocupação e inserção do trabalhador na empresa. Assim sendo, pode-se concluir aqui que nada existiria antes dessa efetiva realização da prestação de serviços. Essa tese, porém, não logrou êxito, pois, pela doutrina e legislação pátrias, o período em que o empregado encontra-se à disposição do empregador, esperando ordens suas, compreende tempo de serviço efetivo.

2) Teoria Institucionalistas

Está relacionada à teoria anterior, pois, para esta teoria a relação de emprego configura-se também como um tipo de vínculo jurídico em que as idéias de liberdade e vontade não têm um papel essencial. Mas, a partir da idéia de instituição, constroem a sua teoria afirmando que a empresa também é uma instituição ou um corpo social que se impõe a um certo grupo de pessoas e cuja permanência e desenvolvimento não se submete à vontade particular de seus membros componentes. Desse modo, o empregado encontra-se

aqui numa situação fundamentalmente estatutária, não tendo qualquer iniciativa particular dentro da empresa.

Embora o institucionalismo, como afirma Godinho Delgado, se refira à idéia de colaboração econômico- social entre os membros da comunidade da empresa, “ a rigidez hierárquica inerente à noção de instituição acentua a assimetria de poder no âmbito empresarial interno, eclipsando a presença da liberdade e da vontade na produção e desenvolvimento da relação empregatícia individualmente considerada”.⁸³

Essas duas últimas teorias traçaram uma concepção de gestão trabalhista totalmente autoritária, já que a vontade e a liberdade no empregado, dentro desse contexto, não teriam um papel considerável.

3) Teoria do Acontratualismo

Para essa teoria, não seria correta a afirmação das duas últimas teorias vistas aqui e que eram bastante conservadoras e autoritárias, que ratificaram a idéia de que a liberdade e a vontade do obreiro não seriam características essenciais dessa relação, pois, foram exatamente esses dois elementos que se fizeram mais importantes para diferenciar as relações de emprego das demais relações de produção que até então existiram e originaram vertentes diversas de gestão empresarial no âmbito interno da empresa.

- Teoria Mista

Segundo essa teoria, a relação entre o empregado e o empregador não advém apenas do contrato, mas da atividade exercida pelo empregado.

Depois de toda essa análise, se faz oportuno concluir que apesar de toda a lógica e solidez dos argumentos adotados por todas essas supramencionadas teorias e suas diferentes correntes de pensamento, prevalece no Direito Brasileiro a teoria contratualista da relação de emprego, já que a própria Consolidação das Leis do Trabalho fala em “Contrato Individual de Trabalho”, uma vez, que, dentro da sua própria disposição, o contrato individual de trabalho consiste num acordo expresso ou tácito correspondente à relação de emprego”.

⁸³ DELGADO, Maurício Godinho. Curso de Direito do Trabalho, p. 313.

Ratificando essa posição, leciona Evaristo Moraes Filho, citado por Francisco da Motta Giordani e outros⁸⁴ que: “o ingresso na empresa faz-se mediante contrato, embora tácito e verbal, mas sempre acordo de vontades. Tanto assim que se proíbem futuras modificações unilaterais do regimento da empresa, tidas como alterações unilaterais das cláusulas contratuais dos antigos empregados. Respeitadas as fontes normativas, podem as partes pactuar livremente além do contrato mínimo imposto pelas leis, os tribunais e os sindicatos”.

Arnaldo Sussekind e Délio Maranhão dizem a esse respeito:

“Parece-nos – data vênia – que vai em tudo isto, a par do gosto pela novidade (crítica aos institucionalistas), uma grande confusão a respeito do que se deve entender, juridicamente por contrato. Contrato- é a lição da escola – é um acordo de duas ou mais vontades tendo em vista produzir efeitos jurídicos. Ora, se o empregado é admitido para trabalhar na empresa, essa admissão pressupõe, como é lógico, um acordo de vontades; um contrato, pois. Dir-se-á que a manifestação de vontade do empregado se resume em um ato de adesão a condições prefixadas pelo empregador ou pela lei. Mas, como frisa De Page, ‘nenhum texto ou princípio de direito exige, para a validade de um acordo de vontades, que o conteúdo do contrato seja estabelecido pelas duas partes ou tenha sido objeto de negociações e discussões preliminares’. Todo o contrato – diz aquele eminente jurista – pode converter-se num contrato de adesão, sem que, por esse motivo, as condições de sua validade sofram a menor modificação. O que acontece é que a igualdade jurídica, pressuposto do princípio da autonomia da vontade, não corresponde, muitas vezes, à situação real dos contratantes. Daí as restrições impostas a esse princípio. A legislação contemporânea, diante dos problemas surgidos com o desenvolvimento da economia capitalista, tende a regulamentar, de maneira cada vez mais rigorosa, certos contratos numa luta contra o abuso do poder econômico, cujo aparecimento – na frase de Page – ‘quebrou o sonho um pouco ilídico da igualdade dos contratantes, tal como era concebido cem anos antes’⁸⁵

Sintetizando todos esses pensamentos, Amauri Mascaro do Nascimento afirma que no atual estágio da evolução do pensamento jurídico trabalhista, não há necessidade de se inserir dentro da linguagem jurídica outro vocábulo além do “contrato”, que já esse, por si só, já é técnico e preciso o suficiente para afirmar que é nele que se firma um acordo de

⁸⁴ GIORDANI, Francisco Alberto da Motta Peixoto; MARTINS, Melchíades Rodrigues; VIDOTTI, Tarcio José. Fundamentos do Direito do Trabalho: Estudos em Homenagem ao Ministro Milton de Moura França. São Paulo: LTR, 2000, p. 225

⁸⁵ SÚSSEKIND, Arnaldo, MARANHÃO, Délio; VIANNA, Segadas. TEIXEIRA, Lima. Instituições de Direito do Trabalho. Vol I. 20ª Ed. São Paulo: LTR, 2002, p. 231

vontades entre empresários e trabalhador. É ele uma fonte de direitos e obrigações entre empregados e empregadores no plano do direito positivo.

Na visão de Arnaldo Sussekind:

“(…) ‘relação jurídica de trabalho’ é a que resulta de um contrato de trabalho, denominando-se relação de emprego quando se trata de um contrato de trabalho subordinado. Quando não haja contratos, teremos uma simples ‘relação de trabalho’ (de fato). Partindo dessa distinção, aceitamos a afirmação de Hiroshê Pimpão de que “sem contrato de trabalho” – entenda-se, *stricto sensu* – “não há relação de emprego. Pode haver...relação de trabalho”⁸⁶

Seguindo o entendimento de que sem o contrato de trabalho não há que se falar em relação de emprego, Délio Maranhão estabelece que:

“(…) onde há contrato, verifica-se entre os contratantes, uma relação jurídica (*vinculum iuris*). Admissível, isto sim, a seguinte distinção terminológica: “relação jurídica de trabalho” é a que resulta de um contrato de trabalho denominando-se relação de emprego, quando se trata de um contrato de trabalho subordinado. Quando não haja contrato, teremos uma simples relação de trabalho”⁸⁷

2.2 – Contrato de Trabalho

2.2.1 – Histórico e natureza jurídica negocial

Como vimos no início da exposição desse trabalho, Roma desde o início, desenvolvia a sua economia com base na atividade de homens não livres. O homem era uma propriedade viva de outro homem e era sobre ele que recaia o ônus da produção de riqueza. A relação de trabalho, portanto, era uma mera relação real de domínio. Tanto é que isso fez com que os romanos regulassem de forma estranha as relações que envolviam o trabalho de homens livres, comparando-os às coisas. Assim, criou o “*locatio conductio*” nas espécies de “*locatio operarum*” e “*locatio operis facendi*”.

Estas duas modalidades tinham como objeto o contrato de trabalho humano, sendo que a segunda leva em consideração não apenas cada um dos serviços que devem ser prestados, mas sim, a execução como um todo, ao passo que na primeira, de uso mais

⁸⁶ op. cit., p. 232.

⁸⁷ MARANHÃO, Délio. In: SÜSSEKIND, Arnaldo et. El. Instituições de Direito do Trabalho., p. 235.

restrito, já que a produção de riqueza era tarefa precípua dos escravos, revestia-se na forma de um contrato sinalagmático e que levava em consideração o serviço. A distinção, portanto, residia no modo através do qual o trabalho era prestado tendo em vista o seu resultado. No Brasil, admitiram-se as duas formas de trabalho humanas, sendo entre nós admitida a *locatio operarum* na forma de locação de serviços e a *locatio operis* na de empreitada.

A *locatio operarum* caracterizava-se pela larga liberdade contratual que concedia, de modo que todas as regras inicialmente pactuadas, que em tese eram sempre muito severas para o trabalhador, poderiam ser livremente derogadas por vontade das partes. Quase não existiam medidas que tratassem de aspectos protetivos como a segurança e higiene do trabalho, mostrando a despreocupação com as relações sociais nesse período. Isso se provava, pois, não havia, por exemplo, estipulação de uma jornada de trabalho determinada, já que a duração desta era de sol a sol; a duração do contrato que envolvia o trabalho como objeto perdurava enquanto vida tivesse o sujeito passivo da prestação laboral, sendo a morte, portanto, causa de extinção do contrato de trabalho.

Podia ainda o patrão destinar o seu empregado para o desempenho de qualquer função e em qualquer localidade, dependendo para isso, apenas, da sua livre e espontânea vontade. Em caso de doença do empregado, o mesmo não recebia nenhuma forma de proteção de modo que não poderia, em hipótese alguma, reclamar pelo seu salário. Era, portanto, a *locatio operarum* um verdadeiro negócio jurídico de sujeição pessoal, onde, mediante a locação de serviços, o trabalhador comprometia inteiramente a sua liberdade, ficando à mercê do seu *dominus*, que tinha a faculdade de dirigir a sua vida, mesmo fora do âmbito das relações de trabalho. Apesar de tudo, uma pequeníssima preocupação em relação ao trabalho já era demonstrada naquela época, tendo em vista a segurança quanto à percepção de salários em razão da ocorrência de fatos extraordinários não relacionados diretamente à figura do trabalhador, como também em caso de insolvência do mesmo.

Contudo, essa realidade degradante estava prestes a perder força, pois, com as transformações da estrutura econômica da sociedade em face do advento da Revolução Industrial, mudanças radicais na organização das relações de trabalho se faziam necessárias. A emancipação do indivíduo era resultado de um movimento antropocêntrico

que se iniciou com o Humanismo e ganhou mais força com o Renascimento e a Reforma, que foram o marco inicial da revolução do indivíduo frente à figura da sujeição.

A doutrina filosófica do individualismo foi ganhando força e passou a influenciar decisivamente o Direito daquela época. O homem passa a ser detentor de direitos naturais que são indissociáveis à sua condição humana e que são mais importantes em conteúdo e em extensão que o Direito Positivo. Assim, cria-se ao legislador certo limite, de modo que ficará este submetido aos preceitos legais. Desse modo, ficava clara a idéia de que as regras jurídicas criadas pelo Estado devem ter somente a função de proporcionar ao indivíduo um ambiente de segurança que lhe possibilite a expansão da sua atividade humana criadora.

Em se tratando das relações civis, o ponto mais claro do individualismo foi visto quando da adoção da liberdade civil. Essa garantia aos homens livres e iguais em direitos, a possibilidade da criação de obrigações fruto de atos de vontade, tendo a ordem jurídica, então, que garantir aos indivíduos, plena autonomia de ação a fim de que sejam livremente constituídos direitos e obrigações, que passam a ter, no contrato, a mais importante fonte de expressão.

Necessária, também, a presença, diante deste instrumento, da liberdade de convenção, de modo que toda a pessoa teria que ter efetivada a faculdade de estipular direitos e deveres tendo em vista apenas a sua vontade, sendo, portanto, a vontade, uma clara expressão do individualismo jurídico. Ficou clara a idéia de que os direitos deveriam decorrer ou da lei, que era expressão da vontade geral, ou então do contrato, que decorre da vontade das partes. Assim, a autonomia passou a ser tratada como um postulado sob o qual deveriam advir todas as relações pessoais que pudessem ser travadas pelos indivíduos na esfera privada.

As relações de trabalho foram por tudo o que até agora ficou claro, sofrendo claras transformações e adaptações, sob a luz do individualismo e liberalismo próprios da época da Revolução Francesa. Pela primeira vez, o contrato de trabalho passou a ser disciplinado no Código francês de 1804, que discriminava a proibição do trabalho perpétuo, por importar uma forte causa de restrição à liberdade do indivíduo que é uma mais importantes expressões do direito natural.

Contudo, infelizmente, havia ainda uma nítida parcialidade do Código em relação aos interesses patronais, que foram, veementemente chancelados. Isso fez com que o estigma do liberalismo fosse desmascarado, já que a sua finalidade central, ou seja, a de garantir uma igualdade formal, não foi atingida. Ao contrário, a desigualdade real entre os homens resultante da diversidade de situação econômica foi recepcionada pelo Direito, que aos poucos, permitia a opressão dos fortes que detinham o poderio econômico, sobre os mais fracos.

Fazia-se necessária, cada vez mais, a intervenção do Estado nas relações de trabalho, de modo que essas se tornassem mais organizadas e justas, evitando que se pudessem praticar abusos. Para isso, precisou se limitar o poder dos empregadores.

Já em se tratando da natureza jurídica deste contrato, muito se discutiu a seu respeito. Ainda hoje, boa parte da doutrina questiona se o contrato de trabalho tem mesmo natureza de um negócio jurídico, vez que o elemento volitivo é manifestado com reserva pelas partes, já que até mesmo alguns autores a declaram inexistentes. Portanto, passaram a ver o contrato de trabalho como não sendo um negócio jurídico, pois, na sua formação não existia a vontade humana.

Na verdade, se pode constatar, com uma análise de dados históricos, que o negócio jurídico propriamente dito, surgiu a partir da escola alemã pandectista do século XIX, inspirada, como vimos, pelas idéias do voluntarismo jurídico. Nesse instante histórico, a manifestação de vontade era o elemento essencial para a configuração e caracterização do negócio jurídico, partindo-se da igualdade meramente formal dos signatários. Era, pois, a época de um sistema jurídico que prestigiava a ampla autonomia de vontade das partes como forma de auto-regulação.

Com o passar do tempo, se viu que a igualdade formal das partes implicava a sobreposição do contratante forte em relação ao hipossuficiente. Dessa forma, a teoria do Negócio Jurídico foi, então, pré-concebida como forma jurídica da viabilizar e legitimar os interesses da burguesia, o que fez surgir adiante a necessidade de valorização das idéias de isonomia e de justiça distributiva.

Entretanto, esse liberalismo começou a dar sinais de desgaste, passando a emergir um Estado Social intervencionista, preocupado em conceder proteção aos mais frágeis das relações juridicamente firmadas. Passou-se à fase da autonomia privada, com a

preocupação de adequar a declaração de vontade aos valores pautados na lei. Era, na opinião de Pietro Perlingieri⁸⁸, o “processo de recomposição do ordenamento no sentido constitucional”.

O legislador brasileiro, todavia, adotou a teoria do negócio jurídico para explicar o fundamento do contrato de trabalho, não negando uma nova concepção conceitual em que a vontade manifestada pelas partes produz efeitos limitados, em face da passagem da autonomia privada para o solidarismo contratual que prega, através da ordem jurídica constitucional, a existência digna de todos conforme os ditames do bem-estar e da justiça social.

Assevera Dellegrave Neto:

“Diante disso, pode-se dizer que o contrato de trabalho é uma relação jurídica complexa, dinâmica e solidária, mas também é visto como espécie de negócio jurídico bilateral, não em sua aceção liberal- até porque o elemento volitivo é abruptamente mitigado por se tratar de um contrato dirigido e de adesão – mas em concepção solidarista, que reconhece o sujeito de direito não como um ser abstrato e virtual, mas concreto e economicamente desigual, merecendo tutela jurídica a partir dessa desigualdade.

Assim, a atual noção de negócio jurídico por certo não é mais a voluntarista, como ato de vontade que visa a produzir efeitos jurídicos, nem tampouco a concepção objetivista de que o negócio é um preceito decorrente da auto-regulamentação dos interesses privados.”⁸⁹

Na mesma linha, Antonio Junqueira Azevedo:

“Não se trata mais de entender o negócio como ato de vontade do agente, mas sim um ato que socialmente é visto como ato de vontade destinado a produzir efeitos jurídicos. A perspectiva muda inteiramente, já que de psicológica passa a social. O negócio não é o que o agente quer, mas sim o que a sociedade vê como a declaração de vontade do agente. Deixa-se, pois, de examinar o negócio através da ótica estreita do seu autor, alargando-se extraordinariamente o campo de visão, passa-se a fazer o exame pelo prisma social e mais propriamente jurídico”⁹⁰

Atualmente, os contratos de trabalho ganharam a qualidade de contrato de adesão, o que se explica por vários aspectos. O primeiro deles, por estar a vontade do empregado mais condicionada à do empregador, tanto em relação ao aspecto econômico,

⁸⁸ PERLINGIERI, Pietro. Perfis do Direito Civil. Introdução ao Direito Civil-Constitucional, p. 17.

⁸⁹ DELLEGRAVE NETO, José Affonso. Op. cit., p. 57.

⁹⁰ AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Negócio Jurídico: existência, validade e eficácia, p. 01-02.

revelado pela sua dependência econômica, como em relação ao aspecto material e jurídico, vez que aos trabalhadores só restava a possibilidade de aderir às cláusulas que eram discricionariamente impostas pelos empregadores que passaram a garantir certos direitos e vantagens, mostrando o reflexo da restrição à liberdade de estipulação das cláusulas unilateralmente impostas pelo tomador de serviços. A melhor interpretação dos contratos de adesão deve privilegiar a parte que não estipula as cláusulas, de modo a gerar a redução das desigualdades entre as partes.

Deve-se transportar essa visão protetiva para o contrato de emprego, uma vez que a proteção é princípio norteador. A questão tem caráter político-ideológico, porém, modernamente percebe-se um aumento da proteção, paralelamente à precarização nas relações de trabalho. Para isso, deve-se conceder a proteção aos trabalhadores, sem que isso seja visto como um entrave ao desenvolvimento e crescimento da atividade empresarial.

Por isso, a necessidade da criação de um complexo feixe de normas que passou a ser chamado de Direito do Trabalho, que passaria a regular essas relações de natureza negocial e contratual, tendo em vista a obtenção de um equilíbrio entre as partes da relação que a este se vinculam.

2.2.2 Conceito e elementos

O contrato de trabalho, na opinião de Rouast, citado por Orlando Gomes, passa a ser visto como “a convenção pela qual uma pessoa põe à disposição de outra sua atividade profissional, de modo a trabalhar sob a direção desta e em seu proveito, mediante remuneração, que se chama salário”⁹¹. Daí se constata a presença de alguns elementos caracterizadores do contrato de trabalho, quais sejam: a subordinação, muitas vezes tratada pela doutrina como estado de dependência, a profissionalidade e a remuneração.

Levando em conta os elementos verdadeiramente essenciais à sua definição, assevera Orlando Gomes:

“Contrato de trabalho é a convenção pela qual um ou vários empregados, mediante certa remuneração e em caráter não eventual, prestam trabalho pessoal em proveito e sob a direção de empregador”⁹²

⁹¹ GOMES, Orlando; GOTTSCHALK, Elson. Curso de Direito do Trabalho. 4ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 118.

⁹² Op. Cit., p. 118.

A definição, portanto, traz os elementos pluralidade de sujeitos passivos da relação jurídica de trabalho, subordinação, pessoalidade, onerosidade e continuidade, que, por si só, são suficientes para reportar o contrato de trabalho na sua individualidade.

E continua Orlando Gomes:

“(...) A Consolidação das Leis do Trabalho estatui, no art. 442, que o contrato individual de trabalho é o acordo tácito ou expresso, correspondente à relação de emprego.

O conceito formulado nesse artigo é tecnicamente insustentável. Dizer que o contrato corresponde à relação jurídica que o informa importa redundância. Todo o contrato é o aspecto subjetivo da relação, com ela se confundindo, conseqüentemente. A dissociação entre as duas idéias é uma pura abstração de espírito. Portanto, a correspondência é logicamente necessária, tendo sido redundantemente salientada pelo legislador. Com efeito, se a existência da relação de emprego implica *ipso facto*, na presença de contrato de trabalho, toda relação dessa natureza é, inegavelmente contratual, uma não podendo substituir sem o outro. Essa presunção não carecia de ser explícita, num país em que há liberdade de trabalho. Toda relação jurídica de natureza pessoal nasce de um ato jurídico. Não basta a existência de dois sujeitos de direito e de um objeto para que uma relação de direito se forme. Mister se faz que os sujeitos se vinculem juridicamente; quem por outras palavras, se liguem por um negócio jurídico.

Em suma, a relação jurídica só se concretiza sob o impulso de um fato jurídico. No direito obrigacional, esse fato é o acordo de vontades entre dois sujeitos de direito. Normalmente, esse acordo de vontades é o contrato que, como ato jurídico propulsor da relação, a precede, nenhuma se travando sem que tenha havido concurso de vontades. Também na relação de emprego, o ato que lhe dá nascimento é o contrato. Por conseqüência, decorre aquela deste. Se assim é, o contrato não é propriamente o acordo correspondente à relação de emprego, porque esta é que deriva daquele”⁹³.

Otávio Bueno Magano define contrato de trabalho ou de emprego com sendo “um negócio jurídico pelo qual uma pessoa física se obriga, mediante remuneração, a prestar serviços, não eventuais, a outra pessoa ou entidade, sob a direção de qualquer das últimas”⁹⁴. Esse conceito se mostra bastante interessante, pois, será nele que veremos com veemência, quase todos os elementos caracterizadores das figuras do empregado e do empregador contidos nos artigos 2º e 3º da CLT.

O contrato de emprego até pouco tempo atrás era visto como locação de serviços, mas, como nos preocupamos em mostrar no início desse capítulo, essa tese não prosperou, passando, hoje, àquela denominação, por ter a capacidade de enquadrar, tão

⁹³ Op, cit., p. 119.

⁹⁴ MAGANO, Octávio Bueno. Manual de Direito do trabalho, 4ª Ed., p. 47.

perfeitamente, importantes fatores como a presença de uma relação jurídica que cria o estado de empregado.

Esse contrato é bilateral, consensual, oneroso, comutativo e de trato sucessivo. Bilateral, pois, origina direitos e obrigações recíprocas para as partes que nele estão envolvidas, de modo que aos direitos do empregador encontram-se corretados deveres do empregado e aos direitos do empregado estão vinculados os deveres do empregador. A consequência imediata dessa característica é a aplicação da exceção do contrato não cumprido à relação jurídica, pois, enquanto um dos contratantes não cumprir a sua obrigação, não pode exigir que o outro o faça. No Direito do Trabalho, essa exceção implica no fato de que o trabalhador só tem direito à remuneração depois que realizou seu serviço e na medida do que se estabelece no contrato. Desse modo, a própria CLT acolheu esse posicionamento quando ratificou a idéia de que o empregado poderá encerrar imediatamente a prestação de serviços e postular a rescisão indireta do contrato de trabalho quando o empregador não cumprir as obrigações do contrato.

Nesse sentido, leciona Inocêncio Galvão Telles:

“Nos contratos, pelo menos os bilaterais ou sinalagmáticos, a posição das partes apresenta-se com uma complexidade particular, constituída como é não só por deveres principais e acessórios mas também por créditos igualmente principais e acessórios, por direitos potestativos, estados de sujeição, ônus, expectativas jurídicas, exceções (meios de defesa). Cada uma das partes é titular da sua posição contratual, misto de elementos activos e passivos, e as duas posições, que se interpenetram e são incidíveis, formam a relação contratual.”⁹⁵

É consensual, pois, encontra-se perfeito e acabado a partir do momento em que as partes demonstram o seu consentimento, sem a necessidade de qualquer outra formalidade. É comutativo, pois, os contratantes auferem vantagens recíprocas, recebendo cada qual o equivalente ao que dá. Assim, a percepção do salário não poderá estar sujeita à sorte, até mesmo porque cabe ao empregador suportar o risco da atividade econômica, onde, em razão dessa última, diz Godinho Delgado que “o que pretende a ordem juslaborista é traduzir a idéia de responsabilização do empregador pelos custos e resultados dos trabalhos prestados, além da responsabilização pela sorte de seu próprio empreendimento (se se tratar de empregador vinculado à atividade econômica). A

⁹⁵ TELLES, Inocêncio Galvão. Direito das Obrigações, p. 35.

legislação trabalhista, portanto, em atenção a esse fim, garante a qualquer empregado o recebimento de um salário mínimo pela sua prestação”⁹⁶.

Ao mesmo tempo, é oneroso, pois, cada uma das partes tem uma contraprestação a receber que, para o empregado, significa o recebimento de salário. É essencial ao contrato de trabalho, pois, este, por natureza, não admite em possibilidade alguma, a gratuidade da prestação do serviço. Não é solene, pois, para a sua validade e configuração, não se exigem requisitos formais.

Caracteriza-se também por ser de duração continuada, ou de trato sucessivo. Na visão de Caio Mario da Silva Pereira, o contrato de trato sucessivo é “o contrato que sobrevive com a persistência da obrigação, muito embora ocorram soluções periódicas, até que, pelo implemento de uma condição, ou decurso de um prazo, cessa o próprio contrato. O que caracteriza é o fato de que os pagamentos não geram extinção da obrigação, que renasce.”⁹⁷ Assim sendo, a sua execução não se dá simplesmente pela prática de um ato, mas sim, pela continuidade de uma ação ou prestação, onde esta última deve ser cumprida observando-se um espaço de tempo. E ainda, por essa característica, denota-se a possibilidade de alteração do conteúdo do contrato de trabalho no curso da sua vigência, em razão de causas supervenientes à sua constituição. Aqui importantes conclusões a respeito dessa classificação poderão ser retratadas, como por exemplo, a impossibilidade de restabelecerem as partes à situação anterior ou *status quo ante* e a incidência da teoria da imprevisão.

Finalmente, é um contrato que estabelece uma prestação *intuitu personae*, pois, convencionou-se que a prestação de fazer, objeto da obrigação do contrato aqui tratado, somente poderá ser adimplida pelo próprio devedor, pessoalmente, sendo inadmissível seu cumprimento por terceiros.

2.2.3 – Elementos do Contrato de Trabalho

Dentre os elementos do contrato de trabalho, destacam-se os considerados essenciais. Esses se referem à capacidade dos contratantes, à manifestação de sua vontade

⁹⁶ Op. cit., p 316.

⁹⁷ PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil, v. 3, p. 41.

sem vícios de consentimento, o objeto lícito, possível, determinado ou determinável e forma prescrita e não defesa em lei. São, pois, pressupostos para a validade de todo e qualquer negócio jurídico.

O contrato pressupõe a capacidade civil das partes ainda que esta não seja plena. Ela é definida pela legislação civil como absoluta ou relativa. É relativa quando a capacidade do indivíduo não é plenamente configurada, necessitando de sua complementação por outrem, que lhe assiste ou representa. É absoluta quando a pessoa detém plenas condições de realizar atos na vida civil sem precisar ou depender de outra. Ainda aqui, importante mencionar a incapacidade total como sendo aquela em que há a necessidade de outrem para que o ato seja válido, vez que a pessoa não é capaz de praticar atos da vida civil sem que alguém lhe represente. Estão nesse rol os menores de dezesseis anos, os que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática desses atos; e os que, mesmo por causa transitória, não puderem exprimir sua vontade.

Em seguida, o Código Civil trata da incapacidade relativa do indivíduo para a prática de certos atos, em virtude da maneira de os exercer. Assim, são relativamente incapazes os maiores de dezesseis anos e menores de dezoito anos; os ébrios habituais; os viciados em tóxicos e os que, por deficiência mental, tenham um discernimento reduzido; os excepcionais, sem o desenvolvimento mental completo, e os pródigos.

As normas trabalhistas brasileiras consagraram a possibilidade de o indivíduo, mesmo sem capacidade civil plena, realizar um contrato de trabalho. Essa hipótese é vislumbrada, pois, aos dezesseis anos de idade o indivíduo pode começar a exercer atividade remunerada. Antes de alcançar essa idade, é admissível a figura do menor aprendiz, a partir dos quatorze anos de idade. Deste modo, embora a capacidade plena seja alcançada apenas aos dezoito anos, aquele que detém a capacidade relativa, por contar com idade entre os dezesseis e dezoito anos, pode exercer atividade laborativa.

Como segundo requisito, se faz necessária a manifestação da vontade das partes, pura e simples, sem que haja vício de consentimento (erro, dolo ou coação). Há aqui, que se lembrar, que são anuláveis os negócios jurídicos quando as declarações de vontade emanam de erro substancial que pode ser percebido pela pessoa de diligência normal, em face das circunstâncias do negócio.

No contrato de trabalho, a vontade pode ser manifestada de forma expressa ou tácita. Confirmando esse entendimento, o artigo 442 da CLT, estabelece que “o contrato individual de trabalho é o acordo tácito ou expresso, correspondente à relação de emprego”.

Por fim, o objeto precisa ser lícito, possível e determinado ou determinável. Deve ter forma prescrita e não defesa em lei. Deste modo, os contratos celebrados terão o seu embasamento na lei, não sendo, pois, ilícitos. A legislação brasileira não protege a prática de atos ilegais na formalização dos negócios jurídicos.

2.2.4 – Sujeitos do Contrato de Trabalho e seus deveres contratuais

Diz Orlando Gomes que as relações de emprego se identificam como relações de débito permanente, onde se produz um estado de poder, sendo este exercido sobre uma pessoa devedora do trabalho, em favor do credor, buscando, assim explicar a subordinação hierárquica do empregado. Tem como personagens a figura do empregado e a figura do empregador, que passaremos a analisar a partir de agora.

Para Maurício Godinho Delgado⁹⁸, empregado é toda pessoa natural que contrate, tácita ou expressamente, a prestação de seus serviços a um tomador, a este efetuados com pessoalidade, onerosidade, não-eventualidade e subordinação.

O conceito legal de empregado encontra-se insculpido no art. 3º, *caput* da CLT, que diz ser este: toda pessoa física que presta serviços de natureza não eventual a empregador, sob dependência deste e mediante salário. Desse modo, o que vimos é um preceito incompleto e que precisa ser complementado com a idéia trazida pelo artigo 2º do mesmo diploma, que inclui ali o caráter indispensável da pessoalidade, que já tratamos em momentos atrás.

Dai constata-se que o prestador de serviço só pode ser pessoa física, pois, somente essa é capaz de prestar os serviços com subordinação pessoal. Em relação à pessoa jurídica, isso não é possível. Ademais, o trabalho exige esforço pessoal, intelectual e até manual e, portanto, apenas a pessoa física poderia fazê-lo.

Ainda, segundo o mesmo autor supracitado:

⁹⁸ DELGADO, Maurício Godinho. Curso de Direito do Trabalho, p. 338.

“O empregado não se distingue de outros trabalhadores em virtude do conteúdo da prestação realizada, conforme já enfatizado.

O conteúdo da prestação (tipo de trabalho) consubstancia, em geral, dado relativamente irrelevante à configuração do vínculo de emprego, uma vez que, em princípio, qualquer obrigação de fazer, física e juridicamente possível, pode emergir como objeto de um contrato de emprego.

O que distingue a relação de emprego, o contrato de emprego, o empregado, de outras figuras sociojurídicas próximas, repita-se, é o modo de concretização dessa obrigação de fazer. A prestação laborativa há de se realizar, pela pessoa física, pessoalmente, subordinadamente, com não-eventualidade e sob intuito oneroso. Excetuado, portanto, o elemento fático-jurídico pessoa física, todos os demais pressupostos referem-se ao processo (*modus operandi*) de realização da prestação laborativa. Essa específica circunstância é de notável importância para a precisa identificação da figura do empregado (e, portanto, da existência de relação de emprego), no universo comparativo com outras figuras próximas e assemelhadas de trabalhadores).”⁹⁹

O conteúdo do contrato de trabalho envolve as obrigações próprias do empregado que repousa na prestação do trabalho e do empregador se aloca na remuneração do trabalhador, sem contar, é claro, com os outros poderes-deveres acessórios que dizem respeito ao poder de direção e o dever de subordinação, respectivamente.

A prestação de trabalho compreende os atos de execução, operações e incumbências para as quais o empregado foi admitido. O trabalho tomado, considerado pela legislação específica, é aquele executado para os outros e não para si mesmo, sendo assim, o trabalho desenvolvido pelo empregado um trabalho, exclusivamente voltado à utilidade de uma outra pessoa.

As relações contratuais de trabalho podem ser objeto de livre estipulação das partes contratantes, desde que não contrariem as normas de proteção do trabalho impostas pelo Estado ou particulares através de qualquer fonte normativa. Desse modo, a vontade das partes determinará como deverão ser prestados, executados e cumpridos os trabalhos.

O empregado se submeterá a prestar o serviço para o qual ele foi contratado, tendo este como instrumento de prova do objeto dessa prestação as anotações lançadas na sua carteira de trabalho ou no contrato escrito que servirá de prova da sua relação. Não presentes quaisquer desses requisitos, subentende-se que o empregado se obrigou a prestar quaisquer serviços, desde que sejam esses compatíveis com a sua condição pessoal. O

⁹⁹ Op. cit., p. 339.

objeto da prestação pode ainda ser determinado através do próprio regulamento da empresa, das convenções coletivas de trabalho ou até mesmo dos usos e costumes locais.

Dentro desse mesmo enfoque, cabe ao empregador, no uso do seu poder de direção, ordenar os atos de execução do seu subordinado. Este, todavia, deverá estabelecer, dentro dos limites legais existentes, como (tipo de trabalho e modo de prestação), quando (horário de trabalho que pode se desdobrar no conceito de jornada de trabalho – que variará em razão da atividade a ser exercida pelo empregado) e onde (lugar da prestação do trabalho, de importante relevo, pois, em razão do caráter da personalidade, indispensável se faz a presença do empregado no local do emprego) a prestação de serviço deverá se configurar. Em relação a esse último, normalmente, os contratos já dispõem algo a seu respeito desde o início da sua formulação. Caso contrário, possível precisar a vontade das partes analisando-se o conteúdo do contrato e as cláusulas relativas à natureza do trabalho que o obreiro deve executar.

Para Orlando Gomes, a consequência jurídica da essencialidade da cláusula relativa ao local da prestação do trabalho “é que, como regra geral, não se admite a violação da mesma por motivos frívolos vexatórios ou persecutórios. Não se admite, também, a adoção da transferência como instrumento de punição disciplinar, tal como ocorre em certos ordenamentos jurídicos”.¹⁰⁰

Oportuno se faz, nesse momento, trabalhar os deveres do empregado. Assim, cabe a ele, dentre outros deveres, o de diligência, fidelidade, assiduidade, colaboração, não-concorrência e obediência, e, em nome de tudo isso, terá ele um importante e essencial direito: à remuneração.

Por dever de diligência entende-se que o empregado deverá executar o trabalho com seriedade e consciência, que variará de acordo com a natureza do contrato e os usos da profissão. Ela não pode ser analisada sob um ponto de vista abstrato, mas, sim, relativo, tendo em vista a natureza da atividade e a especialidade das situações em que esse trabalho se desenvolve, sem esquecer do nível de remuneração do empregado. Ela é utilizada como ponto de referência para medir o comportamento do devedor da prestação no adimplemento

¹⁰⁰ GOMES, Orlando; GOTTSCHALK, Elson. Curso de Direito do Trabalho. 4ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 194.

de suas obrigações contratuais. Assim, “não pode o empregado colaborar com o empregador, senão com a diligência que deve ao mesmo.”¹⁰¹

Alguns afirmam que diligência nada mais é que um requisito ou expressão da personalidade do indivíduo. Deve estar vinculada á idéia de zelo, cautela, que todo o devedor deve observar na execução da obrigação. Aqui, o devedor não está vinculado ao resultado específico almejado pelo credor. Assume uma obrigação de meio, na qual “deve seguir com zelo o poder de direção do empregador sem, contudo, estabelecer relações ligadas ou presas ao resultado imposto. O cumprimento da obrigação de trabalhar será ultimado com a simples atividade exercida com dedicação, sendo o risco pelo resultado não alcançado exclusivo do empregador nos termos do caput ao art. 2º da CLT”¹⁰². A violação desse dever apresenta-se na forma de desídia, cabendo ao juiz, pois, delimitar, diante de cada caso, quais as circunstâncias que a circunscreve. No ensinamento de Ísis de Almeida:

“A desídia, em regra, só se configura através da repetição de faltas ou de sua maior gravidade, sendo, habitualmente, punida por etapas, chamadas de sentido pedagógico, com advertências, suspensões, até a dispensa”.¹⁰³

Na desídia, a punição por etapas, tem a finalidade de buscar a regeneração ou a recuperação do empregado faltoso. É evidente que essa progressão de penalidades só é possível dentro da suportabilidade da falta cometida, ou seja, que a gravidade e as implicações do ato estejam dentro do razoável.

Já o dever de fidelidade está relacionado ao princípio da boa-fé que é inerente à qualquer execução contratual. Escreve Santoro Passarelli, citado na obra de Orlando Gomes e Gottschalk que este dever “compreende obrigações inerentes à atividade da empresa, com as de abster-se o empregado de tirar proveito pessoal em decorrência da própria atividade, especialmente se consiste no encaminhamento de negócios por conta do empregador, seja embora sob a forma de percentuais, suborno ou outros presentes espontaneamente oferecidos por terceiros, a fim de evitar um conflito de interesses entre o empregado e o empregador. O dever de fidelidade encontra a sua maior expressão na obrigação que o

¹⁰¹ Op. cit., p. 195.

¹⁰² DELLEGRAVE NETO, José Affonso. Responsabilidade Civil no Direito do Trabalho, p. 39.

¹⁰³ ALMEIDA, Ísis. Manual de Direito Individual do Trabalho, p. 340.

empregado tem de abster-se, na sua atividade fora da empresa, de praticar atos prejudiciais à mesma”¹⁰⁴.

Esse dever de obediência está intimamente ligado a certos poderes do empregador, como os poderes de direção e comando; de controle e fiscalização; disciplinar, regulamentar e de organização, sendo esses dois últimos próprios da empresa. Atrelado a esses poderes, cumpre ao empregador exigir e obter determinados comportamentos do empregado, de modo a afastar qualquer tipo de infração disciplinar. A violação desse dever dá origem a duas faltas de natureza grave: a insubordinação (ou seja, a desobediência à ordem dada pelo empregador para cumprimento de um ato singular de execução e dirigida direta e pessoalmente ao empregado) e a indisciplina (que consiste numa desobediência de uma ordem disposta em caráter geral no regulamento da empresa ou de instruções gerais). É reflexo da violação de ordens gerais que partem de dirigentes, diretorias e conselhos de uma dada empresa.

Finalmente, cabe destacar que ao empregado cabe ainda, em algumas situações, obrigações de conduta relacionadas a certas omissões que se revestem na forma de obrigações de não-fazer. Assim sendo, poderá o empregado abster-se de concorrer com as atividades do empregador, se essa prestação for cláusula expressa no contrato.

Já em se tratando do empregador, podemos defini-lo como uma “pessoa física, jurídica ou ente despersonalizado que contrata a uma pessoa física a prestação de seus serviços, efetuados com pessoalidade, onerosidade, não eventualidade e sob sua subordinação.”¹⁰⁵

Para a CLT, o empregador é a “empresa individual ou coletiva que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviços. E ainda, diz o mesmo artigo que se equiparam ao empregador, para efeitos exclusivos da relação de emprego, os profissionais liberais, as instituições de beneficência, as associações recreativas ou outras instituições sem fins lucrativos, que admitem trabalhadores como empregados”.

Na verdade, o que se vê é uma impropriedade da CLT quando afirma ser empregador a empresa. Na realidade, empregador é a pessoa física, jurídica ou ente

¹⁰⁴ Op. cit. P. 196.

¹⁰⁵ DELGADO, Maurício Godinho. Op. cit., p. 379.

despersonalizado, titular da empresa ou do estabelecimento. Isso se deve ainda à influência da teoria institucionalista que procurava caracterizar a natureza da relação de emprego.

Pedro Paulo Teixeira Manus fala da importância da despersonalização, quando afirma:

“resulta do texto legal, portanto, que o empregador é a empresa e não os seus titulares. De fato, enquanto o empregado é sempre pessoa física, temos do ponto de vista do empregador, como regra geral, que este é pessoa jurídica. A empresa tem um sentido bastante amplo, pois, há de ser entendida como o conjunto de todos os meios necessários à consecução dos objetivos a que se propõe. (...) Portanto, fixemos a idéia de que empregador é a empresa e não os seus titulares. Estes, apenas, agem em nome da empresa, já que a pessoa jurídica, por si só, não pratica atos, os quais em seu nome, são praticados por aqueles que têm poderes de gestão do negócio.”¹⁰⁶

Nesse sentido, Mozart Victor Russomano afirma que o empregador não é a empresa, mas sim, o empresário, salientando que a lei foi de “rara infelicidade”, ao definir quem é empregador. Elucida que o § 1º do artigo 2º, ao designar empregadores por equiparação, abre exceções a si mesmo, sustentando que “melhor seria agrupar todos os empregadores sob o mesmo conceito”¹⁰⁷. Este autor apresenta definição extraída de obra de Ernesto Krotoschin, para quem o empregador “é a pessoa que utiliza o trabalho empregado.”¹⁰⁸. Semelhante conceito traz Otávio Bueno Magano, ao afirmar que o empregador é “toda entidade a utilizar-se de trabalhadores subordinados”¹⁰⁹.

Indiscutivelmente, dimensionar o conceito de empregador em contraposição à figura do empregado afasta o institucionalismo, teoria que subjetiva a empresa e a coloca como sujeito de direito. Portanto, a definição que atrela os sujeitos do contrato de trabalho possui inegável relevância conceitual, na medida em que abrange todos os empregadores, inclusive aqueles que a Consolidação das Leis do Trabalho enquadra na definição como empregador por equiparação.

Ao vincular a figura do empregador à empresa, o legislador possibilitou a variabilidade de seu núcleo significativo. Ainda que atualmente não prevaleça a definição de empregador como empresa, a vinculação da empresa à definição legal da figura do

¹⁰⁶ MANUS, Pedro Paulo Teixeira Manus. Direito do Trabalho, p. 80.

¹⁰⁷ RUSSOMANO, Mozart Victor. Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho, p.5.

¹⁰⁸ Idem.

¹⁰⁹ MAGANO, Otávio Bueno. Manual de Direito do Trabalho, 1984., p. 58.

contratante tornou clara a fixação do contrato de trabalho à própria organização empresarial.

Assim, a definição legal de empregador é, como vimos, um conceito aberto, porquanto a própria determinação de seu conteúdo depende da interpretação doutrinária de seus elementos, sujeita, portanto, à alteração no decorrer do tempo. Isto permite a revisão do significado teor conceitual, amoldando-o à evolução econômica e social, que influi diretamente na operacionalização das categorias jurídicas.

Todavia, convém ressaltar que essa posição crítica à definição legal não é unânime. Aluysio Sampaio vê no conceito legal de empregador como empresa um “avanço teórico e prático”. Apesar de admitir que esse conceito faz a conjunção de doutrinas díspares (o contratualismo e o institucionalismo) e de reconhecer o atrito teórico entre elas, na medida em que os sujeitos da relação jurídica somente podem ser “pessoas”, ele também foi capaz de perceber o caráter teleológico desta norma, em assim dispor para trazer maior garantia ao trabalhador.

Destaca que se

“aos juristas ainda presos com fortes liames às concepções civilistas e tradicionais do Direito repugna considerar a empresa como sujeito de direito (embora pessoa não seja), lembramos que pessoas não são as fundações e que as pessoas jurídicas não passam de figuras cerebrinas em ficções arquitetadas na concepção de doutrinas dogmáticas, ainda que por uma necessidade inarredável dos raciocínios e esquemas lógicos.”¹¹⁰

Relacionando a questão da personalização da empresa com o fenômeno da despersonalização do empregador, José Martins Catharino afirma:

“(...) deduz-se que o movimento para a personalização da empresa está em nexos de causalidade com a personalização do empregador. Tanto a primeira causa a segunda, como vice-versa. E esse movimento do tráfego jurídico em ‘mão dupla’, tudo indica, importará, dada a sua intensidade, em futura adoção de ‘mão-única’. Mais cedo ou mais tarde, quanto à empresa, o empregador individual e a pessoa jurídica ‘moral e fictícia’ cederão lugar à pessoa empresária, real e coletiva, composta de órgãos reunindo empreendedores capitalistas e trabalhadores, em colaboração. Realmente, falar-se em moral e ficção, relativamente ao dono atual da empresa e empregador, se nos parece autêntico absurdo.

A democratização da empresa está em função de sua personalização real e coletiva. Aumentará na razão direta da importância maior que se der à sua universalidade de pessoas, em detrimento da de bens”.¹¹¹

¹¹⁰ SAMPAIO, Aluísio. Contrato Individual de Trabalho em sua vigência, p. 38.

¹¹¹ CATHARINO, José Martins. Compêndio de Direito do Trabalho, v. I, p. 119

Para José Affonso Dallegrave Neto “em sendo o empregador a empresa, o chamado poder patronal diretivo deixa de atender aos interesses meramente subjetivos e egoísticos do proprietário para se adequar aos valores constitucionais estabelecidos pela ordem econômica, máxime o da função social, primado do trabalho e dignidade do trabalhador.”¹¹² Logo, “a empresa dimana não só direitos, mas deveres, dentre os quais o de tratamento digno e respeitoso ao trabalhador e ao trabalho, ambos valores supremos estatuídos pela Carta Magna”.¹¹³

Outra impropriedade diz respeito à possível idéia do leitor, quando faz a leitura do § 1º do supramencionado artigo, de acatar a possibilidade da existência de um empregador por equiparação. Na verdade, essa figura não existe. O que quis, verdadeiramente, o legislador, foi elencar determinadas entidades específicas como típicas empregadoras. O que se deve apreender, portanto, é que não se faz necessária a reunião de requisitos especiais para a qualificação de um sujeito como empregador, mas sim, devem eles se utilizar da força de trabalho empregaticamente contratada para executar os serviços fielmente contratados por ele.

Portanto, o empregador, na verdade, é aquele que emprega um ou mais empregados. Para José Martins Catharino, empregador “é a pessoa a quem está assegurado o trabalho alheio, por si remunerado e a si subordinado.”¹¹⁴

É empregador, então, aquele que admite empregado, sob forma remunerada e subordinada, para obter trabalho. E mais: o empregador assume o risco da sua atividade, que pode estar sujeita ao sucesso, como ao fracasso do mercado.

Ele tem como obrigação fundamental o pagamento da remuneração do empregado, já que com ele firmou uma relação contratual e de emprego de natureza onerosa. Esta é, pois, a contraprestação afeta ao empregador, tendo em vista a prestação de serviços por parte do empregado. Nesse ponto, exatamente, pode-se destacar a presença do princípio civilista da função social do contrato, quando, de um lado se percebe a troca, no contrato de trabalho, de dois bens: ou seja, a energia do trabalho do empregado e a soma de

¹¹² DALLEGRAVE NETO, José Afonso. Responsabilidade Civil no Direito do Trabalho, p. 39.

¹¹³ Idem.

¹¹⁴ Ibidem.

dinheiro ou outro bem capaz de satisfazer as necessidades humanas, pago pelo empregado àquele.

Portanto, essa obrigação patronal de remuneração é sempre de resultado, o que implica em dizer que só será considerada cumprida com o pagamento propriamente dito, sendo inaceitável qualquer tentativa de isenção ou justificativa de inadimplência¹¹⁵. Desse modo, “o caráter forfetário do salário é aquele que aponta para o seu pagamento sem sujeição aos aspectos de risco ou eventual dificuldade financeira do empregador. Nesse sentido, o artigo 449 da CLT dispõe que o salário e demais créditos trabalhistas subsistem mesmo nos casos de falência, concordata ou dissolução da empresa.”¹¹⁶

Esse fato retrata a “garantia”, ou seja, um elemento da estrutura da relação jurídica obrigacional que ganha especial ênfase quando visto ao lado da existência do contrato de trabalho, principalmente por sua causa, que repousa na percepção salarial pelo empregado em qualquer situação, desde que ele tenha prestado o seu serviço. Assim, sendo o contrato de trabalho de trato sucessivo, uma eventual nulidade ou resolução trarão efeitos *ex nunc*. Nesses casos, não sendo possível desfazer o contrato com o seu retorno ao *status quo ante*, o empregado terá o direito a uma indenização equivalente ao prejuízo, sob pena de locupletamento do empregador. Daí se extrai a importância da supramencionada ‘garantia’ a qual autoriza, no caso de inadimplência do devedor, a penetração no patrimônio da empresa mediante ação executiva. Na opinião de Liebman:

“a situação prática que pode dar ocasião à execução é o inadimplemento de uma obrigação de conteúdo patrimonial, por parte do obrigado, com conseqüente lesão do direito subjetivo correspondente. Só em presença dessa situação é que surge a razão de ser e o interesse prático da execução.”¹¹⁷

Daí constata-se que a garantia nada mais é que um conjunto de mecanismos que o ordenamento jurídico põe à disposição dos contratantes, a fim de que as obrigações pactuadas ou derivadas tornem-se efetivas e eficazes.

Ao empregador, cabe ainda alguns deveres complementares que estão relacionados à cooperação jurídica do empregador na prestação de trabalho, tais como a “responsabilidade que ele passa a assumir em face de terceiros por fato do trabalho e, em

¹¹⁵ Ibidem.

¹¹⁶ Ibidem.

¹¹⁷ LIEBMAN, Enrico Tullio. Manual de Direito Processual Civil, p. 205.

face do próprio empregador, pela segurança e higiene do trabalho, previdência social, acidentes e moléstias profissionais”.¹¹⁸

Resumindo, deve o empregador, pois, garantir a fiel execução do contrato de trabalho nos termos ou moldes designados, de modo a tornar executável o trabalho por parte do empregado. Se esse dever não é cumprido, nascerá para o empregado o direito de exigir o seu salário e de limitar-se a desempenhar a prestação do seu serviço dentro de certo tempo e de modo que lhe tenha viabilizado o empregador. Quando não lhe for viável qualquer forma de prestação, poderá ele, apenas, ficar à disposição do seu empregador, podendo, da mesma forma, exigir o salário contratado.

O que se constata, é que há uma nova roupagem para as relações obrigacionais motivadas por uma série de princípios e valores constitucionais vinculantes que reconhecem o outro indivíduo em sua plenitude, valorizando o homem, seu trabalho e sua dignidade. Assim, em certo momento, despatrimonializam-se as relações jurídicas, funcionalizam-se os conceitos jurídicos, ao mesmo tempo em que se aplicam as cláusulas da função social do contrato e da boa-fé objetiva na conclusão e execução contratual. Isso tudo, devido ao solidarismo contratual, que ganhou fôlego entre nós a partir do advento da Carta Magna de 1988.

2.2.5 – A concepção atual do contrato de trabalho e o princípio da dignidade da pessoa humana voltado à figura do trabalhador

Para iniciar esse tópico, importante destacar o conceito e a abrangência do princípio da dignidade da pessoa humana.

A dignidade da pessoa humana é o princípio de maior importância axiológica dentro do ordenamento jurídico tanto no âmbito nacional como no âmbito internacional, devendo aparecer como princípio reitor na interpretação e aplicação das normas, principalmente, se levarmos em conta o Direito do Trabalho, como espécie do gênero Direito Social, pois, somente a partir da valorização do ser humano enquanto ser que sobrevive, trabalha e interage com os outros e com o respeito às suas diferenças pelo

¹¹⁸ GOMES, Orlando; GOTTSCHALK, Elson. Curso de Direito do Trabalho. 4ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 202.

Direito, pela sociedade e pelo Estado é que será possível apreender o verdadeiro sentido e alcance da expressão “dignidade do trabalhador”.

Na realidade, ela foi posta como um Direito Fundamental, pela primeira vez, na Constituição Alemã de Weimar, que estabelecia, expressamente, que a “dignidade humana é inviolável. Respeitá-la e protegê-la é obrigação de todos os poderes Estatais” A Constituição Mexicana, também, tratou na dignidade, quando, no seu artigo 25, afirmou que “cabe ao Estado a direção do desenvolvimento nacional para garantir que este seja integral, que fortaleça a soberania da Nação e seu regime democrático e que, mediante o fomento do crescimento econômico e do emprego, além de uma justa distribuição de riqueza, se permita o pleno exercício da liberdade e dignidade dos indivíduos, grupos e classes sociais.”¹¹⁹

Esta ‘dignidade’ deve ser concebida como uma conquista ético-jurídica oriunda da reação dos povos contra as atrocidades cometidas pelos regimes totalitários contra milhões de pessoas na época da Segunda Guerra Mundial. Principalmente e partir daí que se formou a verdadeira consciência da necessidade da proteção da pessoa humana em sua integralidade físico-psíquica, o que ficou refletida nas Declarações e nos Pactos internacionais firmados quando do pós-guerra, sendo incorporado nos ordenamentos jurídicos de várias nações estrangeiras, dentre as quais a do Brasil, que integrou disposições principalmente no âmbito do Direito Constitucional e no Direito do Trabalho.

Houve, então, após a II Grande Guerra¹²⁰ a aprovação da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, em 1948, pela Assembléia Geral das Nações Unidas que se preocupou em definir categoricamente os direitos humanos e as liberdades fundamentais como um padrão comum de realização para todos os povos e nações. Após a sua adoção,

¹¹⁹ STUCHI, Victor Hugo Nazário. O trabalho penoso e a Dignidade da Pessoa Humana, in *Direitos Humanos e Direito do Trabalho*, p. 222.

¹²⁰ Afirma Flávia Piovesan, em seu artigo “Direito ao Trabalho e a Proteção dos Direitos Sociais nos Planos Internacional e Constitucional, in *Direitos Humanos e Direito do Trabalho*, p. 06, afirma que ao final da Segunda Guerra Mundial, emerge a grande crítica e repúdio à ideia de um ordenamento jurídico indiferente a valores éticos, captado pela ótica meramente formal. Intenta-se a reaproximação da ética e do Direito e, nesse esforço, surge a força normativa dos princípios, especialmente, o princípio da dignidade da pessoa humana. Há um reencontro com o pensamento Kantiano, com as ideias de moralidade, dignidade, Direito cosmopolita e paz perpétua. Para Kant, as pessoas em, em geral, qualquer espécie racional devem existir com um fim em si mesmo e jamais como um meio, a ser arbitrariamente usado para este ou aquele propósito. Os objetivos têm, por sua vez, um valor condicional, enquanto irracionais, por isso, são chamados de “coisas”, substituíveis que são por outras equivalentes. Os seres racionais, ao revés, são chamados “pessoas”, porque constituem um fim em si mesmo, têm um valor intrínseco absoluto, são insubstituíveis e únicos, não devendo ser tomados meramente como meios. As pessoas são dotadas de dignidade, na medida em que têm um valor intrínseco.

instaurou-se uma discussão a respeito da eficácia dos seus mandamentos, o que fez prevalecer a idéia de juridicização dessas regras na forma de tratado internacional, que ganhasse força obrigatória no Direito Internacional, o que, de fato, aconteceu.

Essa Declaração conjugou num só corpo normativo tanto os direitos civis quanto os políticos, tradicionalmente chamados de Direitos e Garantias Fundamentais, como também albergou os direitos econômicos, sociais e culturais, deixando clara a idéia da indivisibilidade, irrenunciabilidade, indisponibilidade, inalienabilidade e inter-relacionamento entre todos esses direitos. Somente desse modo, os direitos humanos poderiam ser fortalecidos, de modo e levar a dignidade da pessoa humana à condição básica de qualquer homem visto como um ser social.

