

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

DANIEL LISBOA

A CLÁUSULA IMPLÍCITA DE INCOLUMIDADE DO CONTRATO DE
EMPREGO E SEUS REFLEXOS PARA O ESTUDO DO ACIDENTE DE TRABALHO

CURITIBA
2012

DANIEL LISBOA

A CLÁUSULA IMPLÍCITA DE INCOLUMIDADE DO CONTRATO DE
EMPREGO E SEUS REFLEXOS PARA O ESTUDO DO ACIDENTE DE TRABALHO

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito das Relações Sociais.

Orientadora: Prof^a. Dr^a. Aldacy Rachid
Coutinho

CURITIBA
2012

TERMO DE APROVAÇÃO

DANIEL LISBOA

A CLÁUSULA IMPLÍCITA DE INCOLUMIDADE DO CONTRATO DE EMPREGO E SEUS REFLEXOS PARA O ESTUDO DO ACIDENTE DE TRABALHO

Dissertação aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre em Direito do Programa de Pós-Graduação em Direito do Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:

Orientadora: Prof^a. Dr^a. Aldacy Rachid Coutinho.
Universidade Federal do Paraná – UFPR

Prof. Dr. José Affonso Dallegre Neto
Centro Universitário Curitiba – UNICURITIBA

Prof. Dr. Sidnei Machado
Universidade Federal do Paraná – UFPR

Curitiba, 23 de novembro de 2012.

Dedico essa dissertação ao meu amor, Izabel, com quem posso contar em todas as horas, e cuja dedicação a mim torna os problemas mais simples e o Mundo mais belo.

Aos meus pais, Maria Luiza e Paulo (*in memoriam*), os quais, por seu esforço, franquearam-me todas as oportunidades que tive em minha vida.

Agradeço à Izabel, que sempre me auxiliou, desde os estudos preliminares para o árduo ingresso na seleção do Mestrado da UFPR até a revisão final dessa Dissertação. Aos amigos Fernando e Lúcia, que dispuseram de seu tempo para auxiliar na revisão do resumo e da versão final do texto. Aos Professores do Curso de Pós-Graduação da UFPR, cujos ensinamentos em alguma medida contribuíram para esse resultado final. À minha orientadora, Prof^a. Dr^a. Aldacy Rachid Coutinho, que apontou caminhos seguros a serem trilhados nessa pesquisa.

RESUMO

O trânsito jurídico do trabalho subordinado é realizado pelo contrato de emprego. Esse contrato, dada a relevância dos bens jurídicos que protege, conta com pequena margem negocial, uma vez que apresenta diversas cláusulas impostas por lei e pela vontade coletiva, fenômeno conhecido como dirigismo contratual. Entre essas cláusulas implícitas ao tipo contratual, há uma de incolumidade do empregado. A cláusula de incolumidade comporta uma obrigação de garantia, pois cumpre ao empregador assumir os riscos da atividade econômica no modo de produção capitalista, a fim de que possa justificar a apreensão da mais-valia. Reconhecida essa situação jurídica, a reparação de acidentes de trabalho e doenças ocupacionais deve ser realizada com base nas regras da responsabilidade civil contratual, pois essa conferirá maior proteção à vítima, resultado esse que se busca no Direito de Dano contemporâneo. Isso porque o inadimplemento, que se apresenta a partir da comprovação do dano, faz presumir o nexos causal, elemento cuja prova é extremamente complexa, especialmente quando existente concorrência de causas. A análise da culpa é despicienda, porque, tratando-se de obrigação de garantia, a responsabilidade é objetiva. Não haverá responsabilidade do empregador em hipóteses de acidente de trabalho e doenças ocupacionais, pois, quando provada a inexistência de nexos causal entre o dano e o trabalho prestado, ou provados fato de terceiro, caso fortuito externo ou causa exclusiva da vítima.

Palavras-chave: Contrato de emprego. Dirigismo contratual. Tipicidade. Cláusula de incolumidade. Responsabilidade civil contratual. Acidente de trabalho. Doença ocupacional.

ABSTRACT

The legal transit of the subordinate work is performed by the contract of employment. This contract, given the importance of the legal interests it protects, has little negotiating room, since it contains several clauses which are imposed by the legislation and by the collective will, a phenomenon known as contractual dirigisme. Among these clauses that are intrinsic to this type of contract, there is one related to the safety of the employee. This clause contains an obligation of guarantee, because, in the capitalist mode of production, the employer shall bear the risks of the economic activity in order to justify the seizure of the surplus value. Once this legal situation is acknowledged, the reparation of work accidents and occupational diseases should follow the rules of contractual civil liability, as they provide greater protection to the victim, a result that is sought in the contemporary theory of Damage Law. That is because the contractual breach, which arises from the evidence of damage, determines the assumption of the causal link, an element whose proof is extremely complex, especially when there are other causes involved. The guilt analysis is unnecessary, because, as it is an obligation of guarantee, the liability is objective. Therefore, the employer will not be liable in events of work accidents and occupational diseases when it is established that there is no causal link between the damage and the work performed, or when one of the following circumstances is proven: third party action, external unforeseeable circumstances or exclusive guilt of the victim.

Keywords: Employment contract. Contractual dirigisme. Safety clause. Contractual liability. Accident at work. Occupational disease.

SUMÁRIO

1.INTRODUÇÃO	08
2. ACIDENTE DE TRABALHO E DOENÇAS OCUPACIONAIS	12
2.1 A QUESTÃO DA SAÚDE DO TRABALHADOR AO LONGO DA HISTÓRIA.....	12
2.2 AS VÍTIMAS E OS NÚMEROS.....	18
2.3 A ATUAÇÃO GOVERNAMENTAL MAIS RECENTE RELACIONADA AO TEMA.....	21
2.4 CONCEITO DE ACIDENTE DE TRABALHO.....	25
2.5 EFEITOS JURÍDICOS DO ACIDENTE DE TRABALHO EM SENTIDO LATO.....	28
3. A NATUREZA JURÍDICA DA RELAÇÃO DE EMPREGO	31
3.1 O EMBATE DAS VERTENTES CONTRATUALISTAS E ACONTRATUALISTAS.....	31
3.2 A RELAÇÃO DE EMPREGO COMO CONTRATO.....	38
3.2.1 A opção legislativa brasileira.....	38
3.2.2 A teoria contratual revisitada.....	40
3.2.2.1 A ideologia do contrato clássico e a decadência do voluntarismo.....	40
3.2.2.2 A revisão da posição da vontade no contrato – a inserção legislativa de cláusulas cogentes.....	51
3.2.2.3 O dirigismo contratual no âmbito das relações de trabalho.....	55
3.2.2.4 O problema da vontade – a vontade negocial e a contratual.....	59
3.2.2.5 A teoria do contrato sem negócio jurídico – a presença de vontade contratual nas relações de emprego.....	61
3.2.2.6 A vontade negocial no contrato de emprego contemporâneo.....	72
3.2.2.7 O contrato de emprego contemporâneo.....	78
3.2.2.8 As funções e características do contrato de emprego contemporâneo.....	83
3.2.2.9 O conteúdo mínimo do contrato de trabalho – a cláusula implícita de incolumidade.....	88
3.2.2.10 Análise histórica do processo interventivo-legislativo na esfera da proteção da saúde do trabalhador no Brasil.....	93
4. RESPONSABILIDADE CIVIL	107
4.1 FUNDAMENTOS E RELEVÂNCIA.....	107
4.2 CONCEITO DE RESPONSABILIDADE CIVIL.....	113
4.3 A EVOLUÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL.....	115
4.4 AS ESPÉCIES DE RESPONSABILIDADE CIVIL.....	120
4.4.1 Responsabilidade objetiva e subjetiva.....	120
4.4.2 Responsabilidade Civil Contratual e Extracontratual ou Aquiliana.....	123
4.5 ELEMENTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL.....	128
4.5.1 Conduta voluntária (ilícita em sentido estrito ou de risco) e inadimplemento (de obrigação de meio, resultado ou garantia).....	129
4.5.1.1 Conduta voluntária.....	130
4.5.1.2 Inadimplemento.....	134
4.5.1.2.1 Obrigações de meio, de resultado e de segurança ou garantia.....	137
4.5.1.3 A responsabilidade pela conduta ou inadimplemento de outrem.....	140
4.5.2 Dano.....	141
4.5.3 Nexo de causalidade.....	148
4.5.4 Reflexões finais sobre o instituto da responsabilidade civil.....	158
5. RESPONSABILIDADE CIVIL E ACIDENTE DE TRABALHO	163
5.1 EVOLUÇÃO DO TRATAMENTO DO PROBLEMA PELA TÉCNICA.....	163

5.2 A RESPOSTA JURÍDICA AO ACIDENTE DE TRABALHO EM SENTIDO LATO.....	166
5.2.1 A regra de imputação – os custos devem ser do empregador.....	166
5.2.2 O estabelecimento do conteúdo da obrigação de incolumidade do empregado.....	170
5.3 AS CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS DESSA COMPREENSÃO.....	177
6. CONCLUSÃO.....	183
REFERÊNCIAS.....	185

1. INTRODUÇÃO

Pretende-se com o presente estudo demonstrar que as vítimas de acidentes de trabalho, considerados em seu sentido lato, englobadas as doenças ocupacionais, recebem uma melhor proteção jurídica pela aplicação das regras inerentes à responsabilidade civil contratual.

Para tanto, há diversos passos essenciais a serem dados para essa conclusão final.

O primeiro, é apresentar o acidente de trabalho e a problemática a ele relativa.

É feita, nessa linha, uma rápida introdução histórica a fim de demonstrar-se a antiguidade do problema. A seguir, procura-se apontar o tamanho e os efeitos dessa chaga social, a situação brasileira, a dificuldade do trato estatístico do tema, a atuação governamental mais recente para combatê-la, especialmente com a adoção do NTEP (nexo técnico epidemiológico) que permitiu a presunção donexo causal de várias doenças ocupacionais na esfera previdenciária que antes, por falta de provas desse elemento, eram consideradas pela Autarquia Previdenciária como doenças comuns. Faz-se a tentativa de conceituar o acidente de trabalho, e, finalmente, são apontadas quais as consequências jurídicas desse fato, com o que se limita a área de estudo, os seus reflexos de índole civil-trabalhista.

A seguir, necessário perquirir se um contrato subjaz à relação de emprego, pois é condição da aplicação da responsabilidade civil contratual a existência de uma relação jurídica entre as partes pretérita ao dano.

Para esse desiderato, investiga-se o tradicional debate entre as teorias contratualistas e anticontratualistas, a posição adotada pelo legislador brasileiro, até que se compreenda que efetivamente esse contrato existe.

Essa conclusão não é simples, demandando uma investigação da ideologia existente por trás desse instituto jurídico, desde o momento em que tomou enorme relevância no mundo do direito, a partir das Revoluções Burguesas, até a decadência do voluntarismo e sua necessária revisão.

Essencial para a conclusão seguinte, também, a percepção de que a liberdade, conceito inerente ao contrato, foi revista, embora mantida, a partir do fenômeno do dirigismo contratual iniciado após a 1ª Guerra Mundial, período de

florescimento também, não por acaso, do Direito do Trabalho como matéria autônoma.

São, em seguida, introduzidas as teorias da relação de fato como promotoras de interações jurídicas contratuais, com o fito de explicar situações contratuais limite, em que as partes contratantes não dirigem sua vontade para o negócio, mas apenas para a conclusão do contrato. A partir dessas, tanto a teoria do comportamento concludente, que se erige sobre a vontade tácita, quanto a do contrato sem negócio jurídico, que faz a separação entre vontade contratual e negocial, são hábeis a resolver a questão.

Embora apresentadas essas teorias, busca-se, também, demonstrar que na maioria das vezes há sim liberdade emanadora de vontade negocial nesse contrato, sendo essa, inclusive, uma tendência atual do Direito do Trabalho.

Chega-se, então, ao contrato de emprego contemporâneo, suas funções e características, momento em que se revela a complexidade desse instituto jurídico, o qual, em uma perspectiva funcionalista, realiza muito mais do que mero trânsito jurídico do trabalho. É, também, sublinhado o elemento da subordinação, dado o especial interesse em uma de suas contrapartidas, o dever de proteção da incolumidade do empregado.

Assim, uma vez compreendida a natureza jurídica da relação de emprego, o passo seguinte é aferir a existência de uma cláusula contratual que garanta a incolumidade do trabalhador subordinado, a qual exsurge da estrutura contratual mínima legalmente imposta ao contrato de emprego. Essa será o dever originário que, desrespeitado, é hábil a gerar a responsabilização civil do ofensor.

Finaliza-se o segundo capítulo com uma análise histórica do trato legislativo sobre o acidente de trabalho no Brasil, passo necessário para que se possa estabelecer temporalmente o momento em que o estado da arte do Direito permitiu a visualização de uma obrigação específica do empregador de garantia, hábil a impor a esse responsabilidade civil pelos danos gerados pelo acidente, já destacada, pois, de uma proteção relacionada ao chamado Direito Social, que buscava, e ainda busca, atualmente como Direito Previdenciário, dar uma solução ao problema, embora via relação jurídica diversa daquela objeto desse estudo.

A partir de então, o caminho a ser seguido é a demonstração das vantagens inerentes à responsabilidade civil contratual, bem como se ainda faz-se presente uma efetiva separação entre os tipos de responsabilidade.

Para que essa compreensão seja obtida, a investigação parte de uma rápida análise histórica do instituto, passa pela apresentação das espécies de responsabilidade civil – objetiva e subjetiva, contratual e extracontratual –, para em seguida proceder a uma comparação entre cada uma dessas modalidades a partir de seus elementos essenciais – a conduta voluntária e o inadimplemento, o dano e o nexo de causalidade.

Em reflexões finais sobre a responsabilidade civil, percebe-se que o seu trato dual surpreendentemente pode estar nos trilhos do que pretende a teoria do Direito de Dano, que busca, por seu turno, uma superação dessa, com o intuito de conceder maior proteção à vítima, colocando o dano sofrido por essa no plano principal da análise jurídica, em detrimento da conduta do seu agente causador, como faz a teoria clássica.

Existe, pois, um ponto de contato entre as teorias, tidas como incompatíveis no primeiro momento. Isso porque restará compreendido ao final do terceiro capítulo que a proteção à vítima que teve ofendido um direito contratual pode ser consideravelmente maior do que àquela obtida em uma situação em que desrespeitado um dever geral, imposto, pois, a todos, gerador de um ato ilícito em sentido estrito. Isso pelo sistema de presunções inerente à noção de inadimplemento, passando-se, outrossim, pelo conteúdo da obrigação desrespeitada, que pode ser de meio, resultado ou garantia. Essa citada presunção é especialmente importante para a resolução do problema da prova do nexo causal, que, na atualidade, tem sido causa das maiores dificuldades relacionadas à proteção às vítimas, a ponto de ser sugerida sua sublimação pelos entusiastas da teoria do Direito de Danos, principalmente em hipóteses de concorrência de causas.

No capítulo seguinte, já postas as bases necessárias para a conclusão que se pretende, é feita a ligação dos três capítulos iniciais. É, pois, retomada e atualizada a discussão inerente à aplicação da teoria da responsabilidade civil para o problema do acidente do trabalho.

Faz-se, outrossim, uma análise da regra de imputação, a qual, pela aplicação do método materialista histórico, aponta ser do empregador o ônus do prejuízo gerado pelo dano ao empregado. Essa aferição é necessária para o passo seguinte, a apreciação do conteúdo da obrigação contratual de proteção à incolumidade, pois essa se define a partir do que socialmente dela se espera.

Concluindo tratar-se de obrigação de garantia, resta permitido que se

aprecie o inadimplemento à luz de uma responsabilidade civil contratual objetiva, em que a culpa é superada e o nexó causal presumido a partir da comprovação do dano.

Por fim, as consequências jurídicas desse entendimento são apontadas, com o desiderato de se confirmar o efetivo ganho à esfera de proteção do empregado.

2. ACIDENTE DE TRABALHO E DOENÇAS OCUPACIONAIS

2.1 A QUESTÃO DA SAÚDE DO TRABALHADOR AO LONGO DA HISTÓRIA

A preocupação com a saúde do trabalhador tem raízes históricas imemoriais. Basta notar que na Bíblia, Antigo Testamento, Deuteronômio, Capítulo 22, Versículo 8 já eram sugeridas medidas de proteção aos trabalhadores da construção civil. *In verbis*: “Quando edificares uma casa nova, farás no telhado um parapeito, para que não ponhas culpa de sangue na tua casa, se alguém de alguma maneira cair dela.”

Palmeira Sobrinho (2012, p. 41) aduz que, consoante Rosen¹, antigos papiros noticiavam doenças ocupacionais, como dermatites nos operários de pirâmides no Antigo Egito. Outrossim, o médico grego Hipócrates (460-377 a.C.) escreveu sobre os efeitos nocivos do chumbo para os trabalhadores.

De acordo com Oliveira (2011, p. 52-56), médicos romanos como Plínio (23-79), Marcial, Juvenal, Lucrécio e Galeno de Pérgamo já percebiam liames entre algumas doenças e atividades profissionais, como dos mineradores, ferreiros, áugures e refinadores de mínio.

Essa análise foi retomada na Idade Média, com o médico Georgius Agricola, autor de *De re metallica*, tratado sobre mineração que relatava algumas doenças específicas dos mineiros e formas de prevenção e tratamento, publicado em 1556. Alguns anos depois, em 1567, foi publicada, por Paracelso, obra específica sobre o tema, intitulada *Von der Bergsucht und anderen Bergkrankheite* (Sobre a tísica dos mineiros e outras doenças das montanhas).

Mas, de maior relevo histórico, pode-se citar a publicação do livro *De Morbis Artificum Diatriba*, de autoria do médico Bernardino Ramazzini, em 1700, reconhecido como a base da Medicina do Trabalho, em que esse relacionou (após a 2. edição), para mais de 60 profissões, as atividades, as doenças a ela relacionadas, e medidas de prevenção e tratamento.

Citado por Oliveira (2011, p. 55) Ramazzini² aponta, apenas por curiosidade,

1 ROSEN, G. **Uma história da saúde pública**. São Paulo: Hucitec, 1994.

2 RAMAZZINI, B. **As doenças dos trabalhadores**. São Paulo: Fundacentro, 1992.

ser doença daqueles que se dedicam aos estudos, como “ os juízes e os ministros dos príncipes” a hipocondria e “o marasmo”, bem como, se também escrevem como profissão, “lassidão em todo o braço”, passível de evolução à completa paralisia. Em outras palavras, a depressão e os DORT (Distúrbios do Sistema Osteomuscular Relacionados ao Trabalho), há mais de 300 anos, já se faziam notar como agravos relacionados a trabalho que exige atividade intelectual, concentração, repetição, leitura e organização de dados, tema que hoje tem sido extremamente debatido (OLIVEIRA, 2011, p. 218-222).

Até esse momento histórico, os modos de produção escravocrata e servil dominaram o cenário da apreensão do trabalho de outrem, constituindo a pré-história do interesse na saúde do trabalhador – de fato, a proteção da saúde e capacidade de trabalho do escravo e do servo, até esse período, considerando-se inexistente a noção de sujeitos de direito, desenvolvida apenas a partir do nascimento do capitalismo, constituíam, respectivamente, medida de garantia do patrimônio ou do próprio sistema de vassalagem, fulcrado na dependência pessoal (MIAILLE, 2005, p.116).

A Revolução Industrial, pois, a partir do início do século XIX, em termos gerais, encerra esse ciclo, alterando todo o cenário do trabalho.

Não se tratou, é verdade, de uma singela mudança de paradigma. Como afirma Souto Maior (2011, p. 83):

Ao contrário do que muitos tentam fazer crer, não houve uma passagem imediata do trabalho servil para o trabalho livre e nem o trabalho livre era tão livre assim. No curso da história, a constituição do proletariado, como fator de desenvolvimento do capitalismo, teve essa fase de trabalho forçado, que se justificava não só por uma tentativa de aumentar a reserva de mão de obra, para que a 'lei da oferta e da procura' favorecesse o produtor, mas também porque diante das péssimas condições de trabalho nem mesmo a necessidade alimentar era fator determinante para que alguém não acostumado à disciplina de um trabalho fabril ou em minas de carvão, por exemplo, a ele se submetesse.

Essa passagem foi extremamente autoritária, com a utilização de duras sanções àqueles que não aceitavam participar do exército do proletariado, a ponto de a legislação do período ser adjetivada de “sanguinária” (MIAILLE, 2005, p. 119).

Ao final da transição, os trabalhadores já estavam normalizados. Afirma Ramos Filho (2012, p.15), citando Castel³:

3 CASTEL, R. **As metamorfoses da questão social**: uma crônica do salário. Rio de Janeiro: Vozes, 1998, p. 13.

Na fase pré-capitalista, alguém se tornava assalariado apenas quando não tinha nada para trocar, salvo sua força de trabalho. Caía-se no assalariamento como degradação do próprio estado de necessidade; entre as vítimas dessa degradação poderiam estar o artesão arruinado, o campesino feudal a quem a terra já não lhe provia o alimento, o 'companheiro' que havia deixado de ser aprendiz e era impedido de se converter em mestre. A condição de assalariado era compreendida, portanto, como fracasso, já que estar ou cair no assalariamento significava instalar-se na dependência e se entregar 'nas mãos da necessidade' (CASTEL, 1998: 13). Na nova etapa, com a implantação hegemônica do capitalismo, esta condição degradada passa a ser recontextualizada e naturalizada, para ser compreendida como uma 'maneira de existir' ordinária, comum, normal, inclusive como 'desejada' por parte dos trabalhadores.

A apreensão de trabalhadores na condição de empregado, base do modo de produção capitalista que se erigia nesse período histórico, o êxodo rural, sua inserção em grandes fábricas, a produção em série, entre outros fatores históricos, fragilizaram ainda mais a situação do trabalhador, que passou a competir com a perigosa máquina em um ambiente de extremo risco, seja por agressivos fatores físicos, seja pelo uso inovador de compostos químicos danosos à saúde nos processos produtivos, seja ainda pelos perigos biológicos decorrentes da aglomeração de pessoas e da pouca higiene.

Crianças e mulheres eram especialmente exploradas, em um cenário em que o trabalhador era visto como custo de produção, desprezado quando não mais hábil a laborar. O valor de um operário era o de sua prole (daí o termo proletário), de sorte que afirmou Engels (2008, p.308), em obra clássica, ao tratar da situação dos trabalhadores na Inglaterra durante a Revolução Industrial:

Ao burguês da Inglaterra não lhe causa mosca que seus operários morram ou não de fome, desde que ganhe dinheiro. Todas as relações humanas são subordinadas ao imperativo do lucro e aquilo que não propicia ganhos é visto como algo insensato, inoportuno e irrealista. É por isso que a Economia Política, ciência que se ocupa de ganhar dinheiro, é a disciplina favorita desses traficantes – são todos economistas.

De acordo com o mesmo autor (2008, p. 247), “o operário compreende, a cada instante, que o burguês o trata como uma coisa, como propriedade sua, e já essa razão basta para que ele assuma uma posição hostil à burguesia.” Tratando da situação do trabalhador no regime pré e pós-industrial, aduz, ainda, Engels (2008, p. 47):

De fato, não eram verdadeiramente seres humanos: eram máquinas de trabalho a serviço dos poucos aristocratas que até então haviam dirigido a história; a revolução industrial apenas levou tudo isso às suas

conseqüências extremas, completando a transformação dos trabalhadores em puras e simples máquinas e arrancando-lhes das mãos os últimos restos de atividade autônoma[...]

Surge assim, nesse lamentável contexto histórico, o proletariado, classe antagônica aos burgueses, detentores dos meios de produção, uma grande massa de trabalhadores vivendo em condições de absoluta indignidade, explorados na relação de apreensão de sua força de trabalho.

Como notou Marx (1996, p. 331) em seu célebre conceito de mais-valia, há uma quota não remunerada da energia de trabalho do empregado da qual se apropria o capitalista, que lhe produz resultado econômico, a qual pode ser considerada como singularizante das relações capitalistas de trabalho. Esse resultado econômico favorável (na relação para com o trabalhador, pois existe mesmo quando o capitalista sofre prejuízo em sua atividade) ao detentor dos meios de produção chama-se mais-valia. Considera-se trabalho necessário aquele exigido para a obtenção do salário pago, e trabalho excedente aquele apropriado pelo empregador (RAMOS FILHO, 2012, p. 16). O montante desse, correspondente à geração de mais-valia, é tão maior quanto maior a exploração do empregado, o que repercute em um proporcional aumento de acúmulo de capital, o qual constitui, por seu turno, exatamente o objetivo do investimento necessário para a manutenção da propriedade de um dado meio de produção em mãos do empregador capitalista, pois, como afirma Miaille (2005, p. 117-118), “para que haja capital, é preciso que ele seja valorizado – que ele 'produza filhos' na fórmula de Marx”.

A situação de nenhuma preocupação com a saúde dos empregados, levada às últimas conseqüências no modelo liberal, foi sendo lentamente minorada, a partir de reações desses, por meio de movimentos operários, e da opinião pública, com a criação de leis na Inglaterra já em 1802 (*Moral and Health Act* – Lei de Saúde e Moral dos Aprendizes, que determinava a lavagem semestral das fábricas e que os dormitórios fossem ventilados, além de outras exigências) e posteriormente em 1833 (*Factory Act*, que limitava o trabalho diário em 12 horas, o semanal em 69, e estabelecia a idade mínima de 9 anos para o labor em indústrias têxteis a vapor), considerada a primeira legislação eficiente no campo da saúde do empregador (OLIVEIRA, 2011, p.57). Em 1840, nessa linha, proibiu-se o trabalho de menores de 8 anos e mulheres em minas francesas (PALMEIRA SOBRINHO, 2012, p. 43).

Movimentos sociais, como greves⁴, congressos de operários⁵, movimentos anarquistas (SOUTO MAIOR, 2011, p. 208), as Internacionais Comunistas, entre inúmeros outros, movimentos religiosos, como a doutrina social da Igreja Católica⁶, doutrinas políticas, como Owen, Saint-Simon, Fourier, Marx e Engels (BRANDÃO, 2009, p. 46), e outras contestações teóricas, como de Simonde de Sismondi, Étienne e Proudhon (SOUTO MAIOR, 2011, p. 167-173), a organização operária em sindicatos, manifestações artísticas, como de Victor Hugo, Émile Zola, Charles Dickens, entre tantos outros, e até interesses militares (uma vez que “inválidos” não dão bons combatentes) fizeram, em um contexto social plural, caminhar a legislação em vários países para o atendimento do cada vez maior exército de doentes e “aleijados” que se formava em decorrência do descuido com a saúde do trabalhador.

De acordo com Palmeira Sobrinho (2012, p. 42-43):

Inicialmente os acidentes de trabalho eram vistos como problemas particulares das vítimas, fraqueza ou desleixo de quem não executava com destreza a sua atividade. Porém, os números alarmantes de mutilados tomaram proporções de tal monta que necessariamente a sociedade teve que se deparar diante da questão acidentária, problema que fazia multiplicar nas cidades o número de mutilados miseráveis e de famílias órfãs marcadas pela pauperização e o desamparo social.

Nesse contexto, na Alemanha, em 1884, surge a primeira lei de acidente de trabalho, sob a chancela de Bismarck (BRANDÃO, 2009, p. 46). Em 1892, na França, são estabelecidas normas de higiene e segurança de trabalhadores em estabelecimentos industriais e comerciais, e em 1898, é editada lei sobre acidente de trabalho (SOUTO MAIOR, 2011, p. 196). Na Inglaterra, a lei referente a acidente de trabalho surgira um ano antes, em 1897 (SOUTO MAIOR, 2011, p. 194)

No Brasil, o Decreto Legislativo 3.724/1919 inovou ao tratar especificamente do tema acidente de trabalho, até então relegado ao Direito Comum, sendo considerado por Cairo Junior (2009, p. 66) a origem do Direito do Trabalho, fruto de

4 É considerada a primeira mobilização operária do Brasil a greve dos gráficos dos três jornais do Rio de Janeiro, em 1858, mas a ela várias outras se seguiram, como dos estivadores em 1890, dos ferroviários em 1891, dos sapateiros em 1901, entre outras. (RAMOS FILHO, 2012, p. 37-38).

5 Em 1866 ocorre o primeiro Congresso da Associação Internacional dos Trabalhadores (SOUTO MAIOR, 2011, p. 188). Em território brasileiro, o primeiro congresso de trabalhadores acontece em 1906 (RAMOS FILHO, 2012, p. 39).

6 Cujo documento máximo é a Encíclica *De Rerum Novarum*, do Papa Leão XIII (1891), expressamente mencionando a saúde dos trabalhadores e as árduas condições de trabalho, seguida, quarenta anos depois, da Encíclica *Quadragesimo Anno*, do Papa Pio XI (1931).

momento histórico em que movimentos sindicais incipientes e os ideários anarquistas e socialistas haviam recentemente sido importados da Europa, trazidos pelos primeiros imigrantes, especialmente italianos.

A 1ª Guerra Mundial, com a criação da OIT pelo Tratado de Versailles, após reivindicação dos trabalhadores, já mais organizados (SOUTO MAIOR, 2011, p.253), e que se colocaram lado a lado com membros da elite nas frentes de batalha, foi novo divisor de águas, pois a ideia de justiça social passou a ser internacionalizada e as questões trabalhistas uniformizadas (OLIVEIRA, 2011, p. 58). Percebeu-se que a paz mundial dependia, também, de melhores condições de vida aos trabalhadores, conforme se pode verificar no preâmbulo da Constituição da OIT, com a seguinte redação:

Considerando que a paz para ser universal e duradoura deve assentar sobre a justiça social;

Considerando que existem condições de trabalho que implicam, para grande número de indivíduos, miséria e privações, e que o descontentamento que daí decorre põe em perigo a paz e a harmonia universais, e considerando que é urgente melhorar essas condições no que se refere, por exemplo, à regulamentação das horas de trabalho, à fixação de uma duração máxima do dia e da semana de trabalho, ao recrutamento da mão-de-obra, à luta contra o desemprego, à garantia de um salário que assegure condições de existência convenientes, à proteção dos trabalhadores contra as moléstias graves ou profissionais e os acidentes de trabalho, à proteção das crianças, dos adolescentes e das mulheres, às pensões de velhice e de invalidez, à defesa dos interesses dos trabalhadores empregados no estrangeiro, à afirmação do princípio 'para igual trabalho, mesmo salário', à afirmação do princípio da liberdade sindical, à organização do ensino profissional e técnico, e outras medidas análogas;

Considerando a não adoção por qualquer nação de um regime de trabalho realmente humano cria obstáculos aos esforços das outras nações desejosas de melhorar a sorte dos trabalhadores nos seus próprios territórios. (MARTINS, 2009, p. 4-5).

A partir desse momento histórico, gradativamente, as exigências legais de proteção dos trabalhadores foram se avolumando e se aperfeiçoando até o atual estágio do Direito.

Nessa crescente, no plano internacional, contribuíram a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, diversas ações da ONU, *v. g.* estabelecimento de metas para a melhoria dos indicadores sociais e qualidade de vida no mundo a serem atingidas até 2015 (PALMEIRA SOBRINHO, 2012, p. 44) e Convenções da OIT, como a 155, de 1981, entre diversas outras, oportunamente citadas.

2.2 AS VÍTIMAS E OS NÚMEROS

A Lei 11.121/05 instituiu 28 de abril como “Dia Nacional em Memória das Vítimas de Acidentes e Doenças do Trabalho” (BRASIL, 2005a). Dia esse reconhecido pela OIT, desde 2003, como “Dia Mundial de Saúde e Segurança no Trabalho”.

Costuma-se repetir que a data, adotada primeiramente em 1969, lembra a explosão de uma mina de carvão, em Farmington, West Virginia, nos EUA, em que morreram 78 trabalhadores (OLIVEIRA, 2009, p. 28-29).

Como sói acontecer na seara da infortunística do trabalho, a controvérsia, a difícil aferição dos dados, já começa aqui.

Isso porque a data da explosão foi 20 de novembro de 1968, de acordo com Stewart (2011, p. 1). O número de vítimas mortais, 78, entretanto, não é controvertido.

De toda forma, qualquer dia seria válido para a recordação de um tema de tanta relevância.

Infelizmente, mortes, invalidez permanente, traumas irreversíveis ainda são decorrências de um sistema produtivo que continua proceder ao cálculo de valores existenciais por meio de planilhas de custos.

Nas palavras de Oliveira (2009, p. 27):

Quando nos debruçamos sobre o tema do acidente do trabalho, deparamo-nos com um cenário dos mais aflitivos. As ocorrências nesse campo geram consequências traumáticas que acarretam, muitas vezes, a invalidez permanente ou até mesmo a morte, com repercussões danosas para o trabalhador, sua família, a empresa e a sociedade. O acidente mais grave corta abruptamente a trajetória profissional, transforma sonhos em pesadelos e lança um véu de sofrimento sobre vítimas inocentes, cujos lamentos ecoarão distantes dos ouvidos daqueles empresários displicentes que atuam com a vida e a saúde dos trabalhadores com a mesma frieza com que cuidam das ferramentas utilizadas na sua atividade.

Para além da ofensa a direitos extrapatrimoniais, das perdas humanas, o custo econômico em escala mundial dos danos decorrentes de acidentes de trabalho encontram-se na casa de 4% do PIB global, ou um trilhão de dólares americanos, dados de 2005 (OLIVEIRA, 2011, p. 253).

Em nosso País, esse importe foi estimado em R\$ 20 bilhões por Pastore⁷

⁷ PASTORE, J. José Pastore e Paulo Jobim na Campanha “Prevenção é vida”. **Revista Cipa**, v. 20, n. 240, p. 62, 1999.

para o ano de 1998 e R\$ 32,8 bilhões pelo Conselho Nacional de Previdência Social⁸ para 2003, e há previsões que ultrapassam os R\$ 70 bilhões anuais (OLIVEIRA, 2009, p. 28)

Embora o problema seja atual, e a resolução difícil, o debate é antigo. Na década de 70 o Brasil não foi apenas hegemônico em âmbito internacional no futebol. Título indigno de comemoração, foi considerado também campeão mundial em acidentes de trabalho.

À época, com a adoção de medidas legislativas e punições mais severas, os índices passaram a diminuir, estagnando-se entre 1995 e 2001, quando novamente passaram a crescer (OLIVEIRA, 2011, p. 255-256).

O trato estatístico do tema é árduo, de sorte que sua análise deve ser cuidadosa. De fato, os índices oficiais não refletem com segurança a dura realidade, seja por conta da dificuldade do reconhecimento de doenças ocupacionais pelo INSS, fato notório para todos os profissionais que labutam nessa área, seja, especialmente, pela subnotificação (OLIVEIRA, 2011, p. 257). Para demonstrar essa ilação, a comparação internacional de dados estatísticos é reveladora.

Embora não envie dados relacionados a acidentes de trabalho à OIT desde 2000 (embora o faça em relação a outras informações, o que demonstra certo interesse governamental em escamotear a realidade local), pode-se notar que o Brasil, no último ano informado, teve uma proporção de acidentes de trabalho muito inferior à Luxemburgo (cujos dados são de 2008), por exemplo. Cada um dos países apresentou, respectivamente, 359,16 e 3.047,61 acidentes para cada grupo de 100 mil trabalhadores, ou seja, em Luxemburgo trabalhadores acidentam-se quase nove vezes mais do que no Brasil (ANUÁRIO BRASILEIRO DE PROTEÇÃO, 2010, p. 84-86).

O número de mortes, no mesmo grupo de 100 mil trabalhadores, e isso é muito relevante, já que esconder um falecimento no trabalho é obviamente muito mais difícil do que deixar de notificar um acidente sem consequência fatal, é extremamente próximo. Contam 2,868 no pequeno Grão-Ducado e 2,757 no Brasil (ANUÁRIO BRASILEIRO DE PROTEÇÃO, 2010, p. 84-86).

Ora, é árduo imaginar que as condições de proteção dos trabalhadores brasileiros estejam nove vezes melhores do que os de Luxemburgo, especialmente

8 BRASIL. Resolução do Conselho Nacional de Previdência Social n. 1.236, de 28 de abril de 2004. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 10 maio, 2004.

se considerada a paridade do número proporcional de mortos e que o número de trabalhadores nacionais superem em mais de 260 vezes o do país europeu.

Observados os números da Alemanha e da França, para que a comparação não seja apenas com um país, dados de 2008 e de 2007, revelam a ocorrência de, respectivamente, 2.725,76 e 2.781,49 acidentes para cada grupo de 100 mil trabalhadores, com 2,096 e 2,4 mortes (ANUÁRIO BRASILEIRO DE PROTEÇÃO, 2010, p. 84-86).

Assim, considerado que em todos os quatro países o número de falecimentos proporcionais são próximos, pode-se projetar que a proporção de acidentes também deveria sê-lo, o que demonstra o imenso vácuo da subnotificação – que de acordo com os dados analisados pode atingir 80 a 90%. Assim, a avaliação de Oliveira (2009, p. 32) de que a comunicação dos acidentes atinja 50% dos casos parece muito otimista.

Mesmo cerrando os olhos para as situações alijadas das estatísticas oficiais, a situação é alarmante.

Dados mais recentes da Previdência Social dão conta da ocorrência de 701.496 acidentes de trabalho no ano de 2010⁹, com 2.712 óbitos¹⁰. E mais, desses acidentes, observada a divisão de faixas etárias, o grupo mais atingido é o de 25 a 29 anos, que conta 126.716 acidentes, e corresponde a idade em que o trabalhador estaria atingindo sua plena capacidade, aliando experiência e vigor. Também grave a constatação de que, somados óbitos e incapacidades permanentes, a força produtiva brasileira perdeu 16.809¹¹ trabalhadores nesse mesmo ano. (BRASIL, 2010b).

Em escala global a situação não é distinta. De acordo com dados da OIT¹² citados por Oliveira (2011, p. 252), no ano de 1985, a cada três segundos houve um falecimento de trabalhador motivado por acidente de trabalho ou doença ocupacional, e a cada segundo, quatro trabalhadores sofreram lesão por essa

9 Tabela 31.1.

10 Tabela 31.13.

11 Tabela 31.12.

12 ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO (OIT). **El trabajo em el mundo**. Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo, 1985, v. 2, p. 145.

mesma razão. Consoante Palmeira Sobrinho (2012, p. 59) esses números melhoraram, pois em 2008, a OIT aponta o falecimento de 9 trabalhadores a cada dois minutos. No contexto mundial, de acordo com Palmeira Sobrinho (2012, p. 54), o Brasil ocupava em 2008 o 4º lugar geral do número de acidentes do trabalho com resultado fatal e o 15º em números gerais.

Aproximadamente 330 milhões de trabalhadores são anualmente vitimados por acidentes de trabalho. Ademais, são diagnosticadas cerca de 160 milhões de novos casos de doenças ocupacionais (ANUÁRIO BRASILEIRO DE PROTEÇÃO, 2010, p. 84-86). Conforme estatística da OIT coletada por Palmeira Sobrinho (2012, p. 59), no ano de 2008 ocorreram 317 milhões de acidentes com lesões corporais que exigiram mais de 4 dias de afastamento do trabalho, contaram-se 2,34 milhões de mortes em decorrências do trabalho, sendo que, dessas, 2,02 milhões por doenças e 321 mil por acidentes típicos.

Relevante considerar também que nos EUA, segundo dados da OIT de 2011 citados por Palmeira Sobrinho (2012, p. 61), os setores com as maiores taxas de acidentes de trabalho correspondem àqueles com a maior proporção de trabalhadores imigrantes, os quais são recrutados para as atividades de maior risco, têm as jornadas mais alongadas, menor treinamento e nenhuma proteção sindical ou legislativa. Conclui-se desse dado que até os fluxos migratórios, que podem ter as mais diversas decorrências, desde guerras até problemas econômicos locais, interferem nessa problemática.

De tudo isso resta claro que a questão relativa à proteção da saúde do trabalhador é fundamental para o incremento da condição humana em esfera global. Trata-se de verdadeira chaga social, sangrenta, e cujo tratamento toma relevo desesperador.

2.3 A ATUAÇÃO GOVERNAMENTAL MAIS RECENTE RELACIONADA AO TEMA

Atualmente a problemática relacionada ao acidente de trabalho tem sido reconhecida e discutida, intensificando-se as políticas públicas nessa área.

De início, pode-se citar como marco legal o art. 6º, § 3º da L. 8.080/90¹³ – Lei

13 Art. 6º [...]

Orgânica da Saúde – que aponta diversas atividades a ser desenvolvidas no intuito de promoção, proteção e recuperação da saúde do trabalhador.

Nos últimos 10 anos, na tentativa de responder a esse grave problema, foram criados os Centros de Referência em Saúde do Trabalhador – Portaria 2.437/GM de 07/12/05, do Ministério da Saúde, CERESTs, com a finalidade de promover ações de prevenção e vigilância para a melhoria das condições de trabalho e da qualidade de vida dos trabalhadores. Existem dois tipos de CERESTs, os regionais, com funções de capacitação, apoio para investigações de maior complexidade e para estruturação da assistência aos acidentes de trabalho de maior gravidade, assessoria para elaboração de convênios de cooperação técnica e de políticas públicas; e os estaduais, que elaboram e executam a Política Estadual de Saúde do Trabalhador, acompanham os planos de ação dos CERESTs regionais, participam do credenciamento da Rede Sentinela e promovem ações de vigilância. Também, a Rede Sentinela, criada pela Portaria 777/GM de 28/04/04, do Ministério da Saúde, composta por unidades de saúde, denominadas Unidades Sentinela (hospitais de referência, os CERESTs e postos de saúde credenciados), com a função de identificar, investigar e notificar os casos de doenças, agravos e acidentes relacionados ao trabalho. E, ainda, a Rede Nacional de Atenção Integral à Saúde do Trabalhador, prevista na Portaria 1.679/GM de 19/09/02 do Ministério da Saúde,

§ 3º Entende-se por saúde do trabalhador, para fins desta lei, um conjunto de atividades que se destina, através das ações de vigilância epidemiológica e vigilância sanitária, à promoção e proteção da saúde dos trabalhadores, assim como visa à recuperação e reabilitação da saúde dos trabalhadores submetidos aos riscos e agravos advindos das condições de trabalho, abrangendo:

- I - assistência ao trabalhador vítima de acidentes de trabalho ou portador de doença profissional e do trabalho;
- II - participação, no âmbito de competência do Sistema Único de Saúde (SUS), em estudos, pesquisas, avaliação e controle dos riscos e agravos potenciais à saúde existentes no processo de trabalho;
- III - participação, no âmbito de competência do Sistema Único de Saúde (SUS), da normatização, fiscalização e controle das condições de produção, extração, armazenamento, transporte, distribuição e manuseio de substâncias, de produtos, de máquinas e de equipamentos que apresentam riscos à saúde do trabalhador;
- IV - avaliação do impacto que as tecnologias provocam à saúde;
- V - informação ao trabalhador e à sua respectiva entidade sindical e às empresas sobre os riscos de acidentes de trabalho, doença profissional e do trabalho, bem como os resultados de fiscalizações, avaliações ambientais e exames de saúde, de admissão, periódicos e de demissão, respeitados os preceitos da ética profissional;
- VI - participação na normatização, fiscalização e controle dos serviços de saúde do trabalhador nas instituições e empresas públicas e privadas;
- VII - revisão periódica da listagem oficial de doenças originadas no processo de trabalho, tendo na sua elaboração a colaboração das entidades sindicais; e
- VIII - a garantia ao sindicato dos trabalhadores de requerer ao órgão competente a interdição de máquina, de setor de serviço ou de todo ambiente de trabalho, quando houver exposição a risco iminente para a vida ou saúde dos trabalhadores. (BRASIL, 1990d).

RENAST, composta atualmente pelos integrantes da Rede Sentinela e os CEREST, com a finalidade de executar ações curativas, preventivas, de promoção e de reabilitação à saúde do trabalhador. (BRASIL, [ca 2009]).

Ademais, em 2011 foi aprovada a nova Política Nacional de Segurança e Saúde no Trabalho (PNSST), a qual, a partir de um trabalho integrado dos Ministérios da Saúde, do Trabalho e Emprego, e da Previdência Social, de acordo com o item I do Decreto 7.602/11 que o promulgou, tem o seguinte objetivo:

Promoção da saúde e a melhoria da qualidade de vida do trabalhador e a prevenção de acidentes e de danos à saúde advindos, relacionados ao trabalho ou que ocorram no curso dele, por meio da eliminação ou redução dos riscos nos ambientes de trabalho. (BRASIL, 2011a)

Outra importantíssima ferramenta para o trato do tema, no plano legislativo, foi a criação do nexo técnico epidemiológico, NTEP, a partir da Lei 11.430/06 que adicionou o art. 21-A¹⁴ à Lei 8.213/1991, regulamentada pelo Decreto 6.042/07.

A partir dessa norma, algumas perturbações funcionais até então retratadas como doenças comuns passaram a ser consideradas como eventos acidentários, desde que existente relação entre o fato e o setor da atividade do segurados.

Observando critérios técnicos, estabeleceu-se a presunção de nexo causal entre alguns agravos à saúde e o labor desempenhado pelo segurado, para além daquelas que já correspondiam a doenças profissionais, independentemente da emissão de CAT – Comunicado de Acidente de Trabalho, documento emitido obrigatoriamente pelo empregador, ou em caso de omissão desse, pelo empregado, dependentes, médico, entidade sindical ou qualquer autoridade pública, em que se noticia ao INSS o agravo à saúde do empregado relacionado ao trabalho, tanto se doença, mesmo em caso apenas de suspeita, quanto acidente em sentido estrito, tudo consoante art. 169 da CLT e art. 22 da Lei 8.213/91.

Uma vez desnecessário que a perícia médica previdenciária afira o nexo causal entre o labor e o fato consubstanciado como acidente de trabalho em sentido

14 Art. 21-A. A perícia médica do INSS considerará caracterizada a natureza acidentária da incapacidade quando constatar ocorrência de nexo técnico epidemiológico entre o trabalho e o agravo, decorrente da relação entre a atividade da empresa e a entidade mórbida motivadora da incapacidade elencada na Classificação Internacional de Doenças - CID, em conformidade com o que dispuser o regulamento.

§ 1º A perícia médica do INSS deixará de aplicar o disposto neste artigo quando demonstrada a inexistência do nexo de que trata o *caput* deste artigo.

§ 2º A empresa poderá requerer a não aplicação do nexo técnico epidemiológico, de cuja decisão caberá recurso com efeito suspensivo, da empresa ou do segurado, ao Conselho de Recursos da Previdência Social. (BRASIL, 1991e).

lato, os números totais de acidentes subiram de 512.232 em 2006 para 659.523 em 2007 e 755.980 em 2008, com ligeira queda para 733.365 em 2009, e para 701.496 em 2010. Desses, foram considerados acidentes, mesmo sem emissão de CAT, 141.108 em 2007, 204.957 em 2008, 199.117 em 2009 e 176.290 em 2010 (BRASIL, 2010b)¹⁵.

Disso deduz-se que, no ano de 2008, 27,11% dos agravos relacionados ao trabalho não teriam sido assim considerados sem a presunção de nexos causal estabelecida pelo NTEP, 27,15% dos ocorridos em 2009, e 25,13% daqueles havidos em 2010.

Outrossim, a extrema dificuldade de se considerar um agravo à saúde como acidente de trabalho ou doença ocupacional por conta da complexidade da análise do nexos causal, sendo certo que, antes da citada norma, a dúvida médica era interpretada em desfavor do segurado.

É de se ressaltar que, em verdade, ainda que reflexamente auxiliando no problema da subnotificação, citada norma não tinha intenção explícita de combatê-la, na medida em que isenta da multa por não emissão da CAT em sendo verificado o NTEP – art. 22 §5º da L. 8.213/91–, o que demonstra inequivocamente a pretensão de se dar o correto tratamento de fatos que deveriam ser considerados acidentes e não o eram, não por dolo do empregador (caso em que a punição deveria se aperfeiçoar), mas por controvérsia médica, inclusive, eventualmente, dos próprios peritos do INSS, que não realizavam o correto enquadramento do benefício após a avaliação médica do segurado.

Esse tema é de especial relevo para o presente estudo, e será retomado oportunamente.

Para além de ações do Poder Executivo e Legislativo, até o Poder Judiciário tem participado para a resolução do problema. Assim o fez o TST, que promoveu um Seminário de Prevenção de Acidentes de Trabalho em outubro de 2011, do qual resultou “a chamada Carta de Brasília, que consiste num alerta à sociedade, ao Estado, aos empregadores sobre a necessidade de se enfrentar de forma eficaz os problemas geradores de acidentes laborais no País” (PALMEIRA SOBRINHO, 2012, p. 55-6), bem como o CSJT, que aprovou em 24 de março de 2012 sua Resolução 96, a qual estabeleceu o Programa Trabalho Seguro, bem como sete diretrizes fundamentais para a resolução do problema, a partir da adoção de políticas públicas

¹⁵ Tabela 31.1.

relacionadas ao tema, do diálogo social e institucional, da educação para a prevenção, do compartilhamento de dados e informações, de promoção de estudos e pesquisas, de ações em prol da efetividade normativa e da eficiência jurisdicional.

2.4 CONCEITO DE ACIDENTE DE TRABALHO

O termo acidente de trabalho pode ter diversas conotações, todas relacionadas a agravos decorrentes do labor.

Palmeira Sobrinho (2012, p. 78) conceitua o acidente do trabalho como sendo “todo dano à saúde que, por ter sido provocado ou agravado em função do exercício das atividades laborais, por conta de outrem, acarreta a cessação, parcial ou total, da capacidade laborativa da vítima”.

Por seu turno, Pereira e Lazzari (2010, p.576) emprestam de Russomano¹⁶ o conceito: “O acidente de trabalho, pois, é um acontecimento em geral súbito, violento e fortuito, vinculado ao serviço prestado a outrem pela vítima que lhe determina lesão corporal.”

Dessarte, pode-se afirmar ser característico ao acidente de trabalho “a exterioridade da causa do acidente; a violência; a subaneidade e a relação com a atividade laboral.” (PEREIRA; LAZZARI, 2010, p.576)

A primeira das citadas características exclui da noção de acidente de trabalho o agravo à saúde decorrente de mal congênito ou de doença preexistente.

A violência refere-se ao fato de que o acidente gera lesão corporal ou perturbação funcional incapacitante, parcial ou totalmente, provisória ou definitivamente, ou mesmo morte.

Ademais, resta certo que o acidente é evento abrupto, súbito.

Por fim, deve ter liame com o exercício de atividade laboral, estando fora do conceito o acidente ocorrido em situação externa à esfera das obrigações e deveres relacionados ao trabalho (PEREIRA; LAZZARI, 2010, p. 576-7)

Em termos legislativos, optou-se pela conceituação do acidente de trabalho típico, também conhecido como tipo, restrito ou macrotrauma, no *caput* do art. 19 da

16 RUSSOMANO, M. V. **Comentários à Consolidação das Leis da Previdência Social**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981.

Lei 8.213/91¹⁷. Assim, define-se inicialmente a lesão corporal ou perturbação funcional ocorrida de causa externa única e súbita, inesperada, ocorrida durante a prestação de trabalho.

Em seguida, a mesma lei manifesta, nos incisos I e II do art. 20¹⁸ o que se chama de acidente atípico, consubstanciada nas doenças ocupacionais, as quais são separadas pelo legislador em duas espécies, as doenças profissionais, cujo nexos com o labor é predeterminado por lei, e as doenças do trabalho, cujo nexos causal com a atividade exige investigação. Tem essas os mesmos efeitos jurídicos dos acidentes típicos, como se nota da previsão do *caput* do citado artigo.

Quanto à divisão conceitual das doenças, pode-se, pois, afirmar que doenças ocupacionais constituem gênero, abrangendo todas aquelas relacionadas com o trabalho desempenhado pelo indivíduo, tanto as profissionais quanto as do trabalho.

Nessa linha, doença profissional ou idiopatia “é aquela peculiar a determinada atividade ou profissão, também chamada de doença profissional típica, tecnopatia ou ergopatia” (OLIVEIRA, 2011, p. 263). Como mencionado, o nexos causal é presumido *juris et de jure*, ou seja, não admite prova em contrário, pois trata-se de doença típica de uma dada profissão, e prevista em lei – atualmente no anexo II do Decreto 3.048/99. Também entra nessa classificação a doença cujo nexos com o trabalho foi comprovado, se assim reconhecida pela Previdência, independentemente da previsão normativa (PEREIRA; LAZZARI, 2010, p.579). O exemplo tradicional é a pneumoconiose dos mineiros, mas diversos outros podem ser citados, como infertilidade masculina para trabalhadores expostos a chumbo, depressão pela exposição a hidrocarbonetos alifáticos ou aromáticos, entre outros, tudo conforme citado decreto.

Por seu turno, doenças do trabalho, mesopatias ou doenças profissionais

17 Art. 19. Acidente do trabalho é o que ocorre pelo exercício do trabalho a serviço da empresa ou pelo exercício do trabalho dos segurados referidos no inciso VII do art. 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.(BRASIL, 1991e).

18 Art. 20. Consideram-se acidente do trabalho, nos termos do artigo anterior, as seguintes entidades mórbidas:

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. (BRASIL, 1991e).

atípicas são aquelas não vinculadas necessariamente a uma dada profissão, mas cuja origem se pode verificar no trabalho, seja pela forma como se opera, seja pelas condições de seu ambiente. Como exemplos, pode-se citar os diversos DORT (Distúrbios do Sistema Osteomuscular Relacionados ao Trabalho) ou a contínua exposição a ruído pelo maquinista de manobra, aquele que organiza e separa os vagões no pátio da empresa ou nos entroncamentos ferroviários, que não pode utilizar EPI (equipamento de proteção individual) para proteção auricular porque necessita ouvir a todo momento os comandos via rádio do colega que o orienta além de estar atento a sinais sonoros de alta intensidade, como buzinas.

Opostamente aos acidentes tipo, as doenças ocupacionais muitas vezes podem ser prevenidas, são previsíveis e não dependem de evento súbito, ao contrário, em regra vão se instalando ao longo do tempo, pelas exigências do trabalho. Todavia, como aqueles, devem ser externas, ou seja, não congênitas, degenerativas (salvo se o labor contribuiu para o aceleração ou agravamento) ou preexistentes.

Retomando-se as disposições da Lei 8.213/91, no seu art. 21¹⁹ encontram-se as hipóteses de acidente do trabalho por equiparação, entre eles os acidentes de trajeto (exigindo para esse que ocorra em distância e tempo compatíveis com o caminho entre o local habitual de trabalho e a residência e vice-versa) e diversos outros fatos jurídicos danosos ao trabalhador ocorridos durante e no local de trabalho, tais como agressão, sabotagem ou terrorismo, ato de imprudência, negligência ou imperícia de terceiro, ato de pessoa privada da razão, incêndios,

19 Art. 21. Equiparam-se também ao acidente do trabalho, para efeitos desta Lei:

- I - o acidente ligado ao trabalho que, embora não tenha sido a causa única, haja contribuído diretamente para a morte do segurado, para redução ou perda da sua capacidade para o trabalho, ou produzido lesão que exija atenção médica para a sua recuperação;
- II - o acidente sofrido pelo segurado no local e no horário do trabalho, em consequência de:
 - a) ato de agressão, sabotagem ou terrorismo praticado por terceiro ou companheiro de trabalho;
 - b) ofensa física intencional, inclusive de terceiro, por motivo de disputa relacionada ao trabalho;
 - c) ato de imprudência, de negligência ou de imperícia de terceiro ou de companheiro de trabalho;
 - d) ato de pessoa privada do uso da razão;
 - e) desabamento, inundação, incêndio e outros casos fortuitos ou decorrentes de força maior;
- III - a doença proveniente de contaminação acidental do empregado no exercício de sua atividade;
- IV - o acidente sofrido pelo segurado ainda que fora do local e horário de trabalho:
 - a) na execução de ordem ou na realização de serviço sob a autoridade da empresa;
 - b) na prestação espontânea de qualquer serviço à empresa para lhe evitar prejuízo ou proporcionar proveito;
 - c) em viagem a serviço da empresa, inclusive para estudo quando financiada por esta dentro de seus planos para melhor capacitação da mão-de-obra, independentemente do meio de locomoção utilizado, inclusive veículo de propriedade do segurado;
 - d) 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. (BRASIL, 1991e).

desabamentos, contaminação acidental por doença em decorrência do trabalho, entre outros, e ainda, mesmo fora do local e horário habituais de trabalho, se ocorridos durante capacitação financiada pela empresa, ou por conta de prestação de serviço, mesmo que espontaneamente, ou em viagem, à empresa.

2.5 EFEITOS JURÍDICOS DO ACIDENTE DE TRABALHO EM SENTIDO LATO

Por certo um acidente de trabalho – ora considerado como gênero, englobante pois das doenças ocupacionais e dos acidentes por equiparação – acarreta diversos efeitos para o trabalhador que extrapolam a esfera jurídica.

O trabalhador atingido sofre abalos psicológicos, decorrentes das lesões sofridas, muitas vezes com perdas estéticas e/ou funcionais, do afastamento do trabalho, das incertezas e agruras dos tratamentos médicos necessários, da privação de atividades que lhe eram até então corriqueiras, como afazeres domésticos, expressões artísticas. Por certo aqueles que lhe são próximos também acabam por sentir tais efeitos. Quando o resultado do acidente é o falecimento do trabalhador, evidentemente a esfera psíquica dos integrantes da família também resta ofendida.