Foi nessa declaração que se consagrou o direito ao trabalho digno e a dignidade do trabalhador como diretrizes basilares, destacando em seu artigo XXIII a disposição de que toda a pessoa teria direito ao trabalho, à livre escolha do emprego, a condições justas e favoráveis de trabalho, à proteção contra o desemprego, igual direito à remuneração por igual trabalho, sendo que essa remuneração teria que ser justa e satisfatória, assegurando não só ao trabalhador como também à sua família, uma existência digna, além de outros meios de proteção social, assegurando os direitos sociais¹²¹.

¹²¹ “os direitos sociais, às vezes chamados de direitos econômicos-sociais, referem-se a direitos cujo objetivo é proteger e avançar no exercício das necessidades humanas básicas e assegurar condições materiais para uma vida com dignidade. O fundamento deste direito no Direito dos Direitos Humanos encontra-se na Declaração Universal dos Direitos Humanos que no art. 22 anuncia: “Toda a pessoa, como membro da sociedade, tem direito à segurança social e à realização, por esforço nacional, pela cooperação internacional e de acordo com a organização e recursos de cada Estado dos direitos econômicos, sociais, culturais indispensáveis à sua dignidade e ao livre desenvolvimento de sua personalidade. (...)”. “o núcleo dos direitos sociais corresponde ao direito a um adequado padrão de vida. O exercício desses direitos requer, no mínimo, que cada pessoa desfrute dos direitos necessários à sua subsistência – direitos à alimentação e à nutrição adequadas, à vestimenta, à moradia e às necessárias condições de saúde. (...) A fim de exercer esses direitos, é necessário o exercício de certos direitos econômicos, como o direito de propriedade, o direito ao trabalho e o direito à seguridade social.” (Asbjorn Eide, apud Flávia Piovesan, *Direito ao Trabalho e a Proteção dos Direitos Sociais nos Planos Internacional e Constitucional*, in *Direitos Humanos e Direito do Trabalho*, p. 08). Em outra passagem, ainda assevera Piovesan citando o mesmo autor: “levar os direitos econômicos, sociais e culturais a sério implica, ao mesmo tempo, um compromisso com a integração social, a solidariedade e a igualdade, incluindo a questão da distribuição de renda. Os direitos sociais, econômicos e culturais incluem como preocupação central a proteção aos grupos vulneráveis. (...) As necessidades fundamentais não devem ficar condicionadas à caridade de programas e políticas estatais, mas devem ser definidas como direitos”. (Piovesan, Flávia. *Op. cit.*, p. 11).

Em seguida, o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966¹²² reconheceu o direito de toda a pessoa ganhar a vida mediante o trabalho livremente escolhido, reconheceu aos trabalhadores condições de trabalho justas e favoráveis, assegurando, dentre outros direitos, o de receber uma justa remuneração, um salário equitativo, uma proteção em relação às condições de emprego, sendo essa principalmente voltada às mulheres, uma garantia de condições de trabalho saudáveis e higiênicas, o descanso, o lazer, etc. Tudo isso, com o propósito de garantia de uma existência digna. Entretanto, desde o fim da I Guerra Mundial que a OIT surgia já consagrando condições favoráveis ao desenvolvimento do trabalho humano em âmbito internacional.

Nesse pensamento, afirma Hannah Arendt, citada por Celso Laffer:

“(...) a igualdade em dignidade e direitos dos seres humanos não é um dado. É um construído da convivência coletiva, que requer o acesso ao espaço público. É este acesso ao espaço público que permite a construção de um mundo comum através do processo de asserção dos direitos humanos”¹²³

Foi a partir daí que, então, a Dignidade da Pessoa Humana ganhou o status de princípio de maior importância entre as constituições dos países democráticos, e é claro, na brasileira, que, por esse e outros motivos ficou conhecida como Constituição Cidadã. O valor da pessoa humana e a possibilidade de análise deste valor foram relevantes ao legislador constituinte para a identificação do princípio da dignidade como fundamento básico em nosso texto constitucional.

Buscando o significado da expressão “dignidade”, foram analisadas várias acepções para este termo tanto nos dicionários comuns da língua portuguesa como também nos dicionários jurídicos e na doutrina, alguns dos quais nos ocupamos em descrever aqui.

No dicionário Houaiss, por exemplo, a palavra dignidade aparece como um substantivo, que significa: “1: a qualidade moral que infunde respeito; consciência do

¹²² Esse pacto, diga-se de passagem, ratificado pelo Brasil, estabelece a obrigação do Estado em reconhecer e progressivamente implementar (norma de conteúdo programático) os direitos nele enunciados, utilizando o máximo de recursos disponíveis. Da aplicação progressiva dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais resulta a cláusula da proibição do retrocesso social em matéria de direitos sociais. Piovesan, Flávia. Op. cit., p.23.

¹²³ LAFER, Celso. A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt, p. 22.

próprio valor; honra, autoridade, nobreza. 2: qualidade do que é grande, nobre, elevado; 3: modo de alguém proceder ou de se apresentar que inspira respeito; solenidade, gravidade, brio, distinção; 4: respeito aos próprios sentimentos, valores, amor-próprio; 5: prerrogativa, honraria, título, função ou cargo de alta graduação”¹²⁴.

No dicionário de De Plácido e Silva¹²⁵ a dignidade aparece como: “derivado do latim *dignitas* (virtude, honra, consideração), em regra se entende a qualidade moral, que, possuída por uma pessoa, serve de base ao próprio respeito em que é tida. Compreende-se também como o próprio procedimento da pessoa, pelo qual se faz merecedor do conceito público. Mas, em sentido jurídico, também se entende como a distinção ou honraria conferida a uma pessoa, consistente em cargo ou título de alta graduação. No Direito Canônico, indica-se o benefício ou prerrogativa decorrente de cargo eclesiástico.

No dicionário de Filosofia de Nicola Abbagnano¹²⁶, quando trata da dignidade, faz imediata referência a Kant na *Metafísica dos Costumes*, o qual dispõe: “Age de tal forma que trates a humanidade, tanto na tua pessoa como na pessoa de qualquer outro, sempre também como um fim e nunca unicamente como um meio”. Desse modo, de acordo com o que aqui se vislumbra, todo o ser humano deve ser visto como um fim em si mesmo, possuidor de um valor chamado de dignidade, e não como mera mercadoria descartável. Já afirmava Kant¹²⁷, nesse sentido, que tudo o que possuía preço poderia ser substituído por algo equivalente, mas tudo o que se acha acima de todo o preço e não admite equivalente, encerra uma dignidade.

Para Ingo Sarlet:

“(…) temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-

¹²⁴ Dicionário Houaiss.

¹²⁵ Vocabulário Jurídico. Nagib Slabi Filho e Gláucia Carvalho (atualizadores). 26. ed. Rio de Janeiro: Forense, p. 458.

¹²⁶ ABBAGNANO, Nicola. Dicionário de Filosofia, revisão da tradução e tradução dos novos textos de Ivone Castilho Benedetti. 5ª. Ed., p. 326.

¹²⁷ Kant, Emmanoel. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes e outros escritos*. Tradução de Leopoldo Holzbach.

responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos”¹²⁸.

Nas palavras de Flávia Piovesan, “o princípio da dignidade da pessoa humana é um paradigma referencial e ético, verdadeiro superprincípio a orientar o constitucionalismo contemporâneo, nas esferas local, regional e global, doando-lhe especial racionalidade, unidade e sentido”¹²⁹. Desse modo, estamos nos referindo à concepção contemporânea de direitos humanos, em sua terceira fase¹³⁰, marcada por direitos positivos universais, em que o principal valor é o da dignidade da pessoa humana.

Essa concepção de dignidade da pessoa humana como princípio e valor constitucional foi incorporada nas constituições de vários países, inclusive na do Brasil, que ficou conhecida, como dissemos lá atrás, como Constituição Cidadã. Foi nela que a dignidade ficou consagrada em vários artigos, principalmente, no art. 1º, III, como fundamento do Estado Democrático de Direito, como finalidade precípua da ordem econômica, da ordem social, sem esquecer que será ela quem orientará as relações de trabalho, disciplinando os direitos sociais dos trabalhadores (arts. 7º ao 11º). A Constituição previu também a integração das normas do Direito Internacional dos Direitos Humanos à legislação interna (art. 5º, § 2º), tendo como consequência a geração de direitos individuais, coletivos, difusos.

Além de tudo, a nossa Carta reconheceu a essencialidade do trabalho como um dos instrumentos mais importantes da definição da dignidade do trabalhador, tanto num

¹²⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição de 1988, p. 64-65.

¹²⁹ PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos e Justiça Internacional, p. 11.

¹³⁰ Existem três fases que marcam os estudos dos direitos humanos, em que a primeira, sinteticamente falando, é marcada pelos direitos naturais universais, reflexo do iluminismo e do jusnaturalismo. A segunda marcada pelo movimento do constitucionalismo, na qual os direitos passaram a ser positivos, tendo sido influenciada, como é lógico, pelo positivismo. E a terceira, que surgiu com a reconstrução dos direitos humanos no pós-guerra, justamente pela situação mundial de necessidade e emergência da nova feição do Direito Constitucional Ocidental, aberto a princípios e valores, com ênfase no valor da dignidade humana, o que foi concretizado pela Declaração Universal dos Direitos Humanos de 10712/1948. Piovesan, Flávia. Op. cit., p. 10.

Na verdade, foi ela (dignidade da pessoa humana) incorporada e positivada pelo Direito após a segunda metade do séc. XX, ganhando o status de princípio. Assim, ainda afirma Flávia Piovesan: “Assim, seja no âmbito internacional, seja no âmbito interno (à luz do direito constitucional ocidental), a dignidade da pessoa humana é princípio que unifica e centraliza todo o sistema normativo, assumindo especial prioridade. A dignidade humana simboliza, desse modo, verdadeiro superprincípio constitucional, norma maior a orientar o constitucionalismo contemporâneo (...)”. Op. cit., p. 31.

contexto individual como no social. Isso pode ser visto com a simples leitura do artigo 1º, incisos III e IV da CF/88, que retratam os princípios fundamentais da República Federativa do Brasil, quando trabalha os Direitos e Garantias Fundamentais como direitos fundamentais sociais.

Nessa esteira, afirma Hermano Queiroz Júnior:

“O princípio da dignidade da pessoa humana há de ser considerado como o fundamento de todo o sistema de direitos fundamentais, no sentido de que estes constituem exigências, concretizações e desdobramentos da dignidade da pessoa humana e com fundamento nesta devem ser interpretados.

Ora, em que pese à existência de algumas divergências doutrinárias acerca da validade desta premissa no que tange à totalidade dos direitos fundamentais previstos no nosso ordenamento constitucional, a nós se afigura indene de questionamentos que, em sede de direitos constitucionais dos trabalhadores, a integral procedência de referido entendimento revela-se irretorquível, na medida em que todos os direitos fundamentais enquadrados em referida categoria legitimam seu reconhecimento na dignidade da pessoa humana do trabalhador.”¹³¹

Até mesmo a doutrina social da Igreja já preceituava, em suas Encíclicas Papais, a idéia do agir ético nas relações de trabalho, assim afirmando:

“Perante as dimensões planetárias rapidamente assumidas pelas relações econômico-financeiras e pelo mercado de trabalho, deve-se promover uma colaboração internacional eficaz entre os Estados, mediante tratados, acordos e planos de ação comuns que salvaguardem o direito ao trabalho também nas fases mais críticas do ciclo econômico, em âmbito nacional e internacional. É necessário estar ciente do fato de que o trabalho humano é um direito do qual depende diretamente a promoção da justiça social e da paz civil. Importantes tarefas nessa direção cabem às Organizações Internacionais e às sindicais: coligando-se nas formas mais oportunas, elas devem empenhar-se, antes de tudo, em tecer “uma trama sempre mais espessa de disposições jurídicas que protegem o trabalho dos homens, das mulheres, dos jovens, e lhes assegurem conveniente retribuição.”¹³²

Por isso, se vê que, com o cristianismo passamos a ver a valorização do indivíduo como um ser superior aos demais seres, sendo o mesmo criado à imagem e semelhança de Deus, idéia que, realmente, influenciou os textos normativos constitucionais.

¹³¹ QUEIROZ JÚNIOR. Hermano. Os direitos fundamentais dos trabalhadores na Constituição de 1988, p. 85.

¹³² PAOLO VI, Discurso à Organização Internacional do Trabalho (10 de junho de 1969), 21: AAS 61 (1969) 500; cf. João Paulo II, Discurso à Organização Internacional do Trabalho (15 de junho de 1982), 13: AAS 14 (1982) 1004-1005.

2.2.6 – As novas perspectivas da relação entre a empresa e o empregado na atualidade e a modernização do contrato de trabalho

Voltando a falar na relação de emprego, nota-se que nela encontra-se o poder de direção do empregador, visto que esse tem o direito de direcionar o seu empreendimento de maneira que lhe venha parecer conveniente. A organização da prestação dos serviços dos empregados, a disciplina e a política comercial da empresa integram esse poder.

Na direção do seu empreendimento, cabe ao empregador a responsabilidade pela administração, visto que a ele também serão, como veremos mais adiante, atribuídos os riscos pela atividade econômica. No entanto, a administração de maneira que melhor lhe convier não é, como se pode imaginar, absoluta, tendo em vista o interesse social que se esconde dentro dessa realidade.

A nossa Constituição buscou garantir a função social da empresa e nesse compasso a mesma deve atender a tal função de modo que apesar de todos os interesses particulares de desenvolvimento e principalmente de lucro não poderá ignorar os benefícios que podem e devem ser oferecidos à sociedade.

O empreendimento, apesar de particular, deverá atender a função social e, para isso, terá que adotar determinados procedimentos que beneficiarão os trabalhadores e a sociedade como um todo.

Assim, as normas de administração do empreendimento deverão ter características razoáveis, passíveis de serem atendidas. Ao empregado competirá atender as determinações empresariais, desde que não abusivas ou imorais, buscando manter sempre em boa conta as relações laborais, que propiciarão melhores condições de convivência e melhores resultados.

É interesse do grupo social que a relação laboral ocorra da maneira mais saudável e clara possível, e para tanto, algumas empresas adotam regras de procedimento que tornarão mais fáceis a fiscalização em torno da adoção e respeito a essas matérias.

A questão da liberdade no trabalho esbarra na subordinação decorrente da situação contratual, o que pode levar o empregado a não tomar determinadas providências, ainda que diante de uma situação inusitada. Essa subordinação que surge em razão do contrato de trabalho é tida, como vimos, como subordinação jurídica, que implica, em outras palavras, na atuação do empregado enquanto parte contratual e apenas e tão somente

com relação às tarefas que lhe são designadas, visto que, a liberdade pessoal do trabalhador não é afetada.

Mesmo sob a direção subordinada do empregador, o empregado conserva integralmente sua condição de ser humano, especialmente no que concerne à sua liberdade e consciência.

O contrato de trabalho, como acordo de vontades, estabelece que o trabalhador coloca à disposição do empregador suas habilidades técnicas-profissionais. Fora desse âmbito de relacionamento, nada mais pode ser exigido do empregado.

As relações de trabalho associam ao contrato as habilidades profissionais do empregado exigindo que sejam prestadas dentro de um ambiente saudável, do ponto de vista da sociedade.

O objetivo do contrato para o empregador é o desenvolvimento das atividades laborais com vistas a um resultado positivo, de forma a obter o seu retorno através do lucro. Para o empregado, todavia, deve ser garantida a liberdade pessoal e o trabalho deve ser executado pelo trabalhador de forma livre, dando oportunidade a ele de ampliar suas capacidades e potencialidades.

Na moderna relação contratual, a liberdade do trabalhador tem sofrido progressos, principalmente em razão da teoria da subordinação jurídica que atende aos comandos do empregador apenas e tão somente nas tarefas laborais.

Não poderá o empregador interferir na vida particular de seu empregado. Este procedimento, inclusive, busca, segundo a doutrina, evitar o estado de doença do empregado, principalmente, se levarmos em consideração a sua saúde e integridade mental, uma vez que, estando o empregado em meio a um ambiente não saudável, sujeito a pressões e cobranças, o risco tenderá aumentar sensivelmente.

As condições que procurem evitar o excesso de trabalho e o desgaste psíquico para o empregado, são, a priori, de responsabilidade do empregador, e a falta de cuidado com esse aspecto na empresa causa transtornos também ao âmbito público, pois, o atendimento do empregado doente será de responsabilidade, não só daquele, mas, também do Estado e da sociedade, já que, como se mostrou no início dessa exposição, os riscos têm contornos sociais e não pessoais, apenas.

É importante concluir, portanto, que a autoridade do empregador é restrita ao âmbito profissional do empregado, pois em certas condições aquele pode exigir o comportamento pessoal ditado como regra para a contratação.

O empregado é livre para viver a sua vida pessoal e realizar a busca de novos postos de trabalho a qualquer momento que pretenda se desligar de um contrato que já esteja vinculado. Ficará, outrossim, preso a um contrato encerrado, por um período determinado, se assim ficou estabelecido em cláusula contratual, com o objetivo de, por exemplo, preservar determinadas informações do empregador e da empresa, em razão do denominado sigilo profissional. Não sendo o caso, o empregado deverá, apenas, se abster de praticar atos ou adotar comportamentos que sejam incompatíveis com a execução da tarefa que lhe foi designada e para qual foi contratado.

Estabelecer certas restrições é perfeitamente permitido no contrato, porém, se e somente se elas forem indispensáveis ao seu desenvolvimento e não apenas por critérios arbitrários, unilateralmente adotados pelo empregador, em seu próprio interesse.

O fato de o empregado se colocar voluntariamente numa relação de subordinação frente ao empregador não significa que abriu mão de certas prerrogativas fundamentais de sua pessoa e não lhe retira os direitos inerentes a qualquer pessoa humana. O direito do trabalhador sobre o seu corpo e o direito à sua vida privada ilustram, por exemplo, esta afirmação.

É necessário se insurgir contra a idéia de que a relação de trabalho tem por objeto o próprio corpo do trabalhador, como afirmavam algumas teorias, pois, este não entrega o seu corpo e nem o abandona a fim de beneficiar o empregador. A relação existente e pactuada entre estas duas partes se limita apenas às obrigações de fazer e não fazer, ou seja, o objeto das prestações pactuadas envolvem, tão somente, as habilidades profissionais do obreiro.

Quanto aos deveres, o contrato de trabalho deve ser cumprido atendendo às condutas ditadas pelas partes contratantes de modo a permitir um desenvolvimento saudável. As partes devem cumprir as suas responsabilidades, aquelas que foram estabelecidas como regras no contrato, atendendo alguns princípios de Direito, como por exemplo, o princípio da boa-fé, que, para as partes é um dos requisitos mais importantes, pois dele dependem, primordialmente, os efeitos pretendidos em relação ao contrato.

A lealdade na realização contratual também é a chave para o bom desenvolvimento do contrato e a obtenção de bons resultados. No caso do contrato trabalhista, o melhor resultado da tarefa culmina com o melhor resultado financeiro para o empregador que, por sua vez, culmina com a satisfação deste em relação ao seu empregado.

Como dissemos lá atrás, o dever de fidelidade na prestação de trabalho é outro aspecto particular que assume o princípio da boa-fé inerente a qualquer contrato. Esse dever encontra a sua principal expressão na obrigação que o empregado tem de se abster da prática de atos que venham prejudicar a empresa, como por exemplo, o recebimento de gorjeta ilícita, a revelação de informações sigilosas em benefício próprio, a negociação habitual por conta própria ou alheia sem permissão do empregador, etc.

Do mesmo modo, o “novo” contrato de trabalho assegura ao empregador o dever, não só de pagar o salário, mas de garantir níveis salariais que permitam ao empregado viver em condições dignas de vida, de modo a garantir o seu sustento e o de todos aqueles que dele dependam economicamente, nos exatos termos que a Constituição Federal.

As obrigações ditas acessórias também têm extrema importância na garantia da dignidade de pessoa humana do trabalhador, pois, determinam a obrigação patronal em relação à garantia de um meio ambiente de trabalho saudável, garantindo ao seu empregado o exercício do seu trabalho em condições básicas de segurança em atenção à sua integridade física e saúde, objeto, nesse trabalho, do último capítulo, sem esquecer, é claro, do cuidado que deve ter na concessão de horários necessários para o descanso e repouso.

Tomando essa atitude, o empregador estará tentando prevenir eventuais danos ao seu empregado como também estará viabilizando a assistência indenizatória em caso de ocorrência dos riscos contratualmente previstos. Deve, ainda, proporcionar aos empregados conhecimentos básicos e profissionalizantes capazes de tornar o trabalho mais humano, qualificado e produtivo, o que evita a marginalização dos seus servidores.

Ratifica Délio Maranhão¹³³, em sua obra Instituições de Direito do Trabalho, que o empregador, deve, pois, não só dar trabalho, mas também, deve possibilitar ao empregado a execução normal da sua atividade, proporcionando-lhes todos os meios adequados para que esse fim seja alcançado e, para tanto, deverá sempre respeitar a sua

¹³³ p. 262.

personalidade moral, na sua dignidade absoluta de ser humano. Paralelamente, o Estado também deve concorrer com essa disciplina, aparecendo como sujeito também responsável pela garantia do bem-estar e da seguridade social, sem esquecer que ele também aparece como um dos responsáveis pela criação de condições favoráveis ao livre exercício da atividade econômica, que seja capaz de viabilizar uma boa oferta de postos de trabalho e redistribuição de fontes de riqueza.

O Estado tem assim, o dever de pautar pela proteção do mais débil da relação econômica, restringindo a autonomia das partes que decidem as condições de trabalho, assegurando, um mínimo necessário de dignidade, inclusive, aos desempregados. Assim, a dignidade humana passa a ser vista como condição para a pessoa viver plenamente suas realizações e isso lhe permite que viva intensamente os seus direitos.

O que se vê, portanto, é a mudança abrupta de um cenário proporcionado pela alteração da feição da empresa, do trabalho e dos sujeitos envolvidos em toda essa relação: os empregados e os empregadores. Não seria admissível se conviver com uma realidade fática próxima daquela existente à época da Revolução Industrial, quando se admitiam claramente a diferença entre as pessoas, viabilizando uma extensa esteira de preconceitos, maus tratos e explorações. Nas condições em que os trabalhadores viveram na época da dita Revolução, só lhes restava a oportunidade de morrer em nome da luta por um contrato de trabalho que lhes proporcionasse uma vida digna, pois, os que até então lhes eram oferecidos, só imprimiam obrigações.

No mundo do trabalho de hoje, isso não mais se admite. Outras realidades afloraram, tendo em vista, primordialmente, a implantação das novas tecnologias que sinalizaram novos rumos de convivência social. Os novos textos normativos com uma roupagem mais moderna e um caráter mais protetivo e intervencionista, como por exemplo, a Constituição Federal buscaram alavancar ideais de harmonia, igualdade, dignidade e segurança. Percebe-se, então, que o Estado Democrático de Direito exige menos preconceito e mais respeito à dignidade do ser humano. No mundo globalizado, a grande conquista é o respeito ao ser humano, na sua integralidade.

Miguel Reale apresenta a pessoa humana como referencial das ideologias, pois, o fundamento destas e dos direitos humanos, inclusive do Estado Democrático de Direito, é

representado pelo valor da pessoa humana, qualificando-a como valor-fonte, da qual emergem todos os valores¹³⁴

Desse modo, a posição da empresa na sociedade em que está inserida impõe-lhe que ofereça não apenas postos de trabalho, mas participe a seja efetivamente uma empresa cidadã, tendo comportamentos baseados em padrões éticos. Isso faz com que sejam objetos de sua proteção, não só a figura humana do seu empregado contratualmente vinculado, mas também, tudo aquilo que a ele possa estar atrelado, como a sua família, o seu ambiente de trabalho e o ecossistema que o rodeia. Para tanto, a empresa deve, diante desses ares de modernidade que a circundam, além de ter uma vocação social, criar um ambiente favorável e confortável para os seus empregados, já que, a visão de hoje em dia é a de que os ganhos com a produtividade só podem ser obtidos se o trabalhador se empenhar no seu labor, e para tanto, deverá estar bem, física e psicologicamente.

O trabalho não pode mais ser visto como um castigo, mas sim, uma dádiva da qual as pessoas, a sociedade e o Estado se orgulham e buscam sempre condições para o seu implemento. Ele deve conferir ao homem um progresso dentro da sua experiência histórica. Deve libertar o homem de um mero conteúdo econômico que o escraviza, propiciando-lhe uma importante evolução para que o homem se realize.

Na moderna visão do contrato de trabalho, as partes são levadas a buscar uma integração na qual o empresário receba do trabalhador a solidariedade desejada para os fins da empresa e este receba do empregador toda a garantia de segurança que carece. Necessária se faz, portanto, a integração entre os sujeitos, para que se vislumbre uma nova mentalidade de contrato de trabalho, buscando valorizar a pessoa humana.

A empresa, hoje, não deve apenas se preocupar com a sua obrigação basilar, que consiste no pagamento de salários, mas, deve também impulsionar o empregado para que ele participe ativamente no desenvolvimento da empresa a fim de que ele mesmo possa realizar-se profissional, econômica e socialmente. Para Miguel Reale, é “o conceito de pessoa que demonstra ser o homem um ser social, de per si, visto ser em si e por si mesmo um ser que sente, pensa e quer”¹³⁵

¹³⁴ REALE, Miguel. O Estado Democrático de Direito e o conflito de ideologias, p. 100.

¹³⁵ Op.. Cit., p. 103.

Por essa razão que o homem trabalhador não pode jamais se realizar vivendo segundo os esquemas de um modelo ideal. Exige-se o reconhecimento de ser ele partícipe de uma tarefa ou empenho comum a toda espécie humana, no intuito de valorizar a sua dignidade.

Diz-se, diante do que foi visto que, na atualidade, o contrato de trabalho não cria apenas direitos e obrigações. Cria também integração, desenvolvimento, elevação, conscientização e formação, devendo então ser o instrumento que propicia ao empregado, ao empregador e ao Estado crescerem na mesma proporção. A relação contratual trabalhista é, antes de tudo, uma relação humana, e, por tal razão, depende tanto do desenvolvimento humano como da empresa que, antes de mais nada, precisa ser vista como um ente de responsabilidade social, não voltada exclusivamente aos seus lucros, mas extremamente atuante em relação ao bem estar dos seus empregados e do bem estar social

Assim, a empresa que tem interesses econômicos a serem preservados, deve agir de modo que a execução dos seus serviços seja realizada para promover o crescimento e o desenvolvimento empresarial, sem abandonar os mesmos interesses por parte do empregado. Isso mostra a crescente idéia da comunhão de objetivos entre esses atores, que visam, sobremaneira, o bem comum, tudo isso resultado da crescente socialização da empresa privada, que tende a proteger os interesses coletivos.

O empregado, na empresa, deve sempre ser inserido nos processos de integração e participação no seu âmbito de organização, pois isto constitui um atributo necessário à verdadeira democracia. A empresa, também, deve ser abraçada dentro do seio da sociedade, a partir do instante que vislumbra não só os interesses particulares, mas, principalmente, prima pelo bem-estar social. Isso fará com que a mesma alcance o equilíbrio entre o capital e o trabalho de forma democrática. Conclui-se, aqui, portanto, que, dentro da empresa, o respeito pelo trabalhador inserido em um contrato de trabalho é fundamental para o seu desenvolvimento.

Contudo, na prática, ainda hoje, muitas empresas insistem em ver os seus trabalhadores apenas como um meio para alcançar lucros, esquecendo, com isso, de oferecer um mínimo de contrapartida em razão dos seus crescentes esforços, até mesmo burlando os encargos previstos legalmente ou retardando dolosamente o seu cumprimento. Condutas inadmissíveis, portanto.

No aspecto legal, vislumbra-se também, modernamente, a idéia do risco do empreendimento suportado pelo empregador, e que, por muitas vezes, tentou ser dividido com o seu empregado. Mas, mesmo diante de todo esse cenário, em havendo envolvimento do trabalhador na empresa, as chances de acontecerem os ganhos e lucros são muito maiores do que efetivamente as perdas em razão das conseqüências maléficas dos riscos sociais.

Porém, como isso se trata de relação de trabalho, princípios devem sempre estar aderidos a essa realidade: razoabilidade, proporcionalidade, boa-fé são alguns deles. Devem também, ser observados em conjunto, pois, a convivência pacífica entre eles proporciona ao empreendimento um resultado positivo em todos os âmbitos. Esses mesmos princípios devem estar fidedignamente calcados, também, nos contratos de trabalho, que virão proporcionar ao ser humano uma situação diferenciada, mais humana e digna, enquanto trabalhador.

Deve-se pautar sempre pela dignidade humana do trabalhador e para isso, a presença do Estado ético é essencial, já que este se preocupa sempre com o bem-estar geral. Para isso, elabora um conjunto de regras legislativas precisas que visem proteger os trabalhadores contra todos os riscos inerentes a esta fase de modernização e globalização que estamos atravessando atualmente. Na visão de Thereza Cristina Godal:

“(...)a tutela da dignidade nas relações de trabalho exige a consideração de trabalhador concreto, em suas relações concretas. Não basta que a dignidade esteja protegida no texto constitucional e em tratados e convenções internacionais. Para que não resulte no vazio é preciso haver uma consciência ético-jurídica e uma praxe da dignidade nas relações de trabalho”.¹³⁶

Será nesse cenário que o sujeito encontrará o seu trabalho digno e as condições favoráveis para que ele possa atingir a sua finalidade maior que é ser feliz. A participação dos trabalhadores mais intensamente na vida da empresa é algo imprescindível, pois é a partir dela que eles poderão ser inseridos nos processos de requalificação, formação profissional, reivindicando a proteção de salários e vantagens sociais, tais como a concessão de planos previdenciários privados, que, paralelamente, serão capazes de oferecer novas e mais amplas coberturas diante dos riscos cobertos contratualmente.

¹³⁶ GODAL, Thereza Cristina. Dignidade do Trabalhador: um conceito construído sob o paradigma do trabalho decente e da honra, p. 151.

São essas atitudes que demonstram que hoje em dia, deve-se reconhecer a dignidade do trabalhador, pois, é esse o ser quem produz e é desse trabalho que retira o seu sustento, a sua honra e as condições dignas de subsistência que precisa para si e para aqueles que dele dependem. Não interessa apenas a ele a contraprestação salarial, mas, também a proteção ao seu ser, a sua saúde e à sua integridade. Será dessa forma que o trabalho será visto: não como uma forma de escravizar o homem, como vimos no decorrer da história, mas como uma forma de libertação e de realização pessoal e social.

Dai conclui-se que todo o ser humano, em especial o trabalhador, deve ser sempre visto como um fim em si mesmo, possuidor de um valor, e por isso, não como uma mera mercadoria, devendo-lhes ser garantidas políticas públicas de trabalho que sejam capazes de promover a sua integração social e a sua colocação no mercado de trabalho, minimizando os reflexos da desocupação e contribuindo para a implementação do princípio do pleno emprego e concretizando o direito ao trabalho digno.

Nesse contexto do constitucionalismo do século XXI, vemos efetivamente os fundamentos do Estado Democrático de Direito e Estado Social do Direito, onde a cidadania, a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho serão vistos como objetivos capazes de construir uma sociedade livre, justa e solidária, capaz de reduzir as desigualdades e a marginalização sociais.

CAPÍTULO III DA RESPONSABILIDADE CIVIL

3.1 – Acepção da palavra “responsabilidade”

Responsabilidade, palavra oriunda do latim “respondere”, significa responder, responsabilizar-se, assumir o pagamento do que se obrigou ou a obrigação decorrente do ato que praticou. Em sentido amplo, revela o dever jurídico em que se coloca a pessoa em razão de um contrato ou de uma lei para satisfazer uma obrigação devida ou para suportar sanções legais que se lhe impõe pela obrigação a cumprir. Ela decorre, portanto, da convenção, do contrato ou então da lei.

Segundo Carlos Roberto Gonçalves¹³⁷, a palavra responsabilidade tem sua origem na raiz latina *spondeo*, pela qual se vincula o devedor, solenemente, nos contratos verbais do direito romano. Dentre as várias acepções existentes, destaca-se a noção de responsabilidade como aspecto da realidade social.

Responsabilidade civil é a expressão usada na linguagem jurídica para diferenciá-la de outras espécies de responsabilidade, como a administrativa, penal e a trabalhista, que mais tarde trataremos. Designa o dever de reparação do dano causado injustamente a alguém, que advém da máxima romana “não lesar ninguém”. Ela é o tipo de responsabilidade que se apura para que seja possível exigir a reparação civil como pena imposta ao responsável pelo ato ilícito, mediante a indenização ou através do ressarcimento das perdas ou prejuízos trazidos à vítima pelo ato ou omissão de outrem. Daí se constata que é a reparação civil, o resultado da responsabilidade civil por dano de qualquer espécie em relação ao mal causado por uma ofensa contra determinada pessoa ou coisa. Veremos que será ela que irá, atualmente, substituir a antiga satisfação através da tese do “olho por olho e dente por dente” que vigorava desde a época da Lei das XII Tábuas. Na lição de Silvio Rodrigues¹³⁸, a responsabilidade civil é definida como a obrigação que pode incumbir uma pessoa a reparar o prejuízo causado a outra, por fato de pessoas ou coisas que delas dependam.

¹³⁷ GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro, IV volume, p. 01.

¹³⁸ RODRIGUES, Silvio. Responsabilidade Civil, 13. Ed., v. 4, p. 04.

Para Alexandre Agra Belmonte¹³⁹ “a responsabilidade civil é a relação jurídica consistente no dever garantido por lei, obrigação ou contrato, de reparar, no campo civil, o dano moral ou patrimonial causado por ato próprio do agente ou por pessoa, animal, coisa ou atividade sob a sua tutela”.

A responsabilidade civil constitui uma verdadeira resposta ao ato ilícito mediante a reparação do direito lesado através da ação da vítima, já que, na maior parte das vezes, a lesão ou ofensa se apresenta contrariando um interesse de natureza privada, diferentemente do que se vê com a responsabilização penal, que parte de uma infração a uma norma de direito público, com a perturbação da ordem social, o que incumbe o Estado a atribuição de uma pena ao acusado.

O que liga essas duas responsabilidades é o fato de haver em todas elas uma infração a um dever por parte do autor-responsável, que, por isso mesmo, deverá responder pelo ato ou omissão que praticou. Ela não tem natureza jurídica de obrigação, pois se trata de uma autêntica relação jurídica, uma relação jurídica autônoma, embora sucessiva e não originária, proveniente ou não de uma obrigação, e geradora do dever de reparar o dano¹⁴⁰.

Desse modo, toda a atividade que acarrete prejuízo, traz em seu bojo, como fato social, o problema da responsabilidade. Destina-se a restaurar o equilíbrio moral e patrimonial provocado pelo autor do ato danoso, tendo em vista o interesse em restabelecer a harmonia e o equilíbrio violados pelo dano. Assim, podemos afirmar que a responsabilidade exprime a idéia de equilíbrio, contraprestação e principalmente de reparação do dano.

A sua finalidade, como veremos durante o desenvolvimento de todo esse capítulo, é garantir o direito da vítima à segurança, através do pleno ressarcimento dos danos que sofreu, restabelecendo-se, na medida do possível, *o status quo ante*, atendendo a uma necessidade moral e jurídica de justiça.

Na opinião de Maria Helena Diniz¹⁴¹, a responsabilidade aparece como uma sanção, uma medida legal que poderá vir a ser imposta por quem foi lesado pela violação da norma jurídica, a fim de se fazer cumprir essa norma violada e reparar o dano causado

¹³⁹ BELMONTE, Alexandre Agra. Curso de Responsabilidade Trabalhista: Danos Morais e Patrimoniais na Relação de Trabalho, p. 29.

¹⁴⁰ BELMONTE, Alexandre Agra. Curso de Responsabilidade Trabalhista: Danos Morais e Patrimoniais na Relação de Trabalho, p. 32.

¹⁴¹ DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro, v.7, p. 07.

ou infundir respeito à ordem jurídica. Para ela, a sanção é, na realidade, o reflexo da responsabilidade; é a consequência jurídica do não cumprimento de um dever pelo próprio obrigado.

A responsabilidade, portanto, ainda na opinião da autora, tem uma dupla finalidade, quais sejam: a de garantir o direito do lesado à segurança e a de funcionar como uma sanção civil de natureza compensatória, através da reparação integral do dano causado à vítima ou uma indenização equivalente.

Como afirma Carlos Roberto Gonçalves, coloca-se o responsável na situação de quem, por ter violado determinada norma, se vê exposto às consequências não desejadas decorrentes de sua conduta danosa, podendo ser compelido a restabelecer o “*status quo ante*”. É a partir daí que a doutrina civilista afirma que a reparação do dano deve ocorrer mediante o retorno das coisas ao estado anterior em que se encontravam antes do evento danoso, ou, mesmo quando não seja possível esta situação, deve-se converter a reparação numa indenização em valor equivalente ao bem material, e quando o dano não for material, mas, moral, impõe-se um valor compensatório do bem violado.

A função da responsabilidade civil é causar um determinado impacto àquele que, ao praticar determinado ato, acaba gerando um dano a alguém, de modo que esse agressor seja levado a não mais praticá-lo. Isso mostra categoricamente que aquele que ainda se arriscar na mesma prática, terá que responder pelos seus atos perante a ordem jurídica.

Assim, ficará claro ao causador do dano o alto custo que ele terá que suportar em decorrência da prática do seu ato ou da sua omissão, de modo a desmotivá-lo a praticar atos que sejam prejudiciais ao direito de outrem, obrigando-o não só a se precaver, mas também a se prevenir das possíveis ocorrências que possam gerar danos, sendo esta última a técnica (prevenção) considerada a mais importante e eficaz pela moderna doutrina e jurisprudência, pois, para essas fontes do direito, a prevenção tem um papel de suma importância, qual seja: o de causar a redução da ocorrência de circunstâncias danosas, que é essencial para a convivência humana, o que, sem dúvida, será capaz de gerar certa paz e segurança jurídica.

No nosso trabalho, iremos mais a frente focar a importância, em matéria de responsabilidade civil, da prevenção contra danos ao meio ambiente e à saúde do

trabalhador, como uma maneira muito mais eficiente de impedir ou reduzir sensivelmente a ocorrência de fatos danosos, diminuindo a incidência das indenizações, que, como se sabe, não é capaz de trazer de volta uma vida humana que possa ter sido perdida.

É, portanto, nessa esteira que anda a responsabilidade civil: buscando restaurar o equilíbrio moral e patrimonial que foi atingido em face do descumprimento de uma norma legal ou contratual.

A responsabilidade pode ser resultado, como dissemos acima, tanto da afronta a normas morais como também a normas jurídicas, dependendo se o fato proibido infringe a lei, a norma moral ou até mesmo a religião, sem esquecer, é claro, da responsabilidade contratual¹⁴². Contudo, o nosso interesse aqui somente se voltará à hipótese de responsabilidade decorrente da infração de norma jurídica da qual decorre a idéia de lesão ou prejuízo, devendo o seu autor, em face dessa ocorrência, reparar o dano, recompondo o direito lesado.

Durante muito tempo se discutiu o fundamento da responsabilidade, levantando-se indagações a respeito da possibilidade ou não de ela existir independentemente da existência de um ato culpável e voluntário. Diante disso, o que se via era que o fundamento do dever de indenizar repousava sempre na pessoa do causador do dano, idéia que hoje já está ultrapassada.

¹⁴² A responsabilidade contratual, modalidade de responsabilidade civil obrigacional, pois, contrato é fonte de obrigação, decorre a partir do momento em que o signatário, ao celebrar o contrato, se obriga a cumprir fielmente o avençado, sob pena de indenizar o prejuízo oriundo de sua inadimplência – ilícito contratual. Essa responsabilidade, portanto, provém da inexecução de uma obrigação mantida previamente entre as partes (ofensor e vítima). Aqui, o ônus da prova varia conforme o tipo de inexecução: quando incidente sobre uma obrigação de resultado, haverá a presunção de culpa do agente, dispensando-se a prova por parte da vítima; enquanto que quando o dano decorrer da inexecução de uma obrigação de meio, a vítima terá que comprovar o ato culposo do agente, salvo os casos de inversão do ônus da prova motivados pela aplicação do princípio da aptidão da produção da prova. Já a responsabilidade civil extracontratual, também chamada de aquiliana, decorre de uma violação de dever geral previsto em lei ou na ordem jurídica. Aqui, é o ato ilícito que, por si só, dá origem a uma relação jurídica obrigacional, criando para o causador do dano o dever de indenizar a vítima.

É possível em algumas esferas contratuais a estipulação de cláusula eficaz de não responsabilidade, de responsabilidade atenuada ou mesmo condicionada. Na responsabilidade aquiliana não há lugar para tais pactuações. Especificamente em relação aos contratos de trabalho, em face das suas características peculiares – sobretudo o princípio da proteção ao empregado – e ainda por ser um contrato do tipo dirigido e de adesão, qualquer cláusula que exima o empregador da obrigação de indenizar será considerada nula de pleno direito. Em nosso país, via de regra, a responsabilidade civil contratual prefere o da responsabilidade contratual, porque mais favorável à vítima no que tange ao ônus da prova. In: DELLEGRAVE NETO, José Afonso: Responsabilidade Civil no Direito do trabalho, p. 81-82.

A responsabilidade constitui um dever sucessivo decorrente da violação de um dever originário advindo da obrigação. Desse modo, toda a conduta humana que, violando um dever jurídico originário, causa prejuízo a outrem, é fonte geradora de responsabilidade civil¹⁴³. Levando em conta o nosso tema em apreço, se alguém, no âmbito da relação trabalhista, se compromete a prestar serviços a outrem, assume uma obrigação e caso não venha cumpri-la, violará o seu dever originariamente pactuado, surgindo aí a responsabilidade de cobrir o prejuízo causado em decorrência do não cumprimento da prestação.

As obrigações que derivam de atos ilícitos, as que se constituem por meio de ação ou omissão culposa ou dolosa do agente, ou as geradas mediante a infração de um dever de conduta das quais resultam danos a outrem, serão o nosso objeto de estudo nesse momento, pois, daqui é que poderemos extrair a obrigação de ressarcir e indenizar os danos causados. Assim, aquele que pratica um ato ou incorre numa omissão de que resulte dano, deverá suportar as conseqüências do seu procedimento. É nesse contexto que dispõe o artigo 186 do CC/2002: “Todo aquele que violar direito e causar dano a outrem, comete ato ilícito”. Da mesma forma o artigo 927 do mesmo diploma informa que “Aquele que, por ato ilícito, causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”. Trata-se, portanto, a responsabilidade, de uma regra elementar de equilíbrio social.

Na visão da Teoria Geral do Direito, a responsabilidade civil decorre da prática de um ato jurídico (ato jurídico como espécie de fato jurídico) lícito ou ilícito, sendo esse último considerado jurídico tendo em vista os efeitos que produz na esfera do direito, vez que se constitui como fonte de obrigação, já que é resultado de violação de um dever de conduta por meio de ação ou omissão culposa ou dolosa do agente, da qual decorrem danos que atingem o indivíduo. São previstos no artigo 186 do CC de 2002, que, de forma bem clara, ratifica o fato de que não são necessárias apenas a ação ou a omissão do agente, sua negligência, imprudência ou imperícia. Imprescindível se faz conjugar esses fatos à idéia de prejuízo, pois, sem ele, não há como falar em dever de indenizar.

Chama-se imprudência o fato de agir o sujeito sem tomar as cautelas necessárias para evitar o dano. A doutrina civilista afirma que aqui também se enquadra a idéia de o agente demonstrar uma pequena consideração acerca dos interesses alheios.

¹⁴³ GONÇALVES, Carlos Roberto. Op. cit., p. 06.

A negligência consiste na falta de atenção ou na ausência de reflexão necessária em virtude da qual deixa o agente de prever o resultado que podia e devia ser previsto.

Por fim, a imperícia consiste na inaptidão técnica ou na ausência de conhecimentos para a prática de um ato ou omissão, de providência que se fazia necessária. Chamam alguns de culpa profissional.

Nos dias atuais, em face do advento dos “novos tempos”, urge a necessidade imediata da criação de medidas mais eficazes e equânimes que visem de imediato, reparar possíveis danos que sejam prejudiciais à vida, propriedade ou integridade física de qualquer sujeito que venha ser atingido. A questão da reparação passou a ser indispensável para o Direito, de tal modo que se estendeu o fundamento da responsabilidade também aos casos de exercício de atividades perigosas e pelo fato da coisa, sendo que esse último não será tratado por não ser tema desse trabalho.

Além de tudo, importante se frisar que para que alguém pratique ato ilícito gerador de dano e seja obrigado a repará-lo, se faz necessário a capacidade de discernimento do próprio autor do fato, devendo ser o sujeito imputável, condicionado pela sua livre manifestação de vontade.

A sanção que a lei impõe ao ofensor varia de acordo com o direito que foi violado. Assim, quando se infringe uma norma jurídica penal, a sanção é uma pena, e quando se infringe uma norma civil, a sanção corresponde à reparação do dano causado na sua integralidade, restabelecendo-se as coisas ao *status quo ante*, ou seja, ao estado em que se encontravam antes da ofensa.

Assim sendo, no caso de lesão a bem material, a indenização é fixada levando-se em conta o seu valor em face dos danos emergentes e lucros cessantes; e em relação à lesão de um direito imaterial, cabe ao juiz, de acordo com a nossa norma civil vigente, fixar uma indenização de natureza compensatória, já que não será viável se restabelecer a situação presente antes da ocorrência do dano, tendo o juiz que analisar, subjetivamente, para tanto, as condições financeiras, sociais e culturais do autor do dano e da vítima.

Na visão de Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho¹⁴⁴, a responsabilidade civil tem natureza dúplice, portanto: de sanção e de reparação, sendo a

¹⁴⁴GAGLIANO, Pablo Stolze, PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo Curso de Direito Civil – Responsabilidade Civil, p.23.

indenização um sucedâneo da reparação. As duas se complementam, pois, tanto a sanção quanto a reparação visam a castigar o ofensor, gerando um efeito punitivo pela ausência de cautela na prática de seus atos, persuadindo-o a não mais lesionar, mas também cria uma desmotivação social no seio da comunidade para que ninguém mais venha a cometer tais atos lesivos, causando prejuízo a outras pessoas.

3.2 – Evolução histórica da responsabilidade civil

Sabemos que a responsabilidade civil é um instituto mutável e que sofre diretamente os reflexos da modernização da sociedade e suas consequências sociais.

Em virtude de ter esse instituto se originado e desenvolvido com base nos fatos jurídicos sociais, é certo que o seu estudo nos obriga a embrenhar em sua história para obtermos uma compreensão adequada do seu avanço.

Segundo José Jairo Gomes “se o direito é fruto da cultura e representa, sob um aspecto, a institucionalização da razão normativa, assentando-se nas idéias de bem e virtude e, particularmente, na idéia de justiça, as quais visam concretizar-se na sociedade”¹⁴⁵, não se arreda a idéia de que o enceto de sua compreensão pressupõe primeiramente o exame da sua história.

Se a sociedade evolui, o direito há de evoluir igualmente, pois o bom conhecimento de uma legislação ou de um instituto depende diametralmente do bom conhecimento de sua história¹⁴⁶.

É na história que encontramos a reconstrução do passado do homem, uma vez que é nela que saberemos como ele foi antes e como ele poderá ser¹⁴⁷.

Ademais, não podemos esquecer que os estudos sobre responsabilidade civil levam de maneira inexorável à análise de seus marcos históricos que justificam as tendências e as funções do instituto¹⁴⁸, pois, a responsabilidade civil é reflexo da própria evolução do direito¹⁴⁹. Desse modo, torna-se inatacável o fato de que as considerações

¹⁴⁵ GOMES, José Jairo. Responsabilidade Civil e eticidade, p. 33-34.

¹⁴⁶ NASCIMENTO, Walter Vieira do. Lições de História do Direito, p. 03.

¹⁴⁷ NERY, Rosa Maria de Andrade. Idéias do mundo antigo. Equação do justo e o direito de obrigações, p. 11.

¹⁴⁸ FESSEI, Regina Vera Villas Boas. Marcos Históricos relevantes à compreensão da vocação do instituto da responsabilidade civil. 350f. Tese (Doutorado em Direito das Relações Sociais) - Faculdade de Direito – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo: 2002, p. 03.

¹⁴⁹ DIAS, José de Aguiar. Da responsabilidade civil, P. 13.

históricas são meios de permitir a correta análise do tema em debate a fim de que se possa obter uma nova visão da matéria com alguns sustentáculos no passado.

Portanto, antes de discorrermos especificamente sobre o tema deste trabalho, iremos fazer um breve esboço histórico da responsabilidade civil, pois, a partir daí, sim, poderemos extrair ilações atuais sobre o tema ora em debate.

Pode-se asseverar que nos primórdios da humanidade não se cogitava o fator culpa para a responsabilização do infortúnio, pois, na época, o dano provocava uma reação imediata, instintiva e brutal do indivíduo.

Em virtude de o homem primitivo estar muito ligado à sua comunidade, uma vez que fora dela se sentia desprotegido dos perigos imaginários, sua organização jurídica primitiva baseava-se no vínculo de sangue, representado pela recíproca tutela daqueles que possuíam uma descendência comum¹⁵⁰.

Dessa forma, a ligação grupal chegava a determinar que quando o membro de uma determinada tribo agredia ou cometia alguma infração contra um membro de outra tribo, nascia para esta, o direito de responder à agressão sem qualquer controle que pudesse equilibrar as reações¹⁵¹.

A história da responsabilidade civil demonstra que os mais remotos ordenamentos indicavam ser a vendeta o principal regramento utilizado na consecução de justiça. No Código de Hamurabi, construção legislativa que data aproximadamente de 2.200 anos a.C., encontravam-se preceitos que concediam à vítima o direito de buscar indenização por um mal imerecidamente sofrido.

Segundo a teoria clássica, a responsabilidade civil assenta na presença de três pressupostos, quais sejam: o dano, a culpa do autor e a relação de causalidade. Contudo, no início das civilizações, não se cogitava, ainda, sequer, a idéia de culpa, já que, no mesmo momento em que o dano ocorria, este provocava uma reação imediata do ofendido que, utilizava-se da vingança privada, uma forma espontânea de reação contra o mal sofrido exercida sem qualquer limite de sujeição.

No Código de Manu, outro regimento jurídico bastante antigo, originário do século XIII a. C., já existiam, também, referências quanto ao dever de indenizar, pois, no

¹⁵⁰ MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. Fundamentos da pena, p. 02.

¹⁵¹ COSTA, Tailson Pires. Dignidade da Pessoa Humana diante da sanção penal, p. 25.

seu livro VIII, § 224, havia a menção relativa à indenização por danos causados por animais¹⁵². Era mais ético que o Código de Hamurabi, já que determinava a reparação da lesão por meio do pagamento de determinada importância, impedindo a utilização da Lei de Talião.¹⁵³

A civilização helênica, mais avançada, até chegou a experimentar a noção de reparação do dano com sentido puramente objetivo, independente de contrariedade à norma predeterminada¹⁵⁴.

Entretanto, apesar de essas legislações já mencionarem a forma de reparação do dano, é o direito romano que nos mostra a idéia verdadeira do avanço concernente ao modo de reparação do mal sofrido, uma vez que neste ordenamento é que surgem os primeiros traços da correta concepção de que a simples utilização da força pela força não lhe asseguraria a existência e que só por meio de um conjunto de forças é que se poderia sobrepujar a resistência do homem, aplicando-as a um só móvel e fazendo-as agir em comum acordo¹⁵⁵.

A análise desse arcabouço histórico do Direito Romano nos deixa claro que, no direito romano arcaico, a responsabilidade civil inicia-se pela vingança privada, segundo a qual era concedido à vítima ou aos seus parentes, o direito de ocasionar um dano àquele que o lesionara de forma indevida. Inexistia, pois, entre os romanos, qualquer regra de proporcionalidade entre a indenização requerida e o mal sofrido, o mal era combatido por outro mal.

Como ensina Alvino Lima¹⁵⁶, a responsabilidade civil no direito romano tem seu ponto de partida na vingança privada, forma primitiva, selvagem talvez, mas espontânea e natural contra o mal sofrido; solução comum a todos os povos nas suas origens, para a reparação do mal pelo mal. O pensamento daquela época era de que a vendeta seria mais um instrumento hábil à harmonização dos interesses sociais, ainda que houvesse uma nova vítima sob o instrumento jurídico adotado.

¹⁵² CAHALI, Yussef Said. Responsabilidade Civil, p. 238.

¹⁵³ FLORINO, Valdir. Dano Moral e o direito do trabalho, p. 18.

¹⁵⁴ CHAVES, Antonio. Tratado de Direito Civil, vol. VIII, p. 16 e SS.

¹⁵⁵ ROUSSEAU, Jean Jacques. O contrato social. 3. ed., p. 20.

¹⁵⁶ LIMA, Alvino. Culpa e Risco. 2ª. Ed. p. 19-20.

No período arcaico, os romanos ainda não tinham a mais vaga idéia sobre o instituto da culpa, deixando à vítima o direito de saciar-se da lesão através do belo prazer de ocasionar ao agente que lhe causou um dano, outro dano que lhe fosse equivalente.

Foi a partir desse estágio inicial da evolução da sociedade romana que se iniciou a compreensão de que não havia êxito em lesionar o agente causador do dano e, assim, passou-se a aceitar outras formas indenizatórias como meio de acalmar a fúria do ofendido.

Foi o direito romano também que passou mais tarde a diferenciar a “pena” da “reparação”, já que se distinguiram os delitos públicos dos privados, com a reparação econômica nos primeiros para os cofres públicos, e nos últimos diretamente para a vítima. A partir de então foi que o Estado passou a ganhar o direito de punir, dando início à ação de indenização.

Após a fase do “olho por olho, dente por dente”, aparece a fase reconhecida como de “composição econômica”, na qual o prejudicado passa a perceber que esta é a melhor forma de reparação pelo dano sofrido. Na visão de José Aguiar Dias:

“Atenuam-se as suscetibilidades por demais irritáveis do homem primitivo. Já, agora, o prejudicado percebe que mais conveniente do que cobrar a retaliação – que é razoavelmente impossível no dano involuntário e cujo efeito é precisamente oposto da reparação, porque resulta em duplicar o dano: onde era um, passavam a ser dois lesados – seria entrar em composição com o autor da ofensa, que repara o dano mediante a prestação de uma pena, espécie de resgate da culpa, pelo qual o ofensor adquire o direito ao perdão do ofendido”¹⁵⁷

Aqui, figura da culpa ainda era ignorada. Mais à frente, quando passam a surgir as primeiras legislações a esse respeito, vislumbra-se efetivamente, a vedação que recaía contra a vítima que a impedia de fazer justiça a seu próprio critério. Vê-se, portanto, no período arcaico, o surgimento de uma composição voluntária inserida na solução transacional, ou seja, ao invés de a vítima impor igual sofrimento ao agente, recebia, a título de *poena*, uma importância em dinheiro ou quaisquer outros bens.

Nesse enfoque, a evolução do direito romano nos mostra que a vingança privada como forma de repressão do dano passou para o domínio jurídico, como forma de reação legalizada e regulada. O Poder Público passa a intervir no sentido de permiti-la e

¹⁵⁷ DIAS, José Aguiar. Da Responsabilidade Civil, p. 22.

executá-la. Isso significa que, a partir daquele momento, como foi mencionado, o Estado avocou todas as funções punitivas, fazendo surgir a ação de indenização, criando a responsabilidade civil e penal.

Com a regulamentação da reação da vítima e com a ocorrência de uma “soberania e autoridade, a composição econômica, de voluntária que era, passa a ser obrigatória e, ao demais disso, tarifada. É quando o ofensor paga um tanto ou quanto por membro roto, por morte de um homem livre ou de um escravo”¹⁵⁸. Assim, fica ratificada a idéia de que a pena privada vai cada vez mais, perdendo o caráter de punição e transforma-se em reparação, deixando de ser correlata a reparação civil com a reparação penal.

A fase da Lex Poetelia Papiria, datada do século IV a. C., ficou marcada pela abolição da execução pessoal do agente, dando origem ao princípio de que é o patrimônio do devedor que deve responder pela dívida. Em função disso, os pretores romanos, em defesa dos credores prejudicados, passaram a conceder uma reparação integral (in integrum restitutio). Em certos casos, a execução pessoal continuou a existir, vindo a renascer no Baixo Império e na Idade Média.

Na visão de Aguiar Dias, foi somente na Lei Aquília que se delineou um princípio regulador a respeito da reparação do dano, trazendo a vantagem de criar os primeiros esboços jurisprudenciais que tratavam da injúria e da culpa, sem falar nas primeiras linhas a respeito da responsabilidade aquiliana (daí a razão da sua nomenclatura). É por isso que se diz que a noção de culpa deitou as suas raízes na própria Lex Aquilia.

Essa lei foi assim chamada, pois, foi o tribuno Aquilius quem teve a iniciativa de suscitá-la, por volta do século III ou IV a.C. Para essa lei, a responsabilidade civil só poderia ser suscitada se o dano tivesse sido causado contra o direito e se ele se expressasse de uma forma positiva, através da culpa *in commitendo* e, ainda; precisava o dano ter sido causado em razão de um contato direto do corpo do autor com o da vítima.

Na visão de Correia e Sciascia:

“(...) a ação não podia ser exercida senão pelo proprietário da coisa danificada, que devia ser cidadão romano. Mais tarde, a jurisprudência entendeu a aplicação da lei (*actio utilis legis Aquiliae*), como ponto de vista subjetivo e objetivo. Subjetivamente, o pretor declarou responsável o *preginus* (Gai. 4,37) e concedeu a ação ao usufrutuário, ao credor pignoratício,

¹⁵⁸ SILVA, Wilson Melo da. Responsabilidade sem culpa. 2. ed., p. 15.

ao possuidor, etc. Objetivamente, o elemento *damnum corpore corpori datum* passou a ter compreensão mais ampla, e, p. ex., considerou-se responsável também quem tivesse assustado o escravo alheio que, em consequência disso, caísse num precipício. A ação era *in simpum* contra quem confessava; *in dumplum* contra o autor do dano, que negava.”¹⁵⁹

Na visão de José Aguiar Dias, é na Lei Aquília que se “esboça, afinal, um princípio geral regulador da reparação do dano. Embora se reconheça que não contivesse ainda ‘uma regra de conjunto nos moldes do direito moderno’, era, sem nenhuma dúvida, o germe da jurisprudência clássica com relação à injúria (em sentido amplo significava o ato praticado sem que se tenha direito, sendo, portanto, elemento essencial de qualquer espécie de delito) e ‘fonte direta da moderna concepção de culpa aquiliana que tomou da Lei Aquília o seu nome característico’”¹⁶⁰.

Na Lei Aquília se concedia a ação à vítima quando o dano fosse causado injustamente e sem direito, sendo essa, pois, a condição, para a admissibilidade da reparação. Nela, a justiça e a injustiça da conduta relacionavam-se ao fato de ela estar ou não amparada pela norma jurídica, não se cogitando a culpa nos moldes como é hoje entendida.

Na visão de Giselda Maria F. Novaes Hironaka:

“(…) na *lex Aquilia* a culpa é índice de obrigação, mas não é sozinha, causa de dever – este depende de ser exigido por quem se sente lesado, - ao passo que no direito contemporâneo, que se ampara na teoria da culpa, há uma simultaneidade entre culpa e dever”

(…) em outras palavras, o direito romano é mais ‘positivista’ e o direito contemporâneo é mais ‘moralista’ no ato de se conceber a culpa (...). O que obriga alguém a indenizar ou compensar outrem em função de ter prejudicado o direito ou propriedade alheios não é uma necessidade moral, mas sim um *imperium* que define quem é o devedor da compensação. A obrigação romana, em termos jurídicos, nasce não da prática do ato pura e simplesmente, mas da concepção jurídica, institucional, de que a ação ilícita ou antijurídica assim o é. Sem esta constatação estatal de antijuridicidade do feito, nenhuma obrigação moral tem a força de obrigar juridicamente o ressarcimento ou outra forma de compensação.

(…) o que diferencia a culpa na *Lex Aquilia* e a culpa no direito contemporâneo é a idéia de que, embora ela seja o fundamento jurídico mais evidente que se possa considerar, no direito romano ela não é causa suficiente para a intervenção do poder, porque falta a percepção estatal de uma necessidade civil de reparação, além da necessidade moral vislumbrada pela parte lesada. Por outro lado, no Estado contemporâneo – ao menos no início do séc. XIX – a culpa já se delineia como causa suficiente do dever de

¹⁵⁹ CORREIA, Alexandre e SCIASCIA, Gaetano. Manual de Direito Romano, p. 366.

¹⁶⁰ DIAS, José Aguiar. Da Responsabilidade Civil, p. 24.

indenizar, uma vez que seu reconhecimento oficial se reflete, diga-se assim, como marca pública de uma moralidade privada que se encontra representada na lei¹⁶¹

Na realidade, apesar de toda essa discussão doutrinária que traçamos aqui e que tratava da existência ou inexistência da culpa na Lei Aquília, o fato é que, foi mesmo o direito romano que introduziu esse elemento subjetivo da culpa, retirando do direito toda a idéia de pena, para então substituí-la pela idéia de reparação do dano sofrido.

Na opinião dos irmãos Mazeaud¹⁶², foi só no fim da República que efetivamente surgiu a culpa aquiliana, sob a influência das idéias gregas. Mas, na verdade, vê-se que a noção de culpa teve uma evolução precária ao longo do direito romano e jamais chegou a ser estabelecida como critério ou fundamento da responsabilidade civil, como aconteceu nos séc. XIX e XX. Foi mesmo somente com a redescoberta do direito romano e com o aprofundamento do seu estudo no séc. XVIII que se deu início à concepção de culpa como atualmente se concebe.

A Igreja Católica também foi a responsável pela releitura da cultura greco-romana, através da participação dos canonistas, adeptos da filosofia tomista, através dos princípios éticos do Evangelho. Assim, o doutrinador Jean Domat, no século XVII, foi o primeiro a desenvolver uma teoria da responsabilidade civil pautada na simbiose entre a doutrina do direito romano e os princípios da moral cristã. Essa responsabilidade por ele fulcrada pautou-se no princípio geral da culpa, o que, de fato, possibilitou a distinção entre a responsabilidade civil e a responsabilidade penal.¹⁶³

Já o direito francês tratou apenas de estabelecer um princípio geral de responsabilidade civil, sem enumerar especificamente os casos aos quais se impunha uma composição obrigatória, como até então se fazia. Aqui surgiram os primeiros princípios como, por exemplo, aquele que prescreve o direito à reparação em caso de culpa ainda que levíssima, a distinção da responsabilidade civil e penal, a figura da culpa contratual que se origina da negligência e da imprudência e que não se liga nem a crime nem a delito.

¹⁶¹ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Responsabilidade Pressuposta. Belo Horizonte: Del Rey, p. 31-32.

¹⁶² MAZEAUD, Henri e MAZEAUD, Leon. *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile, dilictuelle et contractuelle.*, p. 27

¹⁶³ *op. cit.*, p. 45.

Além disso, com a Revolução Francesa, surgiu na Europa um ideário individualista que visou a promoção da livre iniciativa privada, onde o aspecto patrimonial superaria totalmente o aspecto eivado na vendeta. Isso tudo fez surgir em 1804, o Código Civil francês, onde se implantaram várias idéias, dentre as quais podemos citar: a noção de culpa em abstrato; a distinção da culpa delitual da culpa contratual que, por sua vez, separava a idéia de dano da idéia de punição; passou-se a proteger o ofendido contra os prejuízos que não acarretavam depreciação material, mas que lhe impediam o ganho legítimo; determinou-se que a composição do dano independia da gravidade da culpa; estabelecia-se a distinção entre a responsabilização penal do agente perante o Estado e a responsabilização civil perante a vítima; e definia-se que a responsabilidade civil se fundava na culpa, idéia essa que passou a se expandir pelas legislações de todos os países, tais como a Áustria, Itália, onde, nesta última, encontravam-se seis normas sobre responsabilidade civil, sendo uma que apresenta a cláusula de responsabilidade fundada na culpa; e as outras que impuseram a responsabilidade por fato de outrem, a culpa presumida dos genitores, tutores, perceptores, artesãos e o ainda o dano causado por animais e por coisas.

Quanto ao direito português pouca notícia se tem, contudo, nas suas legislações mais antigas, não se fazia distinção entre a responsabilidade civil e a criminal. Nas Ordenações do Reino que tiveram a sua vigência por aqui, na época do Brasil Colonial, a reparação confundia-se com a pena e a multa. Contudo, já em 1966, quando do advento do Código Civil português, ficou disciplinado que o sujeito que violasse ilicitamente o direito de outrem ou qualquer disposição legal destinada a proteger direitos, independentemente de dolo ou culpa, ficava obrigado a indenizar o lesado pelos danos resultantes da violação. Nessa legislação, o dever de indenizar sem culpa só ocorreria quando a lei expressamente determinasse. Contudo, mesmo em Portugal e ainda na Espanha, a culpa apareceu como primado básico para a responsabilização civil¹⁶⁴. Mas, não foi só isso. O Código Civil francês ainda influenciou outros códigos como o alemão, suíço, e até mesmo o nosso antigo código civil de 1916, como iremos tratar.

Portanto, o que se pode concluir é que, diante de todos os códigos civis vigentes ou ainda projetados no século XIX, a culpa aparecia como elemento fundamental, senão,

¹⁶⁴ WIEACKER, Frans. História do Direito Privado Moderno. 3. ed., p. 394.

até mesmo, único da responsabilidade civil. Ela, portanto, tornou-se uma espécie de “*célula mater*” da teoria da responsabilidade e todo o entendimento jurídico da época caminhava para o fato de que não havia que se falar em responsabilidade civil sem antes mesmo se falar de culpa, o que, mais tarde, não será mais verdadeiro.

Daí, o que se percebe é que aquela teoria não mais se adequaria à nova realidade que se apresentava como resultado da Revolução Industrial que foi a principal responsável pelo aumento do número dos acidentes de trabalho. Novas teorias, portanto, se faziam necessárias, já que as vítimas precisavam, certamente, de uma maior proteção.

Na Itália, o exercício da atividade perigosa, aparece como fundamento da responsabilidade civil, admitindo-se, todavia, a inversão do ônus da prova. Nesse caso, o agente poderá se eximir da sua responsabilidade, desde que consiga provar que se preocupou e efetivamente adotou todas as medidas capazes de afastar o risco.

Foi a partir de então que passou a florescer a teoria do risco, que, paralelamente à teoria da culpa, passava a ganhar terreno, já que esta não conseguia dar o verdadeiro amparo às vítimas. Assim sendo, a responsabilidade passava a ganhar a natureza de responsabilidade objetiva, onde, os operários, então, que sofriam os acidentes de trabalho, sempre teriam direito à indenização independentemente da ocorrência de culpa do patrão ou do próprio empregado. Essa teoria era fundada no princípio da equidade, uma vez que se adotava a idéia de que aquele que lucra com o desempenho de certa atividade, teria o dever de responder pelos riscos ou desvantagens delas decorrentes (o que mais tarde seria chamado de teoria do risco-proveito, que será objeto de análise ao longo desse capítulo). Era essa a visão da teoria civilista, pois, nela se pregava a idéia de que o patrão teria, sim, o dever de indenizar por ser o detentor dos meios de produção e dos instrumentos de trabalho que geralmente geravam o infortúnio.

É nessa teoria que ficarão presumidas as idéias do exercício da atividade perigosa como fundamento indispensável da responsabilidade civil sem culpa, já que, por si só, essa atividade está atrelada ao risco, e será em virtude do seu advento que o empregador deverá assumir o dever de responsabilização, amparando as necessidades do seu empregado que foi atingido por tal infortúnio. Contudo, hoje em dia, além da teoria do risco da atividade, o direito civil moderno trabalha com outra teoria chamada de teoria do dano objetivo, para a qual, a pura e simples existência de dano é passível de indenização e

reparação, e, da mesma forma que a teoria objetiva, despreza a prova da existência de culpa.

Isso mostra a tendência atual no tocante à substituição da idéia da responsabilidade pela idéia da reparação; a idéia da culpa pela do risco e da responsabilidade objetiva pela subjetiva.¹⁶⁵ E isso tem uma finalidade: a de facilitar a vida da vítima a fim de que ela consiga uma indenização dos danos que alguém lhe causou, com fundamento nos princípios da equidade, justiça, solidariedade e socialização do direito e dos riscos.

Em relação ao direito brasileiro, voltando ao arcabouço histórico, podemos dizer que a matéria de responsabilidade civil pode ser estudada em três fases. A primeira delas, nos casos omissos, aplicavam-se as normas das Ordenações do Reino, subsidiariamente aos textos legislativos pátrios, tendo em vista, a força da Lei da Boa Razão (de 18 de agosto de 1769); a segunda, marcada pelo Código Criminal de 1830, que mais tarde foi transformado em Código Civil e Criminal, onde já se disciplinava a respeito do direito à indenização, da integridade da reparação, da solução da dívida favorecendo o ofendido, da transmissibilidade do dever de reparação e do direito de crédito referente à indenização concedido aos herdeiros. Inicialmente, se previa a dependência da condenação cível à criminal, o que mais tarde foi abolido definitivamente; e por fim, a terceira fase que foi iniciada com Teixeira de Freitas na Consolidação das Leis Civis, na qual a responsabilidade era por ele tratada independentemente da criminal e com satisfação completa, compreendendo a reparação do dano moral¹⁶⁶.

Com o advento do Código Civil de 1916, a teoria da culpa foi implantada de tal modo que seria exigível a prova do dolo ou da culpa do causador do dano, para que o mesmo fosse obrigado a repará-lo, podendo se presumir a culpa em alguns casos específicos, apenas. Esse Código tratou de forma independente a responsabilidade civil e a criminal; tratou da responsabilidade extracontratual diferentemente da responsabilidade contratual; distinguiu a responsabilidade direta da responsabilidade indireta; definiu a responsabilização por fatores relacionados às pessoas, animais ou coisas inanimadas; estabeleceu soluções quanto à liquidação dos danos provocados por atos ilícitos e

¹⁶⁵ GONÇALVES, Carlos Roberto. Op. cit., p. 10.

¹⁶⁶ BELMONTE, Alexandre Agra. Curso de Responsabilidade Trabalhista: Danos Morais e Patrimoniais na Relação de Trabalho, p. 28-29.

determinou o arbitramento para as hipóteses não previstas pelo legislador. Contudo, é bom salientar que esse diploma, apenas de forma bastante tímida e excepcional, admitiu casos de responsabilidade sem culpa.

Contudo, nem sempre será fácil reparar o dano da vítima, se só houver acesso à teoria da culpa, mesmo sendo esta, ainda, a teoria que prevalece em alguns Códigos.

O Código Civil de 2002, na maior parte das disposições, assegura a culpa como requisito indispensável ao dever de reparação, já que este circunscreve a idéia de que o dever de reparação tem como pressuposto indispensável a prática de um ato ilícito, onde, sem a prova da culpa, não se fala em reparação de danos. Contudo admite, na realidade atual, o dever de reparação independente de culpa, apenas em casos especialmente previstos na lei ou nas hipóteses em que a atividade desenvolvida pelo sujeito venha implicar necessariamente riscos aos direitos de outrem.

Isso tudo que se apresentava, nada mais era do que o próprio reflexo ou mesmo resultado da Revolução Industrial, iniciada na Inglaterra no século XVII, que foi a principal responsável pelo aumento do número dos acidentes envolvendo operadores humanos, bem como grupo ou aglomerados de pessoas, teoricamente beneficiários de uma evolução tecnológica, devido a evolução das máquinas, técnicas e processos de fabricação. Novas teorias, portanto, se faziam necessárias, já que as vítimas precisavam, certamente, de uma maior proteção.

Esse progresso industrial gerou, a partir do incremento das cidades e do surgimento de novas atividades geradoras de renda, um aumento nas exigências sociais tendo em vista a melhoria nas condições do padrão de vida e cultura da população, o que impulsionava a valorização do seu humano, deixando de lado a idéia de que os acidentes decorrentes do exercício de qualquer atividade comercial ou industrial, sem que houvesse a devida reparação, seria algo plenamente aceitável.

Dessa forma, a teoria da responsabilidade passou a se preocupar cada vez mais com o dano em si mesmo considerado, deixando um pouco o enfoque da pessoa responsável e do lesado, em virtude da complexidade dos danos que passaram a se apresentar e do aumento significativo na sua quantidade. A culpa como elemento base da teoria da responsabilidade, diante disso tudo, não mais conseguiria albergar a maior parte dos danos nem, tampouco, daria a eles a devida e pronta solução.

Essa nova idéia que lastreia a teoria da responsabilidade civil deu forças ao desenvolvimento desse traço objetivista no qual o interesse da vítima deve ser colocado em primeiro plano¹⁶⁷. Especialmente a partir das modificações legislativas ocorridas nos últimos tempos, principalmente, a partir do Código de Defesa do Consumidor que adotou a responsabilidade objetiva para o fabricante, produtor, construtor e fornecedor de bens e serviços é que o atual Código Civil passou a trazer também, no seu artigo 927, § único (tratado com mais profundidade mais adiante), a obrigatoriedade da reparação do dano, independentemente da prova de culpa, nos casos previamente especificados em lei ou ainda quando a atividade normalmente desenvolvida pelo ofensor gerar, por sua própria natureza, risco para os direitos de outrem.

Ante a grande expansão dos danos, não há mais como imaginar deixá-los sem a respectiva reparação. Deve o legislador pautar por torná-los indenizáveis, ou mesmo, como mostra Giselda Hironaka¹⁶⁸, deve-se pautar, pelo menos, para que haja uma incessante e sensível diminuição nas hipóteses de ‘irressarcibilidade’.

Deverá a justiça exigir que cada agente venha responder pelos danos que causar, quer por culpa, quer pelo simples fato de desenvolver uma atividade que, em si, traga riscos a um grupo de pessoas ou a uma coletividade. Na verdade, o que está acontecendo é a mudança do grau de importância da análise da conduta do agente ofensor, a qual passa a ser o elemento dispensável da responsabilização, passando-se a dar importância, assim, ao fenômeno da objetivação.

Esta teoria (da objetivação) era fundada no princípio da equidade, uma vez que se adotava a idéia de que aquele que lucra com o desempenho de certa atividade, teria o dever de responder pelos riscos ou desvantagens delas decorrentes (o que mais tarde seria chamado de teoria do risco-proveito, que será objeto de análise ao longo desse capítulo). Era essa a visão da teoria civilista, pois, nela se pregava a idéia de que o patrão teria, sim, o dever de indenizar por ser o detentor dos meios de produção e dos instrumentos de trabalho que geralmente geravam o infortúnio.

É nessa teoria que ficará presumida a idéia do exercício da atividade perigosa como fundamento indispensável da responsabilidade civil sem culpa, já que, por si só, essa

¹⁶⁷ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Responsabilidade Civil e contemporaneidade: retrato e moldura, p. 586-587.

¹⁶⁸ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Responsabilidade Pressuposta, p. 106.

atividade está atrelada ao risco e será em virtude do seu advento que o empregador deverá assumir o dever de responsabilização, amparando as necessidades do seu empregado que foi atingido pelo infortúnio. Contudo, hoje em dia, além da teoria do risco da atividade, o direito civil moderno trabalha com outra teoria chamada de teoria do dano objetivo, para a qual, a pura e simples existência de dano é passível de indenização e reparação, e, da mesma forma que a teoria objetiva, despreza a prova da existência de culpa.

Na legislação esparsa, o fenômeno da objetivação também constituiu uma forte tendência, o que se prova, por exemplo, na legislação trabalhista, onde em caso de acidentes de trabalho, as indenizações previdenciárias são concedidas independentemente da culpa do acidentado; bem como a figura da responsabilidade objetiva do empregador, que, de acordo com o artigo 2º da Consolidação das Leis do Trabalho, além de admitir, assalariar e dirigir a prestação pessoal de serviços, assume os riscos da atividade econômica. Isso acontece devido a hipossuficiência do trabalhador (que tinha muitas dificuldades em provar a culpa ou o dolo dos agentes causadores dos danos que lhes atingiam) e a adoção da teoria do risco, que exprime que quem busca um proveito da atividade empreendida, mesmo que ao final não alcance os resultados positivos pretendidos, deverá se responsabilizar por eventuais danos causados.

Isso mostra a tendência atual no tocante à substituição da idéia da responsabilidade pela idéia da reparação, a idéia da culpa pela do risco e da responsabilidade objetiva pela subjetiva.¹⁶⁹

No nosso país, a norma civilista também admite a inversão do ônus da prova, dando oportunidade ao sujeito provar a ausência do seu dever de reparação a partir do momento que demonstrar que tomou todas as medidas necessárias e que estavam ao seu alcance para evitar as conseqüências decorrentes do risco, mas que, mesmo assim, ele se produziu.

O atual Código Civil inovou a partir do momento que prescreveu a norma do artigo 927, § Único, que não revogou as leis especiais existentes, e ressalvou ainda as normas que viessem a ser promulgadas, permitindo que a jurisprudência considerasse as atividades até então existentes ou as que viessem a existir como atividades de risco. Isso retrata a mudança do enfoque de preocupação do legislador, que passou a deixar um pouco

¹⁶⁹ GONÇALVES, Carlos Roberto. Op. cit., p. 10.

de lado a preocupação com a conduta do agente e passou a se preocupar mais em julgar o dano em si mesmo, em seu grau de ilicitude e injustiça¹⁷⁰.

Esses novos caminhos da técnica de legislar que foram aqui esboçados, atenta para o uso de cláusulas gerais ou conceitos indeterminados, o que faz alguns juristas criticarem essa abordagem, pois, alegam a possibilidade da ocorrência de insegurança, já que o supramencionado dispositivo coloca nas mãos do juiz o poder de definir quais são verdadeiramente, as atividades ensejadoras dos riscos.

Essas cláusulas gerais, quando passam a ser inseridas no mundo jurídico, na verdade, passam a ser vislumbradas como verdadeiras fontes do direito, mesmo que de modo indireto, o que implica afirmar que, na atualidade, estamos mesmo diante de uma crise na teoria das fontes, o que nos faz reconhecer uma nova cultura do direito, ou seja, uma nova forma de interpretá-lo.

Novos paradigmas se mostram em virtude da direta relação que mantêm com a estrutura social na qual o direito se enraíza. Assim, todo o conhecimento que venha a ser produzido pelo direito, enquanto ciência social, será dependente do universo criado pela sociedade, quem, por sua vez, definirá, o verdadeiro paradigma num dado momento histórico.

Foi por isso que o nosso Código Civil nada mais fez a não ser materializar as mudanças sociais, econômicas, políticas e morais enfrentadas pela sociedade, as quais obrigaram o legislador a realizar uma revisão na linguagem e nas vertentes do mundo jurídico.

Isso mostra que, ao longo dos tempos, as leis passam a ser reflexo de uma realidade social que se mostra. Assim sendo, o Código Civil de 1916 nos mostrou que foi um verdadeiro reflexo de uma época onde o apego ao positivismo e o formalismo nas legislações era sinônimo de uma regulação completa e perfeita. Já dizia José Carlos Moreira Alves citando Clóvis Bevilacqua, que, com a codificação “o que perde o direito com essa dureza de formas, ganha em clareza e precisão de idéias, em segurança de interesses, em cerceamento do arbítrio dos depositários do poder”¹⁷¹.

¹⁷⁰ GONÇALVES, Carlos Roberto, Op. Cit., p. 13.

¹⁷¹ BEVILAQUA, Clóvis. O problema da codificação do direito civil brasileiro. Revista Acadêmica da Faculdade de Direito do Recife, v. VI, p. 3-18, 1896. Apud ALVES, José Carlos Moreira Alves. O projeto de

Os Códigos foram criados para que nos dessem uma melhor compreensão da ciência do direito e uma maior segurança jurídica a todos que deles se servem, mas, a partir da segunda metade do século XVIII, eles vieram se tornando cada vez mais e mais legislativos, o que demonstrava o verdadeiro poderio estatal na tentativa de regular todas as relações jurídicas que se formavam entre os sujeitos. Na opinião de Miguel Reale, eles passavam assim a tornar o direito algo parecido com uma fôrma na qual deveriam se encaixar todas as situações fáticas como meras peças de quebra-cabeças, sem haver qualquer possibilidade de mudanças de forma, sob pena de desconjecturar toda a sua estrutura.

O Direito dessa forma deveria ser visto apenas como um sistema fechado de verdades, ficando a atividade jurisprudencial restrita à mera aplicação da lei, cabendo ao juiz pura e simplesmente a tarefa de aplicar a lei dentro da mais estrita legalidade.

Foi tentando alterar os rumos dessa história que o atual Código Civil inovou, pois, permitiu que houvesse a busca de uma justiça concreta para os indivíduos e os seus respectivos grupos sociais, dentro dos seus referidos contextos, de tal maneira a se preservar a igualdade entre as partes, em busca de uma igualdade em concreto. Foi por isso que o nosso legislador se valeu do uso de cláusulas abertas, as quais favorecem a adequação da justiça ao caso concreto, substituindo o rigorismo da opção sistemática, que bloqueia a força expansiva dos valores jurídicos.

Renan Lotufo¹⁷² afirma que o nosso Código Civil, embora ainda esteja longe de uma perfeição, quer ser um corpo de normas com cláusulas gerais e abertas para servir e viabilizar a atuação de todo o direito privado.

Desse modo, ousamos afirmar que essa mudança observada pelo Código Civil de 2002 que traz o uso de cláusulas gerais como mecanismos de atualização do sistema do direito, permitindo que, a partir de uma norma geral se faça a tão almejada justiça social e se alcance um real equilíbrio, pode ser entendida como o reflexo de uma mudança de paradigmas no próprio direito, onde se passou a entender o sistema jurídico não mais como um mero conjunto de normas postas de maneira estática, mas como um conjunto de normas

Código Civil de Clovis Bevilacqua. Revista do Advogado. São Paulo: Associação dos Advogados de São Paulo, n. 61, p. 24-34, nov. 2000.

¹⁷² LOTUFO, Renan. Da oportunidade da codificação civil. In: Revista dos Advogados de São Paulo, Novo Código Civil: aspectos relevantes, n. 68, p. 19-30, dez. 2002, p. 27.

postas de maneira dinâmica e que sempre estará de olho nas mudanças e aspirações sociais, pois, atreladas estarão à realidade não só social, mas também, econômica, política, religiosa e moral que permeia toda a sociedade.

No campo da responsabilidade civil objetiva, não entendemos que o paradigma seja ultrapassado, muito pelo contrário. A segunda parte do § Único do artigo 927, o qual analisaremos mais profundamente no decorrer deste trabalho, conduz o jurista, através da sua vaguidade, à tentativa de obter a reposição do equilíbrio que foi atingido pelo dano, vez que lhe garante uma melhor adequação à situação fática atual, na tentativa de minimizar os impactos das lesões decorrentes do desempenho das atividades perigosas.

Assim, não há como deixar exclusivamente a cargo do legislador a tipificação de todas as hipóteses de atividade de risco, em virtude do grande aumento das situações fáticas que ensejam a atuação da teoria da responsabilidade civil aliada à idéia que temos hoje e que prega fielmente o primado da segurança e da proteção, sem esquecer da adoção do princípio da solidariedade.

Com a generalidade do dispositivo será possível alcançar as novas necessidades, já que, o próprio juiz poderá, individualmente, analisar caso a caso, obtendo, então, vários parâmetros que o auxiliem a decidir. O uso das cláusulas gerais conferem ao julgador a possibilidade de concretizar, caso a caso, os valores e as proposições jurídicas inseridas no campo da norma, o que confere a essa espécie legislativa um caráter adogmático.

Na visão de uma boa parcela da doutrina, os conceitos jurídicos indeterminados continuam a ser usados, mas, no paradigma de hoje, o pós-moderno, com diretrizes materiais; e é nesse sentido que aqui pontuamos, já que desde que se ofereçam padrões básicos advindos da lei, da doutrina ou mesmo da jurisprudência, para que o julgador possa decidir, não há porque resistir ao uso dos conceitos jurídicos indeterminados ou das cláusulas gerais.

A interpretação e a posterior aplicação das cláusulas gerais exige do jurista uma atuação de legislador no caso concreto, uma vez que terá ele que dar corpo e forma e um

conceito que regravará uma determinada situação posta sob o seu julgamento, mas a qual terá forte impacto social, podendo vir a ser adotada em casos futuros como padrão de decisão¹⁷³.

Isso mostra que o juiz há algum tempo, deixou de ser apenas um mero aplicador da letra da lei para se tornar aquele que “pondera quais vão ser as conseqüências práticas das distintas linhas de solução possíveis que oferece o ordenamento jurídico.”¹⁷⁴. É por isso mesmo que se mostram, na opinião de parcela da doutrina, úteis as cláusulas abertas como uma diretriz para a interpretação e aplicação do direito mais condizente com os desafios e problemas sociais que exigem uma atualização frenética do julgador em diversos aspectos da vida.

Para Ronaldo Porto Macedo Júnior¹⁷⁵, “está chagando a um período de exaustão paradigmática” em virtude da incongruência entre “a complexidade da sociedade contemporânea e a rigidez lógico-formal do direito positivo”, o que implica a necessidade de se alcançar respostas novas para os novos problemas sociais.

Temos que ver o direito como um sistema complexo que ele é, onde os seus elementos, que são a Constituição, as demais normas infraconstitucionais, as instituições e os operadores de uma forma geral, além da doutrina e da jurisprudência, mantêm entre si, com constância, relações dinâmicas. Isso deixa que o legislador, quando venha a tecer comentários sobre a legislação, possa ir buscar embasamentos da sua tese em julgados que já foram colacionados. Esses, também, por sua vez, e não poderia ser diferente, já deveriam ter se socorrido de fundamentos doutrinários ou legais, para a sua completa definição, e assim sucessivamente.

Esse aspecto dinâmico é que mostra a incompletude do sistema normativo e a necessidade constante de evolução do sistema do direito, que trabalha sempre ao lado da incompletude e provisoriedade de todo e qualquer conhecimento científico.

Isso tudo faz lembrar o que se chama de input-output dos sistemas, onde o primeiro termo representa “as informações processadas e selecionadas de acordo com o

¹⁷³ MARTINS-COSTA, Judith. A boa-fé no Direito Privado: sistema e tópica no processo obrigacional, p. 331.

¹⁷⁴ LORENZETTI, Ricardo Luis. Fundamentos do Direito Privado, p. 74-75.

¹⁷⁵ MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. Contratos relacionais e defesa do consumidor, p. 16-17.

sistema normativo”, ao passo que o segundo compreende os “efeitos sociais dos sistemas normativos”¹⁷⁶.

Há, na realidade, uma autocriação do direito, onde os elementos do sistema jurídico se relacionam e se influenciam mutuamente, sempre criando e renovando. Essa é a característica fundamental do sistema: a dinamicidade nas relações entre os elementos e a retroalimentação entre eles, sem esquecer, é claro, das relações que esses mesmos elementos mantêm com os elementos externos, como os fatos sociais, políticos, econômicos, morais, religiosos, pois, não há como separar o sistema da sociedade.

É impraticável que na fase atual, onde se trabalha constantemente com a interpretação das normas, se separar o sistema jurídico do mundo social, pois, não se pode deixar que aquele se feche demasiadamente, a ponto de não cumprir adequadamente as suas finalidades, quais sejam: evitar conflitos ou ainda dar-lhes soluções.

Essa análise nos mostra que, nos dias de hoje, não mais se admite uma visão fechada do operador do direito. Deverá este, quando estiver diante de uma decisão a ser tomada, preferir aquela que esteja mais adequada à velocidade das informações e os anseios da sociedade, limitando-se aos entraves que a própria lei ou demais fontes do direito possam lhe impor. Cumulam-se, assim, a não do sistema aberto com o fechado, em uma verdadeira sintonia.

Para tanto, filiamo-nos à doutrina de José Jairo Gomes¹⁷⁷, que nos mostra, ao estudar os mais diversos tipos de sistema, que o sistema brasileiro é misto, pois, ao mesmo tempo em que se encontra filiado à tradução romano-germânica em que sempre imperou a codificação, possui aberturas como a decorrente da introdução dos conceitos jurídicos indeterminados que autorizam afirmar que ele mantém um fechamento ou uma rigidez estrutural, abrindo-se, porém, em diversos pontos.

Deve o jurista interpretar e criar o direito constantemente, ainda que o faça seguindo uma lógica ou uma sistemática pré-definida. Balizas ou padrões de direção são imprescindíveis para nortear a atividade do operador e do julgador. O magistrado, principalmente, terá que contar com algum dado que lhe garanta a possibilidade de tomar

¹⁷⁶LUHMANN, Niklas. Sistema giuridico e dogmatica giuridica, feita por Campilongo, Celso Fernandes. Magistratura, sistema jurídico e sistema político. In: FARIA, José Eduardo. (Org.). Direito e Justiça: a função social do Judiciário, p. 113-115.

¹⁷⁷GOMES, José Jairo. Responsabilidade Civil e eticidade, p. 55.

uma decisão justa e sem afronta à segurança jurídica. Essa é, na verdade, a grande questão, a qual leva muitos doutrinadores a discordarem a respeito da imposição das cláusulas gerais nos ordenamentos jurídicos, tal como se vê no próprio Código Civil de 2002.

Toda essa questão é explicada historicamente, pois, sabe-se que ao final da Segunda Guerra Mundial, a sociedade passou a perceber as atrocidades cometidas pelo nazismo e que tinham como pano de fundo o positivismo jurídico. Foi na tentativa de mudar essa visão estritamente formalista do direito e buscar soluções em outras fontes que não apenas as leis, que foi promulgada a Declaração Universal dos Direitos do Homem, introduzindo-se nas constituições dos países europeus a noção de dignidade da pessoa humana¹⁷⁸.

José Jairo Gomes acrescenta que “a idéia inspiradora dessa doutrina é a realização de justiça no caso concreto, ou seja: é a boa e antiga preocupação com a equidade”, sendo certo que o juiz deverá se valer de “parâmetros objetivos presentes na realidade sociocultural”, bem como dos “costumes, as chamadas regras de experiência, entre outros.”¹⁷⁹

Essa preocupação com a pessoa e os seus direitos é entendida como um conteúdo civil das normas constitucionais, constituído por aquelas regulamentações relativas às pessoas (sua dimensão familiar e patrimonial) e às relações jurídicas privadas. O predomínio das preocupações sociais nas novas constituições que igualmente se refletiu na Constituição de 1988 reforça o abandono do neutralismo do Estado, que, nesse momento passa a atuar como um Estado preocupado com vários ideais de valores e a idéia de justiça.

Na opinião de Carlos Alberto Bittar Filho¹⁸⁰, a Constituição Federal de 1988, para o fim de reger as relações privadas, assumiu noções éticas, sociais, políticas e econômicas que as sociedades modernas têm firmado, e isso acaba por se refletir no plano da legislação ordinária, a qual se destaca o Código Civil.

De qualquer modo, o que vale mencionar é o fato de que os princípios e valores presentes na nossa constituição serviram e servirão de elementos fundantes da nova ordem civil, funcionando, como afirma Gustavo Tepedino¹⁸¹, como “uma tábua de valores” que

¹⁷⁸ REALE, Miguel. História do Novo Código Civil, p. 262.

¹⁷⁹ GOMES, José Jairo. Responsabilidade civil e eticidade, p. 79 e 81.

¹⁸⁰ BITTAR FILHO, Carlos Alberto. Direito Civil Constitucional, p. 26.

¹⁸¹ TEPEDINO, Gustavo. O novo e o velho Direito Civil. Temas de Direito Civil, p. 400.

“revela a opção política democraticamente constituída e, por isso mesmo, apta a vincular imperativamente o intérprete”.

O nosso atual Código Civil, apesar de seu projeto ter mais de vinte anos, sofreu uma grande influência da carga ideológica que permeia o texto constitucional e, por esse motivo mesmo, é que se podem aceitar as cláusulas gerais nele inseridas como um elemento caracterizador de valores e ideais tão bem recepcionados pelo nosso legislador constituinte, e que se encontram transcritos tanto de forma explícita quanto de forma implícita, no nosso Código Civil de 2002.

É por isso mesmo que se diz que a Constituição Federal de 1988 renovou muitos valores como, por exemplo, o valor da função social, o da dignidade da pessoa humana, o que fez com que o jurista a utilizasse como uma peça-chave na hora de concretizar as cláusulas, principalmente, as cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados que estão presentes em nosso diploma civil.

Importante se faz, nesse momento, frisar a visão de Eros Grau sobre a definição de conceitos jurídicos indeterminados. Na sua visão, não existem conceitos jurídicos indeterminados, na medida em que “todo o conceito é uma suma de idéias que, para ser conceito, tem que ser, no mínimo, determinada; o mínimo que se exige de um conceito é que seja determinado”.¹⁸² E nessa mesma linha de raciocínio conclui que “a referida indeterminação de conceitos não é deles, mas sim, dos termos que se expressam. Ainda que o termo de um conceito seja indeterminado, o conceito é o signo de uma significação determinada. E de uma apenas significação”¹⁸³. Portanto, para ele, deveria ser usada a expressão “termo indeterminado” ao invés de “conceito indeterminado”.

Por isso tudo o que vimos até então, a respeito das críticas levantadas pela doutrina a respeito ao artigo 927, § Único, do Código Civil Brasileiro de 2002, no sentido de que, ao conter um conceito jurídico indeterminado, e que muitos chamam de cláusula geral, teria aberto a possibilidade para uma insegurança jurídica, pois, deixou ao livre talante judicial a decisão quanto ao que seria considerada uma atividade de risco, não deve lograr êxito. O juiz deverá, apenas, identificar a exata noção do termo “risco” para o caso concreto, bem como deverá ainda analisar quais os danos que deles possam advir e atingir

¹⁸² GRAU, Eros Roberto. O direito posto e o direito pressuposto, p. 196.

¹⁸³ Op. cit., p. 197.

os interesses alheios, seja usando como parâmetro a doutrina, a jurisprudência ou até mesmo os fatos e necessidades sociais.

Assim, bastará ao intérprete que ele venha se valer de rumos que venham lhes ser oferecidos pela própria matéria, para que venha decidir o que se entende por atividade de risco e assim aplicar o que o legislador dispôs, ou seja, a indenização justa, em razão da responsabilidade objetiva.

Mostrando que a doutrina pátria não é unânime em relação a esse tema, Silvio de Salvo Venosa leciona:

“Essa norma da lei nova transfere para a jurisprudência a conceituação de atividade de risco no caso concreto, o que talvez signifique perigoso alargamento da responsabilidade sem culpa. É discutível a conveniência de uma norma genérica nesse sentido. Melhor seria que se mantivesse nas rédeas do legislador a definição das situações de aplicação da teoria do risco.”¹⁸⁴

No mesmo sentido, Álvaro Villaça de Azevedo:

“É preciso que se fixe, na lei, a atividade perigosa e seus limites, como medida de segurança indispensável. Tal ônus, tão pesado, não pode surtir de interpretação de decisões judiciais, o que, além de insegurança, no âmbito obrigacional, traz riscos imprevistos e incontornáveis aos interessados.”¹⁸⁵

E ainda Giselda Maria Fernandes Novaes Hirinoka, ao atestar que a lei deveria fixar o que vem a ser atividade de risco:

“sob pena de se deixar o assunto entregue ao outro lado da carabina, vale dizer, sob pena de se criar, para a responsabilidade objetiva, uma vala comum em que tudo tenha abrigo, independente da causa, de consequência, de prejuízo e da invariável e prévia fixação legal”¹⁸⁶

O que é certo, entretanto, é que os juristas terão mesmo que se apoiar sobre o arsenal já existente, ou seja, sobre os textos doutrinários, jurisprudenciais e legislativos que disciplinam a matéria a respeito das atividades de risco, para daí tecer alguns padrões de condutas que poderão encaixar-se como tal. A segurança e a certeza só poderão ser

¹⁸⁴ VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil – Responsabilidade Civil, p. 15.

¹⁸⁵ AZEVEDO, Álvaro Villaça. Proposta de classificação da responsabilidade objetiva: Pura e Impura. Revista dos Tribunais, v. 698, p. 11, dez. 1993.

¹⁸⁶ HIRINOKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Responsabilidade Pressuposta, p. 112.

alcançadas na exata medida em que o jurista conseguir adaptar-se à rapidez das mudanças que a sociedade está atravessando, não esquecendo, logicamente, da legalidade que o vinculará sempre.

Em conclusão, pode-se afirmar que estas cláusulas gerais não são e nunca serão um meio para ao livre-arbítrio judicial à criação de normas, violando a segurança e a certeza jurídicas. Não são admitidas inovações extra ou supra legais, pois, todo o trabalho do juiz será, apenas, o de complementar o do legislador, que, propositalmente, deixou em aberto os textos legais, em algumas de suas disposições, para que, de acordo com a situação fática atual, pudesse o julgador melhor atuar, dando espaço para que o mesmo possa adaptar-se à evolução social.

A inserção do referido dispositivo legal foi, na verdade, uma inovação jurídica, justamente porque teve a capacidade de incorporar definitivamente, a teoria do risco, que traz em seu bojo a desnecessidade de se provar a culpa *lato sensu* (negligência, imprudência ou imperícia) do autor da lesão.

Como bem assevera Carlos Roberto Gonçalves, trata-se, pois, “de uma solução mais avançada e mais rigorosa que a do direito italiano¹⁸⁷, também acolhendo a teoria do exercício da atividade perigosa e o princípio da responsabilidade independente de culpa, mas não permitindo que o lesante se exonere da responsabilidade, ainda que prove que adotou todas as medidas aptas a evitar o dano”¹⁸⁸

A interpretação dessa cláusula, como dissemos outrora, deverá ser sempre norteadada por balizas que venham conferir certa segurança e autonomia ao julgador na hora exata em que a atividade jurisdicional lhe chama a decidir. Deve-se, pois, evitar que o juiz venha a decidir com base em alguns dados inconsistentes, como por exemplo, a sua intuição, conferindo-lhe uma “direção mínima” que permita julgar e decidir no caso concreto, da maneira mais adequada e justa possível. E essa baliza está travada, exatamente, nos princípios maiores que a ordem constitucional sobrepõe ao ordenamento do direito privado, correspondentes às garantias constitucionais traçadas na Carta Magna.

¹⁸⁷ No direito italiano, havia uma presunção de culpa com o efeito de inverter o ônus da prova, uma vez que o agente poderia se eximir da responsabilidade, desde que provasse que tomou todas as medidas necessárias para evitar o dano. Era, portanto, uma solução que mantinha a culpa na base da responsabilidade.

¹⁸⁸ GONÇALVES, Carlos Roberto. Parte Especial: do direito das obrigações, artigos 927 a 965. In: AZEVEDO, Antonio Junqueira de (Coord.). *Comentários ao Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2003, v. 11, p. 13.

O uso da técnica das cláusulas gerais torna-se, portanto, imprescindível para que se evite o engessamento da lei, o que gera, via de consequência, um atraso na jurisprudência, sem falar que também, ficará o legislador impedido de pensar além do simples texto literal da norma.

Terminamos esse tópico fazendo a seguinte conclusão: O artigo 927, § único do Código Civil de 2002, ao criar um conceito mais aberto de responsabilidade objetiva, ampliou significativamente essa espécie de responsabilidade, pois, até então, ela só existia nos casos excepcionais previamente criados pela lei; o que passou a sofrer mudanças, a partir da sua edição, vez que a partir de então, deu-se liberdade ao legislador para ele reconhecer a responsabilidade objetiva em face das atividades de risco, o que nos fazer dizer, que o Brasil, a partir daí, passou a adotar a responsabilidade subjetiva ao lado da objetiva (principalmente aquela baseada na atividade de risco), não sendo mais essa uma exceção, vez que decorreu de um simples reflexo das modificações tecnológicas do mundo moderno, caminhando as duas, uma ao lado da outra, o que se fez necessário devido à inevitabilidade do aperfeiçoamento do Direito como uma ciência social.

Nesse ponto Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho concluem juntamente com Gustavo Tepedino:

“(…) com efeito, os princípios de solidariedade social e da justiça distributiva, capitulados no artigo 3º, incisos I e III da Constituição, segundo os quais se constituem em objetivos fundamentais da República e a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, bem como a erradicação da pobreza e da marginalização e a redução das desigualdades sociais e regionais, não podem deixar de moldar os novos contornos da responsabilidade civil. Do ponto de vista legislativo e interpretativo, retiram da esfera meramente individual e subjetiva o dever de repartição dos riscos da atividade econômica e da autonomia privada, cada vez mais exacerbados na era da tecnologia. Impõem como linha de tendência, o caminho da intensificação dos critérios objetivos de reparação e do desenvolvimento de novos mecanismos de seguro social.”¹⁸⁹

Como se observa na prática dos tribunais, hoje em dia não são poucos os casos de responsabilidade civil objetiva levados à sua averiguação, o que deixa bem firme a idéia de que serão a doutrina e a jurisprudência as responsáveis por sedimentar a idéia da responsabilidade civil pelo risco da atividade.

¹⁸⁹ Novo Curso de Direito Civil – Responsabilidade Civil, p. 151.

3.3 – Espécies de Responsabilidade

A palavra responsabilidade vem do latim *respondere*, tendo assim o significado de recomposição, de obrigação de restituir ou ressarcir.

Entre os romanos não havia distinção entre responsabilidade civil e penal, pois tudo não passava de uma pena imposta ao agressor, causador do dano. A *Lex Aquilia* passou a fazer a primeira distinção, pois, determinou como forma de sanção nos casos de lesão não criminosa a indenização pecuniária. Na responsabilidade penal, o sujeito fere uma norma de direito público, e o interesse lesado é o da sociedade, ao passo que na responsabilidade civil, o interesse lesado é o privado, podendo o prejudicado pleitear ou não a reparação. A responsabilidade penal é pessoal e intransmissível, respondendo o réu com a privação da liberdade; a tipicidade é um dos requisitos genéricos do crime, sendo necessária a exata adequação do fato ao tipo penal, ao passo que no cível, qualquer ação ou omissão poderá gerar responsabilidade civil, desde que viole direito ou cause prejuízo a outrem. A culpa também é vista de forma diferenciada na esfera cível e na penal, já que nessa nem toda a culpa acarreta a condenação do réu, pois, é preciso que ela tenha um certo grau de intensidade, ao passo que no cível, a culpa, mesmo sendo levíssima, gera o dever de indenizar.

Conceitualmente, a culpa no cível e a culpa no penal são iguais, pois têm os mesmos elementos. A diferença é apenas de grau ou critério de aplicação da lei, pois, o juiz criminal é mais exigente, não vislumbrando infração em caso de culpa levíssima¹⁹⁰.

Entretanto, a responsabilidade no cível independe da responsabilidade criminal, o que, por sua vez, não se reveste de caráter absoluto, pois, uma única conduta ilícita pode gerar repercussões em diversas esferas do direito. Essas situações, que a doutrina chama de unidade de falta e variedade de consequências autoriza, em consonância com o princípio da unidade da jurisdição, a vinculação da decisão a ser proferida no âmbito da jurisdição civil àquela pronunciada em sede criminal, pois, de acordo do a segunda parte do artigo 935 no CC, se o fato do crime (materialidade) e o seu autor (autoria) já se encontrarem previamente decididos na esfera criminal, tais questões não mais poderão ser rediscutidas

¹⁹⁰ Op. cit., p. 25.

no cível. Assim, fará coisa julgada no cível a sentença criminal que reconheça como infração penal, o ato praticado pelo agente ou defina contra certa pessoa, a autoria do crime. O mesmo acontecerá com a sentença penal absolutória que rejeite, por força do conteúdo probatório, a existência do fato ou a sua autoria¹⁹¹.

Contudo, aqui em nosso trabalho, nos ocuparemos apenas, inicialmente, em mostrar, de forma breve, as principais espécies de responsabilidade que são traçadas no Código Civil atual, quais sejam: a responsabilidade objetiva e a responsabilidade subjetiva e as demais teorias que a elas se aplicam.

Assim, a responsabilidade, como vimos, constitui nos dias atuais, a base fundamental do Direito como sistema de regulação entre os homens. Desde a antiguidade, esse tema tão importante mostra uma intensa e profunda controvérsia a respeito da sua fundamentação e, por conta disso que surgiram essas duas teorias: a teoria subjetivista baseada na culpa do agente, e a teoria objetivista que independe da comprovação da culpa, que tentaram esclarecer os motivos pelos quais alguém possa vir a ser responsabilizado pelos atos que venham causar prejuízos a outrem.

A teoria subjetivista baseia-se na idéia da culpa do agente como fundamento e pressuposto da obrigação de reparar. Dessa forma, em não havendo culpa, ou melhor, não ficando demonstrada a culpa do agente, não há que se falar em responsabilidade, ficando a vítima com o resultado e prejuízos decorrentes do ato. É preciso que se demonstre, concretamente, a vontade querida pelo agente, ou seja, o dolo, ou a culpa propriamente dita, que se reveste nas formas de negligência, imprudência ou imperícia. Assim, não havendo culpa, não há que se falar em responsabilidade.

Em sentido lato, a culpa pode ser conceituada de várias formas, a depender apenas do doutrinador que a analise. Para Pontes de Miranda¹⁹², a culpa consiste na ligação, no nexo causal, psicofísico entre o fato externo, contrário ao direito, ou não, e o sujeito.

José Aguiar Dias assevera que a culpa “é a falta de diligência na observância na norma de conduta, isto é, o desprezo, por parte do agente, do esforço necessário para observá-la, com resultado, não objetivado, mas previsível, desde que o agente se detivesse

¹⁹¹ BELMONTE, Alexandre Agra. Curso de Responsabilidade Trabalhista: Danos Morais e Patrimoniais na Relação de Trabalho, p. 59.

¹⁹² MIRANDA, Pontes de. Tratado de Direito Privado. 3. ed. Rio de Janeiro, Borsóí, vol. LIII, 1972, p. 135.

na consideração das consequências eventuais da sua atitude.”¹⁹³ Para ele, a culpa, uma vez que se configura, pode ser produtiva, de resultado danoso, ou inócua. Quando tem a consequência, isto é, quando passa do plano puramente moral para a execução material gerando dano, ela se apresenta sob a forma de ato ilícito, consistindo esse em um comportamento antijurídico imputável ao agente que infrinja um dever jurídico. Todavia, quando não produz dano imputável, torna-se inócua para a responsabilidade civil, e, por conseguinte, fica restrita ao dano moral.

Contudo, não resta dúvida de que ela comporta dois elementos indissociáveis: um caracteristicamente objetivo, que é o dever violado; e outro subjetivo, que se relaciona à imputabilidade do agente.

A conduta do agente é estudada pela doutrina, por duas teorias: uma que analisa a conduta em nível abstrato e a outra que busca compreendê-la na sua forma concreta. Nesse diapasão, os defensores da análise da culpa em sentido abstrato advogam que, em regra, face a impossibilidade de fixar-se os princípios ou regras de conduta a serem observados pelo homem, ou determiná-los para cada indivíduo particularmente, faz-se necessário cotejá-los à conduta do ato de um homem abstratamente diligente, prudente, não tendo em conta a sua educação, instrução ou aptidão pessoais. Nesse caso, deveria ser levado em conta o homem normal, que vive entre nós, que age sempre em determinadas circunstâncias, de um modo uniforme.

Contrário a estes, os litigantes da apreciação da culpa em concreto alegavam que na apreciação da conduta do agente deve-se levar em conta elementos mais subjetivos, como a própria conduta do agente em negócios anteriores ou elementos mais internos, tais como a intenção do agente na prática de ato danoso. Aqui, ao não se levar em conta a cognição do agente, na oportunidade do ato lesivo, equivalia-se a desconsiderar seu ato volitivo, transformando a culpa objetiva em subjetiva.

Contudo, apesar da existência de tais teorias, grande parte da doutrina entende que, em regra, a culpa se aprecia em abstrato, sem atender ao estado particular e psicológico do agente, já que a análise da culpa em concreto é apenas uma exceção.

¹⁹³ DIAS, José de Aguiar. Da Responsabilidade Civil, p. 69.

Desse modo, ao analisar o caso posto a apreciação em juízo, o magistrado não se subsume a uma teoria específica, pois, normalmente, realiza uma análise fática com base nas duas teorias e faz um juízo valorativo das vicissitudes do caso.

Existe, pois, a culpa *stricto sensu* que consiste em um gesto do agente, não planejado, e que em si não visa causar prejuízo à vítima, mas, em face da atitude negligente, de imprudência ou de imperícia, como dissemos, causa um dano àquela.

Por negligência, palavra oriunda do latim “*negligere*” entende-se o ato de desprezar, desatender, não ter o devido cuidado. Juridicamente falando, ela significa omissão ou inobservância de dever legal para evitar males a outrem.

No âmbito do direito do trabalho, a negligência se expressa, principalmente em se tratando de danos ambientais laborais e acidentes do trabalho¹⁹⁴, na possibilidade de o tomador de serviços ou empregador, por desleixo ou descuido, deixar de adotar as medidas coletivas de proteção ao meio ambiente do trabalho ou deixar de fornecer os equipamentos de proteção individual (E.P.I), causando com isso, doenças profissionais ou acidentes de trabalho que deixam seqüelas aos trabalhadores.

Assim, assevera Dallegrave Neto:

“Com efeito, eventual acidente de trabalho decorrente do não cumprimento de normas de segurança ou mesmo da inércia em relação à instrução quanto às precauções a serem tomadas para se evitar o sinistro, caracteriza a inexecução de obrigações de meio. Contudo, em face do princípio da aptidão para a prova, o ônus probante será invertido nessas situações, devendo o empregador comprovar em juízo que cumpriu a obrigação legal de observar as normas de segurança, bem como que procedeu a correta instrução de uso dos equipamentos de proteção individual.”¹⁹⁵

Por imprudência, que vem o latim “*imprudencia*”, entende-se a falta de atenção ou imprevidência. De Plácido e Silva¹⁹⁶, no seu Vocabulário Jurídico afirma que ela, juridicamente, resulta da imprevisão do agente ou da pessoa, em relação às conseqüências

¹⁹⁴ Há certas obrigações patronais de meio que estão expressamente catalogadas na lei, a exemplo do artigo 157, incisos I a III da CLT. Desse modo, cabe às empresas: I. Fazer cumprir as normas de segurança e medicina do trabalho; II- instruir os empregados, por meio de ordens de serviço, quanto às precauções a tomar no sentido de evitar acidentes do trabalho ou doenças ocupacionais; III- Adotar as medidas que se tornem exigíveis, em virtude das disposições deste Capítulo, determinando as obras e reparos que, em qualquer local de trabalho, se façam necessárias.

¹⁹⁵ DALLEGRAVE NETO, José Affonso. Responsabilidade Civil no Direito do Trabalho, p. 85.

¹⁹⁶ Vocabulário Jurídico, vol. II, p. 433.

de seu ato ou ação, quando devia e podia prevê-las. Reafirma a idéia de falta involuntária ocorrida na prática de ação e o que a faz diferenciar da negligência é que, como vimos, essa decorre da desatenção, desleixo do agente.

Finalmente, a imperícia, do latim “*imperitia*”, reflete a ignorância, inabilidade ou a inexperiência. Juridicamente, exprime o ato praticado pelo agente sem que reúna o conhecimento técnico e do qual resulta um dano para uma outra pessoa, o que leva o agente a responder culposamente, da mesma forma com acontece com a imprudência e a negligência.

Após essas análises dos conceitos clássicos da culpa, nos preocupamos em mostrar que ela está ligada de forma quase embrionária aos requisitos da antijuridicidade (requisito objetivo) e da imputabilidade (requisito subjetivo).