Nas palavras de Belmonte (2009, p. 172):

A extinção da existência da pessoa provoca sofrimento à família, privando-a do convívio e, muitas vezes, do conforto material propiciado. Já a lesão à integridade pode provocar incapacidade temporária ou definitiva, afetando a autoestima e provocando aflições ou complexos, ou mesmo o sentimento de impotência e desgosto, como ocorre em caso de perda de membro.

Outrossim, sofre o trabalhador e sua família, se dele dependente, abalos econômicos, pois como regra tem sua capacidade laborativa reduzida, ao menos parcial e temporariamente. Pode, ainda, ter, por esse motivo, evidente dificuldade de reinserção no mercado de trabalho ou mesmo para o crescimento profissional. Causa espécie a manutenção em vigor do art. 30 da CLT, que determina a anotação de acidentes de trabalho na CTPS do segurado pela Previdência Social, haja vista que tal notícia por certo será vista no mercado de trabalho como desabonadora e dificultará a obtenção de novo emprego.

Reflexos sociais são também verificados. O acidentado muitas vezes acaba

sendo privado, por suas limitações, das atividades socializantes que lhe eram caras, como reuniões, festas ou práticas desportivas. Em situações mais graves, até do convívio familiar, seja pela necessidade de tratamento médico em centros distantes, por decorrência da repulsa de seu aspecto ou de sua condição, ou mesmo, pelas novas necessidades cuja satisfação são impostas às pessoas próximas, como banhos, trocas de fraldas e/ou curativos.

Todavia, sem descuidar dos temas anteriores, cujo estudo e análise é de extremo relevo, é de maior interesse para os fins que ora se pretende a aferição dos efeitos jurídicos da existência empírica de um fato jurídico consubstanciado como acidente do trabalho em sentido lato (aqui englobando as doenças ocupacionais).

De fato, seus reflexos podem ser notados em diversos ramos do Direito.

Penal, em que se apurará eventual responsabilidade criminal pelo acidente e pelo dano sofrido, pelo cometimento em tese de crimes, sendo eles, em regra de lesão corporal culposa – art. 129 § 6º do Código Penal –, ou homicídio culposo – art. 121, § 3º do Código Penal.

Previdenciário, em que, a partir do vínculo entre o segurado e o INSS, o acidentado e/ou seus dependentes acessarão benefícios sociais, como auxílio-acidente, auxílio-doença acidentário, pensão por morte, programas de reinserção ou readaptação – art. 18 da L. 8.213/91. Ainda, em sentido inverso, poderão os empregadores sofrer ações regressivas, as quais são cada vez mais comuns, para o ressarcimento dos custos da Autarquia Previdenciária – art. 120²⁰ da Lei 8.213/91.

Securitário, caso o trabalhador conte, por iniciativa própria ou de seu contratante, com seguro privado que o garanta em relação a acidentes do trabalho ou doença ocupacional, situação em que o sinistro determinará o pagamento da respectiva indenização pela seguradora.

Trabalhista, em que poderá contar o empregado com estabilidade pelo prazo de 12 meses após o retorno ao trabalho, desde que afastado por mais de 15 dias ou constatada a doença após o término do contrato – art. 118 da Lei 8213/91 e Súmula 378 do TST –, terá sua contagem de férias modificada se o afastamento superar 6 meses – art. 133, IV da CLT – e contará com depósitos do FGTS no período – art. 15, § 5º da Lei 8.036/90.

Por fim, e mais relevante para o que se propõe no presente estudo, ainda na

²⁰ Art. 120. Nos casos de negligência quanto às normas padrão de segurança e higiene do trabalho indicados para a proteção individual e coletiva, a Previdência Social proporá ação regressiva contra os responsáveis. (BRASIL, 1991e).

esfera civil-trabalhista, em que poderá se verificar direito à indenização, suportado pelo empregador, de eventuais danos materiais e morais sofridos por conta desse fato, lastreada na sua responsabilidade civil, com fulcro na Constituição Federal, em seu art. 7º, XXVIII²¹, e também no art. 121²² da L. 8.213/1991.

É essa última matiz desse complexo fato jurídico que se sublinhará doravante, sendo de se ressaltar, contudo, que não se pode confundir as esferas de proteção civil-trabalhista e previdenciárias, na medida em que decorrentes de relações jurídicas diversas, com toda uma estrutura jurídica diferenciada.

A primeira, como dito, é baseada na responsabilidade civil e tem como mote a reparação dos danos. A segunda, de cunho securitário, propõe-se a garantir o sustento da vítima do acidente. As verbas obtidas, em cada uma das esferas, pois, não se compensam (OLIVEIRA, 2009, p. 81).

De fato, houve uma longa evolução legislativa e jurisprudencial para que essa separação restasse perfectibilizada, como se verá na sessão 3.2.2.10.

21 Art. 7º [...] 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; (BRASIL, 1988).

22 Art. 121. O pagamento, pela Previdência Social, das prestações por acidente do trabalho não exclui a responsabilidade civil da empresa ou de outrem. (BRASIL, 1991e).

3. A NATUREZA JURÍDICA DA RELAÇÃO DE EMPREGO

Faz-se necessária uma mirada sobre as teorias que se debruçam na discussão técnico-jurídica em epígrafe, a fim de que se possa proceder a alguma conclusão no presente trabalho, pois é pressuposto para a análise que ora se propõe a definição da natureza jurídica da relação de emprego.

Isso porque, para que se possa falar em garantia de incolumidade na esfera do contrato de trabalho, evidentemente necessário entabular-se a natureza jurídica contratual dessa citada relação jurídica.

Não se trata de questão simples, especialmente se considerado o embate entre contratualistas e acontratualistas que remonta ao início do desenvolvimento do Direito do Trabalho enquanto disciplina autônoma, o que se pode estabelecer temporalmente como o fim da 1ª Guerra Mundial e o Tratado de Versailles (BAYLOS, 1999, p. 63), tendo suas raízes iniciais nas primeiras leis sociais do século XIX (JEAMMAUD, 1980, p.179).

Como se verá, mas já nesse momento é sublinhado, na medida em que ainda inseridos da teoria tradicional do negócio jurídico – seja a partir da teoria da vontade de Savigny, para quem é essa interna, psíquica que, manifestada, é hábil a formar o contrato, seja da teoria da declaração, de Windscheid, para quem a vontade declarada, ou seja, externalizada, deve ser prevalente (COUTINHO, 2003, p. 76) –, foi a vontade como elemento criador (necessário/desnecessário, existente/inexistente) da relação de trabalho que estabeleceu a linha central da celeuma em face da sua natureza jurídica como contratual ou não.

3.1 O EMBATE DAS VERTENTES CONTRATUALISTAS E ACONTRATUALISTAS

Até que se percebesse o desenvolvimento de algum Direito do Trabalho, mesmo que embrionário, pode-se dizer que o trânsito jurídico da força de trabalho estava integralmente atrelado às formulações tradicionais do direito comum, que o equiparava a locação de coisas (MARANHÃO, 2003, p. 235). Basta pensarmos que, no Brasil, a locação de serviços e a empreitada estavam localizadas no mesmo

capítulo da locação de coisas no Código Civil de 1916 – seções II e III do Capítulo IV, arts. 1.216 a 1.247 –, ou ainda, era tratado no antigo Código Comercial de 1850 como contrato mercantil, nos artigos 236 a 246.

Dessarte, a primeira tentativa de enquadramento dessa específica relação jurídica, como não poderia deixar de ser, dado o incipiente desenvolvimento do Direito do Trabalho no final do século XIX, foi a partir do empréstimo de institutos da então vigorosa doutrina de Direito Civil.

Assim, tentou-se explicar o fenômeno como espécie de arrendamento por inspiração do Direito Romano, especificamente da *locatio operis* e a *locatio operarum*.

Em relação a primeira dessas figuras jurídicas românicas, é possível notar semelhanças à empreitada, em que o interesse do contratante encontrava-se na obra pronta, no resultado. Por seu turno, a *locatio operarum* aproximava-se da locação de serviços, porque o foco se colocava no serviço prestado, o qual, embora autônomo, tinha o risco do resultado transferido ao contratante (*conductor*), que coordenava os afazeres do prestador de trabalho (*locator*) por um determinado tempo. Vários doutrinadores, como Delgado (2011, p. 299) e Jeammaud (1980, p.181) vem nesse contrato o embrião da moderna relação de emprego.

Na medida em que a cultura romana, escravocrata, desvalorizava o trabalho ética e juridicamente, acrescido o fato de que, por esse mesmo motivo, a noção de trabalhador acabava por se confundir com a de bem, prevalecia então a ideia de que a relação jurídica de entrega de força de trabalho era encarada de forma tão simples como uma mera locação de bem. “Assim, à semelhança da locação de coisas, havia a locação de trabalho” (DELGADO, 2011, p.273) . Não por acaso a *locatio operis* e a *operarum*, acima explicitadas, colocavam-se ao lado da *locatio rei* – locação de coisas – nas hipóteses de *locatio conductio* – como se chamavam genericamente as operações de locação.

Essa noção foi inserida no Código Napoleônico, que incluiu o contrato de trabalho entre as espécies de locação, em seu Título VIII, Livro III, arts. 1.708 e 1.710, no título “Do contrato de arrendamento”. O Código Civil Brasileiro de 1916 repetiu essa taxonomia, incluindo a locação de serviços e a empreitada nas espécies de locações, como acima mencionado, no que não foi seguido pelo Código Civil de 2002.

A teoria do arrendamento via, assim, o trabalho como bem a ser locado,

olvidando-se, por conta da influência romanista que desconsiderava o prestador de serviço como sujeito de direito dada sua estrutura econômica escravocrata, da pessoa que se efetivava para por a disposição o labor. Chega a impressionar ao estudioso contemporâneo, embora de se reconhecer tratar-se de pensamento exposto há mais de um século, a comparação de Planiol²³, citado por Nascimento (2010, p. 574-575):

[...] a coisa arrendada é a força de trabalho que reside em cada pessoa e que pode ser usada como a de uma máquina ou a de um cavalo; dita força pode ser dada em arrendamento e é precisamente o que ocorre quando a remuneração do trabalho por meio do salário é proporcional ao tempo, da mesma maneira que ocorre no arrendamento de coisa.

De acordo com Nascimento (2010, p. 574-575), Bonnecase, Josserand, Planiol e Garcia Oviedo partilhavam desse pensamento de aferição do contrato de trabalho como modalidade de arrendamento.

Diversas teorias vieram de encontro a esse entendimento, apontando-se o equívoco do pensamento pelo fato de que no arrendamento, a coisa separa-se do arrendante e fica na posse do arrendatário, sendo obrigação daquele uma abstenção relativa à coisa, o que não se vê na relação de trabalho, em que se pode separar apenas o efeito ou resultado do trabalho, cumprindo também, ao trabalhador, uma obrigação de fazer positiva (NASCIMENTO, 2010, p. 576).

A partir do momento em que se percebeu a importância, para fins de garantia de direitos existenciais, da separação ideal entre a figura do trabalhador e do objeto contratado, a prestação de trabalho, essa concepção foi superada. Ademais, essa modalidade de contrato apresenta contradições insuperáveis com as características da relação de emprego, como a que se salta aos olhos decorrente da tendência à transitoriedade da primeira em contradição à continuidade dessa última (DELGADO, 2011, p. 300).

A partir do pensamento liberal de que o trabalho seria uma mercadoria sujeita à lei da oferta e procura, também o contrato de compra e venda candidatou-se à causa de definir a relação de emprego, sem sucesso, pois nessa, pressupõe-se a separação fático-jurídica entre o titular do direito real e o objeto, o que não é viável na relação de emprego, pela impossibilidade material de divisão empírica entre o objeto alienado, o trabalho, e seu prestador. Ademais, de se notar que o trato sucessivo e a remuneração mesmo sem efetiva entrega de força de trabalho (*ex vi*

23 PLANIOL, M. F. *Traité Élémentaire de Droit Civil*, 1907.

férias e descanso semanal remunerado) dessa última contrapor-se-ia à concentração e a necessária entrega de algum bem jurídico daquele. Por fim, a mercadoria não é o trabalho em si, mas o produto desse.

Ligados a noção de relação de trabalho como contrato de compra e venda, Nascimento (2010, p. 577-588) reconhece os pensamentos de Pothier, Troplong, Laurent, Marcade, Baudry e Kahl, Chatelain, Bureau, Carnelutti²⁴ e Pantaleoni. Também citado por Nascimento (2010, p. 577), faz-se contundente, tal qual o pensamento de Planiol acima descrito, a postura de Bureau²⁵, para quem

sob qualquer ponto de vista em que se coloque o trabalho do operário aparece como uma mercadoria, e esta palavra que tanto choca os ouvidos é evidentemente a única que responde à realidade das coisas. Como as outras mercadorias, o trabalho será suscetível de venda e compra, e o contrato de trabalho pode ser definido, sob a reserva de uma adição ulterior: um contrato pelo qual uma pessoa chamada empregador compra a uma outra chamada empregado, mediante preço determinado, o esforço muscular e intelectual necessário para o desempenho de uma tarefa precisa e nitidamente determinada.

Buscou-se também no conceito de associação a natureza da relação de trabalho, pois estariam tomador e trabalhador vinculados a uma unidade de interesses e esforços em busca do fim comum de produzir riquezas, com intuito de lucro como resultado, sendo o salário a quota revertida ao empregado. Tratar-se-ia, pois, da união entre capital e trabalho.

Essa tese, defendida por Chatelain, Canalejas, Valverde, Lyon-Caen, Hinojosa, Villey, entre outros (NASCIMENTO, 2010, p. 580), pode ser rebatida pela percepção de que o trabalhador não participa da vontade social, pela impossibilidade de equiparação entre o salário e distribuição de lucros sociais (especialmente se verificado que, mesmo que o empregado possa participar dos lucros, não o faz com abandono do salário, e tampouco participa dos prejuízos), pela não assunção dos riscos pelos empregados, pela existência de subordinação entre as partes contratantes, pela ausência de *affectio societatis*, entre outros elementos.

Tampouco obteve sucesso sua equiparação ao contrato de mandato, dada a necessária onerosidade da relação de emprego, acrescida do diferente grau da

24 Em seus primeiros trabalhos Carnelutti comparava a força de trabalho à energia elétrica para dissociar a energia humana daquele que a produz e, assim, afastar-se da ideia de venda do próprio ser, mas em momento seguinte, passou a reconhecer autonomia ao contrato de trabalho.

25 BUREAU, P. **Le contrat de travail**. Paris, 1902, p. 105.

fidúcia envolvido em cada um deles e, especialmente, pelo fato de essa não necessariamente envolver transferência de poder do empregador ao empregado, pelo contrário, diversamente do que ocorre naquele tipo de contrato. Se não bastasse, o mandato é revogável e como regra tem fim específico, enquanto o contrato de trabalho, ao contrário, nem sempre é resilível, como nas situações de estabilidade, e tradicionalmente não tem definida uma finalidade.

As correntes acima expostas são as integrantes do chamado contratualismo tradicional, que buscaram colmatar um fenômeno social e econômico até então desconhecido ou pouco usado, o trabalho subordinado assalariado, aos institutos jurídicos já desenvolvidos da época, sem perceber a precariedade e o artificialismo com que as clássicas formulações doutrinárias de cariz civilista cuidavam desse novel objeto de estudo (DELGADO, 2011, p.302).

Como reação às correntes anteriormente analisadas, considerando as condições de trabalho então verificadas, a concepção patrimonialista de contrato e a crise do Estado liberal democrático (BAYLOS, 1999, p. 63), a partir do início do século XX, notadamente após a 1ª Guerra Mundial, surgiram ramos de pensamento jurídico que defendiam a natureza acontratual da relação de emprego, fulcradas no pensamento jusfilosófico de intervencionismo estatal, colaboração entre as classes, e limitação da vontade das partes, em especial dos empregadores, e do âmbito do negociável, pelas então chamadas “leis operárias” (NASCIMENTO, 2010, p. 588).

A partir de um pensamento que verificava nessa relação jurídica uma efetiva limitação, ou mais, verdadeira inexistência de vontade na sua formação e desenvolvimento, o contrato perde sua posição central como elemento constitutivo da relação de emprego, realçando-se a situação de fato e a inserção do trabalhador na estrutura social da empresa, a qual configurava-se em uma entidade objetiva formadora de um espaço regulado pelas necessidades produtivas e organizativas, sob a gerência de um chefe (da empresa) que detém autoridade moral e política para orientar os interesses desse ente (BAYLOS, 1999, p. 64). O elemento vontade, crucial para a noção de contrato, passa ao segundo plano dessa relação, pois tido como desnecessário na sua formação.

Esse pensar do Direito do Trabalho dividia-se em dois ramos prioritários, aquele que defendia ser a relação de trabalho uma relação jurídica especial, e aquele que defendia tratar-se de uma instituição.

A partir da primeira noção, pode-se dizer que seria a prestação material de

serviços por uma pessoa natural, observados alguns requisitos (subordinação, onerosidade e não-eventualidade) que a constituiria, independentemente de qualquer tipo de manifestação expressa da vontade, o que afastaria o conceito de contrato.

Para a teoria da relação de trabalho, portanto, a negativa da vontade como elemento necessário ao surgimento e desenvolvimento dessa relação é ponto nodal, pois esta decorreria de um fato objetivo, a inserção do trabalhador na empresa.

Diversos doutrinadores como Potthoff, Molitor, Nikisch, Wolfgang Siebert, Lotmar, Kaskel, Sinzheimer, Georges Scelle, Angelelli, Deveali, Messineo, Alfonso Madrid, Francisco Ferrari e Mario de La Cueva (NASCIMENTO, 2010, p. 588-9) partilharam o entendimento, com diferentes enfoques, mas com a ideia comum de que a relação de trabalho é um conjunto de direitos e deveres derivados da simples prestação de serviços, uma situação jurídica objetiva (DELGADO, 2011, p.306), não derivada da vontade. Assim, tinham por pressuposto que inexistia contrato sem autonomia de vontade, em uma perspectiva de que essa é fundamento das obrigações observadas naquele.

Já de acordo com os institucionalistas, considerando-se como instituição “uma realidade estrutural e dinâmica que teria prevalência e autonomia em face de seus próprios integrantes” (DELGADO, 2011, p.308), e fundada a premissa de que a empresa constitui-se como tal, a simples inserção do trabalhador nessa estrutura define a relação de emprego, independentemente de sua vontade. Doutrina de origem francesa, teve em Hariou, Renard e Delos seus defensores (NASCIMENTO, 2010, p. 590).

De fato, o conceito de contrato acaba por ser excluído pela noção de instituição, pois essa seria apta a transformar uma situação de fato em outra de direito, porquanto baseada na superação da separação entre normativismo e sociologismo, como explica Recaséns Siches²⁶, citado por Nascimento (2010, p. 591). Assim, a inserção do empregado no organismo social que constitui a empresa faz com que o trabalhador adira a um estatuto ao qual apenas se sujeita, sem nada criar, sem que sua subjetividade interfira de qualquer maneira na relação.

Interessante ponderação de Baylos (1999, p. 66-70) de que, com a novidade do uso do Estado como ente regulador da economia, essas correntes desenvolveram-se tanto em Estados totalitários quanto democráticos, mas fulcrados

26 SICHES, L. R. **Panorama del pensamiento jurídico en el siglo XX**. México: Porrúa, 1963.

em ideologias²⁷ diferentes. Nos primeiros, buscava-se o reconhecimento de um dever de fidelidade entre Estado e trabalhador, ambos atuando para o progresso e o incremento da produção, com a necessária diminuição do conflito social por parte do Estado (e o contrato prejudicaria esse desiderato se considerado que implicitamente reúne partes com interesses antagônicos). Nos Estados sociais, a ideia era o agir do Direito do Trabalho de forma a atenuar as desigualdades sociais impostas pela estrutura do Direito Civil, criando-se um novo campo jurídico independente e protetivo. Assim, livrando-se dos ranços, já que o contrato “caracteriza-se por permitir um poder privado sobre homens” (BAYLOS, 1999, p. 70), instituía-se um direito especial, produto da autotutela e do Estado, com fins de remediar a exploração da classe trabalhadora.

A par das teorias acontratualistas, que embora minoritárias, contam com defensores na atualidade, buscou parcela da doutrina, especialmente a partir dos anos 80 (BAYLOS, 1999, p. 104), ainda aproveitando a ideia de contrato, que pressupõe liberdade e autonomia individual, o desenvolvimento de uma teoria contratual chamada por Godinho (2010, p. 302) moderna – em que pese o termo contemporânea melhor expresse seu pensamento.

Essa corrente, já convencida de que o Direito Civil não apresenta modelo suficiente a explicar satisfatoriamente a relação de emprego, aponta uma nova formulação de contrato, específica, com características peculiares que definem a relação de emprego.

Embora símbolo do modelo liberal, e que até hoje carrega um forte conteúdo patrimonialista à relação de trabalho, esse instituto pode ser revisitado e utilizado para a definição jurídica dessa especial relação, desde que considerado o contrato de trabalho como um tipo especial, necessidade que se mostrava desde antes de seu reconhecimento legal, na medida em que, como mencionado, a visão patrimonialista do Direito Civil no início do século passado já não lhe dava conta (BAYLOS, 1999, p. 63).

27 Utilizando-se o termo no sentido de conjunto de ilusões por meio das quais os homens analisam sua realidade de forma deformada. Falsa consciência sem a qual a convivência social da forma imposta pela classe dominante não se manteria. (GORENDER, 1998, XXII).

3.2 A RELAÇÃO DE EMPREGO COMO CONTRATO

Uma vez verificada parte da discussão travada sobre a natureza jurídica da relação de emprego, passa-se à demonstração dos motivos para considerá-la como contratual.

3.2.1 A opção legislativa brasileira

Analisada a legislação pátria, não se pode negar que essa adotou a teoria contratual, como se percebe nas diversas menções ao contrato de trabalho verificadas na CLT – todo o título IV é a ele expressamente dedicado – e demais legislações trabalhistas, embora não sem que houvesse verdadeira escolha entre as diversas correntes acima expostas pelo legislador.

De fato, Arnaldo Süssekind, recém-falecido membro da comissão incumbida de formular a CLT, em entrevistas à Biavaschi (2007, p. 341-357) e Gomes, Pessanha e Morel (2004, p. 3-199), afirmou peremptoriamente que a opção pela definição legal da contratualidade da relação de emprego foi profundamente discutida nos debates que resultaram no art. 442 da CLT. Entre os integrantes dessa comissão, Rego Monteiro era institucionalista, alinhado às teorias corporativas então vigentes, e firme defensor dessa corrente. Por seu turno, Segadas Vianna e Süssekind defendiam a natureza contratual da relação. Como Dorval Lacerda não tinha firme posição, cumpriu a decisão final ao Ministro Marcondes Filho, que optou pelo contrato (BIAVASCHI, 2007, p. 345).

Segundo Süssekind, é por conta dessa divisão na comissão que o art. 2º da CLT é de certa forma híbrido, mas ao equiparar empregador com empresa tem-se como desiderato despersonalizar o empregador, e não apontar a existência de uma instituição (BIAVASCHI, 2007, p. 345). Outrossim, de acordo com ele, foi Rego Monteiro quem minutou a Exposição de Motivos da CLT (GOMES; PESSANHA; MOREL, 2004, p. 80), o que explica porque há indeléveis traços da teoria institucional em sua redação, como se nota nos itens 29, 43 e 53 do documento, muito embora reconciliem-se as teorias nas explanações dos itens 44 a 46²⁸

28 [...]

29. A análise do conteúdo da nossa legislação social provava exuberantemente a primazia do caráter institucional sobre o efeito do contrato, restrito este à objetivação do ajuste, à

(COSTA; FERRARI; MARTINS, 2011, p. 33-37)

De se apontar, desde já, que o art. 442 da CLT (BRASIL, 1943) ao definir o contrato a partir do “acordo tácito ou expreso, correspondente à relação de emprego” já rompe com a então vigorosa doutrina que buscava o reconhecimento de um contrato a partir da vontade, ainda contaminada pelo paradigma voluntarista, dando ênfase à ação social em detrimento da exteriorização da vontade.

Essa postura arrojada, pela qual os consolidadores deixaram de lado teorias do contrato que enfatizam a vontade em seu sentido tradicional, tornou viável, por exemplo, o reconhecimento da despersonalização do empregador e a não adoção da teoria dos defeitos dos negócios jurídicos para vícios de vontade (COUTINHO, 2003, p.69).

Assim, tanto a negociação com vontade declarada – o que é verificado em algumas situações no contrato de trabalho, embora seja esse firmemente dirigido pela lei, que lhe estabelece um patamar civilizatório mínimo, termo cunhado por Delgado (2011, p. 1331) – como o comportamento externamente observado com requisitos reconhecidos como hábeis a gerar obrigações – tema que será a minudo explicado abaixo – equivaleriam para o reconhecimento do contrato de trabalho, na forma da lei.

Reconhecendo que muitos juslaboristas não alcançam a perspectiva inovadora do legislador da CLT, e, sem apreciar que a sua intenção era desvencilhar

determinação do salário e à estipulação da natureza dos serviços e isso mesmo dentro de standards e sob condições preestabelecidas na lei.

[...]

43. A emenda então apresentada não pôde ser aceita. Revelava, primeiramente, incompreensão do espírito institucional tantas vezes salientado nesses empreendimentos. Repetia ainda um conceito prévio e básico já formulado, qual seja, o de empregado.

44. O que os objetantes não alcançaram foi o deliberado propósito de se reconhecer a correspondência e equivalência entre a "relação de emprego" e o "contrato individual do trabalho", para os efeitos da legislação social, correspondência essa que a escola contratualista italiana nega, exigindo a expressa pactuação.

45. Na concepção do projeto, admitido, como fundamento de contrato, o acordo tácito, é lógico que a "relação de emprego" constitui o ato jurídico suficiente para provocar a objetivação das medidas tutelares que se contêm no direito do trabalho em vigor.

46. O conceito firmado na Consolidação é tanto mais justo e relevante quanto é o que se evidencia em face de contratos formalmente nulos ou substancialmente contrários à ordem pública dos preceitos da legislação de proteção ao trabalho.

[...]

53. Na introdução, aperfeiçoou a redação dos artigos; inseriu a definição de empregador, que integra o conceito definitivo da relação de emprego, acompanhando-a da noção legal de empregadora única dada pela Lei nº 435, de 17 de maio de 1937; removeu, outrossim, para o Capítulo pertinente, a declaração da igualdade de salário por trabalho do mesmo valor sem distinção de sexo. Foi, por outro lado, suprimida a afirmação concernente à proibição da renúncia de direitos, que entendeu a Comissão ser elementar do princípio de ordem pública, mediante o qual são nulos os atos praticados no intuito de excluir a eficácia da legislação social.

a relação de trabalho de teorias que já não mais compreendiam o contrato à época, apontam erroneamente uma tautologia no citado artigo, afirma Coutinho (2003, p. 70): “Presente está a oportunidade de resgatar as disposições da Consolidação das Leis do Trabalho, superando a perspectiva ultrapassada e arcaica dos que ainda propugnam por um contrato erigido sob as bases de uma autonomia da vontade”.

Esse modelo escolhido, contratual, ademais, sofre intensa regulação estatal em seu conteúdo, como se nota do art. 444 da CLT, com fins de proteção do hipossuficiente. Tem, pois, conteúdo tipificado.

De todo o exposto, resta concluir que o testemunho de Süsskind, aliado à averiguação dos acima citados textos legais, deixa clara a opção do legislador brasileiro pela tese contratualista.

E mais, que o contrato de trabalho, como idealizado na CLT, ao levar em consideração a realidade fática, capta uma postura avançada de contrato. Assim, como se verá a seguir, é instrumento jurídico capaz de explicar a relação de emprego.

3.2.2 A teoria contratual revisitada

3.2.2.1 A ideologia do contrato clássico e a decadência do voluntarismo

Não se deve fazer uma leitura desatenta dos fatos, ou mesmo uma análise jurídica tecnicista, que não reconhece a ideologia que se afigura por trás da teoria do direito, e especificamente do contrato enquanto instituto jurídico.

Nessa linha, aduz Roppo (2009, p.30) que:

Quando se fala, no sentido indicado, de função ideológica do conceito de contrato (ou melhor das teorias sobre contrato), quer-se aludir – prescindindo de qualquer conotação depreciativa do termo – precisamente a esse facto: o contrato – como instrumento técnico-jurídico de realizações das operações económicas – e o direito dos contratos – como conjunto das regras legais e jurisprudenciais que definem a sua disciplina, e portanto as suas modalidades de funcionamento – assumiram e assumem papéis e funções reais, historicamente diversos em quantidade e relevância e conforme os vários contextos e as várias formas de organização económico-social em cada momento prevalentes; contudo, as doutrinas, as teorias, os princípios elaborados em torno do contrato e do direito dos contratos muitas

vezes não traduziram, de modo fiel e objectivo, as funções e papéis por aqueles realmente assumidos, mas ao invés ocultaram-nos, ou disfarçaram-nos, ou distorceram-nos, em termos de transmitir uma imagem intencionalmente deformada da realidade, convertendo-se, portanto, justamente, em matéria de outras ideologias.

Assim, mesmo que se reconheça a natureza jurídica contratual à relação de trabalho, é preciso contextualizar em que momento histórico isso ocorreu inicialmente, e a que pensamento se lhe pode atribuir o desenvolvimento, para que essa escolha seja consciente de toda a repercussão que gerará, considerando-se ainda o já rapidamente exposto no que se refere à legislação brasileira relacionada.

O contrato tem como função, por sua natureza, engendrar operações econômicas (ROPPO, 2009, p. 24).

Assim, muito embora a figura já apareça desde a antiguidade, é a partir das Revoluções Burguesas ocorridas entre o fim do século XVIII e início do XIX, com o intenso incremento das dinâmicas das trocas e do desenvolvimento da produção especialmente decorrente da Revolução Industrial, em um contexto social de indivíduos atomizados caracterizados não mais por suas relações, mas por suas ações em busca de riqueza e lucro (FIGUEIRA, 1989, p. 137) – em que reinava soberana a ideologia do individualismo, da liberdade e da igualdade –, que o contrato adquire protagonismo nas relações sociais. Caminhou, portanto, ao lado da formação socioeconômica capitalista.

Afirma Roppo (2009, p. 25-26):

E se se torna necessária uma confirmação indirecta desta estreita ligação entre a exaltação do papel do contrato e a afirmação de um modo de produção mais avançado, atente-se em que não pode certamente atribuir-se ao mero acaso o facto de as primeiras elaborações da moderna teoria do contrato, devidas aos jusnaturalistas do séc. XVII e em particular ao holandês Grotius, terem lugar numa época e numa área geográfica que coincidem com a do capitalismo nascente; assim como não é por acaso que a primeira grande sistematização legislativa do direito dos contratos (levada a cabo pelo código civil francês, *code Napoleon*, de 1804) é substancialmente coeva do amadurecimento da revolução industrial, e constituiu o fruto político directo da revolução francesa, e, portanto, da vitória histórica conseguida pela classe – a burguesia – a qual o advento do capitalismo facultou funções de direcção e domínio de toda a sociedade.

De fato, o contrato atuou como instrumento de antítese ao modelo de organização produtiva do antigo regime, o qual era baseado em uma economia fechada, nos vínculos corporativos e privilégios nobiliários. Também, foi usado como meio de legitimação das sociedades advindas das revoluções burguesas (ROPPO, 2009, p.28).

E, obviamente refletindo os interesses da então classe em ascensão, a burguesia, que pretendia desvencilhar-se dos limites impostos à sua iniciativa e capacidade produtiva por meio da garantia ao indivíduo da igualdade perante a lei, permitindo apenas a esse a definição de seu destino social, econômico e jurídico. Tudo isso em prol do crescimento do modo de produção capitalista, no qual correspondia à classe hegemônica.

Em verdade, embora ainda não pudesse, à época, ser considerada a classe dirigente – basta para tanto uma mirada em Marx (1997) , para que se perceba quão rachada estava a França pós-revolucionária²⁹ –, a burguesia já exercia a hegemonia nesse período iniciante do capitalismo, exigindo, pois, meios políticos e jurídicos para permitir o livre trânsito de riqueza, segundo Hobsbawn³⁰, citado por Martins-Costa (1995, p. 507).

Como aponta Martins-Costa (1992, p.21) o conceito de igualdade, gestado na Revolução Francesa, tinha o efeito de romper com a tradição de castas do direito medieval. Nas palavras de Ramos Filho (2012, p.15):

Para a burguesia, a igualdade formal perante a lei tenderia a suprimir as distinções legais, estabelecidas conforme nascimento, *status* social e demais fatores que denotassem preferências, garantindo aos seus titulares uma esfera de autonomia isenta de intervenção estatal, vista com desconfiança pela classe social ascendente em face de sua histórica relação com a aristocracia.

E mais, a partir das codificações que vieram no bojo da formação dos Estados modernos europeus, essa então relevante igualdade formal restou garantida como fundamento do contrato, o qual passou a ser reconhecido como expressão da vontade livre de sujeitos iguais, porque, segundo Lôbo (1995, p.41), “instrumento por excelência da autonomia da vontade, confundida com a própria liberdade”. Assim, o contrato, ao lado da família e da propriedade, nas palavras de Carbonnier³¹, citado por Martins-Costa (1992, p. 21), constituíam os “três pilares do

29 Segundo o qual, nesse período debatiam-se politicamente, às vezes unindo-se, outras traindo a causa comum, a burguesia republicana, a pequena burguesia democrático-republicana, o operariado social-democrata, camponeses, militares, monarquistas legitimistas (apoiares da Casa dos Bourbons) e monarquistas orleanistas.

30 HOBBSAWM, E. J.; McLELLAN, D.; VILAR, P. & ET AL. **História do Marxismo**. Tradução de: COUTINHO, Carlos Nelson; SALLES, Nemésio. 3. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1983, p. 258-259. (Coleção Pensamento Crítico, 40).

31 CARBONNIER, J. **Flexible Droit: pour une sociologie du droit sans rigueur**. Paris, 1983.

direito”, todos devidamente reconhecidos e garantidos nos códigos.

Códigos, esses, que se destinavam a proteger uma certa e definida ordem social, como vista, individualista, garantidora da propriedade e da autonomia da vontade, na qual cumpria ao legislador manter a estabilidade a fim de que cada um pudesse, dentro de suas condições, apropriar-se dos bens jurídicos nos máximos limites de suas capacidades, sem limitações externas (TEPEDINO, 2004, p. 219).

O contrato, nesse modelo então codificado, assentou-se nas ideias de Grotius e dos jus-racionalistas, em especial Kant (NALIN, 2008, p. 106), para quem a vontade individual era fonte de quaisquer obrigações jurídicas, pois única fonte de justiça. De acordo com Bobbio³², citado por Nalin (2008, p. 108), para Kant, “[...]a aquisição de um direito pessoal só pode acontecer através da ação do outro, ou seja, por meio de um acordo entre a minha vontade e a do outro, ou seja, pacto”.

E assim por muitos anos seguiu sendo reconhecido.

Ao trabalhador, a liberdade de contratar, no sistema de Direito ora em tela, iluminista, fora reconhecida na passagem do trabalho servil mercantilista para o modelo capitalista. Naquele momento histórico, séculos XVIII e XIX, especialmente na Inglaterra, a crescente Revolução Industrial exigia intensa utilização de trabalho subordinado por conta alheia.

Nesse contexto, “ao Direito cabia dar os instrumentos que pudessem oferecer as garantias à implementação dos valores dominantes, aos fins propostos por tais valores, aos objetivos do indivíduo pós revolucionário” (MARTINS-COSTA, 1995, p. 507). Para tanto, a par de uma revisão do pensamento sobre o “dever do trabalho”, com o surgimento de toda uma nova ideologia sobre o tema³³, no seu

32 BOBBIO, N. **Direito e estado no pensamento de Emanuel Kant**. 3. ed., Brasília: UNB, 1995, p. 108.

33 Pode-se dizer que todo um substrato ideológico ligado ao trabalho foi sendo construído durante o processo de transição para o modo de produção capitalista. Internalizou-se no inconsciente coletivo que o trabalho (sendo certo que a modalidade subordinada é a regra no modo de produção capitalista) é necessário e conduz à salvação, à dignificação, enfim, sem trabalho não se formaria o caráter do ser humano. Sem esse, o sujeito perde relevância enquanto membro da coletividade. Nas palavras de Ramos Filho (2011, p. 19) “estigmatizados o ócio e a não submissão ao estatuto do salariado, o trabalho subordinado se transmuda em imperativo moral por oposição àquelas condutas que resistem ao ingresso no modo de vida capitalista, tidos como vadios, como vagabundos ou como malandros”. Assim caminhou a fundamentação ideológica do capitalismo, com a criação de uma ética peculiar, impositiva do dever moral de trabalhar, a qual, como aponta Weber (2004), tornou-se, inclusive, fundamento religioso. Não por outra razão, lê-se na encíclica *Rerum Novarum*: “Sim, a dor e o sofrimento são o apanágio da humanidade, e os homens poderão ensaiar tudo, tudo tentar para os banir; mas não o conseguirão nunca, por mais recursos que empreguem e por maiores forças que para isso desenvolvam. Se há quem, atribuindo-se o poder fazê-lo, prometa ao pobre uma vida isenta de sofrimentos e de trabalhos, toda de repouso e de

campo, ofereceu o Direito diversas ferramentas para que a operacionalização das trocas entre capitalistas e operários restasse possível (MARX, 1998, p. 75-76), entre elas, o contrato de trabalho (JEAMMAUD, 1980, p. 179).

De fato, mesmo antes de engendrar essas trocas, o que se fez em um primeiro momento por contratos regidos pelo Direito Civil, em um período de transição do feudalismo para o capitalismo, foi também usado o Direito para auxiliar na criação de um exército de pessoas que necessitassem vender seu trabalho para obter os meios para sua sobrevivência, um proletariado, que até então era inexistente, ou, ao menos, insuficiente.

Exemplos podem ser aferidos em Souto Maior (2011, p.83), citando Dobb³⁴, como da lei inglesa de 1496 que punia pessoas ociosas e vagabundos com prisão no tronco, do estatuto de Eduardo VI, que determinava a marcação de quem se recusasse a trabalhar com ferro, além de transformá-lo em escravo por dois anos, da legislação elisabetana, que punia a mendicância com a queimadura da cartilagem do ouvido direito e a reincidência com a morte, ou ainda, na época de Carlos II, 1660, das punições de pequenas infrações com pena de trabalhos forçados nas galés ou em casas de correção, a fim de suprir a falta de mão de obra existente no período.

Após erigida uma verdadeira classe trabalhadora, proletária, para estabelecer o liame entre ela, cujo “ativo” é a força de trabalho, na medida em que “proprietária” de um bem imaterial, e os meios de produção, cuja titularidade é do capitalista, apresentou-se o contrato. O operário, para figurar como parte nesse instituto jurídico, é reconhecido como sujeito de direito³⁵ qualificado, pois proprietário,

perpétuos gozos, certamente engana o povo e lhe prepara laços, onde se ocultam, para o futuro, calamidades mais terríveis que as do presente.” (LEÃO XIII, 1891). Ou ainda, tratando das “obrigações dos operários e dos patrões”: “Entre estes deveres, eis os que dizem respeito ao pobre e ao operário: deve fornecer integral e fielmente todo o trabalho a que se comprometeu por contrato livre e conforme à equidade; não deve lesar o seu patrão, nem nos seus bens, nem na sua pessoa; as suas reivindicações devem ser isentas de violências e nunca revestirem a forma de sedições; deve fugir dos homens perversos que, nos seus discursos artificiosos, lhe sugerem esperanças exageradas e lhe fazem grandes promessas, as quais só conduzem a estéreis pesares e à ruína das fortunas.” (LEÃO XIII, 1891).

34 DOBB, M. **A evolução do capitalismo**. 9. ed. Tradução de: BRAGA, Manuel do Rêgo. Rio de Janeiro: LTC, 1987, p. 236-237.

35 Consoante Miaille (2005, p. 114-121), a noção de sujeito de direito é uma criação histórica necessária para o surgimento e a manutenção do sistema de produção capitalista. Ademais, consoante Jeammaud (1980, p. 167-171), dificulta a compreensão da realidade (ou seja, atua como instrumento ideológico) ao tratar as relações sociais de forma fragmentada, realizando a

ativamente inserido no mercado, realizando trocas econômicas (SOUZA, 2008, p. 85).

Inobstante, esse mesmo sistema, para se manter, deve ter como pressuposto a impossibilidade de que o trabalhador tivesse ou viesse a ter acesso ao capital e aos meios de produção. Bem assim que esse fosse obrigado a vender seu labor, embora não formalmente compelido a tanto (MIAILLE, 2005, p.118). Na lógica do capital, esse negócio jurídico deve garantir a manutenção do trabalhador sempre no mesmo patamar socioeconômico, para que se repita a prestação continuada, ou seja, devem estar garantidas as necessidades básicas de alimentação, roupa, aquecimento, habitação (MARX, 1996, p. 288-289), mas não mais que isso.

Uma vez fundado na lógica da prestação de trabalho por aquele que nada mais tem a oferecer àquele que detém o capital, o modo de produção capitalista “mercadorizou”, objetivou o trabalho humano, para que pudesse ser objeto de um contrato livre (ROPPO, 2009, p. 39).

Nas palavras de Coutinho (2001, p. 26):

Somente após o século XVI o trabalho deixa de ser tão-só um dever oriundo da tradição e passa a denotar a concepção libertária de meio voltado à obtenção de dinheiro e mercadorias, como um objeto em si, vendável no mercado de mão-de-obra, colocado à disposição de quem mais oferece. O trabalho abandona a vestimenta negativa com que se apresentava para inserir-se como a alavanca que se alça à propriedade privada como fundamento da sociedade dotada de plena legitimidade consensual.

É de se notar que, dentre outros fatores, também o Direito contribuiu para o condicionamento histórico que viabilizou a troca da força de trabalho, que não existe como mercadoria por si mesma, já que não é fisicamente apreensível. Formalmente iguais e capazes, capitalista e trabalhador passam a ser hábeis a contratar, sem que se considere suas reais posições na escala de necessidades recíprocas.

Dessarte, para que se realizasse a expansão do sistema produtivo que vinha substituir o trabalho servil nas sociedades pré-capitalistas, dissociou-se o trabalho humano da propriedade dos instrumentos de trabalho, o homem passou a ser considerado juridicamente livre e, para viver, foi obrigado a vender sua força de trabalho, que se constituiu em mercadoria de livre circulação. Em troca, recebeu

representação dos sujeitos que as compõem de forma individualizada, com o que não se apresenta socialmente a classe trabalhadora ou a classe capitalista, mas um dado empregado e outro dado empregador. Mesmo os sujeitos que representam algum coletivo, como sindicatos, em verdade substituem partes definíveis de um todo.

salário.

Para essa compreensão, é de se notar que, conforme Jeammaud (1980, p. 182, grifo do autor):

Le travail ne fut pas toujours du travail salarié, c'est-à-dire du *travail libre*. L'esclave ne vendait pas sa force de travail au possesseur d'esclaves, pas plus que le boeuf ne vend le produit de son travail au paysan. L'esclave est vendu, y compris sa force de travail, une fois pour toutes à son propriétaire; il est une marchandise qui peut passer de la main d'un propriétaire dans celle d'un autre. Il est *lui-même* une marchandise, mais sa force de travail n'est pas sa marchandise. Le *serf* ne vend qu'une partie de sa force de travail. Ce n'est pas lui-même qui reçoit un salaire du propriétaire de la terre, c'est plutôt le propriétaire de la terre à qui il paie un tribut. Le serf appartient à la terre et constitue un rapport pour le maître de la terre. L'*ouvrier libre*, par contre, se vend lui-même et cela morceau par morceau. Il vend aux enchères 8, 10, 12, 15 heures de sa vie, jour après jour, aux plus offrants, aux possesseurs de matières premières, des instruments de travail et des moyens de subsistance, c'est-à-dire aux capitalistes.³⁶

Nessa troca desigual, consoante já aduzido, sustenta-se todo o sistema capitalista, pois criada, exposta e admitida a apropriação da mais-valia por parte do detentor do capital. Nas palavras de Engels (2008, p. 308, grifo do autor):

A relação entre o industrial e o operário não é uma relação humana: é uma relação puramente econômica – o industrial é o 'capital', o operário é o 'trabalho'. E quando o operário se recusa a enquadrar-se nessa abstração, quando afirma que não é apenas 'trabalho', mas um homem que, entre outras faculdades, dispõe de capacidade de trabalhar, quando se convence que não deve ser comprado e vendido enquanto 'trabalho' como qualquer outra mercadoria no mercado, então o burguês se assombra. Ele não pode conceber uma relação com o operário que não seja a da compra-venda; não vê no operário um homem, vê *mãos (hands)*, qualificação que lhe atribui sistematicamente.

A passagem do regime escravocrata e servil, pois, gerou um sujeito teoricamente livre, mas que tem sua força de trabalho imediata como única propriedade alienável. “Num paradoxo curioso, entrega sua liberdade, mediante seu consentimento voluntário, e submete-se a outro sem coerção, no uso de sua razão autônoma e somente em virtude deste consentimento” (BAYLOS, 1999, p. 61).

E não se pode negar que a noção tradicional de contrato cumpriu com louvor

³⁶ O trabalho não foi sempre trabalho assalariado, isto é trabalho livre. O escravo não vendia sua força de trabalho ao possuidor de escravos, não mais que o boi não vende seu produto ao pecuarista. O escravo era vendido, o que incluía sua força de trabalho de uma vez por todas a seu proprietário; ele era uma mercadoria que podia passar da mão de um proprietário a mão de outro. Ele é ele mesmo uma mercadoria, mas sua força de trabalho não é sua mercadoria. O servo só vendia uma parte da sua força de trabalho. Não era ele mesmo que recebia um salário do proprietário da terra, era na verdade ao proprietário da terra que ele pagava um tributo. O servo pertencia à terra e realizava um serviço para o proprietário daquela terra. O trabalhador livre, diferentemente, se vende ele mesmo pedaço por pedaço. Ele vende à leilão 8, 10, 12, 15 horas da sua vida, dia após dia, àquele que mais oferece, ao possuidor de matérias-primas, dos instrumentos de trabalho e dos meios de subsistência, isto é, aos capitalistas. Tradução nossa.

esse desiderato, ao permitir que relações de subordinação fossem apresentadas como relações de coordenação entre sujeitos livres e iguais, no interesse do sistema liberal (BAYLOS, 1999, p. 62) e da classe burguesa então dominante. Reconhecida a absoluta autonomia da vontade e garantida a plena liberdade de contratar, em tese, a soberania de cada indivíduo inserto na relação atuária para limitar a da parte contrária, sendo jurídico e ético qualquer resultado, qualquer cláusula, qualquer preço decorrente desse acordo de vontades estabelecido entre sujeitos de direito em condições formalmente equivalentes (ROPPO, 2009, p.35).

De fato, a aceitação da classe trabalhadora de sua nova condição foi facilitada pela adoção do contrato para o trânsito jurídico da força de trabalho, pois esse pressupõe a presença recíproca de vontade no estabelecimento de seu conteúdo, o compromisso mútuo, e a igualdade no plano formal, com o que resta facilitada a alienação, pelo empregado, de parcela de sua liberdade, na medida em que sua vontade foi decisiva para tanto, pois age *sponte propria*. A figura do contrato, pois, passou a transferir a circulação de força de trabalho do mercado para o “laboratoire secret de la production”³⁷ (JEAMMAUD, 1980, p. 187), dissimulando a apreensão gratuita pelo capitalista do trabalho excedente, que lhe garante a mais-valia.

Mesmo sem o uso da violência ou da sujeição ostensiva, com as quais o sistema capitalista não se manteria (embora em um primeiro momento, para a formação das condições para seu florescimento, esses instrumentos tenham sido usados, como se viu), o trabalhador acaba obrigado, por um engajamento livre (o que é um contrassenso) e essencialmente temporário, a fornecer trabalho (sem que se faça, para ele, a separação entre trabalho necessário e excedente).

Note-se que Maranhão (2003, p. 231) reconhece esse efeito, ao afirmar que:

O contrato pressupõe a liberdade de contratar ou não; a igualdade dos contratantes no plano jurídico; e o respeito à palavra empenhada, à fé contratual: dignifica a pessoa humana do trabalhador. A noção de contrato traduz a ideia de uma união para produzir e do trabalho livremente aceito.

Também Baylos (1999, p. 61), citando Alland³⁸, ao reconhecer um conteúdo metafísico, sobrenatural, ao contrato, “a 'magia do contrato': a criação de direito de forma não imposta, resultado do concurso de vontades livres, que enfatiza a

³⁷ Laboratório secreto da produção. Tradução nossa.

³⁸ ALLAND, D. **Ouverture:le contrat dans tous ses états**. Droits n° 12, 1990, p. 3.

'horizontalidade da produção do direito', ao reunir na mesma pessoa legislador e sujeito.”

Os limites às liberdades, no pensamento então predominante, eram apenas negativos, ou seja, referiam-se tão somente à proteção, contra intervenções externas, do acordo individualmente estabelecido entre as partes contratantes (ROPPO, 2009, p.32). Restava, ao Poder Público, garantir o cumprimento do pacto, mas sem jamais interferir em seu conteúdo. Por seu turno, a liberdade criadora de cláusulas e condições no âmbito do contrato era plena.

Era, então, impensável a inserção de limites destinados a proteção de sujeitos em evidente situação de desnível negocial decorrente de sua específica situação socioeconômica. Aponta Roppo (2009, p. 33-34) o exemplo das reiteradas declarações de inconstitucionalidade pela Suprema Corte Norte-americana, até cerca de 1910, de legislações estaduais conhecidas como *Truck Acts*, que buscavam proibir fosse convencionado em contratos de trabalho subordinado que a contraprestação ao empregado ocorresse no todo ou em parte mediante vales a serem trocados por mercadorias em outros estabelecimentos também de propriedade do empregador, exigindo a retribuição somente em dinheiro.

De fato, no sistema em que se desenvolveu o contrato, e de cuja ideologia esse apropriou-se, a justiça material das trocas e a igualdade substancial entre as partes não contavam com maior relevo.

E mais, a partir de uma certa falsificação da realidade, por meio da ideologia então dominante, essa noção era alçada à condição de interesse geral da sociedade, muito embora refletindo apenas aquele da classe dominante do modo de produção prevalente, a burguesia.

Pelo papel que desempenha, o mecanismo da liberdade contratual configura, de facto, um instrumento funcionalizado para o operar do modo de produção capitalista, e, neste sentido, realiza institucionalmente o interesse da classe capitalista (que é justamente interesse particular de uma classe, e não interesse geral de toda a sociedade, ainda que as ideologias do capitalismo tentem, interessadamente, fazer crer a sua coincidência). (ROPPO, 2009, p. 38-39).

Todas essas características faziam com que o contrato, no plano das relações de trabalho, legitimasse uma situação evidentemente desigual, pois ainda que formalmente equivalentes, no aspecto material empregado (já normalizado após a sofrida transição para o capitalismo) e empregador encontravam-se em situação de gigantesca disparidade, uma vez observadas suas condições negociais

(sublimando-se questões culturais, religiosas, éticas e ideológicas). Enquanto esse detinha os meios de produção, riqueza e poder, aquele nada mais além de sua força de trabalho, em um “mercado inflacionado” pelo êxodo rural e péssima distribuição de renda.

Aduz Lôbo (1995, p. 42), referindo-se à liberdade contratual no sistema clássico, tratar-se essa de

[...] liberdade ilusória, sim, fazendo irresponsável a afirmação atribuída a Lacordaire, de que entre o forte e o fraco é a liberdade que escraviza e a lei que liberta. A liberdade contratual transformou-se nas mãos dos poderosos em instrumento iníquo de exploração do hipossuficiente.

A facilidade do trânsito jurídico da “mercadoria trabalho” nas relações entre trabalhadores e capitalistas, e toda essa disparidade material entre as partes do contrato, não tardou a gerar uma situação de exploração desmedida que atacava o interesse do próprio capital, obrigando a intervenção do Estado para manutenção do próprio sistema capitalista.

Não se pode negar, pois, que a gestão da força de trabalho feita diretamente pelo capital foi ruinosa, tendo em vista as contradições entre os interesses do capitalista individual e do capital em geral.

Como menciona Marx (1996, p. 383),

Em qualquer malandragem com ações ninguém ignora que um dia a casa cai, porém todos confiam que ela cairá sobre a cabeça do próximo, após ele próprio ter colhido a chuva de ouro e a posto em segurança. *Après moi le déluge!*³⁹ é a divisa de todo capitalista e toda nação capitalista. O capital não tem, por isso, a menor consideração pela saúde e duração de vida do trabalhador, a não ser quando é coagido pela sociedade a ter consideração.

Em outras palavras, resta evidente que o interesse geral da classe capitalista requer a manutenção da possibilidade de obtenção de mão de obra, embora o interesse particular, nos primórdios do capitalismo, tenha levado à tentativa de máximo aproveitamento de uma dada prestação de trabalho, mesmo ao custo do esgotamento dessa fonte em particular.

Assim, o Estado passou a atuar como um “capitaliste collectif”⁴⁰ (JEAMMAUD, 1980, p. 232), figura imanente do processo de produção capitalista, estipulando leis protetivas da mercadoria força de trabalho e de sua fonte, revelando

39 “Depois de mim, o dilúvio” - palavras atribuídas à Marquesa de Pompadour respondendo às críticas sobre gastos em festas da Corte que aumentavam a dívida pública francesa.

“le primat des lois de la reproduction du capital sur celles de la circulation du capital”⁴¹ (JEAMMAUD, 1980, p. 233). Para além da gestão do “ativo”, o Estado também passou a garantir a manutenção do exército de reserva necessário para a acumulação capitalista, socializando, cotizando, os custos de manutenção dos desempregados e daqueles em vias de sê-lo, sem embargo de mantê-los consumidores de mercadorias.

Surge, pois, todo um aparato jurídico de proteção ao empregado, entabulando limites mínimos necessários para a contratação de mão-de-obra subordinada.

De acordo com Palmeira Sobrinho (2012, p. 45), relatando a formação do Estado Social, sem a influência materialista com que se expôs acima esse mesmo fenômeno:

Perpassando esse processo de reforma dos métodos de abordagens da questão social, surgiu uma vertente política, de inspiração socialista e humanista, que discutiu a crise como genuína distorção ética e moral, a qual poderia ser enfrentada a partir da fixação de um compromisso político entre o capital e o trabalho submetido a uma perspectiva reformista, sob a influência da ideia de democracia representativa, de progresso e melhoria social simultaneamente para os trabalhadores e capitalistas.

A crítica à insuficiência do direito ante a desigualdade entre o trabalhador e o patrão influenciou a formação do que se convencionou chamar *Estado Social*, cuja característica marcante consistiu na tentativa de enfatizar a relevância dos direitos de segunda dimensão ou direitos de cunho solidário. É sob tal dimensão que o direito escancara o seu aspecto ideológico e ambíguo, assume a recusa à utopia da neutralidade, reconhece a existência do conflito de classes e tenta atenuar os efeitos nefastos da relação de exploração.

Os direitos sociais emergentes no século XIX influenciaram o constitucionalismo social ao passo em que este foi utilizado como instrumento para se buscara atenuação dos conflitos entre o capital e o trabalho. Em contraposição, as instituições do direito civil, encontradas sob os dogmas da supremacia do indivíduo, do Estado liberal e da imparcialidade do julgador, tornaram-se cada vez mais inadequadas ante a complexidade das relações entre patrões e empregados. As insuficiências das instituições civilistas, até então aplicadas às relações de trabalho, fizeram-se sentir no campo específico da responsabilidade patronal, a qual se estribava na culpa comum, que era de difícil aplicabilidade às relações de trabalho, posto que estas não eram concebidas como uma relação entre pessoas, mas como uma relação entre duas mercadorias: o trabalho e o salário. O caráter coisificante do direito liberal teve que ceder, ainda que de forma tímida, ante as necessidades históricas que evidenciam o risco envolvido na exploração da força de trabalho.

Na esfera do Direito Civil, a mesma tendência observou-se. A teoria do negócio jurídico, enraizada no individualismo, fruto do liberalismo político, teve que

41 O primado das leis da reprodução do capital sobre aquelas da circulação do capital. Tradução nossa.

modificar-se após as exigências sociais consubstanciadas em prestações positivas do Estado, especialmente após as Guerras Mundiais, em período do surgimento do Estado Social (BECKER, 1973/74, p. 19). Nas palavras de Gomes (1980, p. 42) “com a decadência do voluntarismo, tornou-se necessária a explicação da categoria dos negócios jurídicos fora do dogma da vontade, levada às suas derradeiras conseqüências pela Escola das Pandectas.”

3.2.2.2 A revisão da posição da vontade no contrato – a inserção legislativa de cláusulas cogentes

Para que se pudesse fundamentar a limitação da vontade no âmbito dos contratos, buscou a doutrina civilista, na noção de autonomia privada, um meio de explicação para o negócio jurídico ainda fundado na liberdade individual de contratar.