A antijuridicidade vem a ser a violação de uma norma jurídica preexistente consistente na necessidade de ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência que viole o direito de outrem.

Já a imputabilidade determina que uma pessoa só possa responder por aquilo que a ela pode ser atribuído, ou seja, aquilo que a ela esteja ligado por algum tipo de relação e que, ao mesmo tempo, seja resultado de uma ação inconsequente, impensada e que ocasione dano.

O estudo da culpa sempre se baseou na imputabilidade, visto que o conceito de culpa é visto unicamente como proveniente da manifestação da vontade do agente, como nexó psíquico, abstrato, fixo e igual em todos os casos, do qual derivava o juízo moral de condenação do ofensor¹⁹⁷.

Dessa feita, ao se analisar a conduta culpável, tem-se que observar se o seu autor teve capacidade psíquica de entendimento ou autodeterminação na prática do ato, ou, em outras palavras, tem-se que constatar se a conduta por ele praticada lhe é imputável. Assim, pois, não há que se falar em imputabilidade se não houver a possibilidade de conhecer um dever. O elemento da imputabilidade é a possibilidade, para o agente, de observar o dever. Se a possibilidade existe, mas o agente, inteiramente consciente, deixa de

¹⁹⁷ MORAES, Maria Celina Bodin de. Danos à pessoa humana, p. 208.

observar o dever, há dolo. Outras vezes, ele não infringe voluntariamente o dever, antes se expõe a isso, então, deve haver simplesmente a culpa, o que é mais comum¹⁹⁸.

Isso prova que a concepção da imputabilidade requer não só o conhecimento de uma determinada situação juridicamente relevante, como também a maturidade suficiente para a percepção de seu potencial danoso.

Nesse sentido, conclui-se que somente aquele que age em falta a um dever genérico de conduta diligente, contrariando o socialmente estabelecido como conduta média, é obrigado a indenizar o dano causado.

A culpa subjetiva importa, portanto, a violação de um dever preexistente, exigindo-se para a sua caracterização o elemento subjetivo da vontade, isto é, a consciência da violação de um dever e a previsibilidade do resultado danoso. Para que o indivíduo seja considerado responsabilmente culpado, faz-se necessário que haja falha na conduta diligente, que a conduta lhe seja imputável e que a ação danosa seja contrária ao direito.

A imputabilidade refere-se, assim, a um elemento subjetivo de possibilidade abstrata de reconhecimento social do ilícito ou do reprovável, independente de previsão expressa.

Conclui-se que a imputabilidade se liga ao fato de o agente ter o discernimento mínimo para que reconheça o próprio desvio cometido, podendo a configuração do discernimento variar de pessoa para pessoa, segundo suas capacidades intelectuais e grau de instrução. É dessa forma que a imputabilidade e a antijuridicidade formam juntas a base de sustentação da culpa civil. Na caracterização da responsabilidade deve estar presente a noção de culpa e a sua associação a um comportamento objetivamente ilícito e ao mesmo tempo a capacidade de o autor reconhecer o dano e a atitude ilegal praticada. Em suma, a responsabilidade civil subjetiva se vê presente quando estão reunidos três elementos: a culpa associada a um comportamento ilícito, o nexo de causalidade e o dano, que será analisado logo em seguida. Contudo, caso o evento seja imprevisível e sem qualquer concorrência com a culpa do agente, recair-se-á, então, no campo da força maior¹⁹⁹, onde, não há que se falar em imputabilidade.

¹⁹⁸ ALVIM, Agostinho. Da Inexecução das suas obrigações e suas consequências, p. 255.

¹⁹⁹ Quanto à indenização cabível nos casos de força maior, constata-se que em relação aos contratos civis, há isenção do agente por força da regra do artigo 393 e seu parágrafo único do Código Civil. Nos contratos de

A culpa, portanto, trata de uma inexecução de um dever que o agente podia conhecer e observar, mas não o fez, acarretando, assim, o dever de indenizar aquele que foi atingido pelo ato positivo ou negativo e suportou, até então, as suas conseqüências.

Todavia, há dolo quando o ato praticado pelo agente foi intencional, já que o mesmo demonstrava vontade deliberada de cometer determinada infração. É decorrente de uma violação consciente e intencional de um dever legal ou contratual.

Normalmente, pela teoria subjetivista, para que a vítima possa obter a reparação do dano, ela terá que provar o dolo ou a culpa do agente, o que, nem sempre é fácil para o lesado. Casos há em que se torna mesmo, impossível para a vítima demonstrar a culpa daquele que lhe causou o dano, ficando ela, injustamente, sem obter a devida reparação. É por isso que, como veremos, tentou-se criar formas de abrandamento dessa teoria clássica da culpa.

Assim, como forma de abrandamento dessa teoria, admite-se em alguns casos a chamada culpa presumida, com a efetiva inversão do ônus da prova para o agente. Isso significa dizer que o autor da demanda somente precisa provar a ação ou a omissão do agente e o dano resultante, vez que a culpa do réu já é presumida.

Nesse mesmo sentido, afirma Raimundo Simão de Melo:

“O empregador, no caso de acidente decorrente de condição insegura, deverá, para se isentar da condenação, comprovar que cumpriu as obrigações contratuais no que diz respeito às normas de segurança e medicina do trabalho, pois na responsabilidade contratual, que é o caso, a culpa é presumida, porque há um dever positivo de adimplemento do objeto do contrato.”²⁰⁰

Nessas situações, para se exonerar da responsabilidade, o agente causador do dano deve provar que cumpriu todas as determinações legais e contratuais que lhe cabiam não tendo qualquer culpa pelo ocorrido.

Alguns doutrinadores afirmam que essa teoria subjetivista é a que prevalece em todos os ordenamentos jurídicos mundiais, e, o nosso Código de 2002 filiou-se, em parte, a ela também, quando no seu artigo 186, erigiu o dolo e a culpa como fundamentos para a

trabalho, a empresa permanece sujeita ao pagamento da indenização, contudo mitigada pela metade, aplicando-se, por analogia, a regra do artigo 502 da CLT.

²⁰⁰ MELO, Raimundo Simão de. Responsabilidade Objetiva e inversão da prova nos acidentes de trabalho. In: Revista LTr, São Paulo, n. 70-01, p. 29, jan. 2006.

obrigação de reparar o dano, dizendo que aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito, e por isso mesmo, ficaria obrigado a reparar todo e qualquer dano cometido contra o ofendido.

Ainda aqui nessa fase onde se fala das teorias, achamos interessante mencionar também os outros elementos que são indispensáveis à averiguação da responsabilidade civil, ou seja, o nexo de causalidade e o dano.

Por causalidade entende-se a relação de causa e efeito existente entre a ação e a omissão do agente e o dano resultante. Essa relação é o liame que deve existir entre o ato ou fato ilícito e o dano produzido, razão pela qual, sem esta, não há que se falar em obrigação de indenizar. A sua prova incumbe à vítima. Importante notar também que na relação causal, pode ou não estar presente o elemento volitivo, contanto que se deixe claro que o dano ocorreu por culpa do agente. A causalidade, pois, diz respeito ao comportamento do agente como causa do dano. Aqui não podemos esquecer de falar de alguns outros pontos importantes, mas que só serão mais tarde trabalhados com mais detalhes, como por exemplo, os casos em que o ato do réu, embora não seja a causa principal do dano, tenha servido como uma agravante, ou ainda, as situações em que existe a concorrência entre a causalidade do comportamento do agente do dano e da vítima, sem esquecer, é claro, das hipóteses de excludente de responsabilidade.

Finalmente, o dano, que em latim, quer dizer “*damnum*”, em sentido amplo, significa um prejuízo experimentado por uma pessoa que atingiu o seu patrimônio pessoal ou material, em virtude de um ato que foi praticado não por ela mesma, mas, por outrem. Geralmente, esse dano é indenizável, contudo, para tanto, necessário se faz que se demonstre a diminuição patrimonial ou a ofensa a um bem juridicamente protegido, desde que presente um liame entre o prejuízo decorrente e o respectivo ato ou omissão do agente, o que chamamos acima de nexo de causalidade.

O dano pode ser contratual ou extracontratual, desde que decorrente de violação à lei ou ato ilícito; também por culpa ou dolo do agente que tenha causado desfalque ao patrimônio da vítima, devendo a sua indenização ser a mais ampla possível, a fim de

recompor o patrimônio que foi perdido ou que tenha sofrido um desfalque. Isso demonstra o dano material²⁰¹.

Em contrapartida, existe o dano moral²⁰², que, mesmo sendo extrapatrimonial, é indenizável, e depende precipuamente do ordenamento jurídico, pois, será este quem se responsabilizará por deixar claro que a indenizabilidade não será decorrente de uma quantificação material do dano que é algo impossível, mas sim, que ela será importante para mostrar o seu duplo sentido, ou seja, o de impor uma sanção ao agressor do dano para que ele não mais venha a infringir um direito, como também, venha provocar na vítima uma sensação de prazer, a fim de compensar a dor provocada pelo ato danoso.

No nosso direito civil, esse dano pode ser decorrente de um retardamento ou descumprimento total ou parcial da uma obrigação ou de um contrato, o que gera a responsabilidade contratual; decorrente de ato humano próprio, o que gera a responsabilização direta; de ato de outrem, que gera a responsabilização indireta; e, por fim, de fato de animal ou coisa inanimada, sendo apenas os dois primeiros objeto de análise desse trabalho.

Essa explicação nos faz concluir que o dano é o verdadeiro objeto da responsabilidade civil, já que, sem ele, não há que se falar em responsabilização do agente causador de um ato ilícito ou não. Esse ato ilícito aparecerá como elemento constitutivo do dever de indenizar, pelo qual, quem o comete, viola um direito e causa dano a outrem, de acordo com a teoria da responsabilidade subjetiva. Desse modo, se o elemento subjetivo da culpa é o dever violado e se a responsabilidade é uma reação provocada pela infração a um dever preexistente, de outro lado, mesmo que tenha havido violação de um dever jurídico com dolo ou culpa do agente agressor, somente nascerá a obrigação de indenizar se ficar comprovada a existência de um dano concreto.

²⁰¹ Esse dano material engloba o dano emergente, que consiste naquilo que a vítima efetivamente perdeu; bem como o lucro cessante que consiste na perda do ganho que era esperado, a frustração da expectativa de lucro, a diminuição potencial do patrimônio do ofendido apurado segundo um juízo razoável de probabilidade, de acordo com o normal desenrolar dos fatos, como ensina Cavalieri Filho, em sua obra Programa de Responsabilidade Civil, p. 72.

²⁰² Dano moral é o dano causado aos atributos físicos, valorativos e psíquicos ou intelectuais da pessoa, quer os suscetíveis de gerar padecimentos sentimentais à pessoa humana, como frustração, vexame, indignação, revolta, dor, mágoa, convicções, afeições ou ainda como decorrência do uso não autorizado da imagem, quer os decorrentes das ofensas ao bom nome da pessoa jurídica, quer, finalmente, os causados aos valores extrapatrimoniais de certa comunidade. In: BELMONTE, Alexandre Agra. Curso de Responsabilidade Trabalhista: Danos Morais e Patrimoniais na Relação de Trabalho, p. 42.

Isso mesmo não ocorre na responsabilidade penal, já que esta passa a ser exercida pelo Estado e não requer a existência de um dano efetivo, mas apenas a infração a uma norma legal de ordem pública. No âmbito civil, como se viu, a reparação tem efeito quando ocorre um dano material ou moral gerador de prejuízo patrimonial e extrapatrimonial que pode, por sua vez, alcançar um bem individualmente considerado ou um bem de natureza coletiva, pelo que se apreende do conteúdo dos incisos V e X da Constituição Federal de 1988.

A teoria subjetivista, baseada na culpa, como vimos, aborda, várias outras teorias, que aqui nos preocupamos em mostrar.

Uma das primeiras subteorias postulava pelo risco-integral, uma vez que a teoria do risco criado, que logo abaixo será estudada, já não mais se mostrava justa, uma vez que mesmo correspondendo a um aspecto fundado na responsabilidade fulcrada na justa reparação da vítima, por vezes deixava de amparar um determinado cidadão, pois o dano poderia ter sido fruto de força maior, caso fortuito ou culpa exclusiva da vítima. Foi mesmo em virtude disso que o legislador resolveu criar uma visão ainda mais extremada da teoria do risco, a então chamada teoria do risco integral, a fim de afastar a maior parte ou mesmo todas as excludentes de responsabilidade objetiva, devido o caráter excepcionalmente perigoso da atividade desempenhada pelo causador do dano.

Essa espécie de teoria coloca ao encargo do empresário uma responsabilidade muito maior do que aquela que ele experimentaria se estivesse sujeito apenas ao critério subjetivo, mas isso tem uma razão fundante, qual seja: o avanço da indústria e das novas tecnologias que se tornaram cada vez mais danosas ao ser humano, as quais poderão destruir várias vidas ou trazer a elas consequências e sequelas incuráveis.

Aqui, pouco importa a qualificação da atividade, ou seja, se ela é capaz de produzir ou não um risco especial. Seria, então, uma tese puramente negativista, pois, bastaria a existência do dano e o nexo causal para que fosse viável a indenização; daí que alguns autores afirmam que a teoria do risco integral dilui o nexo causal²⁰³.

Diante dessa realidade traçada, a comunidade internacional, temendo uma verdadeira destruição em massa, resolveu direcionar a teoria do risco integral para, por

²⁰³ PEREIRA, Caio Mário da Silva. Responsabilidade Civil, p. 280.

exemplo, a aplicação nas atividades nucleares, o que pode se ver quando da ratificação das Convenções de Bruxelas, Viena e Paris. Esses documentos imputavam a responsabilidade objetiva aos operadores de energia nuclear, o que comprometeria o agente a uma reparação adequada pelos danos pessoais e materiais causados, sem, contudo, impor à indústria nuclear uma responsabilidade tão excessiva a ponto de desencorajar o lançamento de programas eletronucleares no mundo.

Hely Lopes Meirelles²⁰⁴ avançou nesse entendimento e classificou a teoria do risco-integral como condutora ao abuso e à iniquidade social, razões essas que a fizeram ser abandonada na prática, inclusive no âmbito do direito público, sendo substituída pelo risco-administrativo.

Portanto, dessa teoria podemos concluir que a mesma justificava o dever de indenizar nos casos de inexistência denexo causal, bastando a existência de um dano associado a um fato qualquer para que a vítima fosse reparada. De acordo com essa teoria, o dever de indenizar se fazia presente bastando a existência de dano, mesmo naqueles casos de culpa exclusiva da vítima, fato de terceiro, caso fortuito ou força maior. O radicalismo era tanto, que os seus próprios seguidores e criadores passaram a lhe criticar, o que lhe impediu de criar raízes.

Em outra posição, bem menos radical, apareceu a teoria do risco profissional, sustentando que o dever de indenizar existe sempre que o dano seja decorrente da atividade ou profissão do lesado, sujeitando o empregador a ressarcir os acidentes ocorridos com os seus empregados. Entretanto, o marco histórico da introdução da teoria do risco profissional na jurisprudência francesa ocorreu com o pronunciamento de uma decisão judicial em 16 de julho de 1896, a qual condenou o dono do empreendimento ao ressarcimento de seus funcionários pelos danos ocasionados por um equipamento que possuía vício de construção. Em 09 de abril de 1898, estava publicada a lei de acidentes de trabalho na França, que teve como inspiração legislação semelhante, anteriormente publicada na Alemanha²⁰⁵.

Apesar de inicialmente facultativa, a lei francesa de acidentes de trabalho de 1898 representou, de fato, um grande e importante avanço, pois não precisaria mais o

²⁰⁴ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 17. ed., p. 556.

²⁰⁵ A Alemanha editou a sua primeira lei sobre acidente de trabalho em 1884 como parte da política do chanceler Otto Von Bismark. Posteriormente e inspirando-se nesta legislação, surgiram leis acidentárias na Áustria, Inglaterra, Dinamarca, Espanha, Brasil (1919), entre outros.

empregado acidentado fazer a prova da culpa do seu empregador. Por outro lado, havia uma tarifação de indenizações pré-estabelecidas para os danos, o que não representava de forma fidedigna o real prejuízo que experimentavam os funcionários mais desafortunados. Lembrava de forma bem vaga um sistema de seguridade social, já que o pagamento das indenizações era realizado por caixas de previdência ou seguradoras, que recebiam os prêmios das próprias empresas.²⁰⁶

Então, daí se percebe que ela foi desenvolvida especificamente para justificar a reparação de acidentes ocorridos com os empregados no trabalho ou por ocasião dele, independente de culpa do empregador, vez que a responsabilidade fundada na culpa provada, levava o empregado, pessoa hipossuficiente e despreparada em relação ao seu patrão, a não conseguir provar a culpa perpetrada pelo seu empregador. Essa teoria do risco profissional veio solucionar esse problema e permitiu a indenização sem o pressuposto da culpa.

Segundo Saillelles, citado por Josserand, se o empregador se aproveita da sorte, a lei coloca ao seu encargo o azar, os riscos da indústria e da profissão. O custo do risco-profissional deveria entrar no cômputo dos custos gerais da empresa, tal como é o preço do aluguel, das matérias-primas ou dos seguros contra incêndio; custo esse que, para ele, deveria ser amortizado ao longo dos anos. Afirmava ele ainda que o acidente do operário deveria ser comparado à deterioração de uma máquina, logo era necessário amortizar o capital humano, como se amortiza o capital material²⁰⁷.

A teoria do risco profissional prescinde da avaliação da culpa do empregador para o ressarcimento de seus funcionários em razão de algum evento danoso, já que estaríamos aqui diante da socialização dos riscos, com fundamento nos princípios de equidade e justiça. Estas características rechaçam, de uma só vez, duas idéias: a de que a teoria do risco-profissional decorreria de uma obrigação contratual, o que não é verdade, pois ela deriva da lei; e a de que seria uma obrigação delitual, uma vez que ela não mais encontra fundamento no campo das meras presunções da culpa.

Dessa forma, enquanto o risco-profissional está atrelado à prática de uma atividade por aquele que exerce na qualidade de trabalhador ou funcionário, o risco-criado

²⁰⁶ GODOY, Luiz Arthur de. Responsabilidade de direito comum e dano resultante de acidente de trabalho, p. 67.

²⁰⁷ JOSSERAND, Louis. Da responsabilidade pelo fato das coisas inanimadas, p. 109.

advém da propriedade dos meios de produção organizados para a consecução de determinada atividade-fim. Assim, a nomenclatura variará a depender da ótica em que seja analisada a ocorrência ou potencialidade da ocorrência do risco: relacionada com o lesante (risco criado pela atividade) ou com o lesado (risco-profissional, pelo desempenho profissional de determinada atividade controlada por outrem). E é exatamente por esse sentido que uma parte da doutrina afirma que essa modalidade de risco também se encaixaria na interpretação da segunda parte do parágrafo único do artigo 927 do Código Civil, exatamente pela ausência de determinabilidade de quem seja o ‘outrem’ lesado’.

Por outro lado, é importante chamar atenção para o fato de que esta teoria não está vinculada aos riscos inerentes à profissão. O que se pretendia discutir era apenas os riscos decorrentes de qualquer desempenho normal de função, uma vez que cabia ao empregador garantir a incolumidade do seu empregado no ambiente que exerce as suas funções.

Essa teoria serviu para embasar a teoria da responsabilidade objetiva em razão das ações reparatórias de acidentes de trabalho, passando a seguir com regras próprias distantes das normas de direito comum. Desse modo, independentemente da culpa, o empregador se responsabiliza pelos danos oriundos dos acidentes de trabalho de seus empregados mediante o custeio de um seguro específico (SAT – Seguro de Acidentes do Trabalho), previsto na primeira parte do artigo 7º, XXVII, da CF/88.

Ensina Dallegrave Neto:

“Com a evolução da seguridade social, parte da doutrina passou a admitir que o risco atinente ao infortúnio laboral deve ser social, ou seja, suportado pela coletividade e, não exclusivamente pelo empregador. Tal interpretação fundamenta-se na idéia de que a função social da empresa, capaz de gerar bens e empregos à comunidade, deve implicar divisão de responsabilidades. Consequentemente, não apenas o detentor do capital e do comando mas também os trabalhadores e toda a comunidade se beneficiam da existência mesma do empreendimento e, portanto, devem partilhar dos riscos dele inafastáveis.”²⁰⁸

Para o mesmo autor, contudo, hoje em dia, apenas quem custeia o seguro de acidentes de trabalho é o empregador que, sozinho, faz o recolhimento da respectiva cota mensal. O que é descontado do salário do empregado é destinado a incrementar outras

²⁰⁸ DALLEGRAVE NETO, José Affonso. Responsabilidade civil no direito do trabalho, p. 96.

prestações tais como a aposentadoria, o salário-família, o auxílio-doença, etc. Daí, o que se conclui é que aqui, não há que se falar em responsabilidade solidária em razão do custeio do SAT, ficando definitivamente afastada a idéia de risco social, prevalecendo a de risco-profissional.

A teoria do RISCO-PROVEITO (grifo nosso) assume a posição de que aquele que obtém benefícios, diretos ou indiretos, com o exercício de sua atividade, deve reparar os danos dela advindos. Trata-se de uma contrapartida aos lucros ou benefícios auferidos pelo empreendedor, a qual nada mais significa do que a aplicação de uma regra de equidade²⁰⁹.

A dificuldade, como afirma Venosa²¹⁰, está justamente em se “evidenciar o proveito decorrente da atividade, que nem sempre fica muito claro” porque se acaba atrelando dever de reparar ao pressuposto da vantagem.

Alguns autores não usam essa terminologia, porém, parecem querer dizer a mesma coisa quando enumeram, como uma das hipóteses dos riscos de atividades compreendidas na responsabilidade objetiva, a do risco da empresa, que corresponde ao risco que deve ser assumido pela pessoa que exerce profissionalmente uma atividade econômica, organizada para a produção ou distribuição de bens e serviços, quer resulte em danos inerentes ao processo produtivo ou distributivo, quer em danos causados aos seus funcionários em geral.

Na opinião de Josserand²¹¹, o risco deve ser suportado por quem o criou, independentemente de um eventual direito real de propriedade que possa ser decorrente, mas que daquele não é pressuposto. Em outras palavras, aquele que cria um risco deve ter a noção de que as suas atividades, mesmo que lícitas, são aptas a causar prejuízos indenizáveis. Caso assim não fosse, estar-se-ia diante de um culpado anônimo, pronto a relegar ao vazio toda a idéia de justiça. A simples inversão do ônus da prova já não se mostrava mais suficiente para resolver muitas questões, uma vez que os donos dos empreendimentos conseguiam, graças as suas abastadas condições financeiras, provar que não tiveram culpa alguma pelo acidente. Era preciso uma idéia nova para fundamentar a

²⁰⁹ COELHO, Fábio Uhoa. Curso de direito civil, p. 345.

²¹⁰ VENOSA, Silvio de Salvo. Responsabilidade civil, p. 106.

²¹¹ JOSSERAND, Louis. A evolução da responsabilidade civil, p. 556.

responsabilidade civil. Estava-se, então, diante de um fato que não tinha, em tese, um causador, pois, não havia sido provocado nem pelo lesado e nem pelo dono do negócio²¹².

Essa modalidade de risco tem como fundamento a idéia de solidariedade, na medida em que não permite, por uma questão de respeito ao outro e de igualdade de tratamentos, que quem se beneficia de uma atividade seja isento de conseqüentemente, arcar com uma indenização pelos danos advindos da sua prática. É um mecanismo para que se alcance a tão pretendida justiça social.

Os irmãos Mazeaud reduziram a teoria do risco-proveito ao brocado jurídico “*ubi emolumentum, ubi onus*” e colocaram à prova essa teoria, quando fizeram uma indagação a respeito do que se poderia definir como proveito de uma atividade, pois, para eles, esse ‘proveito’ não seria apenas qualquer benefício advindo do desempenho de uma função, pois, caso prevalecesse essa tese, seria o mesmo que entender pela teoria do risco-integral, que estudamos acima. Assim, todos os indivíduos, com exceção dos amentais, teriam, em tese, algum interesse na atividade que desempenhavam, seja ela de ordem moral, seja ela de natureza pecuniária.

A restrição, portanto, desse proveito, seria pecuniário, entendido como uma fonte de riqueza, ou seja, o risco seria a contrapartida do proveito econômico que em homem retira de uma atividade.

Nas lições de Arnaldo Rizzardo²¹³, o risco-proveito surge da difundida noção de responsabilidade do dono pelas suas coisas. Coloca-se em destaque as máquinas industriais, as quais podem causar danos não só para quem as manuseiam como também a terceiros que não estejam a elas ligadas juridicamente.

De qualquer maneira, o conceito de proveito não é tão fácil de se alcançar, não restando definido se é ou não sinônimo de lucro, proveito econômico ou qualquer outro tipo de benefício, como uma projeção pessoal que não redunde em incremento financeiro.

Assevera Caio Mario da Silva Pereira:

“(…) a responsabilidade ficaria restrita aos comerciantes ou industriais, o que lhe retiraria o valor de fundamento da responsabilidade civil porque

²¹² GONÇALVES, Luis da Cunha. op. cit. P. 474.

²¹³ RIZZARDO, Arnaldo. Responsabilidade civil, p. 30.

restringiria sua aplicação a determinadas classes, uma vez que somente seriam responsáveis aqueles que tiram proveito da exploração de uma atividade”²¹⁴.

Como o parágrafo único do artigo 927 do Código Civil não exige nas suas disposições qualquer resultado financeiro ou lucrativo da atividade dita de risco, pode-se afirmar que o enfoque no risco-proveito pode ser conferido ao citado dispositivo, como afirma uma boa parte dos doutrinadores brasileiros. Porém, o único inconveniente de se utilizar o risco-proveito é de que, apesar de o lesado precisar apenas demonstrar o nexo causal entre a atividade e o dano, ao arguir que aquele que detém o controle da atividade de risco deve responder porque auferiu benefícios ou proveitos pelo seu desempenho, acaba por chamar para si a demonstração do proveito, o que se tornará, por vezes, mais difícil do que se tivesse que demonstrar a culpa daquele.

Com base nesse entendimento é que se pode aceitar que a teoria do risco-criado surgiu, em benefício do lesado, como um alargamento da teoria do risco-proveito, como veremos em seguida.

A teoria do RISCO-CRIADO considera que em razão do risco criado pela atividade, a pessoa que o propiciou e acabou por gerar danos a outrem deverá ser responsabilizada. Ela é, na verdade, uma forma de ampliação do alcance das demais teorias, que, a respeito das críticas que lhes foram desferidas, tentaram explicar os fundamentos da responsabilidade sem culpa de forma mais precisa, embora ainda contenha em sua nomenclatura, uma certa imprevisão de ordem técnica.

Os avanços da teoria do risco-criado são bastante claros: em relação ao risco-proveito, não se cogita mais acerca da apuração de qualquer benefício econômico resultante da atividade desempenhada; e, no tocante ao risco-profissional (e também risco da autoridade), não se perquire a existência de relação empregatícia entre patrão e funcionário ou o exercício de funções a partir de um comando de ordens dela decorrente.

A teoria do risco-criado, em alguns momentos, passou a ser considerada como aquela que obrigaria a reparar o dano, mesmo sem culpa, por uma atividade que o agente exerça em seu próprio interesse e sobre a sua autoridade. Antes mesmo de a doutrina ter criado a teoria da responsabilidade objetiva ou mesmo antes de ter se preocupado com o risco, o público, de uma maneira geral, diante de um acidente qualquer, apenas lastimava-o.

²¹⁴ PEREIRA, Caio Mário da Silva. Responsabilidade Civil. 8. ed., p. 282.

Se qualquer sujeito ou mesmo o Estado fosse acudir a vítima, era apenas por uma questão de benevolência e altruísmo, mas não de justiça. Porém, após o surgimento da teoria do risco, a vítima e a sociedade identificavam no acidente uma causa de verdadeiro rompimento de justiça e equidade, exigindo logo, por isso, uma reparação.

Vivia-se, até então, numa época em que inventos eram criados e eram cada vez mais perigosos, o que acarretava a proliferação dos riscos para aqueles que em nada contribuía para a sua formação. As hipóteses de responsabilidade civil fundadas no risco não estavam mais restritas, pois a jurisprudência havia se inclinado cada vez mais pela conveniência da aplicação da teoria do risco. Não se estava mais adiante daquela idéia do “bonus pater familiae”, já que o indivíduo não era mais capaz de assegurar-se de todas as cautelas necessárias para a inoccorrência de danos oriundos de suas atividades, pois isso já lhe fugia ao controle diante de tantas novas descobertas. E ainda, já não era possível mais se aferir a idéia exata de culpa, o que exigia apenas o necessário alargamento da concepção objetiva da responsabilidade para adentrar na teoria do risco-criado, de modo a “derivar a responsabilidade do princípio exclusivo da causalidade, da relação de dependência do efeito para a causa, sem consideração alguma da culpa.”²¹⁵

Portanto, aquele que exerce uma atividade que possa causar danos a outrem, a partir dos riscos que produziu, deve receber uma responsabilidade plena, mesmo quando o acontecimento isoladamente considerado possa parecer dependente do caso fortuito ou de força maior. A sociedade passou a ser obrigada a proporcionar o bem comum a todos e ao mesmo tempo, a cada um dos seus indivíduos, a partir de atividades que resultem em benefício social, ainda que em si mesmas pudessem ser perigosas. Assim, o risco-criado seria, portanto, um risco social e estaria tutelado pela própria sociedade, sendo que esta não tem condições de direta e imediatamente, assumir as consequências de cada caso isolado, logo, as projeta naquele que está mais diretamente ligado ao fato.

O risco-criado é a modalidade de risco mais aceita como adequada à hipótese da segunda parte do parágrafo único do artigo 927 do Código Civil, e, na opinião de Venosa, deve ser usada como denominador para o juiz definir a atividade de risco no caso concreto.²¹⁶

²¹⁵ ALVIM, Agostinho. Da Inexecução das obrigações e suas consequências, P. 309.

²¹⁶ VENOSA Sílvio de Salvo. Responsabilidade Civil, p. 14.

Caio Mário da Silva Pereira afirma: “dentre as modalidades de risco, eu me inclino pela subespécie que deu origem à teoria do risco-criado. Como já mencionei, ao elaborar o projeto de Código das Obrigações em 1965, defini-me por ela, no que foi seguido pelo Projeto do Código Civil de 1975 (Projeto 634-B). Depois de haver o artigo 929 deste Projeto (atual artigo 927) enunciado o dever ressarcitório fundado no conceito subjetivo, seu parágrafo único espousa a doutrina do risco-criado (...)”²¹⁷

Na realidade, fazendo um confronto desta modalidade com a do risco-proveito, parece-nos que o risco criado poderia ser identificado como um tipo mais abrangente, na medida em que englobaria quer atividades geradoras de lucro quer possíveis atividades que não tenham esse escopo, mas que venham a ocasionar danos, sem cairmos nas dificuldades de delimitar qual o tipo de proveito.

Por isso, ratificamos que é possível vislumbrar esse tipo de risco a partir da leitura da segunda parte do parágrafo único do artigo 927 do Código Civil, já que palavra “implicar” significa ter por consequência, criar, gerar, a partir do desempenho da referida atividade os danos de terceiros. E mais ainda, o risco-criado deve significar não somente o risco ínsito a determinada atividade, pois, como veremos, todas as atividades trazem certo risco. Deve compreender, ainda, o risco que não é inerente, mas que é criado em razão do emprego dos meios para o seu desempenho.

Imagine uma empresa que fabrica óleo do bagaço da soja, atividade que, por si, não pode ser concebida como de risco, pois não se vislumbra o perigo. Mas se essa empresa utilizar meios não atestados tecnicamente ou não certificados que venham a gerar danos, poderá ser responsabilizada com fulcro no parágrafo único do artigo 927 do Código Civil.

A teoria do RISCO-ADMINISTRATIVO foi criada para expressar uma teoria que prepondera em razão das relações com os entes públicos. Retrata o risco que corre um ente público (pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos ou pessoas jurídicas de direito público) ao desempenhar determinadas atividades para a coletividade, independentemente de os danos virem a ser gerados apenas sobre um indivíduo, visto que há uma redistribuição dos danos por toda a coletividade, ainda que de maneira indireta, tornando-se assim, grosso modo, uma teoria do risco-criado.

²¹⁷ PEREIRA, Caio Mario. Responsabilidade civil, p. 274 e 284.

Portanto, o que se vê aqui é uma modalidade de risco especificamente criada no campo das relações administrativas, em que uma das partes envolvidas é, obrigatoriamente, uma entidade estatal e que, por conta disso, tem uma disciplina específica, de acordo com o apontado no artigo 37, § 6º da Constituição Federal de 1988 e no artigo 43 do Código Civil.

A teoria do RISCO-PERIGO, pouco tratada pela doutrina mais moderna, decorre da prática de atividades que colocam em perigo um, alguns ou toda uma coletividade. Esse último tipo de risco acabou, na realidade, por assumir um papel meramente complementar²¹⁸.

Muitos autores utilizam a expressão atividade de risco como sinônimo de atividade perigosa. Se utilizássemos essa terminologia, poderíamos ajustar também, essa teoria, ao disposto na segunda parte do parágrafo único do artigo 927 do Código Civil, pois, essa teoria engloba as teorias do risco-proveito e do risco-criado, na medida em que estas conceituam riscos decorrentes da atividade criada ou proveitosamente desenvolvida.

A vantagem dessa concepção é a de não desvirtuar a teoria do risco no campo da responsabilidade objetiva, ao mesmo tempo em que traz à baila a idéia original de perigo no desenvolvimento da atividade.

A teoria do RISCO DO DESENVOLVIMENTO parece com uma teoria que incrementa as do risco-criado e do risco-proveito, diferenciando-se delas, pois, dentro da sua estrutura determina-se que, desde a fase de idealização até a de efetivo desenvolvimento das atividades, o seu responsável deve arcar com os danos dela advindos, bem como deverá se ater à idéia de que o conceito de risco é, pois, relativo.

Na visão de Zelmo Denari²¹⁹, os riscos do desenvolvimento são aqueles “que correm os fornecedores por defeitos que somente se tornam conhecidos em decorrência dos avanços científicos posteriores à colocação do produto ou serviço no mercado de consumo”.

O referido autor traça um importante estudo sobre tais riscos, trazendo exemplos de produtos que acabaram gerando danos de grandes proporções à saúde de

²¹⁸ BITTAR, Carlos Alberto. Responsabilidade civil nas atividades nucleares, p. 85-92.

²¹⁹ DENARI, Zelmo. Da qualidade dos produtos ou serviços, da prevenção e da reparação dos danos. In: GRINOVER, Ada Pellegrinni (Org.). Código de Defesa do Consumidor comentado pelos autores ao anteprojeto. 6. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária 1999, p. 163.

inúmeras pessoas, e afirma que na Europa tem prevalecido a exclusão de responsabilidade na hipótese de riscos do desenvolvimento.

Como ressalta Cavalieri Filho²²⁰, no campo das relações de consumo, não há unanimidade em aceitar tal teoria como excludente de responsabilidade dos fornecedores, justamente porque quem acabaria pagando a conta seria o consumidor, que fica sem a possibilidade de reparação de danos advindos da aplicação de técnicas que eram fontes de riscos. Desse modo, acolher tal eximente vai na contramão da nova perspectiva que se quer imprimir à teoria da responsabilidade civil, que é de minimização de danos e de situações irressarcidas, com lastro no princípio da solidariedade e no dever de segurança insculpidos como obrigações estatais, e, portanto, também da sociedade, sem contar com o princípio da prevenção ou precaução.

Sergio Cavalieri, afirma, portanto, que os riscos do desenvolvimento devem ser enquadrados como fortuito interno, o que implica na não exoneração do fornecedor pelos danos por ele causados.

Saliente-se que essa modalidade de risco relaciona-se de certa forma, com a teoria do risco-proveito, tendo em vista que o fornecedor agrega lucros advindos da comercialização dos produtos ou serviços, e com a teoria do risco-criado, já que fundamenta a responsabilidade objetiva pela simples razão da criação do risco.

Contudo, nessa teoria existe um item que potencialmente a diferencia das demais: Aqui, o perigo pode ou não estar presente no produto ou no serviço, podendo redundar ou não em risco concreto aos que deles se utilizarem em um período posterior à sua colocação no mercado, em virtude de não se ter, nessa época, exata dimensão da sua insegurança.

Já nas demais modalidades de risco, é a atividade em si que traz ínsitos os perigos de risco ou risco de danos. Podem ou não ocorrer por uma questão meramente fática, mas que independe de qualquer avanço no estado da técnica aplicada ao produto ou serviço, ou até no desempenho de certa atividade.

Alguns estudiosos afirmam que o fornecedor deveria ficar responsável por quaisquer danos oriundos da concretização dos perigos advindos dos produtos ou serviços conforme atestado pelo desenvolvimento da técnica aplicada *a posteriori*.

²²⁰ CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de responsabilidade civil, p. 515.

Pelo que até aqui se mostrou, esses riscos do desenvolvimento assemelham-se aos vícios ocultos, pois, somente depois de certo tempo da utilização do produto ou do serviço é que vêm aflorar os males que geram danos.

É por isso que entendemos que deverá ser realizada uma verdadeira reforma legislativa exatamente aqui nesse ponto, a fim de que pudéssemos tratar, a partir de agora, a teoria do risco de desenvolvimento não como cláusula eximente de responsabilidade, mas sim como um reforço da idéia de responsabilidade. Essa modificação deveria trazer, também, de forma clara, o termo inicial para a contagem do prazo prescricional, bem como o seu termo final, a fim de que não se possa eternizar a responsabilidade do fornecedor pelos danos causados por produtos defeituosos.

Por fim, convém lembrar que essa teoria do risco do desenvolvimento poderá ser usada para se interpretar a segunda parte do artigo 927, § único do Código Civil, no sentido de entendê-la como uma parte integrante da teoria do risco-criado, já que todo aquele que, pela cadeia de desenvolvimento da sua atividade, possa tê-la como geradora de danos, ainda que em razão de situações posteriormente geradas e não previstas na época da condução das atividades, deve repará-los com base na criação de riscos previstos ou não, já que nem mesmo a imprevisibilidade de fatores externos terá a capacidade de elidir a responsabilidade, caso ela venha a ativar os riscos já inerentes, desencadeando o perigo e o consequente dano.

Em relação à teoria do risco da atividade econômica, podemos dizer que ela está diretamente relacionada ao que o legislador dispôs no artigo 2º da CLT, quando expôs: “Considerada-se empregador a empresa, individual ou coletiva que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviços.”

Isso importa afirmar que todo o contrato de trabalho, como também todo o contrato de uma forma geral, tem dentro de si, uma carga de incerteza a qual denominamos álea ou risco que deve ser suportado pelo contratante prejudicado²²¹.

Essas áleas contratuais podem ser ordinárias ou extraordinárias, sendo que essas últimas ainda se subdividem em econômicas e administrativas. A álea extraordinária econômica manifesta-se na teoria da imprevisão ao passo que a administrativa se apresenta

²²¹ SILVA, Luís Renato Ferreira da. Revisão dos contratos: Código Civil ao Código do Consumidor, p. 114.

no *factum principis*, estando previstas, respectivamente, nos artigos 503 e 486 da CLT, onde eximem parcialmente, a obrigação patronal de indenização.

Quanto às áleas ordinárias, afirmamos que são todos os acontecimentos futuros e desfavoráveis, cujos riscos e consequências as partes assumiram quando contrataram. Em sendo encargos possíveis e previsíveis, recaem sobre a parte que se obrigou por força de lei ou ato do contrato²²².

O artigo 2º da CLT, ao conceituar empregador como a empresa que assume os riscos da atividade econômica, está adotando a teoria objetiva em relação danos sofridos pelo empregado em razão da mera execução regular de um contrato. Assim, não pode o empregado sofrer qualquer dano apenas por executar um contrato de trabalho, já que o risco da viabilização da atividade econômica deverá sempre ser suportado pelo empregador. Sabemos que é muito comum o empregado sofrer danos quando está no cumprimento de sua função contratual, independentemente de culpa do patrão, mas sendo apenas decorrentes do pleno exercício das suas atividades laborais, fazendo, em razão disso, *jus* a uma indenização. Logo, por essa teoria em apreço, que está prevista, como dissemos, no artigo 2º da CLT, o empregador se responsabiliza por todos os ônus exigidos para viabilizar as atividades da empresa, não podendo o empregado concorrer com qualquer risco ou prejuízo.

Afirmando isso, citamos como exemplo uma jurisprudência do TRT da 8ª Região que assim afirma:

“Empregado que utiliza o seu veículo como instrumento de trabalho, e no exercício de suas atividades é acometido de acidente automobilístico, faz jus à indenização por perdas e danos com base na responsabilidade civil trabalhista.” (TRT 8ª Região, 1ª Turma, Ac. n. 3019/95, Relator Juiz Tupinanbá Neto, DJPA: 13/10/95, p. 1).

Isso prova que o funcionamento e a viabilização da empresa constitui em obrigação de resultado, não sendo, por essa razão, adequada a transferência do ônus da responsabilização ao empregado. É importante lembrar, ainda aqui, que a responsabilidade objetiva da empresa se expressa também em relação aos danos suportados por terceiros em decorrência de ato do empregado ou preposto na execução do contrato de trabalho, o que se

²²² OLIVEIRA, José César de. *Factum pricipis*, força maior e temas correlatos. In: Barros, Alice Monteiro de. (coord.). Curso de direito do trabalho, p. 468.

percebe na simples leitura dos artigos 932, III e 933 do Código Civil²²³. Nessas situações delineadas, a responsabilidade contra terceiros é da empresa, independentemente de culpa do patrão, não se proibindo, todavia, ação de regresso contra o empregado, desde que de acordo com as diretrizes traçadas pelo artigo 462, § 1º da CLT, ou seja, havendo fundamentadamente, dolo ou culpa do empregado previstos expressamente no contrato, vez que esses danos, mesmo culposos, quando relacionados a uma área de previsibilidade própria da execução dos contratos, integram o risco normal da atividade, não se podendo repassar ao empregado o dito ônus²²⁴.

Portanto, cabe asseverar que a adoção da responsabilidade objetiva no âmbito contratual tem por fundamento não apenas a teoria do risco-proveito, nem tampouco ao conceito legal de empregador, mas, a idéia do solidarismo constitucional que valoriza a dignidade da pessoa humana e alguns fundamentos da ordem econômica, quais sejam: a função social da propriedade, o primado do trabalho, a proteção ao meio ambiente e a busca pelo pleno emprego.

Agora, em relação à teoria objetivista, esta veio embasada nos perigos da vida contemporânea que sofreram um grande aumento, principalmente, a partir da Revolução Industrial, onde os feitos tecnológicos foram responsáveis pela multiplicação acelerada dos eventos danosos. Para tanto, deveria haver algum método que viabilizasse à vítima um meio de obtenção de ressarcimento e indenização, sobretudo em face dos acidentes de trabalho. Isso só se tornou possível devido à implementação e efetivação de princípios como os da hipossuficiência, equidade, justiça social e socialização do direito e dos riscos, sem esquecer, é claro, da necessidade de reequilíbrio dos patrimônios afetados pelo evento danoso.

Esta espécie de responsabilidade não se presume, pois, decorre de textos expressos de lei ou mesmo do exercício de atividades de risco normalmente desenvolvidas pelo agente do dano. Portanto, adota como critérios definidores, a lei e as atividades de

²²³ Art. 932 do CC: São também responsáveis pela reparação civil:

III – o empregador ou comitente, por seus empregados, serviçais ou prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele.

Art. 933 do CC: As pessoas indicadas nos incisos I a III do artigo antecedente, ainda que não haja culpa de sua parte, responderão pelos atos praticados pelos terceiros ali referidos.

²²⁴ “Eventuais danos de natureza culposa, situados numa margem de previsibilidade inerente à execução de determinado serviço, integram-se no risco normal do empreendimento e não comportam a responsabilização do empregado, mediante a imposição de deduções salariais” (TRT, 2ª Região, 8ª Turma, AC. n. 2970264484, Relatora Wilma Nogueira da Silva. DJSP, 12/06/97, p. 55).

risco. Desse modo, quanto ao primeiro critério, não haveremos de encontrar dificuldades, pois, caberá ao intérprete e aplicador do Direito tão somente a análise de cada dispositivo legal que impõe a responsabilidade pela reparação. Contudo, não diremos o mesmo a respeito do segundo critério, já que a doutrina, até pouco tempo, discutia a respeito da definição precisa do que seria atividade de risco, já que a legislação brasileira desse ponto não se ocupou.

Essa dificuldade decorre do fato de ser o dispositivo contido no artigo 927, § Único, do Código Civil atual²²⁵ um dispositivo genérico, o que, como se disse, deixa a cargo do intérprete a importante tarefa de definir e identificar especificamente, as situações onde esse preceito irá incidir.

Começando pelo conceito de risco, afirma De Plácido e Silva que:

“(…) risco é o perigo, é o temor, o receio de qualquer coisa que nos possa trazer o mal. Na linguagem jurídica, o vocábulo exprime simplesmente o sentido de perigo ou do mal receado: é o perigo de perda ou de prejuízo ou o receio de mal que cause perda, dano ou prejuízo. E, assim, nesta acepção genérica, riscos compreendem-se os eventos incertos e futuros, inesperados, mais temidos ou receados, que possam trazer perdas e danos.”²²⁶

Na opinião de Maria Helena Diniz:

“(…) risco é a possibilidade da ocorrência de um perigo ou sinistro causador de danos ou de prejuízo, suscetível de acarretar responsabilidade civil na sua reparação. É a medida de danos ou prejuízos potenciais, expressa em termos de probabilidade estatística de ocorrência e de intensidade ou grandeza das conseqüências previsíveis. É a relação existente entre a probabilidade de que uma ameaça de evento adverso ou acidente determinado se concretize com o grau de vulnerabilidade do sistema receptor a seus efeitos.”²²⁷

Diante dessas explicações acima, vê-se que o risco pressupõe a possibilidade de ocorrência de um perigo incerto e inesperado que pode causar dano a outrem. Contudo, para realmente entender e poder trabalhar com o § Único do artigo 927 do CC, precisamos deixar clara a idéia de ‘normalidade’ e ‘natureza da atividade de risco’.

²²⁵ Dispõe o artigo 927, § Único do Código Civil de 2002: “Haverá obrigação de reparar o dano, independente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, riscos para os direitos de outrem.”

²²⁶ Vocabulário Jurídico, v. IV, p. 149.

²²⁷ Dicionário Jurídico, v. IV, P. 215.

Normalidade deve ser entendida pela atividade que vem a ser desenvolvida regularmente ou costumeiramente por alguém, na busca de um resultado, cuja experiência acumulada ao longo do desenvolvimento é capaz de oferecer alguma previsibilidade de ocorrência de eventos danosos para as pessoas. Essa atividade, portanto, não pode ser desenvolvida de maneira esporádica ou eventual, ou seja, aquela que por um momento ou por uma circunstância possa ser um ato de risco. É essa natureza referente à atividade que vai caracterizar o risco capaz de ensejar acidentes e causar prejuízos.

Por isso, deve-se concluir que não é qualquer atividade que caracteriza o risco, mas apenas aquela que tem atrelado ao seu desenvolvimento a possibilidade concreta de acarretar eventos danosos. É essa atividade que por si só cria riscos para as pessoas que vem a cada dia ampliando os casos de aplicação da responsabilidade objetiva, fazendo com que esta venha a ser uma outra forma de responsabilidade que subsiste no direito brasileiro ao lado da responsabilidade subjetiva, não sendo mais, pois, uma mera situação de excepcionalidade. No direito trabalhista, a atividade de risco é a que se considera como insalubre ou perigosa. Isso mostra que nesse ramo do Direito, a tarefa do intérprete de identificar a atividade de risco será menos árdua, pois, essa matéria é tratada diuturnamente, a começar pela disposição do artigo 2º da Consolidação das Leis do Trabalho.

Ensina Antonio Elias de Queiroga:

“Como definir atividade de risco? Registram os dicionários da língua portuguesa que risco é perigo, é situação em que há probabilidades mais ou menos previsíveis de perigo. Então, toda atividade humana que exponha alguém a perigo, ainda que exercida normalmente, é atividade de risco. No mundo de hoje, a introdução de máquinas e de aparatos perigosos gerou uma situação de perigo ou de possibilidade de perigo para o homem. É o que ocorre com as estradas de ferro e a exploração de minas; o uso de energia elétrica, solar e nuclear; o uso de telefonia e de telegrafia por fios condutores, ou telefonia celular; o uso de veículos terrestres, aéreos ou marítimos; de fábricas para a produção de bens de consumo, etc.”²²⁸

Isso leva a crer que atividade de risco é aquela que na sua peculiaridade já engloba a possibilidade de ocorrência de acidentes, é a que apresenta em seu conteúdo a idéia de perigo potencialmente causador de dano a alguém.

Carlos Alberto Bittar ensina:

²²⁸ QUEIROGA, Antonio Elias de. Responsabilidade Civil e o novo Código Civil, p. 208.

“(…) é perigosa a atividade que, por sua condição ou pelos meios empregados (substâncias, aparelhos, máquinas e instrumentos perigosos) apresenta-se carregada de perigo (...)”, ou seja, “deve ser considerada perigosa, pois, aquela atividade que contenha em si uma grave probabilidade, uma notável potencialidade danosa, em relação ao critério de normalidade média e revelada por meio de estatísticas, de elementos técnicos e da própria experiência comum. Definida em concreto como perigosa a atividade, responderá o agente pelo simples risco, ficando a vítima obrigada apenas à prova do nexu causal, não se admitindo, outrossim, escusas subjetivas do imputado”²²⁹

O que, de fato, configura a responsabilidade objetiva pela atividade de risco, não é a ocorrência de um risco qualquer, um risco normal que seja inerente a qualquer atividade humana ou produtiva, mas sim, uma atividade cujo risco a ela inerente é um risco excepcional e não comum, mesmo sendo previsível. É, pois, um risco que aumenta as possibilidades de ocorrência de eventos danosos para as pessoas, onde ele (o risco) deve decorrer de uma atividade regularmente desenvolvida por alguém, na busca de um resultado, que seja natural e potencialmente perigosa, já que dela podem se prever a ocorrência de acidentes com prejuízos que atinjam terceiros.

No regime do Código Civil de 1916, as atividades perigosas eram somente aquelas assim definidas por lei especial. Assim, as que não fossem, eram enquadradas na norma geral do Código Civil que consagrava a responsabilidade objetiva. Já o referido artigo do novo diploma do Código Civil atual, além de não ter a intenção ou o interesse de revogar as leis especiais existentes, veio com o intuito de ressaltar as novas leis que vierem a ser promulgadas, permitindo que a jurisprudência considere as atividades já existentes e ainda algumas que venham ainda existir como perigosas ou de risco. Essa é, na opinião de Carlos Roberto Gonçalves²³⁰, a grande inovação do nosso Código Civil no campo da responsabilidade civil.

Verifica-se com isto o grande passo que deu o legislador brasileiro, que se colocou à frente em matéria de responsabilidade civil, haja vista o ordenamento jurídico de outros países. Isso mostra que, enquanto o Direito Italiano e o direito de outros países adotam a teoria do risco mediante a adoção da inversão do ônus da prova pelo causador do

²²⁹BITTAR, Carlos Alberto. Responsabilidade Civil nas atividades perigosas: responsabilidade civil. (Coordenação de Yussef Said Cahali), p. 93.

²³⁰GONÇALVES, Carlos Roberto. Responsabilidade Civil, p.09.

dano, o nosso ordenamento não abre a ele a oportunidade de provar que cumpriu com todos os seus deveres de cautela, prevenção e cuidado, imputando-lhe, sem qualquer dúvida, as conseqüências do dano, simplesmente pelo fato de ele exercer uma atividade de risco na busca de um resultado. À vítima estará sempre garantida a possibilidade de ser indenizada por um dano decorrente de uma atividade potencialmente perigosa exercida por alguém.

Nela também existe um liame de causalidade a ser demonstrado pelo autor da pretensão reparatória, que une o fato gerador do risco, que é a atividade desenvolvida corriqueiramente pelo seu autor; ao dano, cuja reparação se pretende.

Outro importante aspecto, é que, para essa teoria da responsabilidade objetiva fundada na teoria do risco, pouco importa a conduta do agente, que poderá ser lícita ou não, importando apenas o fato de que o seu exercício habitual pode, potencialmente, gerar danos a outrem²³¹.

Por isso é de grande importância a identificação, em cada caso concreto, da natureza da obrigação assumida por quem empreende atividades de risco, o que implicará, ao empregador, a obrigatoriedade de manter incólume a integridade física e psíquica dos trabalhadores que a ele se vinculam, sob pena de responsabilização, sem esquecer, é claro, de que não apenas essa peculiaridade irá gerar o dever e a responsabilidade objetiva de reparar o dano, mas também, a falta de cuidados no exercício das atividades poderá gerar a mesma responsabilização, em razão de que para todo o exercício de atividade perigosa deve haver um dever atrelado de segurança que vai variando de acordo com a periculosidade e com os padrões de expectativa da coletividade²³².

Assim, o chamado risco do empregador, em conclusão, se dá em quatro dimensões objetivas: a assunção do risco pela viabilização de atividade econômica da

²³¹ Com efeito, tratando-se de responsabilidade objetiva, isto é, independente de culpa, a existência de qualquer conduta culposa do agente no exercício de uma atividade intrinsecamente perigosa não modifica o fundamento da obrigação de indenizar. A responsabilidade independente de culpa não quer dizer, necessariamente, responsabilidade sem culpa, de modo que, sendo a exposição a perigo o fato gerador da razão justificadora da obrigação, permanece a responsabilidade. A periculosidade deve ser entendida como aquela que, em si mesma, gera um risco maior, independente das circunstâncias eventuais da culpa no momento da ocorrência. Em resumo, no que se refere à atividade desenvolvida (atividade desenvolvida perigosamente), quis o legislador fazer referência ao momento dinâmico, ao processo cinemático na qual a energia do homem é empregada na direção da coisa, e não às hipóteses de danos causados diretamente pela coisa, em seu momento estático, ou seja, quando não conduzida, guiada ou acionada pelo homem.

²³² DIREITO, Carlos Alberto Menezes e CAVALIERI FILHO, Sérgio. Comentários ao Novo Código Civil, p. 150.

empresa, conforme dispõe o artigo 2º da CLT; a assunção do risco quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco físico para outrem, conforme dispõe o parágrafo único do artigo 927 do Código Civil²³³; a assunção do risco do empregador perante terceiros pelos atos (culposos) exercidos por seus empregados ou prepostos no exercício do trabalho, conforme o artigo 932, III, do Código Civil; e finalmente, a assunção do risco ambiental contra terceiros e contra os seus empregados

²³³ Não é tão clara a doutrina a respeito da responsabilização objetiva do empregador, tendo em vista a previsão do artigo 7º, XXVIII, da CF/88, pois, este dispositivo garante a indenização do trabalhador, por meio do seguro, no caso de acidente, e consigna na parte final que tal reparação não exclui a indenização do empregador quando este incorrer em dolo ou culpa. Por outro lado, a doutrina civilista, apoiada por exemplo, por Sérgio Cavalieri afirma que a reparação atinente ao seguro coletivo a cargo do empregador serve de fundamento para a indenização por acidente de trabalho a teoria do risco integral, de sorte que nem mesmo as causas de exclusão do nexo causal – culpa exclusiva da vítima, fato de terceiro, caso fortuito e força maior – afastam o direito do obreiro, desde que o evento tenha se dado no trabalho ou em razão dele. A partir desse ponto passamos a vislumbrar que, a partir do momento que a CF/88 previu a responsabilidade subjetiva do empregador, a Justiça do Trabalho passou cada vez mais a se valer do parágrafo único do artigo 927 do Código Civil para conceder indenizações aos empregados baseada na teoria do risco da atividade, pois, não há dúvidas de que o dito dispositivo é muito mais abrangente e benéfico à vítima, parecendo dar uma solução mais justa em determinadas hipóteses. Por isso, o que não podemos esquecer é que prescinde de análise a periculosidade da atividade exercida pelo empregado, uma vez que a atividade de risco capaz de impor o dever de indenizar, com fulcro no citado artigo do Código Civil é a atividade desenvolvida pelo empregador. O fato que surge aqui, portanto, é a análise da constitucionalidade do citado artigo do nosso diploma civil, pois, alguns afirmam que a partir do momento que a Constituição adotou a teoria da responsabilidade subjetiva do empregador, não poderia uma norma infraconstitucional adotar a sua objetividade, pois, isso afronta o princípio de validade baseado na hierarquia de normas. Contudo, não é assim que deveremos concluir essa análise. A forma mais adequada, na nossa opinião, seria sustentar que, com base no artigo 7º da CF/88 que estabelece que são direitos dos trabalhadores, além daqueles especificados em seus incisos, outros que visem a melhoria da sua condição social; então, é a partir daí que acreditamos não haver óbice à aplicação daquele dispositivo do Código Civil.

Esse é o caso, por exemplo, de um empregador que foi condenado ao pagamento de uma vultosa indenização em razão de acidente sofrido pelo seu empregado que operava motosserra em uma serraria (TRT- 23ª REGIÃO – RO 495.2004.046.23.00-0). Nesse caso, a atividade desenvolvida pelo empregador (serraria) não é perigosa ou potencialmente danosa, e não pode, assim, ser inserida no contexto da atividade de risco. O manuseio da motosserra que é perigoso, não é atividade do empregador, mas é a desenvolvida pelo empregado e só a ele mesmo representa risco. Logo, não estará apta, esta situação, a ensejar a aplicação da especificação que citamos do Código Civil. Na realidade, pela análise do acórdão que aqui citamos, o que houve foi um desvio de função do empregado que não teria recebido o devido treinamento para o desempenho daquela atividade, sem contar que não contou com o uso dos equipamentos de proteção individual exigíveis por lei, para tanto, já que o empregador não os concedeu. Nesse caso, inegável é a culpa do empregador, o que deixa clara a aplicação do art. 7º, XXVIII da CF/88. O que se conclui, aqui, portanto, é que o empregador responderá objetivamente pelo dano causado ao empregado tão somente quando a atividade desenvolvida pelo primeiro for considerada de risco, nos moldes do artigo 923 do Código Civil de 2002.

Necessária se faz uma observação sobre os rumos da responsabilidade civil e a melhor forma de proteger a sociedade dos riscos a que está exposta, para que, então, critérios possam vir a ser estabelecidos, sob pena de haver um desequilíbrio decorrente de interpretações ou criações doutrinárias ou jurisprudenciais cada vez mais distantes do texto da lei.

decorrente do exercício de sua atividade, conforme o artigo 225, § 3º, combinado com o artigo 200, VIII, da Constituição Federal²³⁴.

Em relação à responsabilidade das pessoas jurídicas, importante ressaltar que pelo Novo Código Civil, a responsabilidade das pessoas jurídicas de direito privado é direta, o que vale dizer que os seus representantes, que são órgãos dessas entidades, agem como seus delegados e que por isso mesmo, fazem responsabilizar diretamente a pessoa jurídica e não a eles próprios.

Já a teoria do risco administrativo rege diretamente a responsabilidade civil das pessoas jurídicas de direito público, fazendo com que as entidades públicas respondam por atos de qualquer natureza, mesmo que lícitos, mas que venham causar danos na esfera jurídica de outrem.

Foi mesmo a partir da Constituição Federal de 1988 que ficou pautada a responsabilização objetiva do Estado e das entidades privadas prestadoras de serviços públicos pelos danos causados. Essas respondem independentemente de culpa por todos os danos causados, mesmo tendo direito ao regresso perante aqueles seus agentes que intervieram com dolo ou culpa.

Depois de apurada e definida a responsabilidade civil, deve-se fixar o valor da indenização devida ao ofendido mediante a liquidação do dano, necessário para estabelecer o valor da indenização destinada a recompor o patrimônio lesado. Essa indenização será medida pela extensão do dano, que deve servir para repará-lo integralmente, de forma a alcançar os danos patrimoniais, os lucros emergentes e os cessantes.

Essa liquidação pode se dar de forma legal, convencional ou judicial, conforme seja disciplinada pela própria lei, pelo consenso das partes ou por intervenção judicial.

Diante dos fatos aqui levantados, percebemos que, na verdade, estamos diante de um novo tempo, arraigado de novas interpretações do Código Civil, onde se inserem valores que sofrem uma grande influência constitucional que preserva, acima de tudo, a dignidade da pessoa humana e que não pode ser desprezado pelo intérprete comprometido com a proteção dos direitos fundamentais.

Nesse sentido, afirma Antonio Roberto Prates de Maia:

²³⁴ DALLEGRAVE NETO, José Afonso. Responsabilidade Civil no Direito do Trabalho, p. 84.

“(…) nenhuma norma ordinária poderá ser interpretada sem que antes se apure a não contrariedade do princípio da dignidade da pessoa humana, o que entende ser a visão do moderno Direito Civil. O afastamento desse paradigma irá proteger uma inteligência contrária ao texto constitucional, incidindo em violação de uma norma superior na escala hierárquica de valores”²³⁵

Essa visão corresponde ao que o autor Daniel Sarmento denomina de “despatrimonialização do Direito Privado” significa a afirmação de que os bens e direitos patrimoniais (e por que não dizer o desempenho da atividade empresarial) não constituem fins em si mesmos, devendo ser tratados pela ordem jurídica como meios para a realização da pessoa humana.”²³⁶

Reconhecer ao trabalhador o direito de proteção à sua saúde de uma forma mais condizente com a realidade, dispensando da prova da culpa, evidentemente mais difícil de obter, também pode representar uma projeção do princípio da dignidade da pessoa humana na revelação de novos direitos e ainda na primazia de valores existenciais da pessoa humana²³⁷.

O autor baiano Cristiano Chaves chama a atenção para a necessidade de o direito não se poder distanciar dos fundamentos da Constituição Federal e identifica no mesmo princípio da dignidade, a elevação do homem ao centro de todo o sistema jurídico “no sentido de que as normas são feitas para a pessoa e a sua realização existencial, devendo garantir-lhe um mínimo de direitos fundamentais que sejam vocacionados para lhes proporcionar vida com dignidade”²³⁸, o que alcança “(…) a afirmação de sua integridade física, psíquica e intelectual, além da garantia do livre desenvolvimento da personalidade”²³⁹ gerando como consectários naturais, dentre outros, o respeito à integridade física e psíquica das pessoas. Não basta assegurar o direito à vida; é necessário fazê-lo em relação à vida digna.

Esse processo de transformação provocará uma mudança no modo de interpretar a disciplina das relações jurídicas de natureza privada, deve-se ao fato de se

²³⁵ MAIA, Antonio Roberto Prates. A hermenêutica constitucional do novo Código Civil. Salvador (s.n.), 2004, p. 23.

²³⁶ SARMENTO, Daniel. Direitos Fundamentais e relações privadas, p. 115-116.

²³⁷ SARMENTO, Daniel. Direitos Fundamentais e relações privadas, p. 115.

²³⁸ FARIAS, Cristiano Chaves. Direito Civil: Teoria Geral. 2. ed, p. 96.

²³⁹ Idem

reconhecer a inafastável necessidade de serem priorizados os interesses de determinados grupos sociais, a exemplo dos trabalhadores.

O direito do trabalho e o direito civil agora se unem por objetivos que, mais do que nunca, se entrelaçam, buscando alcançar a garantia dos valores supremos elencados no texto constitucional.

Daniel Sarmento faz uma afirmação contundente a respeito da possibilidade de se justificar o caráter diferenciado da proteção jurídica em face da desigualdade material constatada entre os interlocutores sociais, o que se identifica, de forma exata, na relação de emprego. Assim, para ele, essa situação:

“(…) justifica a ampliação da proteção dos direitos fundamentais na esfera privada, porque se parte da premissa de que a assimetria de poder prejudica o exercício da autonomia privada das partes mais débeis. É assim, enfim, porque se entende que quando o ordenamento jurídico deixa livres o forte e o fraco, esta liberdade só se torna efetiva para o primeiro. O hipossuficiente, no mais das vezes, vai acabar curvando-se diante do arbítrio do mais poderoso, ainda que, do ponto de vista puramente formal, seu comportamento possa parecer decorrente do exercício da sua autonomia privada”²⁴⁰

(…)“É a relativização da autonomia privada no contexto das relações não paritárias em proveito da proteção aos interesses da parte hipossuficiente”²⁴¹, como ocorre com o Direito do Trabalho, enfatizando: “quanto maior for a desigualdade, mais intensa será a proteção ao direito fundamental em jogo, e menor a tutela da autonomia privada”.²⁴²

O Direito do Trabalho que já enfrenta essa experiência desde o seu nascedouro, exatamente pela necessidade de tutelar o empregado, desigual econômica, social e politicamente em relação ao seu empregador; utiliza-se de várias técnicas de proteção,²⁴³ dentre as quais, e especialmente quanto ao tema, a intervenção do Estado nas relações de trabalho, concretizada “(…) na edição de normas e na adoção de outras providências tendentes ao amparo do trabalhador.”²⁴⁴

²⁴⁰ SARMENTO, Daniel. Direitos Fundamentais e relações privadas, p. 304.

²⁴¹ SARMENTO, Daniel. Direitos Fundamentais e relações privadas, p. 305.

²⁴² SARMENTO, Daniel. Direitos Fundamentais e relações privadas, p. 303.

²⁴³ Conceituadas por Luiz de Pinho Pedreira da Silva como “mecanismos através dos quais se procura corrigir a situação de inferioridade do trabalhador”. SILVA, Luiz de Pinho Pedreira da. Principiologia do direito do trabalho. 2. ed. São Paulo: LTR, 1999, p. 30.

²⁴⁴ SILVA, Luiz de Pinho Pedreira da. Principiologia do direito do trabalho. 2. ed. São Paulo: LTR, 1999, p. 30.

O que importa na verdade é, na linha de sustentação doutrinária da prevalência do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, diretriz maior de todo o sistema jurídico; é afirmá-lo cotidianamente, a fim de torná-lo mais efetivo ainda, ou seja, mais real, de modo a atingir a finalidade de sua própria inclusão no ordenamento.

3.4 – Teorias da Responsabilidade Civil comum e agravada

A fixação e apreensão da idéia da responsabilidade objetiva, em que o causador do dano indenizará terceiros que vierem provar que sofreram danos advindos da atividade por ele desempenhada, vêm formalizadas na teoria do risco, em que a mera comprovação do nexos causal entre a atividade e os prejuízos é suficiente para que se determine o dever de reparação.

Contudo, com o advento de algumas atividades, como por exemplo, as nucleares, em que o risco para os terceiros é substancialmente maior do que nas demais, aquela teoria não pode ser levada em consideração, já que não traria a mesma segurança jurídica consubstanciada na reparabilidade de todos os danos decorrentes.

Foi exatamente por esse motivo que se desenvolveu a teoria da responsabilidade civil objetiva agravada, pois, ainda que os danos derivem de caso fortuito interno ou externo, e força maior, o responsável pelo desempenho da atividade deverá indenizar aqueles que sofreram prejuízos, sem sequer haver a necessidade de se falar em nexos causal, o que acaba de ficar subentendido tendo em vista o tamanho dos riscos advindos de tal atividade.

Silvio de Salvo Venosa²⁴⁵, ao tratar dessa modalidade de responsabilidade, afirma que ela não se encontra expressamente contemplada em nenhum texto legislativo brasileiro, “sendo uma criação jurisprudencial”, em especial no campo do direito administrativo.

Daí, não obstante o legislador não ter sido tão preciso e objetivo na redação do então parágrafo único do artigo 927 do Código Civil, vez que se apoiou em termos indeterminados para estabelecer responsabilidade àquele que vier a causar danos a terceiros, não será possível enquadrar-se nele certas modalidades de atividades, a exemplo

²⁴⁵ VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil: Responsabilidade Civil, 6. ed., p.11.

das nucleares, pelo simples fato de essas criarem riscos exacerbados aos direitos de terceiros, o que, de fato, anularia a segurança jurídica pretendida pelo legislador.

É por isso que muitos afirmam que a sociedade está a ingressar numa nova fase de responsabilidade civil objetiva, em que se dispensará o nexos causal, bastando que o dano possa ser considerado como risco próprio da atividade em causa, devendo ser analisados e avaliados ponderadamente, sem que se amplie demasiadamente esse rol de atividades, fugindo ao propósito do próprio legislador, sob pena de se gerar um caos e uma grande instabilidade e incerteza jurídicas.

É por isso que se torna possível entender que o citado dispositivo legal não reflete possíveis hipóteses de aplicação prática da teoria da responsabilidade civil objetiva agravada pelo risco inerente nos moldes que propugna a lei que regula as atividades nucleares, pois, aplicando dessa forma, causaria um desfavor à sociedade, impedindo o progresso e o avanço técnico-científico.

É bom frisar que ainda hoje estamos alicerçados na idéia da responsabilidade civil objetiva baseada no risco e não, como se poderia pensar, em tempos de imputabilidade sem culpa para todas as situações de danos possivelmente ocorridas, apesar de alguns autores entenderem que a aplicação dessa noção traria, verdadeiramente, uma mudança de paradigmas.

3.5 – Responsabilidade civil objetiva pura e impura

Esse enfoque foi criado pelo por Álvaro Villaça de Azevedo²⁴⁶ ainda na época da vigência do Código Civil anterior, de 1916. Ele elaborou uma proposta de subclassificação da teoria da responsabilidade extracontratual objetiva, dividindo-a em impura e pura, onde a primeira teria por base a culpa de terceiro ligado à atividade do agente causador do dano ou ainda, do fato do animal ou da coisa inanimada (sendo esses dois últimos descartados da nossa análise por não integrarem objeto desse trabalho), devendo, aqui, haver o direito de regresso daquele que arcou com a indenização em face do real causador do dano, para que se reembolse aquele que efetivamente pagou; e a segunda

²⁴⁶ AZEVEDO, Álvaro Villaça. Proposta de classificação da responsabilidade objetiva: pura e impura, algumas hipóteses e responsabilidade civil no Código de Processo Civil. Revista do Advogado de São Paulo, São Paulo, n. 44, p. 07-19, out. de 1994.

geraria o dever de indenizar, mesmo na inexistência de culpa, sendo que a responsabilização decorreria da prática de um ato ilícito ou de um fato jurídico, já que é dessa forma que a lei encontra-se disposta, sem, contudo, como no primeiro caso, se poder falar em direito de regresso.

O autor esclarece o seu pensamento citando como exemplo as empresas que, em virtude da natureza das atividades que desenvolvem, podem causar danos ao meio ambiente. Desse modo, os danos que porventura vierem a ser causados, terão que ser reparados pela empresa, independentemente da argüição da existência ou inexistência de culpa. Essa também seria a idéia que nortearia a legislação que disciplina as atividades nucleares. Nas duas situações, portanto, não haveria que se falar em direito de regresso por parte da empresa que desempenha tais atividades de risco, uma vez que não haveria a averiguação da culpa.

Analise-se que essa teoria erigiu na época do advento do Código Civil de 1916, que por sua vez, não trazia ainda qualquer determinação a respeito da responsabilidade objetiva sem culpa. Isso é claro, pois, o legislador presumia a culpa por fato de outrem ou pelo detentor da coisa ou animal, como sendo hipóteses de aplicação similar da teoria da responsabilidade objetiva.

Porém, mesmo sendo erigida na égide do Código anterior, é ainda, esta teoria, muito atual, tendo em vista que o parágrafo único do artigo 927 trata da responsabilidade objetiva deixando de lado a idéia da culpa, mostrando que na realidade, o legislador preferiu por adotar ali a responsabilidade objetiva pura. Contudo, aqui ousamos em fazer um adendo. Mesmo em relação à adoção da teoria da objetividade pura, pensamos ser viável a responsabilidade em regresso, tendo em vista as situações onde, mesmo que se fale estar diante de uma atividade de risco (por sua própria natureza), o ato lesivo ter sido causado em razão de uma atitude culposa ou dolosa de alguma pessoa, que foi o ponto legítimo por desencadear o dano. Nesse caso, o que surge é um dano advindo de uma conduta imprudente ou negligente de quem exerce a atividade, não se podendo, por isso, aplicar a responsabilização objetiva prescrita na segunda parte do parágrafo único do artigo 927 do Código Civil.

Por isso que corroboramos, juntos com alguns outros civilistas, que ao invés de trabalharmos com a nomenclatura pura ou impura levando como base diferenciadora a

possibilidade de regresso, devemos usá-la com base na presença ou não do risco inerente à atividade. É nessa seara que poderemos dizer que o supramencionado diploma civilista utiliza a teoria da responsabilidade objetiva pura para disciplinar qualquer atividade que tenha como inerente à sua execução, não só o risco, mas também o perigo.

Modernamente, toda essa questão dos riscos e dos perigos têm levado a uma coletivização da responsabilidade, tanto em relação aos direitos como em relação às obrigações que todos nós temos com as repercussões negativas que irão advir da prática reiterada de determinadas atividades.

Desse modo, afirma-se que quando ocorrem algumas hipóteses onde os danos advêm de alguns grupos dentre os quais não se pode precisar quem exatamente se tornou responsável, a solidariedade quanto à responsabilização deverá se fazer presente, mesmo sem que haja previsão expressa em qualquer lei ou contrato (como exige a idéia da responsabilização solidária, em face da sua não presunção), em virtude do princípio constitucional da solidariedade entre as partes. Afirma Rosa Maria de Andrade Nery que “é no princípio da solidariedade que devemos buscar inspiração para a vocação social do direito, para a identificação do sentido prático do que seja funcionalização dos direitos e para a compreensão do que pode ser considerado parificação e pacificação social.”²⁴⁷

Como podemos perceber, essa coletivização é fruto de uma tendência já tratada de redução de situações de danos sem ressarcimento. Mesmo que não se consiga identificar o real lesante, em virtude de o mesmo se encontrar em um grupo que desenvolve atividades que põem em risco o direito de outrem, esse grupo será responsabilizado. Na visão de Anderson Schreiber²⁴⁸, isso se chama “causalidade alternativa”.

Contudo, entendemos que a segunda parte do parágrafo único do artigo 927 do Código Civil não acolhe essa espécie de responsabilização coletiva do gerador do dano, pois, exige que a atividade desenvolvida, por si só, gere danos, o que implica na identificação do causador do mesmo como, simplesmente, aquele que desempenha, continuamente, aquela atividade. A norma que pode ser relativa àquela espécie de coletivização da responsabilidade pelo dano será, por analogia, apenas aquela insculpida no

²⁴⁷ NERY, Rosa Maria de Andrade. Apontamentos sobre o princípio da solidariedade no sistema de direito privado. In: REIS: Selma Negrão Pereira dos. (Coord.). Questões de direito civil e o novo Código. São Paulo: Imprensa Oficial, 2004, p. 36-45.

²⁴⁸ SCHREIBER, Anderson. Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos, p. 73, nota 78. São Paulo: Atlas, 2007.

artigo 938 do atual Código Civil, que não fala em danos decorrentes do exercício contínuo de atividade de risco, mas em danos advindos de coisas que tenham caído ou tenham sido lançadas de prédios, onde, por exemplo, se responsabilizam os condôminos em geral, quando não se sabe precisar quem, necessariamente, foi o responsável pelo dano causado.

Na verdade, o que se adota hoje, é a inclusão de seguros para oferecer cobertura àqueles que, em face do pagamento de um prêmio e do desempenho de uma atividade de risco, possa gerar danos a terceiros. Contudo, a doutrina não é muito favorável à adoção dessa técnica, pois, informa que essa tendência à estipulação de seguros para as mais variadas hipóteses de responsabilização objetiva parece criar um fenômeno às avessas, caracterizado pela mitigação do senso de responsabilidade, causando uma redução da preocupação do causador do dano em efetivamente assumir os riscos e os danos deles decorrentes; tudo isso justificado pelo fato de se transferir a uma seguradora o risco no desembolso de valores a título de reparação dos danos, fazendo com que aquele (o causador do dano) se sinta previamente protegido contra as consequências de uma ação de natureza reparatória.

Por outro lado, as seguradoras acabam suportando, também, alguns dos ônus que deverão se repassados aos segurados, mas, para isso, a fim de que também consigam manter as suas margens de lucro, repassam esses valores dos custos da sua atividade aos outros segurados, pois, cada vez mais se vêem na iminência de arcar com o pagamento de coberturas para as mesmas ou outras modalidades de atividades para as quais concedem proteção.

Contudo, como mesmo afirma Silvio de Salvo Venosa, temos que ver o seguro como uma “solução para a amplitude de indenizações que se almeja em prol da paz social”, de modo que, “quanto maior for o número de atividades protegidas pelo seguro, menor será a possibilidade de situações de prejuízo restarem irresarcidas.”²⁴⁹

Por isso, concluímos que essa técnica de securitização não seja prejudicial, muito pelo contrário, ela servirá para evitar que passem daqui a algum tempo a existir danos ou prejuízos sem a devida reparação, fato esse que cause o aumento das demandas judiciais, causando tumulto ao judiciário, transtorno e insatisfação social, sem contar com a total reversão da idéia do legislador do Código Civil, que viu, quando da elaboração do

²⁴⁹ VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil: Responsabilidade Civil, 6ª ed., p.11.

artigo 927, a possibilidade de garantir aos lesados uma total reparabilidade dos danos, em razão do desenvolvimento cada vez mais voraz, das atividades perigosas, que são, sem dúvida, necessárias ao desenvolvimento econômico-social de um país.

O seguro, na realidade, socializa a responsabilidade pela reparabilidade dos danos, diluindo-a entre um grupo de pessoas ou pela sociedade, de forma que seja possível se reduzir a quantidade de situações não indenizadas. Para Rosa Maria de Andrade Nery²⁵⁰, essa socialização é decorrência lógica do princípio constitucional da solidariedade social, em virtude dos próprios riscos que são inerentes à vida.

Contudo, essa posição é ainda muito criticada pela doutrina brasileira, e para provar esse fato, colacionamos uma posição da doutrinadora Giselda Hironaka, que, a respeito dos seguros afirma:

“(…) apesar de parecer a grande solução para o ancestral problema dos danos que os homens têm causado aos seus semelhantes, na verdade, um sistema assim tem inúmeros inconvenientes e, certamente, tem baixa chance de se firmar, com o tempo, como sistema preferido de todos os povos, em todos os tempos. Primeiramente porque não são iguais as culturas, nem mesmo o poder econômico das diferentes sociedades; depois porque sempre haverá a brecha do episódio lesivo causado por quem não está afiliado, por qualquer razão, ao sistema geral de seguro, restando mais uma vez, ‘irressarcida’ a vítima; terceiro porque o papel de prevenção que o sistema de responsabilidade civil exerce é profundamente importante para a própria diminuição de ocorrência de circunstâncias danosas, dado essencial para a qualidade de convivência humana; quarto porque o custo da reparação coletiva constitui, sem dúvida, entrave para a sua expansão definitiva; quinto porque as indenizações que são pagas sob esse sistema de socialização dos prejuízos são sempre indenizações apenas parciais, e o pagamento delas normalmente impede a busca de complementação, o que fere, como se vê, o princípio da reparação integral”²⁵¹

Desse modo, devemos deixar bem claro que, quando se fala em securitização, não estamos querendo falar em coletivização da reparação, mas sim em seu compartilhamento por um grupo determinado ou determinável de pessoas que, através do pagamento de prêmios, têm condições de formar um pacote financeiro da seguradora do qual sairão os pagamentos dos seguros em caso de sinistro.

²⁵⁰ NERY, Rosa Maria de Andrade. Apontamentos sobre o princípio da solidariedade no sistema de direito privado, p. 36-39.

²⁵¹ FIRONAKA, Giselda Maria F. Novaes. Responsabilidade pressuposta, p. 147-148

Já dizia Fábio Konder Comparato²⁵² que a função reparatória de danos encontrada a partir do século XIX, no campo da responsabilidade civil, vem atualmente, sendo exercida com maior amplitude e eficácia pelo sistema segurador privado ou social, daí a ponto de se afirmar que no que tange às atividades geradoras de risco, essa seguridade se mostra um substituto à altura, pois, além de fazer frente à tendência à redução dos riscos não ressarcidos, retira o temor no meio daqueles que desenvolvem tais atividades, de que o crescimento econômico-social esteja fadado a sofrer uma redução, gerando atraso nos diversos setores da economia em virtude da aplicação da responsabilidade objetiva assentada no risco da atividade.

De qualquer forma, enquanto não chegamos a uma fase de completa seguridade, que seja capaz de substituir completamente as demandas judiciais ressarcitórias por meros procedimentos administrativos de recebimento de seguro, poderemos afirmar sem dúvida alguma que a parte final do artigo 927, § Único, servirá para a redução de situações onde se vislumbram danos sem reparação.

3.6 – As excludentes de ilicitude, a culpa concorrente e exclusiva e as suas repercussões no campo da responsabilidade civil.

Nesse ponto do trabalho, de forma breve, iremos tratar da importância das excludentes de ilicitude e da sua repercussão na esfera da responsabilidade civil na atualidade.

Podemos elencar como atos excludentes de ilicitude a legítima defesa, o estado de necessidade e o exercício regular do direito, conforme disposição do artigo 188, incisos I e II do atual Código Civil.

Por estado de necessidade entende-se o ato de salvar o bem jurídico próprio ou de outrem, para a remoção do perigo iminente, por meio da deterioração ou destruição da coisa alheia, ou lesão a pessoa, quando não é possível exigir do agente nas circunstâncias, conduta distinta (art. 188, II, do CC).

O ato praticado em estado de necessidade não é, por força de lei, ilícito, mas pode ensejar responsabilidade civil, devendo o ofensor reparar os danos causados à pessoa

²⁵² COMPARATO, Fábio Konder. Função social da propriedade dos bens de produção. Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro. São Paulo, n. 63, ano XXV, nova série, p. 1-79, jul/set de 1986, p. 73.

ou à coisa, se a pessoa lesada não for a culpada do perigo. Nessa situação, o ofensor poderá se ressarcir do prejuízo perante terceiro que, eventualmente, possa ter dado direta ou indiretamente, causa ao evento²⁵³. A obrigação de reparar o dano está, portanto, fundamentada no fato de o legislador permitir o sacrifício do direito menos valioso, quando se está um jogo mais de um direito, o que não exige o dever de reparar o dano causado, nos casos especialmente previstos em lei.

É importante notar, aqui, que, se a vítima ou a pessoa lesada foi a única responsável pelo perigo ou se a situação de perigo iminente foi causada por caso fortuito ou força maior, não há que se falar em dever de reparação ou responsabilidade do ofensor.

A legítima defesa é um ato de resistência moderada a uma agressão ou ameaça de agressão injusta a direito próprio ou de outrem, conforme as disposições dos artigos 188, I, do CC c/c o artigo 930 do mesmo diploma legal. Nessa, por se constituir ato de resistência ou reação a uma agressão ilícita, não tem o condão de gerar responsabilização civil, mesmo que o agressor venha sofrer danos. Contudo, isso tudo só será viável se ficar comprovada que a reação ocorreu de forma razoável e proporcional em relação ao ocorrido, tendo, todavia, que responder o agressor, se ao contrário, se provar o excesso. São casos, pois, em que a necessidade de socorro é tão urgente que não dá tempo sequer de recorrer à autoridade estatal.

Assim, da mesma forma que não existe previsão para a indenização pela ofensa praticada em legítima defesa, ressalvadas apenas as hipóteses de abuso do direito ou de danos a terceiros, o ato que vier a ser praticado no exercício regular de um direito²⁵⁴ também não ensejará reparação.

Já a culpa concorrente ocorre quando, de forma paralela à conduta do agente-ofensor, há também uma conduta eficiente da vítima que auxilia na verificação do evento danoso. Estão presentes, de maneira auxiliar, duas responsabilidades, a da vítima e a do ofensor. Vê-se uma concorrência de culpas, o que ensejará, como é justo, um fracionamento proporcional da indenização devida, vez que foi essa concorrência que causou o resultado lesivo, o que, sem o auxílio de ambas as atuações, não se produziria.

²⁵³ BELMONTE, Alexandre Agra. Curso de Responsabilidade Trabalhista: Danos Morais e Patrimoniais na Relação de Trabalho, p. 33.

²⁵⁴ Exercício regular do direito é, reconhecidamente, a prática de um ato autorizado por lei.

Já em relação à culpa exclusiva da vítima, esta, todavia, diferentemente das outras situações até aqui previstas nesse tópico, afasta o nexo causal em face da falta de correlação entre a conduta de um sujeito e o dano causado. Isso acarretará, a exclusão do dever de responsabilidade, da mesma forma que também a excluem o caso fortuito, a força maior e a culpa ou fato de terceiro, já que são, todas estas, excludentes de causalidade²⁵⁵.

3.7- As excludentes de responsabilidade

Aqui nessa passagem iremos analisar os conceitos fundamentais das excludentes de responsabilidade consagradas pela doutrina e jurisprudência, a fim de que seja viável a análise de suas alegações pelos supostos causadores de danos para excluir a aplicação da teoria do risco e, conseqüentemente, da própria realidade objetiva.

Em todas as situações de excludentes de responsabilidade, o que acontece é sempre o rompimento do nexo de causalidade entre a ação e o dano, já que não há que se falar em culpa do agente.

3.7.1 – Caso Fortuito e Força Maior

Sabe-se que a responsabilidade do agente pode ser elidida a partir da ocorrência de fatos ou causas excludentes, tais como o caso fortuito, a força maior, razão pela qual a análise desses pontos são ainda mais importantes em se tratando de responsabilidade objetiva decorrente da aplicação da teoria do risco, já que nessa se prescinde do critério da culpa.

Caberá ao “ofensor” a demonstração de hipóteses que possam indicar a existência de excludentes para que seja apto a se eximir da responsabilidade. E é justamente por isso que a conceituação que iremos usar aqui a respeito de caso fortuito tem um enfoque puramente objetivo, já que se funda em elementos decorrentes dos próprios acontecimentos, abstraindo-se as condições pessoais e a diligência da execução da

²⁵⁵ São causas excludentes de responsabilidade civil os fatores que afastam o resultado produzido pela ação ou omissão alheia, impedindo assim a verificação dos efeitos do comportamento do agente ou do nexo causal entre a conduta do agente e o prejuízo verificado: a culpa exclusiva da vítima, a culpa comum, a culpa ou fato de terceiro, a força maior e o caso fortuito. (BELMONTE, Alexandre Agra. Curso de Responsabilidade Trabalhista: Danos Morais e Patrimoniais na Relação de Trabalho, p. 37.). Contudo, é bom ressaltar que existem situações, onde, por exemplo, mesmo havendo a ocorrência de caso fortuito, pode persistir a responsabilidade, como, por exemplo, nas situações de responsabilização objetiva.

prestação por parte do devedor, pois, se assim não for, estaremos pendendo para a responsabilidade subjetiva, o que, por motivos claros, não nos convém nesse momento.

Historicamente, sabe-se que o direito primitivo não foi capaz de atentar para essas excusativas, mas, a partir do advento da Lei das XII Tábuas, passou a existir previsão de que não se poderia condenar quem matasse sem culpa ou sem intenção²⁵⁶.

Os romanos tinham assim, no caso fortuito algo impossível de ser previsto, enquanto que a força maior teria como característica a sua invencibilidade, ou seja, previram a existência do caso fortuito como todo acontecimento imprevisível e inevitável, mas, para eles essa idéia estaria ligada à inimputabilidade ou à ausência de culpa, pois, naquela época a doutrina ainda não tinha base de sustentação para estabelecer a responsabilidade objetiva como hoje nos é possível.

Na realidade, adentrar na seara do diferenciamento entre caso fortuito e força maior não é algo bastante fácil, e por isso mesmo é que, até hoje, alguns doutrinadores tratam essas expressões como equivalentes, uma vez que a vertente que atribui sinonímia às expressões foi fruto dos semelhantes efeitos jurídicos que elas acarretam.

Caio Mário da Silva Pereira advertiu que as tentativas de distinção realizadas pelas doutrinas clássica e moderna entre esses dois conceitos nem sempre foram profícuas, razão pela qual a lei civil atual procede, avisadamente, sem diferenciá-las. De qualquer modo, o civilista destacou que o caso fortuito estaria ligado às forças naturais, enquanto que a força maior poderia ser definido como “o *damnum* que é originado do fato de outrem.”²⁵⁷

Agostinho Alvim²⁵⁸ pretendeu estabelecer uma diferença que mais interessa ao nosso trabalho: para ele, caso fortuito estaria ligado à pessoa do devedor da obrigação ou sua empresa e a força maior seria um acontecimento externo. Por isso, se a responsabilidade estiver baseada no risco, tal como nos interessa, o simples caso fortuito não seria capaz de exonerar o agente do dever de indenizar, o que somente ocorreria se houvesse a ocorrência de um fenômeno que pudesse ser definido como de força maior (ou caso fortuito externo), ou seja, um fato externo que não teria qualquer elo de conexão com a pessoa do devedor da obrigação.

²⁵⁶ CHAVES, Antonio. Tratado de Direito Civil. Vol.3, p. 544.

²⁵⁷ PEREIRA, Caio Mário da Silva. Responsabilidade Civil, p. 346.

²⁵⁸ ALVIM, Agostinho. Da Inexecução das obrigações e suas conseqüências, p. 330.

Clóvis Bevilacqua nos comentários do artigo 1058 do Código Civil Brasileiro revogado, acentuou que, mais forte que o caráter de imprevisibilidade, deve o conceito de caso fortuito estar vinculado a inevitabilidade.

De modo oposto, Sérgio Cavalieri Filho²⁵⁹ conceitua que o caso fortuito teria como elemento indispensável a sua imprevisibilidade, donde decorreria sua inevitabilidade; ao passo que, se previsível fosse o fato, mas igualmente inevitável, estaríamos diante de uma força maior, um verdadeiro *act of God*.

Na opinião de Carolina Bellini Arantes de Paula²⁶⁰, a força maior corresponderia ao fato previsível, mas inevitável, ao passo que o caso fortuito seria aquele que, por ser já imprevisível, torna-se inevitável.

Alguns autores clássicos também pretenderam estabelecer distinções entre o caso fortuito e a força maior, as quais serão bastante úteis para o entendimento das eventuais aplicações dessas causas exonerativas nas obrigações de indenizar decorrentes da aplicação da teoria do risco na responsabilidade objetiva.

Louis Josserand, por exemplo, entendeu que a força maior seria também uma causa que se reveste de caráter de exterioridade absoluta das pessoas da vítima e do agente. Por isso que a força maior se oporia não só a culpa, como também ao caso fortuito, sendo este um acontecimento anônimo, que tem lugar no interior do círculo obrigacional.²⁶¹ Assim, o caso fortuito não seria causa extraordinária da obrigação. A força maior, ao contrario, seria capaz de afastar a responsabilidade, inclusive objetiva, pois, sua origem seria exógena do ponto de vista jurídico e intelectual.

Da mesma forma que Josserand, Planiol e Ripert afirmaram que, apesar de os termos caso fortuito e força maior terem sido adotados indistintamente, tanto pelo texto do Código Civil francês quanto pela jurisprudência francesa do início do século XX, a força maior representaria uma causa exterior ao campo de atuação do devedor da obrigação. Esses autores, porém, criticaram o modo como os tribunais e até a própria doutrina admitiam, por abstração, a existência de força maior em hipóteses causadas pelos intermediários dos empreendimentos, para obrigações de indenizar decorrentes da aplicação da teoria do risco. Isso porque existiriam outras circunstâncias semelhantes, também

²⁵⁹ CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de Responsabilidade Civil, p. 85.

²⁶⁰ PAULA, Carolina Bellini Arantes de. As excludentes de responsabilidade civil objetiva, p. 94-98.

²⁶¹ JOSSERAND, Louis. Derecho civil. cit., t. 2, v. 1, p. 339-342.

irresistíveis e imprevisíveis, que não poderiam ser assim consideradas como causas exonerativas, uma vez que estariam de algum modo ligadas à atividade do agente do dano²⁶².

Acerca dessa questão, Raymond Saillelles citado por Arnaldo Fonseca admitia a ocorrência de caso fortuito também para as obrigações decorrentes da teoria do risco, muito embora tenha preferido valer-se de uma subdivisão conceitual. Para ele, apenas o caso fortuito stricto sensu seria admitido como causa exonerativa da responsabilidade objetiva, isto é, aquele decorrente de causa exterior, que nenhuma relação tem com a atividade envolvida. O caso fortuito lato sensu, ao contrário, por ser intrínseco ao empreendimento (no caso das indústrias), estaria abrangido pela teoria do risco profissional, e deveria ser arcado pelo causador do dano²⁶³.

Nessa definição de Saillelles, parece-nos adequado afirmar a existência de casos fortuitos internos e externos, para enquadrá-los na teoria dos riscos assumidos. Os primeiros, além de previsíveis, decorreriam do risco criado pela atividade e, portanto, não seriam aptos a excluir a responsabilidade²⁶⁴. Em contrapartida, os casos fortuitos externos seriam aqueles decorrentes de uma causa estranha à relação empreendida pelas partes, logo, passível de objeção²⁶⁵.

Seria possível, portanto, a partir dos entendimentos expostos, sintetizar que o caso fortuito e a força maior são espécies distintas de escusativas de responsabilidade objetiva, embora tanto uma quanto outra têm em comum o fato de que não se pode resistir e cujos efeitos necessariamente são o rompimento do nexos causal entre o ato do agente e o prejuízo advindo para a vítima, desligando o devedor de qualquer responsabilidade²⁶⁶. Por isso, alguns afirmam que a força maior é uma espécie do gênero caso fortuito.

²⁶² PLANIOL, Maercl e RIPERT, George. *Traité pratique de droit civil franlaise*. Paris: Librairie Générale de Droit & e Jurisprudence, 1930. t. 6 1. pte.

²⁶³ FONSECA, Arnaldo Medeiros da. *Caso fortuito e teoria da imprevisão*, p.96.

²⁶⁴ Na mesma opinião Carlos Roberto Gonçalves, quando afirma que a teoria do exercício da atividade perigosa adotada pelo parágrafo único do artigo 927 do Código Civil não aceita o fortuito como excludente da responsabilidade, pois aquele que desfruta do cômodos, deve suportar os incômodos (Teoria Geral das Obrigações, p. 356. Nesse momento, a análise muda de foco, pois, deixa-se de analisar sobre a evitabilidade ou não e passa-se à ótica da origem ou conexão do fato com o desempenho da atividade. Quando o fato estiver fora do círculo de geração de risco e de sua potencialização, teremos a eximente. Não nos parece interessante se valer da tradicional divisão entre os conceitos de força maior e caso fortuito, pois, o que interessa, pois, é ser o fato ligado (interno) ou não (externo) à atividade.

²⁶⁵ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*, p. 51 e 52.

²⁶⁶ LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Curso de direito civil*, cit., v. 2, p. 373.

A força maior seria, então, um evento previsto ou previsível, mas impossível de se deter por ações humanas, logo possível de impedir a responsabilidade objetiva decorrente da teoria do risco. O caso fortuito seria imprevisto ou imprevisível, mas, se houvesse alguma conexão jurídica ou intelectual com a atividade realizada, seria tido como interno, não sendo objeção válida para afastar a responsabilidade objetiva, pois, decorreria da teoria do risco criado²⁶⁷. Por outro lado, se resultante de um fator externo, seria, pois, apto a excluir o dever de indenizar decorrente da responsabilidade objetiva.

3.7.2 – Fato exclusivo de terceiro

No que tange ao fato de terceiro, quer na responsabilidade civil subjetiva, quer na objetiva, o problema não é de fácil solução, pois, como aponta Carolina Bellini²⁶⁸, pois, além da dificuldade de entendimento exato do que seja terceiro na relação jurídica, resta a delimitação do seu papel de rompimento do nexo causal.

Inicialmente, convém afirmar que terceiro é qualquer pessoa que não participa da relação jurídica das partes (vítima e agente), mas, por sua conduta, influa de modo ativo, culposamente ou não, no resultado final do ato, de forma prejudicial, a exemplo do que ocorre com o caso fortuito e a força maior, como uma verdadeira “*cause étrangère*”, em referência aos dizeres do artigo 1382 do Código Civil Francês²⁶⁹.

O direito francês antigo reputava o fato exclusivo de terceiro como excludente das mais amplas para exonerar a responsabilidade do agente, colocando-a ao lado do caso fortuito, sem permitir a concorrência de causas para eliminar o dever de indenizar do causador do dano.

José de Aguiar Dias²⁷⁰ defendia que a exoneração do dever reparatório somente poderia ocorrer caso o fato de terceiro fosse de tal ordem exterior ao devedor, que rompesse o nexo de causalidade existente entre a conduta e o dano. Para esse autor, o direito positivo brasileiro, a exemplo do que ocorreu com as legislações que se perfilharam ao modelo do

²⁶⁷ TEPEDINO, Gustavo. A evolução da responsabilidade civil no direito brasileiro e as suas controvérsias na atividade estatal. In: _____. (Coord.). Temas de Direito Civil, p. 181.

²⁶⁸ PAULA, Carolina Bellini Arantes de. As excludentes de responsabilidade civil objetiva, p. 107-108.

²⁶⁹ PEREIRA, Caio Mario da Silva. Responsabilidade Civil, p. 300.

²⁷⁰ DIAS, José de Aguiar. Da responsabilidade civil. 10 ed., p. 679.

Código Civil francês, não fez menção expressa a essa excludente de responsabilidade, o que dificulta a solução das questões postas em julgamento²⁷¹.

O fato exclusivo de terceiro poderia ser equiparado, em razão dos seus efeitos, ao caso fortuito e à força maior, principalmente porque, em certas ocasiões, não será possível se identificar o terceiro que rompe o nexo de causalidade, embora seja possível apurar que se tratou de ação humana distinta daquelas praticadas pela vítima ou pelo agente. Aliás, o conceito de identidade do fato exclusivo de terceiro, mesmo que não seja possível identificar o indivíduo que causou o dano, é absolutamente necessário à conceituação dessa excludente, a fim de assegurar a irresponsabilidade objetiva, uma vez que, se assim não for, será preciso identificar se é hipótese de caso fortuito externo ou de força maior.

Aqui, parece ganhar relevo a imprevisibilidade e a irresistibilidade do fato exclusivo de terceiros, pois, se assim já é nos casos de presunção de culpa, mais ainda será naqueles casos de responsabilidade objetiva decorrente da teoria do risco.

Esse fato exclusivo de terceiro só surtirá efeito exonerativo quando se apresentar revestido, pois, das características da imprevisibilidade, o que logo se equipararia à força maior nesse aspecto, sem, contudo, com ela se identificar tendo em vista que a “*cause étrangère*” não pode ser apreciada abstratamente, mas tão somente tendo em vista os deveres atribuídos ao agente²⁷².

Observe-se que uma atitude de terceiro fisicamente estranho ao desempenho da atividade pode ser potencializadora dos riscos inerentes a tal atividade, como por exemplo, numa situação de uma pessoa que esteja parada em um posto de gasolina, acenda um cigarro e leve o posto aos ares, mediante a combustão dos gases ali emanados.

Trata-se, na verdade, de um fato interno, pois, apesar de ter sido praticado por alguém de fora, estranho à atividade desenvolvida no posto, potencializou os riscos de danos inerentes a tal atividade. Não há como assemelhá-lo a uma externalidade. Assim, mesmo que o terceiro seja, de alguma maneira, estranho à atividade desenvolvida, pode ser potencializador dos riscos, na medida em que sua atitude tem conexão com a atividade.

²⁷¹VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil: responsabilidade civil, p. 59.

²⁷²DIAS, José de Aguiar. Da responsabilidade civil. 10 ed., p. 685.

Portanto, entendemos que o fato de terceiro, no campo do parágrafo único do artigo 927 do Código Civil, por si só, não é eximente.

Diante de tudo isso, passamos a concluir que o fato exclusivo de terceiro é causa exonerativa da responsabilidade objetiva fundada na teoria do risco quando estiverem presentes a imprevisibilidade (diferente também do caso fortuito) e a irresistibilidade (comum ao caso fortuito e a força maior). Isso sem deixar de mencionar que o fato de terceiro deverá ser exógeno e ser causa exclusivamente determinante do dano.

3.7.3 – Culpa exclusiva da vítima

Nesse instante, será importante conhecer como o papel comissivo ou omissivo desenvolvido pela vítima pode revelar-se crucial para o afastamento da responsabilidade civil objetiva, uma vez que trata de uma das excludentes possíveis de objeção pelo então sujeito acusado de ser o real causador do dano.

O direito romano previa que a vítima nada poderia reclamar, caso tivesse de alguma forma concorrido para a produção do dano. Essa orientação também foi pelo direito francês, mas abandonada após o advento do código civil, uma vez que a regra geral do artigo 1.382 previa que toda a culpa deveria ser sopesada na indenização, ainda que concorrente. Nas hipóteses de risco-profissional, a lei de acidentes de trabalho francesa de 1898 já previa como excludente de responsabilidade do patrão a culpa intencional do empregado.

A culpa exclusiva da vítima deve ser capaz de romper integralmente a relação de causalidade existente entre a ação do suposto agente e o dano, tendo como única resultante o fato de ser a fonte primária do prejuízo.

RECURSO DE REVISTA. DANO MORAL. ACIDENTE DE TRABALHO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA (ART. 927, PARÁGRAFO ÚNICO, CC). INEXISTÊNCIA DE -CULPA EXCLUSIVA DA VÍTIMA- (FATO DA VÍTIMA). A regra geral do ordenamento jurídico, no tocante à responsabilidade civil do autor do dano, mantém-se com a noção da responsabilidade subjetiva (arts. 186 e 927, caput, CC). Contudo, tratando-se de atividade empresarial, ou de dinâmica laborativa (independentemente da atividade da empresa), fixadoras de risco acentuado para os trabalhadores envolvidos, desponta a exceção ressaltada pelo parágrafo único do art. 927 do CC, tornando objetiva a responsabilidade empresarial por danos acidentários (responsabilidade em face do risco). Noutro norte, a caracterização da culpa exclusiva da vítima é fator de **exclusão do elemento do nexa causal para efeito de inexistência de reparação civil no âmbito laboral quando o**

infortúnio ocorre por causa única decorrente da conduta do trabalhador, sem qualquer ligação com o descumprimento das normas legais, contratuais, convencionais, regulamentares, técnicas ou do dever geral de cautela por parte do empregador. Se, com base nos fatos relatados pelo Regional, se conclui que a conduta da vítima do acidente não se revelou como causa única do infortúnio, afasta-se a hipótese excludente da responsabilização da empregadora pelo dano causado. Recurso conhecido e provido.” (RR-850/2004-021-12-40.0, 6ª Turma, Relator Ministro: Mauricio Godinho Delgado, DJ-12/06/2009).

Por outro lado, se essa demonstração não lograr êxito, ou seja, se a culpa da vítima não for a única causa do acontecimento do dano, deve o agente responder, nas hipóteses em que a lei preveja a sua responsabilidade objetiva fundada na teoria do risco²⁷³. É importante ressaltar ainda que a ruptura do nexos causal não tem a finalidade de, por si só, tornar impossível o cumprimento da obrigação, mas, dogmaticamente, a deixa inexigível frente ao suposto autor do dano.

Nesse ponto, diferentemente dos que até agora foram expostos, não se viu discussão a respeito da imprevisibilidade ou irresistibilidade, pois, faz-se necessário, apenas, se mostrar a ação ou omissão culposa da vítima foi realmente a responsável pelo advento do dano, devendo a culpa da vítima absorver a ação do agente, exonerando-o da responsabilização pelo resultado danoso, independentemente de ser ela (a vítima) capaz civilmente ou não.

3.8 – Acidentes de trabalho, doenças ocupacionais e o fenômeno da responsabilidade civil

Aqui na parte final desse capítulo iremos nos ocupar em definir a responsabilidade civil do empregador diante dos casos que envolvem acidentes do trabalho. Para tanto, faremos uma análise prévia do que se pode chamar de acidente do trabalho, informando a sua conceituação, a definição das suas espécies para que, logo após possamos investigar o fenômeno da responsabilidade civil do empregador.

A primeira noção que se esboça a respeito desse tema compreende a idéia de que o acidente é um fato que resulta do inter-relacionamento entre o patrão e o empregado,

²⁷³ VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil: responsabilidade civil, p. 51.

sendo anterior e independente de qualquer definição jurídica, diante da constatação de estar o risco ligado inseparavelmente a qualquer tipo de trabalho humano²⁷⁴.

Soma-se a isso a relação mantida entre o homem, a máquina, as técnicas, os procedimentos utilizados no desempenho de seus afazeres e o local de trabalho que produz uma espécie de intimidade, e, não raro, faz com que ele adote um comportamento descuidado, esquecendo-se o quanto tudo isso pode significar em termos de fatores que causam agressão à sua saúde e produzem um resultado nefasto, representado pelo acidente ou pela doença.

Em relação à responsabilidade civil, o direito do trabalho aparece como um ramo do direito em cujas delimitações a responsabilidade civil alcança seu máximo de desenvolvimento, já que, como vimos, é aí onde a proteção da personalidade adquire uma maior dimensão, tanto em razão da sua importância, tendo em vista o caráter pessoal, infungível e duradouro da relação de trabalho, como por ter sido objeto de uma garantia jurídica especial, fundada nos princípios da proteção do empregado e da continuidade da relação de emprego, com enfoque maior no princípio da dignidade humana, que constitui um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, reafirmado pelo artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal de 1988.

Foi, portanto, a transformação do Estado Liberal para o Estado Social que tomou corpo com a CF/88, que se introduziu no mundo jurídico uma nova tendência contextualizada numa sociedade livre, justa e solidária. E é justamente nesse ambiente de socialização do direito, de promoção da solidariedade, de releitura dos velhos conceitos jurídicos, antes influenciados pela cultura liberal, que o legislador constituinte introduz no ordenamento jurídico o direito do trabalhador a um seguro contra o acidente do trabalho a cargo do empregador, insculpido no artigo 7º, XXVIII da Constituição da República.

A lógica, portanto, do Estado Social e mais a frente o Estado Providência, é voltada à promoção do bem comum, à valorização da vida, da saúde e acima de tudo na salvaguarda da dignidade da pessoa humana. O modelo da solidariedade social deixa o campo moral para agregar-se à ordem jurídica, reconhecendo que do vínculo social advém a responsabilidade de uns para com os outros, cabendo ao Estado a promoção de todos os

²⁷⁴ COSTA, Hertz J. Acidentes do trabalho na atualidade. Porto Alegre: Síntese, 2003, p. 20.

valores que preservem a vida, na sua inteireza, independentemente da condição econômica ou da sorte de cada um.²⁷⁵

O contrato de trabalho, de acordo com o que mostramos no segundo capítulo, é caracterizado por ser de trato sucessivo, de atividade, com as prestações num repetir diário, ao longo do tempo, possibilitando o aparecimento de danos que tanto podem atingir o empregador, mas, também o empregado. A pessoalidade, a perenidade da relação, a sua infungibilidade, a sua subordinação, requisitos essenciais à configuração da pessoa do empregado (de acordo com o que dispõe o artigo 3º da CLT), acabam por permitir situações em que o obreiro pode ser alvo de situações tipicamente voltadas à responsabilização civil objetiva e subjetiva, podendo essas trazer repercussões em sua honra, dignidade, boa fama, ou mesmo na sua integridade física e psíquica, como nos casos de acidente de trabalho ou de doença profissional, que podem provocar deformações físicas ou estéticas na pessoa do trabalhador.

Na opinião de Jorge Luiz Souto Maior, “o tema da responsabilidade na ótica do direito social”²⁷⁶ adquire feição muito diversa daquela que lhe é conferida ao direito civil tradicional. Para ele, é muito importante entender isso, pois se trata de um elemento essencial da apreensão do que vem a ser o direito dentro de um contexto de Estado Social²⁷⁷.

A abordagem, portanto, da questão da responsabilidade do empregador reclama o enfoque a partir de uma relação jurídica trabalhista e do direito social que regula essa relação. Não se trata, pois, como veremos a seguir, de uma relação jurídica de natureza civil estritamente, sobre a qual pudesse incidir as normas de direito civil que regulam a responsabilidade por danos causados a outrem.

O dever do empregador de indenizar os seus empregados pelos danos causados à saúde destes, insere-se nos limites da relação jurídica trabalhista e decorre das disposições contidas no Direito Social.

²⁷⁵ SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. O direito do trabalho como instrumento de justiça social. São Paulo:LTR, 2000, p. 102.

²⁷⁶ Isso porque alguns doutrinadores consideram o direito do trabalho como um ramo do direito privado que tem vistas ao direito social, já que ele tem por base buscar o bem-estar e a justiça sociais nas relações laborais.

²⁷⁷ SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. O direito do trabalho como instrumento de justiça social, p 51.

O direito do trabalhador em ter indenizado um eventual dano causado à sua saúde em decorrência do acidente de trabalho²⁷⁸, quer reivindicado perante a instituição previdenciária, quer perante o empregador, decorre de legislação de índole estritamente social.

Assevera Jorge Luiz Souto Maior que “(...) quando o legislador quis tratar do acidente de trabalho, o fez expressamente, reconhecendo a sua especificidade. Em outras palavras; o legislador nacional sabe que existe um instituto jurídico que se denomina acidente de trabalho, cujo advento gera repercussões jurídicas próprias.”²⁷⁹

Por isso mesmo, logo aqui no início, afirmamos que não há no aspecto da interpretação lógica e sistêmica, querer enxergar na expressão “reparação civil” traduzida no inciso V, do artigo 206, § 3º do Código Civil, também, a indenização por acidentes do trabalho.

Da mesma maneira, a questão da responsabilidade do empregador, considerando-se a particularidade do acidente do trabalho, deve ser enfocada não sob os argumentos da doutrina clássica neoliberal extraída das disposições do Código Civil, mas também a partir de disposições contidas na legislação social que trata a respeito, ou seja, a constituição federal e as normas que tratam dos acidentes do trabalho. Isso significa que a questão da indenização devida em decorrência dos acidentes de trabalho não pode ser tratada a partir da aplicação das disposições contidas no artigo 186 do Código Civil, que fundamenta o dever de indenizar na conduta comissiva ou omissiva, voluntária, negligente ou imperita do agente que venha a causar dano ou lesar patrimônio de outrem.

Não se pode esquecer que a problemática que envolve a responsabilidade em matéria de saúde do trabalhador possui uma enorme dimensão social se relacionadas às questões atinentes às relações de direito civil. O que se procura buscar, aqui, é a preservação dos bens jurídicos essenciais à manutenção da dignidade da pessoa humana, tal como se ficou consagrado na nossa Constituição da República, de modo a enquadrá-la

²⁷⁸ O instituto jurídico do acidente de trabalho é tratado na Constituição Federal no artigo 7º, XXVIII; art. 109, I; art. 201, § 10; no ato das disposições transitórias, artigo 10, II, a; na Lei de Benefícios Previdenciários (Lei 8213/90) nos artigos 18; 19; 20 I, II, § 1º a, b, c, d, artigos 21 § 2º, e incisos I, II, a, b, c, d, artigo 22 § 1º e 2º, 3º e 4º; artigo 23; artigo 26, II; artigo 103, § único; artigo 104, I, II; artigo 118; artigo 119; artigo 120; artigo 121; artigo 129 § único. É também tratado na CLT, nos artigos 4º § único, artigos 30, 40 I, II e III; 133, IV; 155, II; 157 I, II; 163; 166; 184, sem esquecer da Lei 8112/90, artigo 40, §1º.