Percebendo que a matriz geradora dos efeitos jurídicos dos negócios jurídicos é a lei, e não a vontade, como a Escola Pandectista defendera até então, restou viável a limitação da autonomia da vontade a partir da própria lei que a fundamenta. Nas palavras de Becker (1973/74, p. 18-19), referindo-se à evolução da teoria do negócio jurídico:

A teoria do negócio jurídico elaborada no século passado, numa época em que o indivíduo era considerado como valor supremo, representou uma das formas, e talvez a mais importante, pelas quais o ordenado jurídico reconheceu a liberdade individual, através da consagração do princípio da autonomia da vontade. O negócio jurídico foi inicialmente concebido como o instrumento por meio do qual a vontade individual podia produzir efeitos jurídicos, criando direitos e obrigações; constitui-se em pedra angular de toda ordem jurídica privada. As duas teorias, a da vontade e a da declaração, explicitaram de forma diversa o mesmo fenômeno: a consagração jurídica do dogma da autonomia da vontade a qual era, em última análise, vontade arbitrária. Só mais tarde que se reconhecer que a vontade não pode ser fonte de direitos e obrigações, pois os efeitos jurídicos decorrem exclusivamente da lei. A vontade foi reduzida então a elemento do suporte fático de fato jurídico: este é que, após a incidência da norma jurídica, produz efeitos jurídicos. Este reconhecimento contribuiu decisivamente para o abandono do voluntarismo no direito.

Essa nova doutrina, que contou com Betti⁴² e Scognamiglio na Itália, e

42 O qual, em meados do século XX, desenvolve “a Teoria Preceptiva”, cujo centro reside na concepção de contrato como auto-regulação dos interesses privados, ato social, dirigido para o futuro, e não ‘ato de vontade’, pois essa já se exauriu quando formado o vínculo, pertencendo,

Manigk e Hippel na Alemanha, demonstrou que o fundamento de existência do negócio jurídico é a necessidade de se reconhecer, mas também e especialmente, regular, a autonomia privada (GOMES, 1980, p. 43). E essa regulação tem efeito a partir da aferição do interesse coletivo real (despido, na medida do possível, da acima delineada ideologia da classe dominante), que, já naquele momento histórico (início do século XX), tinha uma tendência de minoração do individualismo e de certa solidariedade, dadas as restrições impostas à liberdade contratual e de utilização de bens durante a 1ª Guerra Mundial (WIEACKER, 2010, p. 631). Tratava-se, em verdade, de momento de expansão do Estado Social, como acima mencionado.

Percebe-se, pois, que no momento em que se evidenciou não ser a vontade recíproca o elemento que vinculava as partes, mas sim um ato da autonomia privada reconhecido por lei como geradora de efeitos jurídicos, restou viável abandonar-se o dogma da vontade absoluta (GOMES, 1980, p. 47), e, com isso, o voluntarismo entra em declínio, e assim também toda a teoria do negócio jurídico como instrumento da autonomia da vontade.

No intuito de realizar justiça social, uma vez que reconhecido que o Direito deveria atuar a fim de minorar fatores externos, sociais e econômicos, hábeis a colocar os contratantes em posições de desequilíbrio na contratação – o que, como conceito, ofende o próprio princípio tradicional básico do contrato da igualdade – aumentou-se a intervenção do Estado no âmbito do negociado (BECKER, 1973/74, p. 20).

A evolução foi assim no sentido da crescente intervenção do Estado no domínio outrora deixado ao indivíduo. Nas palavras de Souza (2008, p. 38-39):

No campo do direito obrigacional o Estado Social aplicará sua fórmula de atuação positiva na correção de exageros e distorções provocadas pela autonomia da vontade, com limitações estabelecidas de forma cogente. Mantém-se a liberdade de contratar, mas limita-se substancialmente a liberdade contratual.

Esta intervenção na esfera particular se faz em benefício do interesse geral, para proporcionar a todos os indivíduos o gozo efetivo de uma liberdade concreta.

De acordo com Pereira (2009b, p. 501):

Efetivamente, houve um deslocamento de fulcro na vida contratual. Se é certo que em todo tempo os princípios de ordem pública atuaram no paralelogramo de forças de que a resultante é a manifestação da vontade individual (cf. minha *Instituições de Direito Civil*, vol. III, nº 186), a

pois, ao passado” (MARTINS-COSTA, 1992, p.23)

necessidade de restabelecer o equilíbrio econômico das partes contratantes, rompido pelo crescimento do poder empresarial, fez recrudescer a ação estatal em detrimento da liberdade e da autonomia da vontade.

O avultamento de normas cogentes, limitadoras do princípio da livre determinação do conteúdo dos contratos – embora ainda prevalentes as normas de caráter supletivo no âmbito do Direito Civil, passíveis de afastamento se assim entendessem as partes, e viável a formação de contratos atípicos –, gerou uma crescente tipificação dos contratos, com o que, consoante Gomes (1980, p. 46) “difunde-se o princípio da inserção automática de comando legal no conteúdo de determinados contratos”.

Nessa mesma linha, aponta Lôbo (1990, p. 69-71) que o legislador utilizou-se de diversas técnicas no intuito de limitar a liberdade contratual em prol do crescente dirigismo contratual. Assim, diversas formas de intervenção nessa seara foram engendradas, tais como limitação da escolha do outro contratante, impedindo recusas, especialmente nos setores de serviços públicos ou monopólios; limitação da escolha do tipo contratual, casos em que definidas por lei figuras típicas para determinados negócios; limitação à liberdade de definição do conteúdo do contrato, estabelecendo de forma cogente algum dado conteúdo; proibição de contratar, como quando o Estado impede a compra de algum produto estrangeiro para fins de reserva de mercado nacional; e por fim, obrigação de contratar, como no exemplo da prorrogação de contratos de locação em sendo atingido um determinado tempo, ou mesmo, dos arts. 429 da CLT e 93 da L. 8.213/91, que impõem a contratação de aprendizes e de portadores de necessidades especiais ou readaptados, respectivamente, de acordo com o número de empregados da empresa.

A par desse reposicionamento doutrinário decorrente do fortalecimento das exigências coletivas para além das individuais, por um fenômeno a ele contemporâneo, decorrente do incremento do trânsito jurídico fruto da crescente produção observada pelo avanço tecnológico que se viu nesse período, o dogma da vontade também se viu ainda atacado pelo que se costuma chamar de massificação dos contratos.

A necessidade do escoamento da produção em larga escala, gerou a despersonalização dos contratantes, o que, por sua vez, ocasionou efetiva incongruência entre o pensamento voluntarista até então vigente que colocava a autonomia da vontade como fundamento das obrigações. O contrato por adesão,

massificado, impedia materialmente a eleição do conteúdo do contrato, o que não fazia sentido para a clássica liberdade contratual (NALIN, 2008, p. 111).

Como afirma Coutinho (2006, p. 179),

a proliferação de contratos, em especial dos padronizados da espécie 'take it or leave it', a constituição de novas e irrenunciáveis necessidades de fruição de bens e serviços somente acessíveis via contratualidade, as imposições unilaterais de condições por um contratante, implicam a quebra da intangibilidade contratual – *pacta sunt servanda* e fulminam o dogma da vontade.

Assim, embora reformado⁴³ para atender essas novas exigências, ainda se tinha no contrato o instrumento jurídico hábil para a consecução desse renovado trânsito jurídico, que já se apercebera de que a noção de plena liberdade e igualdade formal nada mais geraram do que a concentração econômica e desequilíbrio entre as partes contratantes. (COUTINHO, 2006, p. 180)

Com tudo isso, embora perdendo seu absolutismo, permaneceu a autonomia (agora chamada privada, e com outras funções), como princípio básico da ordem jurídica privada (AMARAL, 1999/2000, p. 377).

No âmbito do Direito do Trabalho, essa tendência de limitação da vontade e de dirigismo contratual, como visto acima, gerou o florescimento das teorias acontratualistas.

Ao contrário da doutrina civilista, que procedeu à releitura do instituto contrato, parte dos juslaboralistas tentaram reconstruir a relação de emprego dele se distanciando, olvidando-se que o contrato, agora despido do dogma da vontade absoluta, ainda poderia contribuir efetivamente para a explicação da natureza jurídica da relação de emprego.

Nessa linha, afirma Maranhão (2003, p. 230, grifo do autor):

Impressionados com essa diminuição relativa da disciplina contratual da relação de trabalho, negam muitos autores a existência do contrato. E advogam a substituição do conceito de contrato de trabalho pelo da *relação de trabalho*. Na mesma linha de ideias, sustentam outros que essa relação resulta da simples inserção ou da ocupação de fato do trabalhador na empresa. O empregado não mais contrata com o empregador: torna-se membro de uma instituição. É a institucionalização da relação de trabalho imposta pelo figurino da moda, à época.

43 Nesse sentido, aduz Becker (1973/74, p. 45) que “as modificações que se operaram no campo do tráfico em massa relativamente ao direito contratual clássico são tais, que se pode admitir ter sobrado do contrato (negócio jurídico bilateral) apenas o mecanismo, esvaziado do seu conteúdo. Exemplos mais significativos disso são os chamados contratos de adesão, as condições gerais de negócio e os contratos que tem por objeto a prestação de serviços existenciais. Em todas estas hipóteses, do princípio da autonomia da vontade só ficou a escolha inicial de querer contratar (e mesmo isso pode ser posto em dúvida).”

Em sequência imediata ao acima delineado, a conclusão ferina desse doutrinador acompanha o que doravante se demonstrará: “Parece-nos – *data venia* – que vai em tudo isso, a par do gosto pela novidade, uma grande confusão a respeito do que se deve entender, juridicamente, por contrato.”

3.2.2.3 O dirigismo contratual no âmbito das relações de trabalho

Foi a partir da limitação da vontade negocial das partes integrantes da relação de emprego, em especial do empregador, que ganhou relevo o Direito do Trabalho como matéria autônoma da ciência do Direito. Nesse sentido, embora referindo-se diretamente aos contratos de massa, aduz Becker (1973/74, p. 44-45): “Aqui se observa a tipificação e standartização [*sic*] das relações contratuais (semelhantemente ao que ocorreu com o direito do trabalho que por isso se separou das relações privadas e individuais de serviço reguladas pelo Código Civil).”

De fato, no início do século XX, o liberalismo demonstrava franca decadência, pois já não mais apto a explicar a situação social de evidente desigualdade. Era solar que o reconhecimento dos interesses individuais já não correspondia aos interesses coletivos, porquanto, no âmbito das relações de trabalho, a “igualdade jurídica desaparecia diante da desigualdade econômica.” (VIANNA, 2003, p. 36).

Em um processo de crescente conflituosidade no seio da sociedade, a proteção absoluta do interesse do indivíduo gerava um desassossego que colocava em risco a sua própria estrutura.

Com isso, especialmente após a 1ª Guerra Mundial, passou o Estado a intervir na esfera da vontade dos integrantes da relação de emprego, com mais evidência, do empregador, no intuito de manter o equilíbrio entre os fatores de produção, evitar a prevalência absoluta de um dado grupo e refrear os interesses individuais privados que concorressem com uma melhor divisão das riquezas, tudo em prol do aumento do bem-estar social (COUTINHO, 2001, p. 32) e, com isso, o resfriamento dessas tensões.

Assim avolumaram-se normas de proteção a direitos dos empregados, em

especial ligadas à saúde e higiene, “consideradas como limites iniciais do Direito do Trabalho” (VIANNA, 2003, p. 38), regras essas definidoras de fronteiras ao negociável nessa relação.

Todavia, ao contrário do propugnado pelo pensamento acontratualista, pode-se considerar que tais regras, de natureza cogente, não extirparam a vontade existente nessa relação jurídica, mas sim a limitaram, vale dizer, estabeleceram um conteúdo mínimo necessário, tal qual se verificou em diversos contratos na seara do Direito Privado, como acima mencionou-se.

Assim, observado o nascimento das primeiras regras trabalhistas, pode-se notar que tinham como conteúdo a restrição aos limites do negociável no momento do contratar. Consoante Souza (2008, p. 46):

O Direito do Trabalho, descendente do Direito Civil oitocentista, teve a principal característica de limitar a autonomia da vontade, a partir de diversas restrições estabelecidas pela legislação nuclear. A grande característica diferenciadora do Direito do Trabalho de sua raiz obrigacional civilista está na intrínseca, continuada e universal limitação da autonomia dos pactuantes pelo contrato mínimo legal.

E esse fenômeno foi juridicamente consolidado quando do reconhecimento pelos estudiosos do Direito de que é válida a passagem da noção de autonomia da vontade para autonomia privada, a partir do reconhecimento de que é a lei, e não a vontade livre (como propugnado na teoria clássica fundada em Kant já referida), que dá conteúdo de validade aos negócios jurídicos. Ou seja, tais normas, em coerência com o que se via em todo o Direito Privado, na esfera do contrato, iniciaram um processo de dirigismo contratual no âmbito do trabalho.

A noção de autonomia privada extirpou, assim, a incongruência de uma relação de emprego baseada na autonomia da vontade contraditória a todo um sistema de direito social e intervencionista que se erigia (COUTINHO, 2001, p. 32).

De fato, ainda que o crescimento das teorias acontratuais esteja ligado ao incremento da intervenção do Estado nas cláusulas do contrato de emprego, pode-se afirmar que, na realidade, esse fenômeno decorreu de uma percepção estanque do Direito do Trabalho, a qual não reconheceu que a tendência à solidarização do Direito, repercutida na esfera contratual pela inserção de cláusulas obrigatórias em busca de equilíbrio material na relação, fez-se presente em todo o Direito Privado quando da passagem do Estado Liberal para o *Welfare State*. Nas palavras de Schreiber (2011, p. 132):

O século XX representa, em larga medida, uma reação a esta excessiva subserviência à vontade individual. Os valores solidaristas, consagrados nas Constituições do pós-Guerra, exigiram a releitura de todo o direito privado. A propriedade privada deixou de ser vista como mero instrumento de arbítrio proprietário, para se confrontar com novo fundamento de legitimidade, identificado em sua função social. O direito de família rejeitou sua tradição patriarcal, que submetia a mulher e os filhos aos desmandos do marido, para se centrar sobre uma convivência familiar igualitária e democrática. A responsabilidade civil despreendeu-se do império da culpa e de antiga obsessão de imputabilidade para buscar na (re)distribuição de riscos seu renovado papel na vida contemporânea. E também o direito das obrigações e dos contratos conheceu alterações que exprimem o arrefecimento da concepção voluntarista. São exemplos, no Código Civil brasileiro de 2002, a expressa consagração da função social do contrato (art. 421), da boa-fé objetiva (art. 422) e da resolução e revisão contratuais por onerosidade excessiva (arts. 317, 478-480).

É bem verdade que, a partir desse primeiro momento, o estabelecimento de limites cada vez mais estritos ao negociável no âmbito das relações de trabalho, embora tenha, de fato, importado em melhores condições aos empregados, podendo verificar verdadeira humanização nessa relação, ocorreu como estratégia da classe burguesa, a fim de contar com um duplo sistema de garantia, a um pela absorção dos conflitos sociais pelo Estado, que passaria a árbitro da relação capital trabalho, realizando a polícia da luta de classes⁴⁴, e a dois para evitar o debate sobre a lógica da mais-valia, necessária para a manutenção do modo de produção capitalista (GENRO⁴⁵, 1979, p. 46 *apud* SOUZA, 2008, p. 87), estimulando a adesão pelos cidadãos aos princípios capitalistas que regem a sociedade por meio de um consenso social ideológico de manutenção do estado das coisas, o qual, para não se fundar apenas no discurso, exigiu alguma melhoria das condições de vida dos trabalhadores.

44 É o que faz o Estado, entre outros, quando utiliza o Direito do Trabalho para regulamentar os conflitos coletivos, como a greve, os órgão de classe e a representação coletiva de interesses dos trabalhadores dentro da própria empresa (CIPA, por exemplo).

Ainda que a princípio a garantia de direitos como de greve e de organização sindical possam parecer uma postura bastante progressista, reafirmando o Estado enquanto elemento acima da luta de classes que se opera na sociedade civil, também tem efeitos de contensão da classe trabalhadora enquanto tal, bem como de reforço de controle social. Atua, pois, como meio de normalização da sua conduta.

Referida contensão se verifica porque ao determinar as atribuições de representantes de empregados na empresa e de sindicatos, a norma tanto garante essas prerrogativas em face do empregador como também estabelece os seus limites máximos.

Outrossim, porque ao ser legalizada a greve, impede-se que essa seja “abusiva” (sendo certo que, paradoxalmente, o abuso de direito é construção jurídica voltada aos excessos do direito de propriedade) ou desproporcional, exigindo garantia de atendimento mínimo em serviços essenciais – art. 11 da Lei 7.783/89 – e de proteção do patrimônio do empregador – art. 9º –, por exemplo, quando a nocividade é da natureza dessa arma (JEAMMAUD, 1980, p. 245).

45 GENRO, T. F. **Introdução à crítica do direito do trabalho**. Porto Alegre: L&PM, 1979.

Nesse passo, as regras limitadoras do conteúdo negocial impostas pelo Direito do Trabalho acabaram por atenuar as consequências sociais do processo de concentração dos meios de produção, algumas vezes até determinando um sobrepagamento do trabalho necessário, para que reste algum valor excedente ao trabalhador, a fim de que esse possa reproduzir em certa medida o estilo de vida da classe dominante e com isso verifique mais suportável a manutenção desse modelo de relação socioeconômica. A contrapartida à classe burguesa, por seu turno, é o reforço do processo ideológico que garante sua hegemonia.

Age, assim, o Direito, ao lado de todo um corpo de representações sociais que torna socialmente tolerável a mais-valia, escamoteando a realidade menos suave. Ao ocultar-se as relações capitalistas e suas implicações essas tornam-se mais aceitáveis e perenes.

Essa ideologia não pode ser compreendida exatamente como um mentira, todavia, mas sim como uma dada e possível apreensão da realidade em um determinado nível de compreensão, que garante um certo interesse de classe. Como aduz Jeammaud (1980, p. 154, grifo do autor), “le droit n’est pas cantonné dans une 'superstructure' du tout social, mais que *c’est em représentant les rapports sociaux qu’il contribue à leur constitution, leur fonctionnement et leur reproduction.*”⁴⁶

No Brasil, considerando-se o momento da acima exposta definição legislativa pelo contrato, não se pode negar que as concessões nessa seara, consistente especialmente em leis cogentes, limitadoras do conteúdo contratual, também aqui refletiram interesses capitalistas e de manutenção do *status quo*, já evidenciados à época da edição da CLT.

O empresariado brasileiro, desde a profunda contrariedade às primeiras leis trabalhistas, até os anos 40, já tivera tempo de perceber a ambivalência do Direito do Trabalho e sua capacidade de legitimação do sistema capitalista, do poder empresarial e da alienação de liberdade do empregado, em troca de algumas contrapartidas. Assim, refreando também ideários comunistas e socialistas, restou evidente a importância de que algumas concessões se fizessem.

Isso não quer dizer que a classe trabalhadora não atuou decisivamente na obtenção desses direitos.

Embora parcela da doutrina juslaboralista defenda que o Direito do Trabalho

⁴⁶ O direito não está confinado numa superestrutura do todo social, mas que *ele é um representante das relações sociais, as quais contribuem para sua formação, seu funcionamento e sua reprodução.* Tradução nossa.

é fruto da evolução social de uma época, em que vigia um ideário intervencionista, o chamado “mito da evolução civilizatória” (RAMOS FILHO, 2012, p. 48), e, especialmente no Brasil, da, segundo Paranhos (1984, p. 59), “dádiva caída dos céus getulistas sobre a cabeça dos trabalhadores brasileiros”, decorrência da “crença na 'outorga' dos direitos sociais”, por força da apropriação por um governo autoritário dessa conquista social, em verdade, tanto aqui quanto nos demais países que viram florescer o Direito do Trabalho, essa vitória decorreu de um processo de contradição de classes, de sorte que as relações de força no âmbito social impuseram o reconhecimento estatal de direitos, embora, a exemplo do dito acima, como estratégia de classe para a manutenção do então ameaçado *status quo* (RAMOS FILHO, 2011, p. 48-89).

3.2.2.4 O problema da vontade – a vontade negocial e a contratual

O dirigismo contratual, como exposto acima, tem sido já há muitos anos verificado em todo o Direito Privado. Não se faz necessário, pois, reconhecer no âmbito justrabalhista efeitos desse fenômeno diversos daqueles notados nos demais ramos do Direito, a ponto de excluir o instituto contrato para explicar a relação de emprego. De acordo com Gueiros Bernardes⁴⁷, citado por Coutinho (2001, p. 33-34), “sem a contratualidade o direito do trabalho teria que ser reescrito e jamais alguém foi bem sucedido em tal empreendimento.”

De fato, o contrato, como instrumento do trânsito jurídico, reflete a estrutura social, econômica e ideológica em que se insere. Por ser plástico, pode se adaptar à evolução do Direito do Trabalho verificada a partir da definição de regras limitadoras da vontade das partes da relação jurídica que esse rege. Reconhecem Roppo (2009, p. 24), e Lôbo (1995, p.44) a moldabilidade da figura jurídica do contrato, o que o faz tão hábil a se reinventar para atender as necessidade socioeconômicas de cada época. De acordo com esse último:

O sentido e o alcance do contrato reflete sempre e necessariamente as relações econômicas e sociais praticadas em cada momento histórico. O modelo liberal e tradicional, inclusive sob a forma e estrutura do negócio jurídico, é inadequado aos atos negociais existentes na atualidade, porque

47 GUEIROS BERNARDES, H. **Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 1989, v. 1, p. 137.

são distintos os fundamentos, constituindo obstáculo às mudanças sociais. O conteúdo conceptual e material e a função do contrato mudaram, inclusive para adequá-lo às exigências de realização da justiça social, que não é só dele mas de todo o direito.

Ademais, na seção anterior, verificou-se que a percepção de que os efeitos do negócio jurídico decorrem da lei, e não da vontade, abriu margem para a aceitação de que essa fosse limitada por aquela, a partir da noção de autonomia privada, que preservava a liberdade individual, embora regida pela lei, que, em tese, refletia interesses coletivos. Assim, não se mostra necessário descartar o contrato em prol da defesa da existência de uma instituição em que o empregado é inserido, pois reconhecido que se pode estar diante de um contrato mesmo que suas cláusulas sejam determinadas por lei.

De fato, mesmo que se queira delimitar o contrato de trabalho como um tipo de contrato de adesão⁴⁸, ao argumento de que todo o conteúdo está predeterminado, isso não retira sua natureza contratual.

Como aponta Maranhão (2003, p. 230), citando De Page⁴⁹, “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”. Na mesma linha, Russomano (1997, p. 97), parafraseando Carnellutti, para quem “a discussão das cláusulas do contrato não constitui condição *sine qua non* da existência de um ato jurídico de natureza contratual.”

Na mesma linha, Sanseverino⁵⁰, citada por Delgado (2011, p.304), ao aduzir que a liberdade se verifica para constituir o vínculo, e não para determinar seu conteúdo.

Assim, para que se possa efetivamente garantir a natureza jurídica contratual à relação de emprego, resta apenas examinar o elemento de liberdade

48 Contrato de adesão, de acordo com Gomes (1972, p. 3) é “o negócio jurídico no qual a participação de um dos sujeitos sucede pela aceitação em bloco de uma série de cláusulas formuladas antecipadamente, de modo geral e abstrato, pela outra parte, para constituir o conteúdo normativo e obrigacional de futuras relações concretas.” Assim, na medida em que diversas cláusulas do contrato de trabalho são definidas por lei, e algumas outras podem, em tese, ser discutidas pelas partes – e o são, como nos “casos de admissão de trabalhadores altamente qualificados ou de refinada especialização profissional” (RUSSOMANO, 1997, p.98) –, não seria esse, a rigor, qualificado como de adesão.

49 DE PAGE, H. **Traité Élémentaire de Droit Civil Belge**. Vol. II, 1934, p. 472.

50 SANSEVERINO, L. R. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 1976, p. 115.

nela presente, o que se faz a partir da análise da vontade que integra o contrato.

Para tanto, de se lembrar que, no atual estado de arte do Direito, essa vontade não é a mesma que buscavam observar os adeptos das teorias voluntaristas tradicionais, porque não se trata de fundamento, mas sim apenas de elemento integrante do contrato.

Nessa perspectiva mais “realista”, a qual, como já mencionado, foi a adotada pela CLT, deve-se considerar a existência de dois aspectos da vontade na formação de um contrato, a de negociar e a de contratar (sendo que essa independe daquela, e como se verá, é suficiente para a contratação válida). A vontade de contratar refere-se à intenção de agir de uma determinada forma socialmente reconhecida como geradora de direitos e obrigações. A vontade de negociar, por seu turno, reflete a intenção de se estabelecer um negócio jurídico e definir seu conteúdo (SILVA, 2011, p. 79).

Nesse passo, a teoria do contrato sem negócio jurídico, figura próxima do contrato por comportamento concludente⁵¹, rompendo com a tradicional noção de que as obrigações não negociais somente decorrem da violação de deveres genéricos (NORONHA, 2007, p. 414), pode explicar a possibilidade de formação do contrato de trabalho, com manifestação de vontade, mesmo sem nenhuma negociação, e até na extrema situação de que uma ou ambas as partes desse contrato desconheça fazer parte de uma relação jurídica.

É o que se passa a tratar.

3.2.2.5 A teoria do contrato sem negócio jurídico – a presença de vontade contratual nas relações de emprego

Acima delimitou-se que as grandes críticas à natureza contratual da relação de emprego residem nas teses de que o limite de negociação está tão reduzido pela lei que não mais se verifica a autonomia da vontade nessa relação (RUSSOMANO, 1997, p. 97), bem como que, ao inserir-se em um sistema produtivo, as partes, em

⁵¹ Tratando do reconhecimento jurídico das relações de fato com base no princípio da proteção à confiança, aduz Becker (1973/74, p. 32) que a noção de conduta concludente tem um sentido amplo, no qual aquelas podem se encaixar. O mesmo se pode pensar de outras teorias que buscam explicar tais relações, como a do contrato sem negócio jurídico.

especial os empregados, não manifestam sua vontade individual e livre, seja porque instados pela necessidade de sobrevivência, seja porque, em verdade, premidos por uma vontade coletiva que lhes impõe o comportamento. Nessa linha, aduz Baracat (2003b, p. 252) que “sob a ótica do fato social em concreto, constata-se facilmente que do trabalhador não emana qualquer vontade, muito menos livre, de celebrar contrato de trabalho[...]”. E mais adiante, referindo-se a Correias⁵² (BARACAT, 2003b, p. 256) que:

quando o trabalhador pensa acerca de determinado contrato de trabalho, as relações sociais objetivas nas quais está inserido se fazem presentes na sua consciência, e se expressam em seu pensamento e, por conseguinte, em sua linguagem.

Quanto à questão relativa à inexistência de autonomia da vontade na relação, como visto acima, essa já não se faz necessária na formação do contrato, pois o pressuposto de validade do contrato encontra-se na norma, e não na coligação de vontades, o que se percebeu a partir da decadência do voluntarismo.

No que se refere à segunda grande crítica, é de se dizer que há liberdade, pois a vontade contratual, ao contrário do propugnado pelas teorias acontratualistas, existe na medida em que ninguém é obrigado a laborar em favor de outrem, ou seria alçado à condição de escravo. Assim, o aspecto volitivo aparece no momento da formação do vínculo, embora limitado no seu curso pelas normas jurídicas que disciplinam os efeitos do contrato. Reaparece com vigor no fim do contrato, pois qualquer das partes pode, observadas especificidades legais, como estabilidade, encerrar o vínculo.

Assim, não se pode concordar com Baracat (2003a, p. 112), para quem “a vontade não emana do trabalhador”, pois “quando o trabalhador aceita uma oferta de trabalho, não o faz em seu nome, nem manifesta um atributo de sua alma; ele expõe, na verdade, a vontade do conjunto de relações sociais nas quais vive.”

É a vontade – elemento que reflete a liberdade inerente ao contrato – do trabalhador de estabelecer essa relação jurídica, ou, em prol de um interesse ainda mais mezinho, é a sua intenção de buscar o sustento por meio da integração em um processo produtivo organizado por outrem, titular dos meios de produção, que, enquanto reflexo da sua liberdade, marca o ponto de separação entre o trabalho objeto do contrato de emprego e aquele servil ou escravo.

52 CORREAS, Ó. **Sociología del Derecho y Crítica Jurídica**. México: Fontamara, 1998, p. 140-142

Afirma Delgado (2011, p. 308):

A restrição fática (às vezes intensa) da liberdade e vontade do trabalhador, no contexto da relação empregatícia concreta, não autoriza a conclusão simplista de que a existência do trabalho livre (e da liberdade, pois) e da vontade obreira não sejam da essência dessa relação jurídica. Afinal, a combinação de tais elementos (liberdade/vontade) é que exatamente permitiu a formulação da diferença específica da relação de emprego perante as demais modalidades hegemônicas de relação de produção no mundo ocidental anterior – servidão e escravidão.

Assim, possível afirmar a existência de vontade contratual por parte do empregado, pois age, de forma livre, no intuito de sê-lo, ou, em outras palavras, atua por sua própria vontade de uma forma socialmente reconhecida na condição de empregado.

E note-se, essa vontade deve ser analisada no campo jurídico, sob pena de perdermo-nos na seara da ideologia – a qual tem o capitalismo uma própria, como já se mencionou, que tem função essencial na sua estruturação e manutenção –, das exigências sociais ou das necessidades psicológicas, caso em que, quiçá, cheguemos à conclusão de que o homem nunca é livre, pois ao menos, escravo de seu pensamento, cujas determinantes, como regra, refogem à expertise do operador do direito.

Uma vez demonstrado que o empregado tem, sim, vontade na formação do contrato (observadas as evidentes restrições materiais já expostas), sendo esse elemento crucial para a distinção do regime de trabalho empregatício para o servil e o escravo, é de se analisar a presença da vontade contratual na outra ponta da relação, a fim de se verificar de forma científica a natureza contratual da relação.

Por parte do empregador, como regra, resta evidente a presença de sua vontade tanto contratual quanto negocial, e aí ínsita sua liberdade, pois é ele quem oferece o posto de trabalho, e, no mais das vezes, estabelece os requisitos para aceitação do empregado, a modalidade e o *quantum* da contraprestação, e exerce o poder diretivo, estabelecendo, dentro de limites, é claro, a forma pela qual o empregado deverá agir.

O problema da existência de liberdade no contrato de trabalho estaria resolvido com singeleza, não fossem as situações limítrofes em que o empregador desconhece a prestação de serviço em seu benefício, vale dizer, quando sequer toma conhecimento da situação de fato relativa ao fornecimento a si de força de trabalho, e quando o trabalhador desconhece sua condição de empregado.

Para tanto, poder-se-ia pensar em uma solução a partir do contrato-realidade. Todavia, embora use o nome contrato, essa teoria encontra-se entre aquelas denominadas acontratualistas, as quais, como dito, restam superadas pela atual noção de contrato⁵³.

Solução viável, sim, é a que recorre à vontade tácita, a qual serve de fundamento para que se estabeleça um contrato por comportamento concludente (COUTINHO, 2001, p. 40).

Todavia, porquanto recusou-se Larenz⁵⁴ a recorrer desnecessariamente a uma ficção jurídica, consoante Becker (1973/74, p. 38), optou-se no presente estudo lançar mão da teoria do contrato sem negócio jurídico, útil ferramenta para explicar a situação da vontade em face do contrato de emprego⁵⁵.

De acordo com Roppo (2009, p. 84), constitui erro comum entre teóricos e práticos do direito, ainda ligados ao pensamento novecentista de exaltação da vontade como única fonte de efeitos jurídicos, atender para a existência do contrato por meio da mesma lógica com que se afere a de um objeto da realidade física, cuja existência se pode constatar materialmente. Assim, entendem que a formação do contrato está relacionada à verificação de se, no caso em análise,

determinados factos da estera psicofísica do homem (as 'vontades' dos contraentes, devidamente manifestadas e fundidas numa unidade) geraram causalmente um certo fenómeno (o 'consenso' contratual), do qual o contrato constituiria justamente o 'produto' mecânico. (ROPPO, 2009, p.84).

Como acima expressado, essa era a concepção kantiana tomada pelo contrato clássico e já se mostra superada.

Essa visão clássica do contrato o concebe como sinônimo de negócio jurídico bilateral, ambos, indistintamente, considerados como declaração de vontade

53 Apenas para não passar em branco, deve-se compreender que essa teoria tem fortes pontos de conexão com a que se pretende apontar como correta, na medida em que aponta o fato da prestação de serviço como efetivo responsável pela formação da relação de emprego (HOFFMANN, 1999, p.140). Todavia, peca ao colocar necessariamente em segundo plano a vontade das partes, postura essa que, por demais objetiva, nem sempre é correta, na medida em que “a intenção das partes é da maior importância” (MORAES FILHO, 1995, p. 251). Assim, embora próxima da noção de relações de fato, ao não dar qualquer relevo à vontade, acaba por afastá-la de algumas situações reais.

54 LARENZ, K. **Lehrbuch des Schuldrechts**. München: C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1962, V. 1, p. 33 e ss.

55 Embora não se abandone, dada sua íntima ligação com a noção de contrato sem negócio jurídico, a teoria do contrato por comportamento concludente.

com finalidade de atingimento de algum efeito determinado pelo agente. (SILVA, 2011, p. 79). Basta para tanto lembrar a repetida divisão dos fatos jurídicos. Entre os atos em que tem relevo a manifestação da vontade, distinguem-se os atos jurídicos em sentido estrito dos negócios jurídicos pela possibilidade, concedida apenas a esses, de modulação do seu conteúdo e efeitos a partir da vontade (PONTES DE MIRANDA, 1954, p. 3). O contrato se perfaz, a partir dessa análise, pelo acordo bilateral de vontade.

Nesse entendimento clássico, e isso já não é mais novidade considerando-se o que já se falou acima, o negócio jurídico bilateral, ou o contrato, se caracterizaria pela existência de “duas vontades, a de declarar e a de obter, com a declaração, determinado resultado. Para a perfeição do negócio jurídico requer-se, por outras palavras, a vontade de manifestar e a vontade do conteúdo” (GOMES, 1980, p. 56). Dessarte, sem a vontade negocial, ou seja, sem que as partes estabeleçam o conteúdo da obrigação, o ato seria considerado não negocial, e portanto, não seria contrato. De acordo com Pontes de Miranda (1954, p. 7, grifo do autor):

O que importa, para se saber se a declaração de vontade ou ato volitivo declarativo pode ser suporte fático de negócio jurídico é precisar-se se a vontade, que ali se declara, ou que aqui se manifesta, contém a de estabelecer o negócio jurídico ou o suporte fático de negócio jurídico. *Não há negócio sem vontade de negócio*. Vontade de negócio, e não só declaração de vontade.

Essa tradicional teoria do negócio jurídico, fruto do voluntarismo do final do século XIX, que tinha na vontade declarada das partes a fonte das obrigações ali entabuladas, segundo Tepedino (2011, p. vii), recebeu, já na primeira metade do século XX, o contraponto da teoria das relações de fato, desenvolvida nas doutrinas alemã e italiana.

De acordo com Nalin (2008, p. 120), parafraseando Franceschelli⁵⁶, tal teoria constituiu “duro golpe na moldura clássica do contrato uma vez que se esvazia o papel da vontade, enquanto elemento nuclear, para ceder lugar a comportamentos automáticos ou socialmente típicos que ocupam o posto de manifestação volitiva”. Como já aduzido, tais comportamentos foram reconhecidos pelos idealizadores da CLT em seu art. 442.

A intenção era explicar a formação de obrigações mesmo sem negócio

56 FRANCESCHELLI, V. **I rapporti di fatto**: ricostruzione della fattispecie e teoria generale. Milão: Giuffrè, p. 300.

jurídico em sua concepção clássica, como se pode ver nas mais corriqueiras situações, como quando da tomada de um ônibus ou da compra em máquinas de venda, sem o recurso do uso de abstrações jurídicas, como a vontade presumida ou escolhas legislativas de imputação de prejuízo.

Buscava-se limitar a um papel secundário a chamada vontade negocial (de fazer existir um negócio jurídico), ressaltando-se o fato da utilização de um serviço, da realização de uma prestação, ou de qualquer outra ação socialmente reconhecida. O estabelecimento de obrigações recíprocas, nessa linha, poderia ter como origem um comportamento social típico, um fato, e não um consenso, como afirma Becker (1973/74, p. 27).

Martins-Costa (1992, p.23), citando Betti⁵⁷, aduz que, de acordo com essa concepção,

'os negócios jurídicos têm a sua gênese na vida das relações', surgindo como atos através dos quais os particulares dispõe, 'para o futuro, um regulamento obrigatório de interesses de suas recíprocas relações' os quais se desenvolvem 'sob o impulso das necessidades, para satisfazer diversíssimas funções econômico-sociais sem a ingerência de qualquer ordem jurídica'.

Dessarte, uma prática do dia a dia, um comportamento social típico, é hábil para estabelecer uma relação jurídica contratual, a qual disciplinará o funcionamento dessa atividade mesmo que inexistente um negócio jurídico a lhe dar causa. Assim, cuidando do exemplo do uso corriqueiro de transporte público pelas pessoas, afirma Larenz (2006, p. 60) que “a oferta pública da prestação e seu recebimento de fato por um usuário são fáticos, mas atos sociais típicos e como tais juridicamente relevantes”.

Na linha do que preconiza Martins-Costa (1992, p. 24) para quem, desde os anos 70, doutrina e jurisprudência brasileiros têm seguido, no que se refere a contratos, cada vez mais o caminho da objetivação – apontando para fundamentar seu entendimento a recepção e reelaboração de teorias como do adimplemento substancial, da boa-fé objetiva e deveres anexos, da obrigação como processo de colaboração recíproca, entre outros –, o passo seguinte ao reconhecimento das relações contratuais de fato é o reposicionamento da noção de contrato, a partir do reconhecimento da existência de duas diferentes vontades, a vontade negocial e a vontade contratual, sendo que essa prescinde daquela para existir (SILVA, 2011, p.

57 BETTI, E. **Teoria Geral do Negócio Jurídico**. Tomo I. Tradução de: MIRANDA, Fernando. Coimbra: Coleção Coimbra, 1969.

79). Como acima dito, a vontade contratual pode ser entendida como aquela impulsionadora de um comportamento “justificador de uma obrigação” (LARENZ, 2006, p. 60), e a vontade negocial é a de se entabular um negócio jurídico no sentido clássico, estabelecendo seu conteúdo e efeitos⁵⁸.

Assim, uma vez presente a primeira, se essa determinar um agir econômico (que importe em trânsito de bens ou serviços) que gere um efeito socialmente relevante e assim reconhecido, está-se diante de contrato, independentemente da vontade da realização de um negócio jurídico (SILVA, 2011, p. 80). A obrigação não decorre pois da vontade dirigida para sua formação, mas sim da ação exercida com finalidade social ou econômica.

Tem-se, a partir dessa teorização, a possibilidade de se apontar três requisitos desse contrato (sem negócio jurídico). De início, a existência de dois centros de imputação de direitos, o que é necessário para que se possa falar em formação de direitos e obrigações recíprocas (objeto do contrato). Ademais, uma causa, entendida essa como o conteúdo mínimo aceitável a partir do interesse dos indivíduos que integram a relação jurídica, “a síntese de seus efeitos essenciais” (SILVA, 2011, p.61) para que se possa estar diante de uma dada relação jurídica, como por exemplo entrar em um ônibus, prestar trabalho. E, finalmente, uma função social, ou seja, um interesse digno de proteção jurídica dada sua relevância social, *v. g.* a tutela do consumidor ou do trabalhador.

Coaduna com essa posição Lôbo (1986, p. 23), ao reconhecer a existência do que chama “contratos sem autonomia da vontade”, ou seja, “contratos oriundos da sociedade de massas, cujo suporte fáctico tem como núcleo o interesse social e, em todos os casos, onde inexista autonomia da vontade.”

A partir dessa análise realista, a formação do contrato se perfaz como resultado de determinados comportamentos humanos qualificados pelas normas jurídicas (as quais reconhecem o efeito relevante do ato) como hábeis a gerar um contrato (ROPPO, 2009, p. 85). Mas, e isso é de extremo relevo, para além das normas jurídicas postas, é viável creditar o poder de qualificar comportamentos para o fim de formação de contratos à aceitação social, à, nas palavras de Becker (1973/74, p. 38), citando Larenz⁵⁹, “convicção jurídica geral de que aquele que se

⁵⁸ Tratando do exemplo do uso de transporte público, aduz Larenz (2006, p. 60) que “apenas a publicação das tarifas tem um caráter 'negocial'”.

⁵⁹ LARENZ, K. **Lehrbuch des Schuldrechts**. München: C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1962,

conduz da maneira estabelecida, 'social típica',[...] por este fato se vincula juridicamente, sem considerações sobre ter sido ou não esta a sua vontade.”

Vale dizer, a partir desse entendimento, resta claro que o contrato não se limita à declaração recíproca de vontade, como reconheciam os voluntaristas, mas sim compreende uma coordenação de atos destinados a um fim, um processo, ou seja, de acordo com Roppo (2009, p.85), uma

[...] sequência de actos e comportamentos humanos, coordenados entre si, segundo um modelo não já 'natural' e 'necessário', mas sim pré-fixado de modo completamente convencional e arbitrário pelo direito (pelos vários direitos). Se essa determinada sequência de actos e comportamentos humanos corresponde ao esquema estabelecido pelo ordenamento jurídico (e de modo diverso pelos diversos ordenamentos jurídicos), então pode dizer-se que esse determinado contrato se formou, ou concluiu, ou 'ganhou existência'.⁶⁰

E mais, mesmo que não juridicamente típico, se socialmente reconhecido, ao comportamento também deve-se atribuir consequências jurídicas, seja porque ele retrata “a 'resposta' ou 'reação' social típica à oferta e tem, por isso, o significado socialmente típico de uma fonte de obrigação” (LARENZ, 2006, p. 60), seja porque, ainda referindo-se ao comportamento como fonte, não se pode olvidar que o costume (um comportamento social uniforme) também é fonte reconhecida de direito (BOBBIO, 2007, p.190).

Nessa linha, vale concluir, na esteira do proposto por Silva (2011, p. 126), que “o conceito de contrato, como tradicionalmente concebido, não cabe mais na fórmula do negócio jurídico, tendo em vista a redução dos espaços da autonomia da vontade e a expansão dos territórios das atividades econômicas”. Ou ainda, de acordo com Bärmann⁶¹, citado por LARENZ (2006, p. 59), que “o conceito de

V. 1, p. 35.

60 Importa referir, por uma questão de fidelidade à sua doutrina, que Roppo, quando reconhece a possibilidade de formação de contrato a partir do comportamento da parte, procura encontrar ali efetiva declaração de vontade com conteúdo negocial, ainda que tácita. Vale dizer, está tratando do comportamento concludente. Utiliza-se, pois, de ficção jurídica, a qual resta desnecessária a partir da separação entre vontade contratual e negocial sugerida pela teoria do contrato sem negócio jurídico. Nessa linha, afirma: “Há outros casos em que a vontade de concluir um contrato não é comunicado mediante uma declaração de tal gênero, mas resulta de outros comportamentos do sujeito: fala-se, a este propósito numa manifestação *tácita* de vontade.” Ou ainda, “[...] a vontade de aceitar não é expressa, mas resulta implicitamente e de forma, digamos, operativa, da atitude e da actividade do sujeito.” (ROPPO, 2009, p. 93-94).

61 BÄRMANN. **Typische Zivilrechtsordnung der Daseinsvorsorge**, 1948, p.89.

contrato foi 'estendido muito além do caso singular do acordo de vontades, do consenso”.

Ou seja, ao contrato deve ser reconhecido um triplo sentido, não apenas de instrumento de pactuações (o mais raso e corriqueiro deles), tampouco de ato jurídico que estabelece as bases de uma relação jurídica, dando-lhe forma, mas também de ação humana socialmente reconhecida como geradora de obrigações.

E é nessa última acepção que se aperfeiçoa a ideia de contrato sem negócio jurídico, pois relações contratuais de fato prescindem do negócio jurídico para adquirir validade, desde que verificadas a coordenação de condutas com intuito econômico, com alguma produção de efeitos, ou seja, a causa, e valoração social positiva, vale dizer, o atingimento de interesses que superam a esfera dos indivíduos relacionados entre si (SILVA, 2011, p. 128).

A relação concreta passa a ser sinônimo de contrato, pois esse se define exatamente por um conjunto de atos coordenados que antecedem, sucedem, e, especialmente para nosso desiderato, dispensam o negócio jurídico, como aduz Silva (2011, p. 133). E, por esse motivo, o consenso se faz desnecessário.

Não por acaso é a efetiva atuação das partes que define os exatos limites do contrato, para além do negócio jurídico formal. É o que se vê nos arts. 112 e 113 do Código Civil, na doutrina da proteção da confiança, bem como nas matizes componentes da boa-fé objetiva⁶², sendo certo que o ponto inicial de contato dos temas é um ideal ético de inserção do indivíduo como integrante responsável da sociedade, o qual se manifesta, consoante afirma Raiser⁶³, citado por Becker (1973/74, p. 42-43):

[...] no alargamento do princípio da boa-fé, na complementação da teoria das declarações de vontade, pelo princípio da proteção à confiança, na extensão de efeitos contratuais a relações jurídicas sem concordância total de vontade (sem consenso) e no anseio por uma justiça material nos contratos.

62 *Venire contra factum proprio*, significando um atuar em contradição com comportamento assumido anteriormente (MENEZES CORDEIRO, 1997, p. 742), *supressio*, situação do direito que, por não ter sido exercido em certas circunstâncias e por certo tempo, não mais pode sê-lo, sob pena de afronta à boa-fé (MENEZES CORDEIRO, 1997, p. 797), *surrectio*, que é a situação inversa da anterior, em que um direito subjetivo é constituído (MENEZES CORDEIRO, 1997, p. 821-822), e *tu quoque*, consistente no fato de que alguém que violou um dever não pode exigir de outrem que respeite esse mesmo dever (MENEZES CORDEIRO, 1997, p. 837).

63 RAISER, L. **Die Zukunft des Privatrechts**. In: CONFERÊNCIA. Berlim, Sociedade Jurídica de Berlim, 1971.

Isso não significa, é bom repisar, a inexistência de liberdade na relação, o que poderia ser concebido como um retorno às teorias acontratualistas acima expostas.

De fato, a partir da revisão da posição da vontade na formação do contrato, “a liberdade contratual por vezes somente é mantida enquanto ato de iniciativa ou impulso, restrita à opção ou escolha entre contratar ou não contratar, excludente de qualquer poder dos sujeitos de estabelecer o seu regramento [...]”, na linha do que afirma Coutinho (2001, p. 32). A vontade existe, pois, ao menos a partir da noção de vontade contratual. E mais, é declarada ou, ao menos, manifestada exteriormente ao indivíduo, por comportamentos sociais típicos que lhe imputam relevância jurídica.

Essa declaração pode se dar pela palavra ou com um gesto ou sinal conhecido pela experiência comum. Pode também ser reconhecida, como visto, pela atividade do ator social, que assume um determinado comportamento que aponta sua vontade contratual.

Segundo Roppo (2009, p. 94), “um comportamento deste tipo, silencioso, mas de molde a denunciar de forma inequívoca, no quadro das circunstâncias existentes, a vontade de concluir o contrato, diz-se comportamento concludente.”

Assim, uma vez demonstrado que o contrato⁶⁴ não pode ser reduzido ao negócio jurídico bilateral, ou seja como acordo de vontades recíprocas no intuito de criar, modificar ou extinguir obrigações, e que a tutela dos interesses dos contratantes não pode ser relegada ao iterativo retorno à vontade presente na consecução do pacto, é aceitável perceber que a figura contratual explica a relação de trabalho mesmo sem a expressão da vontade negocial do empregador ou do empregado, que simplesmente atuam de forma socialmente típica. O primeiro, ao deixar ocorrer a inserção da força de trabalho de outrem em cadeia produtiva da qual é proprietário – consoante Martins (2010, p. 96), “haverá também contrato de trabalho com a prestação de serviços sem que o empregador a ela se oponha”. O segundo, por inserir-se nessa cadeia. Pela realidade social⁶⁵, independentemente da vontade das partes, estar-se-á diante do contrato de trabalho.

64 Por extravasar os limites que se pretende com o presente estudo, porquanto buscou-se dar uma nova compreensão ao termo contrato, não se discutirá o debate, verificado na doutrina alemã sobre a natureza jurídica das relações de fato, se negócio jurídico – como entendem Esser, Siebert, Lehmann, Flume, Bidlinsk e Haupt –, ou ato-fato – tal qual sugere Larenz. (BECKER, 1973/74, p. 28 e 38).

65 Reconhecida em lei nos arts. 2º e 3º da CLT.

Ou, aproveitando-se a noção de comportamento concludente – a qual não faz a expressa distinção entre as vontades contratual e negocial, aproveitando-se da noção de vontade tácita como elemento constituinte do negócio jurídico, como se viu –, perfaz-se o contrato no momento que o trabalhador por sua vontade, mesmo que decorrente da imposição do capital, insere sua força de trabalho em um processo produtivo de cujos meios não é proprietário. Por seu turno, o comportamento concludente – ou socialmente relevante, se considerada a teoria do contrato sem negócio jurídico – do detentor dos meios de produção é simplesmente mantê-los em sua propriedade de qualquer forma que permita a um trabalhador a eles aderir com sua força de trabalho para fins de produção de bens ou riquezas, em uma situação que a doutrina tradicional poderia tentar designar de oferta – embora assim não o seja pela ausência de intenção nesse sentido.

Assim explica-se a formação de contrato de emprego, por exemplo, na hipótese de um locatário de uma residência construída em um imóvel rural que passa, *sponte propria*, a cuidar do rebanho criado pelo proprietário da área nesse mesmo local, sem o seu conhecimento. Ou do filho de um marceneiro que, morto o pai, passa a cumprir as antigas obrigações do seu genitor e produzir móveis, mesmo longe dos olhos do dono da empresa, que a deixara sob os cuidados do seu falecido empregado. Ou ainda, em sentido contrário, do “flanelinha” que passa a ser reconhecido pelos clientes como responsável por estacionar os veículos na porta de um restaurante, o qual, mesmo sem saber desse fato, pode ser tido como empregador em uma fiscalização pelos órgãos competentes.

Ao integrar sua força de trabalho nos meios de produção de titularidade de outro, que por qualquer motivo foram deixados ao alcance do trabalhador, há contrato de emprego, mesmo sem a expressão de um negócio jurídico em sua noção tradicional, ou até, conhecimento do proprietário desses meios ou do trabalhador de sua condição de empregado.⁶⁶

Resolve-se, outrossim, o problema da virtual inexistência de margem de autonomia individual na formação das cláusulas do contrato de trabalho, pois

66 Aduz Silva (2011, p. 83), que a identificação dos contratos sem negócio jurídico fundante se faz a partir da necessária “verificação: (a) de dois ou mais centros de interesses; (b) da coordenação das condutas entre os centros de interesses que deflagra a mínima unidade de efeitos, ou seja, a causa; e (c) do cumprimento da função social da atividade desenvolvida, sem o que não há legitimidade no comportamento capaz de tipificá-lo socialmente. Reunidos tais elementos, caracterizado está o contrato, a despeito da ausência de negócio jurídico”. No exemplo do contrato de trabalho, tem-se: (a) empregado e empregador; (b) a efetiva prestação de trabalho; e (c) a tutela do valor trabalho.

desnecessária a existência de vontade negocial para sua formação.

Note-se que isso não significa a criação de novo instituto jurídico, mas apenas uma leitura mais atenta do conceito de contrato a partir do reconhecimento de que a realidade social, em constante evolução, passou a exigir a regulação de áreas que, em uma leitura tradicional e ortodoxa dos institutos jurídicos, e positivista da legislação, poderiam ser consideradas como despidas de regulação. Trata-se de ação do intérprete do Direito contemporâneo, o qual, observada a cada vez mais mutável e plástica realidade social, deve realizar a aproximação entre as searas do Direito e do não-Direito, especialmente a partir da ressignificação de significantes já postos, atribuindo-lhes novos e mais eficientes significados.

3.2.2.6 A vontade negocial no contrato de emprego contemporâneo

Com a exposição acima buscou-se demonstrar que a presença da vontade contratual, no modelo atual de contrato, é suficiente para sua formação. Vale dizer, que a vontade de constituir o pacto, embora não voltada à efetiva definição do conteúdo desse, é suficiente para que se aponte existir expressão de liberdade na relação jurídica, e, portanto, contrato (SANSEVERINO⁶⁷, 1976, p. 115, *apud* DELAGADO, 2011, p.304). Outrossim, que há comportamentos socialmente reconhecidos hábeis à formação do contrato de emprego.

Entretanto, é de se ressaltar que se pode, sim, visualizar, para além de vontade contratual, efetiva vontade negocial na relação jurídica em estudo, a qual, inclusive, tende cada vez mais a ser incrementar por conta da atual política flexibilizatória que se impõe ao Direito do Trabalho.

Necessária, todavia, a ressalva de que a vontade do trabalhador, contratual ou negocial, sofre a influência da ideologia capitalista e da imposição de trabalhar pelo sustento. Não se quer olvidar que o empregado não só é mais fraco no momento de contratar, mas muitas vezes é obrigado a contratar por imposição do próprio meio de produção vigente, como já mencionado. Enfim, reconhece-se,

67 SANSEVERINO, L. R. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 1976.

mesmo na perspectiva proposta, nas palavras de Courtois⁶⁸, citado por Jeammaud (1980, p.179) que “il y a bien le fait que dans le bureau de l'employeur je souscris à des conditions qui me sont imposées par la faiblesse de mon pouvoir de discussion, mais il y a le fait encore plus radical de ma présence même dans ce bureau.”⁶⁹

Isso porque a vontade que se analisa está, como já restou afirmado acima, na esfera jurídica, sem imbricações ideológicas. É, por assim dizer, aquela reflexo dos direitos fundamentais do homem, em especial a liberdade e a dignidade da pessoa humana. Sem essa separação, ressalte-se, não haveria contrato de trabalho válido por conta de vícios de consentimento, como erro, decorrente da percepção equivocada da realidade por parte do empregado que permite restar escamoteada a mais-valia e o trabalho excedente, dolo, se compreendido que essa falsa percepção decorreu da ação do empregador, ou até estado de perigo, se assim age o empregado pela necessidade de sobrevivência (VENOSA, 2005, p. 420-421). E mais, seria letra morta, verdadeira falácia, toda a construção jurídica baseada em Direitos Humanos dos últimos dois séculos, ou mesmo, os arts. 1º, III, 3º I e IV, 5º da Constituição Federal e todos os demais que se fundam na dignidade da pessoa humana e na liberdade. Todas essas, situações que sequer se cogitam.

Feita a ressalva, é de se notar, consoante Baylos (1999, p. 104), que a segunda metade dos anos 80 coincide com momento de revalorização da figura do contrato como instituto jurídico hábil a definir a relação de emprego. Não por acaso, em momento de retomada de um discurso de Estado mínimo, autorregulação do mercado e enfraquecimento dos sindicatos, tradicionalmente conhecido como neoliberalismo. Outrossim, de transformações estruturais no sistema produtivo, com o incremento do relacionamento entre pequenas empresas e grandes conglomerados empresariais criadoras de sistemáticas de produção como terceirização, facção, despolarização da produção, entre outros.

Nas palavras de Tepedino (2011, p. xi):

As duas últimas décadas do século passado coincidem, em diversos países europeus e da América Latina, com o neoliberalismo e, especificamente na esfera jurídica, com uma retomada entusiasmada da autonomia privada

68 COURTOIS, G. **La critique du contrat de travail chez Marx**. Archives philosophiques du droit, XII, 1967, p. 43.

69 Há o fato de que no escritório do empregador eu subscrevo as condições que me são impostas pela fraqueza do meu poder de negociação, mas há o fato ainda mais radical da minha própria presença nesse escritório. Tradução nossa.

como expressão da liberdade individual, reduzindo-se, em diversos setores – v. g., mercado de locação, relações de trabalho – o grau de intervenção do Estado, que adquire feição regulamentar, com suas agências e instrumentos que enaltecem o papel da livre contratação.

Reconhece-se, nesse contexto, o contrato como espaço em que vigora alguma liberdade individual, em um movimento de distanciamento do dirigismo contratual até então observado, o que vem ao encontro de novas condições de trabalho que passam a ser tidas como lícitas, embora menos rígidas que as tradicionais, como se pode notar no Brasil, por exemplo, pelo contrato a termo da Lei 9.601/98⁷⁰ e pelo contrato a tempo parcial da Medida Provisória 2.164-41/01⁷¹.

Nessa linha, tem sido noticiado que o Executivo lançara ainda esse ano (2012) projetos de lei para criação de novas formas de contratação, a por hora e de trabalho eventual, sem embargo da sempre presente intenção de alteração da CLT para dar prevalência ao negociado sobre o legislado (DANTAS, 2012).

Nessa linha, aduz Coutinho (2006, p. 168-169):

em decorrência de políticas neoliberais, presente se faz uma perspectiva de retração do Estado em setores vários, que se minimaliza especialmente na intervenção econômica, acompanhada de um crescente alargamento da atuação normativa particular no campo laboral, o qual desde sempre reconheceu o pluralismo, porém, vivido sob a ótica da indisponibilidade relativa das normas jurídicas heterônomas. Anotem-se, a título de exemplo, as discussões em torno da proposta governamental de alteração legislativa para impor a primazia do negociado sobre o legislado.