²⁷⁹ SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. O direito do trabalho como instrumento de justiça social, p. 52.

como o centro dos princípios fundamentais que garantem a existência de um Estado Democrático de Direito inserido na república federativa do Brasil.

Daí vê-se que o direito à vida, integridade física, saúde, e mesmo o direito ao trabalho constituem o rol de direitos fundamentais, necessários à preservação da dignidade da pessoa humana do trabalhador e que são tutelados pelo direito que cuida da responsabilidade por danos causados em decorrência do acidente de trabalho.

3.8.1- Acidentes do trabalho

Como se sabe, o acidente de trabalho é um gênero, do qual são espécies o acidente laboral em sentido estrito e as doenças ocupacionais. O primeiro deles é conhecido como acidente-tipo ou acidente típico, sendo normalmente um fato imprevisível, súbito, que atinge o trabalhador no seu ambiente de trabalho.

Já as doenças ocupacionais são divididas em doenças profissionais e doenças do trabalho e são vistas como eventos que vão atingindo a saúde do trabalhador com o passar do tempo, cujos sintomas de vez em quando são percebidos muito tempo depois de sua aquisição pelo organismo humano.

Para ficar clara a idéia de acidente de trabalho, resolvemos partir do conceito genérico de acidente e doença para então, encontramos o conceito de acidente de trabalho, sempre relacionando-o com o meio-ambiente do trabalho, a fim de caracterizar pormenorizadamente o acidente laboral e a doença do trabalho *lato-sensu*.

Na opinião de José Martins Catharino e Cláudio Brandão afirma-se que “o elemento caracterizador do conceito de acidente de trabalho está ligado à sua natureza súbita e imprevista, causando perda para a vítima”, ao passo que a doença é de formação não instantânea, distinguindo-se do acidente pela causa (critério etiológico) e pelo tempo (critério cronológico). De tal modo que a doença implica existência de um processo mais ou menos demorado e insidioso, de natureza patológica, havendo mediatismo entre a sua causa e seu efeito, surgindo de um processo que se desenvolve no tempo.²⁸⁰

²⁸⁰ BRANDÃO, Cláudio. Acidente de trabalho e responsabilidade civil do empregador. 2. ed., p. 115.

É por isso que se torna muito importante contarmos com o apoio da Medicina e em especial na Medicina do Trabalho para entender esse fenômeno que agora estudamos, uma vez que, na visão de Otávio Bueno Magano, alguns doutrinadores, desde o século passado, já preferiam a denominação de “infortúnio do trabalho”, ao invés de acidente de trabalho, em razão da infortunistica. Assim, segundo ele, o “acidente de trabalho é um evento verificado no exercício do trabalho de que resulte lesão corporal, perturbação funcional ou doença que cause a morte, a perda ou a redução, permanente ou temporária, da capacidade para o trabalho²⁸¹”.

Esse conceito corresponde ao conceito inserto no artigo 19 da Lei de Benefícios Previdenciários (Lei nº 8213/91), atual regulamentação da matéria, o qual tem permanecido o mesmo desde o advento da terceira lei acidentária aqui no Brasil, ou seja, o então Decreto-lei nº 7.036 de 10/11/1944.

Em relação à evolução histórica da legislação acidentária no Brasil, podemos afirmar que esta teve início com a edição do Decreto nº 3724/19 que foi tido como o primeiro diploma legal que tratava da proteção dos trabalhadores acidentados. A partir daí vários outros decretos sobrevieram, dentre eles, os decretos-leis nº 24.637/34 e o 7.036/44; as leis nº 5.316/67 e 6.367/76, sendo essa regulamentada pelo Decreto nº 3.048/1999, o qual foi alterado por decretos posteriores. O mesmo aconteceu com a Lei nº 8.213/91 que foi alterada pelas leis nº 9.032/95 e 9.528/97.

Ao estudar essa evolução legislativa, a doutrina afirma que a distinção entre o acidente e a doença, em seus conceitos genéricos, em relação ao acidente e à doença do trabalho está na especificidade de eles acontecerem no trabalho. Porém, é importante se estabelecer, mesmo assim, a distinção entre o acidente e a doença do trabalho, definindo cinco critérios para se justificar essa distinção. O primeiro deles, diferencia esses elementos quanto à origem, pois, o acidente é um fato anormal e repentino e a doença do trabalho é resultado de atividades que são normalmente desenvolvidas. O segundo, quanto à previsão, informa que o acidente se caracteriza por ser imprevisível, ao passo que a doença do trabalho aparece como uma mera fatalidade que poderia ser evitada pela simples utilização de meios de proteção existentes. O terceiro, quanto à natureza, indica que o acidente de trabalho é oriundo de causas externas, que podem ser mecânicas, físicas ou químicas, cuja

²⁸¹ MAGANO, Octavio Bueno. Lineamentos de infortunistica. São Paulo: Bushatsky, 1976, p. 37.

ação não se repete, e a doença ocupacional surge da ação reiterada de diversos agentes nocivos sobre o organismo humano. O quarto retrata o modo de manifestação, informando que o acidente ocorre de maneira violenta, em um momento qualquer do exercício da atividade, enquanto que a doença do trabalho é adquirida durante ou mesmo depois do exercício mais ou menos prolongado da atividade insalubre. Finalmente, o quinto traduz a determinação cronológica, ratificando que no acidente de trabalho é possível se assinalar a origem ou a data determinada da sua ocorrência de forma exata e na doença, todavia, não se pode, em regra, determinar precisamente uma data ou uma origem determinada, vez que a sua evolução é lenta e gradual²⁸².

Cláudio Brandão, fazendo uma análise dos artigos 19, 20 e 21 da Lei 8213/91, classifica o acidente de trabalho em várias espécies, dentre as quais: os acidentes tipo; as doenças-ocupacionais que compreendem as doenças profissionais, as doenças do trabalho e as doenças provenientes de contaminação acidental; os acidentes por equiparação que são os ocorridos fora do ambiente e do horário de trabalho, na execução de ordem ou na realização de serviço sob a autoridade do empregador, na prestação de serviço para evitar-lhe prejuízo ou proporcionar proveito, em viagem de serviço, em acidente de percurso, nos períodos de refeição e descanso e nos períodos em que o trabalhador estiver satisfazendo as necessidades fisiológicas²⁸³.

O acidente de trabalho típico, macrotrauma ou acidente em sentido estrito, previsto no artigo 19, caput, da Lei dos Benefícios, é definido como “o que ocorre pelo exercício do trabalho a serviço da empresa ou pelo exercício do trabalho dos segurados referidos no inciso VII do artigo 11 desta lei, provocando lesão corporal ou perturbação funcional que cause a morte ou a perda ou redução, permanente ou temporária, da capacidade para o trabalho.”

Está relacionado, pois, a um evento único imprevisto, e que ocorre subitamente, com consequências geralmente imediatas, podendo ser leves, graves ou até mesmo fatais. É um evento que não ocorre apenas na relação de emprego, podendo ocorrer também nas relações de trabalho, uma vez que os segurados que estão sendo mencionados no dispositivo acima são os segurados especiais, ou seja, o produtor, parceiro, meeiro,

²⁸² BRANDÃO, Cláudio. Acidente do trabalho e responsabilidade civil, p. 118-119.

²⁸³ BRANDÃO, Cláudio. Acidente do trabalho e responsabilidade civil, p. 119-120.

arrendatário rural, o garimpeiro, o pescador artesanal e o assemelhado, quer exerçam as suas atividades individualmente, quer o façam em regime de economia familiar, ainda que possam contar com o eventual auxílio de terceiros.

É nesse mesmo artigo que se podem ser extraídas as características do acidente do trabalho típico, dentre as quais podemos citar o evento danoso decorrente do exercício do trabalho a serviço da empresa que provoca lesão corporal ou perturbação funcional que, por sua vez, causa a morte, a perda ou a redução da capacidade para o trabalho²⁸⁴.

Octávio Bueno Magano²⁸⁵ caracteriza os acidentes típicos, quanto ao seu efeito, utilizando-se três critérios: o da exterioridade, o da subitaneidade e o da violência.

A exterioridade é tida como a causa que não diz respeito à constituição orgânica da vítima, tendo em mente que os acidentes normalmente são provocados por máquinas, ferramentas ou quaisquer outros instrumentos de trabalho que por ventura venham a ser utilizados. A doutrina ainda afirma a possibilidade do surgimento de causas que possam derivar do esforço do trabalhador, a exemplo das hérnias.

A subitaneidade está relacionada à rapidez do evento, mesmo não sendo necessário o aparecimento de forma instantânea da lesão no organismo humano. Assim, quando as lesões são produzidas pelo acidente de maneira imediata, pressupõe-se o nexo etiológico entre o acidente e a lesão, pois, caso contrário, esse mesmo nexo deverá ser provado.

Já a violência significa o fato que se exterioriza de modo material, como ocorre numa explosão ou numa queda, por exemplo. No entanto, o acidente pode, de maneira excepcional, ocorrer sem violência, como, por exemplo, num choque sonoro que venha provocar lesão no aparelho auditivo ou a inalação gradativa e lenta de gases ou vapores que sejam tóxicos.

A doutrina conclui, então, que para que ocorra o acidente típico são necessários o nexo de causalidade e a lesividade²⁸⁶. A lesividade informa que, para que se considere o evento acidente de trabalho, se faz necessário que o fato provoque lesão corporal ou

²⁸⁴ OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. Indenizações por acidente do trabalho ou doença ocupacional, p. 39.

²⁸⁵ MAGANO, Octávio Bueno. Lineamentos de infortunística, p. 31-32.

²⁸⁶ MONTEIRO, Antonio Lopes; BERTAGNI, Roberto Fleury de Souza. Acidentes do trabalho e doenças ocupacionais: conceito, processos de conhecimento e execução e suas questões polêmicas. 3º ed. atual. de acordo com o Código Civil de 2002, as normas sobre os precatórios e o novo FAP. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 14.

perturbação de qualquer das funções do organismo, e desde que provoque uma das consequências previstas na lei, ou seja, a morte, a perda ou redução da capacidade para o trabalho, tanto de forma permanente ou temporária. O acidente do trabalho deve, portanto, provocar danos à saúde do trabalhador. Magano em várias passagens das suas obras que aqui foram trazidas à baila, nomina as consequências do acidente de sinistro, que, para ele, seria a palavra adequada para identificar certas consequências, especialmente a lesão, já que nesse âmbito não está compreendida a morte²⁸⁷. Para ele, a lesão *lato sensu* está relacionada à lesão anatômica, a perturbação funcional e a doença. A primeira é aquela que provoca a alteração do corpo humano, não tendo maior relevância se externa ou interna, grave ou benigna, profunda ou superficial.

Já em relação às perturbações funcionais, ele afirma que essas constituem um reflexo fisicopatológico de lesões anatômicas ou histológicas, embora haja hipóteses em que elas se manifestam de modo independente, como ocorre em certas neuroses ou perturbações mentais²⁸⁸. Daí extraímos a conclusão de que é incontroverso que o acidente de trabalho deve provocar algum dano à saúde do trabalhador, dano esse que venha gerar alguma lesão corporal ou perturbação funcional. É essa a natureza dos danos que são considerados pelo legislador como capazes de configurar um acidente de trabalho típico. Nesse sentido, Cláudio Brandão afirma que não se pode deixar de reconhecer que o acidente de trabalho pode provocar no empregado danos tanto de ordem moral quanto de ordem estético, na medida em que o direito de proteção à saúde compreende a integridade psicofísica, não se restringindo aos limites físicos do corpo humano, podendo alcançar o mais íntimo de sua personalidade²⁸⁹.

Analisando, agora, a figura da lesão corporal, passaremos a vislumbrar que o sentido léxico da palavra “lesão” provém do latim *laesione* e significa, segundo o dicionário de Aurélio Buarque de Holanda²⁹⁰ contusão, pancada, dano, prejuízo, injúria, ultraje, ofensa. Na medicina, distingue-se a lesão orgânica, ou seja, aquela que apresenta alteração anatômica; da lesão funcional, na qual existe alteração da função, sem que se encontre alteração anatômica.

²⁸⁷ MAGANO, Octávio Bueno. Lineamentos de infortunistica, p. 35.

²⁸⁸ MAGANO, Octávio Bueno. Lineamentos de infortunistica. p. 36.

²⁸⁹ BRANDÃO, Cláudio. Acidente do trabalho e responsabilidade civil, p. 133.

²⁹⁰ FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. Novo Dicionário da Língua Portuguesa, p. 1023.

Do ponto de vista da medicina legal, “lesão é toda alteração anatômica ou funcional ocasionada por agentes traumatizantes externos ou internos”, devendo o direito assegurar a integridade do corpo humano no seu aspecto anatômico e funcional, determinando a punição das ações que perturbem a normalidade da estrutura física, funcional ou até mesmo a estrutura psíquica da pessoa²⁹¹.

No Brasil, o próprio Código Penal tipifica o crime de lesões corporais no artigo 129, segundo o qual aquela consiste em qualquer dano doloso ou culposo causado à integridade física ou fisiológica, inclusive psíquica de outra pessoa; e por isso mesmo, já na exposição de motivos desse mesmo código deixa límpido que a lesão é considerada como “todo e qualquer dano ocasionado à normalidade funcional do corpo humano, quer do ponto de vista anatômico, quer do ponto de vista fisiológico ou mental²⁹².” Daí constata-se que foi por esse motivo que o Código Penal, logo no Capítulo I, concluiu que a saúde é o mais completo estado de bem-estar físico e funcional da pessoa.

Por sua vez, a anatomia do corpo humano relaciona-se ao seu aspecto físico englobando a cabeça, o tronco, os membros, os órgãos, os aparelhos e os sistemas, sendo a fisiologia o estudo de toda essa funcionalidade que agrega o corpo humano, ou seja, todas as suas funções (respiratória, digestiva, reprodutora, locomotora, sensitiva, psíquica e de preensão, que é a que mais interessa aos trabalhadores, já que esses utilizam as suas mãos como ferramenta de trabalho quase sempre) e o funcionamento dos seus órgãos.

Oswaldo e Sílvia Optiz afirmam que a lesão é a mudança mórbida superveniente à continuidade dos órgãos, sua situação, suas relações, sua conformação, ou sua organização íntima, e toda lesão é orgânica quando atinge a constituição dos tecidos e dos órgãos, acarretando uma mudança anatômica. Em se tratando da perturbação, essa é também uma mudança do órgão para uma situação pior, mas não o atinge na sua anatomia, apenas na sua função peculiar. Assim, aparentemente o órgão é são, contudo, o exame se mostra ao contrário²⁹³.

Mozart Victor Russomano critica a distinção que se faz entre lesão corporal e perturbação funcional, pois, para ele, não há margem para se distinguir doença de

²⁹¹ PENNA, João Bosco. Lesões Corporais, p. 100.

²⁹² BRASIL. Código Penal e Constituição Federal. 13. ed. São Paulo:Saraiva, 2007, p. 24.

²⁹³ OPITZ, Oswaldo; OPITZ, Sílvia. Acidentes do trabalho e doenças profissionais. 3ª. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 355-356.

perturbação funcional, pois, independentemente da natureza da doença, ela sempre envolverá uma perturbação fisiológica²⁹⁴, o que, na nossa opinião, não merece razão, pois, pode ocorrer uma perturbação ou uma perda de função num organismo, sem mesmo que haja uma lesão aparente, como acontece nos casos mais comuns de perda da audição devido ao ruído.

Contudo, o que temos que vislumbrar é que, diante da ocorrência do acidente de trabalho, o que se espera e o que se busca proteger são as consequências que dele advêm, quais sejam: a morte (perda da personalidade civil e a consequente perda da existência da pessoa natural, é a cessação dos atos vitais); impossibilidade total de exercer toda e qualquer atividade laborativa, de maneira permanente (incapacidade total); incapacidade total de trabalhar durante um dado período (incapacidade temporária); redução parcial da capacidade para trabalhar, de forma permanente (incapacidade parcial) e, por fim, a necessidade de imprimir um maior esforço para o exercício da própria ou de outra profissão. Portanto, para que haja acidente de trabalho, a incapacidade laborativa tem que ser total e permanente, parcial e permanente, total e temporária, parcial e temporária, mesmo uma parte da doutrina criticando a possibilidade de enquadramento dessa última.

Para a seara previdenciária, a incapacidade para o trabalho é classificada de acordo com vários fatores, dentre os quais podemos citar: o grau de incapacidade, a duração e a profissão. Sendo assim, quanto ao grau de incapacidade, esta pode ser: parcial, quando o empregado mesmo podendo trabalhar sem que corra risco de morte ou um agravamento maior, tenha o seu ganho compatível com a percepção do salário próxima à que auferia antes do advento da doença ou acidente; ou total, quando houver a impossibilidade de permanência no trabalho, não se permitindo, dessa forma, que haja, pelo empregado, o alcance de uma média de rendimento alcançada pelos integrantes da sua categoria profissional em condições normais de trabalho.

Quanto à duração, a incapacidade poder ser: temporária, ou seja, aquela onde se pode esperar a recuperação do empregado, já que, para isso, existe um prazo previsível; e a indefinida ou permanente, onde se mostra insuscetível a recuperação num espaço de tempo

²⁹⁴ RUSSOMANO, Mozart Victor. Comentários à lei de acidentes do trabalho (arts. 01 a 44), v. I, 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: José Konfino, 1962, p. 17.

previsível, mesmo utilizando-se de todos os recursos da terapêutica e da reabilitação profissional disponíveis.

E quanto à profissão, a incapacidade pode ser uniprofissional, quando atingir apenas uma atividade específica; multiprofissional, quando vier a abranger diversas atividades profissionais e; omni-profissional, quando acarretar a impossibilidade total de desempenho de qualquer atividade laboral²⁹⁵.

Quanto ao nexo causal, nos acidentes de trabalho, e em outros fatos jurídicos, este constitui uma relação de causa e efeito entre o evento e o resultado, como vimos no início desse capítulo. Contudo, em relação aos acidentes laborais, no seu sentido mais técnico, não podemos entender como sinônimos o nexo causal e o nexo etiológico, como se vê corriqueiramente na doutrina. Isso ocorre, pois, o nexo causal é muito mais abrangente, já que inclui a concausalidade e casos de agravamento; ao passo que o nexo etiológico é donde se origina o dano laboral apenas, sendo, por esse aspecto, muito mais restrito. Não se pode esquecer ainda que, em relação à infortúnica, não são reparadas a lesão ou a doença, mas a incapacidade para o exercício do trabalho²⁹⁶.

Segundo Tupinambá Miguel de Castro do Nascimento, o nexo causal é um elemento que deve ser analisado diante do requisito de causalidade. Essa se faz presente quando se atesta que é do trabalho que se resulta o acidente e deste acidente decorre a lesão ou a perturbação funcional que provoque ou a redução da capacidade laborativa, ou a incapacidade para o trabalho ou até mesmo a morte. Isso faz concluir que, caso ocorra o acidente que não provoque lesão ou perturbação funcional, ou mesmo que provoque um desses, mas que não gere a redução da capacidade para o trabalho, a incapacidade ou a morte, então, não estamos diante de uma situação de acidente-tipo²⁹⁷. Nessas hipóteses examinadas, vislumbra-se uma causalidade direta entre o acidente e o trabalho, existindo, portanto, uma relação clara de causa e efeito.

²⁹⁵ BRANDÃO, Cláudio. Acidente do trabalho e responsabilidade civil, p.151.

²⁹⁶ MONTEIRO, Antonio Lopes; BERTAGNI, Roberto Fleury de Souza. Acidentes do trabalho e doenças ocupacionais: conceito, processos de conhecimento e execução e suas questões polêmicas. 3º ed. atual. de acordo com o Código Civil de 2002, as normas sobre os precatórios e o novo FAP. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 14-15.

²⁹⁷ NASCIMENTO, Tupinambá Miguel Castro do. Curso de Direito Infortúnico, p. 41.

Além dessas hipóteses, Tupinambá Nascimento²⁹⁸ ainda enumera outras relacionadas ao nexo causal indireto, que ocorre na execução de uma ordem ou na realização de um serviço “sob a autoridade da empresa”, ou ainda quando o empregado presta serviço espontaneamente à empresa para lhe evitar prejuízo ou lhe proporcionar proveito, segundo as disposições expressas do artigo 21 da Lei 8.213/91.

Para ele, em outras hipóteses, a lei previdenciária considera presente o nexo causal pelo simples fato de o acidente ter ocorrido no local e horário de trabalho, não havendo necessidade de que o infortúnio tenha etiologia ou desenvolvimento no exercício do labor. Nessas situações, afirma haver o nexo causal por ficção da lei, pela simples circunstância de o acidente ter ocorrido durante o curso da atividade laboral, estando todas essas situações elencadas no artigo 21, II, da supra mencionada lei, por não haver nenhum nexo etiológico com a prestação laboral em si, como ocorre em casos de agressão, sabotagem ou terrorismo praticado por um terceiro ou mesmo por um companheiro de trabalho; ou no ato da pessoa privada de razão e nas hipóteses de força maior²⁹⁹.

Diante do que aqui se expôs, ficou mais clara a distinção entre o nexo etiológico e o nexo causal, pois, mostramos que no primeiro verifica-se uma relação necessária entre o fato ocorrido no trabalho e as consequências previstas em lei, tal como a morte, a perda ou a redução da capacidade laborativa ao passo que se admite, em relação ao nexo causal, que este venha a ser indireto ou mesmo fictício. Assim, com base na doutrina³⁰⁰, ficamos mais tranquilos, nesse momento, em afirmar que o acidente-tipo propriamente dito é o resultante da causalidade direta, contudo, nos acidentes por equiparação, a causalidade é indireta, mas apenas por ficção de lei.

Importante notar que, em havendo dúvida a respeito da existência ou não do nexo-causal ou etiológico entre a atividade exercida pelo obreiro e a doença que lhe atinge, a jurisprudência, de forma bem ampla, trata da presunção do nexo causal na aplicação do princípio do “in dubio pro misero”.

Os acidentes de trabalho típicos acontecem, na maioria das vezes, tendo em vista as condições inseguras em que o trabalho é prestado, relacionadas, também ao

²⁹⁸ NASCIMENTO, Tupinambá Miguel Castro do. Curso de Direito Infortunistico, p. 42.

²⁹⁹ NASCIMENTO, Tupinambá Miguel Castro do. Curso de Direito Infortunistico, p. 43.

³⁰⁰ OLIVEIRA, José de. Acidentes do trabalho: teoria, prática, jurisprudência. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 24.

descumprimento das normas de proteção, sem contar que também podem advir de situações imprevisíveis, fatos extraordinários ou inevitáveis, como nas situações de caso fortuito ou força maior.

Na opinião de Raimundo Simão de Melo³⁰¹, a responsabilidade em caso de acidentes típicos é subjetiva, ensejando assim a prova de culpa do empregador para que possa ser então, responsabilizado pela reparação do dano sofrido pelo empregado, independente de ser ele um dano moral ou material. Contudo, ele excepciona aqui a responsabilização subjetiva apenas nos casos de degradação ambiental, atividades de risco³⁰² ou mesmo os acidentes decorrentes de ato ou fato de terceiro, sem esquecer dos danos que envolvam servidores públicos, já que, em todos esses eventos, deve-se atribuir a responsabilidade objetiva.

Em relação às doenças ocupacionais, essas compreendem tanto as espécies de doenças profissionais, como também as doenças do trabalho, de acordo com o artigo 20, I e II da Lei 8.213, que assim dispõe:

“Art. 20. Consideram-se acidente do trabalho, nos termos do artigo anterior, as seguintes entidades mórbidas:

³⁰¹ MELO, Raimundo Simão de. Direito Ambiental do trabalho e a saúde do trabalhador: responsabilidades legais, dano material, dano moral, dano estético, p. 274-275.

³⁰² **Ementa: RECURSO DE REVISTA. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL.** O Regional adotou tese explícita e fundamentada sobre todos os pontos argüidos pela reclamante, pelo que inexistiu negativa de prestação jurisdicional. **Recurso de Revista não conhecido. ACIDENTE DE TRABALHO. CULPA DO EMPREGADOR. TEORIA SUBJETIVA DO RISCO. TEORIA OBJETIVA.** No Direito Brasileiro, a responsabilidade indenizatória pressupõe a ocorrência concomitante do dano, do nexo causal e da culpa do empregador. Sem a conjugação de todos esses requisitos, não se há falar em responsabilidade. Regra geral, a análise dos pleitos relativos à indenização por danos morais e materiais se dá à luz da responsabilidade subjetiva, pois é imprescindível a comprovação da culpa do empregador. É o que se extrai da exegese dos arts. 186 e 927, *caput*, do Código Civil. Em se tratando de atividade empresarial que implique risco aos empregados, a responsabilidade é objetiva, isto é, independe de culpa do empregador, porquanto, em tais hipóteses, a exigência de que a vítima comprove erro na conduta do agente quase sempre inviabiliza a reparação. A responsabilidade objetiva tem lugar somente quando o risco é inerente à atividade desenvolvida, ou seja, quando há grande probabilidade de que ocorra o infortúnio. No caso em tela, o Regional registra que a prova dos autos não permitiu concluir que a atividade desenvolvida era de risco, nem que existiam riscos ambientais, descumprimento das normas reguladoras, ou utilização de equipamentos inadequados. Diante da não configuração da atividade risco, não há que se falar em responsabilidade objetiva, mas sim em responsabilidade subjetiva do empregador. Dessa forma, imprescindível a ocorrência da culpa empresarial para o surgimento do dever de indenizar que, entretanto, consoante o quadro expresso pelo Regional, não foi comprovada. **Recurso de Revista conhecido e não provido.**

Processo: RR - 11500-03.2002.5.24.0066 **Data de Julgamento:** 24/09/2008, **Relator Ministro:** Carlos Alberto Reis de Paula, 3ª Turma, **Data de Divulgação:** DEJT 24/10/2008.

Disponível em: < <http://aplicacao.tst.jus.br/consultaunificada2/#topoPage>>. Acesso em 03/04/2010.

I - doença profissional, assim entendida a produzida ou desencadeada pelo exercício do trabalho peculiar a determinada atividade e constante da respectiva relação elaborada pelo Ministério do Trabalho e da Previdência Social;

II - doença do trabalho, assim entendida a adquirida ou desencadeada em função de condições especiais em que o trabalho é realizado e com ele se relacione diretamente, constante da relação mencionada no inciso I."

As doenças profissionais, espécie das ocupacionais, conhecidas como "idiopatias" ou "doenças profissionais típicas" são aquelas desenvolvidas pelo exercício profissional peculiar a determinada atividade, ou seja, necessariamente decorrem do exercício de determinada profissão, não necessitando, para a sua configuração, de comprovação de nexo de causalidade com o trabalho desenvolvido, pois, já existe uma presunção legal de que ela decorre do efetivo exercício laboral. Decorrem de certos traumas que afetam cotidianamente as defesas do organismo, deixando-as vulneráveis e que, pelo efeito acumulativo, terminam deflagrando um processo mórbido.

Ela, portanto, é aquela causada pela própria atividade prestada pelo trabalhador, vez que no exercício de tal atividade se dá a atuação do poder patogênico que vai ser responsável pela intoxicação ou infecção do trabalhador. Isso decorre do fato que o obreiro desempenha a sua atividade envolvido por um fator patogênico que é peculiar ou próprio da atividade que ele exerce.

O exemplo mais comum dessa doença, que todas as doutrinas tratam é a silicose, doença própria daqueles que trabalham diretamente com mineração e estão por isso expostos ao pó de sílica, que ao longo do tempo vai se alojando nos pulmões de forma paulatina e progressiva, desencadeando a pneumoconiose, o saturnismo (doença causada pelo chumbo), higragismo (doença causada pela exposição ao mercúrio) e a asbestose (doença causada pelo asbesto ou amianto).

Nesse aspecto, Mozart Victor Russomano observa que, para serem caracterizadas como profissionais, essas doenças precisam conter algumas características patogênicas, ou seja, seus sintomas precisam ser idênticos, isto é devem aparecer em vários trabalhadores que se dediquem à mesma profissão, no mesmo estabelecimento ou mesmo em estabelecimentos distintos, o que facilita, sobremaneira, a definição do caráter profissional da doença; deve estar evidenciado que a doença tem como causa a atividade desenvolvida pelo trabalhador na empresa, seja em razão das condições do serviço, seja pelos métodos empregados, seja pelos materiais utilizados.

São exemplos de doenças profissionais as disfonias (ou seja, doenças relativas à voz, muito frequentemente desenvolvidas pelos professores, locutores, etc), as tenossinovites (que atingem os digitadores, principalmente, já que são lesões que afetam as mãos).

Nesses casos, a doutrina e a jurisprudência são mais convergentes no sentido de apontar a responsabilização objetiva do empregador, nas situações onde fiquem comprovadas as doenças profissionais, tendo em vista a própria presunção legal da responsabilidade baseada na teoria do risco-criado.

Agora, em relação às doenças do trabalho, também denominadas mesopatias, ou doenças profissionais atípicas, essas são aquelas desencadeadas em razão das condições especiais em que o trabalho é realizado e com ele se relacionam direta e imediatamente. Decorrem também de microtraumas acumulados ao longo do tempo, só que, com uma diferença, pois, por serem doenças atípicas, necessitam de comprovação do nexo de causalidade entre elas e o trabalho efetuado, o que se contata, porém, mediante vistorias no ambiente em que o empregado atua ou atuava, caso ele não esteja mais exercendo a função que exercia até o seu aparecimento. São várias as suas espécies, onde, a maior parte delas, podem não derivar do trabalho ou serem imediatamente dele decorrente, como por exemplo, a conhecida bronquite asmática, que pode atingir qualquer pessoa seja ela trabalhadora ou não, já que pode ter também, origem genética. Contudo, a depender das condições em que o trabalho é desenvolvido, o empregado pode adquirir essa doença, ocasião em que, o risco que era genérico, passou a ser considerado como risco específico indireto.

Em relação às condições especiais que são exigíveis para a sua configuração, podemos afirmar que se tratam, na verdade, de circunstâncias extrínsecas e não inerentes à atividade laboral, mas que na ocasião, envolvem o seu exercício. Isso acontece, por exemplo, com as varizes que aparecem nas pernas que podem ao longo do tempo ser adquiridas em razão dessas condições especiais em que o trabalho está ou estava sendo prestado, o que acontece, por exemplo, com as balconistas, atendentes, que passam a maior parte do tempo em pé, exercendo o seu labor.

Dessa forma, vemos que essas não são as condições específicas dessas atividades, mas são condições especiais relacionadas a determinadas pessoas e que,

portanto, precisam invariavelmente ser demonstradas. Há que se notar ainda, que, em se tratando das condições insalubres que possam ser alegadas, em razão da sua especialidade casual, necessitam da mesma forma de comprovação.

Uma das lesões de trabalho mais correntes é aquela que conhecemos por “LER” (Lesões por esforços repetitivos), termo que foi introduzido no Brasil pelo médico Mendes Ribeiro, em 1986. “LER” são doenças classificadas pelo Código Internacional de Doenças (CID) tratando-se de afecções que podem acometer os tendões, sinóvias, músculos, nervos, fásceas, ligamentos, isolada ou associadamente, com ou sem degeneração dos tecidos, atingindo na maior parte das vezes os membros superiores, região escapular e do pescoço, pelo uso contínuo, repetido e forçado de grupos musculares e postura inadequada, de acordo com o disposto na norma técnica do INSS de 1993. Elas foram reconhecidas como doença do trabalho no Brasil em 1987, por meio da portaria n. 4062 de 06/08/1987 do Ministério da Previdência Social e, atualmente, ocupam o ranking nas estatísticas das doenças ocupacionais notificadas à Previdência Social.

O INSS, devido a isso, editou uma instrução normativa INSS/DC n. 98, de 05/12/2003, aprovando uma nova norma técnica sobre Lesões por Esforços Repetitivos – LER – ou Distúrbios Osteomusculares Relacionados ao Trabalho – DORT³⁰³.

³⁰³ Entende-se LER/DORT como uma síndrome relacionada ao trabalho, caracterizada pela ocorrência de vários sintomas concomitantes ou não, tais como: dor, parestesia, sensação de peso, fadiga, de aparecimento insidioso, geralmente nos membros superiores, mas podendo acometer membros inferiores. Entidades neuro-ortopédicas definidas como tenossinovites, sinovites, compressões de nervos periféricos, síndromes miofaciais, que podem ser identificadas ou não. Frequentemente são causa de incapacidade laboral temporária ou permanente. São resultado da combinação da sobrecarga das estruturas anatômicas do sistema osteomuscular com a falta de tempo para sua recuperação. A sobrecarga pode ocorrer seja pela utilização excessiva de determinados grupos musculares em movimentos repetitivos com ou sem exigência de esforço localizado, seja pela permanência de segmentos do corpo em determinadas posições por tempo prolongado, particularmente quando essas posições exigem esforço ou resistência das estruturas músculo-esqueléticas contra a gravidade. A necessidade de concentração e atenção do trabalhador para realizar suas atividades e a tensão imposta pela organização do trabalho, são fatores que interferem de forma significativa para a ocorrência das LER/DORT. Disponível em: <http://www81.dataprev.gov.br/sislex/imagens/paginas/38/inss-dc/2003/anexos/IN-DC-98-ANEXO.htm>. Acesso em 25/01/2010. Importante ressaltar aqui que essas LER-DORT têm como fatores de risco as posturas inadequadas no trabalho e a carga osteomuscular, sendo essa influenciada pela repetitividade do uso da força, a duração da carga, o tipo de preensão, a postura do punho e o método de trabalho. Quanto à prevenção da LER-DORT, a Portaria n. 3751/90 estabelece que nas atividades onde existam sobrecarga muscular estática ou dinâmica do pescoço, ombros, dorso e membros superiores e inferiores, e a partir da análise ergonômica do trabalho, o sistema de avaliação e desempenho para efeito de remuneração e vantagens de qualquer espécie deveria levar em consideração as repercussões sobre a saúde do trabalhador. Também estabeleceu pausas para o descanso nas atividades de processamento de dados, limitando a 8.000 o número máximo de toques

O Decreto n. 3048/99 traz alguns anexos que estabelecem a tipicidade das doenças profissionais causadas por agentes patogênicos bem como tratam das doenças do trabalho, contudo, é bom que se deixe bem claro que essas relações onde estão contidas as doenças, têm apenas o caráter exemplificativo, o que se comprova pela simples leitura do artigo 20, § 2º da lei 8.213/91 que admite, em casos excepcionais, que algumas doenças que não estejam previstas expressamente na relação dos incisos I e II do referido artigo, poderão ser consideradas pela Previdência Social como acidente de trabalho, desde que resultem de condições especiais em que o trabalho tenha sido prestado ou a ele se relacione diretamente.

Nessas situações, necessário se faz a realização de duas perícias, para que se demonstre o nexo de causalidade entre a doença adquirida e as condições em que o trabalho foi prestado. A primeira delas deverá ser realizada no local de trabalho, de preferência, por um engenheiro do trabalho, que é a pessoa mais indicada por possuir aptidão técnica para a averiguação precisa das possíveis condições em que o trabalho está sendo realizado; e a segunda pelo médico que, na melhor das condições, deverá ser do trabalho.

Por fim, podemos classificar também como doença ocupacional aquela que seja proveniente de contaminação acidental do empregado no curso do exercício da sua atividade, de acordo com o que está disposto no artigo 21, III, da Lei 8.213/91. Essa está atrelada ao contágio, infecção ou até mesmo doença que seja adquirida pelo empregado de maneira imprevista, fortuita, casual, durante o tempo de execução das suas tarefas laborais, no local de seu trabalho e na sua jornada.

por hora e a cinco horas o tempo máximo efetivo de trabalho de entrada de dados na jornada de trabalho.

O ideal seria evitar o surgimento da LER-DORT, ou, ao menos, a adoção por parte das indústrias e empresas de um modo geral, de medidas preventivas contra esses males, identificando-se desde logo os fatores de risco presentes no meio-ambiente de cada empresa, analisando o modo de execução das tarefas, especialmente aquelas que envolvam esforços bruscos, movimentos repetitivos e posições forçadas por tempo prolongado. A Norma Regulamentadora n. 17 (NR 17) se faz importante nesse ponto, pois, será ela quem estabelecerá parâmetros que auxiliam sobremaneira a adaptação das condições de trabalho às características psicofisiológicas dos trabalhadores, com o intuito de lhes proporcionar conforto, segurança e um desempenho mais eficiente, reduzindo os riscos e restringindo os limites de responsabilização.

Alguns autores, a exemplo de Tupinambá de Castro³⁰⁴, consideram essa doença, uma “doença acidental”, sendo esse termo resultado da contaminação não voluntária por parte daquele que se contamina. Isso acontece com muito mais frequência do que se imagina. Suponhamos que algum empregado esteja acometido de uma doença infecto-contagiosa e que vai normalmente, trabalhar na empresa, e acaba gerando o contágio para os demais colegas de trabalho. É exatamente nesse caso que vislumbramos a exata adequação da hipótese fático-jurídica à previsão legal, podendo ser essa doença adquirida por qualquer trabalhador, como acabamos de demonstrar, derrubando o mito que existia, onde se afirmava ser essa doença exclusivamente atribuída aos médicos e profissionais de saúde, como estava disposto no artigo 2º, § 1º da Lei 6367/76.

Em caso de ocorrência dessas doenças ocupacionais, cabe ao empregador emitir a Comunicação de Acidente de Trabalho (CAT), encaminhando o trabalhador à previdência social para o estabelecimento do nexos causal, quando necessário, avaliação de incapacidade e definição da conduta previdenciária em relação ao trabalho, em todos os casos em que se verifiquem alterações que revelem qualquer tipo de disfunção de órgão ou sistema biológico, mesmo sem sintomatologia com diagnóstico firmado de doença profissional ou do trabalho, nos termos do artigo 169 da CLT e da NR-7, da Portaria n. 3.214/78. Consequentemente tem o empregado o direito de exigir a emissão da CAT nesses casos, cuja emissão evidentemente, não caracteriza confissão da responsabilidade por parte da empresa.

Para as hipóteses de doenças ocupacionais, o dia do acidente deve corresponder à data do início da incapacidade laborativa para o exercício da atividade habitual ou do dia do diagnóstico, o que for realizado primeiro, de acordo com o artigo 23 da Lei 8213/91.

A recusa da emissão do CAT importará, além das infrações administrativas, na responsabilidade do empregador pelos danos materiais decorrentes da omissão até a regularização da concessão do benefício previdenciário, independentemente dos danos morais infligidos, ainda mais quando a recusa da comunicação for decorrente da falta de anotação da carteira de trabalho³⁰⁵.

³⁰⁴ NASCIMENTO, Tupinambá Miguel Castro do. Curso de Direito Infortúnico, p. 60.

³⁰⁵ Existe no Brasil uma cruel realidade, ou seja, o grande número de subnotificações dos acidentes de trabalho. Por isso, se faz urgente a adoção de uma política governamental dirigida à fiscalização das empresas no que tange à notificação das doenças ocupacionais, porque as doenças ao trabalho têm sido consideradas

Note-se, ainda, que o próprio acidentado, os seus dependentes, o médico-assistente, o sindicato da categoria profissional ou qualquer autoridade pública poderá emitir a CAT, mesmo após vencido o prazo da comunicação do acidente.

No RO – 1627-2006-247-01-00-6 apreciado pela 6ª Turma do TRT da 1ª Região, apurou-se que a operadora de telemarketing não percebeu auxílio-acidentário em nenhum momento, vindo a ser impedida de perceber benefício previdenciário em virtude da dispensa arbitrariamente efetuada, apesar da constatação de que sofria de doença profissional. Comprovada nos autos a doença profissional e a sua relação com as funções desempenhadas e em seu trabalho, configurado restou o dano alegado. Decidiu-se, então, que mesmo que houvesse a percepção da indenização acidentária, decorrente do seguro previdenciário e assim da responsabilidade objetiva, ela não excluiria a reparação pelas sequelas causadas ao empregado por culpa ou dolo do empregador, bem como o nexo causal entre este e a lesão extrapatrimonial que, nesse caso, se configurou com a dispensa arbitrária. Foi deferida a indenização pretendida³⁰⁶.

A lei 8213/91, contudo, excluiu do rol das doenças ocupacionais as chamadas doenças degenerativas, as doenças inerentes a um determinado grupo etário, a doença que não produz incapacidade e a doença endêmica, as quais, iremos elucidar a partir desse momento.

Doenças degenerativas são aquelas causadas pelo desgaste normal do corpo humano, a não ser que a doença tenha se agravado em razão de condições especiais em que o trabalho foi prestado, ou mesmo tenha ocorrido um agravamento pós-traumático, onde poderão ser enquadradas como hipóteses de doenças ocupacionais. Contudo, deixe-se claro que a doença degenerativa não se constitui uma doença ocupacional em razão da não existência de nexo causal com o trabalho prestado, já que advém de uma causa natural, como comumente se vê com os problemas de coluna, como são popularmente conhecidos. Mas, cabe ainda aqui uma ressalva: se a doença degenerativa se encontrava em estágio inicial e não incapacitante e só vem mesmo a manifestar-se após uma causa-trabalho, então,

como doenças comuns, criando obstáculo à verificação dos reais números daquela espécie de doença. Isso se deve ao grande número que empresas que não cumprem com efetividade as normas de proteção à saúde dos trabalhadores, sem contar que ainda descumprem sua obrigação legal de notificar a ocorrência de acidentes do trabalho típicos e doenças ocupacionais aos órgãos competentes.

³⁰⁶ BELMONTE, Alexandre Agra. Curso de Responsabilidade Trabalhista: danos morais e patrimoniais na relação de trabalho, p. 175-176.

podemos falar na existência de concausa preexistente, que não excluirá a responsabilidade do empregador diante dos possíveis danos que venham a ser suportados pelo empregado, como mostraremos em seguida.

As doenças inerentes ao grupo etário são aquelas que têm como causa a idade do obreiro, não apresentando qualquer relação de causalidade com o trabalho em si mesmo, não sendo, por essa simples razão, consideradas como doenças ocupacionais. São exemplos dessa espécie os reumatismos, a catarata ocular.

As doenças que não produzem incapacidade são, por razões mais que óbvias, excluídas do rol das doenças ocupacionais, já que, para que sejam as doenças enquadradas como tal, elas têm obrigatoriamente que produzir, mesmo que em caráter temporário apenas, incapacidade para o exercício da atividade laborativa. Porém, nesse sentido, a doutrina tem levantado alguns questionamentos, pois, para efeito de responsabilização pelo empregador, não há necessidade no afastamento de afastamento do trabalho para a configuração do acidente, fazendo isso com que se teçam ferrenhas críticas ao conceito legal de acidente de trabalho adotado pela lei de benefícios previdenciários.

Finalmente, por doença endêmica, a última presente no rol das excluídas do elenco das doenças ocupacionais, entende-se aquela que é própria de um determinado local ou região, onde lá se desenvolve de forma constante. Todavia, a doença endêmica poderá ser considerada como ocupacional se for ela resultado da exposição ou do contato direto que alguém venha a desenvolver em razão das peculiaridades do trabalho, como por exemplo, o caso de um pesquisador da Universidade de São Paulo que tenha ido à Amazônia em busca de alguns dados para sua pesquisa e lá tenha adquirido a malária. Nesse caso, é claro que teremos que incluir essa especificidade no rol das doenças ocupacionais, na modalidade de doenças do trabalho, pois, caso contrário, isso se mostraria um absurdo.

Outro ponto bastante importante dessa pesquisa retrata os acidentes de trabalho por equiparação, pois, apesar de só terem relação indireta com a atividade desenvolvida pelo trabalhador, merecem destaque em razão, principalmente das concausas, que além de serem bastante complexas, aparecem com frequência em nossos tribunais.

Desde 1944, no Decreto-lei n. 7036/44, no seu artigo 21, inciso I, ou seja, a terceira lei de acidentes de trabalho do Brasil que o direito pátrio acolheu o princípio da

concausalidade, também conhecido como princípio da equivalência das condições ou dos antecedentes para a sua realidade.

Nos dias de hoje, coincidentemente, essa figura encontra-se respaldada no também artigo 21, inciso I, da Lei 8213/91, o qual também equipara varias situações ao acidente de trabalho, como logo veremos. De acordo com a exegese que fizemos desse artigo, o acidente por equiparação é o acidente ligado ao trabalho que, embora não tenha sido sua causa única, tenha contribuído diretamente para a morte do segurado, para a redução ou a perda da sua capacidade para o trabalho, ou mesmo tenha produzido lesão que exija atenção médica para a sua recuperação. Dai, o que se constata é que a própria lei literalmente reconhece que nem sempre o acidente se mostra como causa exclusiva e única de uma doença ou de uma lesão, pois, poderá também ser decorrente da conjugação de outros fatores os quais chamamos de concausas.

Na opinião de Tupinambá Miguel Castro do Nascimento, concausalidade:

“nada mais é que a aceitação de que, na ocorrência acidentária, podem concorrer uma causa vinculada ao trabalho e outras tantas sem qualquer relação com a atividade laboral, denominadas concausas. A concausalidade, portanto, é a circunstância independente do acidente e que à causa deste se soma para dar o resultado danoso final.”³⁰⁷

Isso nos dá aporte, portanto, para entender as concausas como fatores externos que atuam sempre na extensão dos danos. Sem esquecer aqui, é claro, de afirmar que quando qualquer das concausas concorrer para o acidente, o empregador será responsável na medida da sua participação, como iremos analisar nesse momento, só ficando ele eximido da sua responsabilidade quando uma causa totalmente estranha, pela qual não responda o empregador, tenha interferido na cadeia causal.

Miguel Augusto Gonçalves de Sousa³⁰⁸ classifica as concausas em três categorias: as preexistentes, as simultâneas e as supervenientes.

Em relação a concausa preexistente, ele afirma que esta seria a que já existia em estado latente e foi despertada ou agravada em razão do acidente, devendo, para a sua caracterização, estar conjugada a dois fatores, ou seja: a incapacidade de o acidente ter, sozinho, ocasionado a morte, lesão ou doença do trabalhador; a conjugação das condições

³⁰⁷ NASCIMENTO, Tupinambá Miguel Castro do. Curso de Direito Infortunistico, p. 45.

³⁰⁸ SOUSA, Miguel Augusto Gonçalves de. Acidentes do trabalho, p. 35-36.

personalíssimas da vítima com o acidente para determinar as consequências danosas à integridade física do trabalhador. O supramencionado autor exemplifica essa situação com o caso do empregado que se revela portador de hérnia inguinal após a prática de determinado esforço no exercício do seu trabalho na empresa. E ainda esclarece que embora os exames médicos posteriores pudessem revelar que a hérnia seria decorrente de uma predisposição mórbida da vítima, mesmo assim estar-se-ia diante de um evento indenizável, ou seja, um acidente de trabalho, já que o labor contribuiu, ainda que minimamente, para a manifestação da doença. Como exemplo podemos citar o do empregado que, já sendo portador de diabetes, sofre um ferimento grave no seu trabalho e daí vem a falecer em razão de uma infecção generalizada.

Sendo assim, será essa contribuição mínima do infortúnio para que a doença congênita se revele ou se agrave, que impulsionará a responsabilização civil do empregador, através da presunção de culpa, ficando apenas isento caso consiga comprovar a inexistência de qualquer relação de causa e efeito entre o fato e a doença.

Importante ressaltar que, uma vez demonstrado por perícia técnica que o empregado adquiriu a doença do trabalho por causa das condições especiais em que o seu trabalho era prestado, não poderá o empregador alegar que, pelo pequeno período de prestação dos serviços, a doença não foi adquirida em sua empresa, mas em empregos anteriores, mormente quando o trabalhador tenha sempre desempenhado funções para as quais foi contratado. Isso acontece frequentemente com os cortadores de cana, que têm adquirido doenças ocupacionais em razão de esforços repetitivos ou mesmo problemas atrelados à postura.

Isso chama a atenção para a necessidade por parte da empresa em relação à rigidez dos exames admissionais, pois, eles já poderiam constatar que o trabalhador era portador de alguma doença relacionada ao trabalho, mesmo antes de ele ter ingressado na empresa. Daí, se assim não o fez, ou mesmo que quando da realização dos exames, se tenha contratado profissional não diligente, a ponto de este atestar a aptidão do trabalhador para o exercício laboral, não poderá mais tarde o empregador alegar que a doença não foi adquirida em seu estabelecimento, pois, logicamente, ai existe uma presunção, já que, se o trabalhador quando contratado foi considerado apto e tempos mais tarde ele venha a ser

surpreendido por alguma doença, mesmo que congênita, e que isso venha afetar a sua capacidade laborativa, claro estará o vínculo (doença) com o trabalho até então executado.

Em relação a concausa simultânea, podemos defini-la como aquela que ocorre paralelamente ao acidente propriamente dito e contribui decisivamente para suas consequências. Exemplo comum na doutrina é aquele que retrata o caso do vigia noturno de uma empresa que surpreende determinada pessoa entrando no seu recinto e por isso passa a persegui-la. Tentando sobrepor um obstáculo, cai e causa o disparo no deu revólver, vindo a falecer em seguida. Nessa situação, também não há como fugir da responsabilização o empregador.

Finalmente, em relação à concausa superveniente, esta é toda aquela que dá origem a complicações e agravamentos no estado da vítima, no decorrer da evolução da lesão provocada pelo acidente, desde que não sejam resultantes de atos voluntários do próprio acidentado. Como exemplo, podemos citar a ocorrência de complicações médicas no curso do período de tratamento em razão de erros de diagnóstico, imperícia, ou outras causas.

Para Cláudio Brandão, nessas hipóteses não se aplicam as regras da responsabilização objetiva do empregador, pois, a ele não se devem atrelar os riscos da atividade, já que, da mesma forma que acontecerá com os acidentes por equiparação como no caso dos apresentados em viagens a trabalho, aqui não se firma a presença do nexos causal, já que as causas são todas estranhas ao trabalho.

Continuando esse estudo, o inciso II do artigo 21 da Lei de Benefícios Previdenciários afirma que também podem ser equiparados ao acidente de trabalho, o acidente sofrido pelo segurado no local e no horário do trabalho em razão de várias consequências.

A primeira delas quando for resultante de um ato de agressão, sabotagem ou terrorismo praticado ou por terceiro ou por companheiro de trabalho. Nesse caso, o que ocorre é uma agressão à integridade física praticada por qualquer pessoa estranha ao ambiente de trabalho, mas durante a sua realização, ou ainda, pode ser praticada por um colega de trabalho. Esse mesmo também pode se configurar no caso de sabotagem, através da danificação proposital de máquinas, ferramentas, utensílios, matéria-prima, processo de fabricação, com o objetivo de provocar a interrupção dos serviços da empresa. Por fim,

pode ainda ocorrer o terrorismo que supõe o emprego de violência para a imposição da vontade de uma pessoa ou de um determinado grupo, a fim de atender alguns fins políticos determinados.

A segunda retrata a hipótese de ofensa física intencional, inclusive partindo de terceiro, por motivo de disputa relacionada com o trabalho. Exatamente nesse caso, a ofensa física é praticada de modo intencional, doloso, e é motivada por alguma disputa relacionada a algum aspecto do trabalho, podendo servir de exemplos as rixas internas, as disputas por determinados postos de trabalho, as rivalidades e insatisfações decorrentes de promoções ou punições sofridas respectivamente, etc. É mesmo dessa ofensa física que pode advir a morte do trabalhador. Isso pode ser exemplificado quando, por exemplo, um empregado, descontente com uma severa punição disciplinar aplicada pelo seu chefe, desfere-lhe vários tiros, dentro da empresa, vindo acarretar-lhe a morte.

O terceiro retrata o ato de imprudência, negligência ou imperícia de terceiro ou de companheiro do trabalho. É nessa parte onde se vislumbram as situações de acidentes de trabalho causados por culpa de terceiros ou mesmo de companheiro de trabalho, já que, por disposição expressa de lei, os atos deverão ser praticados com negligência, imprudência ou imperícia. A culpa, aqui, se encaixa na hipótese de ausência de observância de um dever preexistente, podendo dar-se em razão da violação do dever de cuidado, de diligência, ou mesmo em resultado da omissão de regras básicas relativas à segurança e medicina do trabalho.

O quarto acusa o ato de pessoa privada do uso da razão. Aqui, por motivos mais que óbvios, não podemos confundir a inimputabilidade do sujeito agressor com a responsabilização do empregador em razão desse ato de agressão ter advindo de um sujeito desprovido de razão. O fato de este não ter capacidade para responder pelos seus atos não exonera o tomador de serviços da responsabilidade pela reparação dos danos que aquele veio causar a um empregado seu, dentro de um ambiente de trabalho. Está clara, então, a idéia de acidente por equiparação.

Por fim, o quinto e último trabalha com a hipótese de desabamento, inundação, incêndio ou outros casos fortuitos ou decorrentes de força maior. Aqui nesses casos, o acidente é provocado pela ação de forças extraordinárias, que, segundo uma boa parte da doutrina, são imprevisíveis e causam lesão ou perturbação funcional.

Cláudio Brandão³⁰⁹, autor supramencionado, mantém também, nessas hipóteses o seu posicionamento, não se lhes aplicando as regras da responsabilização objetiva do empregador, pois, como já dissemos lá atrás, a ele (o empregador) não se devem atrelar os riscos, por não estar constituído ainda o nexo causal.

Além desses acidentes por equiparação ocorridos dentro do ambiente e em local de trabalho, existem aqueles que acontecem fora do seu local e do seu ambiente. Primeiramente, podem ocorrer na execução da ordem ou na realização de um serviço sob a autoridade da empresa. Aqui, duas situações se fazem presentes. Uma retrata a situação de quando o empregado se acha cumprindo as ordens do empregador, não importando se isso ocorre em uma sobrojornada, desde que a atividade não seja relacionada às suas tarefas habituais. Como exemplo, podemos delinear o fato de o trabalhador receber uma ordem do seu chefe para fazer a entrega de alguns convites de casamento seus, nas respectivas residências dos seus convidados, fora da jornada de trabalho e durante esse percurso, ele vem a sofrer um acidente. A outra se refere à hipótese de estar o empregado realizando um serviço sob a autoridade do seu empregador, independente da natureza que esta venha a apresentar, sendo que deverá ser ele distinto daquele que ele corriqueiramente exerce, e quando então, se vê surpreendido por um acidente. Pode acontecer quando, por exemplo, um professor recebe uma ordem do seu chefe para se dirigir a uma gráfica, depois do expediente, para reproduzir os materiais para a realização de uma feira literária, e, nesse intervalo, sofre um acidente. Hipóteses claras de acidente de trabalho por equiparação.

Pode ocorrer ainda na prestação espontânea de qualquer serviço à empresa para lhe evitar prejuízo ou proporcionar qualquer proveito. Nesse caso, não existe nenhuma determinação do empregador para que o serviço seja prestado, mas o empregado o presta de forma espontânea, apenas com a intenção de ajudar a empresa em que trabalha, seja por querer evitar que a empresa tenha algum prejuízo, ou seja, para garantir-lhe qualquer proveito. Nesse caso, fazendo referência à teoria da responsabilização civil, a responsabilidade do empregador poderia ser aplicada com base na teoria do risco-proveito, já que se ele está obtendo algum proveito da atividade graciosa do empregador, deverá, também, objetivamente suportar todos os prejuízos que possam a ele atingir. Acontece quando, por exemplo, o empregado vê no telejornal que a sua empresa está sofrendo um

³⁰⁹ BRANDÃO, Cláudio, Acidente do trabalho e responsabilização civil do empregador, p. 317-319.

incêndio e ele, imediatamente para lá se dirige, com o fim de tentar salvar alguns documentos que estão na empresa, evitando prejuízos ainda maiores.