Na Europa, o fenômeno pode ser percebido ainda com maior vigor, pois desenvolveu-se uma nova figura intermediária entre o trabalhador autônomo e o subordinado, o parassubordinado, que constitui uma gradação de proteção entre as figuras principais, contando com um nível médio de tutela (BAYLOS, 1999, p. 106). Em Espanha, como em outros países europeus, foram criados contratos mais flexíveis, como o contrato de trabalho temporário para fomento ao emprego, ao lado de outros contratos temporários com especial finalidade – ao menos em suas intenções expressadas – de inserção de trabalhadores desfavorecidos no mercado de trabalho, como jovens desqualificados e desempregados por longos períodos

70 Modalidade contratual que concedia benefícios fiscais por certo período, além de permitir a contratação de empregados a termo fora das hipóteses tradicionais da CLT, mediante negociação coletiva e para acrescer o número de empregados em uma empresa. Não foi muito usada, sequer no período em que vigoravam as vantagens fiscais.

71 Com a qual se incluíram os arts. 58-A e 130-A na CLT, entre outros, e definiram-se regras para esse contrato, que não pode ultrapassar 25h semanais, como o período reduzido de férias e impossibilidade de realização de horas extras.

(BAYLOS, 1999, p. 108).

E, note-se, é a autonomia das partes que vai eleger o contrato e o tipo de relação para o ingresso da força produtiva no mercado. Embora reconhecendo-se a pequena liberdade material daquele que depende da venda do seu trabalho abstrato para a sobrevivência (proletário no conceito marxiano), e deixando-se de lado todas as críticas cabíveis a essa nova condição, não se pode negar caber às partes, em especial ao empregador, a escolha do modelo contratual a ser usado em um sistema que admite alguma flexibilidade.

Não se pode negar, é verdade, que o emprego, ou em outros termos, o trabalhar com direitos, é importante forma de combater a exclusão social e evitar um processo de privação material, diminuição de auto-estima – uma vez que a obtenção de emprego é uma vitória – e dessegurança socioeconômica do trabalhador (COUTINHO, 2006, p. 170-171).

Todavia, como visto, cada vez mais se afiguram contratos de trabalho que não correspondem ao modelo tradicional.

E, ao lado disso, uma vez reconhecida a enorme força do mercado de trabalho independente⁷², pode-se afirmar existir em nosso atual estágio de desenvolvimento socioeconômico grande contingente de trabalhadores que obtêm seu sustento sem interesse em empregar-se. Embora de se reconhecer a difícil opção, não se pode negar que ela existe.

Tanto é assim que, em 2009, dados do Departamento Intersindical de Estatística e Estudos Socioeconômicos (2012, p. 176) apontam que 17,1% do total de ocupados no Brasil são trabalhadores independentes, ou seja, aqueles que atuam por conta própria, autônomos para mais de uma empresa, para o público, ou proprietários de pequenos negócios familiares.

Note-se que esses se colocam em situação diferente daqueles alijados de empregos protegidos, sejam porque subcontratados, entendidos como assalariados contratados em serviços terceirizados e autônomos que trabalham para uma única empresa, e que compõem 8,3% dos ativos, seja porque detentores de empregos

72 A ponto de se realizarem políticas governamentais de incentivo à formalização do trabalho sob essa modalidade, como se vê pelas Lei Complementar 128/09 que criou a figura do microempreendedor individual, o qual pode utilizar-se dos benefícios do Sistema de Tributação SIMPLES, e Lei 12.470/11, que estabelece alíquota diferenciada favorável para sua inserção à Previdência Social, observados requisitos.

ilegais, sem carteira assinada no setor privado ou público, 11,4% dos ativos.

Isso porque os primeiros assim se encontram por escolha, pois, utilizando-se os conceitos de Castel⁷³, citado por Coutinho (2003, p.74-75) podem ser enquadrados na condição operária, pois já se encontram socialmente integrados, aptos a gozar um sistema de proteção básico, com alguns direitos e garantias.

Já esses últimos, de fato, estão compelidos a aceitar situação precária, pois pretendiam estar incluídos em uma relação de emprego regular e protegida mas restam excluídos. Ainda aproveitando-se de Castel, estão, pois, na condição proletária, dependentes da venda de seu trabalho abstrato, mero fator de produção, para a obtenção de meios para seu sustento.

De tudo isso, não se pretende defender ou atacar qualquer postura política, mas apenas apontar a existência de vontade livre pretérita (rarefeita, é verdade, pela contingência do trabalhar) à formação do contrato de emprego, seja no momento em que o sujeito faz a opção por essa modalidade de trabalho, seja quando se opta por um específico modelo de contrato de emprego.

Para além do aspecto de macroeconomia acima exposto, em que se coloca ao trabalhador uma opção pelo emprego, sendo essa a primeira manifestação de vontade, a contratual, pode-se confirmar a existência de vontade negocial no contrato de emprego a partir de alguns exemplos verificados na rotina justralhista.

De fato, o vínculo que se forma entre empregado e empregador é uma relação jurídica, entendida essa como uma relação social reconhecida e protegida pelo direito que liga duas pessoas a partir de um objeto. Ela se estabelece pela vontade contratual das partes, que se comportam de uma dada forma socialmente reconhecida como geradora desse vínculo, e se funda no Direito, que compreende como relevantes os valores observados nessa relação.

Embora tabu entre os justralhistas assim se posicionar, uma vez avaliada a atual situação no mercado de trabalho brasileiro, como acima exposto, essa vontade, na seara do empregado, já ultrapassou uma primeira opção, pela qual definiu o trabalhador por buscar seu sustento na condição de empregado.

Por parte do empregador, como também já aduzido, a simples apropriação de um meio de produção e a permissão, mesmo por omissão, de que um trabalhador insira seu labor nesse processo produtivo já garante, por seu lado,

73 CASTEL, R. **As metamorfoses da questão social**: uma crônica do salário. São Paulo: Vozes, 1998, p. 415 e ss.

vontade contratual.

Ultrapassada a aferição da vontade contratual, resta verificar se as partes têm algum âmbito de negociação, ou seja, se podem interferir no estabelecimento do conteúdo do contrato de trabalho.

É bem verdade que o art. 444 da CLT não deixa grandes margens para a negociação entre as partes, o que abre a discussão sobre a importância da vontade negocial, nessa especial relação jurídica, fértil campo para a crítica ao contratualismo. Na versão voluntarista do contrato, como já se viu, é impossível se falar em liberdade contratual, quando o indivíduo se encontra premido a contratar, e não tem meios de definir as cláusulas a que se obrigará.

Também, que, consoante Coutinho (2003, p. 82-83), usando expressões de Betti⁷⁴ e Marques⁷⁵:

No mercado de trabalho preponderam os contratos orais, estabelecidos mediante o exercício de condutas sociais típicas, verdadeiros contratos por comportamento concludente, nos quais a relação jurídica que constitui a contratualidade é formada pela entrega da força de trabalho com pessoalidade, subordinação – subjetiva ou objetiva –, continuidade e em caráter oneroso.

Todavia, é de se considerar que há situações em que o único elemento regulador, à míngua de outras fontes, são cláusulas contratuais negociadas e definidas pelas partes dentro de sua autonomia privada, sem as quais não se falaria na respectiva obrigação.

Essas são por demais heterogêneas. Algumas pouco comuns, como, por exemplo, a utilização de sistemas de retribuição pelo trabalho por meio de *stock options*⁷⁶, bônus por metas atingidas, décimo quarto salário, entre outros, em contratos de trabalho de altos diretores, “bicho”⁷⁷ para desportistas. Outras, muito corriqueiras, como o pagamento de comissões a vendedores varejistas, ou a compensação semanal da jornada, para a qual há admissão jurisprudencial de

74 BETTI, E. **Teoria Geral do Negócio Jurídico**. Coimbra: Coimbra Editora, 1969, t.1, p. 267-277.

75 MARQUES, C. L. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**: o novo regime das relações contratuais. 4. ed., São Paulo: RT, 2002, p.55.

76 Opção de compra de ações em um período por preço previamente ajustado, que pode trazer lucro ao empregado, se revendidas imediatamente, ou torná-lo sócio (BARROS, 1997, p. 763).

77 Prêmio que estimula o atleta a um bom rendimento, usado comumente no futebol (BARROS, 1997, p. 761).

validade do acordo individual escrito, consoante Súmula 85, I do TST. Em verdade, há vontade negocial sempre que o empregado perceber remuneração ou outro benefício superior ao mínimo devido à sua categoria.

Tais exemplos são suficientes para demonstrar que a vontade negocial pode, sim, atuar no contrato de emprego, desde que estabelecendo um patamar de direitos ao empregado superior ao mínimo exigido pelas normas cogentes que atuam na delimitação de seu objeto.

E mais, em situações limite, é viável defender que a vontade negocial e a formação de um negócio jurídico em seu sentido tradicional pode suprir a relação de fato e a efetiva manutenção de vontade contratual após sua manifestação inicial.

De fato, e essa é interessante ponderação a favor da contratualidade, é possível que o não cumprimento de obrigações contratualmente estabelecidas, mesmo sem efetiva prestação de trabalho em qualquer momento da relação, induza o surgimento de consequências jurídicas. Seria o exemplo de empregado contratado por tempo determinado a quem o empregador, antes do início do primeiro dia de trabalho, impede a atividade. A esse seria devida a indenização do art. 479 da CLT (MARANHÃO, 2003, p. 232).

Trata-se de exemplo que não pode ser desconsiderado, embora, como regra, já se disse, os contratos de trabalho assim não se formem.

3.2.2.7 O contrato de emprego contemporâneo

Dado o até agora exposto, é viável reconhecer a natureza jurídica contratual a qualquer relação de emprego, mesmo na situação limite em que essa relação é, até, desconhecida pelas partes que a compõem.

Pode-se concluir com Coutinho no sentido de que (2003, p. 83):

Mesmo diante do silêncio, eloqüente, da desmaterialização do contrato, da despersonalização dos sujeitos, da omissão, da prefixação por outros sujeitos – Estado ou sindicatos – do conteúdo e da regulamentação, ainda há contrato, ainda há circulação de mercadorias, entrega de prestações, incorporação de força de trabalho na atividade econômica produtiva.

É bem verdade que não se pode negar que o contrato foi um instrumento jurídico inicialmente moldado para as trocas econômicas baseadas em ideais

liberalistas, com fulcro na igualdade formal e na autonomia da vontade, como acima mencionado. Sua perspectiva é, primordialmente, patrimonial. Referindo-se ao início do contratualismo no âmbito da relação de emprego, afirma Baylos (1999, p. 62) que:

A construção liberal do vínculo contratual, e seu simbolismo, permanecerá a partir de então na raiz da regulação da figura social do contrato. A visão contratual, a inserção da relação de trabalho no direito dos contratos, determina que essa forma de regulação assumira um forte caráter patrimonialista, definindo-a como retribuição de serviços de natureza econômica (industrial, agrícola ou doméstico).

Deve-se reconhecer, outrossim, que essa noção patrimonialista não se coaduna com o objeto desse contrato, o trabalho abstrato produtivo⁷⁸, o qual, por não se desvincular do indivíduo que o oferece acaba por trazer uma gama de bens jurídicos da ordem da personalidade ao seu entorno, fenômeno este decorrente da confusão em nossa sociedade entre trabalho e trabalho abstrato, na medida em que, segundo Lessa⁷⁹, citado por Coutinho (2003, p.73):

Com a extensão das relações capitalistas até praticamente todas as formas de práxis social, com a incorporação, ao processo de valorização do capital, de atividades que anteriormente ou estavam dele excluídas ou apenas participavam de modo muito indireto, vivemos uma situação em que praticamente a totalidade dos atos de trabalho assume a forma abstrata de subordinação ao capital.

Tampouco o faz com os princípios do Direito do Trabalho, em especial quando esse reconhece a disparidade negocial entre as partes, fruto de um sistema capitalista que impõe o trabalho como obrigação e necessidade, e acaba por estabelecer limitações ao seu conteúdo.

No entanto, as atuais releituras jurídicas desse importante instituto jurídico (após o fim do dogma da vontade e o crescente dirigismo contratual autorizado pela noção de autonomia privada, bem assim pela despatrimonialização e

78 Considerando, com Coutinho (2003, p. 73), que esse significa “atividade humana medida pelo tempo de trabalho socialmente necessário produtor de mais-valia. Revela-se o trabalho enquanto força-de-trabalho reificada e exteriorizada pelo fetichismo da mercadoria no modo de produção capitalista que absorve e se identifica como a única possibilidade de concretiza-lo. O trabalho é a atividade humana de transformação da realidade que se manifesta como autoconstrução humana, pois o construir algo constrói a si mesmo como indivíduo e totalidade social da qual é partícipe.” Vale dizer, trabalho abstrato é o inserido no modo de produção capitalista como elemento de produção. Trabalho, por sua vez, é a atividade humana que altera o estado antecedente de qualquer coisa, pela qual o ser humano desenvolve suas potencialidades e interesses. Esse último jamais se desvincula do indivíduo.

79 LESSA, S. **Mundo dos homens**: trabalho e ser social. São Paulo: Boitempo, 2002, p. 26-27.

constitucionalização do direito privado, ou mesmo do reconhecimento da eficácia horizontal de direitos fundamentais) podem adequá-lo ao desiderato de explicar a relação de emprego, reconhecendo-se tanto a existência de direitos de personalidade a ele integrados, quanto o interesse público na manutenção do equilíbrio contratual.

Isso porque, no atual estado da arte do direito, não mais se discute a possibilidade de convivência entre obrigações patrimoniais e respeito a um núcleo de proteção existencial, em uma única relação jurídica, mesmo que fundada em um contrato. Não por acaso Nalin (2008, p. 201-2) aponta a “decadência do modelo contratual baseado no direito subjetivo de crédito”, buscando a “desmistificação da estrutura mínima da obrigação entre direito subjetivo de crédito e dever jurídico de pagamento”.

Como aduz Martins-Costa (1992, p. 28) “contemporaneamente, modificado tal panorama, a autonomia contratual não é mais vista como um fetiche impeditivo da função de adequação dos casos concretos aos princípios substanciais contidos na Constituição e às novas funções que lhe são reconhecidas.”

Não por acaso doutrina, jurisprudência e legislações mais avançadas reconhecem a existência de deveres laterais implícitos de conduta, boa-fé objetiva e eficácia horizontal de direitos fundamentais⁸⁰, de sorte que já se pode falar estar observada a necessária reconstrução, segundo Baylos (1999, p. 115), “da própria teoria do contrato, que abrisse espaço para considerar a pessoa do trabalhador, sua verdadeira condição de 'sujeito'.” De acordo com o citado professor espanhol, “somente dessa maneira se poderia conceber o contrato como forma idônea para tratar os interesses não padronizáveis do indivíduo na relação de trabalho”.

O contrato pode, despido do dogma da vontade e fora do paradigma liberal clássico, a partir da publicização do Direito Privado, assumir, nas palavras de Coutinho (2006, p. 181)

um perfil solidarista através da intervenção estatal direta, funcionalizando-se socialmente o contrato para que possa servir de instrumento de garantia da erradicação da pobreza via distribuição de renda, despatrimonialização do vínculo jurídico para preservação dos direitos fundamentais e, em especial, alocação da dignidade da pessoa humana como o fundamento axiológico de toda a produção jurídica que serve sobremaneira, ao campo laboral.

No que se refere à liberdade, outra necessidade para o reconhecimento do

80 Temas cujo aprofundamento fogem do desiderato da presente pesquisa.

contrato, pode-se afirmar que há vontade contratual livremente manifestada de ambas as partes da relação, seja do empregado, quando opta (considerando-se toda a imposição capitalista, ainda há uma escolha, como visto) pela prestação de trabalho subordinado e insere-se no processo produtivo cujos meios de produção são de titularidade de outro, seja do empregador, quando permite o acesso do trabalho de outrem a seus meios de produção.

No comum das situações é viável, ainda, como visto, deparar-se com a vontade negocial, mesmo reconhecendo-se as condições negociais diversas entre as partes desse especial contrato, bem como a repercussão dessa situação material na condição jurídica dos contratantes, até o extremo de afetar sua igualdade jurídica – a qual, na teoria clássica, seria pressuposto da autonomia da vontade.

De fato, foi justamente pela aferição dessa disparidade negocial que o contrato de trabalho tem sofrido grandes restrições em seu conteúdo, até o limite de estabelecer-se um estatuto mínimo definido em lei por meio de técnicas legislativas que determinam efetivo dirigismo contratual nessa relação.

Em verdade, o reconhecimento da existência de vontade na relação de emprego traduz uma mudança de foco da relação material que subjaz ao contrato para o sujeito que trabalha, uma vez que aduz Amaral (1999/2000, p. 375), parafraseando Larenz⁸¹, Doral e del Arco⁸², que a autonomia

trata-se de projeção, no direito, do personalismo ético, concepção axiológica da pessoa como centro e destinatário da ordem jurídica privada, sem o que a pessoa humana, embora formalmente revestida de titularidade jurídica, nada mais seria do que mero instrumento a serviço da sociedade.

Ademais, essa taxonomia reconhece a atual estrutura econômica vigente e suas necessidades, notadamente de certa flexibilização⁸³, especialmente se considerado que o Estado Social, em tempos de globalização, já não se tem mostrado capaz de prover, às novas necessidades, instrumentos jurídicos suficientes para a regulação dessa circulação em nível transnacional de bens e serviços (AMARAL, 1999/2000, p.369).

81 LARENZ, K. **Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts**. p. 29.

82 DORAL, J. A., DEL ARCO, M. A. **El Negocio Jurídico**. p. 11.

83 Sem que se entre no mérito da correção dessa postura para a garantia de direitos dos empregados, bem como deixando-se claro que flexibilização não se confunde com desregulamentação.

Não se pode negar que, embora sem a devida análise dos efeitos dessa postura, porque imbuídos de uma ideologia de que o Direito do Trabalho tem um viés corporativo, uma imposição aos empregadores, verdadeiro privilégio que, ao atravancar o capital, impede a criação de empregos (COUTINHO, 2006, p. 173-174), cada vez mais os próprios empregados tem buscado aumentar sua autonomia negocial em relação aos limites legalmente impostos. É o que se pode notar a partir da análise da greve dos motoristas de caminhão da última semana de julho de 2012, cuja pauta era, especialmente, o desagrado da categoria com a Lei 12.619/12 que lhes impõe períodos de descanso (SAMORA, 2012).

Nessa mesma linha a já mencionada busca de aumento da autonomia da vontade coletiva sobre a lei, ou prevalência do negociado sobre o legislado. A esse desiderato também a figura do contrato, dada sua plasticidade, pode socorrer.

É bem verdade que o problema da natureza jurídica da relação de emprego comporta diversas outras soluções.

Ramálio⁸⁴, citada por Nascimento (2010, p. 597-600), por exemplo, sugere que não se pode analisar o tema sequer a partir da noção de relação jurídica, mas sim como “situação jurídica”, na medida em que a primeira seria por demais restrita para abarcar questões que ultrapassam os limites da possibilidade negocial das partes, o que chama de “situações jurídicas absolutas”, como temas ligados à personalidade das partes, normatizações impostas por negociação coletiva, direitos potestativos decorrentes da condição de trabalhador e empregador (ligados à gravidez, menoridade, entre outros). Dessarte, sua doutrina propõe uma solução não-relacional, a qual aponta a existência de empregadores e trabalhadores a partir dos sujeitos, permitindo-se a aferição de uma “situação jurídica de trabalhador subordinado e de situação jurídica de empregador” (NASCIMENTO, 2010, p.599).

Todavia, na esteira de Amaral (1999/2000, p. 378-380), a autonomia privada não deve ser descartada, pois pode ser instrumento de realização de justiça e de inclusão da cada vez mais presente pluralidade social, desde que respeitada a função econômico-social do contrato, ou seja, sua utilidade na consecução dos interesses gerais da sociedade.

O contrato, reestruturado, pode atender sua função social, ao caminhar ao encontro de uma ideologia igualitarista (LÔBO, 1986, p. 17). Para tanto, essencial

84 RAMALHO, M. do R. P. **Direito do Trabalho**. Parte I, Dogmática Geral. Coimbra: Almedina, 2005, p. 32, 358 e 364.

que se observe que o limite da autonomia negocial se encontra nos princípios constitucionais, como propugnado por Nalin (2008, p.162), de forma que a livre iniciativa repercute em justiça social, tal qual expresso no *caput* do art. 170 da Constituição Federal. Em outros termos, a autonomia privada adquire fundamento no interesse público de resguardar a vontade individual, mas agora considerada como instrumento de atingimento do interesse coletivo. O contrato adquire, assim, um viés solidário (NALIN, 2008, p. 173).

E é nesse contexto, social-funcionalista, que se defende o uso do contrato para explicar a relação de emprego, para que seja instrumento de consecução de uma ordem social justa, igualitária, promotora de direitos da personalidade sem descurar do necessário desenvolvimento econômico.

Na medida em que o contrato, enquanto relação primordialmente patrimonial passa a ter relevo para o atingimento da dignidade humana, considerado que a circulação de riquezas atua no desenvolvimento da pessoa do contratante – de acordo com Coutinho (2001, p. 26), em nossa sociedade “o *homo oeconomicus* é, então, apresentado como inerente à própria natureza humana” –, por certo o núcleo dessa relação jurídica deve ser sempre o sujeito, e não o objeto. De acordo com Nalin (2008, p. 246):

A leitura do contrato, assim vista, não ignora sua função econômica, mas, antes, de se averiguar da realização da causa (econômica) do contrato, terá que se indagar se aquela relação em apreço levou em conta a dignidade dos contratantes. A interpretação constitucional do contrato transita do ter para o ser.

3.2.2.8 As funções e características do contrato de emprego contemporâneo

Uma vez aferida que a relação de emprego tem natureza jurídica contratual, releva sublinhar em que tipo de contrato se traduz.

O contrato de emprego pode ser definido como um contrato especial, descolado daqueles civis típicos, pois fruto de um fenômeno social relativamente novo, a prestação de trabalho remunerado subordinado. Contrato esse obviamente diverso do paradigma clássico, de consentimento livre e igualdade formal, que, a partir do reconhecimento da autonomia privada, tem como legítima e necessária a

intervenção estatal e da autonomia coletiva em seu conteúdo.

O objeto do contrato de emprego é o trabalho, não no sentido geral, de interação com a natureza, por meio do qual o indivíduo busca seu sustento, mas sim no sentido abstrato, ou seja, aquele “produtivo, material ou imaterial, produtor de mais-valia, resultado da opção pelo modo de produção capitalista” (COUTINHO, 2006, p. 170). Ou, de forma mais simples para diferenciar de outras relações de trabalho, constitui objeto desse especial contrato, de acordo com Delgado (2011, p. 304), “[...]uma obrigação de fazer (*obligatio faciendi*) prestada por uma pessoa humana com não eventualidade, onerosamente, de modo subordinado e em caráter de pessoalidade (*intuitu personae*) no que tange ao prestador de trabalho.”

Esse especial modo do fazer, subordinado, que diferencia sobremaneira o contrato de emprego de outros contratos que lhe são próximos. Todavia, sem as demais enunciadas características, tampouco será viável estar presente a relação de emprego.

Em conclusão próxima, para Nascimento (2010, p. 600) o vínculo empregatício se traduz em um “contrato pessoal-organizacional”, cujo objeto não comporta apenas elementos patrimoniais, mas também de personalidade e de organização.

Os elementos de organização referem-se à inserção do trabalho em uma empresa, estrutura organizada, com definição de horários, afazeres, entre outros, bem como aos direitos de direção, disciplinar e regulamentar do empregador.

Já os elementos de personalidade do contrato decorrem da evidente impossibilidade material de separação entre o trabalho e a pessoa do trabalhador, e correspondem, de acordo com Nascimento (2010, p. 600-601) não apenas a:

[...] estar-se diante de uma relação *intuitu personae*, só exercida, sem delegações para terceiros, pelo próprio empregado, mas, também, a proteção da personalidade, da vida, da saúde, da integridade física, da segurança do prestador de serviços e de vantagens familiares (p. ex., licença-paternidade, licença da gestante), proteção que, para o empregado, é um direito e, para o empregador, é um dever de respeito a esses e outros bens jurídicos que a atividade laboral para uma organização impõe.

De fato, é de extremo relevo ao contrato de emprego a garantia de direitos de personalidade, em especial do empregado, mas não apenas desse – vide a proteção aos direitos de integridade física, imagem e de propriedade intelectual do empregador – v. g. CLT, art. 482, “c”, “j” e “k” –, porque para além do trabalho objetivamente considerado se encontra uma pessoa, cujos direitos fundamentais

devem ser respeitados.

Inobstante, deve-se reconhecer a que se prontifica o contrato de trabalho, que é, em uma visão materialista, ao autorizar a venda de trabalho, permitir que um empregado subordine-se a um empregador, fornecendo trabalho em troca de salário, de forma livre, com o que resta dissimulada a relação social capital-trabalho. De fato, não se apresenta essa relação como uma mera compra e venda de força de trabalho, pois nesse caso expor-se-ia a mais-valia e a existência do trabalho excedente na relação de emprego. Nessa linha, aduz Jeammaud (1980, p. 173-174):

Dans le servage le travail du corvéable pour lui-même et son travail force pour le seigneur sont nettement séparés l'un de l'autre par le temps et l'espace. Dans le système esclavagiste, la partie Même de la journée où l'esclave ne fait que remplacer la valeur de ses subsistances, où il travaille donc en fait pour lui-même, ne semble être que du travail pour son propriétaire. Tout son travail revêt l'apparence de travail non payé. C'est l'inverse dans le travail salarié: meme le surtravail ou travail non payé revêt l'apparence de travail payé. Là le rapport de propriété dissimule de travail de l'esclave pour lui-même, ici l'apport manétaire dissimule le travail gratuit du salarié pour son capitaliste.⁸⁵

De fato, conforme aponta Delgado (2011, p. 290), “[...]será a subordinação, entre todos esses elementos (fático-jurídicos que compõem a relação de emprego), o que ganha maior proeminência na conformação do tipo legal da relação empregatícia.”. Já houve quem defendesse, como Corrado⁸⁶, citado por Delgado (2011, p. 290), que a relação de emprego difere-se das demais apenas por essa característica especial.

Não se pode negar, pois, que uma das partes do contrato de emprego tem um direito especial, que repercute em diversos momentos no curso dessa relação, que lhe coloca em situação de proeminência, ficando a outra em estado de dependência ou obediência, sujeita ao poder da primeira.

85 Nessa servidão o trabalho que se torna opressão por ele mesmo e o trabalho forçado pelo senhor são perfeitamente separados um do outro por tempo e espaço. No sistema escravocrata, a parte do dia em que o escravo apenas substitui o valor da sua subsistência, ou seja, quando ele trabalha por ele mesmo, parece ser apenas trabalho para seu proprietário. Todo o seu trabalho tem a aparência de trabalho não pago. É o inverso no sistema de trabalho assalariado: mesmo o trabalho excedente ou trabalho não pago tem a aparência de trabalho pago. No sistema escravocrata, a relação de propriedade dissimula o trabalho do escravo por aquele que ele faz para ele mesmo, no nosso sistema a relação monetária dissimula o trabalho gratuito do assalariado pelo seu capitalista. Tradução nossa.

86 CORRADO, R. **Manuale di Diritto del Lavoro**. Torino: Unione Tipografico: Editrice Forinense, 1973.

Na materialização dessa específica relação, o empregado, no gozo de sua autonomia privada, transfere “ao empregador o poder de direção sobre a atividade que desempenhará” (NASCIMENTO, 2011, p. 164), ou seja, de sua autonomia de agir, pois esse irá “determinar o modo de execução da prestação do trabalho para que possa satisfazer o seu interesse”(NASCIMENTO, 2011, p. 164).

De fato, é essencial ao sistema capitalista a possibilidade de colocar uma pessoa livre sobre a autoridade contínua de outra, embora garantindo, em seu fundamento, a igualdade entre os sujeitos de direito. Essa operação é obtida, pois, com o contrato de emprego, de forma exclusiva no sistema jurídico.

Autorizando a subordinação, entendida essa como um “controle minuties des opérations du corps, qui assurent l’assujettissement constant de ses forces et leur imposent un rapport de docilité-utilité.”⁸⁷ (JEAMMAUD, 1980, p. 189), resta lícita a determinação da ação de um indivíduo por outrem, o que é pressuposto para a organização da “empresa”, entendida como elemento produtivo, ou seja, como união organizada de meio de produção e trabalho.

E, ao limitar sua autonomia de agir, como dito acima, ainda que por parcela do tempo, sem dúvida acaba por sofrer – *sponte propria*, é de se frisar – uma espécie de limitação da liberdade, definida em uma parcela de tempo e espaço, é verdade, mas uma alienação de liberdade, social e legalmente aceita.

Pelo menos em sua modalidade clássica, o empregado é remunerado pelo tempo posto a disposição. Durante o período em que labuta, seu agir é definido por outrem. Em outras palavras, a condução do corpo do empregado, de suas ações, omissões, atenções e até pensamentos (vide trabalhos intelectuais) é gerida pelo empregador.

Poder-se-ia pensar em uma contradição entre o direito fundamental de liberdade, inalienável, e a possibilidade jurídica da formalização de um contrato de emprego. Todavia, tal contradição é aparente, ante a aceitação legal e social do labor subordinado.

Não por acaso afirmou Nietzsche que aquele que não detém mais de 2/3 do seu dia é um escravo (PERCY, 2011, p. 62). Dessa ilação, analisada *a contrario sensu*, percebe-se ser socialmente aceitável alienar parte do tempo (e da liberdade que lhe é inerente) em troca de remuneração. Em verdade, como visto, o sistema

⁸⁷ Controle minucioso das operações de corpo, que asseguram o assujeitamento constante de suas forças e as impõe uma relação de docilidade-utilidade. Tradução nossa.

capitalista impõe essa venda.

Ao lado da subordinação encontra-se o poder disciplinar, também ínsito ao contrato de emprego, que autoriza a fiscalização ostensiva e a punição de condutas divergentes daquela determinada no período de tempo em que “comprado” o labor.

Autorizada a subordinação, e o poder empregatício do empregador em todas as suas matizes (diretivo, regulamentar, fiscalizatório e disciplinar), recebe o empregado contrapartidas, acordadas ou, com mais frequência, impostas por lei – como salário, descanso semanal, férias, FGTS, remuneração especial para horário extraordinário, entre outros. Assim se pode perceber a propalada ambivalência do Direito do Trabalho, que embora não modifique as regras essenciais do jogo capitalista, as relações globais entre empregadores e empregados, e permita a subordinação, compensa a evidente desigualdade econômica criando uma situação de desigualdade jurídica entre as partes contratantes, por meio do fenômeno do dirigismo contratual, que impõe certo conteúdo mínimo à relação de emprego, garantido-lhe algum patamar . Como afirma Jeammaud (1980, p. 234-235):

Nous ne prétendons pas que les importantes institutions de droit social que nous venons d'évoquer sont seulement des instruments de la gestion et de la protection étatique de la force de travail. La pluralité de fonctions caractérise ces dispositions comme bien d'autres que nous avons eu l'occasion d'évoquer, et l'ambivalence qui les marque peut les rendre fondamentalement contradictoires. Au demeurant, comme tant d'autres aussi, elles ne servent pas seulement la reproduction des rapports capitalistes et se trouvent également engagées dans la défense de la domination du capital.⁸⁸

Dessarte, resta definido que, hodiernamente, o contrato de trabalho está atrelado aos desígnios do capitalismo, fato que não impede que, para além da autonomia privada ou dos interesses do capital, se respeitada sua função social, esteja também conectado com a proteção da dignidade humana e dos direitos fundamentais constitucionalmente reconhecidos, em especial quando assegura e garante de forma plena todas (inclusive aquelas de cunho extrapatrimonial) as contrapartidas ao direito de subordinar. Assim, pode, sem dúvida, atuar como instrumento de consecução material de direitos fundamentais, atendendo as

88 Nós não pretendemos que as importantes instituições do direito social que acabamos de evocar são somente instrumentos da gestão e da proteção estatal da força de trabalho. A pluralidade de funções caracteriza essas disposições como tantas outras que nós tivemos a oportunidade de analisar, e a ambivalência que as marca pode as tornar fundamentalmente contraditórias. Além disso, como tantas outras também, elas não servem somente para reprodução das relações capitalistas, mas se encontram igualmente engajadas na defesa da dominação do capital. Tradução nossa.

necessidades sociais contemporâneas.

3.2.2.9 O conteúdo mínimo do contrato de emprego – a cláusula implícita de incolumidade

O contrato, como acima mencionado, não mais se funda no paradigma clássico da autonomia da vontade. Reconhece-se, a partir da passagem do Estado liberal para o social, que também é função desse intervir nas relações privadas a fim de promover para além da justiça distributiva, justiça social (LÔBO, 1995, p. 42), garantir direitos sociais, para além de liberdades individuais, ou seja, para atuar positivamente em busca dos direitos fundamentais de segunda dimensão.

O descontrole social e econômico gerado pela garantia da liberdade formal plena que fundamentou a noção clássica de contrato, decorrente da exploração do menos favorecido, da contratação em massa para o escoamento da crescente produção industrial, e de uma provável autofagia do sistema capitalista exigiu a intervenção heterônoma estatal na vontade negocial das partes de diversos contratos – *v. g.* de locação de bens, de consumo, de emprego, de transporte, de seguro.

Assim, passou o Estado a limitar a autonomia privada por meio da inserção de cláusulas obrigatórias a esses especiais contratos, tipificando seu conteúdo mínimo, fenômeno este chamado por Gomes (1980, p. 46) de “princípio da inserção automática de comando legal no conteúdo de determinados contratos”, ou, como visto, dirigismo contratual.

Na seara do trabalho essa intervenção foi por primeiro, e de forma mais brusca e evidente, observada, haja vista que, como já acima apontado, foi no campo do emprego que algumas das contradições mais cruéis, derivadas da noção de contrato livre, fizeram-se presentes, sendo certo, também, que a luta da classe trabalhadora por condições dignas foi crucial para o desenvolvimento do Estado de Bem Estar Social, que tem essa característica promotora de direitos.

Assim, a fim de se garantir o sinalagma nessa esfera contratual, como contrapartida ao direito de subordinar, que, como visto, tem uma característica peculiar, exclusiva, de comandar a ação do empregado, foram garantidos diversos

direitos aos empregados, os quais não podem ser derogados, pois normas de ordem pública, imperativas, que garantem a dignidade humana. Na Constituição Federal essas duas forças se confrontam no *caput* do seu art. 170, na medida em que a livre iniciativa é prevista como fundamento da ordem econômica ao lado da valorização do trabalho humano.

Estabeleceu-se, pois, uma “estrutura de tipicidade contratual inafastável” (COUTINHO, 2001, p. 33) que rege essa especial relação, a qual, como visto, autoriza uma condição de subordinação de uma de suas partes, com o que, se não por outras, apenas por essa razão, merece firmes contrapartidas.

Nas palavras de Maranhão (2003, p. 229, grifo do autor):

Dada a extraordinária importância social do fato da prestação de trabalho subordinado, embora a constituição da relação jurídica dependa, também aqui, de um *contrato, sua disciplina* decorre, cada vez mais, de fontes estranhas à vontade dos contratantes. É um exemplo do *contrato regulamentado*, de que nos fala *Savatier*, em que o espaço deixado à liberdade das partes se reduz 'em benefício de imperativos sociais e econômicos'.⁸⁹

Ou, a partir de taxonomia diversa, trata-se o contrato de trabalho de espécie de “contrato dirigido”, “quer pela disciplina legislativa, em manifestação de dirigismo econômico estatal, quer pela via da negociação coletiva, ou ainda pela autonomia da vontade coletiva expressa em acordos ou convenções coletivas de trabalho” (COUTINHO, 2001, p. 37).

Exemplo principal e mais evidente dessa situação de severa imposição legal sobre o contrato de emprego pode ser visto no art. 444 da CLT (BRASIL, 1943), pelo qual resta expresso que a limitação do conteúdo negocial do contrato de emprego se dá pela lei – entendida essa em sentido lato, pois há normas cogentes tanto na Constituição Federal quanto em Instruções Normativas do Ministério do Trabalho e Emprego –, pela negociação coletiva⁹⁰ – “contratos coletivos” na dicção legal – e pelas decisões normativas da Justiça do Trabalho.

Pode-se, então, dizer que diversas obrigações de dar e fazer se apresentam como imperativas nesse contrato. Desde o campo nuclear da troca observada nesse contrato (trabalho x remuneração), essa situação se percebe, pois há um mínimo

89 SAVATIER, R. **Les Métamorphoses Économiques et Sociales du Droit Civil d'Aujourd'Hui**. 2. ed., Paris: Dalioz, 1952.

90 As quais devem ser respeitadas na negociação individual sob pena de multa, na forma do art. 622 da CLT.

contraprestativo que deve ser necessariamente observado (Constituição Federal, art. 7º, IV e V – salário mínimo, salário normativo ou salário convencionado, o que for maior), e não há liberdade para a prestação de labor, que, como regra geral, não pode superar as oito horas diárias e as quarenta e quatro semanais – Constituição Federal, art. 7º, XIII.

Entre tantas obrigações recíprocas, que constituem cláusulas implícitas⁹¹ a qualquer contrato de emprego, porquanto inerentes a esse *tipo* contratual, poder-se-ia citar o décimo terceiro salário, férias, *ius variandi*, remuneração do labor noturno superior ao diurno, repouso semanal remunerado, licença gestante.

Mas, dentre essa diversidade, interessante para o presente estudo as diversas obrigações relacionadas à saúde e segurança do empregado, as quais podem ser resumidas pela obrigação do empregador de garantir a incolumidade do empregado, também chamada obrigação de custódia ou dever de segurança (CAIRO JUNIOR, 2009, p. 84), e que comportam o núcleo duro de toda a proteção legal mínima estabelecida. De acordo com OLIVEIRA (2011, p.38):

Na questão relativa à saúde e segurança do trabalhador todas as normas são cogentes ou de ordem pública, não dispondo as partes de liberdade alguma para ignorar ou disciplinar de forma diversa os preceitos estabelecidos, a não ser para ampliar a proteção mínima estabelecida. Aliás, menciona *Octavio Magano* que 'o capítulo da CLT, referente à medicina e segurança do trabalho é mais intensamente de ordem pública do que qualquer outro do mencionado diploma legal.'⁹²

Essa citada obrigação de proteção da incolumidade do empregado corresponde à garantia de que a atividade por esse desempenhada não se constitua em ofensa à sua saúde e integridade física, direitos extrapatrimoniais que, como visto, podem, em verdade, devem, ser sempre observados e garantidos na atuação da autonomia privada. Tratando das obrigações contratuais “acessórias” – termo que não se quis utilizar diante da importância do bem jurídico que assegura – aduz Aguiar Dias (2006, p. 216) que “a mais importante das obrigações desse gênero é o dever de segurança”, o qual “aparece, notadamente, nos contratos de transporte, de trabalho, de educação, de diversões públicas,[...]”.

Como cláusula implícita, pois inerente ao próprio tipo contratual em tela, decorre da imposição legal ao empregador de respeito pleno às normas de

91 O termo “cláusula implícita” é utilizado porque impõe a noção de algo que decorre do próprio tipo do contrato, que lhe é pressuposto e necessário, pois intrínseco ao próprio ser.

92 MAGANO, O. B. **Manual de direito do trabalho**. v. 4, 2. ed. São Paulo: LTr, 1992, p. 167.

medicina, saúde, higiene e segurança do trabalho, tal qual observado no art. 154 da CLT⁹³, e de atuar para diminuição dos riscos inerentes ao trabalho, na dicção do art. 7º, XXII da Constituição Federal. No mesmo sentido, o art. 19 § 1º da Lei 8.213/91, que exige da empresa a adoção e uso de medidas coletivas e individuais de proteção à saúde do trabalhador. Para além dessas normas, todo o Título II, Capítulo V da CLT, diversas Normas Regulamentares⁹⁴, instituídas a partir da Portaria 3.214/78 do Ministério do Trabalho e Emprego com força normativa de acordo com os arts. 155 e 200 da CLT, e Convenções 103 – sobre o amparo à maternidade, em vigor pelo Dec. 58.820/66 –, 115 – sobre a proteção contra as radiações ionizantes, em vigor pelo Dec. 62.151/68 –, 127 – sobre o peso máximo das cargas, em vigor pelo Dec. 67.339/70 –, 134 – sobre a prevenção de acidentes de trabalho dos marítimos, em vigor pelo Dec. 3.251/99 –, 136 – sobre a proteção contra os riscos de intoxicação provocados pelo benzeno, em vigor pelo Dec. 1.253/94 –, 139 – sobre a prevenção e controle de riscos profissionais causados pelas substâncias ou agentes cancerígenos, em vigor pelo Dec. 157/91 –, 148 – sobre a proteção dos trabalhadores contra os riscos devidos à contaminação do ar, ao ruído e às vibrações no local de trabalho, em vigor pelo Dec. 93.413/86 –, 152 – sobre segurança e higiene nos trabalhos portuários, em vigor pelo Dec. 99.543/90 –, 155 – sobre segurança e saúde dos trabalhadores e meio ambiente de trabalho, em vigor pelo Dec. 1.254/94 –, 159 – sobre a reabilitação profissional e emprego de pessoas deficientes, em vigor pelo Dec. 129/91 –, 161 – sobre os serviços de saúde no trabalho, em vigor pelo Dec. 127/91 –, 162 – sobre a utilização de asbesto com segurança, em vigor pelo Dec. 126/91 –, 163 – sobre a proteção da saúde e a assistência médica aos trabalhadores marítimos, em vigor pelo Dec. 2.671/98 –, 167 – sobre segurança e saúde na construção, em vigor pelo Dec. 6.271/07 –, 170 – sobre a segurança na utilização de produtos químicos no trabalho, em vigor pelo Dec. 2.657/98 –, 171 – sobre o trabalho noturno, em vigor pelo Dec. 5.005/04 –, 174

93 Art. 154 - A observância, em todos os locais de trabalho, do disposto neste Capítulo, não desobriga as empresas do cumprimento de outras disposições que, com relação à matéria, sejam incluídas em códigos de obras ou regulamentos sanitários dos Estados ou Municípios em que se situem os respectivos estabelecimentos, bem como daquelas oriundas de convenções coletivas de trabalho. (BRASIL, 1943).

94 A NR-1, por exemplo, impõe a elaboração de ordens de serviço sobre segurança e medicina do trabalho, a serem divulgadas aos empregados, com finalidade preventiva. A NR-4 determina a manutenção de serviços especializados em engenharia de segurança e em medicina do trabalho. A NR-5 cuida da instalação das CIPAs, entre diversas outras.

– sobre a prevenção de acidentes em indústrias maiores, em vigor pelo Dec. 4.085/02 –, 176 – sobre a segurança e saúde nas minas, em vigor pelo Dec. 6.270/07 – e 182 – sobre as piores formas de trabalho infantil, em vigor pelo Dec. 3.597/00 – da OIT, todas ratificadas pelo Brasil e “que tratam direta ou indiretamente do tema da proteção jurídica à saúde dos trabalhadores” (OLIVEIRA, 2011, p. 86).

Embora espalhadas em todo o ordenamento, as normas garantidoras da incolumidade do empregado têm, como epicentro, o princípio da proteção, fundante do Direito do Trabalho, e como matriz constitucional os valores sociais do trabalho (art. 1º, IV e 7º da Constituição Federal).

De tudo isso, exsurge, dessa característica especial do contrato de trabalho (embora, como vista, não exclusiva, pois fruto de um processo de intervenção estatal no intuito de franca limitação legal à autonomia das partes em diversos tipos de contratos), uma obrigação especial, porque garantidora de direitos existenciais de impar relevo, diretamente conectados à dignidade humana, a saber, a integridade física, psíquica e moral daquele que tem na força de seu corpo o meio de seu sustento, a qual impõe uma justa expectativa de que, como aponta Cairo Junior (2009, p. 86) “durante e ao final do contrato de labor, o empregado se encontre nas mesmas condições de saúde que desfrutava quando fora admitido”.

Essa é a cláusula implícita de incolumidade, agregada ao contrato de emprego independentemente da vontade das partes, porque cogente, e que já se faz reconhecida no jurisprudência pátria, tal qual observável na ementa de acórdão relatado pela ministra Nancy Andrighi do STJ no Recurso Especial nº 1.067.738/GO⁹⁵, ou ainda, agora de forma indireta e referindo-se à autonomia negocial coletiva, na Súmula 437 do TST⁹⁶.

95 [...] - O contrato de trabalho é bilateral sinalagmático, impondo direitos e deveres recíprocos. Entre as obrigações do empregador está, indubitavelmente, a preservação da incolumidade física e psicológica do empregado no seu ambiente de trabalho.

- Nos termos do art. 389 do CC/02 (que manteve a essência do art. 1.056 do CC/16), na responsabilidade contratual, para obter reparação por perdas e danos, o contratante não precisa demonstrar a culpa do inadimplente, bastando a prova de descumprimento do contrato. Dessa forma, nos acidentes de trabalho, cabe ao empregador provar que cumpriu seu dever contratual de preservação da integridade física do empregado, respeitando as normas de segurança e medicina do trabalho. Em outras palavras, fica estabelecida a presunção relativa de culpa do empregador. (BRASIL, 2009a).

96 [...] I - É inválida cláusula de acordo ou convenção coletiva de trabalho contemplando a supressão ou redução do intervalo intrajornada porque este constitui medida de higiene, saúde e segurança do trabalho, garantido por norma de ordem pública (art. 71 da CLT e art. 7º, XXII, da CF/1988),

3.2.2.10 Análise histórica do processo interventivo-legislativo na esfera da proteção da saúde do trabalhador no Brasil

No presente tópico procurar-se-á, pela aferição da legislação mais relevante aplicável ao fato jurídico acidente de trabalho ao longo dos anos no País, estabelecer a partir de quando o processo de dirigismo contratual no âmbito da relação de emprego erigiu a específica obrigação de garantia à incolumidade do empregado, ou seja, quando passou a ser uma contrapartida à subordinação na medida em que definida uma exigência legal integrada ao contrato de trabalho por força de lei.

Esse desiderato apenas será atingido se restar claro que em sua fase embrionária, Direito do Trabalho e Direito Previdenciário confundiam-se, em um gênero que será chamado de Direito Social, termo esse genérico e impreciso para designar o Direito do Trabalho, consoante Ramos Filho (2012, p. 13), embora comumente usado até os anos 30 e 40. De acordo com Palmeira Sobrinho (2012, p. 27), a possibilidade de o empregado acidentado receber reparação para além do seguro previdenciário foi “uma das mais importantes conquistas sociais obtidas no século XX”. Aduz ainda que “inicialmente a reparação mostrou-se insuficiente, tendo em vista que se limitava ao seguro previdenciário e não a uma reparação *in integrum*”.

Arnaldo Sússekind, nas entrevistas citadas na seção 3.2.1, explicou como tais ramos do Direito, hoje totalmente independentes, foram por longos anos tratados de forma unitária.

De fato, como aduzido por Sússekind, a comissão instituída para formar a CLT teve como objetivo unificar a legislação social então em vigor, harmonizando o conjunto de normas e extirpando contradições. Tanto é assim que sua designação inicial era para proceder à Consolidação das Leis de Trabalho e Previdência Social. O objetivo do Presidente Getúlio Vargas era organizar e unificar a legislação social então vigente (BIAVASCHI, 2007, p. 342-343).

Contudo, percebendo a impossibilidade de assim se proceder, dado tratarem-se de temas distintos, a comissão, após a primeira reunião, incumbiu Oscar Saraiva de explicar ao então Ministro do Trabalho, Alexandre Marcondes Filho, a

infenso à negociação coletiva. (BRASIL, 2012c).

situação. Apontou-se a diversidade de princípios entre cada um dos ramos do direito. Esse, convencido, propôs ao Presidente Getúlio Vargas a separação da comissão em duas, uma para Direito do Trabalho e outra para Previdenciário. Assim nasceu a comissão encarregada da CLT, composta por Oscar Saraiva, Luiz Augusto Rego Monteiro, Dorval Lacerda Segadas Vianna e Arnaldo Sússekind, então com 24 anos (GOMES; PESSANHA; MOREL, 2004, p. 77). Na fase final das reuniões, a partir de novembro de 1942, Oscar Saraiva deixou de participar, pois foi transferido para a comissão de previdência, que atrasara os trabalhos (GOMES; PESSANHA; MOREL, 2004, p. 81).

Cumpriu também ao Ministro a missão de levar ao Presidente a sugestão da comissão de que não se deveria apenas unir a legislação esparsa, mas sim criar um sistema legal coordenado de Direito do Trabalho, com definição de princípios e institutos. Explica Sússekind que

havia uma lei, a 62, tratando de rescisão do contrato (a Lei da despedida injusta), mas não havia uma lei definindo o contrato de trabalho. Não se pode fazer um capítulo para rescisão, sem se ter um capítulo sobre contrato de trabalho, posições gerais do contrato, suspensão, alteração, etc. Havia uma lei sobre salário mínimo, mas não uma sobre o que é salário. (BIAVASCHI, 2007, p. 343).

Foram, então, autorizados a assim proceder.

Tem-se pois que o estudo histórico-legislativo, nessa seara, deve ter essa clara distinção. Só se pode, por consequência, falar em direito trabalhista de garantia à saúde, segurança e higiene, ou, mais propriamente, à incolumidade, quando esse tratar-se de efetiva contrapartida garantida pelo empregador, por força do contrato de trabalho e das normas a ele integradas por normas cogentes, e, com isso, estiver o empregado apto a exigir civilmente reparação direta pelos danos sofridos no caso de ofensa a esse direito.

Por outro lado, enquanto o acidente de trabalho estiver sendo tratado pela legislação como objeto de seguro, ainda que a cargo do empregador a indenização, não se considerará, pelos pressupostos ora esposados, direito puramente trabalhista (decorrente do contrato de trabalho), mas sim, social/previdenciário.

Nesse passo, o enfoque da análise legislativa dar-se-á, em primeiro plano, na responsabilidade do empregador em garantir a saúde do empregado, e não na existência de um direito social à saúde, ou ainda, de um seguro público social com o intuito de amparo de vítimas de infortúnios laborais, ainda que custeado pelo

empregador.

Essa investigação pode ser iniciada no Código Comercial de 1850, primeiro diploma legal a tratar do tema acidente de trabalho no Brasil (PEREIRA; LAZZARI, 2010, p.574). Referia-se a feitores, guarda-livros, caixeiros e outros prepostos de casas de comércio, mas a esfera de proteção era muito singela, pois apenas estabelecia a manutenção dos salários por até 3 meses⁹⁷. Citado código também preocupava-se com a saúde da tripulação de embarcações mercantis, em moldes semelhantes, mas sem estabelecer prazo. Ademais, incluía-se o custo do tratamento nas responsabilidades do tomador de serviço⁹⁸.

Contudo, a primeira norma específica sobre o tema, de 1919, foi fruto dos trabalhos da Comissão de Legislação Social, criada no ano anterior por iniciativa do deputado Carlos Penafiel, com o desiderato de analisar todas as iniciativas legislativas dessa área, em resposta às agitações grevistas, especialmente no Rio de Janeiro e São Paulo, de uma classe operária ainda em formação (BIAVASCHI, 2007, p. 182).

Até então, tais fatos eram resolvidos pelo Código Comercial de 1850, se aplicável como lei especial, ou pelo Código Civil de 1916, como regra geral, o que exigia a demonstração de culpa do empregador, pela regra do art. 159 desse último. Anteriormente ao antigo Código Civil, regulava o tema as Ordenações Filipinas, também prevendo a responsabilidade subjetiva. De acordo com Moraes⁹⁹, citado por Palmeira Sobrinho (2012, p. 46):

Quando o operário ficasse ferido ou mutilado no exercício do seu trabalho, tinha de demonstrar judicialmente, para reclamar indenização, que a culpa fora do patrão, do empregador, ou dos seus prepostos. Toda gente pode facilmente calcular quantas dificuldades se antepunham ao trabalhador que quisesse entrar em pleito judicial com o capitalista até o ponto de deixar líquido seu direito à indenização. As delongas, as chicanas e os gastos forenses não são árvores que vicejam apenas no Brasil. Por tôda parte, o mundo dos tribunais é o inferno dos pobres e dos humildes, em razão dos

97 Art. 79 - Os acidentes imprevistos e inculpados, que impedirem aos prepostos o exercício de suas funções, não interromperão o vencimento do seu salário, contanto que a inabilitação não exceda a 3 (três) meses contínuos. (BRASIL, 1850).

98 Art. 560 - Não deixará de vencer a soldada ajustada qualquer indivíduo da tripulação que adoecer durante a viagem em serviço do navio, e o curativo será por conta deste; se, porém, a doença for adquirida fora do serviço do navio, cessará o vencimento da soldada enquanto ela durar, e a despesa do curativo será por conta das soldadas vencidas; e se estas não chegarem, por seus bens ou pelas soldadas que possam vir a vencer. (BRASIL, 1850).

99 MORAES, E. de. **Apontamentos de direito operário**. p.40-42

meandros da processualística e das alicantinas da rabulice. (...) no caso de morte, a família havia de fazer o mesmo. O caso fortuito e a 'imprudência mínima do operário' deixavam-no desarmado de qualquer direito.

A novidade legislativa correspondeu ao Decreto 3.724 de 1919, o qual, após definir o que se entendia por acidente do (no) trabalho – tradição que se manteve nas demais legislações sobre o tema até os dias atuais – em seu art. 1º¹⁰⁰, tratava do dever de indenizar, em seu art. 2º¹⁰¹.

Não importava à norma a culpa do empregador, mas apenas o nexo causal entre o acidente e a prestação de labor. Vale dizer, estabelecia o dever de indenizar o acidente de trabalho de forma objetiva.

Por outro lado, embora progressista quanto a esse aspecto, limitava-se aos trabalhadores considerados como operários, consoante seu art. 3º¹⁰², embora o direito fosse extensível aos “operários” da Administração Pública Direta (art. 4º).

Havia limitações tarifadas às indenizações (art. 6º), bem como determinações de valores de acordo com a extensão do dano e definitividade, ou não, da lesão.

Interessante ainda, para o objeto do presente estudo, que a norma em análise preocupava-se com o socorro imediato e tratamento da vítima¹⁰³, pelo seu

100 Art. 1º Consideram-se accidentes no trabalho, para os fins da presente lei:

- a) o produzido por uma causa subita, violenta, externa e involuntaria no exercicio do trabalho, determinado lesões corporaes ou perturbações funcctionaes, que constituam a causa unica da morte ou perda total, ou parcial, permanente ou temporaria, da capacidade para o trabalho;
- b) a molestia contrahida exclusivamente pelo exercicio do trabalho, quando este fôr de natureza a só por si causal-a, e desde que determine a morte do operario, ou perda total, ou parcial, permanente ou temporaria, da capacidade para o trabalho. (BRASIL, 1919).

101 Art. 2º O accidente, nas condições do artigo anterior, quando occorrido pelo facto do trabalho ou durante este, obriga o patrão a pagar uma indemnização ao operario ou á sua familia, exceptuados apenas os casos de força maior ou dolo da propria victima ou de estranhos. (BRASIL, 1919).

102 Art. 3º São considerados operarios, para o effeito da indemnização, todos os individuos, de qualquer sexo, maiores ou menores, uma vez que trabalhem por conta de outrem nos seguintes serviços: construcções, reparações e demolições de qualquer natureza, como de predios, pontes, estradas de ferro e de rodagem, linhas de tramways electricos, rêdes de esgotos, de illuminação, telegraphicas e telephonicas, bem como na conservação de todas essas construcções; de transporte carga e descarga; e nos estabelecimentos industriaes e nos trabalhos agricolas em que se empreguem motores inanimados. (BRASIL, 1919).

103 Art. 13. Em todos os casos o patrão é obrigado a prestação de soccorros medicos e pharmaceuticos, ou sendo necessarios, hospitalares, desde o momento do accidente.
 § 1º Quando, por falta de medico ou pharmacia, o patrão não puder prestar á victima immediata assistencia, fará, si o estado da mesma o permittir, transportal-a para o logar mais proximo em que fôr possivel o tratamento.

empregador. Também assim exigia-se a comprovação de que o tratamento do convalescente seria efetivado.¹⁰⁴

Não havia, porém, dever específico de garantia do meio ambiente de trabalho e, portanto, não se podia, até então, falar-se em um dever contratual de salvaguarda da incolumidade do empregado.

Para os trabalhadores excluídos da legislação ora tratada (art. 3º), continuou a vigorar a regra geral.

No plano constitucional, faz-se menção ao Direito do Trabalho, pela primeira vez, com a Emenda Constitucional n.º 3, de 03/09/1926. Até então a questão social não fora tratada em nenhuma Constituição Brasileira.

O Decreto 3.724/19 foi revogado pelo Decreto 24.637/34, que, caminhando nos mesmos trilhos da legislação anterior, teve o mérito de estender a proteção a outros profissionais, como trabalhadores rurais.

Continuou-se a definir o que se considerava acidente de trabalho, logo no art. 1º¹⁰⁵.