Outro exemplo bastante comum é aquele que retrata o caso de viagem realizada a serviço da empresa, mesmo na hipótese de estudo quando financiado por ela, dentro de seus planos para melhor capacitação da mão-de-obra, independentemente do meio de locomoção utilizado, mesmo sendo o veículo de propriedade do segurado. O que se destaca aqui é a natureza do deslocamento empreendido pelo empregado, tendo em vista que deve estar em viagem de serviço excepcional, ou seja, o serviço que não constitua o seu modo habitual de prestação laboral. Isso se dá porque, em se tratando de acidente ocorrido no trabalho que é normalmente executado em atividades externas como, por exemplo, um representante comercial que viaja constantemente, atribui-se a responsabilidade objetiva ao empreendedor. Nesse último caso, pois, o que acontece é um acidente-tipo e não um acidente por equiparação.

Na hipótese de acidente quando o empregado encontra-se em viagem a serviço da empresa, afirma o autor Cláudio Brandão³¹⁰ que não se atribui responsabilidade objetiva, por não estar presente o nexo de causalidade com a atividade normalmente exercida pelo empregado, sem contar com o fato de que esses riscos aqui tratados são provenientes de fatores externos ao ambiente de trabalho.

Finalmente, pode ainda ocorrer o acidente no percurso da residência para o local de trabalho ou deste para aquela, qualquer que seja o meio de locomoção, inclusive veículo de propriedade do segurado. É o que a doutrina chama de acidente *in itinere* ou acidente de trajeto, o que ocorre no percurso da residência para o trabalho e vice-versa. Afirma a doutrina que há necessidade de averiguação do nexo indireto com o trabalho, o que exige a análise das circunstâncias em que se deu o acidente, pois, para que seja considerado acidente de trabalho, mister que tenha ocorrido durante o trajeto que é rotineiramente cumprido pelo empregado, no deslocamento até a empresa, admitindo-se, porém, rápidos e pequenos desvios, como por exemplo, uma parada a um supermercado para a compra de produtos.

Aqui, encontramos alguns casos interessantes, como o de uma viúva de um superintendente de banco, morto em 1993 durante uma viagem a serviço, em acidente

³¹⁰ BRANDÃO, Cláudio, Acidente do trabalho e responsabilização civil do empregador, p. 268 e 309-311.

aéreo. A mesma, por afirmar que a pensão acidentária que recebia da Previdência Social não dispensaria o banco do pagamento de uma indenização civil a qual teria direito o empregado. O banco, todavia, contestou o pedido, afirmando que a responsabilidade seria exclusivamente da companhia aérea. O juízo de primeiro grau negou o pedido do banco para encaminhar a ação contra a empresa aérea e acolheu o pedido da viúva determinando ao Itaú o pagamento de uma pensão mensal à família do falecido empregado. O banco apelou, mas, o Tribunal de Justiça da Paraíba manteve a sentença, entendendo que é objetiva a responsabilidade decorrente do acidente de trabalho, baseada na idéia do risco. Ocorrido o acidente, havendo o nexo causal entre o dano e o trabalho, responsável será o empregador, independentemente da averiguação da culpa da vítima. O banco, então, recorreu ao STJ, que, por sua vez entendeu que o empregador não teve nenhuma responsabilidade no evento e que o fato da viagem ter sido a serviço não constitui responsabilidade objetiva em relação ao empregador e nem estabelece a presunção de culpa do banco. Dessa decisão, não corroboramos.

Em outro caso, ficou apurada a responsabilidade civil do empregador em morte ocorrida em acidente de trajeto. O empregador fornecia ao empregado para os deslocamentos casa-trabalho e vice versa, transporte na caçamba de uma picape VW Saveiro. Em decorrência de acidente provocado pelo motorista que conduzia o veículo em excesso de velocidade, veio o automóvel a capotar, resultando na morte do empregado. Ficou, então, decidida a responsabilidade civil da empresa pelo acidente do trabalho causado por ato de preposto (culpa *in eligendo*), agravada pelas condições do transporte³¹¹.

Em outro caso, apurou-se que um ex empregado de um grande banco esteve reunido com o empregador até às dezenove horas, ou seja, além do horário regular do expediente, vindo a ser assaltado e morto quando chegava à sua residência. Caracterizado ficou o acidente de trabalho, ocorrido *in itinere*, mas não a responsabilização do empregador pretendida pela família, quer por ausência de culpa do ex-empregador, quer porque a atividade desempenhada não era de risco. (RO 6-2006-069-01-00-6)³¹².

Já o acidente ocorrido em veículo da empresa, tomado pelo empregado junto a outro a título de carona, ainda que venha caracterizar acidente do trabalho, elimina a

³¹¹ BELMONTE, Alexandre Agra. Curso de Responsabilidade Trabalhista, p. 174-175.

³¹² BELMONTE, Alexandre Agra. Curso de Responsabilidade Trabalhista, p.175

responsabilidade do empregador, por não se tratar de transporte por ele fornecido e sim de transporte escolhido pelo empregado por sua conta e risco. Essa conclusão também não nos parece acertada!

Finalmente, também são considerados acidentes de trabalho por equiparação os ocorridos “nos períodos destinados à refeição ou descanso, ou por ocasião da satisfação de outras necessidades fisiológicas, no local do trabalho ou durante este”, tendo em vista que nesse intervalo de tempo o empregado é considerado no exercício do trabalho, conforme o disposto no artigo 21, § 1º da Lei de Benefícios da Previdência Social. A única condição que aqui se exige é a ocorrência do acidente no local de trabalho, ou seja, no estabelecimento empresarial ou durante o expediente de trabalho. Se o obreiro, mesmo estando no intervalo intrajornada, sofre um acidente dentro do estacionamento, quando, por exemplo, está fazendo uma refeição no restaurante da empresa, considera-se tal acidente como de trabalho. A doutrina ainda admite a configuração do acidente mesmo que a necessidade fisiológica esteja sendo satisfeita fora do local de trabalho, porém, dentro do horário de expediente.

Não há dúvida, portanto, de que a ocorrência cada vez maior de doenças derivadas de esforços repetitivos se deve à transformação do trabalho e das empresas ocorrida na segunda metade do século passado. E, tudo isso ainda veio atrelado à crescente competitividade do mercado o que fez com que as empresas passassem a cada vez mais exigir metas e uma incomensurável produtividade, levando os empregados a trabalhar desmedidamente, sobrepondo os seus próprios limites.

3.8.2- Breve histórico da proteção acidentária nas Constituições do Brasil e a análise dos artigos 7º, XXVIII e o artigo 225, § 3º da CF/88.

Aqui, vamos fazer uma breve digressão histórica sobre os acidentes do trabalho.

Começando pela nossa primeira constituição, datada de 1824, em pleno período imperial, nela não existia qualquer dispositivo sobre seguro contra acidente de trabalho, assim como aconteceu na Carta de 1891, própria do período republicano.

A Constituição de 1934 previa a competência da União para legislar sobre a assistência social e normas referentes ao trabalho, respectivamente, no seu artigo 5º, XIX, “c” e “i”, dispondo, no seu artigo 1º, II, que a União e Estados deveriam tratar da saúde e

assistência públicas. O artigo 121, § 1º, “h” previa, entre os direitos sociais, “previdência, mediante contribuição igual da União, do empregador e do empregado, a favor, da velhice, da invalidez, da maternidade e nos casos de acidentes do trabalho ou de morte”. Segundo o parágrafo 8º do mesmo artigo, a indenização nos casos de acidentes do trabalho “em obras públicas da União, dos Estados e dos Municípios” seria feita em folha de pagamento no prazo de 15 dias após a publicação da sentença judicial.

Também a Carta de 1937 previu direitos sociais. O artigo 137, “m” dispôs sobre o seguro velhice, invalidez e seguro de vida nos casos de acidentes do trabalho. Seguiu-se a essa constituição a de 1946, cujo artigo 158, XVII, previu a “obrigatoriedade da instituição do seguro pelo empregador contra os acidentes do trabalho”. A Carta de 1946 previu a proteção do trabalhador em caso de doença, velhice, maternidade, acidente e morte, por meio da contribuição do empregador, empregado e da União. Conforme ensinamento de José Luiz Dias Campos³¹³, até 1967, vigorou o regime de responsabilidade objetiva. A indenização, a cargo do empregador, era tarifada. Somente a partir de 1967 é que o seguro passa a ser feito por intermédio do INPS.

Em 1967 foi promulgada a nova constituição, desta feita, sob o regime militar. O artigo 158, inserido no capítulo destinado à “Ordem Econômica e Social”, dispôs sobre os direitos de “higiene e segurança do trabalho” (IX), bem como “seguro obrigatório contra os acidentes do trabalho” (XVII). A Carta de 1967 foi modificada pela Emenda Constitucional n. 01/69. Na Emenda, as questões relativas à “Ordem Social e Econômica” passaram a ser tratadas nos artigos 160 a 174. O artigo 165, que dispunha sobre os direitos dos trabalhadores, previu no seu inciso XVI “previdência social nos casos de doença, velhice, invalidez e morte, seguro-desemprego, seguro contra acidentes do trabalho e proteção da maternidade, mediante contribuição da União, do empregador e do empregado”, a significar que o pagamento do seguro contra o acidente do trabalho estaria a cargo da previdência social.

A Constituição de 1988 inovou, na medida em que, além de prever a responsabilidade do empregador pelo seguro contra acidentes do trabalho, tratou também da responsabilidade civil do empregador. A responsabilidade civil do empregador, portanto, tem supedâneo constitucional:

³¹³ CAMPOS, José Luiz Dias e CAMPOS, Adelina Bitelli. Acidentes do trabalho, p 81.

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

XXVIII - seguro contra acidentes de trabalho, a cargo do empregador, sem excluir a indenização a que este está obrigado, quando incorrer em dolo ou culpa;

Observe-se que a Constituição alterou a orientação contida na Súmula 229 que reconhecia o direito do empregado acionar o empregador com base no direito comum, apenas quando verificada a culpa grave ou o dolo desse. Exemplificando, trouxemos uma jurisprudência que abaixo transcrevemos.

Ementa³¹⁴:

I - AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. ACIDENTE DE TRABALHO. INDENIZAÇÃO. LUCROS CESSANTES. DANOS MORAIS. RESPONSABILIDADE SUBJETIVA. COMPROVAÇÃO DA CULPA *LATO SENSU*. Demonstrada a aparente violação do art. 186 do Código Civil vigente, dou provimento ao agravo de instrumento, a fim de determinar o regular processamento do recurso de revista, observando-se o disposto na Resolução Administrativa nº 928/2003 do TST. **II - RECURSO DE REVISTA. ACIDENTE DE TRABALHO. INDENIZAÇÃO. LUCROS CESSANTES. DANOS MORAIS. RESPONSABILIDADE SUBJETIVA. COMPROVAÇÃO DA CULPA *LATO SENSU*.** No âmbito da responsabilidade subjetiva, o dever de reparar o dano depende da comprovação do dolo ou culpa do agente, nos termos dos arts. 186 e 927 do Código Civil vigente. Nesse contexto, o art. 7º, XXVIII, da Constituição Federal, ao assentar que, na ocorrência de acidente de trabalho, a percepção de indenização está condicionada a demonstração do nexo de causalidade entre o dano sofrido pelo empregado e o ato culposo ou doloso do empregador, excluiu a possibilidade de responsabilização objetiva pelo risco do negócio. Diante disso, no presente caso, não tendo sido constatado dolo ou culpa da Reclamada, não há que se falar em indenização. Recurso de revista conhecido e provido.

Processo: RR - 157840-64.2006.5.06.0101 **Data de Julgamento:** 18/11/2009,
Relator Ministro: Fernando Eizo Ono, 4ª Turma, **Data de Divulgação:**
DEJT 11/12/2009.

Para muitos doutrinadores, o fundamento da indenização pelo direito comum assegurada pela Lei Maior tem alguns argumentos, dentre os quais se destacam: 1º) a idéia de que não seria justo que o empregador que cumpre todas as normas legais fosse penalizado do mesmo modo que aquele que age culposamente, não observando as normas

³¹⁴ Acessível em: < <http://aplicacao.tst.jus.br/consultaunificada2/>>. Acesso em 03/04/2010.

de prevenção de acidente, segurança e medicina do trabalho. Dizer que o empregador responde por dolo ou culpa significa dizer que esse responde apenas pelos ilícitos praticados e; 2º) não deve a Previdência ser onerada em casos de culpa ou dolo do empregador.

Em relação a esse artigo, a doutrina também oscila em relação à hipótese do seu confronto com o que está disposto no conteúdo da regra insculpida no artigo 225, § 3º, da CF/88 que diz:

Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

§ 3º - As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.

Ao comparar esses dois dispositivos que tratam simultaneamente da responsabilidade do empregador por danos causados à saúde do trabalhador, Raimundo Simão de Melo³¹⁵ questiona, como dissemos, a existência de contradição, antinomia ou conflito entre essas normas constitucionais.

Para solucionar o problema, o autor invoca os princípios da unidade e harmonização dos textos constitucionais pelos quais deve-se buscar, na hipótese de conflito entre duas normas de mesma hierarquia, delimitar a força vinculante e o alcance de cada uma delas.

E assevera o autor³¹⁶:

“Com efeito, sem abstração da possibilidade de inconstitucionalidade daquele, deve-se procurar para o caso vertente, adotando os princípios da unidade e da harmonização das normas constitucionais, soluções que lege lata e de lege ferenda, estas últimas, com a alteração do texto do inciso XXVIII para ele se excluir a idéia de culpa e assim, compatibiliza-lo por completo com a regra geral do § 3º do artigo 225, que se trata mesmo de uma norma de maior amplitude ou, como diz Bachof, de uma norma supra legal.

A solução definitiva para a questão é o reconhecimento da responsabilidade da modalidade objetiva por todo e qualquer tipo de indenização por acidente

³¹⁵ MELO, Raimundo Simão de. Direito Ambiental do Trabalho e a Saúde do Trabalhador, p. 271.

³¹⁶ Idem.

de trabalho, seja a cargo da Previdência Social, do empregador ou de eventual segurador privado, levando-se em conta o risco criado, como tendência inafastável do direito contemporâneo.”

Diante disso, poderíamos nos perguntar: Por que o legislador constitucional incluiu expressamente o termo que qualifica a responsabilidade subjetiva do empregador, nas disposições supramencionadas do artigo 7º, XXVIII? Parece-nos, conforme já afirmado por Jorge Luiz Souto Maior³¹⁷, tratar-se de uma indenização adicional, ou suplementar, para as hipóteses do dolo ou culpa do empregador, ainda porque deve o legislador prestigiar o empregador que bem cumpre as normas de segurança e medicina do trabalho.

Interpretando sistematicamente as normas em apreço, vemos em primeiro lugar a necessidade de tornar concretos os direitos deferidos pela constituição aos trabalhadores, como foco essencial, principalmente, os de maior valor como o da preservação da dignidade da pessoa humana e a valorização do trabalho. Dessa forma, estaremos traçando um caminho certo para a busca de novos paradigmas jurídicos que, dando outras interpretações às disposições legais, viabilizem tornarem reais os ideais de justiça dos trabalhadores, papel fundamental do direito do trabalho, por exemplo.

Homenageando os valores constitucionais de primeira grandeza que se constituem nos bens jurídicos cuja tutela é prioritária, podemos extrair a ilação de que a modalidade culposa inculpada na Constituição Federal não se constitui a única forma de responsabilidade do empregador, posto que o caput do referido artigo autoriza o legislador ordinário a buscar outras formas de melhor preservar a condição social do trabalhador.

3.8.3 – Teorias que explicam o fundamento da Responsabilidade por acidentes do trabalho

São várias as teorias que procuram explicar o fundamento da responsabilidade civil do empregador pelos acidentes de trabalho.

Um das primeiras teorias a explicar a responsabilidade do empregador é teoria da culpa extracontratual. De acordo com ela, a responsabilidade do empregador deriva da culpa, que por sua vez, também deve ser demonstrada. Nesse caso, então, prevalecia a teoria de que ninguém estava obrigado a responder por um dano, inexistindo culpa. O

³¹⁷ SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. O direito do trabalho como instrumento de justiça social, p. 14.

direito à reparação, de acordo com a teoria da culpa, dependeria da verificação de uma ação positiva, de uma ação antijurídica, da culpa que é o elemento subjetivo e o dano.

Por ela, o empregado teria direito a uma indenização sempre que demonstrasse a culpa do empregador. Desse modo, além do dano, cumpria ao empregado demonstrar que esse foi ocasionado por culpa do empregador.

De início, a adoção da teoria da culpa importou na atribuição do ônus da prova ao empregado, tornando difícil o sucesso dele em eventual processo judicial, sendo que, esse quadro não iria tardar a mudar, como de fato aconteceu.

Na sua origem, como já se explanou, o Código Civil francês previa em seu artigo 1383 que todo aquele que, por negligência ou imprudência, causasse um dano a outrem, ficaria obrigado a repará-lo. Por outro lado, o artigo 1384 do mesmo Código dispunha sobre a obrigação do dono da coisa por danos causados a terceiros. Tais princípios passaram a serem aplicados aos acidentes de trabalho. De fato, os tribunais franceses, ao interpretarem o artigo 1384 do Código Civil, criaram a figura da presunção da culpa do empregador, entendendo que cumpria a esse demonstrar que não agira com culpa. Portanto, essa presunção era relativa, exceto nos casos em que o acidente fosse causado por culpa de outro trabalhador, pois, nessa hipótese, havia que se falar em presunção absoluta.

A culpa do empregador estava relacionada tanto nos fatos comissivos, mas também nos omissivos. Dessa forma, estaria caracterizada a culpa do empregador quando se verificasse a ausência de segurança em máquinas e instrumentos de trabalho. Esse, portanto, foi o entendimento que passou a predominar, mas, mesmo assim, chega-se cada vez mais à conclusão de que a adoção da teoria da culpa não constituiu uma proteção eficaz em prol do trabalhador, uma vez que a responsabilidade do patrão não abrangia os acidentes decorrentes de caso fortuito e força maior.

No final do século XIX, Sauzet na França e Sainctelette na Bélgica, desenvolveram a teoria da responsabilidade contratual. Segundo Sauzet, o contrato de trabalho acarreta para o empregador o dever de velar pela sua segurança, assim como o transportador tem o dever de entregar a mercadoria nas condições em que recebeu. Consequentemente inverte-se o ônus da prova, incumbindo ao empregador demonstrar a ausência de culpa. Sainctelette, por sua vez, enfatizou o estado de subordinação do trabalhador que se sujeita às normas do patrão. A direção da atividade empresarial

compreende a direção do trabalho do empregado, que de forma passiva, atende ao comando patronal. Nessa medida, constitui obrigação do empregador não só retribuir os serviços prestados por meio de salários, mas também garantir a integridade física do seu empregado. A aplicação da teoria da responsabilidade contratual implica em afirmar que todos os resultados inclusive os acidentes decorrem da atividade empresarial, tornando-se o empresário responsável por esses. É verdade, a partir de Josserand desenvolveu-se o entendimento de que a prova da culpa não deve ficar a cargo da vítima³¹⁸.

Na teoria contratual, a responsabilidade decorre do próprio contrato de trabalho e não da culpa do empregador por um determinado motivo qualquer. Isso, no entanto, não impede o empregador de demonstrar que o acidente decorreu de caso fortuito ou força maior, casos em que se exclui a responsabilidade patronal. Também não há que se falar em responsabilidade do patrão de acordo com essa teoria, quando o acidente ocorrer de culpa exclusiva da vítima.

A fim de fazer jus a uma reparação, o trabalhador deve provar em juízo somente a existência do contrato de trabalho e de um dano, podendo o demandado defender-se, alegando que o infortúnio decorreu de caso fortuito, força maior ou culpa da vítima.

Planiol³¹⁹ criticou a teoria contratual argumentando que a obrigação do empregador de zelar pela segurança de seus empregados não decorre do contrato, e sim, da lei, pois é a lei que regula o contrato de trabalho. Para Planiol, essa teoria abriga, na verdade, o princípio de que quem dá causa a um dano fica obrigado a reparar, argumentando o autor que o empregador responde igualmente pelos danos causados ao empregado e a terceiros. Por outro lado, diz ele, que a teoria contratual não é imprescindível para o reconhecimento da inversão do ônus da prova. O ônus depende, isso sim, da natureza da obrigação: positiva ou negativa. Outros autores também formularam críticas à teoria contratual.

A teoria da responsabilidade contratual constituiu um avanço em relação à teoria da culpa, na medida em que se buscou na relação de trabalho o fundamento da responsabilidade do empregador. Entendeu-se que cumpria a ele, o empregador, comprovar a ausência de culpa, invertendo-se o ônus da prova. Tal teoria, contudo, não dava a solução

³¹⁸ CABANELLAS, Guillermo. Derecho de los riesgos Del trabajo, p. 274-276.

³¹⁹ PLANIOL, Marcel. Traité Élémentaire de Droit Ciiivil. Paris, Tomo II, Librarie Générale de Droit et Jurisprudence, 1949, p. 295.

para os casos de acidentes decorrentes de caso fortuito e força maior, ou seja, estava-se diante de um grave problema.

Foi exatamente esse problema que fez com que a teoria da responsabilidade contratual fosse superada pela teoria da responsabilidade objetiva. De acordo com essa última, a responsabilidade do empregador prescinde da demonstração de culpa. Uma vez que os equipamentos, instrumentos de trabalho e máquinas pertencem ao empregador, será ele quem irá responder pelos danos causados pela coisa. E, mesmo que determinado acidente tivesse sido causado por caso fortuito ou força maior, isso não excluiria a responsabilidade do empregador.

A teoria da responsabilidade objetiva foi desenvolvida na França por Saleielles e Josserand, a partir da interpretação dos artigos 1384 e 1386 do Código Civil Francês. Na Itália, a teoria foi defendida por Barassi. Segundo lições de Josserand, a teoria da culpa importava num passado fardo para o empregado, a quem incumbia o ônus da prova. A dificuldade em demonstrar a culpa do empregador acarretava a irresponsabilidade desse, na maioria dos casos. Assim como nos termos dos artigos 1384 e 1386 o dono ou responsável pela coisa responde pelo prejuízo causado por essa, o empregador, do mesmo modo, seria responsável pelo dano causado em decorrência da atividade industrial.

A responsabilidade do empregador, dessa forma, decorreria de uma culpa objetiva, ainda que o acidente tivesse sido causado por caso fortuito. Tal responsabilidade, decorrente do risco criado, somente poderia ser entendida como uma responsabilidade objetiva, independente da culpa subjetiva do empregador. Diguit³²⁰, por sua vez, enfatizou o fato da atividade empresarial criar um risco, devendo o titular do empreendimento arcar com os riscos dessa atividade. A prova do empregado ficaria limitada ao prejuízo.

Washington de Barros Monteiro³²¹ discorrendo sobre responsabilidade objetiva localiza a origem da discussão sobre a responsabilidade objetiva do empregador nos acidentes de trabalho. Antes da teoria da responsabilidade objetiva, o empregado acidentado somente poderia pleitear seus direitos comprovando a culpa do empregador, sendo desestimulado a tanto quando se encontrava ainda sujeito ao poder daquele. Os doutrinadores Sauzette e Saintelette localizaram o fundamento do direito à indenização no

³²⁰ DIGUIT. Las transformaciones Del Derecho Privado. Madrid, 2. ed., p. 133.

³²¹ MONTEIRO, Washington de Barros. Curso de Direito Ciiivil. Vol. 2. São Paulo:Edição Saraiva, 1956, p. 427-430.

contrato de trabalho. Para eles, o empregador tem o dever de zelar pela segurança do trabalhador, só se eximindo da culpa, se provada a existência de caso fortuito ou força maior. Essa teoria foi superada pela da responsabilidade objetiva, de acordo com a qual o dever do empregador de indenizar, decorreria da própria lei e não do contrato. Também foi esse entendimento superado pela teoria do risco profissional, segundo a qual, a atividade do empresário gera riscos, razão em que esse tem o dever de indenizar em caso de acidente, independentemente da verificação de culpa. Quem desenvolve determinada atividade, assume os lucros e prejuízos, respondendo pelos riscos inerentes ao negócio.

A partir da teoria do risco criou-se um sistema tarifado de indenização. O valor pago ao empregado acidentado não cobre, amplamente, o prejuízo, mas lhe garante um ressarcimento que é certo. O risco é socializado. À Previdência Social incumbe o pagamento da indenização tarifada. A contribuição, entretanto, é feita previamente por empregados e empregadores. A teoria do risco desvincula-se completamente da ideia de ilícito. O dever do empregador de indenizar decorre de lei, independentemente desse ter contribuído ou não para o fato, ou ainda, de ter violado qualquer norma legal.

Seguiu-se, portanto, à teoria da responsabilidade objetiva, a teoria do risco profissional. De acordo com essa teoria, o empresário organiza a atividade industrial, decidindo sobre a ação dos homens e o funcionamento das máquinas, beneficiando-se com as atividades desses. Dessa forma, assim como arca com os benefícios advindos dessa atividade, também deve arcar com as consequências negativas dessa atividade, incluindo-se aí, os acidentes de trabalho. De acordo com a teoria do risco, os acidentes causados não derivam da culpa do empregador ou do empregado, mas são inerentes à própria atividade industrial. O risco criado pela atividade, independe de prova de prevenção demonstrada pelo empregador. Para fazer jus a uma indenização por acidente do trabalho, cumpriria ao empregado demonstrar o dano, o nexo causal entre o acidente e a atividade por ele desenvolvida.

As legislações que adotam a teoria do risco profissional instituíram, em favor do trabalhador acidentado, uma indenização tarifada. Tal indenização, obviamente, não poderia reparar inteiramente o dano, mas apenas parcialmente. A teoria do risco profissional sofreu diversas críticas, dentre elas, a de que não era justo o empregador arcar

com a responsabilidade de todos os acidentes, ainda quando estes fossem causados por caso fortuito.

Algum tempo depois, a Teoria do Risco da Autoridade vai procurar explicar a responsabilidade do empregador com base na objetividade. Para os adeptos dessa teoria, aquele que cria o risco fica obrigado a responder por esse. No caso, o empregador, além de criar o risco, beneficia-se com o lucro da produção, razão pela qual deve responder pelos danos causados aos seus obreiros. A teoria da responsabilidade objetiva explicava, tão somente, o risco criado pela atividade industrial, deixando de lado as outras atividades, como por exemplo, a agricultura e o comércio. Por isso, precisou surgir a teoria do risco da autoridade para incluir esses dois últimos segmentos, fundamentando a responsabilidade na relação de subordinação existente entre o empregador e o empregado.

3.8.4 – A teoria do Risco Social

A doutrina evoluiu e levou à construção da teoria do risco social. Passou-se a defender a idéia de que não incumbe ao empresário, individualmente, suportar toda a responsabilidade pelos acidentes de trabalho. Tal responsabilidade deveria recair sobre todo o setor industrial, bem como sobre a sociedade. É que a atividade industrial beneficia não somente o empregador, mas toda a sociedade, importando em crescimento econômico. Da mesma forma, o risco não se limita a determinada empresa, mas inclui toda a atividade empresarial. Assim incumbe ao Estado amparar o trabalhador acidentado, fazendo-o por meio da seguridade social.

Conforme Nelson Mannrich³²², a teoria do risco social não se confunde com a teoria da segurança social. De acordo com a primeira teoria, não se deveria discutir a origem do acidente, tendo a vítima direito ao atendimento segundo as suas necessidades. Já a teoria do risco social preconiza que a responsabilidade seja suportada pela coletividade.

Cumprе ressaltar que a defesa de uma legislação específica teve por fundamento a alegação de que o empregador, no desenvolvimento da atividade empresarial, é responsável pelos riscos que acarreta, vez que as vantagens lhes pertencem. Entendeu-se

³²² MANNRICH, Nelson. Pecúlio na Previdência Social Brasileira. São Paulo: 1982, 177 páginas. Dissertação de Mestrado, área de concentração em Direito do Trabalho. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, p. 147.

que a própria indústria era a causa do perigo, devendo o empregador zelar pelas medidas de prevenção.

Uma vez reconhecida a responsabilidade do empregador, abriu-se-lhe a oportunidade para, de outra parte, recorrer ao Instituto de Seguridade, o qual ficaria responsável pelo pagamento de um prêmio determinado. Surge, então, a teoria do risco profissional, preconizando uma tutela específica para assegurar o trabalhador contra os infortúnios da atividade laboral. Com a adoção da teoria do risco social, o empreendedor passa a ser o único responsável pelo pagamento de uma determinada cota ao Instituto de Seguridade justificando-se tal obrigação pelo fato de ser ele o titular da empresa, fonte dos riscos. Para isso, deveria pagar as prestações à Previdência, para se liberar de cumprir mais qualquer obrigação indenizatória ao empregado acidentado.

Para Cabanellas a teoria do risco social é importante para o reconhecimento de uma responsabilidade solidária das empresas e da sociedade, levando à necessidade da criação de um seguro social obrigatório. Incumbe agora, a toda a sociedade, por meio de um seguro, amparar o trabalhador acidentado. A teoria do risco social, também conhecida como teoria de solidariedade social, constituiu num grande avanço na medida em que se baseou na socialização do risco e da seguridade social, superando as concepções de caráter individualista³²³.

A Teoria do Risco Social procurou enfatizar a necessidade de um seguro acidentário obrigatório. O seguro acidentário deveria ser pago por uma entidade previdenciária, tendo como fonte de custeio a contribuição de trabalhadores e empregadores. Essa teoria foi adotada pelo Brasil na Constituição de 1967, quando, de fato, o seguro acidente passou a ser definitivamente um benefício previdenciário.

Na maior parte dos países que adotaram a teoria do risco social, ficou determinado que o empregador fica obrigado a contribuir para um determinado instituto, o qual tem o dever de pagar um prêmio determinado ao trabalhador, em caso de acidente. Dessa forma, o empregador libera-se de sua obrigação, podendo, entretanto, o trabalhador, acionar aquele pelas regras do direito comum, pleiteando indenização integral. Entretanto, assegurar o trabalhador contra riscos de acidente, por meio de contribuição a um instituto, torna-se uma obrigação indeclinável para o empresário. O trabalhador, por sua vez, faz jus

³²³ CABANELLAS, Guillermo. Derecho de los riesgos Del trabajo, p. 315.

ao pagamento de um prêmio em caso de acidente, ainda quando esse tenha sido causado por imprudência sua, ou devido ao caso fortuito ou a força maior, situações essas que são excluídas do direito comum. Existe aí uma transferência de responsabilidade: o empregador paga a prestação devida e transfere a responsabilidade ao instituto.

A nossa legislação previdenciária atual, todavia, através da Lei n. 8213/91, adotou a teoria do risco, e dessa forma, fixou que a reparação pela lei previdenciária tem cabimento nas hipóteses de culpa do empregador, caso fortuito, e força maior, excetuando-se, como bem informa Anníbal Fernandes³²⁴, os casos de autolesão e o ato praticado pelo próprio empregado visando obter vantagem com o infortúnio.

A fim de que o segurado possa fazer jus aos benefícios previdenciários devidos em caso de acidente ou doença, deve atender aos pressupostos legais. Tais pressupostos diferenciam-se daqueles exigidos no campo do direito civil, pois, de fato, em se tratando de responsabilização civil, fala-se em ação ou omissão, culpa, nexos de causalidade e dano. Ao passo que no campo da responsabilização previdenciária, incumbe ao trabalhador, provar o dano e a relação de causalidade entre ela e o trabalho³²⁵, ou seja, requisitos distintos daqueles exigidos para a comprovação da responsabilidade civil comum.

Em outras palavras, a questão da indenização devida em decorrência de acidente do trabalho não pode ser tratada a partir da aplicação das disposições contidas no artigo 186 do Código Civil, que fundamenta o dever de indenizar na conduta omissiva ou comissiva, voluntária, negligente ou imperita do agente que venha causar dano ou lesar patrimônio de outrem.

Não se pode deixar de considerar que a problemática que envolve a responsabilidade em matéria de saúde laboral possui dimensão social maior do que as atinentes a relações civis privadas.

Trata da preservação de bens jurídicos essenciais à manutenção da dignidade da pessoa humana, tais como consagrados na Constituição Federal, como fundamento dos princípios fundamentais que garantem a existência do estado democrático de direito.

O direito à vida, à integridade física, à saúde, e o direito ao próprio trabalho compõem o rol dos direitos fundamentais, necessários à preservação da dignidade da

³²⁴ FERNANDES, Anníbal. Os acidentes do trabalho, p. 204.

³²⁵ atentando-se para o fato de que, em relação à doença profissional, não se fala em nexos de causalidade.

pessoa humana do trabalhador e que são tutelados pelo direito que cuida da responsabilidade por danos causados em decorrência de acidentes do trabalho.

Importante conclusão ousamos trazer à baila nesse momento, quando já falamos de muitas formas de responsabilização, partindo, é claro, da exegese do artigo 2º da CLT. Na opinião de uma boa parte da doutrina, com a qual corroboramos, a responsabilidade do empregador pelos danos decorrentes de acidente de trabalho é de natureza trabalhista e não civil, já que é inerente ao próprio contrato de trabalho estabelecido legalmente entre empregado e empregador, mesmo que de forma tácita. Poder-se-ia até levantar a idéia de que não há como recorrer ao dispositivo celetista porque se está diante de um caso de responsabilidade civil do empregador, e, portanto, deverá esta ser identificada nas regras de direito comum. No entanto, essa idéia não deve prosperar, primeiramente porque não há mais motivo para que se continue sendo tratada como de natureza civil uma responsabilidade tipicamente trabalhista; segundo porque as normas de direito constitucional sempre usadas pelos doutrinadores e pela jurisprudência, que dispõem sobre a responsabilidade do empregador pelos danos decorrentes dos infortúnios laborais aplicam-se a todos os ramos do direito, inclusive, o trabalhistas.

Sustentamos, ao lado de uma boa parte doutrina, que o direito do trabalho encontra seu fundamento último na responsabilidade civil objetiva do empregador em todas as hipóteses de dano à saúde ou à vida do trabalhador. É um dos princípios basilares do direito do trabalho, aquele que impõe a responsabilização objetiva do empregador em relação aos haveres do empregado, já que será ele quem irá assumir todos os riscos da atividade econômica. Aí se encontra a teoria do risco na sua mais pura essência, imperando desde o início da formação da relação de trabalho. Por ela, o empregador responde pelos direitos trabalhistas do empregado, independentemente de qualquer alegação de fortuito interno ou externo, pois, exemplificativamente, mesmo em caso de crise econômica que torne excessivamente onerosa a prestação laboral, tornando impossível a continuidade do contrato, não será exonerando o empregador da sua responsabilidade. No máximo, poderá ela ser mitigada. A esse respeito, vejamos:

“RECURSO DE EMBARGOS NA VIGÊNCIA ATUAL DO ART. 894, II, DA CLT.

ACIDENTE DE TRABALHO. DANO MORAL. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. No caso em exame, o empregado foi vitimado enquanto trabalhava

como vigilante para a reclamada, por disparos de arma de fogo, vindo a falecer no local de trabalho. Remanesce, portanto, a responsabilidade objetiva, em face do risco sobre o qual o empregado realizou suas funções, adotando a teoria do risco profissional com o fim de preservar valores sociais e constitucionais fundamentais para as relações jurídicas, em especial a dignidade da pessoa humana. Recurso de embargos conhecido e desprovido.” (E-RR-1538/2006-009-12-00.7, SBDI-1, Relator Ministro: Aloysio Corrêa da Veiga, DJ-13/02/2009)

Isso é claro, sem contar que essa teoria tem sido a hipótese de construção jurisprudencial de hipóteses de responsabilização objetiva na seara trabalhista, como por exemplo, a hipótese de responsabilidade objetiva pelo período de garantia de emprego previsto no artigo 118 da Lei 8213/91, mesmo sem a emissão do CAT por parte do empregador, como exemplificamos nesse trabalho.

“EMENTA: Emissão da Comunicação de Acidente de Trabalho – Dever do Empregador.

A omissão da reclamada em emitir a necessária Comunicação de Acidente de Trabalho não pode redundar em prejuízo ao obreiro, e, não obsta, por outro lado, a sua responsabilidade objetiva quanto à garantia de emprego prevista no artigo 118 da Lei 8213/91, reputando-se verificada a condição, nos termos do art. 210 do Código Civil, combinado com o artigo 117, inciso I, da referida lei ordinária”. (TRT 15ª Região. RO 022287/97, Ac. 002062/99 – 4ª T., Rel. Desig. Ivani Martins Ferreira Giuliani. Disponível em: <http://www.trt15.gov.br>. Acesso em 15 de janeiro de 2010).

Não se deve olvidar, também, que foi graças à teoria do risco que o artigo 927 do Código Civil ergueu-se. Dessa forma, em virtude do risco da atividade econômica, a ela inerente, poder-se-á ter o caso de responsabilidade civil objetiva, ou seja, independentemente de culpa, como prevê o dispositivo citado. Desse modo, caso o empregador não seja capaz de envidar esforços para a preservação da saúde do seu empregado, deverá, por isso, responder, independentemente de culpa de sua parte, já que, com base nessa teoria, é ele, o empregador, quem auferir todos os lucros e benefícios da atividade, e é assim também que deverá ele suportar todos os prejuízos dela resultantes, e não a sociedade. Se é o tomador de serviço quem assume os riscos da atividade econômica, deve ele, não somente zelar pela integridade física e psíquica do empregado, mas também indenizá-lo pelos prejuízos materiais e morais advindos da doença ocupacional ou do acidente típico resultante da prestação de labor imprescindível ao desenvolvimento daquela atividade.

Por isso, temos que, se a responsabilidade do empregador é objetiva em relação às obrigações trabalhistas, como mostramos logo no início desse capítulo, já que essas são

obrigações de resultado, então, não poderia ser diferente com relação ao infortúnio laboral, que é muito mais grave. Não há lógica para que o sistema normativo brasileiro trate de maneira desuniforme as duas situações, e, por isso mesmo é que propomos que a responsabilidade do empregador seja objetiva também no tocante aos danos emergentes da doença ocupacional e do acidente de trabalho.

Nesse aspecto, afirma Tércio Sampaio Ferraz Júnior:

“No que tange à responsabilidade, há uma noção importante cujo interesse para o direito é cada vez maior. Há casos em que ela ganha uma certa independência do sujeito da obrigação no sentido de que o vínculo subjetivo não conta. Isto é, alguém se responsabiliza não porque se vincula por seus atos (responsabilidade subjetiva), mas por um risco que emerge de uma situação. É a responsabilidade objetiva, caso em que a prestação se exige não porque pela sua ação o sujeito se compromete ou porque dela resultou um dano, mas porque há um risco potencial na situação. Assim, o empregador, por exemplo, tem a responsabilidade objetiva por acidentes ocorridos no trabalho ainda que por sua própria ação não promove nenhum dano ao empregado. É o risco da própria atividade empresarial que dá origem à responsabilidade. Este risco é assumido pelo empregador ao empreender, ao realizar a atividade empresarial. Não é a sua atividade empresarial que provoca o dano. É o trabalhador que se fere. A responsabilidade tem por base este risco que é um dado objetivo (nem o trabalhador quer ferir-se nem o empregador quer feri-lo).”³²⁶

José Affonso Dallegrave Neto afirma que com a celebração do contrato de trabalho, o empregador assume a obrigação de zelar pela saúde e segurança de seus empregados que se encontram subordinados a seu poder de mando, independentemente da existência de cláusula a respeito. É do empregador ainda o dever de manter em condições satisfatórias o meio ambiente do trabalho, assumindo objetivamente a responsabilidade por eventuais danos que advierem da má qualidade desse ambiente ao trabalhador. Logo, não se pode falar em obrigação de meio aquela que deve garantir direitos fundamentais ao trabalhador, assim entendidos os direitos à manutenção de sua integridade psicofísica e, portanto, de sua dignidade.

Se a tutela à integridade da pessoa humana e, portanto, do trabalhador, foi alçada a princípio fundamental da ordem jurídica democrática, deve-se considerar a obrigação patronal de manter a integridade psicofísica de seus empregados na primeira e maior das obrigações assumidas através do contrato de trabalho.

³²⁶ FERRAZ JÚNIR, Tércio Sampaio. Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão e dominação. 2. ed., p. 163.

O empregado, sob o aspecto jurídico, perde de certa forma, a integral disponibilidade da tutela à sua saúde, na medida em que se subordina às ordens do empregador, que, muitas vezes, para dar andamento à sua atividade econômica, expõe a integridade física desse trabalhador.

Desse modo, podemos concluir que as obrigações do empregador, no contrato de trabalho, não se limitam ao pagamento da remuneração, pois, além de outras normas, o contratante é responsável pela segurança dos seus empregados, submetendo-se a regras de segurança, medicina e higiene do trabalho.

No plano internacional, a Organização Internacional do Trabalho (OIT) possui normas a serem aplicadas no ambiente de trabalho, objetivando minimizar os riscos dos trabalhadores. Tais normas dizem respeito a determinada classe de trabalhadores (mulheres, menores, pessoas que trabalham em ambientes insalubres, perigosos, etc.), a determinado tipo de atividade (perigoso, penoso, insalubre) ou a generalidade de empregados.³²⁷

A eliminação do risco é obrigação do empregador. Sussekind sublinha que o pagamento do adicional de insalubridade não se confunde com as medidas para a eliminação desta, do mesmo modo que a concessão dos equipamentos de proteção individual (EPI), por si só, não elimina o risco, pois, para ele, “na insalubridade, o agente agressor mina incessantemente a saúde do trabalhador, na periculosidade há exposição a um risco que, eventualmente, pode ocasionar em grave sinistro.”³²⁸ Desse modo, os Tribunais têm condenado as empresas ao pagamento de uma multa, além das indenizações nas ações de responsabilidade civil por acidente do trabalho quando, por exemplo, ocorre o descumprimento das normas de saúde e segurança do trabalho³²⁹; quando a empresa não fornece os EPI’s necessários e adequados aos empregados³³⁰; quando o acidente decorre de falha da máquina instalada no ambiente de trabalho³³¹, desde que o empregador não tenha efetuado a manutenção corretamente; quando a empresa não fornece condições mínimas de segurança para a execução do trabalho³³²; por falta de orientação ao trabalho e de

³²⁷ Nesse último caso, podemos elencar as orientações a respeito da criação das CIPAS – Comissão Interna de Prevenção dos Acidentes de Trabalho – na prevenção dos acidentes.

³²⁸ SÜSSEKIND, Arnaldo. Direito Constitucional do Trabalho, p.237.

³²⁹ Apelação com revisão n. 491.726-00/4, julgado em 24/09/97. Relator: Laerte Sampaio.

³³⁰ Recurso especial n. 5.358-MG. Relator Ministro Fontes de Alencar, DOU 28/04/91.

³³¹ Ap. 102.987 – 1, 6ª Câmara, Tribunal de Justiça de São Paulo, j. 29/09/99, Rel. Des. Ernani de Paiva.

³³² 4ª Câmara do Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação Cível n. 20.744-1

fiscalização³³³; por ato culposo de funcionário da empresa³³⁴ e ainda quando o empregador viola norma trabalhista permitindo que um menor opere máquina perigosa³³⁵.

Isso se justifica pelo fato de que a teoria da responsabilidade objetiva ter nascido e se desenvolvido no campo da infortunística, pois, foi a partir do estado de penúria constante atravessado pelos trabalhadores que o Estado e os legisladores passaram a ser chamados para efetivar a criação de normas que elegessem essa responsabilidade como o epicentro de todas as relações juslaborais. Ficaria impossível deixar a cargo do obreiro a necessidade de constituir provas contra o seu empregador, para que só, a partir de então, pudesse o mesmo ser responsabilizado pelos acidentes que atingiram as vítimas. Foi a partir desse ponto, então, que a teoria da responsabilidade objetiva passou a ser gradativamente aceita e as leis protetivas, com base nas suas disposições, criadas, impondo-se a objetiva responsabilidade do empregador³³⁶.

Contudo, a história trouxe situações de avanço e de retrocesso em torno desse tema, pois, se de um lado, houve a imposição de um seguro obrigatório, posteriormente, do outro, houve a transferência da responsabilidade pelo pagamento da indenização ao seguro social, custeado por toda a sociedade, o que fez com que os empregadores passassem, muitas vezes, a relaxar quanto ao seu dever de cuidado para com a saúde e a vida dos trabalhadores, fazendo aumentar novamente, o número de acidentes de trabalho nas últimas

³³³ Apelação com revisão n. 490.355-00/6. Segundo Tribunal de Alçada Cível, Relator Renato Sartorelli.

³³⁴ Apelação com revisão n. 485.289-00/3. Segundo Tribunal de Alçada Cível. Aqui importa afirmar que o Código Civil de 2002 alterou a sistemática do CC 1916, acabando com as "presunções de culpa", estabelecendo nos artigos 932 e 933 a responsabilidade objetiva por ato de terceiro. Assim, em que pese não ter sido cancelada, a Súmula 341 do STF ("É presumida a culpa do patrão ou comitente pelo ato culposo do empregado ou preposto") está superada, uma vez que em desacordo com a nova disciplina consagrada pelo Código Civil. Nesse sentido, ressalta Maria H. Diniz, no 7º volume de seu curso, 18ª edição, página 523, "com o novo Código Civil consagrada está a responsabilidade objetiva do empregador por ato lesivo de empregado, tendo, porém, ação regressiva contra ele para reaver o que pagou ao lesado (CC, art. 934; CLT, art. 462, § 1º), pouco importando a questão de se apurar se houve, ou não, culpa "in vigilando" ou in eligendo".

³³⁵ Apelação com Revisão n. 487.934-00/3. Segundo Tribunal de Alçada Cível. Relator Amaral Vieira, julgado em 12/08/97.

³³⁶ **Ementa: RECURSO DE REVISTA. DANO MORAL. ACIDENTE DO TRABALHO. RISCO DA ATIVIDADE. DEVER DE INDENIZAR** O dever de indenizar decorre da teoria do risco da atividade. Se o ramo do negócio, por suas peculiaridades, constitui-se em risco elevado pela natureza da atividade, a responsabilidade decorre da exacerbação dos riscos a que estão submetidos os empregados, porque não é factível supor que o empregador exponha a integridade física do empregado a riscos, e não responda por eventual dano causado. Assim, tratando-se de operador de forwarder que se acidentou quando do desempenho de suas atividades, e não sendo o caso de culpa exclusiva da vítima, resta indene de dúvida o dever de indenizar. **Precedentes. Não conhecido.**

décadas do século passado. E, foi em reação a essa temática que a doutrina, a jurisprudência e depois a lei passaram a distinguir a responsabilidade do instituto previdenciário da responsabilidade do empregador, com a construção da teoria da cumulação de indenizações acidentárias de caráter infortunistico, com a indenização de direito comum a cargo do empregador.

É dessa forma que finalizamos o nosso trabalho, colacionando mais uma recente jurisprudência que ratifica a nossa síntese conclusiva.

Ementa³³⁷:

RECURSO DE REVISTA. DOENÇA PROFISSIONAL EQUIPARADA AO ACIDENTE DE TRABALHO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO EMPREGADOR. TEORIA DO RISCO DA ATIVIDADE. INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAL, MORAL E ESTÉTICO. 1. O Tribunal Regional entendeu que nos autos existem provas da ocorrência de danos materiais, morais e estéticos e do nexa causalidade entre o trabalho e o dano sofrido pela reclamante (labor em máquina de costura que provocou a perda da movimentação definitiva no braço direito), todavia concluiu que as provas produzidas não atestam a existência de culpa da reclamada, no evento danoso. 2. Entretanto, os fatos delineados no acórdão do Tribunal Regional possibilitam sua qualificação jurídica nas disposições do art. 927, parágrafo único, do Código Civil, dispositivo que consagra a teoria do risco da atividade empresarial como fator que desencadeia a responsabilidade objetiva, de modo a restar dispensada a perquirição em torno de culpa do empregador. 3. A teoria do risco profissional preconiza que o dever de indenizar tem lugar sempre que o fato prejudicial é decorrência da atividade ou profissão da vítima, conforme ocorreu na espécie. **Recurso de revista conhecido parcialmente e provido.**

Processo: RR - 31440-50.2005.5.15.0081 **Data de Julgamento:** 09/06/2010, **Relator Ministro:** Walmir Oliveira da Costa, 1ª Turma, **Data de Divulgação:** DEJT 18/06/2010.

³³⁷Disponível em:< <http://aplicacao2.tst.jus.br/consultaunificada2/#topoPage> >. Acesso em 12/07/2010.

CONCLUSÕES

No conteúdo desse trabalho foram elaboradas conclusões acerca das matérias declinadas em cada capítulo. Colacionam-se, abaixo, em síntese, as conclusões mais relevantes.

1 - O conceito de “risco” é multidisciplinar, contudo, não há conceito algum de “risco” que possa satisfazer as pretensões científicas. Será o direito que irá se preocupar em classificá-lo, a fim de dar a cada espécie de risco um tratamento diferente e consequências distintas. A origem da palavra é deveras, desconhecida. Há quem afirme que a mesma tenha origem árabe, outros, porém, informam que a origem é européia. Outras vezes, a palavra aparece como sinônimo de perigo, azar, desafio, sorte, temor, aventura, etc, a depender do contexto que necessitassem aparecer, pois, até então, não se encontravam termos suficientemente claros que transmitissem uma idéia mais clara a seu respeito. Na religião, a idéia de risco está atrelada à minimização do arrependimento, já que, o pecador, quando pratica um ato de decisão e arrepende-se dele, gera um dano que atinge alguém, e por isso, deve arrepender-se do mesmo. Mais tradicionalmente, a economia já vem se preocupando em oferecer cálculos do risco. Frank Knight concebe a amplitude do conceito de risco na ciência econômica, como um meio de auferir lucro, na medida em que não é assegurável.

2 - Fala-se da possível divisão em riscos endógenos e exógenos, sendo que os primeiros se originam da inexecução das obrigações de qualquer uma das partes. Já os últimos são externos ao contrato e resultam de perturbações exteriores ao comportamento das mesmas. Uma outra possibilidade retrata o risco não como uma incerteza ou possibilidade, mas como uma probabilidade. Em outras vezes, o risco é visto como um infortúnio ligado à catástrofe. O próprio Código Civil apresenta uma grande quantidade de referências ao termo “risco”, empregando, na maior parte das suas disposições, o “risco” como incerteza ou possibilidade. Nesse último, o risco-possibilidade é tido como algo incerto e que por isso mesmo, pode ou não vir a acontecer. Já a probabilidade é um elemento accidental ao conceito de risco, servindo apenas como elemento quantitativo para averiguar o valor do prêmio mais adequado para a probabilidade específica do dano. Desse modo, risco nos contratos se seguro, aparece mesmo como risco-possibilidade. Nas ciências exatas, risco é definido como uma “unidade de medida”. Nas ciências, os cientistas, antropólogos, vêm trabalhando o “risco” não apenas como um problema psíquico, mas também e principalmente, como um problema social.

3 - Existe diferença entre dois termos que, frequentemente, e de maneira contraditória, são empregados como sinônimos: “risco” e “perigo”. Tanto num quanto noutro, a idéia de incerteza a respeito de um possível dano futuro é algo comum. Na realidade, um conceito mais concreto desses elementos descreve o perigo como indicador daquele estado de coisas em que há ameaça quase iminente de dano, de tal modo que o evento danoso é algo indissociável à sua apresentação. Em contrapartida, o risco indica um evento incerto e de não imediata realização, sendo, por isso, uma álea que integra a relação contratual. Contudo, se pode trabalhar com a idéia de prevenção que nada mais é do que uma forma de preparação para os danos futuros, com tendência a promover a redução da probabilidade do aparecimento de riscos. Ela serve tanto para os riscos como para o perigo, diminuindo a ocorrência dos danos futuros ou reduzindo a sua extensão. A diferenciação entre os conceitos de risco e perigo só seria útil se levasse em consideração o conceito de segurança, que nunca é absoluta, tendo em vista a incerteza constante sobre danos futuros. O risco, portanto, dependerá do modo de observação e não da atribuição de certas características objetivamente presumidas. Assim, constata-se que, nem mesmo a ciência será capaz de impedir as surpresas que o futuro poderá nos preservar.

4 – Na sociologia, três autores defenderam as suas idéias de risco. Para Luhmann, dentro da sua teoria dos sistemas, os conceitos de risco, contingência, perigo são fundamentais para se fazer um confronto sobre os princípios norteadores da Seguridade Social. Assim sendo, para ele, o risco refere-se à possibilidade de danos futuros decorrentes de decisões particulares. Risco também pode ser caracterizado pela conveniência em se decidir de uma dada maneira, ao invés de outra, levando sempre em consideração a possibilidade da ocorrência de consequências indesejadas, ou seja, danos futuros. Já Beck afirma que os riscos são nada mais que situações danosas produzidas como consequência das decisões. Por isso, no processo de modernização, a presença de situações de conflito na jovem sociedade industrial burguesa e a presença dos riscos visíveis tanto nas situações que envolvam os conflitos sociais quanto nas vicissitudes individuais serão responsáveis por gerar a aparição de sistemas de seguro e de responsabilidade. A sociedade industrial poderá, então, calcular e exigir responsabilidades pelas consequências produzidas e ao mesmo tempo, controlar os seus conflitos. Essa sociedade de risco se manifestará a partir do momento em que os perigos decididos e produzidos tenham capacidade de atingir abruptamente e anular os sistemas de segurança estabelecidos pelo cálculo de riscos existentes no Estado do Bem-Estar. E, por fim, Giddens apresenta uma visão muito mais liberal, pois, para ele, os riscos

devem ser aceitos e bem-vindos e os indivíduos devem aprender a ser “tomadores de riscos responsáveis”. Destaca o caráter ambivalente da modernidade, em que a segurança acompanha o risco e a confiança aparece como elemento a ele indissociável. Para esse autor, o risco consiste numa dinâmica mobilizadora, ou seja, um processo contínuo comum a uma sociedade propensa a mudanças e que deseja determinar o seu próprio futuro ao invés de deixá-lo a cargo da religião, tradição ou mesmo da natureza. Desse modo, a solução proposta por ele seria a que os sistemas de proteção social deveriam deixar mais de lado os cuidados de caráter preventivo usados para enfrentar o risco e passar a investir na criação de uma série de pactos ou acordos sociais no seio de vários grupos e categorias, a fim de gerar uma proteção igualitária aos mesmos.

5 - O risco social é visto como o perigo, a expectativa de ocorrência de situação de vida que gerem necessidade de proteção social. Reflete-se, primeiramente, no segurado, que sofre as consequências negativas em seu patrimônio, a partir do momento que é atingido por um evento aleatório que venha acarretar desequilíbrio econômico em razão da impossibilidade de exercer uma atividade laborativa que lhe venha assegurar uma vida digna. Se, todavia, vários indivíduos em situação de exposição aos riscos sofrem o mesmo infortúnio, provavelmente, os efeitos dessa ocorrência e a amplitude das suas consequências repercutirão solidariamente entre os indivíduos da sociedade, podendo pôr em cheque a ordem social, desestruturando o equilíbrio social. Assim, como consequência direta da ocorrência no mundo real dos riscos sociais, nasce a expressão denominada cobertura, que se apresenta como um fenômeno de proteção voltado às situações que gerem os riscos sociais, ou seja, situações de vida suportadas pelo indivíduo e que pedem proteção. Cobertura é, portanto, uma manifestação própria da Seguridade Social, pois, é oferecida diretamente por esta, que concede os instrumentos de proteção social necessários para prevenir ou remediar as situações de risco social que porventura venham ocorrer no mundo fático, gerando instabilidade e insegurança sociais. Destina-se a cobertura, por ser específica, a certos sujeitos individualmente considerados que se apresentem em situações de risco. A Seguridade Social, portanto, é fundamentada num dever da sociedade organizada de garantir a todos os indivíduos a proteção de sua saúde e mecanismos de sobrevivência suficientes quando não possam exercer seu trabalho.