§ 2º Quando o estado da victima não permittir o transporte, o patrão providenciará para que á mesma não falte a devida assistencia. (BRASIL, 1919).

104 Art. 19. Todo o accidente de trabalho que obrigue o operario a suspender o serviço ou se ausentar, deverá ser immediatamente communicado á autoridade policial do lugar, pelo patrão, pelo proprio operario, ou qualquer outro. A autoridade policial comparecerá sem demora ao lugar do accidente e ao em que se encontrar a victima, tomando as declarações desta, do patrão e das testemunhas, para lavrar o respectivo auto, indicando o nome, a qualidade, a residencia do patrão, o nome, a qualidade, a residencia e o salario da victima, o lugar preciso, a hora e a natureza do accidente, as circumstancias em que se deu e a natureza dos ferimentos, os nomes e as residencias das testemunhas e dos beneficiarios da victima.

§ 1º No quinto dia, a contar do accidente, deve o patrão enviar á autoridade policial, que tomou conhecimento do facto, prova de que fez á victima o fornecimento de soccorros medicos e pharmaceuticos ou hospitalares, um attestado medico sobre o estado da victima, as consequencias verificadas ou provaveis do accidente, e a época em que será possivel conhecer-lhe o resultado definitivo.

§ 2º Nesse mesmo dia a autoridade policial remetterá o inquerito, com os documentos a que se refere o paragrapho anterior, ao juizo competente, para a instauração do summario. (BRASIL, 1919).

105 Art. 1º Considera-se acidente do trabalho, para os fins da presente lei, toda lesão corporal, perturbação funcional, ou doença produzida pelo exercício do trabalho ou em consequência dele, que determine a morte, ou a suspensão ou limitação, permanente ou temporária, total ou parcial, da capacidade para o trabalho.

§ 1º São doenças profissionais, para os efeitos da presente lei, além das inerentes ou peculiares a determinados ramos de atividade, as resultantes exclusivamente do exercício do trabalho, as resultantes exclusivamente especiais ou excepcionais em que o mesmo for realizado, não sendo assim consideradas as endêmicas quando por elas forem atingidos empregados habitantes da região.

§ 2º A relação das doenças profissionais inerentes ou peculiares a determinados ramos de atividade será organizada e publicada pelo Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio, e revista

A gama de empregados protegidos, como dito, aumentou, conforme se via nos arts. 64 e 65¹⁰⁶, pois a norma em tela passou a ser regra geral para análise dos infortúnios laborais, e não mais especial. Isso porque, ao contrário da legislação anterior, não nominou os beneficiados, mas sim aqueles excluídos do seu âmbito – embora dilatada a lista.

As indenizações continuavam parcialmente tarifadas (arts. 20 e 22) e com teto máximo definido (art. 19).

Em sendo o empregado beneficiário de instituição de seguro social – como caixas de assistência, pensões e montepios existentes à época –, parte da indenização poderia ser revertida a essa, dependendo da situação (art. 26), o que demonstra a característica de legislação social (assim entendida aquela de natureza híbrida, trabalhista e previdenciária, fruto do momento histórico de desenvolvimento do direito da época, como dito) da norma em comento.

Manteve-se a responsabilização objetiva, pouco importando, pois, a culpa do

trienalmente, ouvidas as autoridades competentes. (BRASIL, 1934).

106 Art. 64 Ficam excluídos da presente lei, muito embora não percam, para outros efeitos, a qualidade de prepostos, agregados ou dependentes:

1º, na indústria e no comércio:

- a) os empregados que tiverem vencimentos superiores a 1:0000 (um conto de réis) mensais, e os técnicos, ou contratados, aos quais forem asseguradas, por meios idôneos, vantagens superiores às estabelecidas, na presente lei, para os demais empregados;
- b) os agentes e prepostos cuja remuneração consiste, única e exclusivamente, em comissões, ou em gratificações vagas pelos clientes;
- c) os profissionais de qualquer atividade que, individual ou coletivamente, empreitarem, por conta própria, serviços de sua especialidade, com ou sem fiscalização da outra parte contratante;
- d) os consultores técnicos, inclusive advogados e médicos, que, embora remunerados, não trabalhem efetiva e permanentemente no estabelecimento ou estabelecimento do empregador, exercendo sómente funções consultivas ou informativas
- e) os domésticos e jardineiros que, em número inferior a cinco, residirem com o empregador, percebendo, cada um, salário mensal inferior a 50\$000 (cincoenta mil réis);
- f) cônjuges, ascendentes, descendentes, colaterais e afins, quando, tendo domicílio comum com o proprietário, explorarem pequenas indústrias, ou estabelecimentos comerciais, sob o regime familiar.

2º na agricultura e na pecuária:

- a) os que explorarem terrenos, com ou sem bemfeitorias, e os guardadores de semoventes, que participarem dos resultados da produção ou da reprodução, tanto nos trabalhos decorrentes daqueles mistéres, como em outros que realizarem para o possuidor dos terrenos, bemfeitorias ou semoventes, sempre que tais trabalhos representarem um encargo vinculado à exploração agrícola ou parcial;
- b) os parentes, até ao segundo grau, ou linha reta ou colateral do proprietário agrícola ou pastoril, que com ele tenham a mesma economia doméstica.

Art. 65 A disposição do n. 1, alínea d, do artigo anterior não se aplica áqueles que servirem aos sindicatos e cooperativas para se tornarem empreiteiros, cabendo a êstes, em qualquer hipótese, todas as responsabilidades de empregadores. (BRASIL, 1934).

empregador¹⁰⁷.

Essa legislação, em seu art. 12¹⁰⁸, por fim, isentava o empregador do pagamento de outras indenizações com fundamentos em leis diversas, ou seja, deixa explícita a separação de um ramo especializado do direito, de cunho social (trabalhista-previdenciário), da legislação “comum”.

Importa, para a compreensão desse momento histórico, que, à época, já se contava com alguma proteção previdenciária para certas classes de trabalhadores, e daí a menção aos fundos de assistência na legislação acidentária.

Ainda não se podia, em verdade, estabelecer uma efetiva separação entre os ramos do Direito Trabalhista e Previdenciário, pois inexistente uma legislação previdenciária unificada para todos os trabalhadores.

De fato, as caixas de assistência existiam desde 1911 – para empregados da Casa da Moeda, Decreto 9.284/11 – e, de forma mais abrangente, após a edição da Lei Eloy Chaves, Decreto-lei 4.682/23. Todavia, foram unificadas apenas em 1953, pelo Decreto 34.586, que criou a Caixa Nacional, transformada, em 1960, em Instituto, pela Lei 3.807/60.

Essa norma, chamada Lei Orgânica da Previdência Social, estabeleceu pela primeira vez um plano único de benefícios, até então diferenciados de acordo com o tipo de labor desenvolvido pelo segurado (PEREIRA; LAZZARI, 2010, p. 69).

Dessarte, e isso é importante para a análise que se pretende, resta evidente que o tema acidente de trabalho era estudado e legislado, à época, sem uma definição clara sobre a natureza jurídica das obrigações impostas aos empregadores, se trabalhista ou previdenciária. Os deveres dos empregadores relacionados a minorar os efeitos das eventuais lesões sofridas já existiam, mas sempre em um viés monetarizado e tarifados. Todavia, ainda não haviam sido estabelecidos deveres de prevenção.

Exemplo histórico desse entendimento pode-se verificar em uma ação

107 Art. 2º Excetuosos os casos de força maior, ou de dolo, quer da própria vítima, quer de terceiros, por fatos estranhos ao trabalho, o acidente obriga o empregador ao pagamento de indenização ao seu empregado ou aos seus beneficiários, nos termos do capítulo III desta lei.

§ 1º Não constitui força maior a ação dos fenômenos naturais quando determinada ou agravada pela instalação ou localização do estabelecimento ou pela natureza do serviço.

§ 2º A responsabilidade do empregador deriva somente de acidentes ocorridos pelo fato do trabalho, e não dos que se verificarem na ida do empregado para o local da sua ocupação ou na sua volta dali salvo havendo condição especial fornecida pelo empregador. (BRASIL, 1934).

108 Art. 12 A indenização estatuída pela presente lei exonera o empregador de pagar à vítima, pelo mesmo acidente, qualquer outra indenização de direito comum. (BRASIL, 1934).

impetrada em 15/04/35 perante o CNT – órgão criado pelo Decreto 16.027/23 com intuito de consultar e julgar questões inerentes a economia, trabalho e previdência (Tribunal Superior do Trabalho, 2011, p. 38) – pelo trabalhador Orosimbo Antônio em face da Leopoldina *Railway Company Limited* (autos CNT-4519/1935), o qual, após acidental-se e perder o braço direito, recuperou-se, trabalhou por mais certo período e então foi dispensado. Isso porque seu pleito não foi de pensão ou reparação pelo dano, mas sim que fosse aposentado (ou seja, que obtivesse benefício social via caixa de assistência – no caso, a Caixa de Aposentadoria e Pensões dos Ferroviários da Leopoldina *Railway*) ou percebesse indenização por estabilidade decenal (direito trabalhista, devido por seu ex-empregador). Em defesa, a empregadora afirmou que o empregado podia trabalhar, que não contava com dez anos de trabalho, bem como que custeou o tratamento. A decisão determinou a aposentadoria, mas não a indenização estabilitária, por falta de provas do labor por mais de 10 anos. Todavia, Orosimbo não percebeu o benefício, na medida em que veio a falecer antes do fim dos trâmites burocráticos. (Tribunal Superior do Trabalho, 2011, p. 39-43).

A terceira lei brasileira específica sobre acidentes de trabalho foi o Decreto-lei 7.036/44, que entrou em vigor sob a égide da Constituição de 1937, apelidada de Polaca, outorgada por Getúlio Vargas após o golpe que instituiu o Estado Novo.

A regra da definição legal do que seria acidente de trabalho no artigo 1º continuou, sendo que no artigo 2º, tratou-se das doenças ocupacionais (tanto do trabalho quanto profissionais, portanto).

Elevou-se a proteção do trabalhador, pois se incorporou ao conceito de acidente de trabalho situações em que esse atua como concausa para o dano, alargando a espectro do nexa causal¹⁰⁹.

Manteve-se, outrossim, a responsabilização objetiva, como se nota nos arts. 5º e 7º¹¹⁰.

109 Art. 3º Considera-se caracterizado o acidente, ainda quando não seja êle a causa única e exclusiva da morte ou da perda ou redução da capacidade do empregado, bastando que entre o evento e a morte ou incapacidade haja uma relação de causa e efeito. (BRASIL, 1944).

110 Art. 5º Incluem-se entre os acidentes do trabalho por que responde o empregador, de conformidade com o disposto nos artigos anteriores, todos os sofridos pelo empregado no local e durante o trabalho, em consequência de:

- a) atos de sabotagem ou terrorismo levados a efeito por terceiros, inclusive companheiros de trabalho;
- b) ofensas físicas intencionais, causadas por companheiros de trabalho do empregado, ou não, em virtude de disputas relacionadas com o trabalho;

As indenizações ainda tinham firme tarificação, como se nota nos art. 18 e seguintes, inclusive com estabelecimento de valores fixos para algumas situações, como se via no art. 17 §3¹¹¹.

Outrossim, dependendo do valor, poderia haver conversão de parte da indenização à instituição de previdência a que o empregado pertencer, consoante seu art. 22¹¹².

Ademais, passou-se a exigir a contratação de seguro, por parte do empregador, o que deveria ser feito perante a instituição de previdência social respectiva¹¹³.

-
- c) qualquer ato de imprudência, de negligência ou brincadeiras de terceiros, inclusive companheiros de trabalho;
 - d) atos de terceiros privados do uso da razão;
 - e) desabamentos, inundações ou incêndios, respeitado o disposto na letra b do art. 7º. (BRASIL, 1944).

Art. 7º Não é acidente do trabalho :

- a) o que resultar de dolo do próprio acidentado, compreendida neste a desobediência a ordens expressas do empregador;
- b) o que provier de força maior, salvo o caso de ação de fenômenos naturais determinados ou agravada pelas instalações do estabelecimento ou pela natureza do serviço;
- c) o que ocorrer na ida do empregado para o local de sua ocupação ou na volta dali, salvo se houver condução especial fornecida pelo empregador, ou se a locomoção do empregado se fizer necessariamente por vias e meios que ofereçam reais perigos, a que não esteja sujeito o público em geral.

Parágrafo único. Também não são amparadas por esta lei as doenças endêmicas adquiridas por empregados habitantes das regiões em que elas se desenvolvem, exceto quando ficar comprovado que a doença resultou de uma exposição ou contato direto que a natureza do trabalho houver determinado. (BRASIL, 1944).

111 Art. 17 [...]§ 3º Nos casos de cegueira total, perda ou paralisia dos membros superiores ou inferiores e de alienação mental, receberá o acidentado, além da indenização de que trata o parágrafo anterior, a quantia de Cr\$ 3.200,00, paga de uma só vez. (BRASIL, 1944).

112 Art. 22. Uma vez que exceda a Cr\$ 5.000,00 (cinco mil cruzeiros), a indenização que tiver direito o acidentado, nos casos de incapacidade permanente, ou seus beneficiários, no caso de sua morte, será destinada à instituição da previdência social a que ele pertencer, para o fim de ser concedido um acréscimo na aposentadoria ou pensão.

§ 1º Não havendo o acidentado completado, na instituição, o período de carência para a concessão do benefício, deduzir-se-á da indenização o valor das contribuições tripliques (do empregado, do empregador e da União) correspondente ao tempo necessário para completar aquele período, calculado sobre o último salário de contribuição do acidentado, destinando-se o saldo, se houver, ao acréscimo a que se refere este artigo.

§ 2º Se a aposentadoria for cancelada por ter cessado a invalidez do acidentado, a instituição restituir-lhe-á, de uma só vez, a reserva matemática dos acréscimos futuros.

§ 3º Se a instituição não conceder aposentadoria ao acidentado, pelo fato de o não considerar inválido, deverá entregar-lhe, diretamente, e de uma só vez, a indenização integral. (BRASIL, 1944).

113 Art. 94. Todo empregador é obrigado a segurar os seus empregados contra os riscos de acidente do trabalho.

Art. 95. O seguro de que trata o artigo anterior será realizado na instituição de previdência social a

Essa lei, de forma inovadora, passou a estabelecer a obrigação de o empregador garantir aos empregados segurança e higiene no trabalho, em seus arts. 77 e 78¹¹⁴. Por seu turno, deveriam esses respeitar as normas de segurança estabelecidas pelos empregadores¹¹⁵.

Diante disso, essas, aliadas àquelas já determinadas na então recente CLT, em seu capítulo V, podem ser consideradas as primeiras normas gerais que relacionaram a obrigação do empregador para com o meio ambiente de trabalho saudável e, com isso, apontaram um dever de manutenção da incolumidade do trabalhador por parte do seu empregador.

Assim, estabeleceu-se, a partir de uma obrigação de fazer do empregador – garantir a saúde do seu empregado durante a prestação de trabalho –, o fundamento para que o empregado lesado obtivesse uma reparação direta, por parte do causador do dano, pela ofensa à seu patrimônio jurídico em havendo a quebra desse dever.

Até então, eventual lesão sofrida pelo empregado seria resolvida por uma legislação de cunho previdenciário-trabalhista, social, portanto, ou, em momento pretérito, por regras de direito comum, como visto.

De fato, o Decreto-lei 7.036/44 contribuiu de forma absoluta para a definição da natureza jurídica dos direitos e deveres oriundos do acidente de trabalho, pois essa legislação preocupou-se em evidenciar a pluralidade de repercussões jurídicas desse fato. Isso porque autorizava a persecução de benefícios previdenciários ao

que estiver filiado o empregado. (BRASIL, 1944).

114 Art. 77. Todo empregador é obrigado a proporcionar a seus empregados a máxima segurança e higiene no trabalho, zelando pelo cumprimento dos dispositivos legais a respeito, protegendo-os, especialmente, contra as imprudências que possam resultar do exercício habitual da profissão. (BRASIL, 1944).

Art. 78. Consideram-se, para êste efeito, como parte integrante desta lei, as disposições referentes à Higiene e Segurança do Trabalho da Consolidação das Leis do Trabalho, como também tôdas as normas específicas que, no mesmo sentido forem expedidas pelos órgãos competentes do Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio, sujeitos os empregadores às penalidades na mesma Consolidação fixadas, independente da indenização legal. (BRASIL, 1944).

115 Art. 79. Os empregadores expedirão instruções especiais aos seus empregados, a título de "ordens de serviço", que estes estarão obrigados a cumprir rigorosamente para a fiel observância das disposições legais referentes à prevenção contra acidentes do trabalho.

§ 1º A recusa por parte do empregado em submeter-se às instruções a que se refere o presente artigo, constitui insubordinação para os efeitos da legislação em vigor.

§ 2º Em nenhum caso o empregador poderá justificar a inobservância dos preceitos de prevenção de acidentes e higiene do trabalho, com a recusa do empregado em aos mesmos sujeitar-se. (BRASIL, 1944).

lado da indenização (também previdenciária) pelo acidente, e, para além dessa seara do Direito, ainda outra indenização, “de direito comum”, em face do empregador em caso de dolo desse, como se nota dos seus arts. 30 e 31, abaixo transcritos:

Art. 30. As indenizações concedidas por força desta lei, nos casos de incapacidade permanente ou morte, não excluem o direito aos benefícios do seguro-invalidez e do seguro-morte assegurados pelas instituições de previdência social.

Art. 31. O pagamento da indenização estabelecida pela presente lei exonera o empregador de qualquer outra indenização de direito comum, relativa ao mesmo acidente, a menos que êste resulte de dolo seu ou de seus prepostos. (BRASIL, 1944).

Como se pode perceber do art. 30 inicia-se a percepção de que (embora essa lei ainda converta parte da indenização para a instituição de previdência, o que demonstra a fase de transição que representa, de legislação social para trabalhista) a correta reparação do acidente impõe uma dúplici responsabilização, tanto do órgão previdenciário, pois segurador social (ante a obrigação do art. 94, decorrente do seguro – de natureza social), quanto do empregador, por responsabilidade civil.

Nessa linha, o art. 31, corolário desse entendimento, estabelece a possibilidade de se buscar reparação civil em face do empregador, ainda que exigindo comprovação de dolo.

Até então, a legislação relativa ao acidente de trabalho excluía essa possibilidade, como visto. Vigorava o entendimento de que a proteção acidentária deveria ser feita integralmente no âmbito do Direito Social.

Não por outro motivo as indenizações eram tarifadas e podiam ser, em parte, se fosse o caso, destinadas ao órgão previdenciário respectivo. Outrossim, a responsabilização era objetiva (tal como ocorre hoje em relação aos benefícios obtidos perante o INSS), o que demonstra seu forte caráter de seguro, pois, se ainda hoje desperta cizânia a forma pela qual poderá ser responsabilizado civilmente o empregador, à época, de conquistas sociais embrionárias, tal situação somente se explica por esse entendimento.

De fato, até aquele momento, as indenizações pagas pelos empregadores por determinação das leis vigentes sobre o tema em nada diferiam, em sua natureza, de uma contribuição à seguridade social, embora paga de uma só vez e diretamente ao “segurado” lesado, no caso, o trabalhador.

A partir dessa lei, de transição entre dois tratamentos distintos aos

acidentes, estabeleceu-se clara separação entre as obrigações previdenciárias das partes do contrato de trabalho e as obrigações oriundas de eventual responsabilidade civil. Passou-se a admitir duas repercussões diversas (além da penal, é claro) para o mesmo fato, com natureza jurídica distintas, uma previdenciária e outra trabalhista.

Não por acaso foi estabelecida nessa lei a responsabilidade do empregador pelo meio ambiente de trabalho. Seria o descumprimento dessa obrigação, como dito, o fundamento jurídico para a indenização perseguida pelo empregado, então chamada de “direito comum”, diversa daquela prevista na lei, devida de forma objetiva, e de cunho previdenciário.

Dessarte, definido o marco histórico de separação entre a responsabilidade civil/trabalhista e previdenciária pelo acidente de trabalho, passa-se a focar a linha de sucessão legislativa de cada uma, apenas para uma notícia histórica.

Em 1963, dessa feita por meio de construção jurisprudencial, avançou-se ainda mais na seara da responsabilidade trabalhista, pois cristalizado o entendimento, por meio da súmula 229 do STF, de que o empregador poderia ser responsabilizado pelos danos advindos de acidentes de trabalho não só em caso de dolo, mas também, em hipótese de culpa grave. A interpretação, à época progressista, é até hoje utilizada, de forma descontextualizada, como tentativa de minorar a responsabilidade de empregadores por acidentes de trabalho.

Vinte e cinco anos depois, a Constituição Federal de 1988, em seu art. 7º, XXVIII, tornou expressa a possibilidade de responsabilização civil do empregador independentemente do seu grau de culpa por acidentes de trabalho. Sem embargo, também trouxe diversas outras conquistas relacionadas ao presente objeto de estudo, como o reconhecimento da saúde como direito social, dever do Estado (arts. 6º e 196) e a redução dos riscos do trabalho (art. 7º, XXII). A ela seguiu-se o art. 121 da L. 8.213/91, novamente apontando o dever originário do empregador de garantir a saúde dos seus empregados sob pena de responsabilização civil.

Por fim, em 2002, com o novo Código Civil incorporou-se ao ordenamento brasileiro regra geral de responsabilização civil objetiva, no par. ún. do seu art. 927. De fato, a aplicação da teoria do risco, no âmbito da responsabilização civil por acidente de trabalho, tem causado cizânia jurisprudencial e doutrinária, como oportunamente será visto¹¹⁶, mas não se pode deixar de mencionar o marco em uma

116 Há quem argumente pela impossibilidade de aplicação do par. ún. do art. 927 do Código Civil

análise de seu desenvolvimento histórico-legislativo.

Já na esfera previdenciária, apenas para não passar em branco, é de se citar o Decreto-lei 293/67, que, outorgado no bojo do Ato Institucional n.º 4, consubstanciou-se em verdadeiro retrocesso social (OLIVEIRA, 2011, p. 261), pois permitiu a concorrência de seguradoras privadas com o então INPS. Após 6 meses de vigência, foi revogada pela Lei 5.316/67, que restaurou em grande parte a legislação anterior (CAIRO JUNIOR, 2009, p.68).

Em seguida, passou a vigorar a Lei 6.367/76, com pequenas alterações em face da anterior, em grande parte apenas aprimorando e modernizando conceitos. Relevante, contudo, o reconhecimento em sua exposição de motivos de que o Brasil caminhava no sentido da superação da teoria do risco profissional para a adoção do risco social (PALMEIRA SOBRINHO, 2012, p. 47) Por fim, promulgada a legislação ainda em vigor sobre o tema, a Lei 8.213/91.

Em verdade, retomando-se a análise pelo viés da responsabilização civil-trabalhista, decorrente do dever contratual do empregador de zelar pela saúde do empregado, independentemente do marco constitucional, desde o Decreto-lei 7.036/44, como se comprova pela Súmula 229 do STF, o tema teve franca evolução na doutrina e jurisprudência, sempre no sentido de se buscar maior proteção ao trabalhador, alargando-se as hipóteses de responsabilização civil do empregador por danos decorrentes de acidente de trabalho e doenças ocupacionais.

E isso em decorrência do incremento das exigências impostas aos empregadores relacionadas ao meio ambiente de trabalho saudável, pois, como dito, o dever de indenizar por parte do empregador fundamenta-se no descumprimento de seu dever de garantia da incolumidade do empregado.

Do escorço histórico, portanto, pode-se estabelecer o Decreto-lei 7.036/44 como marco legislativo da inclusão legal, ou seja, por técnicas de dirigismo contratual, dos deveres de garantia e proteção à saúde do trabalhador no tipo mínimo do contrato de trabalho.

para fins de acidente de trabalho pela literalidade do art. 7º, XXVIII da Constituição Federal (BRASIL, 1988), que fala em culpa do empregador. Todavia, aqueles que advogam tese contrária aduzem que contradição não há, pois, em uma análise sistemática, tratando-se de regra que veio em benefício do trabalhador, seria aplicável pela disposição do *caput*, parte final, do citado artigo constitucional. Nessa linha, constituindo a adoção da teoria do risco e a possibilidade de ampliação dos meios para responsabilização do empregador patamar legislativo superior àquele inicialmente garantido pela Constituição Federal, aplicável a norma civil em comento.

Isso porque, a partir de então, ao se autorizar a responsabilização civil do empregador na hipótese de acidente de trabalho, o legislador expressa a existência do dever jurídico que garante o direito lesado, cujo descumprimento fundamenta a reparação.

4. RESPONSABILIDADE CIVIL

4.1 FUNDAMENTOS E RELEVÂNCIA

O termo responsabilidade vem do latim, *respondere*, responder a algo, ou seja, responsabilizar alguém por um dano por si causado (STOCO, 2004, p. 118), bem assim como da raiz latina *spondeo*, fórmula do Direito Romano pela qual o devedor vinculava-se em contratos verbais (GAGLIANO, PAMPLONA FILHO, 2010c, p. 44).

A responsabilidade exterioriza no mundo jurídico o dever moral de não causar dano ao próximo, um limite objetivo à liberdade individual para a convivência social, podendo-se dizer fundamentada no princípio de não lesar a outrem, sintetizada na máxima de Ulpiano *neminem laedere*.

De fato, qualquer atividade humana invoca em si o problema da responsabilidade (AGUIAR DIAS, 2006, p. 3), especialmente se considerada a sociedade atual, que, na busca do progresso, ao lado de prodigiosos avanços, aumenta consideravelmente os riscos a que se submete.

Assim, em um primeiro momento, necessário se faz notar em que plano se desenvolve essa atividade humana que se pretende analisar (AGUIAR DIAS, 2006, p. 4).

Não por outra razão aduz Venosa (2011, p. 1) que “o termo responsabilidade é utilizado em qualquer situação na qual alguma pessoa, natural ou jurídica, deva arcar com as conseqüências de um ato, fato, ou negócio danoso”.

Ela é decorrência direta do comportamento humano em relação a uma dada obrigação ou dever que recai sobre o agente, e tem interesse jurídico no momento em que a ação ou omissão (sem embargo das situações envolvendo risco) é diversa daquela esperada a partir do definido na norma e geradora de prejuízo (STOCO, 2004, p. 120) – embora o termo prejuízo, usado no art. 159¹¹⁷ do Código Civil de 1916 remeta a uma ideia patrimonial, de sorte que o vocábulo dano melhor compreende a atual estado de arte do Direito, que cada vez mais enfatiza os

117 Art. 159. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano. (BRASIL, 1916).

interesses existenciais.

Dessa afirmação extraem-se três elementos essenciais à compreensão de toda a teoria inerente à responsabilidade, pois permitem a construção racional desde um interesse geral em buscar o responsável por algo, até a responsabilidade civil nos moldes atualmente observáveis, a saber, o interesse jurídico (e a qualidade desse interesse) na conduta, o dano e o ato ilícito.

No que se refere ao primeiro, é importante a percepção de ser viável deparar-se com uma responsabilidade moral ou mesmo religiosa, como a do católico fervoroso, mas essa se resume à esfera do pecado, consoante afirmaram os irmãos Mazeaud¹¹⁸, citados por Aguiar Dias (2006, p. 7), sem elementos, pois, de coerção jurídica. Embora tenha relevo social, essa responsabilidade é de menor interesse jurídico, salvo, obviamente, como fonte, tais quais a maioria dos fatos sociais.

A partir dessa noção inicial, embora possa parecer tautológico, só se poderá pensar em responsabilidade jurídica quando presente ofensa à própria ordem jurídica – cujo desiderato é proteger o lícito e reprimir o ilícito, conforme aduz Cavalieri Filho (2012, p. 1), citando Dantas¹¹⁹ –, caso em que o Estado-Juiz poderá atuar.

Assim, observada a natureza do dever descumprido, se este for jurídico, estar-se-á, por evidente, no âmbito da responsabilidade jurídica.

Dentro dessa esfera, excluída a seara do Direito Administrativo¹²⁰, que para o presente estudo é de menor importância, o dever pode estar no âmbito civil ou penal.

A responsabilidade penal pressupõe a violação de uma norma dessa natureza, geradora de turbação social. De fato, o dano, nessa seara, inicialmente é anotado em face da própria paz social. Mesmo se a vítima for apenas um indivíduo, a ação de repressão do Estado visa a garantia desse enquanto membro da coletividade (STOCO, 2004, p. 121). É o retorno ao equilíbrio social, e não a repressão ao dano privado, que caracteriza essa matiz da responsabilidade jurídica.

118 MAZEAUD, H. et L. **Traité théorique et pratique de la responsabilité civile, délictuelle et contractuelle**, 3. ed., Paris, 1938, t. 1º, nº 7, p. 4.

119 DANTAS, S. T. **Programa de direito civil**. V. I, Rio de Janeiro: Editora Rio, 1977, p. 341.

120 Esfera em que se cogita a responsabilidade disciplinar do agente público, decorrente de ação ou omissão no exercício de suas atividades com quebra do dever do cargo, e que pode gerar punição administrativa (CRETELLA JUNIOR, 1980, p. 39-41).

E esse equilíbrio harmônico idealmente aferível na sociedade só se restaura pela pena (DALLEGRAVE, 2007, p. 76).

Por seu turno, a responsabilidade civil mira a obrigar o autor de um dano a repará-lo, estando o gravame individual (ou coletivo, em situações em que o direito ofendido tem esse cunho), o dano em si, no foco de sua ação, na medida em que tem, como interesse definitivo, de acordo com Duez¹²¹, citado por Stoco (2004, p. 122), “um equilíbrio econômico a ser restabelecido entre dois patrimônios”, e, se decorrente de ofensa a norma de cunho extrapatrimonial, também, a compensação dessa lesão¹²². Em outras palavras, a fonte geradora da responsabilidade civil é o restabelecimento de um equilíbrio violado pelo dano (DINIZ, 2008a, p.5).

Assim, quando se trata de responsabilidade civil, não se pode ter em primeiro plano – e muitas vezes único, como se vê nos crimes de perigo – o ato ilícito, como na responsabilidade penal.

Nessa seara o dano é essencial, tanto é assim que, para alguns doutrinadores, a noção de reparação é mais ampla do que a de ato ilícito, existindo casos em que o dever de indenizar independe da ilicitude da ação, como nas hipóteses – embora excepcionais – de responsabilização por ato lícito¹²³ (PEREIRA, 2009b, p. 485), tais como as previsões dos arts. 188, II, 929 e 930 do Código Civil que regulam situação de dano causado em estado de necessidade, ou ainda dos arts. 1285, 1286, 1289, 1293, 1313, 1385 §3º, entre diversos outros, as quais não têm relevo para os fins ora propostos.

De fato, a presença do elemento dano é essencial para a responsabilidade

121 DUEZ, P. **La responsabilité de la puissance publique (em dehors du contrat)**. 2. ed. Paris: Dalloz, 1938, p. 7.

122 O que não significa que não existe interesse coletivo em garantir o equilíbrio do patrimônio dos indivíduos, seja porque esses integram a sociedade, seja porque é maneira de assegurar-se a coesão social. Afirmo Aguiar Dias (2006, p. 08) que “Solon, segundo refere Plutarco, já dizia que a cidade realmente civilizada é aquela em que todos os cidadãos sentem a injúria feita a um só e em que todos exigem sua reparação tão vividamente como aquele que a recebeu”.

123 Embora considerável doutrina aponte que se encontra na seara da responsabilidade civil os casos de obrigação de indenizar danos decorrentes de atos lícitos, ou seja, que “poderá haver responsabilidade civil sem necessariamente haver antijuridicidade, ainda que excepcionalmente, por força de norma legal” (GAGLIANO, PAMPLONA FILHO, 2010c, p.73), para os fins desse estudo considerar-se-á a tese oposta, de que estão excluídas da esfera da responsabilidade civil as situações mencionadas, que seriam, em verdade, “reparação de dano fundada na equidade”, consoante Cavalieri Filho (2012, p. 582), ou seja, um condicionamento legal, correspondente à reparação de eventuais danos causados, para o exercício de um direito, com fundamento de uma proporcionalidade entre quem deve arcar com os danos.

civil, porque o mote desse instituto jurídico é justamente deslocar os ônus do dano sofrido pelo lesado para aquele que deve, legalmente, suportá-lo (DINIZ, 2008a, p.7). “O dano expõe *uma falta* e o estatuto da responsabilidade intenta colmatá-la”, afirma Fachin (2010, p. 16).

Ligam-se o segundo e o terceiro elementos acima pinçados a partir da afirmação de Cavalieri Filho (2012, p. 2), de que “só se cogita, destarte, de responsabilidade civil onde houver violação de um dever jurídico e dano”.

Assim, apresenta-se o dever jurídico, cujo descumprimento configura o ilícito, o qual, como regra, gera dano.

O entendimento de que concorrem dois deveres jurídicos, um originário ou primário, e outro sucessivo ou secundário, na constituição da responsabilidade civil é importante para a compreensão do instituto em tela, em especial para a noção de ilicitude do ato.

De fato, qualquer violação a um dever jurídico originário (correspondente a um direito preexistente) configura um ilícito. Esse ilícito gera outro dever, que é o de reparar o dano gerado pela atuação ilícita, o dever sucessivo. Aqui surge a responsabilidade civil em sentido estrito (CAVALIERI FILHO, 2012, p. 2).

A partir desse entendimento, podemos diferenciar obrigação, entendida como o dever jurídico originário, de responsabilidade, a qual surge, como dever jurídico sucessivo, a partir do descumprimento da obrigação.

E, como consequência, não se pode falar de responsabilidade sem violação de prévio dever jurídico, ou seja, sem um ato ilícito (vide nota de rodapé 123).

Não se pode deixar de mencionar, ademais, intensa controvérsia sobre a noção de ato ilícito, especialmente quando se está diante de responsabilidade civil objetiva, pela tradicional ligação do conceito daquele com a ideia de culpa – tanto é assim que sustenta Pereira (2009b, p. 486) que “o fundamento maior da responsabilidade civil está na culpa”. De acordo com Diniz (2008a, p. 5-6), não há falar em comportamento ilícito na mencionada hipótese, pois o fundamento dessa responsabilidade civil está no risco. Na mesma linha Gomes (2000, p. 488), para quem não se pode adjetivar de ilícito um ato sem culpa.

Por seu turno, aduz Cavalieri Filho (2012, p. 9):

Não há que se falar em ato lícito se em todos os casos de responsabilidade objetiva – do transportador, do Estado, do fornecedor etc. – há sempre a violação de um dever jurídico preexistente, o que configura a ilicitude. Ora será o dever de incolumidade, ora o dever de segurança – mas, como

veremos, haverá sempre o descumprimento de uma obrigação originária.

Com isso, deve-se distinguir ilícito objetivo e subjetivo, ambos suficientes à responsabilidade civil.

O primeiro, também chamado antijuridicidade, consubstancia-se em uma conduta ofensiva a valores protegidos pela norma jurídica, ou, em outras palavras, na violação de um dever jurídico. O segundo, por sua vez, é observado a partir do momento em que essa conduta ofensiva decorre da vontade do agente, caso em que a noção de culpa se faz presente. Nessa linha, só se pode falar em ato ilícito subjetivo quando viável a imputação desse ato ao agente.

Ato ilícito é, assim, “o ato praticado com infração de um dever legal ou contratual, de que resulta dano para outrem” (AMARAL, 2008, p.552).

Embora importante, o tema não será aprofundado ante o desiderato desse estudo. Subsumindo-se melhor ao que ora se pretende, a análise continuará fulcrada a partir da corrente que sustenta constituir o ato ilícito única fonte da responsabilidade civil¹²⁴.

Assim, tem-se que essa é decorrência de um desvio de conduta danoso, que recebe do Direito uma reprimenda, consubstanciada na obrigação legal de indenizar prevista no Capítulo I do Título IX do Livro I da Parte Especial do Código Civil, a qual corresponde ao dever sucessivo acima mencionado.

Com isso, atinge-se tanto o desiderato de garantir a segurança do bem jurídico tutelado, o qual, após a lesão será restituído ou compensado, quanto desestimular a prática de atos ilícitos lesivos, cumprindo a indenização como instrumento de sanção civil (com efeitos tanto na esfera individual, em que se percebe uma matiz de pena, de punição ao ofensor, quanto na esfera social, pela desmotivação em face de uma conduta lesiva). De fato, na órbita da responsabilidade civil por ato ilícito é admitida a cumulação de funções reparadora e punitiva, pois, de acordo com Telles¹²⁵, citado por Dallegrave Neto (2007, p.77):

A responsabilidade civil exerce uma função *reparadora*, destinando-se, como se destina, a reparar ou indenizar prejuízos por outrem sofridos. Mas desempenha também uma função *sancionadora*, sempre que na sua base

124 Essa postura, ao firmar posição de que a responsabilidade civil decorre do ato ilícito, não recai no “resultado anti-social e amoral”, apontado por Pereira (2009b, p. 490-491), das teorias que dispensam “a distinção entre o lícito e o ilícito” ou desatendem “à qualificação boa ou má da conduta” ao definir a obrigação de indenizar.

125 TELLES, I. G. **Direito das Obrigações**. 7. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1997, p. 418.

se encontra um acto ilícito e culposo, hipótese a que nos vimos reportando, pois representa uma forma de reação do ordenamento jurídico contra esse comportamento censurável.

Ou, em outras palavras, a resposta jurídica imposta pela responsabilização civil assume, em primeiro plano, a função de fazer retornar as coisas ao seu estado pretérito. Como apontam Gagliano e Pamplona Filho (2010c, p. 63):

Repõe-se o bem perdido diretamente ou, quando não é mais possível tal circunstância, impõe-se o pagamento de um *quantum* indenizatório, em importância equivalente ao valor do bem material ou compensatório do direito não redutível pecuniariamente.

Para além dessa função primordial, em segundo plano pune-se o ofensor, para desestimulá-lo a novamente causar lesão ao patrimônio jurídico de terceiro, e, para além da esfera individual, resta socialmente demonstrado que a conduta não é admitida.

É claro que, embora a indenização seja a medida mais aferível na prática forense, a prevenção deve sempre ser preferida, pois nenhuma lesão a direito, especialmente se de cunho extrapatrimonial, é completamente recomposta à perfeição, se não por outro motivo, ao menos pela demora relativa ao trâmite processual.

E para que se identifique o responsável pelo cumprimento dessa nova obrigação, deverá ser aferida qual foi a obrigação descumprida (qual o dever originário desrespeitado), e quem a violou (CAVALIERI FILHO, 2012, p. 5).

A partir desses elementos (dever originário descumprido e autor), a obrigação de indenizar decorrente da responsabilidade civil pode ter diversas causas, que constituem atos ilícitos em sentido lato (partindo-se do pressuposto de que os atos lícitos geradores de obrigação estão alheios à teoria da responsabilidade civil), tais como o cometimento de um ato ilícito em sentido estrito, ou seja, lesão culposa de regras gerais; um ilícito contratual, pelo inadimplemento de obrigação assumida pela vontade do agente; violação de deveres de segurança, incolumidade ou garantia impostos àqueles que exercem atividades de risco; violação de deveres por ato de terceiro por quem é responsável – pais em relação a filhos menores, etc., ou por fato de coisa inanimada ou animal pelos quais responde (CAVALIERI FILHO, 2012, p. 6).

Para o desiderato que ora se pretende, dessa lista, é de se ressaltar três distintas causas geradoras de responsabilidade civil – todas atos ilícitos (em sentido

lato).

As duas primeiras, diferenciadas a partir da natureza da obrigação lesada, são o ilícito contratual e o extracontratual (ilícito em sentido estrito). A distinção básica entre elas refere-se ao fato de que o dever lesado pode ter como fonte o contrato, caso em que a responsabilidade decorre de dano gerado pela inexecução da obrigação assumida pela parte; ou os mandamentos legais gerais, situação em que deixou-se de observar dever legalmente imposto.

A terceira é a responsabilidade objetiva, que decorre da inobservância de deveres de segurança, incolumidade ou garantia impostos por lei ou negócio jurídico a determinadas atividades, o que também se constitui, como visto em um ilícito (objetivo). Todos esses temas serão oportunamente aprofundados.

4.2 CONCEITO DE RESPONSABILIDADE CIVIL

A partir do que se apontou sobre o tema até agora, vale dizer, com Tepedino (2004, p.191-192), que:

A noção de direito encontra-se intimamente vinculada à noção de composição de conflitos de interesses, visando ao atendimento das finalidades essenciais de justiça e segurança. A norma jurídica funciona, assim, a um só tempo, como dissipadora de divergências e como regra de conduta, servindo de parâmetro para o comportamento futuro da coletividade. Os pressupostos, critérios e mecanismos de composição patrimonial dos conflitos, de modo a repor, a favor de quem sofre dano, a representação pecuniária equivalente, revelam a trajetória da responsabilidade civil ao longo do tempo.

Por meio desse instituto traduz-se:

[...] a realização jurídica de um dos aspectos do personalismo ético, segundo o qual ter responsabilidade, ser responsável, é assumir as conseqüências do próprio agir, em contrapartida ao poder de ação consubstanciada na autonomia privada. Não mais a concepção egoística do indivíduo em si, mas o indivíduo como pessoa, comprometido com o social. A responsabilidade civil traduz, portanto, o dever ético-jurídico de cumprir uma prestação de ressarcimento. (AMARAL, 2008, p. 576).

É, pois, de relevância jurídica central, porquanto a responsabilidade civil serve de ponte entre as atividades e necessidades sociais, os deveres éticos, a tutela da pessoa humana e o Direito.

Nas palavras de Fachin (2010, p.11), resta claro que a responsabilidade civil

“é um fenômeno jurídico que perfaz uma relevante mediação entre certas práticas sociais e a sua respectiva proteção ou reprovação jurídica, e que, por isso mesmo, invariavelmente se localiza no centro de intempestivas discussões”.

É esse relevante instituto jurídico, pois, que se pretende ora conceituar.

Para tanto, de início, é de se mencionar que a expressão responsabilidade civil pode comportar um sentido amplo e outro restrito. Consoante Amaral (2008, p. 575-576):

Em sentido amplo, tanto significa a situação jurídica em que alguém se encontra de ter de indenizar outrem quanto a própria obrigação decorrente dessa situação, ou, ainda, o instituto jurídico formado pelo conjunto de normas e princípios que disciplinam o nascimento, conteúdo e cumprimento de tal obrigação. Em sentido estrito, designa o específico dever de indenizar nascido de fato lesivo imputável a determinada pessoa.

Tratando do conceito de responsabilidade civil, afirma Diniz (2008a, p.34) que muito se debate a doutrina para estabelecê-lo, utilizando-se, alguns, para tanto, da noção de culpabilidade, caso em que se dá relevo à autoria do fato, e, outros, da ideia de repartição de prejuízos causados, situação na qual o foco se coloca no dano, no equilíbrio dos direitos e interesses. Nessa última acepção, resta viável a aferição da responsabilidade tanto objetiva, regida pela noção de risco, quanto subjetiva, em que a culpa é central.

De acordo com Aguiar Dias (2006, p. 22), deve-se utilizar para o conceito a noção de dano, tal como sugere Josserand, para que se evite confundir a culpa e o risco com a própria responsabilidade, que tem fundamento na lei, como visto. De fato, desde Savatier, citado também por Aguiar Dias (2006, p.22) esses são fontes da responsabilidade civil, mas não fundamentos.

Assim, contemplando esse entendimento, pode-se conceituar responsabilidade civil como o instrumento jurídico pelo qual alguém é compelido a restaurar ou reparar dano patrimonial ou extrapatrimonial sofrido por outrem, decorrente da quebra de um dever originário por ato seu ou de terceiro por quem é responsável ou, ainda, por imposição legislativa ou contratual.

4.3 A EVOLUÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL

De plano, é de se ressaltar que a noção de evolução, nesse tema, não significa necessariamente sobreposição ou superação, na medida em que há momentos em que os sistemas legais de definição de responsabilidade coexistem ou se completam. Ademais, refere-se ao instituto jurídico, e não à sociedade ou época em que aplicado.

A análise, nos moldes propostos, interessa para a demonstração dos graus e níveis de proteção eventualmente concedidos aos bens jurídicos tutelados.

Dessarte, não se deve considerar essa “evolução” como uma sucessão unidimensional, mas sim como vários exemplos de opções sociais para a resolução do problema da imputação das consequências dos danos ao longo da história em diversos espaços e tempos.

De acordo com Amaral (2008, p. 577, grifo do autor), três fases distintas podem ser constatadas nesse “processo histórico-evolutivo”, a saber, “o *direito romano* em senso estrito, a *idade moderna*, culminando com o Código Civil francês, e a *fase contemporânea*”.

No direito primitivo, a responsabilidade tinha como mote uma ideia objetiva, de pena ou vingança privada como retribuição ao mal sofrido (GAGLIANO, PAMPLONA FILHO, 2010c, p. 52), dirigida ao ofensor ou ao grupo social que integrava (AMARAL, 2008, p. 577)

Em momento evolutivo seguinte, a vingança privada passou à égide da Lei de Talião. O Poder Público, já destacado do grupo social, atuava, permitindo ao ofendido, ou não, a partir da justificação para tanto do caso concreto, fazer justiça com as próprias mãos, reproduzindo a lesão sofrida naquele que a causou. Já se via, pois, alguma limitação de abusos (DINIZ, 2008a, p.11). Não se relacionava ainda a vingança com a culpa, pois essa era empreendida pelo lesado contra a causa aparente do dano.

Essa noção de vingança ainda aparece no Direito Romano, mas com traços de maior avanço, pois passou-se a permitir e incentivar a composição entre a vítima e o ofensor.

Tanto é assim que a Lei das XII Tábuas, de 450 a. C., impunha uma composição tarifada, mas ainda sem se libertar integralmente da noção de vingança

anterior. É o que se via na inscrição da tábua VII, lei 11^a, que dava conta de que “se alguém fere a outrem, que sofra a pena de Talião, salvo se existiu acordo” – *si membrum rupsit, ni cum eu pacit, talio esto* (DINIZ, 2008a, p.11).

A verificação de que a reparação era mais eficiente do que duplicar a lesão impulsionou a fase da composição, a partir da imposição de uma *poena* (pagamento de quantia em dinheiro ou bens) estabelecida pela autoridade pública ou pelo lesado de acordo com a natureza do delito, público ou privado (DINIZ, 2008a, p.11).

A *Lex Poetela Papilia*, de 326 a. C., por sua vez, aboliu a execução pessoal do agente, ante a “comoção popular suscitada pelos castigos corporais impostos a Caio Publilio, em estado de *nexus* em virtude de débito contraído por seu pai, segundo Lívio” (TEPEDINO, 2004, p. 193), de sorte que a partir de então passou a vigorar a noção de que o patrimônio do devedor responderá pela dívida, tal como no direito contemporâneo brasileiro, art. 942 do Código Civil. Corolário desse princípio foi a ideia de reparação integral, *restitutio in integrum*, também ecoada na atualidade, art. 944 do Código Civil (DALLEGRAVE NETO, 2007, p. 86).

Marco dos mais relevantes a ser referido é a edição da *Lex Aquilia*, editada por volta do século III a. C., tanto é assim que a palavra aquiliana passou a designar a responsabilidade civil extracontratual.

Essa norma, sem revogar a legislação anterior totalmente, substituiu o sistema de multas fixas por uma pena proporcional ao dano causado (GAGLIANO, PAMPLONA FILHO, 2010c, p. 53-54), com o que se viu o nascimento da noção de culpabilidade, pois o agente poderia até restar isento de responsabilidade se demonstrado não ter concorrido culposamente para o dano¹²⁶.

Após um salto temporal, de se destacar, já no direito moderno, a influência do jurista Domat, o qual, à luz do pensamento jusnaturalista (AMARAL, 2008, p. 578), inseriu a culpa como elemento básico da responsabilidade civil agora dita aquiliana. Essa teoria restou assente no Código Civil de Napoleão, que deu abrangência geral à responsabilidade civil, pois até então as hipóteses de reparação eram específicas (DALLEGRAVE NETO, 2007, p. 87), e influenciou diversas leis sobre o tema em escala mundial, inclusive o Código Civil Brasileiro de 1916.

Nesse contexto, passou-se a considerar ato ilícito apenas aquele ofensivo a direitos absolutos, alheios a uma relação jurídica preexistente – o que se chamou

¹²⁶ Como notícia, de se apontar que há quem sustente que a noção de culpa não se fazia presente na *Lex Aquilia*, existindo divergência entre Betti, nesse sentido, e Ihering, para quem a culpabilidade se fazia presente na citada lei (DALLEGRAVE NETO, 2007, p. 87).

acima de ilícito em sentido estrito – com o que surge a distinção entre responsabilidade civil contratual e extracontratual, essa decorrente do inadimplemento e aquela do ato ilícito extracontratual culposos (AMARAL, 2008, p. 578-579).

Referindo-se ao modelo oitocentista de responsabilidade civil, afirma Fachin (2010, p. 13):

Os pressupostos eram claros e seguros: a responsabilidade, naquele estatuto, indicava precipuamente a punição do ofensor. Como expressão da propriedade, o prejuízo se ressarcia ao repor-se o patrimônio lesado. Ainda mais em tal contexto de então, responder pressupunha fundamentalmente ser culpado.

A noção clássica de culpa, todavia, não restou suficiente para a resolução dos casos que a criatividade social trouxe à prova, especialmente após a revolução industrial e tecnológica, e a complexificação das relações sociais que vieram em seu bojo. Situações que exigiam resposta estavam sem a devida solução, notadamente pela dificuldade de produção de prova relativa ao elemento anímico, com o que, pela ação da doutrina e jurisprudência, encontrou-se nova fonte para a responsabilidade civil, admitindo-se o dever de reparação, para além da culpa, também no risco, com o que se ampliou a proteção reparatória (DINIZ, 2008a, p.12).

De acordo com Aguiar Dias (2006, p. 71-73), Saleilles e Josserand, pioneiros nos estudos – ou ao menos na divulgação, considerando que Marton aponta a origem da teoria do risco na escola alemã do direito natural do século XVIII, especialmente Thomasiaus e Heineccius (AGUIAR DIAS, 2006, p. 65) – da responsabilidade objetiva, já se preocupavam com o problema da prova da culpa em situações específicas (acidente de trabalho e fatos de coisas inanimadas, respectivamente) na virada do século XIX para o XX.

Consoante Tuponi Junior (2010, p. 44), parafraseando Josserand¹²⁷:

Os ofícios passaram a ser desempenhados coletivamente, agora no espaço físico determinado pelo empregador, com o emprego de máquinas de elevado potencial lesivo, que se materializava no quotidiano a classe trabalhadora, transformando o acidente de trabalho de fator contingente para indefectível.

Reconhecia-se, pois, a incapacidade da tradicional responsabilidade civil fundada na culpa para resolver os novos problemas criados a partir da Revolução

127 JOSSEAND, L. **Derecho Civil**: teoría general de las obligaciones. Tradução de: MANTEROLA, Santiago Cunchillos y. Buenos Aires: Jurídicas Europa-América, 1950, v.I, t. II, p. 549.

Industrial, da explosão demográfica e do progresso científico, que trouxe em seu bojo o mercado de consumo, a produção mecanizada, o incremento no uso de meios de locomoção e transporte, entre outros, a partir dos quais a prova do elemento anímico restava, se não impossível, muito difícil, deixando um sem número de vítimas à margem da reparação.

Nas palavras de Aguiar Dias (1983, p.30):

A teoria objetiva do risco criado surgiria da correlação entre a culpa e o risco previsível e não evitado: quem cria conscientemente um risco é responsável pelas suas conseqüências danosas, mesmo havendo concorrência de caso fortuito, se não exclui totalmente a causalidade.

A adoção da responsabilidade objetiva, no entanto, foi precedida por posições intermediárias, ainda ligadas à teoria da culpa. De se considerar, nesse aspecto, posições jurisprudenciais no sentido de extrair a culpa das circunstâncias do fato, dos antecedentes dos participantes. Em seguida, o uso de presunções para admitir a culpa independentemente de prova, cumprindo ao causador do dano demonstrar que não agiu culposamente – momento em que as noções de culpa *in eligendo* e *in vigilando* desenvolveram-se, uma vez “entendido o risco como inerente a toda culpa” (AGUIAR DIAS, 1983, p. 30). Para parte da doutrina¹²⁸, nessa transição, “passou-se, ainda, pela fase em que se ampliou o número de casos de responsabilidade contratual” (CAVALIERI FILHO, 2012, p. 152).

Assim se procedeu até que a responsabilidade civil objetiva restou adotada nas legislações mais modernas, sem desprezo da noção tradicional de culpa, mas sim como um elemento extra para a resolução dos casos em que aplicável (cujo leque é cada vez mais extenso), como se nota do texto do art. 927, par. ún. do Código Civil de 2002¹²⁹, ou mesmo de disposições dos arts. 12 e 14 do Código de Defesa do Consumidor¹³⁰.

¹²⁸ Laborando em erro, como se verá.

¹²⁹ Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem. (BRASIL, 2002).

¹³⁰ Art. 12. O fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador respondem, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos decorrentes de projeto, fabricação, construção, montagem, fórmulas, manipulação, apresentação ou acondicionamento de seus produtos, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos.

Para além disso, desenvolveu-se um sistema de seguros contra danos a fim de socializar a responsabilidade civil (AMARAL, 2008, p. 579), a fim de repartir com a coletividade os prejuízos individuais decorrentes de atividades que favorecem toda a sociedade.

Sobre a tendência presente e futura nessa seara, nas palavras de Pereira (2009b, p. 492):

Atualmente o nosso direito se encaminha para a inversão do fundamento da responsabilidade civil. Se antes a regra era a da responsabilidade com culpa, hoje já podemos afirmar que esta está se tornando exceção, sendo a regra a responsabilidade sem culpa.

De acordo com Tepedino (2004, p. 194):

Com efeito, *os princípios da solidariedade social e da justiça distributiva*, capitulados no art. 3º, incisos I e III, da Constituição, segundo os quais se constituem em objetivos fundamentais da República 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.

E não poderia deixar de assim ser, na medida em que vivemos de acordo com Barroso e Frota (2010, p. 103), parafraseando Mulholland¹³¹ “na sociedade do risco, da massificação, da superficialidade, da vigilância, da cibernética, do hiperconsumo e da globalização, na qual se propaga a anomie dos danos e a socialização da responsabilidade civil”.

Cita Amaral (2008, p. 579-580), ainda, uma nova concepção de pensar a responsabilidade civil a partir da análise econômica do Direito, surgida nos EUA a partir da década de 60, que a compreende como uma forma de “minimizar os custos sociais dos acidentes culposos”, incentivando-se “a eficiência no comportamento social” para desestimularem-se e minimizarem-se os danos, independentemente de uma efetiva justiça corretiva.

Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos. (BRASIL, 1990c).

131 MULHOLLAND, C. S. **A responsabilidade civil por presunção de causalidade**. Rio de Janeiro GZ, 2009, p. 4.

E, para além disso, sustenta Fachin (2010, p. 14) que, em sendo revelada uma sociedade individualista na contemporaneidade, caminho que não se espera trilhar, por um simples porém forte sentimento de esperança¹³², essa tende a buscar a responsabilização integral do “Outro” por tudo, “inclusive sonhos não realizados”, em um desenho que garanta “mais liberdade e menos responsabilidade para si, mais responsabilidade e menos liberdade para o Outro”.

4.4 AS ESPÉCIES DE RESPONSABILIDADE CIVIL

Do que se apontou até agora pode-se aferir que a responsabilidade civil admite divisão em espécies, sendo de se destacar a separação, quanto ao fundamento ético, entre responsabilidade objetiva e subjetiva, e, quanto à espécie do direito lesado, entre responsabilidade contratual e aquiliana, cada uma comportando soluções diversas para a resolução das situações fáticas a que se aplicam.

4.4.1 Responsabilidade objetiva e subjetiva

A responsabilidade civil subjetiva, positivada no art. 186 do Código Civil, está por sua natureza ligada à responsabilização por ato ilícito em sentido estrito (vide supra). Dessa forma, na medida em que esse exige a imputação do ilícito objetivo (ato antijurídico) à conduta do agente (ilícito subjetivo), tem como substrato uma ação ou omissão culposa – caracterizada pela negligência, imprudência ou imperícia do causador do dano – ou dolosa.

Funda-se no princípio segundo o qual cada pessoa responde pela sua própria culpa – *unuscuque sua culpa nocet* (GAGLIANO, PAMPLONA FILHO, 2010c, p. 56).

Interessante notar que o ônus da prova da conduta culposa é do autor da

132 Cf. FACHIN, L.E. O futuro do Direito e o direito ao futuro. **Revista OAB/RJ**, Rio de Janeiro, v. 24, n. 1, p. 261-274, 2008.

demanda, pois se trata de fato constitutivo de seu direito, a teor do art. 333, I do Código de Processo Civil.

Já a responsabilidade civil objetiva independe da aferição de conduta culposa. Observado o ilícito objetivo, nessa hipótese, surge a obrigação.

Como acima mencionado, a partir da noção de ato ilícito defendida, pode-se afirmar que, na medida em que se baseia no risco, o dolo ou culpa são irrelevantes para a responsabilização do agente causador do dano, pois a partir do nexo de causalidade entre sua conduta e o dano surge a obrigação de indenizar (DINIZ, 2008a, p.128).

Ou ainda, de forma mais elaborada, que desnecessária a aferição da conduta culposa porque o ilícito, para algumas situações previstas em lei, é objetivo, pois resultado da não observância do dever de segurança decorrente do risco da atividade.

De fato, uma atividade de risco por si só não é ilícita. Ao contrário, pode ser, em situações ordinárias, até socialmente necessária. Mas por força de lei ou contrato pode-se determinar que a essa atividade corresponde um dever de segurança, incolumidade ou garantia, o qual, desrespeitado, gera a obrigação de reparar o dano decorrente desse, a partir de então, ato ilícito.

Essa matiz da responsabilidade civil sempre fora adotada em nosso ordenamento como exceção. Apareceu inicialmente em dispositivos legais esparsos, como, de forma então inédita, no Decreto 2.681/12, que tratava da responsabilidade civil das estradas de ferro considerando o risco da atividade, no Código Brasileiro do Ar, Decreto-Lei 32/66, que cuida da responsabilidade civil das empresas aéreas, na Lei 6.453/77 que trata da responsabilidade civil por danos nucleares, entre outros. De fato, no Código Civil de 1916 a responsabilidade civil subjetiva era a regra, de acordo com a cláusula geral do seu art. 159.

Todavia, obteve grande campo de aplicação quando positivada no Código de Defesa do Consumidor ao tratar de fato do produto ou serviço. Com o advento do Código Civil de 2002, esse espectro da responsabilidade civil foi ainda mais ampliado, a partir da previsão legal de uma cláusula geral de responsabilidade civil objetiva no seu art. 927 par. ún., pela qual qualquer dano oriundo de atividade de risco normalmente desenvolvida pelo ofensor poderá gerar responsabilidade civil na modalidade objetiva, ou seja, independentemente da aferição de culpa ou dolo do agente. Assim, de acordo com Cavalieri Filho (2012, p. 18), “a responsabilidade

objetiva, que era exceção em nosso Direito, passou a ter um campo de incidência mais vasto do que a própria responsabilidade subjetiva”.

O incremento no uso dessa modalidade de responsabilidade civil decorreu da percepção de que as necessidades sociais já não estavam mais satisfeitas pela noção tradicional, que impunha a averiguação da culpa como passo necessário para a aferição da responsabilidade e consequente dever de indenizar.

É de se lembrar que a responsabilidade civil decorre de um preceito moral relacionado a imputar o prejuízo àquele que o causou. Nesse aspecto, compreender quem teve culpa na ação era essencial. Mas o desenvolvimento científico e o aumento do risco a que cada vez mais se expõe os indivíduos trouxe em seu bojo situações em que esse elemento anímico não é encontrado. Inobstante, existentes os danos, cada vez mais espalhados e distantes de seu real causador, mantida está a difícil decisão ética do Direito de imputar sua reparação a alguém ou deixá-lo a descoberto, cumprindo à vítima suportá-lo.

Para esse desiderato desenvolveu-se, ao longo do fim do século XIX e durante todo o século XX, a noção de risco, que alimenta a responsabilidade objetiva ao estabelecer um dever de segurança, de incolumidade ou de garantia àqueles que expõem direitos de terceiro por sua atividade (a partir de alguns critérios oportunamente analisados). Com isso, imputar-se-á a responsabilidade àquele que causou o dano, independentemente de sua vontade específica relacionada ao fato gerador do dano, e, conseqüentemente, cumprida a exigência social de imputação do prejuízo ao efetivo responsável por ele (TEPEDINO, 2004, p. 194).

Interessante notar, em uma avaliação histórica e comparativa, que cada uma das modalidades de responsabilidade civil refletem, como não poderia deixar de ser, o modo de pensar da época de seu desenvolvimento, especificamente o Estado Liberal e seu Positivismo Jurídico e as preocupações sociais do *Welfare State* (DALLEGRAVE NETO, 2007, p. 88-89), com o que a vítima e o ressarcimento do dano tomaram o lugar de destaque anteriormente concedido à aferição da culpa.

Tem-se, pois, evidente que o instituto da responsabilidade civil é umbilicalmente relacionado às necessidades da vida social. De acordo com Cavalieri Filho (2010, informação verbal), aduziu Josserand em célebre palestra:

A responsabilidade civil continuará dominando todo o direito das obrigações, toda a vida em sociedade. É e será a grande sentinela do direito civil

mundial. Sua história é a história do triunfo da jurisprudência e também da doutrina, e, mais geralmente, o triunfo do espírito e do senso jurídico.

4.4.2 Responsabilidade Civil Contratual e Extracontratual ou Aquiliana

Como já analisado, aquele que desrespeita um dever jurídico resta obrigado a reparar o dano eventualmente gerado. Interessante, todavia, notar que a partir da natureza da norma jurídica violada pelo agente causador do prejuízo é possível separar a responsabilidade civil em contratual ou extracontratual.

De fato, a violação geradora do dano pode decorrer de um “inadimplemento normativo” (DINIZ, 2008a, p.128), ou seja, de uma ação ou omissão ilícita contrária a uma norma geral, ou de um inadimplemento de obrigação prevista em uma relação jurídica previamente estabelecida entre as partes, ou seja, um ilícito contratual. Em um caso e no outro estar-se-á diante de responsabilidade civil aquiliana e contratual, respectivamente.

Ou, em outras palavras, a distinção exsurge a partir da aferição da fonte do dever jurídico desrespeitado, ou de seu fato gerador. Se essa for a norma, entendida como a lei ou um dever geral do Direito, a responsabilidade civil é aquiliana ou extracontratual. Todavia, se a fonte do dever não cumprido for uma relação negocial preexistente, a responsabilidade civil é contratual (GAGLIANO, PAMPLONA FILHO, 2010c, p. 59).

Consoante Pereira (2009a, p. 318):

Na responsabilidade civil contratual preexiste uma relação jurídica específica vinculando as partes, denominando-se 'contato social qualificado', ao passo que, na responsabilidade civil extracontratual inexistia qualquer liame específico anterior ao fato que gerou a obrigação de reparar o dano.

Note-se, ademais, que a expressão responsabilidade contratual é abrangente, pois refere-se a transgressões a deveres contratuais, aqueles nascidos em declarações unilaterais de vontade, e até da lei (AMARAL, 2008, p. 582), em situações em que essa atua impondo ou sugerindo o conteúdo das relações obrigacionais, como acima visto.

De acordo com Dallegrave Neto (2007, p.79):

Observa-se que o traço delimitador entre as duas espécies não é simplesmente a preexistência ou inexistência de um contrato entre as partes, mas que o dano a ser reparado advenha da inexecução de obrigação contratual mantida por elas.

Dessa exposição inicial, pode-se perceber que a existência de uma relação jurídica prévia (e evidentemente válida) entre as partes é essencial para que se esteja diante da responsabilidade civil contratual, a qual é desnecessária quando se fala em responsabilidade civil extracontratual, fazendo com que se sugira, até, que “o correto seria denominar responsabilidade civil obrigacional e extraobrigacional, como faz a escola portuguesa”¹³³ (DALLEGRAVE NETO, 2007, p.79), e mais, que o ilícito causador do dano decorra do descumprimento de obrigação objeto dessa citada relação jurídica. O laço entre as partes, na responsabilidade civil extracontratual, somente surge quando sobrevindo o dano.

Como pondera Cavalieri Filho (2012, p. 307):

Na responsabilidade contratual, portanto, a vítima e o autor do dano já se aproximaram e se vincularam juridicamente antes mesmo da sua ocorrência, sendo, ainda, certo que, sem essa vinculação, o prejuízo não se teria verificado.

Também importa perceber que a responsabilidade contratual não está no contrato. Esse aponta o dever jurídico originário. A responsabilidade civil exsurge da lei (art. 389 do Código Civil) quando descumprida a obrigação assumida pelo sujeito passivo (o dever originário), até porque não se poderia pensar estar no âmbito da vontade da parte inadimplente responder pelas perdas e danos. Nas palavras de Aguiar Dias (2006, P. 157): “A obrigação nascida do contrato é diferente da que nasce de sua inexecução. Nos dois casos, tem lugar uma obrigação; em ambos, essa obrigação produz efeito.”

Não se pode, contudo, negar que ambas modalidades de responsabilidade civil são muito semelhantes, pois decorrem de em ato ilícito gerado a partir da quebra de um dever jurídico originário (CAVALIERI FILHO, 2012, p. 306), podendo-se até mencionar uma tendência à unificação dessas modalidades de responsabilidade, como se vê no Código de Defesa do Consumidor, que trata indistintamente da reparação do dano tanto em relação ao consumidor como a todas

¹³³ No presente estudo utilizar-se-á a nomenclatura tradicional, dada sua enorme difusão. Todavia, pode-se lembrar também os termos responsabilidade negocial e extranegocial sugeridos por Venosa (2006, p. 18).

às vítimas do acidente em seu art. 17¹³⁴.

Todavia, não se pode negar que a legislação pátria, como regra, ainda mantém a separação, até “porque a responsabilidade contratual distingue-se por características muito peculiares, mais afeta à disciplina geral das obrigações e dos contratos” (GAGLIANO, PAMPLONA FILHO, 2010, p. 65). Como aduz Cavalieri Filho (2012, p. 306), “a responsabilidade contratual tem ainda um sentido prático muito importante”, especialmente porque nosso Código Civil expressamente optou pelo trato dual.

Importante distinção entre as modalidades em tela encontra-se nos próprios pressupostos das responsabilidades civis extracontratual e contratual, a saber, conduta ilícita e inadimplemento, respectivamente. Embora tema que será melhor aprofundado a seguir, desde logo pode-se afirmar que a primeira é a conduta voluntária que, ao desrespeitar dever jurídico geral, causa dano previsto ou previsível. Já o inadimplemento é “o não cumprimento da prestação pactuada, na forma como estabelecida na relação jurídica obrigacional” (GAGLIANO, PAMPLONA FILHO, 2010a, p. 326), o qual, para gerar responsabilidade, deverá ser voluntário e, dependendo da hipótese¹³⁵, culposo.

Outra diferença está na noção de culpa aplicável a cada espécie. Na responsabilidade civil contratual, considera-se, nas palavras de Gagliano e Pamplona Filho (2010c, p. 60):

a culpa contratual a violação de um dever de adimplir, que constitui justamente o objeto do negócio jurídico, ao passo que, na *culpa aquiliana*, viola-se um dever necessariamente negativo, ou seja, a obrigação de não acusar dano a ninguém.

A partir dessas ilações, é de relevo perceber que o ônus da prova de cada uma dessas modalidades de agir são diversos, pois no primeiro caso, a culpa é presumida, de sorte que, como regra, cabe à vítima a demonstração de que houve o inadimplemento da obrigação negociada, restando ao devedor a prova da inexistência de sua culpa ou causa excludente de nexo causal, consoante arts. 389 e 393 do Código Civil.

134 Art. 17. Para os efeitos desta Seção, equiparam-se aos consumidores todas as vítimas do evento. (BRASIL, 1990c).

135 Essa ressalva é necessária porque há situações em que se poderá falar em responsabilidade civil contratual objetiva, em que o inadimplemento independerá da conduta do devedor, mais sim da qualidade da obrigação assumida.

Diz-se, como regra, porque essa presunção existirá quando a obrigação assumida for de resultado (sem embargo das hipóteses de responsabilidade civil contratual objetiva, em que a culpa sequer será considerada), mas não quando a obrigação for de meio. Nesse caso, a culpa deverá ser provada pela vítima, mesmo em sede de responsabilidade contratual.

Para além das duas importantes distinções apontadas, há outras de menor relevo para o desiderato do presente estudo, como a eventual possibilidade de estipulação de cláusula de não responsabilidade exclusivamente na espécie contratual; o tratamento em face da ação danosa do menor (arts. 156 e 180 do Código Civil); eventual prazo prescricional diverso; e a constituição em mora, que se opera-se nas modalidades contratual e extracontratual de responsabilidade civil, respectivamente, no momento da citação (art. 405 do Código Civil), e no momento da consumação do ato ilícito (art. 398 do Código Civil).

Interessante notar, para além dessas distinções, que é possível que ocorra a situação de sobreposição dos regimes de responsabilidade quando a ação ou omissão geradora de dano ofende ao mesmo tempo deveres contratuais e extracontratuais, casos designados de “hermafroditas” por Tunc¹³⁶, citado por Severo (1996, p. 51), como no exemplo de um empregado moralmente agredido por seu empregador, caso em que a ação geradora do dano atinge tanto o direito à honra previsto no art. 5º, V e X da Constituição Federal, quanto o contratual de tratamento digno previsto no art. 483, “e” da CLT¹³⁷.

Nesse caso, que não é de cumulação, mas de coincidência, como manifesta Aguiar Dias (2006, p. 219), deve-se, de acordo com Severo (1996, p. 51-52), verificar os critérios mais favoráveis de cada um dos regimes, sendo de se optar por aqueles mais eficazes à proteção da vítima, o que se denomina princípio da consunção.

Aguiar Dias (2006, p. 219-220), por sua vez, embora tenha simpatia pela ideia, dada sua maior proteção, reconhece que deve o autor escolher no momento da propositura da ação qual ramo da responsabilidade civil pretenderá ver aplicado,

136 TUNC, A. **La responsabilité civile**. 2. ed. Paris: Economica, 1989, p. 40.

137 Note-se que, como mencionado anteriormente, pelo fenômeno do dirigismo contratual, a obrigação prevista nessa norma integra o conteúdo do contrato de emprego.

não podendo haver aproveitamento do que cada um possa ter de melhor à proteção, pela incompatibilidade de alguns de seus institutos.

Inobstante o entendimento desse jurista, consoante Noronha (1999, p. 42), de fato, não se está a falar de compartimentos estanques do Direito. Responsabilidade extracontratual e contratual correspondem a regras gerais e específicas de um mesmo ramo jurídico (a responsabilidade civil), de sorte que esse doutrinador tem por possível a aplicação de suas regras de forma conjugada.

De toda sorte, como regra, pela aplicação do citado princípio, optar-se-á pela responsabilidade contratual por conta das vantagens relativas ao ônus da prova (DALLEGRAVE NETO, 2007, p. 81).

Ainda quanto a esse aspecto, aduz Venosa (2006, p. 19) que há situações em que “a existência de um contrato ou negócio jurídico não aflora de forma clara”, como no atendimento de um médico a um acidentado em via pública, mas que na maioria dos casos é identificável “a responsabilidade derivada de um contrato, de um inadimplemento ou mora, e aquela derivada de um dever de conduta, de uma transgressão de comportamento”.

Por fim, resta esclarecer que, como mencionado na seção 4.3, há quem sustente que a responsabilidade contratual constituiu etapa da evolução da responsabilidade civil subjetiva para a objetiva, utilizando-se os juristas, especialmente os franceses, da existência de uma relação jurídica prévia havida entre as partes para resolver, com mais facilidade para a vítima, situação que seria normalmente aferida a partir da noção de culpa aquiliana (CAVALIERI FILHO, 2012, p. 304).

Todavia, ainda que se possa considerar uma evolução, pelo aumento da proteção à vítima, o uso da responsabilidade civil contratual para a resolução de situações que antes eram solucionadas a partir da regra geral de responsabilidade civil aquiliana subjetiva, não pode ser apontado como passo para se chegar a responsabilidade civil objetiva.

De fato, o que se buscou com a distinção das modalidades de responsabilidade foi uma mudança de foco, em prol da reparação, nas situações em que existente uma relação jurídica obrigacional pretérita entre as partes. Isso porque existindo sobreposição de regimes de reparação (quando o ato ilícito ofende um dever de origem contratual, mas também uma obrigação geral prevista no ordenamento jurídico, como acima apontado) a noção de inadimplemento socorre,

com melhores resultados, a vítima do dano.

Tem-se, pois, que a aferição, ou não, da existência de culpa na ação interessa na dicotomia entre responsabilidade civil subjetiva e objetiva, mas não à distinção entre responsabilidade civil contratual ou extracontratual, pois o dever secundário (a responsabilidade), naquele caso, decorre do inadimplemento de um dever primário estabelecido pelas partes, na forma do art. 389 do Código Civil, e não de ato ilícito em sentido estrito previsto no art. 186 do Código Civil, o qual, sim, expressamente alude à culpa.

Dessa forma, pode-se pensar em responsabilidade civil contratual ou extracontratual, objetiva ou subjetiva, intercambiando-se cada uma das modalidades de acordo com a natureza do dever originário gerador do ilícito, e se, para que exsurja o dever sucessivo (de indenizar), seja ou não suficiente o ilícito objetivo, de sorte a estar-se diante, até, dependendo do conteúdo da obrigação contratual, de hipótese de responsabilidade civil contratual objetiva.

Nesse sentido, Noronha (1999, p. 38, grifo do autor):

A responsabilidade objetiva agravada está presente mesmo na obrigação de indenizar resultante do inadimplemento de contratos e de negócios jurídicos unilaterais obrigacionais, que é impropriamente designada de *responsabilidade contratual* (mais correta seria a designação de *responsabilidade negocial*). Nela também teremos uma responsabilidade subjetiva (em que o lesante só é obrigado a indenizar se tiver procedido com culpa), uma responsabilidade objetiva (em que a obrigação surge independentemente de culpa, mas cessa se demonstrada a inexistência do nexos causal) e uma responsabilidade agravada (em que a pessoa responde por certos danos resultantes de fato de terceiro, do próprio lesado ou de caso fortuito e força maior).

4.5 ELEMENTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Nenhum estudo sobre responsabilidade civil estaria completo sem ao menos um rápida análise sobre cada um dos elementos ou pressupostos que a constituem. Longe de procurar esgotar cada um dos temas que seguem, apenas pretende-se averiguar seu tratamento a partir de cada uma das modalidades de responsabilidade civil, bem como as especificidades para a conclusão que se propõe.

De início, pode-se afirmar que sem a união de todos os elementos abaixo não se poderá falar em responsabilidade civil, em nenhuma de suas modalidades.

A responsabilidade civil extracontratual subjetiva é a que comporta maiores pressupostos, com o que garante o menor grau de proteção, dadas as características acima aduzidas. Por seu turno, a responsabilidade civil contratual objetiva é a mais protetiva, dada a presunção do nexo causal decorrente da noção de inadimplemento e a desnecessidade de aferição de culpa.

A análise dos elementos a seguir, longe de esgotá-los, será comparativa entre as modalidades de responsabilidade civil acima noticiadas, pois a partir das diferenças restará viável vislumbrar os efeitos da aplicação de cada uma delas para a resposta jurídica civil-trabalhista ao acidente de trabalho em sentido lato.

Interessante notar que haverá momentos em que a terminologia adotada, embora inerente a cada uma das teorias (como sujeito ativo e passivo, mais afeto a obrigações, e portanto, responsabilidade civil contratual, agente e vítima, ligado a responsabilidade civil aquiliana tendo em vista sua tradicional ligação com o delito) acabará por referir-se à responsabilidade civil de modo geral, especialmente nos tópicos relacionados a danos e nexo causal, pois se tratam, em verdade, da análise de um único tema.

Por fim, resta mencionar que relevantes temas de responsabilidade civil, como aquela derivada de fato de outrem e da coisa (arts. 932, 936, 937 e 938 do Código Civil) não serão mencionados, por desnecessários, regra geral, à aferição da responsabilidade em sede de acidente de trabalho, à exceção do art. 932, III¹³⁸ do Código Civil, que será referido.

4.5.1 Conduta voluntária (ilícita em sentido estrito ou de risco) e inadimplemento (de obrigação de meio, resultado ou garantia)

Aferidos a partir de uma ação ou omissão, são esses elementos correspondentes em qualquer das modalidades de responsabilidade civil, embora comportem sutis, porém relevantes, diferenças.

138 Art. 932. São também responsáveis pela reparação civil:

[...]

III - o empregador ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele; (BRASIL, 2002c).

4.5.1.1 Conduta voluntária

O primeiro dos pressupostos da responsabilidade civil extracontratual (objetiva e subjetiva) é a existência de conduta voluntária, entendida essa como a “conduta humana, positiva ou negativa (omissão), guiada pela vontade do agente, que desemboca no dano ou prejuízo” (GAGLIANO, PAMPLONA FILHO, 2010c, p. 69).

A conduta pode ser compreendida como comportamento humano, que se exterioriza em uma ação ou omissão.

A voluntariedade, que representa liberdade de escolha, é essencial para esse entendimento, pois não haverá conduta voluntária em situações em que inexistente consciência da ação ou omissão, como na hipótese de um ato reflexo, um espirro ou, até mesmo, de uma paralisia por choque emocional. Ou seja, voluntária é a conduta dominável pela vontade – embora não necessariamente controlada ou dominada – (AMARAL, 2008, p.553).

Esse requisito é aplicável a qualquer modalidade de responsabilidade civil, pois, como explicam Gagliano e Pamplona Filho (2010c, p. 70):

E tal ocorre não apenas quando estamos diante de uma situação de responsabilidade subjetiva (calcada na noção de culpa), mas também de responsabilidade objetiva (calcada na ideia de risco), porque em ambas as hipóteses o agente causador do dano deve agir voluntariamente, ou seja, de acordo com a sua livre capacidade de autodeterminação. Nessa consciência, entenda-se o conhecimento dos atos materiais que se está praticando, não se exigindo, necessariamente, a consciência subjetiva da ilicitude do ato.

A esse conceito inicial de conduta voluntária, por unidade doutrinária a partir da noção de responsabilidade civil utilizada nesse estudo, deve-se agregar a percepção de que, ao causar dano, ela desrespeita dever jurídico, tornando-se ilícita.

Assim, fala-se em conduta voluntária ilícita como pressuposto da responsabilidade civil extracontratual.

A ilicitude, como acima mencionado, poderá ser objetiva ou subjetiva, a partir da exclusão, ou não, pela norma aplicável à situação, do elemento subjetivo, ou seja, da aferição da vontade do agente em face do descumprimento do dever jurídico violado. Em cada um dos casos, falar-se-á em responsabilidade civil

extracontratual objetiva ou subjetiva. A conduta ilícita culposa, que constitui a responsabilidade civil extracontratual subjetiva, tem agregada a si o aspecto psicológico, a intenção, a qual é dispensável para a responsabilidade civil objetiva.

E mais, estará presente também na conduta omissiva, quando existente o dever jurídico¹³⁹ de praticar um ato para impedir o resultado danoso.

Para que a conduta ilícita possa ser juridicamente censurada, é necessário aferir-se a capacidade de autodeterminação do agente, sua imputabilidade.

Imputabilidade é a capacidade de compreender a reprovabilidade de sua conduta e assim determinar-se (AMARAL, 2008, p. 553). Consoante Cavalieri Filho (2012, p. 27), ela compreende a maturidade, porquanto a lei considera incapazes os menores de 16 anos – art. 3º, I do Código Civil –, e a sanidade mental, sendo incapazes os amentais por deficiência ou enfermidade – art. 3º, II do Código Civil.

A conduta dos incapazes, assim, não gera responsabilidade, pois são esses inimputáveis. Por seus atos responderão os responsáveis, a não ser que esses não tenham meios de arcar com os custos da reparação, caso em que, se o incapaz tiver bens excedentes àqueles necessários para garantir seu sustento, aí será responsabilizado, por uma regra de distribuição equitativa dos ônus do dano (CAVALIERI FILHO, 2012, p. 29), consoante art. 928 do Código Civil. Todavia, como sua conduta não é ilícita, por falta de imputabilidade, estar-se-á fora do bojo da responsabilidade civil, ao menos a partir da noção desse instituto elegida para esse estudo. Na medida em que inimputáveis, regra generalíssima, não são empregadores, o tema é, aqui, de menor importância.

Até esse ponto, o elemento (conduta voluntária) é comum a qualquer modalidade de responsabilidade civil extracontratual.

Quando a conduta voluntária é contrária ao estabelecido por um dever que o agente podia conhecer e observar, por dolo¹⁴⁰, ou por negligência¹⁴¹ ou

139 “Dever, esse, que pode advir da lei, do negócio jurídico ou de uma conduta anterior do próprio omitente, criando o risco da ocorrência do resultado, devendo, por isso, agir para impedi-lo” (CAVALIERI FILHO, 2012, p. 25), cuja natureza, portanto, revelará a modalidade de responsabilidade civil aplicável à situação.

140 O dolo pode ser compreendido a partir da vontade conscientemente dirigida ou da previsão do resultado, de acordo com as concepções da vontade e da representação, respectivamente (AMARAL, 2008, p.556).

141 Omissão a normas que determinam “operar com atenção, capacidade, solicitude e discernimento” (AMARAL, 2008, p.556).

imprudência¹⁴² – culpa em sentido estrito –, estar-se-á diante de uma conduta voluntária culposa, inerente à responsabilidade civil subjetiva.

Assim, na esfera civil, pode-se dizer que age com culpa aquele que viola um dever de cuidado gerando dano previsível¹⁴³, e com dolo aquele que tem como escopo gerar o dano.

Poder-se-ia, ainda, nesse momento, melhor retratar essa distinção, bem como os graus de culpa – grave, leve e levíssima, cujo interesse subsume-se, no âmbito do acidente de trabalho, para definir o montante da eventual compensação por danos morais, desde que reconhecido a esse um caráter pedagógico, a fim de desestimular o lesante (VENOSA, 2006, p. 22) – as diversas modalidades de culpa, como *in eligendo* (derivada da má escolha do representante), *in vigilando* (pela ausência de fiscalização) ou *in custodiando* (falta de atenção na guarda), entre outras (AMARAL, 2008, p. 556), ou ainda a noção de culpa concorrente (que na verdade retrata situação de concorrência de causas, como se verá), o que não se fará pela intenção meramente comparativa entre as modalidades de responsabilidade civil.

Por seu turno, a conduta voluntária inerente à responsabilidade civil extracontratual objetiva é de atuar gerando risco.

Risco significa perigo de dano, a partir de um critério de probabilidade. Como dito, a doutrina do risco desenvolve-se a partir da necessidade de apontar o responsável pelo prejuízo gerado pelo dano, a partir do entendimento de que aquele cuja atividade põe em risco o bem jurídico de outro, tem o dever jurídico de garanti-lo. Trata-se, pois, de um critério de imputação, que, por estar o risco “ligado ao serviço, à empresa, à coisa, ao aparelhamento”, “ultrapassa o círculo das possibilidades humanas para filiar-se ao engenho, à máquina, à coisa, pelo caráter impessoal e objetivo que o caracteriza” (CRETELLA JUNIOR, 1989, p. 1019).

Há diversas espécies de risco apontadas pela doutrina.

Pode-se falar em risco integral, que impõe ao agente a responsabilidade total pelos prejuízos advindos de sua atividade, em quaisquer situações, mesmo se

142 “Precipitação, procedimento sem cautela” (AMARAL, 2008, p.556).

143 De se apontar a prevalência, na doutrina nacional, da concepção normativa da culpa – que se baseia no erro de conduta, ou seja, em uma ação contrária àquela esperada de um modelo de conduta, de pessoa prudente em circunstâncias equivalentes – sobre a concepção psicológica – a qual pressupõe a violação de um dever preexistente que admite um juízo moral negativo àquele que o descumpre (MORAES, 2003, p. 209-212).

rompido o nexo causal pela culpa exclusiva da vítima, caso fortuito ou evento de força maior. É adotada em nosso ordenamento como exceção absoluta, podendo-se citar a responsabilidade por acidentes nucleares – art. 21, XXII, “d” da Constituição Federal – e por danos ambientais – consoante interpretação teleológica do art. 225, §3º da Constituição Federal e legislação infraconstitucional aplicável (CAVALIERI FILHO, 2012, p. 164).

Também, em risco proveito, que considera que aquele que obtém vantagem da atividade de risco deve reparar os danos eventualmente gerados, a partir da noção de *ubi emolumentum, ibi onus* (DALLEGRAVE NETO, 2007, p. 93). Todavia, essa teoria gera grave problema, a definição de qual proveito se está a referir, se econômico ou algum outro. Ademais, traria a necessidade de prova desse proveito, tão ou mais difícil do que a prova da culpa.

Outra concepção é a do risco profissional, que aponta o dever de indenizar a partir da atividade profissional do lesado – entendida obviamente como a atividade da empresa, em nosso objeto de estudo (TUPONI JUNIOR, 2010, p. 50). Essa foi desenvolvida por Saleilles em 1897, no intuito de reparar danos decorrentes de acidentes de trabalho e é atualmente usada no âmbito da proteção contra infortunística laboral no âmbito da seguridade social, uma vez que apenas o empregador contribui com o RAT¹⁴⁴ (DALLEGRAVE NETO, 2007, p. 94-95).

Fala-se, outrossim, em risco excepcional, estabelecendo que a responsabilidade decorre de um risco superior ao comum.

Importante teoria é a do risco criado. A obrigação de indenizar está, nessa hipótese, vinculada ao risco criado por atividades perigosas, ainda que lícitas. Quando a atividade do agente expõe alguém ao risco de sofrer dano, deve indenizá-lo, sobrevivendo esse. É, pois, mais ampla que a teoria do risco profissional, porque extrapola os limites das relações de trabalho (TUPONI JUNIOR, 2010, p. 50).

Defendida por Pereira (1988, p. 270), essa teoria restou adotada na cláusula geral de responsabilidade civil extracontratual objetiva prevista no art. 927, par. ún. do Código Civil, por meio da qual qualquer atividade normalmente desenvolvida, entendida essa como conduta voluntária “habitualmente exercida, organizada de forma profissional ou empresarial para realizar fins econômicos” (CAVALIERI FILHO, 2012, p. 187), por sua natureza implicar risco de dano a

144 Contribuição social destinada ao pagamento de benefícios relacionados à acidentes de trabalho no âmbito previdenciário.

terceiro, dispensado está o ilícito subjetivo, ou seja, a verificação de culpa.

O elemento subjetivo não terá relevância, pois, para a definição da responsabilidade por danos quando esses forem inerentes ao risco criado pela atividade desenvolvida pelo ofensor.

A partir dessas teorias, impende ressaltar que a atividade de risco gera um dever jurídico de segurança ou garantia do bem jurídico agravado. Com isso, presente o dano, resta descumprido o dever, com o que se pode notar onde se encontra o ato ilícito no qual se sustenta a responsabilidade civil objetiva¹⁴⁵.

Uma vez aferidas as ações e omissões geradoras da responsabilidade civil extracontratual, passa-se a análise da conduta que resulta na responsabilidade civil contratual, o inadimplemento.

4.5.1.2 Inadimplemento

Como inadimplemento entende-se “a falta da prestação devida” (PEREIRA, 2009a, p. 309), ou seja, o descumprimento total ou parcial da obrigação assumida (que se voluntário será considerado ilícito contratual).

Pode-se adjetivar como ilícito o inadimplemento voluntário, pois, de acordo com Pereira (2009a, p. 309) “qualquer que seja esta prestação, o credor tem direito ao seu *cumprimento*, tal como constituiu seu objeto, o que envolve o *poder do credor*, a que o devedor se submete, pela própria força do *iuris vinculum*”.

A partir da noção ora considerada para responsabilidade civil como aquela decorrente do ato ilícito, não se pode, no primeiro momento em que se deparado com o inadimplemento, cogitar de culpa – muito embora considerável doutrina¹⁴⁶ estabeleça a correlação imediata de inadimplemento com culpa.

Definir a culpa trata-se do terceiro (e nem sempre necessário) passo em direção à responsabilidade, cumprindo, antes disso, aferir se o inadimplemento foi voluntário.

145 Como dito acima, há dissenso doutrinário sobre essa conclusão, tendo sido feita opção no presente trabalho para, a partir dessa noção, melhor restar compreendidos os efeitos do descumprimento patronal das obrigações inerentes à cláusula implícita de incolumidade.

146 Tal como Venosa (2006, p. 318), Pereira (2009b, p. 313) e Diniz (2008, p. 236).

De fato, o inadimplemento pode gerar tanto a extinção da obrigação sem maiores consequências, se esse não puder ser imputado ao sujeito passivo, como também a responsabilidade do devedor, caso em que o credor pode “exercer sobre o patrimônio do devedor o poder de suprir a ausência da prestação, direta ou indiretamente” (PEREIRA, 2009a, p. 309).

Havido o inadimplemento, “os danos decorrentes devem ser reparados, mas para isso, é preciso distinguir se a inexecução ocorreu de forma voluntária ou não” (GAGLIANO, PAMPLONA FILHO, 2010a, p. 326). Note-se que a voluntariedade não é sinônimo de culpa, mas de conduta consciente, como acima mencionado. Tanto é assim que o art. 393¹⁴⁷ do Código Civil, ao tratar das hipóteses de exclusão da responsabilidade contratual, aponta o caso fortuito e a força maior, temas que impõem a exclusão do nexo causal, alheios, pois, da seara da culpa.

Em verdade, a partir do tipo de obrigação assumida é que se exigirá a aferição de culpa para que o inadimplemento imponha a responsabilidade (obrigação de indenizar), pois em sede de obrigações é viável que uma das partes do contrato assumira a álea relativa aos danos decorrentes do inadimplemento, como se vê expressamente da parte final do *caput* do art. 393 do Código Civil.

O exemplo do contrato de transporte, já citado, nesse aspecto é paradigmático. Estará inadimplente o transportador, independentemente de sua culpa, se o transportado não restar incólume no seu destino. E essa obrigação é imposta por norma cogente que adere ao contrato, inerente, pois, ao tipo contratual de transporte, por força dos arts. 734 e 735 do Código Civil.

Nessa linha, Cavalieri Filho (2012, p. 308) afirma que:

Na realidade, entretanto, essa presunção de culpa não resulta do simples fato de estarmos em sede de responsabilidade contratual. O que é decisivo é o tipo de obrigação assumida no contrato. Se o contratante assumiu a obrigação de alcançar um determinado resultado (obrigação de resultado – v. item 103) e não conseguiu, haverá culpa presumida, ou, em alguns casos, até responsabilidade objetiva; se a obrigação for de meio, a responsabilidade, embora contratual, será fundada na culpa provada.

De fato, como visto, a responsabilidade civil é impulsionada pelas exigências sociais de um dado tempo e local, na medida em que, em último grau, é o reflexo jurídico da necessidade ética de imputar a alguém um prejuízo, eventualmente, até,

147 Art. 393. O devedor não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito ou força maior, se expressamente não se houver por eles responsabilizado.

Parágrafo único. O caso fortuito ou de força maior verifica-se no fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar ou impedir. (BRASIL, 2002c).

ao próprio lesado, que deverá assumir o dano por ele sofrido. E como a culpa, via de regra, resta presumida na responsabilidade civil contratual, a teor do art. 389 do Código Civil¹⁴⁸ – aduz Venosa (2006, p.321) que “na inexecução do contrato, a única coisa que compete ao credor provar é o seu descumprimento. Não está obrigado a provar a culpa do outro contratante. Sua prova é objetiva: tinha que receber e não recebeu no tempo, lugar, ou modo devidos” –, parte da doutrina nunca se preocupou em estabelecer, com precisão, o *locus* da culpa, pois em sede contratual a responsabilidade civil sempre foi mais efetiva em defesa da vítima, pelas características ora apontadas, e mais, pela própria tradição em que criada a figura do contrato e da força do *pacta sunt servanda* (vide seção 3.2.2.1), com o que o tradicional trato ao tema pode ser repetido ao longo dos anos sem contestação.

Em verdade, o inadimplemento se consubstancia pelo descumprimento da obrigação, mas, como regra, gerará responsabilidade se for voluntário (ilícito objetivo). O elemento culpa ou dolo do devedor (ilícito subjetivo) interessará se a álea relativa ao descumprimento culposo não tiver, pela qualidade da obrigação assumida, sido deslocada para o devedor. Ou, em outras palavras, se o risco da inexecução, mesmo que não culposa, não for imputável ao devedor. Se a situação não for essa, ou seja, se cumprir ao devedor assumir os riscos integrais pelo inadimplemento, à responsabilidade, bastará o ilícito objetivo.

Necessário, pois, para se estabelecer o ônus e a necessidade de prova da culpa do inadimplente, analisar os tipos de obrigação, o que se verá na seção subsequente.

Quanto às modalidades do inadimplemento, pode-se falar em adimplemento defeituoso, quando o devedor cumpre a obrigação faltando aos deveres anexos decorrentes da boa-fé objetiva (PEREIRA, 2009a, p. 310). Outrossim, em inadimplemento absoluto e relativo, respectivamente, quando a prestação já não mais poderá ser cumprida, e se ainda é possível o cumprimento e esse é de interesse do credor (situação em que se verifica a mora, o atraso no cumprimento de uma obrigação). Por fim, em total ou parcial, situações em que os deveres contratuais não foram integral ou parcialmente cumpridos (DINIZ, 2008a, p. 237). Temas de extremo relevo para o Direito, pois permitem construções como a do adimplemento substancial, não será analisado pelas restrições do presente objeto

148 Art. 389. Não cumprida a obrigação, responde o devedor por perdas e danos, mais juros e atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários de advogado (BRASIL, 2002c)

de estudo.

Todavia, antes de encerrar o tema, importa mencionar que o descumprimento do dever contratual originário (integral ou parcialmente, ou no modo e tempo devidos), ainda que se fale em perdas e danos no art. 389 do Código Civil, normalmente gera uma execução para cumprimento da obrigação específica, aquela mesma que se pactuou, *ad rem ipsam*, sem embargo das perdas e dano relacionadas ao atraso. Se essa não é mais querida ou possível, aí sim, “procura-se a execução pelo equivalente, através de um elemento compensatório, que vem suprir a ausência de execução direta” (PEREIRA, 2009a, p. 311).

4.5.1.2.1 Obrigações de meio, de resultado e de segurança ou garantia

Como mencionado, a responsabilidade civil contratual tem como regra dispensar a vítima do ônus da prova da culpa. Todavia, essa situação não é absoluta, pois, em verdade, isso somente ocorrerá nas obrigações de resultado e de garantia.

A partir da aplicação da teoria do resultado nas obrigações contratuais, criada por Demogue¹⁴⁹ (PEREIRA, 2009a, p. 47), pode-se fazer uma distinção entre obrigações de meio e de resultado, a qual pode ser resumida, de acordo com Stoco (2004, p. 160), citando Lopez¹⁵⁰, pela verificação de que “na obrigação de meios a finalidade é a própria atividade do devedor e na obrigação de resultado, o resultado dessa atividade”.

De fato, as chamadas obrigações de resultado são aquelas em que o devedor se compromete a necessariamente entregar um dado bem jurídico, ou, em outras palavras, a prestação refere-se a alcançar determinado fim. “A execução considera-se atingida quando o devedor cumpre o objetivo final” (PEREIRA, 2009a, p. 47).

Por seu turno, são obrigações de meio aquelas em que cumpre ao devedor atuar da maneira mais diligente possível para a obtenção de um resultado, embora não possa garantir o atingimento desse objetivo almejado de forma definitiva. A

149 DEMOGUE. **Obligations**. V, n. 1.237.

150 LOPEZ, T. A. **O dano estético**. São Paulo: Editora RT, 1980, p.32.

prestação não abrange a obtenção de um desiderato, mas sim o emprego de um dado meio (com atenção, diligência e cuidado por parte do agente) para que esse eventualmente possa ser observado. Se não desviados esses cuidados na omissão, a obrigação está cumprida pela conduta, independentemente do resultado final.

É o caso da obrigação do advogado quando contratado para defender uma causa, ou de um médico que empreenderá uma cirurgia de risco. O objeto desses negócios jurídicos é um agir, e não um resultado, pois esse não pode ser garantido (GAGLIANO, PAMPLONA FILHO, 2010b, p. 134).

Todavia, a culpa ainda deve ser verificada em qualquer das situações. A diferença no trato de cada uma das modalidades de obrigações é a presunção da culpa pelo inadimplemento da obrigação de resultado, o que não se verifica naquela de meio. Nesse último caso, mantém-se com o credor do contrato o ônus de provar culpa na ação ou omissão danosa da parte que descumpriu a obrigação.

Como aduz Stoco (2004, p. 161):

Portanto, tanto na obrigação de meio como na de resultado impõe-se a existência de culpa (*lato sensu*). Na obrigação de meios, o credor deverá provar a conduta ilícita do obrigado, isto é, que o devedor não agiu com atenção, diligência e cuidados adequados na execução do contrato. Na de resultado presume-se que a sua não obtenção decorreu de atuação inadequada ou culposa do contratado.

Embora necessário o elemento anímico para aferição da responsabilidade pelo inadimplemento nesses casos, regra geral, é de menor importância a definição dos graus da culpa, salvo quando assim expresso no ordenamento, como se nota nos contratos benéficos previstos no art. 392 do Código Civil.

Agora descolada da noção de culpa, deve-se apontar ser viável a existência de situações em que a responsabilidade contratual é objetiva, pela especial qualidade da obrigação assumida. Tratam-se de situações em que a obrigação de resultado é qualificada, pois retirado o risco do inadimplemento involuntário da álea do credor dessa obrigação, passando a ser denominada de obrigação de garantia ou segurança¹⁵¹. Seu conteúdo é para Venosa (2006, p. 61), excluir um risco que paira sobre o credor. Sobre o tema, aduz Cavalieri Filho (2012, p. 379):

151 Para Noronha (1999, p. 38), todavia, nas obrigações de resultado, ao invés de existir uma inversão do ônus da prova da culpa, há responsabilidade objetiva (obrigações essa que chamamos de garantia). Para esse doutrinador, a obrigação de garantia é regida pela responsabilidade civil objetiva, mas agravada, pois sem importância a prova do nexó. Assim, diante de obrigações de garantia vigoraria a noção de risco integral. Não é, pois, a taxonomia utilizada no presente estudo.

Enquanto o conteúdo da obrigação de resultado é o resultado em si mesmo, o conteúdo da obrigação de meio é a atividade do devedor. Na primeira, a culpa contratual é presumida (relativa ou absolutamente), chegando, às vezes, à responsabilidade objetiva, como no caso do transportador, de sorte que, inadimplida a obrigação, não obtido o resultado, o devedor fica obrigado a reparar o dano.

Esse é, como dito, o caso da obrigação de segurança do transportado e de sua bagagem, advinda da cláusula implícita de incolumidade inerente ao contrato de transporte. Segundo Venosa (2006, p.62), “o dever de segurança é ínsito a algumas obrigações de resultado. O contrato de transporte é exemplo típico. O transportador obriga-se a transportar, sãs e salvas, mercadorias e pessoas.”

O transportador, ao assumir a obrigação de transporte, implicitamente assume outra obrigação inerente ao tipo contratual imposto para essa modalidade de trânsito jurídico, decorrente de imposição legal cogente (pelo fenômeno já explicitado do dirigismo contratual). Assim, obriga-se a um resultado especial, qual seja, chegar ao destino definido, mas garantida a incolumidade do passageiro e de sua bagagem.

A álea contratual resta, assim, com o transportador, ficando o transportado isento dos riscos do contrato. Nas palavras de Aguiar Dias (2006, p. 248):

Com efeito – e isto vale para as obrigações em geral – o contrato não cria somente os deveres que lhe são peculiares, mas também os que decorrem da equidade, dos costumes e da lei. Não se trata, como erroneamente há quem sustente, de contrato sobre a incolumidade, tanto que essa obrigação não exclui a culpa, isto é, isto é, não atenua em nada a responsabilidade do devedor, efeito que poderia ter uma estipulação sobre a incolumidade física. O objeto da obrigação de custódia, cláusula implícita de segurança, é assegurar o credor contra os riscos contratuais, isto é, pôr a cargo do devedor a álea do contrato, salvo, na maioria dos casos, a força maior. Nesse sentido, é que se diz existir uma obrigação de custódia, que pode variar de severidade, conforme o contrato.

Descumprida a obrigação, nessa hipótese, não se perquire de culpa para considerar o transportador inadimplente uma vez sobrevindo o dano, na forma do art. 734 do Código Civil. Esse haverá de repará-lo, salvo hipóteses excludentes do nexu causal.

A aferição do tipo de obrigação assumida em um contrato está ligada à natureza da atividade contratada. Ainda de acordo com Stoco (2004, p. 161):

Corolário lógico é que a obrigação de meio ou de resultado tem a ver com a atividade exercida pelo profissional ou prestador de serviços e sua natureza, considerando que cada uma delas, por suas peculiaridades, impõe um nível ou limite de comprometimento.

Nas palavras de Venosa (2006, p. 59), para que se faça a distinção entre as modalidades de obrigação, “a idéia fundamental reside na noção de saber e de examinar o que o devedor prometeu e o que o credor pode razoavelmente esperar”.

Dessa forma, tem-se que é a partir do dever jurídico originário entabulado entre as partes, da obrigação assumida, ou do modelo contratual elegido para o dado trânsito jurídico (porquanto muitas vezes a obrigação de garantia é determinada por norma cogente) que poderá ser verificada a natureza da obrigação e, a partir daí, o ônus da prova da culpa na conduta ou a desnecessidade de sua averiguação.

4.5.1.3 A responsabilidade pela conduta ou inadimplemento de outrem

Como exceção à regra de que cada qual responde por seus atos, é de se mencionar, entre outras, a responsabilidade objetiva do empregador por atos de seus empregados ou prepostos no exercício da atividade – art. 932, III, do Código Civil – a partir da qual se pode imputar àqueles, independentemente de sua culpa, os resultados danosos da quebra de dever originário desses.

Note-se que, agora expressamente objetivada essa espécie de responsabilidade, na vigência do Código Civil de 1916 era tratada como espécie de presunção de culpa (PAMPLONA FILHO, 2003, p. 275).

Em verdade, refere a quebra de dever de vigilância, com o que se pode apontar ilícito mesmo na conduta do responsável indireto, o que mantém a congruência da noção de responsabilidade civil como decorrência de ilícitos.

E, na esfera contratual, também é aferível, pois perfeitamente viável que o inadimplemento ocorra não exatamente pelo contratante, mas por algum auxiliar seu, sempre que a obrigação não seja personalíssima (AGUIAR DIAS, 2006, p. 231-232).

De se ressaltar que deve ser aferida a responsabilidade do autor direto na forma aplicável ao caso, para apenas, em momento seguinte, responsabilizar diretamente o empregador (AMARAL, 2008, p. 587).

4.5.2 Dano

Não se pode falar em responsabilidade civil sem que se esteja diante de um dano, de natureza patrimonial ou extrapatrimonial, causado à vítima (DINIZ, 2008a, p.37-38).

Trata-se, pois, de elemento fulcral à responsabilidade civil, a qual tem como problema primordial apontar o responsável por ele, havendo, até quem nomine essa seara do Direito como Direito de Dano¹⁵².

Consoante Cavalieri Filho (2012, p. 76-77):

O dano é, sem dúvida, o grande vilão da responsabilidade civil. Não haveria que se falar em indenização, nem em ressarcimento, se não houvesse o dano. Pode haver responsabilidade sem culpa, mas não pode haver responsabilidade sem dano. A obrigação de indenizar só ocorre quando alguém pratica ato ilícito e causa dano a outrem. O dano encontra-se no centro da regra de responsabilidade civil. O dever de reparar pressupõe o dano e sem ele não há indenização devida. Não basta o risco de dano, não basta a conduta ilícita. Sem uma consequência concreta, lesiva ao patrimônio econômico ou moral, não se impõe o dever de reparar.

Pode-se conceituar dano como uma ofensa a um bem jurídico tutelado, que pode ser de ordem patrimonial ou extrapatrimonial (PEREIRA, 2009a, p. 319).

De fato, a noção contemporânea de danos não mais autoriza que se exclua da proteção jurídica interesses de matiz não patrimonial, pois reconhecido seu caráter pluridimensional (PALMEIRA SOBRINHO, 2012, p. 83). Em verdade, no atual estado de desenvolvimento do Direito, há que se compreender que, consoante Fachin (2006, p. 48), “a pessoa, e não o patrimônio, é o centro do sistema jurídico, de modo que se possibilite a mais ampla tutela da pessoa, em uma perspectiva solidarista que se afasta do individualismo que condena o homem à abstração”, constituindo “o Homem como centro de partida e chegada do sistema jurídico” (DALLEGRAVE NETO, 2003, p. 88).

O dano indenizável ou compensável, que se garante por meio da tutela ressarcitória, deve ser certo, efetivo (MARINONI, 2008, p. 248-249). Não basta uma hipótese ou probabilidade – as quais são suficientes para o deferimento de tutelas inibitória e reintegratória (MARINONI, 2003, p. 476 e 487), ora alheias ao objeto de estudo.

¹⁵² De acordo com Barroso e Frota (2010, p. 104-105), em um processo em que se desloca a investigação do lesante para o dano a ser reparado, com foco na vítima, a partir de uma ética da alteridade.

Quando se refere à certeza do dano, está-se a falar de sua existência, e não da sua atualidade ou tampouco de seu montante, pois “o dano pode ser atual ou futuro, isto é, potencial, desde que seja consequência necessária, certa, inevitável e previsível da ação” (DINIZ, 2008a, p. 64).

Quanto ao aspecto da certeza, interessante notar a teoria da perda da chance, permite alguma maleabilidade nesse requisito, como se verá.

Como espécies de danos, pode-se falar em material¹⁵³ ou moral¹⁵⁴, sendo que “ambos podem ser efeito de um mesmo acontecimento” (AMARAL, 2008, p.560).

Aquele refere-se a uma lesão a direito economicamente aferível, à esfera patrimonial do indivíduo. De se ressaltar que o patrimônio pode ser atingido de duas formas, pelos danos emergentes ou pelos lucros cessantes.

O dano emergente reflete os prejuízos derivados diretamente do fato jurídico gerador da responsabilidade civil, como tratamento médico, medicamentos, transporte, entre outros, conforme se infere da indicação meramente exemplificativa do art. 948, I, do Código Civil. Ou seja, aquilo que a vítima ou o credor perdeu. É de fácil aferição como regra, pois seu montante decorre do resultado do balanço patrimonial do lesado, que teve diminuído o ativo, ou aumentado o passivo (DINIZ, 2008a, p. 66), o que se chama de Teoria da Diferença (MORAES, 2003, p. 143).

Por seu turno, os lucros cessantes consubstanciam-se em uma frustração da expectativa de lucro do lesado, aferida por um critério de razoabilidade, alicerçado no bom senso, nas circunstâncias do caso (PEREIRA, 2009a, p. 333) e no que ordinariamente aconteceria se inexistente o ato ilícito. Refletem, pois, “a consequência futura de um fato já ocorrido” (CAVALIERI FILHO, 2012, p. 79) e não um lucro hipotético ou imaginário, o qual não é indenizável, na medida em que incerto.

De forma simples porém clara, o primeiro refere-se ao que perdeu a vítima, e o segundo o que deixou de lucrar. De acordo com Paulo¹⁵⁵, citado por Pereira

153 Há quem distinga esse do dano patrimonial (PEREIRA, 2009a, p. 332), sutileza desnecessária para os fins desse estudo.

154 De acordo com Amaral (2008, p. 561), o termo dano moral é usado no Brasil por influência da doutrina francesa e a expressão *dommage moral*. Em Alemanha, Itália e Portugal, é difundido o termo dano não patrimonial para referi-lo.

155 PAULO. **Digesto**. Livro 46, tít. VIII, fr.13

(2009a, p. 321) “*quantum mihi abest, quantumque lucrui potui*”.

Há quem aponte um terceiro gênero, situado para além dos lucros cessantes mas antes do dano incerto não indenizável, abarcada pela teoria da perda da chance, de origem franco-italiana (PEREIRA, 2009a, p. 334-335), que visa reparar o provável ganho que adviria de uma situação vantajosa efetivamente perdida. Assim, compreende-se como chance a probabilidade de obtenção de lucro ou abstenção de perda.

Na medida em que fulcrada em um grau de probabilidade, há quem exija ser essa superior a 50% (PEREIRA, 2009a, p. 335). Por esse mesmo motivo, ao contrário dos lucros cessantes, cuja reparação é integral em relação ao benefício esperado (porquanto fundado em forte probabilidade, embora não em certeza absoluta), nesse caso a reparação deve ser proporcional às chances de obtenção desse benefício (DINIZ, 2008a, p. 69).

Por outro lado, na medida em que o anseio por uma situação melhor tem evidentes reflexos na esfera psíquica do indivíduo, a jurisprudência tem reconhecido a aplicação da teoria em relação a danos morais, de acordo com Cavalieri Filho (2012, p. 85-87).

Por seu turno, o dano moral é a “lesão de bem jurídico não patrimonial”, ofensa a direito da ordem da personalidade, políticos sociais e familiares (AMARAL, 2008, p. 561), garantidos em tantos dispositivos de ordem constitucional e infraconstitucional que basta citar somente sua matriz, o princípio da dignidade humana (art. 1º, III da Constituição Federal).

É interessante notar que não se deve compreendê-los como a “dor” moral, ofensa psíquica, vexame, humilhação, etc., pois esses são as conseqüências dos danos morais, e não sua causa, a qual é, em verdade, o ataque a direitos extrapatrimoniais, como a vida, a integridade física, psíquica e moral. De acordo com Lôbo (2002, p. 364-365), inexistem danos morais para além das ofensas aos direitos da personalidade, pois esses surgem da “violação do dever de abstenção a direito absoluto de natureza não patrimonial”, e “direitos absolutos de natureza não patrimonial, no âmbito civil, para fins de danos morais, são exclusivamente os direitos de personalidade”. A partir dessa concepção, sofre dano moral o psicopata pelo falecimento de seu genitor, embora não tenha nenhuma reação psíquica pelo fato. Entendimento em sentido diverso pode levar ao absurdo da exigência de prova técnica para se aferir o grau de sensibilidade emocional do lesado.

Os danos materiais devem ser comprovados por quem os alegar (DINIZ, 2008a, p. 60) na demanda ressarcitória – consubstancia-se fato constitutivo do direito do autor, a teor do art. 333, I do Código de Processo Civil –, sendo de se ressaltar que pode ser presumido o dano material diretamente decorrente do descumprimento da obrigação, na seara da responsabilidade civil contratual. De acordo com Gagliano e Pamplona Filho (2010c, p. 77), “em se tratando de responsabilidade contratual, o comportamento da parte inadimplente que deixa de cumprir a obrigação convencionada carrega em si a presunção de dano”, tanto que a estipulação de uma cláusula penal pode ser um meio de predefinir o dano derivado do inadimplemento. Isso porque, de acordo com Pereira (2009a, p. 322):

Era lícito ao credor esperar que execução da obrigação lhe proporcionasse um incremento patrimonial, conseqüente ao acrescentamento econômico que a prestação lhe taria. A inadimplência veio privá-lo, a uma só vez, deste acréscimo e daquele benefício.

Por seu turno, os danos morais presumem-se *in re ipsa*, sendo desnecessária sua prova, pois derivados do simples fato da violação do direito extrapatrimonial (PEREIRA, 2009a, p. 332). São aferidos a partir de um critério médio observado pelas regras de experiência, verdadeira presunção *hominis*, com o que provado o fato ofensor de direito personalíssimo restará presumido o dano moral. Isso pelo simples fato de não conterem em si “utilidade econômica direta”, sendo “insuscetíveis de avaliação pecuniária” (AMARAL, 2008, p. 560)

Somente são indenizáveis os danos diretos e imediatos da conduta ilícita ou do inadimplemento, na forma do art. 403 do Código Civil, “ou seja, só se deverá indenizar o prejuízo que decorra diretamente da conduta ilícita (infracional) do devedor (art. 403 do CC-02 e art. 1.060, CC-16), excluídos os danos remotos” (GAGLIANO, PAMPLONA FILHO, 2010b, p. 327).

Dentro desse tema, interessante mencionar o dano reflexo ou em ricochete, sofrido por pessoa próxima da vítima direta do dano, que também pode ser tanto moral quanto material. Surge em situações em que o ilícito extrapola o âmbito da vítima, afetando bem jurídico de terceiro, em razão de vínculo desse com aquela (DINIZ, 2008a, p. 84). Para que se possa aferi-lo, deve-se observar um critério de nexo de causalidade entre a conduta e o dano do terceiro, cumprindo a reparação se essa relação for verificada.

Cuidando desses danos em sede de responsabilidade civil por acidente de

trabalho, sugere Oliveira (2009, p. 287), no que se refere ao danos materiais, que seja avaliada a dependência econômica em face do acidentado, presumida em certas hipóteses (as mesmas da legislação previdenciária, que pode ser usada em analogia), e, para os danos morais em caso de morte ou lesão grave, que se parta de presunção para o núcleo familiar mais próximo e, para os demais, que se exija provas de laços afetivos.

Outrossim, embora seja mais simples pensar na existência de danos em ricochete na esfera extracontratual, como no exemplo dos filhos dependentes da vítima fatal de um atropelamento, “pode ocorrer que a infração contratual provoque danos a alguém que não tenha sido parte na relação obrigacional” (DINIZ, 2008a, p. 85-86), caso em que se formará uma relação extracontratual de responsabilidade entre o sujeito passivo da obrigação e a vítima do dano em ricochete, desde que a inadimplência tenha ofendido direito dessa.

A indenização dos danos segue a regra do *restitutio in integrum*, na forma dos artigos 402 e 944 do Código Civil. Partindo dessa concepção da restituição integral, de pouca relevância a aferição sobre se o dano era previsível ou imprevisível, ou mesmo qual o grau de culpa do agente (PEREIRA, 2009a, p. 322), a não ser para a aplicação da regra do par. ún. do art. 944 do Código Civil, em que é permitido ao juiz diminuir a indenização proporcionalmente ao grau de culpa em face do dano, situação essa excepcionalíssima, cuja utilização, embora fundada na equidade, para evitar indenizações desproporcionais, pode gerar injustiças ante o critério adotado pelo legislador, de gradação da culpa, quando poderia ser outro, como situação patrimonial das partes (STOCO, 2004, p. 1189-1190).