6 - Para Almansa Pastor, o início do sistema de amparo social deu-se em função do desenvolvimento industrial e do maquinismo, fruto do progresso da técnica, que propiciou uma onda gigantesca de acidentes na execução do trabalho, constituindo-se no motor que colocou em

marcha a intervenção estatal. Por isso, as primeiras medidas de caráter protecionista desse sistema vieram amparar o obreiro que se encontrava bastante desprotegido até então, bem como o avanço da industrialização que passava a interferir de forma significativa na qualidade de vida do trabalhador e nas condições cada vez mais precárias em que a sua profissão era desenvolvida. Diante de tais dados, ficou bastante clara a necessidade de haver uma interferência estatal para que fosse, até mesmo viável, a própria sobrevivência da classe operária, mediante a implementação de práticas securitárias. A mais basilar das práticas securitárias consiste na indenização da vítima, pois, por muito tempo foi o método mais eficaz de socorro que se tornava indispensável à sobrevivência do indivíduo. Contudo, o ideal seria implantar uma política social mais justa, e não voltada exclusivamente a remediar os riscos, mas, prioritariamente, preveni-los. Um outro aspecto também deve merecer destaque, qual seja, a sociedade deveria voltar-se para a importância da implementação de um espírito solidário que fosse capaz de propiciar uma estabilidade econômica e social sempre almejada pelas populações. Por isso, a idéia de solidariedade, que é própria do sistema de seguridade, vai se solidificando ao longo do tempo, já que, a partir de então, são chamados a responder pelo risco e pela proteção dos necessitados, todos os indivíduos que integram a sociedade. Para tanto, surgirá o Estado do Bem-Estar que cuidará adequadamente do atendimento das necessidades da coletividade, com um maior ou menor grau de alcance e de acordo com a sua generosidade. Somente dessa maneira é que se poderá pôr em prática os objetivos solidários almejados pelo Sistema que visa, verdadeiramente, o bem-estar da coletividade.

7 - No Brasil, o conceito de seguridade social somente veio a fazer parte do ordenamento jurídico, em 1988, com a Constituição Federal. A partir daí foram todos os indivíduos da sociedade protegidos por normas de previdência social e não apenas aqueles que exerciam qualquer atividade laborativa. Bastava se encontrar em situação de necessidade. Ela tem como base o primado do trabalho e seu objetivo é voltado ao bem-estar e justiça sociais, garantindo a todos, através de um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, a garantia dos direitos relativos à saúde, previdência e assistência social. É, pois, um verdadeiro instrumento de política social tendente a garantir um equilibrado desenvolvimento sócio-econômico e uma distribuição equitativa de renda nacional.

8 - Em muitos regimes jurídicos de proteção, três grupos de riscos, cada um deles relacionado a um dano, recebem proteção. São os riscos que geram a incapacidade para o

trabalho em razão de consequências fisio-patológicas que podem ou não ser ocasionadas pelo trabalho. No primeiro caso, podemos destacar o acidente do trabalho e a enfermidade profissional. Já no segundo agregam-se à enfermidade não profissional, a maternidade, a invalidez e a velhice. Em segundo plano, aparecem os riscos determinantes da falta de oportunidade para trabalhar em razão de causas econômicas, ou seja, o desemprego e, finalmente, os riscos determinados pela perda de meios de subsistência e da emergência de gastos desembolsados pelos familiares sobreviventes do segurado, ou seja, o risco morte do segurado. Todos esses, como outros que porventura não sejam expressamente tratados pelas legislações, deverão, pois, receber cobertura do sistema de seguridade social ou proteção em decorrência da existência de um vínculo laboral, comprovado mediante um contrato de trabalho ou de uma relação de emprego.

9 - Hodiernamente, porém, para se caracterizar a relação de emprego, necessária se faz a presença de alguns requisitos essenciais: a prestação de trabalho por pessoa física a um tomador de serviços; prestação dotada de pessoalidade e não-eventualidade e sob subordinação, sem esquecer da onerosidade. Já o contrato de trabalho, de característica basilar, tem como objeto uma prestação de fazer contínua, subordinada, onerosa e pessoal em relação ao prestador. Não há, propriamente, um conteúdo específico no contrato de trabalho, de tal modo que qualquer obrigação de fazer lícita e subordinada pode ser tida como uma obrigação empregatícia contratual. Modernamente, incluem-se os caracteres da pessoalidade, não eventualidade e onerosidade. Atualmente, os contratos de trabalho ganharam a qualidade de contrato de adesão, o que se explica por vários aspectos. O primeiro deles, por estar a vontade do empregado mais condicionada à do empregador, tanto em relação ao aspecto econômico, revelado pela sua dependência econômica, como em relação ao aspecto material e jurídico, vez que aos trabalhadores só restava a possibilidade de aderir às cláusulas que eram discricionariamente impostas pelos empregadores que passaram a garantir certos direitos e vantagens, mostrando o reflexo da restrição à liberdade de estipulação das cláusulas unilateralmente impostas pelo tomador de serviços. A melhor interpretação dos contratos de adesão deve privilegiar a parte que não estipula as cláusulas, de modo a gerar a redução das desigualdades entre as partes.

10 - A visão protetiva deve ser sempre presente no contrato de emprego, uma vez que a proteção é princípio norteador. A questão tem caráter político-ideológico, porém, modernamente percebe-se um aumento da proteção, paralelamente à precarização nas relações de

trabalho. Para isso, deve-se conceder a proteção aos trabalhadores, sem que isso seja visto como um entrave ao desenvolvimento e crescimento da atividade empresarial. Surge a necessidade da criação de um complexo feixe de normas que passou a ser chamado de Direito do Trabalho, para que fosse viável a regular essas relações de natureza negocial e contratual, tendo em vista a obtenção de um equilíbrio entre as partes da relação que a este se vinculam. Por isso, o contrato de trabalho deve ser cumprido atendendo às condutas ditadas pelas partes contratantes de modo a permitir um desenvolvimento saudável. As partes devem cumprir as suas responsabilidades, aquelas que foram estabelecidas como regras no contrato, atendendo alguns princípios de Direito, como por exemplo, o princípio da boa-fé, da lealdade na realização contratual e da fidelidade na prestação de trabalho. Do mesmo modo, o contrato de trabalho assegura ao empregador o dever, não só de pagar o salário, mas de garantir níveis salariais que permitam ao empregado viver em condições dignas de vida, de modo a auferir o seu sustento e o de todos aqueles que dele dependam economicamente, nos exatos termos que a Constituição Federal.

11- O empregador, parte do contrato de trabalho, é aquele que admite empregado, sob forma remunerada e subordinada, para obter trabalho. E mais: é ele quem assume o risco da sua atividade, que pode estar sujeita ao sucesso como ao fracasso do mercado. Ele tem como obrigação fundamental o pagamento da remuneração do empregado, já que com ele firmou uma relação contratual e de emprego de natureza onerosa. Esta é, pois, uma das contraprestações afetas ao empregador, tendo em vista a prestação de serviços por parte do empregado. Nesse ponto, exatamente, pode-se destacar a presença do princípio civilista da função social do contrato, quando, de um lado se percebe a troca, no contrato de trabalho, de dois bens: ou seja, a energia do trabalho do empregado e a soma de dinheiro ou outro bem capaz de satisfazer as necessidades humanas, pagas pelo empregador àquele. Portanto, essa obrigação patronal de remuneração é sempre de resultado, o que implica em dizer que só será considerada cumprida com o pagamento propriamente dito, sendo inaceitável qualquer tentativa de isenção ou justificativa de inadimplência. A ele cabe ainda alguns deveres complementares que estão relacionados à cooperação jurídica do empregador na prestação de trabalho, tais como a “responsabilidade que ele passa a assumir em face de terceiros por fato do trabalho e, em face do próprio empregado, pela segurança e higiene do trabalho, previdência social, acidentes e moléstias profissionais”. Desse modo, as condições que procurem evitar o excesso de trabalho e o desgaste psíquico para o empregado, são, a priori, de responsabilidade do empregador, e a falta

de cuidado com esse aspecto na empresa causa transtornos também ao âmbito público, pois, o atendimento do empregado doente será de responsabilidade, não só daquele, mas, também do Estado e da sociedade, já que os riscos têm contornos sociais e não pessoais, apenas. As obrigações acessórias também têm extrema importância na garantia da dignidade de pessoa humana do trabalhador, pois, determinam a obrigação patronal em relação à garantia de um meio ambiente de trabalho saudável, garantindo ao seu empregado o exercício do seu trabalho em condições básicas de segurança em atenção à sua integridade física e saúde, sem esquecer, é claro, do cuidado que deve ter na concessão de horários necessários para o descanso e repouso.

12 – A nossa Carta Magna reconheceu a essencialidade do trabalho como um dos instrumentos mais importantes da definição da dignidade do trabalhador, tanto num contexto individual como no social. Isso pode ser visto com a simples leitura do artigo 1º, incisos III e IV da CF/88, que retratam os princípios fundamentais da República Federativa do Brasil, quando trabalha os Direitos e Garantias Fundamentais como direitos fundamentais sociais.

12 - O empregador deve, pois, não só dar trabalho, mas também, deve possibilitar ao empregado a execução normal da sua atividade, proporcionando-lhe todos os meios adequados para que esse fim seja alcançado e, para tanto, deverá sempre respeitar a sua personalidade moral, na sua dignidade absoluta de ser humano. Paralelamente, o Estado também deve concorrer com essa disciplina, aparecendo como sujeito também responsável pela garantia do bem-estar e da seguridade social, sem esquecer que ele também aparece como um dos responsáveis pela criação de condições favoráveis ao livre exercício da atividade econômica, que seja capaz de viabilizar uma boa oferta de postos de trabalho e redistribuição de fontes de riqueza. O Estado tem assim, o dever de pautar pela proteção do mais débil da relação econômica, restringindo a autonomia das partes que decidem as condições de trabalho, assegurando, um mínimo necessário de dignidade, inclusive, aos desempregados. Assim, a dignidade humana passa a ser vista como condição para a pessoa viver plenamente suas realizações e isso lhe permite que viva intensamente os seus direitos.

13 - Toda a atividade que acarrete prejuízo, traz em seu bojo, como fato social, o problema da responsabilidade. Destina-se a restaurar o equilíbrio moral e patrimonial provocado pelo autor do ato danoso, tendo em vista o interesse em restabelecer a harmonia e o equilíbrio violados pelo dano. A responsabilidade exprime a idéia de equilíbrio, contraprestação e principalmente de reparação do dano. A sua finalidade é garantir o direito da vítima à segurança,

através do pleno ressarcimento dos danos que sofreu, restabelecendo-se, na medida do possível, o *status quo ante*, atendendo a uma necessidade moral e jurídica de justiça. A responsabilidade constitui também um dever sucessivo decorrente da violação de um dever originário advindo da obrigação. Desse modo, toda a conduta humana que, violando um dever jurídico originário, causa prejuízo a outrem, é fonte geradora de responsabilidade civil. Assim, se alguém, no âmbito da relação trabalhista, se compromete a prestar serviços a outrem, assume uma obrigação e caso não venha cumpri-la, violará o seu dever originariamente pactuado, surgindo aí a responsabilidade de cobrir o prejuízo causado em decorrência do não cumprimento da prestação.

14 - Na visão da Teoria Geral do Direito, a responsabilidade civil decorre da prática de um ato jurídico lícito ou ilícito, sendo esse último considerado jurídico tendo em vista os efeitos que produz na esfera do direito, vez que se constitui como fonte de obrigação, já que é resultado de violação de um dever de conduta por meio de ação ou omissão culposa ou dolosa do agente, da qual decorrem danos que atingem o indivíduo. São previstos no artigo 186 do CC de 2002, que, de forma bem clara, ratifica o fato de que não são necessárias apenas a ação ou a omissão do agente, sua negligência, imprudência ou imperícia. . Imprescindível se faz conjugar esses fatos à idéia de prejuízo, pois, sem ele, não há como falar em dever de indenizar.

15- Tendo em vista os códigos civis vigentes ou ainda projetados no século XIX, a culpa aparecia como elemento fundamental, senão, até mesmo, único da responsabilidade civil. Ela, portanto, tornou-se uma espécie de “célula *mater*” da teoria da responsabilidade e todo o entendimento jurídico da época caminhava para o fato de que não havia que se falar em responsabilidade civil sem antes mesmo se falar de culpa, o que, mais tarde, não será mais verdadeiro. Com o passar do tempo, percebe-se que esta teoria não mais se adequaria à nova realidade que se apresentava como resultado da Revolução Industrial que foi a principal responsável pelo aumento do número dos acidentes de trabalho. Novas teorias, portanto, se faziam necessárias, já que as vítimas precisavam, certamente, de uma maior proteção. Foi a partir de então que passou a florescer a teoria do risco, que, paralelamente à teoria da culpa, passava a ganhar terreno. A responsabilidade passava a ganhar a natureza de responsabilidade objetiva, onde, os operários que sofriam os acidentes de trabalho teriam direito à indenização independentemente da ocorrência de culpa do patrão ou do próprio empregado. Essa teoria era fundada no princípio da equidade, uma vez que se adotava a idéia de que aquele que lucra com o desempenho de certa atividade, teria o dever de responder pelos riscos ou desvantagens delas

decorrentes. Era essa a visão da teoria civilista, pois, nela se pregava a idéia de que o patrão teria, sim, o dever de indenizar por ser o detentor dos meios de produção e dos instrumentos de trabalho que geralmente geravam o infortúnio. Nessa teoria ficará presumida a idéia do exercício da atividade perigosa como fundamento indispensável da responsabilidade civil sem culpa, já que, por si só, essa atividade está atrelada ao risco, e será em virtude do seu advento que o empregador deverá assumir o dever de responsabilização, amparando as necessidades do seu empregado que foi atingido por tal infortúnio. Contudo, hoje em dia, além da teoria do risco da atividade, o direito civil moderno trabalha com outra teoria chamada de teoria do dano objetivo, para a qual, a pura e simples existência de dano é passível de indenização e reparação, e, da mesma forma que a teoria objetiva, despreza a prova da existência de culpa. Isso mostra a tendência atual no tocante à substituição da idéia da responsabilidade pela idéia da reparação; a idéia da culpa pela do risco; e da responsabilidade objetiva pela subjetiva. E isso tem uma finalidade: a de facilitar a vida da vítima a fim de que ela consiga uma indenização dos danos que alguém lhe causou, com fundamento nos princípios da equidade, justiça, solidariedade e socialização do direito e dos riscos.

16 - O artigo 927, § único do Código Civil de 2002, ao criar um conceito mais aberto de responsabilidade objetiva, ampliou significativamente essa espécie de responsabilidade, pois, até então, ela só existia nos casos excepcionais previamente criados pela lei; o que passou a sofrer mudanças, a partir da sua edição, vez que a partir de então, deu-se liberdade ao legislador para ele reconhecer a responsabilidade objetiva em face das atividades de risco, o que nos fazer dizer, que o Brasil, a partir daí, passou a adotar a responsabilidade subjetiva ao lado da objetiva, não sendo mais essa uma exceção, vez que decorreu de um simples reflexo das modificações tecnológicas do mundo moderno, caminhando as duas, uma ao lado da outra, o que se fez necessário devido à inevitabilidade do aperfeiçoamento do Direito como uma ciência social.

17 - O risco-criado é a modalidade de risco mais aceita como adequada à hipótese da segunda parte do parágrafo único do artigo 927 do Código Civil, e, na opinião de Venosa, deve ser usada como denominador para o juiz definir a atividade de risco no caso concreto, já que palavra “implicar” significa ter por consequência, criar, gerar, a partir do desempenho da referida atividade os danos de terceiros. E mais ainda, o risco-criado deve significar não somente o risco ínsito a determinada atividade, pois, todas as atividades trazem certo risco. Deve compreender,

ainda, o risco que não é inerente, mas que é criado em razão do emprego dos meios para o seu desempenho.

18 - Em relação à teoria do risco da atividade econômica podemos dizer que ela está diretamente relacionada ao que o legislador dispôs no artigo 2º da CLT, quando expôs: “Considerada-se empregador a empresa, individual ou coletiva que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviços.” Isso importa afirmar que todo o contrato de trabalho tem dentro de si, uma carga de incerteza, ou seja, uma álea ou risco que deve ser suportado pelo contratante prejudicado. Assim, esse mesmo artigo da CLT, ao conceituar empregador como a empresa que assume os riscos da atividade econômica, está adotando a teoria objetiva em relação danos sofridos pelo empregado em razão da mera execução regular de um contrato. Desse modo, não pode o empregado sofrer qualquer dano apenas por executar um contrato de trabalho, já que o risco da viabilização da atividade econômica deverá sempre ser suportado pelo empregador. Logo, este se responsabiliza por todos os ônus exigidos para viabilizar as atividades da empresa, não podendo o empregado concorrer com qualquer risco ou prejuízo. Isso prova que o funcionamento e a viabilização da empresa constitui em obrigação de resultado, não sendo, por essa razão, adequada a transferência do ônus da responsabilização ao empregado. Logo, a adoção da responsabilidade objetiva no âmbito contratual tem por fundamento a idéia do solidarismo constitucional que valoriza a dignidade da pessoa humana e alguns fundamentos da ordem econômica, quais sejam: a função social da propriedade, o primado do trabalho, a proteção ao meio ambiente e a busca pelo pleno emprego.

19 - É de grande importância a identificação, em cada caso concreto, da natureza da obrigação assumida por quem empreende atividades de risco, o que implicará, ao empregador, a obrigatoriedade de manter incólume a integridade física e psíquica dos trabalhadores que a ele se vinculam, sob pena de responsabilização, sem esquecer, é claro, de que não apenas essa peculiaridade irá gerar o dever e a responsabilidade objetiva de reparar o dano, mas também, a falta de cuidados no exercício das atividades poderá gerar a mesma responsabilização, em razão de que para todo o exercício de atividade perigosa deve haver um dever atrelado de segurança que vai variando de acordo com a periculosidade e com os padrões de expectativa da coletividade.

20 – Nos dias de hoje, adota-se a inclusão de seguros para oferecer cobertura àqueles que, em face do pagamento de um prêmio e do desempenho de uma atividade de risco, possa

gerar danos a terceiros. Contudo, a doutrina não é muito favorável à adoção dessa técnica, pois, informa que essa tendência à estipulação de seguros para as mais variadas hipóteses de responsabilização objetiva parece criar um fenômeno às avessas, caracterizado pela mitigação do senso de responsabilidade, causando uma redução da preocupação do causador do dano em efetivamente assumir os riscos e os danos deles decorrentes; tudo isso justificado pelo fato de se transferir a uma seguradora o risco no desembolso de valores a título de reparação dos danos, fazendo com que aquele (o causador do dano) se sinta previamente protegido contra as consequências de uma ação de natureza reparatória. Entretanto, concluímos que essa técnica de securitização não seja prejudicial, muito pelo contrário, ela servirá para evitar que passem daqui a algum tempo a existir danos ou prejuízos sem a devida reparação, fato esse que cause o aumento das demandas judiciais, causando tumulto ao judiciário, transtorno e insatisfação social, sem contar com a total reversão da idéia do legislador do Código Civil, que viu, quando da elaboração do artigo 927, a possibilidade de garantir aos lesados uma total reparabilidade dos danos, em razão do desenvolvimento das atividades perigosas que são necessárias ao desenvolvimento econômico-social de um país. O seguro, na realidade, socializa a responsabilidade pela reparabilidade dos danos, diluindo-a entre um grupo de pessoas ou pela sociedade, de forma que seja possível se reduzir a quantidade de situações não indenizadas.

21 - Diante da ocorrência do acidente de trabalho, o que se espera e o que se busca proteger são as consequências que dele advêm, quais sejam: a morte; impossibilidade total de exercer toda e qualquer atividade laborativa, de maneira permanente; incapacidade total de trabalhar durante um dado período; redução parcial da capacidade para trabalhar, de forma permanente e, por fim, a necessidade de imprimir um maior esforço para o exercício da própria ou de outra profissão. Portanto, para que haja acidente de trabalho, a incapacidade laborativa tem que ser total e permanente, parcial e permanente, total e temporária, parcial e temporária, mesmo uma parte da doutrina criticando a possibilidade de enquadramento dessa última. Para a seara previdenciária, a incapacidade para o trabalho é classificada de acordo com vários fatores, dentre os quais podemos citar: o grau de incapacidade, a duração e a profissão. Sendo assim, quanto ao grau de incapacidade, esta pode ser: parcial ou total; quanto à duração, a incapacidade poder ser: temporária, indefinida ou permanente; e quanto à profissão, a incapacidade pode ser uniprofissional e omni-profissional.

22 - Uma vez reconhecida a responsabilidade do empregador, abriu-se-lhe a oportunidade para, de outra parte, recorrer ao Instituto de Seguridade, o qual ficaria responsável pelo pagamento de um prêmio determinado. Surge, então, a teoria do risco profissional, preconizando uma tutela específica para assegurar o trabalhador contra os infortúnios da atividade laboral. Com a adoção da teoria do risco social, o empreendedor passa a ser o único responsável pelo pagamento de uma determinada cota ao Instituto de Seguridade justificando-se tal obrigação pelo fato de ser ele o titular da empresa, fonte dos riscos. Para isso, deveria pagar as prestações à Previdência, para se liberar de cumprir mais qualquer obrigação indenizatória ao empregado acidentado.

23 - A Teoria do Risco Social procurou enfatizar a necessidade de um seguro acidentário obrigatório. O seguro acidentário deveria ser pago por uma entidade previdenciária, tendo como fonte de custeio a contribuição de trabalhadores e empregadores. Essa teoria foi adotada pelo Brasil na Constituição de 1967, quando, de fato, o seguro acidente passou a ser definitivamente um benefício previdenciário. Na maioria dos países onde se adotou a teoria do risco social, ficou determinado que o empregador ficava obrigado a contribuir para um determinado instituto, o qual teria o dever de pagar um prêmio determinado ao trabalhador, em caso de acidente. Dessa forma, o empregador liberava-se de sua obrigação, podendo, entretanto, o trabalhador, acionar aquele pelas regras do direito comum, pleiteando indenização integral. Entretanto, assegurar o trabalhador contra riscos de acidente, por meio de contribuição a um instituto, tornava-se uma obrigação indeclinável para o empresário. O trabalhador, por sua vez, faz jus ao pagamento de um prêmio em caso de acidente, ainda quando esse tenha sido causado por imprudência sua, ou devido ao caso fortuito ou a força maior, situações essas que são excluídas do direito comum. Existe aí uma transferência de responsabilidade: o empregador paga a prestação devida e transfere a responsabilidade ao instituto.

24 - A nossa legislação previdenciária atual, todavia, através da Lei n. 8213/91, adotou a teoria do risco, e dessa forma, fixou que a reparação pela lei previdenciária tem cabimento nas hipóteses de culpa do empregador, caso fortuito, e força maior, excetuando-se, os casos de autolesão e o ato praticado pelo próprio empregado visando obter vantagem com o infortúnio. A fim de que o segurado possa fazer jus aos benefícios previdenciários devidos em caso de acidente ou doença, deve atender aos pressupostos legais. Tais pressupostos diferenciam-se daqueles exigidos no campo do direito civil, pois, de fato, no campo da responsabilização

previdenciária, incumbe ao trabalhador, provar o dano e a relação de causalidade entre a doença e o trabalho, ou seja, requisitos distintos daqueles exigidos para a comprovação da responsabilidade civil comum. Em outras palavras, a questão da indenização devida em decorrência de acidente do trabalho não pode ser tratada a partir da aplicação das disposições contidas no artigo 186 do Código Civil, que fundamenta o dever de indenizar na conduta omissiva ou comissiva, voluntária, negligente ou imperita do agente que venha causar dano ou lesar patrimônio de outrem.

25 - A problemática que envolve a responsabilidade em matéria de saúde laboral possui dimensão social maior do que as atinentes a relações civis privadas. Trata da preservação de bens jurídicos essenciais à manutenção da dignidade da pessoa humana, tais como consagrados na Constituição Federal, como fundamento dos princípios fundamentais que garantem a existência do estado democrático de direito. O direito à vida, à integridade física, à saúde, e o direito ao próprio trabalho compõem o rol dos direitos fundamentais, necessários à preservação da dignidade da pessoa humana do trabalhador e que são tutelados pelo direito que cuida da responsabilidade por danos causados em decorrência de acidentes do trabalho. Por isso, o direito do trabalho encontra seu fundamento último na responsabilidade civil objetiva do empregador em todas as hipóteses de dano à saúde ou à vida do trabalhador. É um dos princípios basilares do direito do trabalho, aquele que impõe a responsabilização objetiva do empregador em relação aos haveres do empregado, já que será ele quem irá assumir todos os riscos da atividade econômica. Aí se encontra a teoria do risco na sua mais pura essência, imperando desde o início da formação da relação de trabalho. Por ela, o empregador responde pelos direitos trabalhistas do empregado, independentemente de qualquer alegação de fortuito interno ou externo.

26 - O empregador não seja capaz de envidar esforços para a preservação da saúde do seu empregado, deverá, por isso, responder, independentemente de culpa de sua parte, já que é ele, o empregador, quem auferir todos os lucros e benefícios da atividade, e é assim também que deverá ele suportar todos os prejuízos dela resultantes, e não a sociedade. Se é o tomador de serviço quem assume os riscos da atividade econômica, deve ele, não somente zelar pela integridade física e psíquica do empregado, mas também indenizá-lo pelos prejuízos materiais e morais advindos da doença ocupacional ou do acidente típico resultante da prestação de labor imprescindível ao desenvolvimento daquela atividade.

27 – A responsabilidade do empregador é objetiva em relação às obrigações trabalhistas, já que essas são obrigações de resultado. Então, não poderia ser diferente com relação ao infortúnio laboral, que é muito mais grave. Não há lógica para que o sistema normativo brasileiro trate de maneira desuniforme as duas situações, e, por isso mesmo é que propomos que a responsabilidade do empregador seja objetiva também no tocante aos danos emergentes da doença ocupacional e do acidente de trabalho. É com a celebração do contrato de trabalho que o empregador assume a obrigação de zelar pela saúde e segurança de seus empregados que se encontram subordinados a seu poder de mando, independentemente da existência de cláusula a respeito. É do empregador ainda o dever de manter em condições satisfatórias o meio ambiente do trabalho, assumindo objetivamente a responsabilidade por eventuais danos que advierem da má qualidade desse ambiente ao trabalhador. Logo, não se pode falar em obrigação de meio aquela que deve garantir direitos fundamentais ao trabalhador, assim entendidos os direitos à manutenção de sua integridade psicofísica e, portanto, de sua dignidade. Se a tutela à integridade da pessoa humana e, portanto, do trabalhador, foi alçada a princípio fundamental da ordem jurídica democrática, deve-se considerar a obrigação patronal de manter a integridade psicofísica de seus empregadores na primeira e maior das obrigações assumidas através do contrato de trabalho.

BIBLIOGRAFIA

ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de Filosofia*, revisão da tradução e tradução dos novos textos de Ivone Castilho Benedetti. 5ª. Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

AGUIAR, Roger Silva. *Responsabilidade Objetiva: Do risco à solidariedade*. São Paulo: Atlas, 2007.

ALCURE, Fábio Aurélio da Silva. *Meio Ambiente de Trabalho e Perda Auditiva: Responsabilidade objetiva do empregador*. In: Revista Gênesis, Porto Alegre, n. 85, p. 44-45, jan. 2000.

ALLY, Raimundo Cerqueira. *Normas Previdenciárias no Direito do Trabalho*. São Paulo: IOB, 2002.

ALMEIDA, Cleber Lúcio de. *Responsabilidade Civil do Empregador e o acidente do trabalho*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

ALONSO, Paulo Sérgio Gomes. *Pressuposto da Responsabilidade Civil objetiva*. São Paulo: Saraiva, 2002.

ALVIM, Agostinho. *Da Inexecução das obrigações e suas conseqüências*. 4ª. Ed. São Paulo: Saraiva, 1972.

AMORIM, Sebastião Luiz e OLIVEIRA, José de. *Responsabilidade civil: acidente de trabalho: comentários, jurisprudência, casuística*. 2ª Ed. Ampl. E atual. São Paulo: Saraiva, 2003.

ANDRADE, Manoel Antônio Domingues. *Teoria Geral da Relação Jurídica*. vol I. Coimbra: Almedina, 1992.

ARISTÓTELES. *Política*. São Paulo: Editora Martin Claret, 2001.

ASSIS, Armando de Oliveira. *Em busca de uma concepção moderna de Risco Social*. Revista dos Industriários 18, de dezembro de 1950.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Proposta de classificação da responsabilidade objetiva: Pura e Impura*. Revista dos Tribunais, v. 698, p. 11, dez. 1993.

_____. *Proposta de classificação da responsabilidade objetiva: pura e impura, algumas hipóteses e responsabilidade civil no Código de Processo Civil*. Revista do Advogado de São Paulo, São Paulo, n. 44, p. 07-19, out. de 1994.

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Negócio Jurídico: existência, validade e eficácia*. 3ª. Ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

BARROS JÚNIOR, Cássio de Mesquita. *Previdência Social Urbana e Rural*. São Paulo: Saraiva, 1981.

BECK, Ulrich. *La sociedad Del riesgo – Hacia una nueva modernidade*. Trad.: Jorge Navarro; Daniel Jimenéz, Maria Rosa Borrás. Barcelona: Ediciones Paidós Ibérica, 1998.

_____. *La Sociedad Del Riesgo Global*. 2. ed. Trad. Jesus Albores Rey. México: Siglo XXI, 2006.

BELMONTE, Alexandre Agra. *Curso de Responsabilidade Trabalhista: Danos Morais e Patrimoniais nas Relações de Trabalho*. 2ª. Ed. São Paulo: LTR, 2009.

_____. *Instituições civis no direito do trabalho*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

BRANDÃO, Cláudio. *Acidente de Trabalho e a responsabilidade civil do empregador*. São Paulo: LTR, 2006.

CATHARINO, José Martins. *Compêndio de Direito do Trabalho*. 3. ed. rev. e atual. e aum. São Paulo: Saraiva, 1982.

_____. *Compêndio Universitário de Direito do Trabalho*. Vol I. São Paulo: Jurídica e Universitária, 1972.

BEVILAQUA, Clóvis. *O problema da codificação do direito civil brasileiro*. Revista Acadêmica da Faculdade de Direito do Recife, v. VI, p. 3-18, 1896. Apud ALVES, José Carlos Moreira Alves. O projeto de Código Civil de Clovis Bevilacqua. Revista do Advogado. São Paulo: Associação dos Advogados de São Paulo, n. 61, p. 24-34, nov. 2000.

BITTAR, Carlos Alberto. BITTAR FILHO, Carlos Alberto. *Direito Civil Constitucional*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

BRASIL. *Código Penal e Constituição Federal*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

CABANELLAS, Guillermo. *Derecho de los riesgos del trabajo*. Buenos Aires, Editores Úberos, 1968.

CAHALI, Yussef Said. *Responsabilidade Civil*. São Paulo: Saraiva, 1984.

CAIRO JUNIOR, José. *O acidente de trabalho e a responsabilidade civil do empregador*. São Paulo: LTR, 2003.

CAMPOS, José Luiz Dias e CAMPOS, Adelina Bitelli. *Acidentes do trabalho*. São Paulo: LTR, 1993.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 1989.

_____. *Constituição Dirigente e vinculação do legislador*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

CECILIA, Silvana Louzada Lamattina. *Responsabilidade do Empregador por danos à saúde do Trabalhador*. São Paulo: LTR, 2008.

CHAVES, Antonio. *Tratado de Direito Civil*, vol. VIII. São Paulo: RT, 1985.

CHESSA, Federico. *La teoria economica del rischio e della assicurazione*, vol. I. Padova: CEDAM, 1929.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito civil*. 2. ed. v. 2. São Paulo: Saraiva, 2005.

COELHO, Luciano Augusto de Toledo. *Responsabilidade civil pré-contratual em direito do trabalho*. São Paulo:LTR, 2008.

COIMBRA, Feijó. *Direito Previdenciário Brasileiro*. Rio de Janeiro:Ed. Trabalhistas, 10^a ed., 1999.

COMPARATO, Fábio Konder. *Função social da propriedade dos bens de produção*. Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro. São Paulo, n. 63, ano XXV, nova série, p. 1-79, jul/set de 1986.

_____. *O seguro de crédito: Estudo Jurídico*. São Paulo: RT, 1968.

CORDEIRO, Marcel. *O Custeio Previdenciário na Área Rural*. Dissertação de Mestrado. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica, 2005. 327 p.

CORREIA, Alexandre e SCIASCIA, Gaetano. *Manual de Direito Romano*. São Paulo: Saraiva, 1957.

COSTA, Hertz J. *Acidentes do trabalho na atualidade*. Porto Alegre: Síntese, 2003.

COSTA, Tailson Pires. *Dignidade da Pessoa Humana diante da sanção penal*. São Paulo: Fiúza, 2004.

DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. São Paulo: Ltr, 2002.

DALLEGRAVE NETO, José Affonso. *Contrato Individual de Trabalho: uma visão estrutural*. São Paulo: LTR, 1998.

_____. *Inovações na Legislação Trabalhista. Reforma Trabalhista ponto a ponto*. 2. ed. São Paulo: LTR, 2002.

_____. *Responsabilidade Civil no Direito do Trabalho*. 3ª Ed. São Paulo: LTR, 2009.

DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Forense, v. I, 1994.

_____. *Da responsabilidade civil*. 10. ed. 3. tir. rev. aum. Rio de Janeiro: Forense, 1997, v. I e v. II.

DIGUIT. *Las transformaciones del Derecho Privado*. Madrid, 2. ed. (19..).

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*, v.7. 11ª. Ed. São Paulo:Saraiva, 1997.

DINIZ, Maria Helena. *Dicionário Jurídico*. Volume IV. São Paulo: Saraiva, 2003.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 12ª ed, 2005.

DIREITO, Carlos Alberto Menezes e CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Comentários ao Novo Código Civil*. Vol. XII (Coord. Sálvio de Figueiredo Teixeira). Rio de Janeiro: Forense, 2004.

DURAND, Paul. *La Política contemporánea de Seguridad Social*. Madrid: Ministerio de Trabajo e Seguridad Social, 1991.

FARIAS, Cristiano Chaves. *Direito Civil: Teoria Geral*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris.

FERNANDES, Anníbal. *Os acidentes do trabalho*. São Paulo: LTR, 1995.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão e dominação*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1994.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo Dicionário da Língua Portuguesa*.

FESSEI, Regina Vera Villas Boas. *Marcos Históricos relevantes à compreensão da vocação do instituto da responsabilidade civil*. 350f. Tese (Doutorado em Direito das Relações Sociais) - Faculdade de Direito – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo: 2002.

FLORINO, Valdir. *Dano Moral e o direito do trabalho*. São Paulo: LTR, 1995.

FONSECA, Arnaldo Medeiros da. *Caso fortuito e teoria da imprevisão*. 3. ed. rev e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1958.

FONSECA, Ricardo Marcelo. *Modernidade e contrato de trabalho*. Do sujeito de direito à sujeição jurídica. São Paulo: LTR, 2002.

FRANCO, Vera Helena de Mello. *Lições de Direito Securitário: Seguros Terrestres Privados*. São Paulo: Maltese, 1993.

GAGLIANO, Pablo Stolze, PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil – Responsabilidade Civil*. V. VIII, São Paulo: Saraiva, 2003.

GENRO, Tarso Fernando. *Direito Individual do Trabalho*. 2ª. Ed. São Paulo: LTR, 1994.

GIAMPIERI, Alberto. “*Rischio contrattuale in common law*” in *Contratto e impresa, ano XII*, n. 2, Padova: Cedam, 1996.

GIDDENS, Anthony. *A Terceira Via*. Trad. Maria Luiza X. de A. Borges. Brasília: Instituto Teotônio Vilela, 1999.

_____. *The Third Way*. Oxford: Oxford University Press, 1998.

GIDDENS, Anthony, BAUMAN, Zygmunt; LUHMANN, Niklas; BECK, Ulrich. *Las consecuencias perversas de la modernidad, contingencia e riesgo*. Compilación de Josexto Beriain. Barcelona: Anthropos, 2000.

GIORDANI, Francisco Alberto da Motta Peixoto; MARTINS, Melchíades Rodrigues; VIDOTTI, Tarcio José. *Fundamentos do Direito do Trabalho: Estudos em Homenagem ao Ministro Milton de Moura França*. São Paulo: LTR, 2000.

GODAL, Thereza Cristina. *Dignidade do Trabalhador: um conceito construído sob o paradigma do trabalho decente e da honra*. São Paulo: LTR, 2007.

GOMES, José Jairo. *Responsabilidade Civil e eticidade*. Belo Horizonte, Del Rey, 2005.

GOMES, Orlando; GOTTSCHALK, Elson. *Curso de Direito do Trabalho*. 4ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

GONÇALVES, Antonio Fabrício de Matos. *Flexibilização Trabalhista*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

GONÇALVES. Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*. 3ª Ed. IV volume – responsabilidade civil. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. *Parte Especial: do direito das obrigações, artigos 927 a 965*. In: AZEVEDO, Antonio Junqueira de (Coord.). *Comentários ao Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2003, v. 11.

_____. *Responsabilidade Civil*. 8ª. Ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. *Teoria Geral das Obrigações*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. São Paulo: Malheiros, 2002.

GUNTHER, Luiz Eduardo; ZORNIG, Cristina Maria Navarro. *Aplicação do novo Código Civil ao direito do trabalho*. São Paulo: LTR, 2003.

_____. *O direito da personalidade do novo código civil e o direito do trabalho, capítulo da obra coletiva: O impacto do novo Código Civil no Direito do Trabalho*. São Paulo; LTR, 2003.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Responsabilidade Civil e contemporaneidade: retrato e moldura*. Revista semestral novos estudos jurídicos do Curso de Mestrado em Direito da Universidade do Vale do Itajaí, v. 8., n. 3, p. 579-595., set/dez. 2003.

_____. *Tendências Atuais de Responsabilidade Civil: marcos teóricos para o direito do século XXI*. Revista Brasileira de Direito Comparado. Rio de Janeiro, n. 19, p. 189-206, 2001.

_____. *Responsabilidade Pressuposta*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

HORVATH, Mirian Vasconcelos Fiaux. *Auxílio Reclusão*. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

JORGE NETO, Francisco Ferreira; CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa. *Responsabilidade e as relações de trabalho*. São Paulo: LTR, 1998.

JOSSERAND, Louis. *Derecho civil*. Tradução de Santiago C. y Msnterola. Buenos Aires: Bosch, 1950.

JOSSERAND, Louis. *Evolução da Responsabilidade Civil*. Revista Forense, Rio de Janeiro, v. 68, p. 548-559, jun de 1961.

PLANIOL, Maercel e RIPERT, George. *Traité pratique de droit civil française*. Paris: Librairie Générale de Droit & e Jurisprudence, 1930. t. 6 1. pte.

JUCÁ, Francisco Pedro. *A constitucionalização dos direitos dos trabalhadores e a hermenêutica das normas infraconstitucionais*. São Paulo: LTR, 1997.

KANT, Emmanoel. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes e outros escritos*. Tradução de Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martin Claret, 2008.

LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.

LEÃO XIII: *encíclica Rerum Novarum, n. 26, Acción Católica Española*, Colección de Encíclicas y Cartas Pontificias, 1946.

LEITE, João Antonio J. P. *Reparação devida ao acidentado*. São Paulo: LTR, 1985.

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de Direito Processual Civil*. Tradução: Cândido Rangel Dinamarco. Rio de Janeiro:Forense, 1984.

LIMA, Alvino. *A responsabilidade civil pelo fato de outrem*. 2. ed. Atualizada por Nelson Nery Jr. São Paulo: RT, 2000.

_____. *Culpa e Risco*. 2ª. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Curso de Direito Civil*. 6. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1995, v.2.

LORENZETTI, Ricardo Luis. *Fundamentos do Direito Privado*. Tradução de Vera Maria Jacob de Fradera. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

LOTUFO, Renan. *Da oportunidade da codificação civil*. In: Revista dos Advogados de São Paulo, Novo Código Civil: aspectos relevantes, n. 68, p. 19-30, dez. 2002, p. 27.

LUHMANN, Niklas. *Sistema giuridico e dogmática giuridica, feita por Campilongo, Celso Fernandes. Magistratura, sistema jurídico e sistema político*. In: FARIA, José Eduardo. (Org.). *Direito e Justiça: a função social do Judiciário*, p. 113-115.

_____. *La Ciencia de La sociedad*. Trad. de Silvia Pappé, Brunhilde Erker y Luis Felipe Segura. México: Universidad Iberoamericana, ITESO y Editorial Anthropos, 1996.

_____. *Sistemas Sociales – Lineamentos para uma Teoria Geral*. Trad. Silvia Pope e Brunhilde Erker. Barcelona: Anthropos, 1998.

_____. *Sociologia Del Riesgo*. Berlin, Gruyter, 1991.

MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. *Contratos relacionais e defesa do consumidor*. São Paulo: Max Limnrad, 1998.

MAGANO, Octavio Bueno. *Lineamentos de infortunística*. São Paulo: Bushatsky, 1976.

_____. *Manual de Direito do Trabalho*. 4ª. Ed. São Paulo: LTR, 1992.

_____. *Perspectivas do contrato individual do trabalho*. In: CARVALHO, Milton Paulo de. (coord.). *Temas atuais de Direito*. São Paulo: LTR, 1998.

- MAIA, Antonio Roberto Prates. *A hermenêutica constitucional do novo Código Civil*. Salvador (s.n.), 2004, p. 23.
- MANNRICH, Nelson. *Pecúlio na Previdência Social Brasileira*. São Paulo: 1982, 177 páginas. Dissertação de Mestrado, área de concentração em Direito do Trabalho. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.
- MANUS, Pedro Paulo Teixeira Manus. *Direito do Trabalho*. 10^a . ed. São Paulo: Atlas, 2006.
- MARANHÃO, Délio. *Instituições de Direito do Trabalho*. 14. ed. São Paulo : Fundação Getúlio Vargas, 1997.
- MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. *Fundamentos da pena*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000.
- MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito do Trabalho*. 3^a. Ed. São Paulo: Editora Malheiros, 1996.
- MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no Direito Privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- MAZEAUD, Henri e MAZEAUD, Leon. *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile, dilictuelle et contractuelle*. 3. ed. Paris: [?], 1938.
- MELO, Raimundo Simão de. *Direito Ambiental do trabalho e a saúde do trabalhador: responsabilidades legais, dano material, dano moral, dano estético*. São Paulo: LTR, 2004.
- _____. *Responsabilidade Objetiva e inversão da prova nos acidentes de trabalho*. In: Revista LTr, São Paulo, n. 70-01, p. 29, jan. 2006.
- MIRANDA, Francisco Cavalcante Pontes de. *Tratado de Direito Privado. Parte Especial*. Tomo LIII. Rio de Janeiro: Borsoi, 1966.
- _____. *Tratado de Direito Privado*. 3. ed. Rio de Janeiro, Borsói, vol. LIII, 1972.
- MONTEIRO, Antonio Lopes; BERTAGNI, Roberto Fleury de Souza. *Acidentes do trabalho e doenças ocupacionais: conceito, processos de conhecimento e execução e suas questões polêmicas*. 3^o ed. atual. de acordo com o Código Civil de 2002, as normas sobre os precatórios e o novo FAP. São Paulo: Saraiva, 2005.
- MORAES, Maria Celina Bodin. *A caminho de um direito civil constitucional*. Revista de Direito Civil. São Paulo, v. 65, 1990.
- MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

MORAES FILHO, Evaristo de. *Sucessão nas Obrigações e a Teoria da Empresa*. Vol I. Rio de Janeiro: Forense, 1960.

MOUSSERRON, Jean Marc. *La gestión dès risques par lê contrat*”, in *Revue Trimestrille de droit civil*, n.3, jul/sept 1988, ano 87.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro do. *Iniciação ao Direito do Trabalho*. São Paulo: LTR, 1993.

_____. *Compêndio de Direito do Trabalho*. São Paulo: LTR, 1972.

_____. *Curso de Direito do Trabalho*. São Paulo: LTR, 1996.

NASCIMENTO, Tupinambá Miguel Castro do. *Curso de Direito Infortunistico*. 3. ed. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1992.

NASCIMENTO, Walter Vieira do. *Lições de História do Direito*. 15ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

NORONHA, Fernando. *O direito dos contratos e seus princípios fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 1994.

NERY, Rosa Maria de Andrade. *Apontamentos sobre o princípio da solidariedade no sistema de direito privado*. In: REIS: Selma Negrão Pereira dos. (Coord.). *Questões de direito civil e o novo Código*. São Paulo: Imprensa Oficial, 2004, p. 36-45.

_____. *Idéias do mundo antigo*. Equação do justo e o direito de obrigações. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 20.

NEVES, Ilídio das. *Direito da Segurança Social – Princípios Fundamentais numa análise prospectiva*. Coimbra: Coimbra Editora, 1996.

OLEA, Manuel Alonso. *Introdução ao Direito do Trabalho*. Tradução de C. A. Barata Silva. 4ª. Ed. São Paulo: LTR, 1984.

OLIVEIRA, José de. *Acidentes de trabalho: teoria, prática, jurisprudência*. 3. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 1997.

OLIVEIRA, José César de. *Factum pricipis, força maior e temas correlatos*. In: Barros, Alice Monteiro de. (coord.). *Curso de direito do trabalho*. 2. ed. São Paulo: LTR, 2004.

OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. *Indenizações por acidente de trabalho e doença ocupacional*. São Paulo: LTR, 2005.

_____. *Proteção Jurídica à saúde do trabalhador*. 3ª Ed. São Paulo: LTR, 2001.

_____. *Responsabilidade Civil Objetiva por Acidente de Trabalho – Teoria do Risco*. Revista LTR, São Paulo, v. 68, p. 412, abril de 2004.

OPITZ, Oswaldo; OPITZ, Sílvia. *Acidentes do trabalho e doenças profissionais*. 3ª. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1988.

OTT, Claus e SCHAFER, Hans-Bernd. *Manual de Análisis Economico del Derecho Civil*, trad. De Macarena Von Carstenn-Lichterfelde. Madrid:Editorial Tecnos S.A., 1991.

PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Responsabilidade Civil do Empregador por ato do empregado*. In: LEÃO, Adroaldo e PAMPLONA FILHO, Rodolfo (Coords.). *Responsabilidade Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

PASTOR, Jose Manuel de Almansa. *Derecho de la Seguridad Social*. 7. ed. Madrid:Tecnos, 7º. Ed. Ver. E atua., 2004.

PAOLO VI. *Discurso à Organização Internacional do Trabalho* (10 de junho de 1969), 21: AAS 61 (1969) 500; cf. João Paulo II, *Discurso à Organização Internacional do Trabalho* (15 de junho de 1982), 13: AAS 14 (1982) 1004-1005.

PAULA, Carolina Bellini Arantes de. *As excludentes de responsabilidade civil objetiva*. São Paulo: Atlas, 2007.

PENNA, João Bosco. *Lesões Corporais: Caracterização clínica e o médico legal*. Leme: LED, 1996.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. 19ª. ed. vol. I., Rio de Janeiro: Forense, 1999.

_____. *Responsabilidade Civil*. 8ªed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil. Introdução ao Direito Civil-Constitucional*. Tradução de Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

PIMENTA, Joaquim. *Sociologia Econômica e Jurídica do Trabalho*. 5ª ed. Vols. I e II. São Paulo: Livraria Freitas Bastos, 1957.

PINTO, Carlos Alberto de Mota. *Teoria Geral do Direito Civil*. 3ª. Ed. Coimbra:Coimbra, 1996.

PIOVESAN, Flávia e CARVALHO, Luciana Paula Vaz – Coordenadoras. *Direitos Humanos e Direito do Trabalho*. São Paulo: Editora Atlas, 2010.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e Justiça Internacional*. São Paulo: Saraiva, 2006.

PLANIOL, Marcel. *Traité Élémentaire de Droit Ciivil*. Paris, Tomo II, Librairie G erale de Droit et Jurisprudence, 1949.

PULINO, Daniel. *Acidente do trabalho – a o regressiva contra as empresas negligentes   segurança e   higiene do trabalho*. In: Revista de Previdência Social, v. 20, n. 182, p. 07 e 08, jan. de 1996.

QUEIROGA, Antonio Elias de. *Responsabilidade Civil e o novo Código Civil*. 2^a. Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

QUEIROZ JÚNIOR. Hermano. *Os direitos fundamentais dos trabalhadores na Constitui o de 1988*. São Paulo: LTR, 2006.

RA , Vicente. *O direito e a vida dos direitos*. São Paulo: Resenha Universitária, 1976.

REALE, Miguel. *História do Novo Código Civil*. In: REALE, Miguel; MARTINS-COSTA, Judith (Coord.). Biblioteca de Direito Civil. Estudos em Homenagem ao Professor Miguel Reale. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

REALE, Miguel. *Li es Preliminares de Direito*. 22^a ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

ROCHA, Daniel Machado da; BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. *Comentários   Lei da Previdência Social*. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2005.

RODRIGUEZ, Américo Plá. *Princípios de Direito do Trabalho*. Tradu o; Wagner D. Giglio. São Paulo: LTR, 1993.

RODRIGUES, Silvio. *Responsabilidade Civil*. 13. Ed., v. 4. São Paulo: Saraiva, 1993.

ROMITA, Arion Sayão. *O poder disciplinar do empregador*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1983.

ROUSSEAU, Jean Jacques. *O contrato social*. 3^a. Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

RUSSOMANO, Mozart Victor. *Comentários   lei de acidentes do trabalho (arts. 01 a 44)*, v. I., 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: José Konfino, 1962.

_____. *Comentários   Consolida o das Leis do Trabalho*. 14^a. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1992.

SAAD, Teresinha Lorena Pochmann. *Responsabilidade Civil da Empresa nos acidentes de trabalho*. 2^a. Ed. São Paulo: Ltr, 1995.

SADY, João José. *Direito ao meio ambiente do trabalho*. São Paulo: LTR, 2000.

SAMPAIO, Aluísio. *Contrato Individual de Trabalho em sua vigência*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.

SANTOS, Marco Fridolin Sommer. *Acidente do Trabalho entre a Seguridade Social e a Responsabilidade Civil*. 2. ed. São Paulo: LTR, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 4ª. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição de 1988*. 5ª. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2004.

SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*, p. 73, nota 78. São Paulo: Atlas, 2007.

SCHIAVI, Mauro. *Ações de reparação por danos morais decorrentes da relação de trabalho*. 3ª. Ed. São Paulo: LTR, 2009.

SEVERO, Sérgio. *Os danos extrapatrimoniais*. São Paulo: Saraiva, 1996.

SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico*. 15ª. Ed. Ver. Atual. Nagib Slaibi Filho e Geraldo Magela Alves. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

_____. 26ª. Ed. Nagib Slaibi Filho e Gláucia Carvalho (atualizadores). Rio de Janeiro: Forense, 2005.

SILVA, José Antonio Ribeiro de Oliveira. *Acidente do Trabalho: Responsabilidade objetiva do empregador*. São Paulo: LTR, 2008.

_____. *A saúde do empregado como um direito humano: fundamentos da sua proteção*. 2007. Dissertação de mestrado. Franca: Universidade Estadual Paulista, 2007.

SILVA, Luiz de Pinho Pedreira da. *Principiologia do direito do trabalho*. 2. ed. São Paulo: LTR, 1999.

SILVA, Luís Renato Ferreira da. *Revisão dos contratos: Código Civil ao Código do Consumidor*. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

SILVA, Wilson Melo da. *Responsabilidade sem culpa*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1974.

SIMÓN, Sandra Lia. *A proteção constitucional da intimidade e da vida privada do empregado*. São Paulo: LTR, 2000.

SIMÕES, Aguinaldo. *Princípios de segurança social: previdência social e assistência social*. São Paulo: (não consta editora), 1967, p. 256.

SOUSA, Miguel Augusto Gonçalves de. *Acidentes do trabalho*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1964.

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

STEINER NETO, P.J. *A percepção dos resultados esperados pelos beneficiários como fator de influência no processo decisório* (Tese de doutorado). Departamento de Administração da Faculdade de Economia, Administração e Contabilidade da USP.

STONIER, A.W. & HAUGUE, D.C. *Teoria Econômica*, 2ª edição. São Paulo: Zahar Editores, 1963.

SÜSSEKIND, Arnaldo, MARANHÃO, Délio; VIANNA, Segadas. TEIXEIRA, Lima. *Instituições de Direito do Trabalho*. Vol I. 20ª Ed. São Paulo: LTR, 2002.

SÜSSEKIND, Arnaldo. *Direito Constitucional do Trabalho*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

TELLES, Inocêncio Galvão. *Direito das Obrigações*. 7ª. Ed. Coimbra: Coimbra, 1997.

TEPEDINO, Gustavo. *A evolução da responsabilidade civil no direito brasileiro e as suas controvérsias na atividade estatal*. In: Temas de Direito Civil. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

TEPEDINO, Gustavo. *O novo e o velho Direito Civil. Temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, t. II, p. 398-401.

VÉASE, Frank Knight. *Risk, Uncertainly and Profit*. Boston, Houghton Mifflin Company, 1991.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil – Responsabilidade Civil*. 3ª. Ed. Volume IV. São Paulo: Atlas, 2003.

_____. *Direito Civil: Responsabilidade Civil*, 6. ed. 6ª ed. São Paulo: Atlas, 2006.

VENTURI, Augusto. *Los fundamentos científicos de la Seguridad Social*. Madrid: Ministerio de Trabajo Y Seguridad Social, 1994.

VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro de. *Relação de Emprego: Estrutura Legal e Pressupostos*. 2. Ed. São Paulo: Ltr, 1999.

WIEACKER, Frans. *História do Direito Privado Moderno*. 3. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2004.

Livros Grátis

(<http://www.livrosgratis.com.br>)

Milhares de Livros para Download:

[Baixar livros de Administração](#)

[Baixar livros de Agronomia](#)

[Baixar livros de Arquitetura](#)

[Baixar livros de Artes](#)

[Baixar livros de Astronomia](#)

[Baixar livros de Biologia Geral](#)

[Baixar livros de Ciência da Computação](#)

[Baixar livros de Ciência da Informação](#)

[Baixar livros de Ciência Política](#)

[Baixar livros de Ciências da Saúde](#)

[Baixar livros de Comunicação](#)

[Baixar livros do Conselho Nacional de Educação - CNE](#)

[Baixar livros de Defesa civil](#)

[Baixar livros de Direito](#)

[Baixar livros de Direitos humanos](#)

[Baixar livros de Economia](#)

[Baixar livros de Economia Doméstica](#)

[Baixar livros de Educação](#)

[Baixar livros de Educação - Trânsito](#)

[Baixar livros de Educação Física](#)

[Baixar livros de Engenharia Aeroespacial](#)

[Baixar livros de Farmácia](#)

[Baixar livros de Filosofia](#)

[Baixar livros de Física](#)

[Baixar livros de Geociências](#)

[Baixar livros de Geografia](#)

[Baixar livros de História](#)

[Baixar livros de Línguas](#)

[Baixar livros de Literatura](#)
[Baixar livros de Literatura de Cordel](#)
[Baixar livros de Literatura Infantil](#)
[Baixar livros de Matemática](#)
[Baixar livros de Medicina](#)
[Baixar livros de Medicina Veterinária](#)
[Baixar livros de Meio Ambiente](#)
[Baixar livros de Meteorologia](#)
[Baixar Monografias e TCC](#)
[Baixar livros Multidisciplinar](#)
[Baixar livros de Música](#)
[Baixar livros de Psicologia](#)
[Baixar livros de Química](#)
[Baixar livros de Saúde Coletiva](#)
[Baixar livros de Serviço Social](#)
[Baixar livros de Sociologia](#)
[Baixar livros de Teologia](#)
[Baixar livros de Trabalho](#)
[Baixar livros de Turismo](#)