O dano material pode ser reparado de mais de uma forma, sendo a mais natural a restituição do bem atingido, o que nem sempre é possível, ou mesmo suficiente. Assim, comumente a responsabilidade subsume-se em uma prestação pecuniária, se não integral (regra geral – caso em que será definida de acordo com a extensão do dano, na forma dos artigos do Código Civil acima citados), ao menos aliada à restituição do bem, que pode não mais ter seu valor originário se consertado ou entregue em modo e tempo diverso daquele pretendido pela vítima (GOMES, 1997, p.180-182).

Já os danos morais, porquanto direitos personalíssimos não apresentam conteúdo patrimonial¹⁵⁶, não podem ser ressarcidos (não são indenizáveis porque o

156 É bem verdade que a exploração de um direito extrapatrimonial pode gerar lucro (DINIZ, 2008,

dano não pode ser extirpado, “o dinheiro não desempenha função de equivalência” (DINIZ, 2008a, p. 60) – uma vez lesado, o bem imaterial jamais restará *in demne*, pois inviável o retorno ao *status quo ante*. Comportam, entretanto, uma compensação, com fulcro tanto na ideia de penalidade ao responsável¹⁵⁷ (CAVALIERI FILHO, 2012, p. 106), quanto de alento à vítima por meio de prestação pecuniária. De acordo com Amaral (2008, p. 562), “não há por que recusar-se o ressarcimento do dano moral, misto de pena e de compensação”.

Para a fixação do *quantum* compensatório do dano moral, ante o valor inestimável dos bens jurídicos atingidos, deve-se evitar a tarificação, adequando-o a cada caso concreto. Trata-se de tarefa das mais difíceis ao magistrado, que, para a quantificação, leva em consideração a extensão e repercussão do dano (art. 944 do Código Civil) e a culpa do agente (art. 945 do Código Civil), de forma que não seja tão ínfimo que não seja sentido pelo seu causador, considerada sua situação econômica, nem tão grande que gere enriquecimento sem causa ao lesado. Em resumo, deve-se buscar a lógica do razoável, já propugnada por Siches¹⁵⁸ como a lógica de todo o Direito (DALLEGRAVE NETO, 2003, p. 104).

Resta mencionar ainda o dano estético, “uma alteração morfológica no indivíduo” (DINIZ, 2008a, p. 80), gerado desde por uma marca ou cicatriz até por uma lesão deformante ou mutiladora.

Essa modalidade de dano pode ser compreendida tanto como hipótese de dano moral, como eventualmente também material, se a repercussão gerada, para além da esfera do direito extrapatrimonial à imagem, também apontar para lucros cessantes ou perda de chance de acordo com o tipo de lesão e a atividade da vítima (DALLEGRAVE NETO, 2007, p. 158), casos em que se tratará da reparação quando

p.74), como o caso da imagem de um jogador de futebol. Todavia, nesse caso, seu atingimento terá dois efeitos. Gerará dano de ordem moral, relacionado à ofensa ao direito em si, e outro material, pelos prejuízos gerados a partir do uso comercial desse direito. Dessa forma, absolutamente viável que uma lesão na face de uma modelo, a princípio uma ofensa à direito extrapatrimonial, a saber, a integridade física, gere mais de uma modalidade de dano, pois sua imagem constitui elemento produtivo com o qual obtém riqueza.

157 A separação entre público e privado, segundo Moraes (2003, p. 201-202), é o que justificou a estrita separação entre pena e indenização que se verifica no Direito Civil tradicional, sendo certo que hoje se observe cada vez mais adeptos na jurisprudência e doutrina à tese de que a compensação também tem fins punitivos ou de retribuição do “mal com mal” (MORAES, 2003, p. 218-219).

158 SICHES, L. R. **Nueva Filosofía de la interpretación del derecho**. México: Porrúa, 1973, p. 181.

da liquidação de cada uma dessas modalidades de danos. Pode, ainda, ser compreendida como um terceiro gênero, consoante verificado na súmula 387 do STJ¹⁵⁹ que determina a fixação de compensação em separado do dano moral.

No Direito das Obrigações, o termo legal usado para referir-se aos danos é “perdas e danos”, como se nota dos arts. 389 e 402 do Código Civil (BRASIL, 2002c). Expressão muito ampla, e portanto, pouco feliz para apontar seu real significado, de acordo com Azevedo (2000, p.238), nada mais é do que o dano material ou moral sofrido pelo inadimplemento.

Entende a doutrina majoritária que podem abarcar tanto os danos morais quanto materiais decorrentes do descumprimento da obrigação assumida (GAGLIANO, PAMPLONA FILHO, 2010b, p. 324).

Enquanto os primeiros, a princípio, como já mencionado, presumem-se do inadimplemento – pois não há obrigação sem algum conteúdo patrimonial, e “há casos, especialmente na seara da responsabilidade contratual, em que a lei presume a existência de um dano exonerando o lesado do ônus de provar a sua ocorrência” (DINIZ, 2008a, p. 60) –, os últimos devem ser comprovados, ou ao menos presumidos a partir de um critério de maior gravosidade do que o mero aborrecimento ordinário decorrente da perda patrimonial, o qual resta englobado no próprio dano material (CAVALIERI FILHO, 2012, p. 94).

Consoante Severo (1996, p. 58, grifo do autor) “o dano extrapatrimonial pode manifestar-se pelo *não-cumprimento de uma obrigação*, pelo seu *cumprimento defeituoso* ou pela *quebra de deveres secundários derivados da boa-fé*”, referindo, em relação a esse último, os “deveres de proteção, informação e lealdade”.

Dessa forma, resta certa a viabilidade da aferição de dano moral em sede de responsabilidade civil contratual. Esse decorrerá da natureza da ofensa (uma vez atingido direito extrapatrimonial, o qual pode restar tutelado por obrigação contratual, inclusive pelos deveres impostos pela boa-fé objetiva – para além, pois, de deveres gerais legalmente impostos) ou de situações que extrapolem o aborrecimento normal daquele que tem seu interesse contrariado, o que, portanto, em nada difere da regra geral relativa à responsabilização por danos morais na seara aquiliana.

De todo o exposto, resta evidente que, no que concerne ao dano como

¹⁵⁹ Licitude - Cumulação - Indenizações de Dano Estético e Dano Moral. É lícita a cumulação das indenizações de dano estético e dano moral. (BRASIL, 2009b).

pressuposto da responsabilidade civil, em nada difere o trato em qualquer de suas modalidades, a não ser pela facilitação da prova do dano material decorrente do conceito de inadimplemento.

4.5.3 Nexo de causalidade

Aduz Pereira (2009a, p. 339, grifo do autor) que “é pressuposto essencial da reparação, em regra, a *imputabilidade* da falta, contratual ou extracontratual, ao agente”, sendo esse liame entre a quebra de um dever originário e o dano que se nomina nexos de causalidade.

De acordo com Serpa Lopes (1961, p. 252), essa imputabilidade não é a mesma mencionada quando da análise da culpa, a qual refere-se à vontade do autor (ou seja, à imputação subjetiva de uma conduta), mas sim à imputabilidade objetiva de um dano a uma dada ação ou omissão, em outras palavras, a origem daquele nessa (DINIZ, 2008a, p. 108), ou ainda, a relação de causa e efeito entre o fato e o dano (AMARAL, 2008, p. 558).

Não é, pois, suficiente que alguém tenha desrespeitado um dever originário, agindo ou omitindo-se ilicitamente – note-se que a omissão também pode ser causa de algo, embora, ontologicamente seja “nada” (CAVALIERI FILHO, 2012, p. 67), pois, nessa hipótese, refere-se a deixar de agir da forma devida – ou que a vítima tenha sofrido um dano. É essencial para a responsabilização, a exceção das hipóteses de aplicação da teoria do risco integral, que o dano tenha sido causado pela conduta ilícita.

Assim, pode-se entender como nexos de causalidade a ligação entre a conduta ilícita (ou o inadimplemento) e o dano, o elo etiológico entre esses elementos, acima aferidos.

Reiteradamente, e com acerto, menciona-se que esse pressuposto, embora em um primeiro momento pareça simples, é um dos mais complexos da responsabilidade civil, “o último, e talvez mais melindroso de todos eles” (GAGLIANO, PAMPLONA FILHO, 2010c, p. 127). Consoante afirma Serpa Lopes (1961, p. 251):

É uma noção aparentemente fácil e limpa de dificuldade. Mas se trata de mera aparência, porquanto a noção de causa é uma noção que se reveste de um aspecto profundamente filosófico, além das dificuldades de ordem prática, quando os elementos causais, os fatores de produção de um prejuízo se multiplicam no tempo e no espaço.

Não diverge do entendimento Pereira (1998, p. 76):

Este é o mais delicado dos elementos da responsabilidade civil e o mais difícil de ser determinado. Aliás, sempre que um problema jurídico vai ter na indagação ou na pesquisa da causa, desponta a complexidade maior.

Isso porque se trata de um elemento lógico-normativo, lógico porque impõe um juízo de probabilidade a partir de uma relação de pertencimento entre elementos de fato, e normativo porque inserido no sistema de Direito (CAVALIERI FILHO, 2012, p. 56), ou seja, extrapola os limites do conhecimento técnico do jurista, impondo-lhe uma mirada ao que ordinariamente ocorre e o que se pode presumir, o que implica em um juízo de bom senso e razoabilidade.

De fato, pode-se afirmar que no atual estágio evolutivo da responsabilidade civil, ante a cada vez mais abrangente onda de objetivação (NORONHA, 1999, p. 35), não é mais a prova da culpa, mas sim do nexos, que desperta as maiores dificuldades para que se atinja um resultado satisfatório de responsabilização.

Tanto é assim que, ao tratar da crescente tendência de erosão dos filtros da responsabilidade civil (culpa e nexos causal) Schreiber (2005, p. 53) afirma que:

Nesse novo contexto, resta claro que a prova da culpa perdeu muito de seus tormentos originais, não apenas por força da marcha da responsabilidade objetiva, mas também em virtude das transformações vividas no âmbito da própria responsabilidade por ato ilícito. Facilitada a prova da culpa, verifica-se o considerável aumento do fluxo de ações de indenização a exigir provimento jurisdicional favorável por parte dos tribunais. Corrói-se, por assim dizer, um dos filtros tradicionais da responsabilidade civil, sendo natural que as atenções se voltem – como, efetivamente, têm-se voltado – para o segundo filtro, qual seja, a demonstração do nexos causal.

Todavia, ao contrário do que se procedeu com a prova da culpa, não se tem verificado o mesmo tratamento rigoroso quando se fala do nexos causal (SCHREIBER, 2005, p. 53), em grande parte pelo fato de que não é um elemento exclusivamente jurídico.

De fato, embora existentes diversas teorias sobre o nexos causal, sendo três as mais difundidas (*conditio sine qua non*, causalidade direta ou imediata e causalidade adequada), não se pode garantir, com nenhuma delas, resultados perfeitos e acabados para todos os problemas inerentes ao tema (CAVALIERI

FILHO, 2012, p. 50), especialmente no que se refere às duas últimas, normalmente tratadas como sinônimas ou conjugadas suas ideias em uma só. De acordo com Tepedino (2000, p. 9):

A tendência a uma interpretação evolutiva, aliás, encontra-se presente na jurisprudência brasileira, a tal ponto que, sob influência de todas as três correntes antes mencionadas, os Tribunais fixam o nexos de causalidade de forma intuitiva, invocando alternativamente a teoria da causalidade adequada, da interrupção do nexos causal, e da *conditio sine qua non*, sempre na busca de um liame de necessidade entre causa e efeito, de modo que o resultado danoso seja consequência direta do fato lesivo.

Vive-se, pois, momento em que a análise do nexos causal ainda é por demais empírica, o que gera os evidentes problemas tanto da dificuldade de sua prova quanto o da indevida imputação de responsabilidade em outras hipóteses. Isso a ponto de os tribunais franceses usarem o que Potier¹⁶⁰ chamou de “presunções clandestinas de causalidade”, ou seja, apontamentos de nexos causal em situações concretas sem nenhuma sustentação legal (SCHREIBER, 2005, p. 54-55).

De toda sorte, importante analisar as principais teorias.

A primeira delas é a da equivalência das condições (*conditio sine qua non*), elaborada por Von Buri na segunda metade do século XIX (GAGLIANO, PAMPLONA FILHO, 2010c, p. 128), e difundida na seara do Direito Penal – de acordo com o art. 13 do Código Penal, cumprindo a limitação da espiral causal pelo dolo ou culpa, de acordo com o tipo penal em tela.

De acordo com essa teoria, todos os fatores causais que contribuem para o dano têm a mesma relevância, pouco importando qual provocou a efetivação do prejuízo de forma imediata. Em outras palavras, qualquer antecedente que eliminado em um processo mental hipotético faça desaparecer o resultado deve ser considerado causa.

Não diferencia, pois, causa e condição, estando todas essas, uma vez concorrendo para o resultado, no mesmo patamar de equivalência (CAVALIERI FILHO, 2012, p. 51).

É criticada porque, de acordo com Malaurie e Aynès¹⁶¹, citados por Pereira

160 POTIER, C. **Les présomptions de causalité**. Paris: Université de Paris I – Pantheon Sorbonne, 1995-1996, p. 7.

161 MALAURIE, P.; AYNÈS, L. **Droit Civil**: Les Obligations, n. 46, p. 47.

(1998, p. 78) pode levar a cadeia causal ao infinito, de sorte que, ao cabo de sua aplicação, “tenderia a tornar cada homem responsável por todos os males que atingem a humanidade”. Assim, a mineradora de ferro seria responsável por acidentes de trânsito em que se envolvem os veículos fabricados com o insumo por ela vendido.

Outra teoria difundida é a da causalidade direta ou imediata, também chamada da interrupção do nexos causal, desenvolvida no Brasil por Alvim¹⁶² (GAGLIANO, PAMPLONA FILHO, 2010c, p. 132), pela qual o nexos de causalidade é encontrado no evento cuja consequência direta e imediata foi o dano.

De acordo com Tepedino (2000, p. 6), é a adotada pelo STF. Também filia-se a essa corrente Amaral (2008, p. 559). Esse entendimento decorre da dicção do art. 403 do Código Civil (BRASIL, 2002c), que menciona “efeito dela direto e imediato”, de forma que o nexos existe quando é efeito necessário de uma causa.

O dano indenizável é sempre abarcado quando decorrência direta e imediata do fato, mas pode ser também incluído o dano indireto e remoto, se inexistir uma concausa sucessiva hábil a romper o liame causal. Embora contrária a literalidade da norma, essa possibilidade advém da interpretação de que as expressões “direto” e “imediato” são sinônimas e reforçativas, a partir da “subteoria da necessariedade da causa” (TEPEDINO, 2000, p. 8), também mencionada por Pereira (2009a, p. 331).

Assim, dano indenizável é aquele que se revela como consequência necessária do descumprimento do dever originário, mesmo que sejam danos indiretos, desde que mantida essa necessariedade (com o que, obviamente, se o dano não conta com esse liame de necessariedade não deve ser integrado à responsabilidade, restando, pois, afastados aqueles decorrentes de elementos meramente hipotéticos ou fatos anormais).

Dessarte, deixa de ser necessária uma causa quando outra interfere com maior vigor, e não a partir de sua distância em relação ao dano, consoante Alvim¹⁶³, citado por Tepedino (2000, p. 8).

162 ALVIM, A. **Da inexecução das obrigações e suas consequências**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1972.

163 *Ibidem*, p. 360-361.

Finalmente há a teoria da causalidade adequada, desenvolvida por Von Kries e aperfeiçoada por Rümelin (GOMES, 2000, p. 72), que considera existente o nexos quando a conduta analisada é idônea – não apenas necessária, mas também adequada – para a produção do evento danoso. Dessa forma, há nexos causal entre a causa mais apropriada para a produção do dano.

Funda-se em uma apreciação probabilística do juiz, a quem cumpre definir até que ponto aquela causa adequada é apta para o atingimento do resultado observado.

De acordo com Garcez Neto¹⁶⁴, citado por Cavalieri Filho (2012, p. 53):

A pergunta que, então, se faz é a seguinte: a ação ou omissão do presumivelmente responsável era, por si mesma, capaz de normalmente causar o dano?

Tal pergunta é uma consequência deste princípio: para se estabelecer a causa de um dano é preciso fazer um juízo de probabilidades. Portanto, se se responde afirmativamente, de acordo com a experiência da vida, se se declara que a ação ou omissão era adequada a produzir o dano, então, este é objetivamente imputável ao agente. O juízo de probabilidades ou previsibilidade das consequências é feito pelo juiz, retrospectivamente, e em atenção ao que era cognoscível pelo agente, como exemplar do tipo do homem médio.

Dessa forma, não se pode negar deixar ao magistrado uma certa dose de discricionariedade, pois a esse restará a tarefa de compreender, abstratamente, se a conduta era efetivamente hábil para atingir o resultado final.

É a adotada no Brasil, consoante Cavalieri Filho (2012, p. 52). Ghersi¹⁶⁵, citado por Gagliano e Pamplona Filho (2010c, p. 131), ao afirmar que a teoria da causalidade adequada é adotada pelo art. 906 do Código Civil Argentino após a reforma de 1968, a explica de forma clara: “su idea central es que todo daño le es atribuible a una conducta – acción u omisión – si normal y ordinariamente acaece así en las reglas de la experiencia”.

Assim, ante a diversidade de posições doutrinárias¹⁶⁶, resta concluir com Tepedino (2000, p. 9) que “torna-se indispensável ter em linha de conta não as designações das teorias, não raro tratadas de modo eclético ou atécnico pelas

164 GARCEZ NETO, M. **Prática de Responsabilidade Civil**. 2. ed. p. 43-45.

165 GHERSI, C. A. **Teoría General de la Reparación de Daños**. 2. ed., Buenos Aires: Astrea, 1999, p. 90.

166 Sendo de se mencionar Dallegrave Neto (2007, p. 168), para quem “a teoria da causalidade imediata e adequada é a que melhor se ajusta para a responsabilidade civil em nosso ordenamento jurídico”.

Cortes, senão a motivação que inspira as decisões, permeadas predominantemente pela teoria da causalidade necessária”.

De fato, na seara desse estudo, muito mais importante do que a taxonomia das teorias aplicáveis ao tema, é obter um meio de resolver o problema da concorrência de causas, pois existentes essas, a interpretação do art. 403 do Código Civil torna-se muito mais dificultosa e relevante, já que ultrapassa o problema da definição dos limites dos danos imputáveis a uma dada conduta ilícita – note-se que em situações de causalidade única, o nexo com a conduta resta evidente, com o que seu estudo tem maior importância na quantificação dos eventuais danos imputáveis ao fato – para chegar ao problema de definir a própria responsabilidade, ou seja, o liame entre o dano e o desrespeito a um dentre vários deveres originários ofendidos.

Isso porque na práxis dos acidentes de trabalho em sentido lato os danos são de muito mais fácil apreensão (pois definidos a partir das remunerações e outros direitos trabalhistas inadimplidos, da perda de capacidade laborativa, que pode ser mensurada tecnicamente, e dos danos extrapatrimoniais ofendidos, bem assim, para aqueles em ricochete, pela dependência econômica e ligação emocional com o acidentado, como acima referido) do que sua causa (ou suas várias causas, como sói ocorrer em situações de doenças ocupacionais).

Resta, pois, evidente que o estudo do nexo causal complexifica-se quando existentes causas concorrentes para um mesmo dano (TEPEDINO, 2000, p. 3).

A causalidade múltipla se verifica quando “há uma cadeia de condições, várias circunstâncias concorrendo para o evento danoso” (CAVALIERI FILHO, 2012, p. 50).

Nessas situações, há casos em que as causas, porque colidentes, serão autoexcludentes, podendo gerar a inexistência de responsabilidade do agente, e outras em que as causas, porque compatíveis, podem conviver entre si com a manutenção da responsabilidade – casos em que serão tidas como concausas.

Entende-se como concausa, de acordo com Gagliano e Pamplona Filho (2010c, p. 138), o “acontecimento que, anterior concomitante ou superveniente ao antecedente que deflagrou a cadeia causal, acrescenta-se a este, em direção ao evento danoso”. A concausa pode ser compreendida como uma outra causa, que reforça a causa principal e sua potencialidade danosa, sem romper o nexo causal dessa primeira, ou mais adequada (para a teoria da causalidade adequada) ou

necessária (para a teoria da causalidade imediata).

Quando há causalidade múltipla, essas diversas causas podem ser absolutamente independentes, se não guardarem qualquer relação entre si, ou relativamente independentes, quando mantiverem algum liame. Podem, também, ser preexistentes, concomitantes ou supervenientes, de acordo com sua temporalidade em face da outra causa.

Como exemplos tem-se o atropelamento de alguém que fora mortalmente envenenado e encontrava-se nos momentos finais da existência – o envenenamento é causa absolutamente independente do atropelamento –, ou ainda o atropelamento que gerou a internação em hospital, que por sua vez resultou em uma infecção hospitalar mortal – situação na qual a causa da morte é relativamente independente.

Uma causa preexistente, concomitante ou superveniente, se for absolutamente independente em relação à conduta do agente, pode romper o nexo causal, gerando a sua não responsabilidade (GAGLIANO, PAMPLONA FILHO, 2010c, p.138-139). Isso ocorrerá apenas se essa outra causa for, por si, a causa direta e imediata do dano (CAVALIERI FILHO, 2012, p. 63), mas não se o primeiro fato “era potencialmente idôneo para produzi-lo, isto é, trazia em si o gérmen desse resultado” (DINIZ, 2008a, p. 108).

Agora, se a segunda causa for relativamente independente, entendida como aquela que se soma ao curso causal, somente excluirá o nexo causal se for superveniente, e mais, se hábil a por si determinar a ocorrência do evento. Com isso, a causa superveniente relativamente independente torna remota a causa anterior, excluindo o nexo causal anterior pelo estabelecimento de um novo vínculo de necessariedade com o resultado danoso (TEPEDINO, 2000, p. 10). É o caso da morte gerada pelo capotamento da ambulância que atendia um ferido leve em atropelamento. Esse fato inicial não guarda nexo com o resultado final, pela interposição de uma nova causa mais adequada ao dano observado ao cabo.

Uma hipótese de concausa, relacionada a conduta da vítima, é a situação legalmente chamada de culpa concorrente, pela qual a indenização será minorada até o limite da culpa da vítima, de acordo com o art. 945 do Código Civil. Trata-se, em verdade, de concorrência de causas, de sorte que não é a culpa, a rigor, que será quantificada, mas sim a eficácia causal de cada uma das condutas concorrentes para o dano (TUPONI JUNIOR, 2010, p. 66). Tanto é assim, que, se houver preponderância causal manifesta da conduta do agente em face da conduta

da vítima, não deve ser admitida, de acordo com Cavalieri Filho (2012, p. 62).

Dessarte, se a quebra de dever por parte do agente, por si só, foi causa necessária e determinante do dano, de sorte que a conduta culposa da vítima não contribuiu sequer para o incremento desse, não deve ser considerada.

Por seu turno, são situações que rompem onexo causal entre a conduta e o dano, e com isso impedem a responsabilização civil e qualquer pretensão ressarcitória, a culpa exclusiva da vítima (expressão consagrada, embora o termo fato exclusivo da vítima melhor refira o tema, já que ligado ao nexo, e não à culpa), o caso fortuito, a força maior e o fato de terceiro. São corolários do “princípio da exoneração pela inimputabilidade” (PEREIRA, 2009a, p. 340).

A culpa exclusiva da vítima é situação diversa da concorrência de causas, na medida em que essa, ao contrário daquela, não rompe o nexocausal com a conduta do agente. Trata-se da situação em que é a conduta da vítima aquela única e adequada ao resultado final, atuando o suposto causador do dano como mero instrumento (DINIZ, 2008a, p. 111 e CAVALIERI FILHO, 2012, p. 69). Ao ser imputável à vítima o comportamento potencialmente danoso, não há falar em responsabilidade de outrem. Como exemplo tem-se o do empregado que dolosamente se deixa atingir por máquina para com isso beneficiar-se da estabilidade.

Há grande dissenso doutrinário sobre o que se entende por caso fortuito e por força maior. O conhecimento da causa, de acordo com Diniz (2008a, p. 113), sua origem ligada ou não a culpa – em que controvertem Fonseca¹⁶⁷ e Alvim¹⁶⁸, de acordo com Rodrigues (1998, p. 174) –, o fato das coisas, das forças da natureza, ou de outrem, dos homens, para Pereira (2009a, p. 341), o liame com a pessoa do devedor ou com acontecimento externo, para Amaral (2008, p. 582), a irresistibilidade da força maior e a imprevisibilidade do caso fortuito, para Gagliano e Pamplona Filho (2010c, p. 153) e Cavalieri Filho (2012, p. 71), que tornam ambos inevitáveis. Embora em abstrato seja viável distingui-los, como vem apontando a doutrina, o Código Civil em seu art. 393 não faz distinção, de sorte que essa resta estéril, como bem aponta Rodrigues (1998, p. 174), podendo até serem usados

167 FONSECA, A. M. da. **Caso Fortuito e Teoria da Imprevisão**. Rio de Janeiro, 1943.

168 ALVIM, A. de A. **Da inexecução das Obrigações e suas Conseqüências**. 3. ed. São Paulo, 1965.

como sinônimos¹⁶⁹ a partir de “seu significado negativo da imputabilidade” (PEREIRA, 2009a, p. 341).

Resta assim entendê-los como “fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar ou impedir”, na exata dicção do par. ún. do art. 393 do Código Civil (BRASIL, 2002c).

Dessarte, a força maior e o caso fortuito, tratando-se de causas alheias à conduta do agente, rompem o nexo causal entre essa e o dano, excluindo sua responsabilidade, a não ser que tenha expressamente se comprometido a garantir essa álea, como se nota da parte final do art. 393 do Código Civil. É, pois, indispensável que o obstáculo para o respeito ao dever originário seja estranho ao agente, seja por um acontecimento natural, seja por um fato atribuído a terceiro (dependendo, aqui, o entendimento quanto ao que se considera força maior, que pode abarcar ou não, em seu conceito, o fato de terceiro), e mais, seja suficientemente grave para tanto, constituindo uma barreira intransponível para que se observe o dever originário, e, por fim, que seja inevitável essa situação (PEREIRA, 2009a, p. 341-342).

Interessante notar que a inevitabilidade, inerente aos conceitos de caso fortuito e força maior, é posta a prova a partir dos avanços da tecnologia e o incremento de meios de prevenção e diminuição de riscos, com o que restam alterados a todo momento os limites do cuidado exigível do sujeito passivo, seja por um dever geral, seja pelo exercício de atividades de risco (CAVALIERI FILHO, 2012, p. 72). Assim, os limites para que se exija, no caso concreto, a utilização de instrumentos tecnológicos hábeis a elidir ou dificultar os danos, bem assim como quais e a que custo, são questões a serem avaliadas pelo juiz a partir do caso concreto e da razoabilidade. Como exemplo podemos citar o transporte de valores em carros fortes e as medidas de prevenção de assaltos, as construções em áreas sabidamente de risco de terremotos e furacões, entre outros.

A partir dessa ilação, e especialmente no que se refere à responsabilidade objetiva, deve ser feita a distinção entre fortuito interno e externo, sendo aquele o acontecimento, embora imprevisto e inevitável, encontra-se inserido no risco a que se responsabiliza o agente, por sua atividade, e esse, o evento que em nada se relaciona com o risco da atividade, cujos efeitos não são assumidos, pois, pelo

169 De acordo com Amaral (2008, p. 582) “caso fortuito e força maior são sinônimos na opinião doutrinária mais recente”.

agente (PEREIRA, 2009a, p. 344). O fortuito interno, portanto, é assumido pelo agente que empreende em atividade de risco, enquanto o externo é alheio à organização da atividade.

Quanto ao tema, releva apontar que, de acordo com Gagliano e Pamplona Filho (2010c, p. 155):

Muito do que se chama de 'caso fortuito externo' seria, simplesmente, a ausência de conduta humana (comissiva – a prática de ato danoso, ou omissiva – a não observância de deveres legais de conduta) imputável ao sujeito responsabilizado.

De fato, há situações em que não há qualquer ação ou omissão ilícita, de sorte que essa averiguação deve preceder a do nexos, sob pena de se recair na falha apontada, especialmente ao ser adotada a tese de inexistência de responsabilidade civil sem conduta ilícita. Seria esse o caso de empregado contaminado por doença endêmica, sem nenhum liame com o trabalho.

Por fim, o fato de terceiro, que não o aparente agente do dano ou a vítima, também é hábil ao rompimento do nexos causal, desde que se consubstancie na causa efetiva do dano, e não seja conexo com o fato inicial (AGUIAR DIAS, 2006, p. 926) – ou seja, se considerada causa superveniente totalmente independente –, ou não se encontre inserido no risco da atividade ou na álea contratual imputável ao agente, ao contrário do que se verifica na hipótese da responsabilidade contratual do transportador prevista na súmula 187 do STF¹⁷⁰. Se o fato de terceiro apenas concorre com a conduta do agente, sequer será minorada a responsabilidade desse.

Para parte da doutrina, como Pereira (2009a, p. 341), o fato de terceiro está ínsito à ideia de força maior. O resultado, contudo, em nada difere, pois em qualquer situação, se confirmada, estará rompido o nexos causal.

De se apontar, finalmente, que não se mencionou a cláusula de não indenizar, avença pela qual se exclui a responsabilidade da álea contratual do sujeito passivo, porque essa não seria aplicável ao contrato individual de trabalho. Dallegrave Neto (2007, p. 171) motiva essa inviabilidade:

Seja porque trata de um contrato de adesão, seja porque um dos contratantes é considerado hipossuficiente, seja porque tal ajuste fere frontalmente o conceito de empregador, previsto no caput do art. 2º da CLT, e a função social da empresa, conforme enuncia o art. 170, III da CF.

170 Responsabilidade Contratual do Transportador - Acidente com o Passageiro - Culpa de Terceiro. A responsabilidade contratual do transportador, pelo acidente com o passageiro, não é elidida por culpa de terceiro, contra o qual tem ação regressiva. (BRASIL, 1964a).

Quanto ao ônus da prova dos fatos excludentes do nexo de causalidade, há que se apontar que, tratando-se de fato impeditivo do direito à reparação, é esse do réu, consoante art. 333, II, do Código de Processo Civil.

Para além da presunção do nexo causal decorrente da noção de inadimplemento – conforme já explicitado acima –, não há diferenças teóricas em seu estudo a partir da divisão entre responsabilidade civil contratual e extracontratual, objetiva ou subjetiva. Apenas deve ser novamente ressaltada sua importância em sede de responsabilidade civil objetiva por conta de ser, nessa hipótese, o único meio de excluir o dever de indenizar, uma vez verificado o dano.

4.5.4 Reflexões finais sobre o instituto da responsabilidade civil

Pelo que restou exposto, pode-se dizer que o Código Civil brasileiro consagra a distinção entre responsabilidade civil contratual e extracontratual, regulando a primeira nos seus arts. 389 e seguintes, e a segunda nos arts. 186, 927 e seguintes, e 948, embora faça concessões à teoria mista, que identifica elementos comuns em ambas (AMARAL, 2008, p.581).

Não existe, pois, uma divisão absoluta entre as modalidades de responsabilidade contratual e extracontratual, como pretendia Sainetelette já em 1884, embora essa tampouco seja descartada, como sugeria a chamada tese unitária, surgida em 1892 com Grandmoulin e posteriormente, Planiol, como lembra Severo (1996, p. 49).

Pode-se, assim afirmar que vigora hoje, no sistema brasileiro, uma única responsabilidade, mas com regime diversos, embora próximos e, muitas vezes, com regras intercambiáveis entre si, tal qual sustentado por Brun, já em 1930 (SEVERO, 1996, p. 49).

Não se pode negar, porém, a atual tendência doutrinária e legal de unificação da responsabilidade civil em uma única teoria geral, a partir da percepção de que “a obrigação de indenizar traduz a violação de um dever preexistente de respeitar direitos subjetivos relativos ou absolutos” (AMARAL, 2008, p. 583). Nas palavras de Venosa (2006, p. 19):

Não existe na realidade uma diferença ontológica, senão meramente didática, entre responsabilidade contratual e aquiliana. Essa dualidade é mais aparente do que real. O fato de existirem princípios próprios dos contratos e da responsabilidade fora dele não altera essa afirmação.

É o que ocorreu com o Código de Defesa do Consumidor, “última etapa dessa longa evolução da responsabilidade civil”, de acordo com Cavalieri Filho (2012, p. 511). O que era antes uma aventura, na medida em que não havia proteção ao consumidor, porquanto o fornecedor só responderia se provada sua culpa, “e esta era uma espécie de couraça que tornava o fornecedor irresponsável” (CAVALIERI FILHO, 2012, p. 512-513), restou, após essa norma, um campo de ampla proteção ao hipossuficiente.

Ainda nas palavras de Cavalieri Filho (2012, p. 513, grifo do autor):

Percorreu-se um longo caminho para se chegar à responsabilidade direta do fornecedor perante o consumidor. Aos poucos a responsabilidade foi **deslocada da conduta do autor do dano para o fato causador do dano**. Identificou-se um **dever de guarda** pela coisa perigosa, uma **cláusula de incolumidade** na atividade de risco, até se chegar a um **dever de segurança** ou **garantia de idoneidade** pelo produto lançado no mercado.

E tudo isso, com fulcro no princípio do risco do empreendimento, a partir de uma concepção legal que imputa ao fornecedor os riscos do consumo (CAVALIERI FILHO, 2012, p. 514).

Estabeleceu o legislador, nessa seara, a responsabilidade objetiva como regra (TEPEDINO, 2006, p. 131). Além disso, erigindo consumidores por equiparação, em seu art. 17, para alcançar todas as vítimas do fato, acaba por estabelecer uma regra legal de imputação dos prejuízos, com o que “supera a dicotomia entre responsabilidade contratual e extracontratual” (TEPEDINO, 2006, p. 131).

Essa tendência dirige-se à noção de Direito de Danos, já verificada por Gomes¹⁷¹ nos anos 80 ao sugerir um “giro conceitual do ato ilícito para o dano injusto”, como noticia Fachin (2010, p. 12), com a qual se pretende ampliar a tutela às vítimas “por meio da flexibilização dos meios de prova, da diluição da antijurisdicidade, da desnaturação da culpa e da relativização do nexos causal” (BARROSO; FROTA, 2010, p. 105).

Após uma fase em que a culpa teve seu posto tomado pela noção de risco, fenômeno que Noronha (1999, p. 35) chama de “objetivação da responsabilidade” ao

171 GOMES, O. Tendências modernas da reparação de danos. *In*: **ESTUDOS em homenagem ao Professor Sílvio Rodrigues**. Rio de Janeiro: Forense, 1980, p. 293.

tratar da expansão da responsabilidade civil na contemporaneidade¹⁷², enfrenta-se agora o problema de reestruturação do nexu causal, na medida em que, como visto, as teorias tradicionalmente utilizadas nem sempre trazem a resposta adequada aos novos problemas, e mais, há hipóteses especiais em que esse elemento é, até, prescindido para a responsabilização (NORONHA, 1999, p. 37).

Vale dizer, erodida a culpa como filtro da responsabilidade civil, ganhou relevo o problema da definição do nexu causal, a ponto de, como dito acima, utilizar a jurisprudência de teorias conjugadas ou até critérios extralegais para defini-lo.

De fato, o processo de releitura do Direito Civil à luz da Constituição, e a conseqüente reconstrução de vários de seus institutos com fundamento nos princípios da eticidade e solidarismo social, impõe a todo momento duas indagações primordiais: “para que serve e para quem serve o direito?” (PALMEIRA SOBRINHO, 2012, p. 49). Situação essa que vale, outrossim, para todos os elementos da responsabilidade civil.

Nota-se, pois, que a concepção do Direito de Dano coloca a pessoa humana no epicentro do ordenamento. Por uma opção ética e política, a vítima passa a ser o eixo central da responsabilidade civil, como sugere Moraes (2003, p. 13). Ou nas palavras de Fachin (2010, p. 15):

Como conseqüência, na responsabilidade civil, o dano à pessoa humana se objetiva em relação ao resultado, emergindo o direito de danos como governo jurídico de proteção à vítima. Consolida-se a ideia de compensação pelo sofrimento. O direito civil, por isso, passa a 'inquietar-se com a vítima'.

Não obstante, esse pensamento não pretende substituir modelos abstratamente ultrapassados, ou mesmo constituir-se em “verdade última”. Como aponta Fachin (2010, p.12):

Tampouco, alias, tanto o pensamento crítico do Direito Civil brasileiro quanto a vertente consolidada do Direito Civil Constitucional a isso se propuseram. O intento foi (e continua sendo) problematizar os limites e as possibilidades da responsabilidade civil, asseverando, de início, sem medo de equivocidade, que se mostra ainda acanhada a propalada 'grande revolução silenciosa' que o tema teria operado no Brasil.

Mas sim, também com fundamento em Fachin (2010, p.17), dar maior relevo à vítima do que ao causador do dano ou à reprovabilidade de sua conduta, especialmente ao se perceber que:

As vítimas, a rigor, numa sociedade excludente e desigual, são todos os

172 Ao lado da expansão dos danos reparáveis e da coletivização da responsabilidade.

asselvajados por acidentes, pelos riscos e pelas carências expostas, aqueles mesmos desumanizados como sobrantes, os assim denominados *expendables*, muitos vistos na Europa que deporta e na América que não abriga.

Quanto a esse aspecto, de se ressaltar que esse pensamento de especial proteção à vítima, no Brasil, só se perfectibilizou legalmente em toda a sua amplitude no Código de Defesa do Consumidor, esfera em que evidentemente podem-se colher frutos políticos com esse reconhecimento. Todavia, há diversos outros campos em que se necessita seja reconhecida a carência de proteção pelo sistema de responsabilidade civil tradicional, mesmo após ser erigida uma cláusula geral de responsabilidade objetiva no Código Civil de 2002.

É esse o caso dos trabalhadores, tão ou mais hipossuficientes do que os consumidores, na medida em que juridicamente subordinados por força de seu contrato, e mais, como regra, lançados a essa condição pelo modo de produção vigente. O antigo adágio popular que diz que “o cliente tem sempre razão” nunca será, nem poderá ser transfigurado para “o trabalhador tem sempre razão”. Ora, se aquele merece especial proteção – embora em situação privilegiada em uma sociedade voltada para o consumo, em que pode muitas vezes escolher com quem contratar –, e de fato merece, com maior razão ainda tratamento semelhante deve ser concedido ao empregado.

Nessa esteira, quando aproveitada a teoria tradicional para o atingimento do resultado que se pretende com a inovação, não se trilha caminho diverso da evolução, ou mesmo se a nega. Apenas, eventualmente, busca-se demonstrar que as ferramentas já se encontram à mão.

Ora, do exposto nesse capítulo, restou evidente que:

Quando há contrato, existe um dever positivo específico consistente em prestação definida na relação obrigacional, a que o devedor faltou, o que por si lhe impõe a responsabilidade, a não ser que comprove a razão jurídica de sua falta, porque os demais extremos derivam do próprio inadimplemento, que pressupõe o dano, e induz a relação de causalidade entre este e a transgressão. (PEREIRA, 2009b, p. 317).

Nesse mesmo sentindo, embora tratando dos conceitos de culpa em lugar de conduta e inadimplemento, por conta de uma concepção de ato ilícito ligada à culpa, afirma Amaral (2008, p. 556) que:

A culpa pode ser contratual, se o dever violado nasce de um contrato (CC, art. 389) e extracontratual ou aquiliana quando consiste na violação do dever geral, que todos têm de respeitar (CC, art. 186). A distinção importa

no ônus da prova. Na contratual, demonstrado pelo credor o inadimplemento, o devedor é que tem de provar a inexistência de culpa, a ocorrência de caso fortuito, força maior ou outra excludente de responsabilidade. O ônus da prova é do devedor. Na culpa aquiliana, cabe à vítima provar a culpa do agente causador do dano.

Vale notar, ao aproveitar-se das presunções estabelecidas pelo inadimplemento relativas tanto ao nexos causal (diminuindo-se assim o intrincado problema de sua definição), quanto ao dano, e até mesmo da culpa (se para o caso em tela restar necessária sua aferição), estar-se-á concedendo à vítima maior proteção, a partir de um sistema já positivado, de *lege lata*, sem embargo de que se continue na busca de um sistema ainda mais eficaz. Nessa linha, defendendo a proteção ainda mais rigorosa do credor de uma obrigação negocial, aduz Noronha (1999, p. 38):

Nós acreditamos mesmo que, apesar de uma imensa literatura em contrário, a responsabilidade do devedor de obrigações negociais em princípio é objetiva: para ele se isentar de responsabilidade em regra terá de provar que o inadimplemento se deveu a caso fortuito ou de força maior, fato de terceiro ou até do próprio credor (cf. arts. 1.058 e 965, *in fine*).

Assim, tem-se que as novas tendências que podem vir a impor a renovação do sistema de responsabilidade civil para o Direito de Danos estão contempladas, por seu desiderato equivalente, com a leitura que ora se sugerirá para o trato dos problemas advindos com os acidentes de trabalho.

5. RESPONSABILIDADE CIVIL E ACIDENTE DE TRABALHO

5.1 EVOLUÇÃO DO TRATAMENTO DO PROBLEMA PELA TÉCNICA

Como mencionado, o problema social inerente ao acidente de trabalho é milenar.

Por seu turno, tal qual já averiguado, em que pese a técnica moderna de resolução de conflitos gerais decorrentes de atos ilícitos remontar ao Código Napoleônico, no que se refere a acidentes de trabalho, legislações específicas sobre o tema foram sendo criadas como resultado de longos anos de embate de classes, mas somente a partir do fim do século XIX, mesmo nos países centrais.

No Brasil, consoante seção 3.2.2.10, mas de relevo a retomada nesse momento, apenas a partir do Decreto-lei 7.036/44 pode-se afirmar que efetivamente houve a separação legal no trato do tema, até então entendido como questão inerente ao Direito Social. A partir dessa norma, descolou-se a responsabilidade civil (de cunho contratual trabalhista) da previdenciária, abrindo-se a possibilidade de o empregado pleitear reparação por danos decorrentes de acidente de trabalho, desde que demonstrado dolo do empregador. Em período anterior, como visto, vigorava sua irresponsabilidade civil, na medida em que qualquer possibilidade de compensação por danos seria resolvida no âmbito do Direito Previdenciário (Social).

Construção jurisprudencial melhorou sensivelmente a proteção do empregado, pois a partir de 1963, com a súmula 229 do STF, restou assente a responsabilidade civil do empregador por acidente de trabalho, desde que demonstrada a culpa grave. Vigorava a tese da responsabilidade subjetiva, com uma qualificadora para a culpa. Como culpa grave, deve-se entender aquela decorrente de “imprudência ou negligência grosseira” (RODRIGUES, 1998, p. 146)

Com o advento da Constituição Federal de 1988, por meio de seu art. 7º, XXVIII, tornou-se expressa, pela primeira vez em nosso ordenamento jurídico, a possibilidade de responsabilização civil do empregador, independentemente do seu grau de culpa, por acidentes de trabalho. Nesse momento, ainda restava indene de dúvidas que o trato do tema se daria na modalidade subjetiva.

Todavia, o Código Civil de 2002, ao incorporar ao ordenamento brasileiro

uma regra geral de responsabilização civil objetiva, no par. ún. do seu art. 927, reacendeu o debate sobre a possibilidade de responsabilização objetiva do empregador quando a atividade a que se submetia o empregado, e geradora do acidente de trabalho, for de risco.

Os advogados da corrente contrária, invocando a pirâmide kelseniana, sustentam que a literalidade da parte final do inciso XXVIII do art. 7º da Constituição Federal não deixa margens à aplicação da teoria do risco, pois é expressa ao mencionar dolo ou culpa, o que induz à responsabilidade civil subjetiva. A aplicação da citada norma civil às situações de acidente de trabalho seria inconstitucional, sob pena de restar afrontada a supremacia constitucional. Adeptos da tese são Cavalieri Filho (2012, p. 159), Stoco (2004, p. 165-166), Aguiar Dias (2006, p. 229) e Diniz (2008a, p. 499).

Por seu turno, a tese favorável à aplicação da responsabilidade extracontratual objetiva é sustentada pela interpretação sistemática do comando constitucional, pois o *caput*, parte final, do citado artigo, ao mencionar a viabilidade da criação de outros direitos que melhorem as condições sociais dos trabalhadores, deixa expressa a possibilidade de evolução legal no trato do tema, bem como vem ao encontro da teoria trabalhista de resolução de conflito de normas, pela qual se aplica aquela mais favorável ao empregado – princípio da norma mais favorável (RODRIGUEZ, 2004, p.107). De fato, na esteira do que já apontou o Ministro Joaquim Barbosa em acórdão de sua lavra na Ação Direta de Inconstitucionalidade 639-8/DF “o rol de garantias do art. 7º da Constituição não exaure a proteção aos direitos sociais” (BRASIL, 2005c).

Com isso, restaria viável a adoção da responsabilidade civil objetiva nos casos em que a atividade desenvolvida é de risco, na medida em que essa amplia a proteção do trabalhador ao elastecer o âmbito de responsabilização do empregador pela adoção de um patamar legislativo superior àquele inicialmente garantido pela Constituição Federal.

Entre os adeptos dessa teoria, Oliveira (2009, p. 106-112), Pereira (2009b, p. 492), Gagliano e Pamplona Filho (2010c, p. 288-290), Brandão (2009, p.319-320) e Tuponi Junior (2010, p. 166).

Ao lado dessas teorias, desenvolveu-se entendimento de que a responsabilidade civil aplicável aos acidentes de trabalho era contratual, a qual não mais se justifica, segundo Tuponi Junior (2010 p. 31-32), na medida em que a teoria

da responsabilidade civil objetiva, adotada no Código Civil de 2002, suplantou a vantagem daquela teoria, que seria “ a presunção de culpa do agente em relação às obrigações de resultado”. Labora em erro citado autor, a um por tentar estabelecer a natureza jurídica do dever originário a partir de “vantagens para a vítima”, a dois, por não perceber que a responsabilidade civil objetiva pode ser aplicada à responsabilidade civil contratual, e, finalmente, por equivocar-se na definição da natureza jurídica da cláusula de incolumidade, que é de garantia, e não de resultado, como se verá.

Para que se possa ter noção da capilaridade das teorias mencionadas na jurisprudência, realizou-se uma pesquisa entre os juízes do TRT da 12ª Região no ano de 2012. Em um universo de 34 respostas¹⁷³, a integralidade compreende que a resposta jurídica ao acidente de trabalho deve ser dada a partir da responsabilidade extracontratual subjetiva, sendo que 67% aplicam excepcionalmente a responsabilidade objetiva em situações de trabalho em condições de risco. Ainda, para 6% deve-se realizar a inversão do ônus da prova, imputando-a ao empregador. Por fim, 15% mudaram seu entendimento, pois aplicavam a responsabilidade civil subjetiva em todos os casos e passaram, em dado momento, a admitir a responsabilização objetiva.

Tem-se, então, que atualmente vem sendo aplicada, para a resolução do problema da imputação da responsabilidade por danos decorrentes de acidentes de trabalho em sentido lato, como regra, a responsabilidade civil extracontratual subjetiva, salvo se a atividade do empregador seja considerada de risco, caso em que, para parte da doutrina e jurisprudência, aplicar-se-ia a responsabilidade civil extracontratual objetiva.

Buscar-se-á, isso posto, demonstrar outro caminho para a resolução do problema.

173 As perguntas respondidas pelos magistrados foram:

- 1- O Sr. entende aplicável em alguma situação a responsabilização objetiva do empregador para casos de acidente do trabalho?
- 2- O Sr. entende aplicável em todas as situações a responsabilização objetiva do empregador para casos de acidente do trabalho?
- 3- O Sr. entende aplicável a responsabilização subjetiva extracontratual do empregador para casos de acidente do trabalho?
- 4- O Sr. entende aplicável alguma outra teoria para responsabilização do empregador em casos de acidente do trabalho? Se sim, qual?
- 5- O Sr. mudou seu entendimento sobre o tema desde que começou a atuar em processos com essa matéria? Se sim, em que sentido?

5.2 A RESPOSTA JURÍDICA AO ACIDENTE DE TRABALHO EM SENTIDO LATO

5.2.1 A regra de imputação – os custos devem ser do empregador

Em diversos momentos falou-se de imputação e regra de imputação para definir o responsável pela indenização. De fato, embora a teoria que relaciona fatores de imputação para a definição da responsabilidade civil, como aponta Stoco (2004, p. 162), não seja aplicável em nosso ordenamento, resta compreender sua lógica para que se possa apontar, com proficiência, o que se espera da cláusula de incolumidade, e assim definir-se seu conteúdo.

Desde logo, pode-se compreender regra de imputação como os fatores que determinam, em último estágio, quem deve indenizar, a partir de um juízo normativo (STOCO, 2004, p. 162). Esse juízo normativo (porquanto positivado em norma) é extraído, por opção política, de algum critério ético.

De fato, a partir de uma simples apreciação da realidade da natureza, a coisa perece com o dono – *res perit domino* –, inclusive em situações excepcionais – *casum sentit dominus*. Todavia, a responsabilidade civil vem ao encontro dessa ideia, a partir de duas concepções principais, lastreadas em dois princípios éticos, da culpa e do risco, os quais são entre si, de certa forma, antagônicos (NORONHA, 1999, p. 31-32). A partir desses fundamentos, erigiu-se toda uma estrutura jurídica apta a imputar o dano a outro que não o titular do direito lesado, alterando-se, a partir de então, o resultado que se obteria inicialmente no mundo empírico.

No direito moderno, o primeiro dos princípios adotados para fins de imputação de responsabilidade civil foi da culpa, por influência da Igreja Católica, que a relacionava à concepção de pecado (sendo, pois, de sua essência a intenção do pecador/culpado), e do Jusnaturalismo, que compreendia o preceito romano do *neminem laedere* a partir da ideia de respeito ao próximo (MORAES, 2003, p. 203-204).

Verdadeira opção política, tanto que

os redatores do Code, ao formularem o artigo 1.382, renderam-se às convicções provenientes do jusnaturalismo e ao que se apresentava como a sanção natural e evidente da obrigação de “não prejudicar ninguém”. De fato, nada parecia mais lógico, mais racional ou mais justo do que determinar que quem causasse a outrem um dano teria o dever de o

reparar. (MORAES, 2003, p. 204-205).

Como já mencionado (seção 4.3 supra), esse critério, lastreado na culpa, que autorizou a responsabilidade civil subjetiva não restou suficiente às exigências sociais, de sorte que se erigiu, dessa feita com fulcro no princípio ético do risco, a responsabilidade civil objetiva. Nesse segundo momento, novamente por opção política, é conferida ênfase à causa, ao argumento de que se o ordenamento garante um bem jurídico, não pode tolerar sejam esses violados por quem lhes coloca em risco, mesmo quando todos os cuidados exigíveis tenham sido observados (NORONHA, 1999, p. 32).

No âmbito do trabalho também se procedeu uma opção política, a partir das imposições sociais da época vivida (em que vigente o capitalismo como modo de produção), pelo critério ético erigido no princípio do risco, como se nota do art. 2º da CLT, que imputa ao empregador os riscos da atividade econômica.

Essa opção pode ser compreendida pela análise do modo de produção em vigor, em especial da forma como se constituem as relações de propriedade e de tomada da força do trabalho, elementos que conjugados produzem riqueza, o que se faz a partir da adoção do método materialista histórico¹⁷⁴, embora com a ressalva de que o econômico não deve ser considerado um determinante absoluto¹⁷⁵.

No modelo capitalista, esses dois elementos centrais podem ser desvelados da seguinte maneira:

Inicialmente, no que se refere às relações de propriedade, há uma necessária separação entre proprietários e não-proprietários. Os meios de produção estão concentrados nas mãos dos capitalistas, nada restando aos empregados além de sua força de trabalho, pelo que se tornam, assim, verdadeiros elementos de produção, ou elementos do capital (JEAMMAUD, 1980, p.161).

O resultado da produção também é de propriedade do capitalista. Com o

174 A adoção do método materialista histórico para a presente análise decorre do fato de que, por meio dele, é viável a compreensão das sociedades a partir de suas relações de produção, ou seja, das atividades e práticas que permitem aos homens a produção e reprodução de sua existência.

175 De fato, leituras mais atentas da obra marxiana, como de Renault, Doménil e Löwy (2011, p. 60) demonstram que “Marx leva em conta a 'autonomia relativa' das lutas de classes em relação às flutuações da conjuntura econômica, e o 'avanço dia a dia da indústria e do comércio'. Se cada força política corresponde a uma classe ou fração de classe, é no conflito social que se encontra a chave dos conflitos políticos, e não nos movimentos da economia (nem mesmo em 'última instância').” Nesse trecho, curiosamente, os autores rebatem a crítica do próprio Engels à leitura que fez Marx da situação social verificada nas Revoluções de 1848 na França que culminaram com a eleição de Luís Napoleão Bonaparte, sobrinho do famoso general.

resultado da venda desse produto do trabalho, será viável ao capitalista apropriar-se da mais-valia, ou seja, da diferença entre o valor produzido pela força de trabalho e o valor por ele adimplido.

Já o sistema de apreensão da força de trabalho, deve ser aferido a partir de dois canais diversos, o de compra e o de consumo dessa “mercadoria”. Isso porque embora empregado e empregador apresentem-se livres no mercado para que se proceda à compra e venda de trabalho, a consumação dessa força se faz fora dessa esfera de circulação, “dans le laboratoire secret de la production sur le seuil duquel est écrit: on n’entre pas ici, sauf pour affaires! C’est l’investigation indiscreète de ce 'laboratoire secret' qui livre la réalité des rapports capitalistes.”¹⁷⁶ (JEAMMAUD, 1980, p. 162).

Diz-se secreto porque inserido em um processo ideológico que não apresenta a mais-valia como resultado evidente e necessário da apreensão da força de trabalho por parte do capitalista. Ou em outras palavras, secreto porque é necessário para a manutenção do sistema de produção que reste escamoteado do trabalhador que seu trabalho produtivo agrega valor superior àquele que lhe é pago por ele, ou seja, que há trabalho excedente prestado mas não remunerado.

Assim, de forma simples, tem-se um sistema que permite a alguém acumular divisas a partir do trabalho de outro. O capitalista (que por sua vez, é empregado do capital, pois atua nesse sistema com finalidade única de acumular riqueza), é, portanto, instrumento de acumulação, cumprindo ao empregado atuar como instrumento de produção.

Em prol da manutenção do modo de produção, embora não com exclusividade, atua o Direito do Trabalho – necessariamente fulcrado na noção de alteridade e agindo especialmente a partir do contrato de emprego – na reprodução das forças produtivas, ou seja, para proteger, conservar e reproduzir a força de trabalho, sua “précieuse marchandise”¹⁷⁷ (JEAMMAUD, 1980, p. 225), bem como para gerir essa força, a qual se consubstancia, em última análise, na pessoa de cada trabalhador.

Tanto é assim que as primeiras leis de Direito do Trabalho buscavam

176 'No laboratório secreto da produção, em que na entrada se tem escrito: não se entra aqui, salvo para negócios! É a investigação indiscreta desse 'laboratório secreto' que entrega a realidade das relações capitalistas. Tradução nossa.

177 Preciosa mercadoria. Tradução nossa.

proteger os empregados de uma exaustão precoce, ou mesmo de lesões incapacitantes. Nesse sentido aduz Marx (1996, p. 379-380) que as concessões entregues aos empregados, para além de reflexos dos movimentos sociais, também foram uma necessidade do capitalismo. Para o autor, o capitalismo cego caminha para a autodestruição, a qual é refreada pelo Estado e sua legislação social especialmente no interesse do capital. A norma faz, pois, uma “arbitrage entre intérêt immédiat du capitaliste et intérêt à terme du capital”¹⁷⁸ (JEAMMAUD, 1980, p. 229).

Assim, na medida em que a apreensão de labor por parte do empregador, como visto, é essencial para que atinja seu desiderato, acumular capital, é também impositivo que a ele sejam imputadas todas as “despesas” inerentes à produção, entre elas, os danos à saúde dos empregados e sua repercussão econômica.

Funcionam, pois, as imposições do Direito do Trabalho à livre negociação, vale dizer, o tipo contratual mínimo de trabalho, inclusive no que se refere à manutenção da incolumidade dos trabalhadores, para que continuem a prestar labor na forma definida pelo capitalismo, sem embargo da garantia do exército de reserva, o qual impede a concorrência por empregados entre os detentores dos meios de produção.

Dessa forma, a garantia da saúde, higiene e segurança dos trabalhadores enquanto norma de proteção da força de trabalho, está, pois, intrinsecamente ligada à manutenção do atual modo de produção.

É bem verdade que essa análise, de certa forma, transparece uma reificação do trabalhador, tido como um mero insumo. Figura próxima a Gregor Samsa, personagem de Kafka (2011), que ao restar impossibilitado de trabalhar como vendedor viajante e prover sua família, perde sua condição de ser humano, transformado em inseto, resta abandonado em situação degradante – ou no sentido oposto, como apresentado na obra a partir do genial realismo fantástico empregado pelo autor.

Todavia, não pode ser descartada, pois decorrência direta do modo de produção a que estamos inseridos. Tanto é assim que, referindo-se aos custos do trabalho, aduz Coutinho (2006, p.172):

Sendo fator de produção deveria ser vislumbrada até como um investimento realizado, tal qual contabilmente se procede em relação ao *marketing*, que gera com a construção da marca um 'bem' economicamente valorado e

178 Arbitragem entre o interesse imediato do capitalismo e o interesse a termo do capital. Tradução nossa.

fomenta a circulação de riquezas pelo consumo.

Dessarte, resta evidente que cumpre imputar ao empregador, aquele que apreende a mais-valia, os custos dos danos sofridos pelos empregados, pois é quem deve arcar com os riscos da produção pela lógica inerente ao capitalismo, na medida em que essa é a estrutura imposta para a própria manutenção desse modo de produção.

Note-se que, uma vez assim estabelecido, pode o empregador dividir socialmente um eventual prejuízo, bastando para tanto aumentar o custo de seu produto no mercado. O mesmo não pode fazer o empregado lesionado, que, ao contrário, é posto a par do mercado de trabalho se perder suas forças.

Ilusão desse entendimento é que, no contrato de emprego, instrumento que operacionaliza o trânsito jurídico do trabalho subordinado, está no polo do empregador a integralidade da álea. A esse cumpre, pois, responder pelo resultado de um eventual inadimplemento.

Essa lógica, pois, é exatamente igual a que fez o legislador promulgar o festejado Código de Defesa do Consumidor.

De fato, a mesma regra de imputação que impõe o risco do empreendimento àquele que se coloca no mercado como fornecedor, como se apontou na seção 4.5.4, deve prevalecer àquele que se posiciona na condição de empregador. E assim se fez ainda em 1943, no art. 2º da CLT, embora esse reconhecimento seja por demais dificultoso ao intérprete do Direito ainda imbuído de uma ideologia do capital, que mascara as relações de trabalho, como se viu.

Resta, assim, saber como tal desiderato pode ser atingido a partir do atual estado da arte do Direito.

5.2.2 O estabelecimento do conteúdo da obrigação de incolumidade do empregado

De início, cumpre rememorar alguns pontos já estabelecidos no presente estudo, a partir dos quais resta possível retomar o problema do acidente de trabalho, que, como já verificado, pode ser considerado um evento danoso à saúde do empregado, provocado ou agravado pelo exercício das atividades laborais.

De acordo com Amaral (2008, p. 563) “a saúde é 'um estado de completo

bem estar físico, mental e social' (Organização Mundial da Saúde), a que todos têm direito". "Faz parte, simultaneamente, dos chamados direitos humanos, fundamentais e de personalidade." A lesão a esse direito "compreende o dano à vida e ao corpo (integridade física), e também o dano psíquico, que é a lesão às funções psíquicas do ser humano".

O fato jurídico tido por acidente de trabalho tem efeitos civis-trabalhistas, apontou-se na seção 2.5. Observadas algumas condições, pode gerar o dever de reparação por parte do empregador, a partir da aplicação da teoria da responsabilidade civil, que pode ser contratual ou extracontratual, a partir da fonte garantidora do bem jurídico lesionado.

No terceiro capítulo, percebeu-se que a separação entre as modalidades de responsabilidade, contratual e extracontratual, para além de ainda ser prevalente no trato legislativo do tema, permite uma melhor proteção do empregado, a partir do sistema de presunções estabelecido com a noção de inadimplemento.

No segundo capítulo restou assente a natureza contratual da relação de emprego. Outrossim, tema que tem específico interesse para o acidente de trabalho, existir obrigação do empregador de garantia da incolumidade do empregado, em decorrência das imposições legislativas ao tipo contratual pelo qual o sistema jurídico admite a possibilidade da prestação de trabalho subordinado – o contrato de emprego. Apontou-se erigir-se nesse contrato uma cláusula implícita de incolumidade do trabalhador, pela qual o tomador do serviço assume a obrigação de garantir a saúde do empregado.

Uma conclusão inicial, nesse momento, afigura-se. Tratando-se a garantia à incolumidade de obrigação contratual, uma vez violada, deve ser restaurada a partir da aplicação do sistema legal preconcebido para a responsabilidade civil contratual. A essa ilação também chegam Melo (2004, p. 290-292), Cairo Junior (2009, p. 99) e Dallegre Neto (2007, p. 84). De fato, o dever de incolumidade tem conteúdo diverso da obrigação geral de prudência e diligência, imposta a todos. Citando Mazeaud *et* Mazeaud¹⁷⁹, e referindo-se ao mesmo dever na esfera do contrato de transporte, aduz Aguiar Dias (2006, p. 216):

Neste dever geral de prudência e diligência, imposto a cada qual no sentido de evitar acidentes, a prova é encargo da vítima, nem valendo, contra este princípio, objetar com a presunção de culpa geralmente admitida, porque o transportador a pode elidir, provando, de sua parte, que não foi imprudente

179 MAZEAUD, H. *et* L. *Op. cit.*, t. 1º, nº 145, p. 185.

ou negligente. A obrigação de segurança não é isso. É, a mais das vezes, uma obrigação determinada. E consiste em compromisso de que não haverá acidente. De forma que a exoneração do devedor só é possível mediante a prova de causa estranha.

Essa conclusão, aparentemente simples, acaba de certa forma dificultada porque não existe um dever contratual explícito nesse sentido, decorrente da autonomia privada, mas sim implícito, determinado pela imposição legal à vontade das partes, a partir do fenômeno do dirigismo contratual já estudado, o que dificulta sua visualização e interpretação. Como aduz Aguiar Dias (2006, p. 216):

São facilmente resolvidas as questões de responsabilidade contratual, quando o que está em causa é a obrigação essencial. Mas os autores não escondem que são extremas as dificuldades de determinarem [sic] obrigações acessórias.

Embora decorrente de lei, a obrigação se lança para os limites do contrato. Tanto é assim que ninguém negaria a natureza contratual do direito do empregado às férias, embora nada se comente sobre essas no instrumento contratual pelo qual restou formalizado o ingresso do empregado em um dado trabalho.

Corolário da natureza contratual do dever jurídico desrespeitado quando da ocorrência de um acidente de trabalho é o fato de o dano material (em especial os lucros cessantes) ser medido pelo salário do empregado, pois o dano, na modalidade contratual de responsabilidade civil, é aferível a partir da obrigação assumida pelo sujeito passivo, que no contrato de emprego, entre outros, é pagar salário.

Embora, como verificado em pesquisa, a jurisprudência não ter ainda de forma geral apercebido-se desse específico fato, caminha para esse entendimento.

Tanto é assim que já se tem como prevalente¹⁸⁰ que o prazo prescricional para as ações de reparação por acidentes de trabalho (ocorridos após a Emenda Constitucional 45/2005, por uma regra de segurança jurídica) é a de 2 e 5 anos, prevista no art. 7º, XXIX da Constituição Federal (BRASIL, 1988), regra essa, por sua vez, aplicável aos “créditos resultantes das relações de trabalho” (ou, pode-se dizer, do contrato do trabalho, considerada sua “realidade”, como apontado nas

180 No âmbito da SDI-1 do TST, como se extrai da seguinte notícia: “Segundo a jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho, os prazos de prescrição previstos no Código Civil são aplicáveis aos pedidos de indenização por dano moral e patrimonial decorrentes de acidente de trabalho, quando a lesão for anterior à vigência da Emenda Constitucional nº 45 de 2004. Como havia dúvidas no meio jurídico sobre a competência da Justiça do Trabalho para julgar ações dessa natureza, somente a partir da entrada em vigor da emenda, em janeiro de 2005, utiliza-se a prescrição trabalhista prevista no artigo 7º, XXIX, da Constituição (cinco anos no curso do contrato de trabalho até o limite de dois anos após a extinção do contrato).” (BRASIL, 2010a).

seções 3.2.1 e 3.2.2 desse estudo). Ora, se a prescrição da pretensão é aquela inerente às verbas do contrato de emprego, trata-se essa de obrigação ali prevista.

Em verdade, a competência para julgamento das ações de reparação de danos por acidente de trabalho esteve, majoritariamente, no âmbito do Poder Judiciário Estadual até a decisão do STF no Conflito de Competência número 7.204-1/MG, posteriormente reafirmada na sua Súmula Vinculante 22¹⁸¹, mesmo por algum tempo após a vigência da Emenda Constitucional 45/2005 que alterou o art. 114 da Constituição Federal. Esse ramo do Judiciário, todavia, não tem, por falta de especialidade, a mesma sensibilidade para tratar do tema a partir das obrigações inerentes ao contrato de emprego, como o tem a Justiça do Trabalho. Assim, cumpre à Justiça Especializada despojar-se de entendimentos anteriormente prevalentes em prol de uma aproximação do tema com aqueles relacionados ao contrato de emprego, para assim dar melhor resolução a esse conflitos.

Existente, pois, a obrigação contratual de manter incólume a saúde do empregado, importante definir se essa é de meio, de resultado, ou de garantia, para que se estabeleça a consequência jurídica do inadimplemento dessa obrigação.

De acordo com Dallegrave Neto (2007, p. 83), as obrigações na esfera do contrato de trabalho podem ser de resultado, como a patronal de remunerar, ou de meio, como a do empregado de prestar labor subordinado. No que se refere aos deveres anexos ao contrato, como lealdade, informação e proteção, aduz que são de meio para ambos os contratantes. O mesmo em relação às obrigações contratuais previstas em lei relativas às normas de segurança garantidoras do empregado, “a exemplo do art. 157, incisos I a III da CLT” (DALLEGRAVE NETO, 2007, p. 83), que acima denominou-se cláusula implícita de incolumidade, do que resulta afirmar que, segundo o doutrinador:

Eventual acidente do 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 inexecução de obrigações de meio.

Aduz, em sequência, que o ônus da prova é do empregador, por força do princípio da aptidão para a prova, já que é ele quem detém os meios para tanto,

181 Competência - Processo e Julgamento - Indenização por Danos Morais e Patrimoniais Decorrentes de Acidente de Trabalho.

A Justiça do Trabalho é competente para processar e julgar as ações de indenização por danos morais e patrimoniais decorrentes de acidente de trabalho propostas por empregado contra empregador, inclusive aquelas que ainda não possuíam sentença de mérito em primeiro grau quando da promulgação da Emenda Constitucional nº 45/04. (BRASIL, 2009c).

porque legalmente compelido a manter documentação própria a tanto, como recibos de EPs – consoante art. 157 da CLT e NR-6 da Portaria MT 3.214/78 –, PPRA – NR-9 dessa portaria –, PCMSO – NR-7 da citada portaria –, atas de CIPA – art. 163 da CLT e NR-5 da mesma portaria –, etc.

Todavia, não se pode comungar integralmente do entendimento, embora considere-se, na esteira de Cavalieri Filho (2012, p. 6), que, efetivamente, é complexa a definição do dever originário de obrigações de conteúdo indefinido, como é o caso da obrigação de incolumidade. Cumpre, de fato, ao intérprete integrar a norma (geral ou específica) para estabelecer os devidos contornos do dever jurídico em análise, tal como sugere Aguiar Dias (2006, p. 217), que reconhece que as partes costumam precisar com cuidado as obrigações principais, não o fazendo com as acessórias – o que, então, dizer das implícitas?

Para que se possa estabelecer o conteúdo da obrigação de incolumidade, como já se mencionou na seção 4.5.1.2.1, deve-se analisar o que se pode esperar dela, a partir da natureza da atividade contratada. Para tanto, é essencial a compreensão da regra de imputação das obrigações do contrato de emprego analisada na seção pretérita, pois é a partir dessa escolha ético-político-jurídica que se poderá chegar à necessária conclusão.

No complexo contrato de trabalho, considerando-se que os riscos da atividade econômica encontram-se nas mãos do empregador – art. 2º, *caput*, da CLT –, não se pode afirmar que a manutenção da incolumidade do empregado seja obrigação de meio, mas sim, de garantia. Assim o é por decorrência do próprio sistema capitalista, como visto no tópico anterior. Não há como se pensar em apreensão de mais-valia sem, ao mesmo tempo, a assunção dos riscos pelo empregador. A álea do contrato só pode ser sua, para o bem, e para o mal.

A objetivação da responsabilidade contratual das obrigações do empregador, a partir da leitura do citado artigo celetista, decorre da aplicação da teoria do risco proveito, de acordo com Dallegrave Neto (2007, p. 93), sendo de se ressaltar que esse proveito se expressa tanto na esfera econômica – compreendido como uma expectativa de ganho, e não como lucro efetivo –, quanto jurídica, ao admitir a apreensão de força de trabalho subordinado de um sujeito por outro.

Essa ilação se completa pela verificação ontológica de que, se o empregado buscasse assumir algum risco, não autorizaria a apreensão de mais-valia a partir de seu labor por parte de outrem, tampouco subordinar-se-ia, mas sim, determinaria

sua própria conduta, como também, o preço do produto do seu trabalho no mercado, sem se submeter, pois, à alteridade.

Vale dizer, é inerente ao caráter forfetário da relação de emprego a assunção de riscos, e esses devem ser interpretados como todos os riscos relacionados à entrega da força de trabalho.

Interpretação diversa do art. 2º *caput* da CLT só pode ser compreendida como uma mascaração ideológica¹⁸² da obrigação que se extrai da norma. Essa é evidente, não deixa margem de dúvidas: o empregador assume os riscos do empreendimento. E empreendimento só pode ser entendido como todo o complexo estruturado para produção e apreensão de mão de obra.

Tanto assim o é, que se encontra na álea do empregador assumir os custos dos danos causados a si por seu empregado, mesmo em caso de conduta culposa desse – em evidente contrariedade ao sistema tradicional da responsabilidade civil –, como se nota no art. 462 § 1º da CLT¹⁸³, salvo mediante negociação prévia – o que demonstra que a lei abre margem à autonomia privada para a imputação dessa álea à outra ponta do contrato – ou dolo – situação essa que, evidentemente, rompe o liame causal entre o dano e as obrigações contratuais do empregador, ante a vontade conscientemente dirigida do empregado em causar prejuízo àquele.

A essa mesma conclusão se chega a partir da subordinação, especial característica do contrato, como se viu na seção 3.2.2.8. É de se notar que embora garantido o direito de resistência no art. 483, “c” da CLT¹⁸⁴, a obrigação de subordinar-se dificulta, se não impede, a autodeterminação do empregado, de sorte que não lhe cabe optar em arriscar, ou não, sua incolumidade se assim lhe for

182 Aduz Jeammaud (1980, p. 172-175) que uma das formas de atuação do direito em prol da manutenção do capitalismo é a transfiguração – “travestissement” –, por meio da qual trata a exploração da força de trabalho transformando-o em algum ou alguns de seus institutos. Pode-se ir além desse entendimento ao imaginar que também a interpretação dada aos institutos jurídicos pelos membros intelectuais da classe dominante – utilizando a separação entre esses e os membros ativos, proposta por Marx (GORENDER, 1998, p. XXXI) – possa ter essa mesma concepção de salvaguarda do capital.

183 Art. 462 [...] § 1º - Em caso de dano causado pelo empregado, o desconto será lícito, desde de que esta possibilidade tenha sido acordada ou na ocorrência de dolo do empregado. (BRASIL, 1943).

184 Art. 483 - O empregado poderá considerar rescindido o contrato e pleitear a devida indenização quando:
[...]
c) correr perigo manifesto de mal considerável; (BRASIL, 1943).

determinado em sua rotina de trabalho. De acordo com Tuponi Junior (2010, p. 133), o empregado não exerce, na prática do dia a dia, o *ius resistentiae*:

Seja em decorrência do poder hierárquico do empregador ao lhe ordenar o cumprimento de determinada tarefa; seja em decorrência do poder diretivo do empregador que lhe outorga larga liberdade para estipulação das condições em que o trabalho é realizado. Seja pela premência de manutenção do posto de trabalho, vê-se o empregado condicionado a sujeitar sua saúde a provável dano, percebendo, quando muito, o respectivo adicional de insalubridade ou de periculosidade, previsto nos arts. 192 e 193 da Consolidação das Leis do Trabalho, respectivamente.

Assim, a álea contratual relativa aos eventuais danos a saúde do empregado pelo exercício da atividade que lhe foi determinada só pode encontrar-se na seara do empregador, como contrapartida ao direito de determinar a ação do empregado.

Tanto é assim que conclui Dallegrave Neto (2007, p. 124), citando Martinez:

Veja-se que a responsabilidade civil objetiva na órbita do contrato de trabalho encontra o mesmo fundamento da responsabilidade objetiva por acidente do trabalho. O jurista lusitano, *Pedro Romano Martinez*, assim compara o tema:

'Relacionando o contrato de trabalho com o de locação, admitir-se-ia que o empregador, qual locatário, seria devedor de uma determinada obrigação (similar à de guarda e de restituição da coisa locada incólume), que, por não ter sido cumprida, deu azo ao acidente de trabalho. E relativamente à falta de cumprimento dessa obrigação presumia-se a culpa do empregador'

Mutatis mutandi o empregado, quando celebra um contrato de trabalho, não concorre com qualquer risco. Tem, pois, direito a permanecer incólume em seu patrimônio físico, moral e econômico. Desse modo, qualquer dano corporal, moral ou financeiro ocorrido em razão da atividade profissional, fará com que a indenização recaia sobre aquele que detém o risco da atividade: a empresa-empregadora. Caso o empregador não exerça atividade lucrativa, ainda assim assumirá o risco do empreendimento por força da dicção do § 1º, do art. 2º, da CLT, o qual equipara as demais entidades à figura da empresa-empregadora.

E essa ilação também ressalta na medida em que a interpretação do negócio jurídico deve observar a boa-fé objetiva – art. 113 do Código Civil –, sendo certo que o empregado, ao aceitar ser subordinado, confiará que seu empregador, ao determinar suas atividades, esteja assegurando, outrossim, sua incolumidade. Caso contrário não estaria observado o dever anexo de lealdade recíproca.

Se não bastasse, tratando-se de obrigação de relevo social, por todas as razões já aferidas no primeiro capítulo, deve-se observar a função social do contrato, não podendo se conceber que a proteção à saúde não tenha a máxima efetivação na interpretação do negócio jurídico, o que melhor se atingirá pela configuração da obrigação da incolumidade como de garantia, ou seja, de resultado qualificado pela assunção do risco pelo empregador, pois com isso a prevenção será imposta com

maior vigor. Sem embargo do fato de se manter, assim, o sinalagma contratual, uma vez considerado que o contrato de emprego já autoriza a apreensão do valor do sobretrabalho, não podendo impor, para além desse, também ao empregado “riscos fora de seu alcance” (COUTINHO, 2002, p. 48).

De fato, entre os custos econômicos da prevenção e o interesse social dessa garantia, pelo princípio da precaução, lapidado no Direito Ambiental do Trabalho, deve-se dar prevalência ao último. Trata-se de seara onde vigora a máxima *in dubio pro salute* (PALMEIRA SOBRINHO, 2012, p. 37).

Tem-se, por todo o exposto, que o conteúdo da obrigação de incolumidade do empregado, inerente ao contrato de emprego, só pode ser de garantia, pois, como dito, a álea contratual relacionada a qualquer dano sobrevindo no contrato é do empregador. Assim, a ocorrência de um acidente de trabalho, em sentido lato, inexistente hipótese de ausência de nexo causal, é reflexo do descumprimento de um dever contratual implícito de garantia à incolumidade, do inadimplemento de uma obrigação de garantia, portanto, caso em que gera uma obrigação sucessiva de reparação, tanto de danos morais quanto materiais, a partir da aplicação das regras relativas à responsabilidade civil contratual.

5.3 AS CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS DESSA COMPREENSÃO

Uma vez definido que a obrigação contratual implícita de incolumidade é de garantia, e que as normas inerentes à responsabilidade civil contratual devem prevalecer nessa análise, é de se apontar as consequências jurídicas desse entendimento.

De início, deve-se relembrar as conclusões do segundo capítulo no sentido de que, na seara da responsabilidade civil contratual, o mero inadimplemento, por si só, reflete um ilícito contratual, que faz presumir o dano, o nexo causal e a culpa (dependendo do conteúdo da obrigação), por força do art. 389 do Código Civil.

Tratando-se de obrigação de garantia, seu inadimplemento consubstancia-se na lesão ao bem jurídico protegido. Dessa forma, para esse caso, não haverá meios de se pensar em inadimplemento sem prova da lesão, ou, em outras palavras, o empregado só poderá imputar ao empregador o ilícito contratual se provar que

sofreu algum agravo em sua saúde.

Todavia, a prova do dano, na seara do acidente de trabalho em sentido lato é relativamente fácil, pois viável a percepção da lesão ou da doença por meio de prova pericial médica.

Comprovado o dano, ao empregador cumprirá a prova do adimplemento de sua obrigação contratual de incolumidade, o que fará pela demonstração de que o agravo à saúde não tem qualquer relação com o trabalho desenvolvido.

De fato, não se pode imputar ao empregador o dever de indenizar por um problema de origem genética, por uma doença endêmica (em espaço de convivência diverso do trabalho) ou relacionada à idade do empregado. Nessas hipóteses, comprovado pelo primeiro que não existe o liame de causa entre o trabalho e a lesão sofrida por seu empregado, estará desonerado da responsabilidade, pois inexistente ofensa a qualquer dever jurídico do empregador (ilícito objetivo), uma vez que o trabalho em nada influenciou para o agravo. Demonstrará, pois, que não se encontra inadimplente em sua obrigação de garantia da incolumidade, porquanto, nessas hipóteses, em nada contribuiu o trabalho para o resultado danoso.

Não havendo essa prova, ainda poderá desonerar-se o empregador, se provada a inexistência de nexos causal entre o inadimplemento da obrigação e o dano. Para tanto, poderá ser demonstrada a culpa exclusiva do trabalhador, o fortuito externo ou fato de terceiro. Nesses casos, embora lesada a cláusula de incolumidade do empregado, não há conduta imputável ao tomador de trabalho.

É bem verdade que a prova do nexos causal, ou de sua ausência, especialmente se existentes causas múltiplas, é das mais complicadas (PALMEIRA SOBRINHO, 2012, p. 102). Não se pode negar, outrossim, a existência de uma área cinzenta quando da definição do nexos causal, bem como a diversidade de teorias e a ausência de uniformidade no trato na esfera jurisprudencial relacionada ao acidente de trabalho (TUPONI JUNIOR, 2010, p. 74-79). De fato, o estabelecimento do nexos causal é atualmente o “calcanhar de Aquiles” de toda a teoria da responsabilidade civil, como já mencionado na seção 4.5.3, a ponto de afirmar Schreiber (2005, p. 56-57) que:

É sobre este último elemento [o nexos causal] que as atenções dos tribunais vêm se concentrando, podendo se afirmar que, hoje, o objetivo das cortes, na aplicação da responsabilidade civil, tem sido menos o de identificar um responsável que se vincule (pela sua culpa ou pela sua atividade) ao dano, e mais o de assegurar, por qualquer meio disponível, a integral reparação

dos prejuízos sofridos pela vítima.

Inobstante esses problemas, o ônus de sua prova deve ser imputado a alguma das partes da relação jurídica processual que se forma em uma lide decorrente de acidente de trabalho em sentido lato. E, a partir do que se ora busca demonstrar, esse ônus é do empregador, pois, encontrando-se o empregado com a saúde, de alguma forma, prejudicada, a princípio presumir-se-á o nexo causal dessa lesão com o trabalho a partir do fato de que, como garante da incolumidade, estará o empregador inadimplente, sendo certo que a prova do adimplemento é do devedor.

Esse posicionamento autoriza uma proteção muito maior à vítima de acidentes do trabalho e doenças ocupacionais do que a utilização, até, das regras inerentes à responsabilidade civil extracontratual objetiva, estando, pois, como já mencionado, na esteira do que propõe o Direito de Dano¹⁸⁵, na medida em que, ao fazer presumido o nexo causal, inverte-se o ônus da prova muitas vezes a mais complexa nas ações com esse objeto. De fato, a dificuldade inerente à prova do nexo causal em acidentes de trabalho já era reconhecida por Ripert¹⁸⁶, citado por Tepedino (2004, p. 202):

Quanto mais as forças de que o homem dispõe são multiplicadas por meio de mecanismos complicados suscetíveis de agir à distância, quanto mais os homens vivem amontoados e próximos dessas máquinas perigosas, mais difícil se torna descobrir a verdadeira causa do acidente e estabelecer a existência da falta que o teria causado. Na expressão de Joserand, o acidente torna-se *anônimo*. A prova, aliás, só pode ser feita perante o juiz; torna-se necessário, pois, intentar um ação de êxito sempre problemático.

Deve-se recordar que na seção 2.3 demonstrou-se que o uso das presunções de nexo a partir do NTEP fez aumentar em mais de 25% os casos de acidentes de trabalho em sentido lato reconhecidos pela Autarquia Previdenciária. Igual ou maior aumento proporcional nos casos de sucesso de ações de reparação civil podem ser obtidas com a aplicação de técnica semelhante, a partir da imputação do ônus da prova do adimplemento e da inexistência de nexo causal ao

185 Como aduz Schreiber (2005, p. 56) “à semelhança do que ocorreu com a prova da culpa, a prova do nexo causal parece tendente a sofrer, no seu papel de filtro da responsabilidade civil, uma erosão cada vez mais visível.” E continua: “Longe de representar uma subversão acéfala da dogmática tradicional, a erosão dos filtros da responsabilidade civil explica-se, em larga medida, por uma sensibilidade crescente dos tribunais à necessidade de assegurar alguma reparação às vítimas de um dano.”

186 RIPERT, G. **O Regimen Democrático e o Direito Civil Moderno**. Tradução de: CORTESÃO, J. São Paulo: Saraiva, 1937, p. 331.

empregador.

De fato, cumpre fazer notar que, especialmente quando se trata de doenças ocupacionais, a definição da causa muitas vezes é extremamente difícil, porquanto comumente verificadas hipóteses de múltiplas causas, em que o trabalho, embora não seja causa única, contribuiu para o resultado final. Efetivamente, esse problema já foi notado pelo legislador na esfera previdenciária, tendo sido adotado o NTEP para o apontamento do nexo de algumas doenças com o trabalho.

Nessas situações, considerada a obrigação de incolumidade como dever de garantia, o labor será apontado como causa superveniente relativamente independente, com o que se estabelece um novo nexo causal entre o trabalho e o dano, na medida em que, por conta desse, houve, ao menos, no feixe causal, a antecipação de um resultado futuro e incerto.

Esse inadimplemento contratual abrange, pois, as doenças às quais o empregado tem uma predisposição pessoal para sua instalação e o trabalho de alguma forma contribui para seu aparecimento. E mais, em se constatando que o labor constituiu condição necessária, ou mesmo facilitadora, para o desenvolvimento de doença não diretamente ligada ao trabalho, a partir da noção de inadimplemento, também se apontará a responsabilidade do empregador.

Pode-se citar como exemplo da primeira situação, os DORTs, típica moléstia cujo desenvolvimento pode se dar em apenas um empregado, mesmo havendo vários laborando das mesmas condições, com a mesma produtividade, tempo de trabalho e de jornada, na medida em que naquele encontrava-se a predisposição. E, da segunda situação, o caso de uma vendedora que desenvolve dermatite, considerando-se que em sua função lhe era imposto o uso diuturno de cosméticos.

Ultrapassadas a análise da conduta e do nexo causal, ainda na teoria da responsabilidade civil cumpriria a análise da culpa.

Todavia, sua aferição, nesse caso, não será necessária. Isso porque na ideia de obrigação de garantia se insere a noção de risco, como visto, de sorte que a responsabilidade civil, nessa seara, é objetiva.

Em verdade, é do empregador a álea contratual inerente aos eventuais danos sofridos pelo empregado durante o tráfego de força de trabalho. A ausência de culpa do empregador, portanto, não terá relevo para a definição de sua responsabilidade.

E, no que se refere à culpa concorrente do empregado, essa terá efeito

apenas para a quantificação dos danos, a teor do art. 945 do Código Civil, desde que não haja proeminência causal do inadimplemento do empregador, caso em que não se falará em diminuição proporcional da reparação.

De tudo isso, vale repisar, não haverá dever de reparar um dano à saúde do empregado, devidamente comprovado, apenas, nas hipóteses em que demonstrado, pelo empregador, o adimplemento da obrigação de incolumidade (pela ausência de nexos entre o agravo e o labor), ou o rompimento do nexo causal entre o inadimplemento e o dano, como nas hipóteses de culpa exclusiva e caso fortuito (englobando-se as noções de força maior e fato de terceiro), desde que externo.

Para além de toda a construção jurídica ora demonstrada para a conclusão que se propõe, uma simples aferição ética induz entendimento semelhante. É certo que em situações de causalidade múltipla nem sempre é viável se apontar a causa efetiva do dano, considerado o atual estado da arte médica. A quem se deve imputar os ônus decorrentes desse fato? Àquele que sofreu o dano, ou àquele que, detentor dos meios de produção, emprega¹⁸⁷. Ainda preocupado com a culpa, mas cuidando do mesmo problema relacionado à imputação do prejuízo, fala Cretella Junior (1989, p. 1020):

Não se chegando, então à identificação do agente causador do dano, inexistiria a responsabilidade? De maneira alguma. Jamais, no Estado de direito, a Administração pública ou privada (= empresário, empregador) iria deixar ao desamparo o administrado ou operário, que sofreu danos, oriundos, em última análise, do funcionamento menos perfeito do serviço. Se não há culpa de ninguém, responderá pelo risco.

Dessarte, cumpre ao intérprete do direito buscar meios jurídicos para que vítimas de acidentes de trabalho típico e doenças ocupacionais possam obter sua devida reparação, sendo certo que a aplicação das regras da responsabilidade civil contratual, a partir da constatação da existência da cláusula implícita de incolumidade, de *lege lata*, pode melhor atingir esse desiderato, utilizando-se o operador do Direito do que o atual estado da arte já lhe oferece.

Esse desiderato será atingido, como dito, a partir das presunções decorrentes da noção de inadimplemento, especialmente a relativa ao nexo causal, situação jurídica que só pode ser observada a partir ou da adoção da responsabilidade civil contratual para o trato do tema, ou da promulgação de

187 Aqui há, por certo, uma terceira resposta, decorrente da ideia de socialização dos danos. E essa se apresenta na relação jurídica do segurado e da Autarquia Previdenciária. Todavia, note-se que foi pressuposto do presente estudo a discussão das consequências do acidente na esfera da relação jurídica civil-trabalhista.

legislação específica que assim determine, tal como se vê na seara da proteção ao consumidor (arts. 12, §3º, III e 14, §3º, II do Código de Defesa do Consumidor), a partir de uma escolha política de imputação.

De fato, se as ciências médica e jurídica ainda não encontraram um meio irrefutável de se definir, com exatidão, quais agravos à saúde decorrem, e quais não decorrem, do trabalho, deve-se atribuir o ônus da dúvida ao empregador, por toda a regra do jogo que se demonstrou até agora.

Assim, a partir do que se declinou até agora, provado o dano à saúde do empregado, verificado o ilícito (contratual) pelo próprio inadimplemento, existente ou presumido o nexo, restará o dever do empregador de reparação dos danos verificados pelo fato gerador (acidente de trabalho).

Esse resultado não difere em sua essência do propugnado por Coutinho (2006, p.172):

Enquanto vivermos o modo de produção capitalista, mister que cada um reconheça o seu espaço e o seu papel, o que permitirá a contínua luta pela superação da alienação e exploração, com o reconhecimento e incremento de direitos conquistados.

CONCLUSÃO

No presente estudo buscou-se ressignificar antigos significados, atribuindo-lhes uso atual e aproximando-os de valores contemporâneos.

Assim se fez com o contrato, permitindo sua utilização para operacionalizar a relação de emprego, a partir da efetiva definição do *locus* da vontade. Para tanto, a teoria das relações de fato em muito auxilia, ao apresentar a ideia de contrato sem negócio jurídico, ou, em um entendimento pautado na vontade tácita, de comportamento concludente.

Também, ao renovar-se a cada vez mais criticada dualidade sistêmica da responsabilidade civil com a finalidade de dar maior proteção à vítima, em um movimento de aproximação com o Direito de Dano, embora esse, ontologicamente, sugira, como um passo evolutivo, o fim da dicotomia entre responsabilidade civil contratual e extracontratual.

Por fim, ao relembrar-se que o art. 2º da CLT, a imposição de subordinação ao empregado, e o próprio modo de produção capitalista, tanto individualmente, quanto em seu conjunto, imputam o risco, no contrato de trabalho, ao empregador, com o que sua obrigação contratual de manter a incolumidade de seu empregado pode ser considerada de garantia.

Por certo o presente estudo não apresenta conclusões definitivas.

O Brasil nunca teve uma lei específica sobre acidentes de trabalho que não aquelas relacionadas ao tema no âmbito social ou previdenciário. Dessas normas, que não tinham cunho civil-trabalhista, foram emprestados conceitos e, a partir deles, restou autorizada a responsabilização civil do empregador por danos causados aos empregados, em um processo longo, em que se concretizou a ideia de que também aqueles, e não só o empregado, ou a sociedade, deveria arcar com tais prejuízos.

A resolução do problema sempre foi relegada à regra geral da responsabilidade civil. Assim, procurou-se demonstrar em qual seara desse grande campo normativo reside a melhor solução para o caso.

A resposta, no atual estado da arte do Direito pátrio, foi a responsabilidade civil contratual, com a consideração adicional de que a obrigação implícita de incolumidade é de garantia. Com isso, a responsabilidade é objetiva e o nexo

causal, elemento muitas vezes de mais difícil prova, é presumido em favor da vítima.

Todavia, se existente interesse político para que se estabeleça um sistema unitário de responsabilidade civil para o trato do tema, tal qual verificado para proteger os consumidores dos fatos do produto e do serviço, aliado à definição de severas obrigações de prevenção tanto para empregadores – independentemente dos custos que essas venham a comportar –, quanto para empregados – que também devem ser elementos ativos em defesa de seus direitos –, e à sua efetiva fiscalização, por certo estarão postos meios de garantir-se a proteção à saúde dos trabalhadores brasileiros de forma ainda mais vantajosa do que a ora sugerida.

REFERÊNCIAS

AGUIAR DIAS, J. de. **Da responsabilidade civil**. 11. ed. rev. atual. Aumentada por Rui Bedford Dias. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____. **Responsabilidade Civil em Debate**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

ALTHUSSER, L., RANCIÈRE, J., MACHEREY, P. **Ler o capital**. Tradução de: CAIXEIRO, Nathanael C. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1979.

AMARAL NETO, F. dos S. A autonomia privada como princípio fundamental da ordem jurídica. Perspectivas estrutural e funcional. **Revista de Informação Legislativa**, v. 26, n. 102, p. 207-230, abr./jun. 1989.

AMARAL, F. **Direito civil**. Introdução. 7. ed. rev. modif. aum. Rio de Janeiro:Renovar, 2008.

_____. O contrato e sua função institucional. *In*: Conferências de direito na faculdade de direito de Coimbra, 1999/2000, Coimbra. **Boletim da Faculdade de Direito**. Coimbra: Coimbra Editora, p. 369-383.

ANTUNES, R. O mundo do trabalho. **TV Cultura**: Programa Roda Viva, 03 set. 2012. Disponível em: <<http://tvcultura.cmais.com.br/rodaviva/roda-viva-discute-o-mundo-do-trabalho-com-ricardo-antunes>>. Acesso em: 06/09/2012.

ANUÁRIO BRASILEIRO DE PROTEÇÃO. Novo Hamburgo: Revista Proteção, 2010. Disponível em: <<http://www.segurancaotrabalho.eng.br/estatisticas/estacidmundo.pdf>>. Acesso em: 03/09/2012.

AZEVEDO, A. V. **Teoria Geral das Obrigações**. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

BARACAT, E. M. **A Boa-fé no Direito Individual do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2003a.

_____. A vontade na formação do contrato de trabalho: o problema do negócio jurídico. *In*: DALLEGRAVE NETO, J. A.; GUNTHER, L. E. (coord.). **O impacto do novo código civil no Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2003b, p. 245-266.

_____. Fontes das Obrigações Trabalhistas. **Revista LTr**, São Paulo, v. 71, n. 02, p. 162-170, fev. 2007.

BARROS, A. M. **Curso de Direito do Trabalho**. 3. ed. rev. ampl. São Paulo: LTr, 2007.

BARROSO, L. A.; FROTA, P. M. da C. A obrigação de reparar por danos resultantes da liberação do fornecimento e da comercialização de medicamentos. **Revista Trimestral de Direito do Consumidor**. São Paulo. vol. 43. jul./set. 2010.

BAYLOS, A. **Direito do Trabalho: Modelo para Armar**. Tradução de BENITES, Flavio; SCHULTZ, Cristina. São Paulo: LTr, 2009.

BECKER, V. N. A categoria jurídica dos atos existenciais: transformação da concepção clássica de negócio jurídico. **Revista da Faculdade de Direito de Porto Alegre**, Porto Alegre, p.15-53, 1973/1974.

BELMONTE, A. A. **Curso de responsabilidade trabalhista**: danos morais e patrimoniais nas relações de trabalho. São Paulo: LTr, 2008.

_____. **Danos morais no direito do trabalho**: Identificação e composição dos danos morais trabalhistas. 3. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

BERALDO, L. de F. A responsabilidade civil no parágrafo único do art. 927 do Código Civil e alguns apontamentos do direito comparado. **Revista de Direito Privado**. São Paulo, ano 5, p. 217-234, out.-dez. 2004.

BIAVASCHI, M. B. **O Direito do Trabalho no Brasil – 1930-1942**: a construção do sujeito de direitos trabalhistas. São Paulo: LTr, 2007

BIBLIA. Disponível em: <<http://www.bibliadocetico.net/dt/22.html>>. Acesso em: 30/08/2012.

BOBBIO, N. **Teoria geral do direito**. Tradução de AGOSTINETTI, Denise. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

BRANDÃO, C. **Acidente do Trabalho e Responsabilidade Civil do Empregador**. 3. ed., São Paulo: LTr, 2009.

BRASIL. Conselho Superior da Justiça do Trabalho. Resolução 96 de 24 de março de 2012a. **Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho**, Brasília, DF, n. 946, 26 mar. 2012. Disponível em: <www.tst.jus.br/documents/1199940/1201592/Resolu%C3%A7%C3%A3o+96-2012+-+Preven%C3%A7%C3%A3o+de+Acidentes+de+Trabalho-1.pdf>. Acesso em: 11/09/2012.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF, 05 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 12/09/2012.

BRASIL. Decreto 126 de 22 de maio de 1991a. Promulga a Convenção nº 162, da Organização Internacional do Trabalho - OIT, sobre a Utilização do Asbesto com Segurança. **Diário Oficial [da] União**, Brasília, DF, 23 mai. 1991. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0126.htm>. Acesso em: 10/09/2012.

BRASIL. Decreto 127 de 22 de maio de 1991b. Promulga a Convenção nº 161, da Organização Internacional do Trabalho - OIT, relativa aos Serviços de Saúde do Trabalho. **Diário Oficial [da] União**, Brasília, DF, 23 mai. 1991. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1991/decreto-127-22-maio-1991-342965-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 10/09/2012.

BRASIL. Decreto 129 de 22 de maio de 1991c. Promulga a Convenção nº 159, da Organização Internacional do Trabalho - OIT, sobre Reabilitação Profissional e Emprego de Pessoas Deficientes. **Diário Oficial [da] União**, Brasília, DF, 23 mai. 1991. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0129.htm>. Acesso em: 10/09/2012.

BRASIL. Decreto 157 de 02 de julho de 1991d. Promulga a Convenção Nº 139, da Organização Internacional do Trabalho - OIT, sobre a Prevenção e o Controle de Riscos Profissionais causados pelas Substâncias ou Agentes Cancerígenos. **Diário Oficial [da] União**, Brasília, DF, 03 jul. 1991. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0157.htm>. Acesso em: 10/09/2012.

BRASIL. Decreto 1.253 de 27 de setembro de 1994a. Promulga a Conversão nº 136, da Organização Internacional do Trabalho, sobre a Proteção contra os Riscos de Intoxicação Provocados pelo Benzeno, assinada em Genebra, em 30 de junho de 1971. **Diário Oficial [da] União**, Brasília, DF, 28 set. 1994. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D1253.htm>. Acesso em: 10/09/2012.

BRASIL. Decreto 1.254 de 29 de setembro de 1994b. Promulga a Convenção nº

155, da Organização Internacional do Trabalho, sobre Segurança e Saúde dos Trabalhadores e o Meio Ambiente de Trabalho, concluída em Genebra, em 22 de junho de 1981. **Diário Oficial [da] União**, Brasília, DF, 30 set. 1994. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1994/decreto-1254-29-setembro-1994-449674-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 10/09/2012.

BRASIL. Decreto 2.657 de 03 de julho de 1998a. Promulga a Convenção nº 170 da OIT, relativa à Segurança na Utilização de Produtos Químicos no Trabalho, assinada em Genebra, em 25 de junho de 1990. **Diário Oficial [da] União**, Brasília, DF, 06 jul. 1998. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1998/decreto-2657-3-julho-1998-397918-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 10/09/2012.

BRASIL. Decreto 2.671 de 15 de julho de 1998b. Promulga a Convenção nº 164 da OIT, sobre a Proteção da Saúde e a Assistência Médica aos Trabalhadores Marítimos, assinada em Genebra, em 8 de outubro de 1987. **Diário Oficial [da] União**, Brasília, DF, 16 jul. 1998. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1998/decreto-2671-15-julho-1998-391965-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 10/09/2012.

BRASIL. Decreto 2.681 de 7 de dezembro de 1912. Regula a responsabilidade civil das estradas de ferro. **Diário Oficial [da] União**, 11 dez. 1912. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1910-1919/decreto-2681-7-dezembro-1912-578354-publicacaooriginal-101207-pl.html>>. Acesso em: 12/09/2012.

BRASIL. Decreto 3.048 de 06 de maio de 1999a. Aprova o Regulamento da Previdência Social, e dá outras providências. **Diário Oficial [da] União**, Brasília, DF, 07 mai. 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3048.htm>. Acesso em: 12/09/2012.

BRASIL. Decreto 3.251 de 17 de novembro de 1999b. Promulga a Convenção nº 134, da Organização Internacional do Trabalho, sobre Prevenção de Acidentes de Trabalho dos Marítimos, concluída em Genebra, em 30 de outubro de 1970. **Diário Oficial [da] União**, Brasília, DF, 18 nov. 1999. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1999/decreto-3251-17-novembro-1999-369627-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 10/09/2012.

BRASIL. Decreto 3.597 de 12 de junho de 2008a. Regulamenta os artigos 3º, alínea "d", e 4º da Convenção 182 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) que trata da proibição das piores formas de trabalho infantil e ação imediata para sua eliminação, aprovada pelo Decreto Legislativo nº 178, de 14 de dezembro de 1999, e promulgada pelo Decreto nº 3.597, de 12 de setembro de 2000, e dá outras providências. **Diário Oficial [da] União**, Brasília, DF, 13 jun. 2008. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/2008/decreto-6481-12-junho-2008-576432-publicacaooriginal-99613-pe.html>>. Acesso em: 10/09/2012.

BRASIL. Decreto 4.085 de 15 de janeiro de 2002a. Promulga a Convenção nº 174 da OIT e a Recomendação nº 181 sobre a Prevenção de Acidentes Industriais Maiores. **Diário Oficial [da] União**, Brasília, DF, 16 jan. 2002. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/2002/decreto-4085-15-janeiro-2002-434349-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 10/09/2012.

BRASIL. Decreto 5.005 de 08 de março de 2004a. Promulga a Convenção nº 171 da Organização Internacional do Trabalho relativa ao Trabalho Noturno. **Diário Oficial [da] União**, Brasília, DF, 09 mar. 2004. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/2004/decreto-5005-8-marco-2004-531118-publicacaooriginal-12856-pe.html>>. Acesso em: 10/09/2012.

BRASIL. Decreto 6.042 de 12 de fevereiro de 2007a. Altera o Regulamento da Previdência Social, aprovado pelo Decreto n 3.048, de 6 de maio de 1999, disciplina a aplicação, acompanhamento e avaliação do Fator Acidentário de Prevenção - FAP e do Nexo Técnico Epidemiológico, e dá outras providências. **Diário Oficial [da] União**, Brasília, DF, 13 fev. 2007 retificado em 20 fev. 2007. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/decreto/d6042.htm>. Acesso em: 18/09/2012.

BRASIL. Decreto 6.270 de 22 de novembro de 2007b. Promulga a Convenção nº 176 e a Recomendação no 183 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) sobre Segurança e Saúde nas Minas, adotadas em Genebra, em 22 de junho de 1995, pela 85 Sessão da Conferência Internacional do Trabalho. **Diário Oficial [da] União**, Brasília, DF, 23 nov. 2007. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2007/Decreto/D6270.htm>. Acesso em: 10/09/2012.

BRASIL. Decreto 6.271 de 22 de novembro de 2007c. Promulga a Convenção no 167 e a Recomendação no 175 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) sobre a Segurança e Saúde na Construção, adotadas em Genebra, em 20 de junho de 1988, pela 75ª Sessão da Conferência Internacional do Trabalho. **Diário Oficial [da] União**, Brasília, DF, 23 nov. 2007. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/2007/decreto-6271-22-novembro-2007-564051-publicacaooriginal-88070-pe.html>>. Acesso em: 10/09/2012.

BRASIL. Decreto 7.602 de 7 de novembro de 2011a. Dispõe sobre a Política Nacional de Segurança e Saúde no Trabalho - PNSST. **Diário Oficial [da] União**, Brasília, DF, 08 nov. 2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Decreto/D7602.htm>. Acesso em: 15/09/2012.

BRASIL. Decreto 9.284 de 30 de dezembro de 1911. Crêa a Caixa de Pensões dos Operarios da Casa da Moeda e aprova respectivo regulamento. **Coleção de Leis do Brasil**, 31 dez. 1911. Disponível em: <<http://legis.senado.gov.br/sicon/index.jsp>>. Acesso em: 11/09/2012.

BRASIL. Decreto 16.027 de 30 de abril de 1923a. Crêa o Conselho Nacional do Trabalho. **Diário Oficial [da] União**, 31 dez. 1923. Disponível em: <<http://legis.senado.gov.br/sicon/index.jsp>>. Acesso em: 15/09/2012.

BRASIL. Decreto 24.637 de 10 de julho de 1934. Estabelece sob novos moldes as obrigações resultantes dos accidentes do trabalho e dá outras providências. **Diário Oficial [da] União**, 12 jul. 1934. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1930-1939/decreto-24637-10-julho-1934-505781-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 12/09/2012.

BRASIL. Decreto 34.586 de 12 de novembro de 1953. Determina a fusão de Caixas de Aposentadorias e Pensões e dá outras providências. **Diário Oficial [da] União**, 13 nov. 1953. Disponível em: <<http://legis.senado.gov.br/sicon/index.jsp>>. Acesso em: 15/09/2012.

BRASIL. Decreto 58.820 de 14 de julho de 1966a. Promulga a Convenção nº 103 sôbre proteção à maternidade. **Diário Oficial [da] União**, Brasília, DF, 19 jul. 1966. Disponível em: <<http://legis.senado.gov.br/sicon/index.jsp>>. Acesso em: 10/09/2012.

BRASIL. Decreto 62.151 de 19 de janeiro de 1968. Promulga a Convenção da OIT número 115 sôbre a proteção contra as radiações ionizantes. **Diário Oficial [da] União**, Brasília, DF, 23 jan. 1968. Disponível em: <<http://legis.senado.gov.br/sicon/index.jsp>>. Acesso em: 10/09/2012.

BRASIL. Decreto 67.339 de 05 de outubro de 1970. Promulga a Convenção nº 127, da Organização Internacional do Trabalho, relativa ao pêsso máximo das cargas que podem ser transportadas por um só trabalhador. **Diário Oficial [da] União**, Brasília, DF, 06 out. 1970. Disponível em: <<http://legis.senado.gov.br/sicon/index.jsp>>. Acesso em: 10/09/2012.

BRASIL. Decreto 93.413 de 15 de outubro de 1986. Promulga a Convenção nº 148 sobre a Proteção dos Trabalhadores Contra os Riscos Profissionais Devidos à Contaminação do Ar, ao Ruído e às Vibrações no Local de Trabalho. **Diário Oficial [da] União**, Brasília, DF, 16 out. 1986. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1980-1987/decreto-93413-15-outubro-1986-443822-retificacao-15543-pe.html>>. Acesso em: 10/09/2012.

BRASIL. Decreto 99.543 de 21 de setembro de 1990a. Dispõe sobre a execução do Sexto Protocolo Adicional ao Acordo Comercial n. 26, no Setor da Indústria de Artigos e Aparelhos para Usos Hospitalares, Médicos, Odontológicos, Veterinários e Afins, entre o Brasil, a Argentina e o México. **Diário Oficial [da] União**, Brasília, DF, 25 set. 1990. Disponível em: <<http://www6.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=134248>>. Acesso em: 10/09/2012.

BRASIL. Decreto-Lei 32 de 18 de novembro de 1966b. Código Brasileiro do Ar. **Diário Oficial [da] União**, Brasília, DF, 18 nov. 1966. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1960-1969/decreto-lei-32-18-novembro-1966-375943-norma-pe.html>>. Acesso em: 15/09/2012.

BRASIL. Decreto-Lei 293 de 28 de fevereiro de 1967a. Dispõe sobre o seguro de acidentes do trabalho. **Diário Oficial [da] União**, Brasília, DF, 28 fev. 1967. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1960-1969/decreto-lei-293-28-fevereiro-1967-374016-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 12/09/2012.

BRASIL. Decreto-lei 2.848 de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. **Diário Oficial [da] União**, 31 dez. 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848.htm>. Acesso em: 12/09/2012.

BRASIL. Decreto-Lei 3.724 de 15 de janeiro de 1919. Regula as obrigações resultantes dos acidentes no trabalho. **Diário Oficial [da] União**, 15 jan. 1919. Disponível em: <<http://legis.senado.gov.br/sicon/index.jsp>>. Acesso em: 01.08.2011.

BRASIL. Decreto-Lei 4.682 de 24 de janeiro de 1923b. Crea, em cada uma das empresas de estradas de ferro existentes no país, uma caixa de aposentadoria e pensões para os respectivos empregados. **Diário Oficial [da] União**, 13 abr. 1923. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1920-1929/decreto-4682-24-janeiro-1923-538815-publicacaooriginal-90368-pe.html>>. Acesso em: 15/09/2012.

BRASIL. Decreto-Lei 5.452 de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. **Diário Oficial [da] União**, 09 ago. 1943. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm>. Acesso em: 12/09/2012.

BRASIL. Decreto-Lei 7.036 de 10 de novembro de 1944. Reforma da Lei de Acidentes do Trabalho. **Diário Oficial [da] União**, 13 nov. 1944. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1940-1949/decreto-lei-7036-10-novembro-1944-389493-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 12/09/2012.

BRASIL. Emenda Constitucional de 03 de setembro de 1926. Emendas à Constituição Federal de 1891. **Diário do Congresso Nacional**, 04 set. 1926. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/emecon_sn/1920-1929/emendaconstitucional-35085-3-setembro-1926-532729-publicacaooriginal-15088-pl.html>. Acesso em: 15/09/2012.

BRASIL. Lei 556 de 25 de junho de 1850. Código Comercial. **CLB**, 1850, T.11. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L0556-1850.htm>. Acesso

em: 12/09/2012.

BRASIL. Lei 3.071 de 1º de janeiro de 1916. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. **Diário Oficial [da] União**, 05 jan. 1916. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm>. Acesso em: 10/09/2012.

BRASIL. Lei 3.807 de 26 de agosto de 1960. Dispõe sobre a Lei Orgânica da Previdência Social. **Diário Oficial [da] União**, 05 set. 1960. Disponível em: <<http://legis.senado.gov.br/sicon/index.jsp>>. Acesso em: 15/09/2012.

BRASIL. Lei 5.316 de 14 de setembro de 1967b. Integra o seguro de acidentes do trabalho na previdência social, e dá outras providências. **Diário Oficial [da] União**, Brasília, DF, 18 set. 1967. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1960-1969/lei-5316-14-setembro-1967-359151-publicacaooriginal-35290-pl.html>>. Acesso em: 15/09/2012.

BRASIL. Lei 5.869 de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. **Diário Oficial [da] União**, Brasília, DF, 17 jan. 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm>. Acesso em: 12/09/2012.

BRASIL. Lei 6.367 de 19 de setembro de 1976. Dispõe sobre o seguro de acidentes do trabalho a cargo do INPS e dá outras providências. **Diário Oficial [da] União**, Brasília, DF, 21 out. 1976. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1970-1979/lei-6367-19-outubro-1976-357102-normaatualizada-pl.html>>. Acesso em: 15/09/2012.

BRASIL. Lei 6.453 de 17 de outubro de 1977. Dispõe sobre a responsabilidade civil por danos nucleares e a responsabilidade criminal por atos relacionados com atividades nucleares e dá outras providências. **Diário Oficial [da] União**, Brasília, DF, 18 out. 1977. Disponível em: <<http://www6.senado.gov.br/legislacao/DetalhaDocumento.action?id=124284>>. Acesso em: 11/09/2012.

BRASIL. Lei 7.783 de 28 de junho de 1989. Dispõe sobre o exercício do direito de greve, define as atividades essenciais, regula o atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade, e dá outras providências. **Diário Oficial [da] União**, Brasília, DF, 29 jun. 1989. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7783.htm>. Acesso em: 12/09/2012.

BRASIL. Lei 8.036 de 11 de maio de 1990b. Dispõe sobre o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, e dá outras providências. **Diário Oficial [da] União**, Brasília, DF, 14 mai. 1990 retificado em 15 mai. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8036consol.htm>. Acesso em: 12/09/2012.

BRASIL. Lei 8.078 de 11 de setembro de 1990c. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. **Diário Oficial [da] União**, Brasília, DF, 12 fev. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm>. Acesso em: 10/09/2012.

BRASIL. Lei 8.080, de 19 de setembro de 1990d. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. **Diário Oficial [da] União**, Brasília, DF, 20 set. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8080.htm>. Acesso em: 06/09/2012.

BRASIL. Lei 8.213 de 24 de julho de 1991e. Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências. **Diário Oficial [da] União**, Brasília, DF, 25 jul. 1991. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8213cons.htm>. Acesso em: 18/09/2012.

BRASIL. Lei 10.406 de 10 de janeiro de 2002c. Institui o Código Civil. **Diário Oficial [da] União**, Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 12.09.2012.

BRASIL. Lei 11.121 de 25 de maio de 2005a. Institui o Dia Nacional em Memória das Vítimas de Acidentes e Doenças do Trabalho. **Diário Oficial [da] União**, Brasília, DF, 27 mai. 2005. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11121.htm>. Acesso em: 15/09/2012.

BRASIL. Lei 12.470 de 31 de agosto de 2011b. Altera os arts. 21 e 24 da Lei n. 8.212, de 24 de julho de 1991, que dispõe sobre o Plano de Custeio da Previdência Social, para estabelecer alíquota diferenciada de contribuição para o microempreendedor individual e do segurado facultativo sem renda própria que se dedique exclusivamente ao trabalho doméstico no âmbito de sua residência, desde que pertencente a família de baixa renda; altera os arts. 16, 72 e 77 da Lei n. 8.213, de 24 de julho de 1991, que dispõe sobre o Plano de Benefícios da Previdência Social, para incluir o filho ou o irmão que tenha deficiência intelectual ou mental como dependente e determinar o pagamento do salário-maternidade devido à empregada do microempreendedor individual diretamente pela Previdência Social; altera os arts. 20 e 21 e acrescenta o art. 21-A à Lei nº 8.742, de 7 de dezembro de 1993 - Lei Orgânica de Assistência Social, para alterar regras do benefício de prestação continuada da pessoa com deficiência; e acrescenta os §§ 4º e 5º ao art. 968 da Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil, para estabelecer trâmite especial e simplificado para o processo de abertura, registro, alteração e baixa do microempreendedor individual. **Diário Oficial [da] União**, Brasília, DF, 01 set. 2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12470.htm>. Acesso em: 10/09/2012.

BRASIL. Lei complementar 128 de 19 de dezembro de 2008b. Altera a Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006, altera as Leis nº 8.212, de 24 de julho de 1991, 8.213, de 24 de julho de 1991, 10.406, de 10 de janeiro de 2002 – Código Civil, 8.029, de 12 de abril de 1990, e dá outras providências. **Diário Oficial [da] União**, Brasília, DF, 22 dez. 2008. Disponível em: <<http://www.receita.fazenda.gov.br/legislacao/leiscomplementares/2008/leicp128.htm>>. Acesso em: 10/09/2012.

BRASIL. Ministério da Saúde. Portaria 777, de 28 de abril de 2004b. **Saite do Ministério da Saúde**, Brasília, 28 abr. 2004. Disponível em: <<http://dtr2001.saude.gov.br/sas/PORTARIAS/Port2004/GM/GM-777.htm>>. Acesso em: 10/09/2012.

BRASIL. Ministério da Saúde. Portaria 1.679, de 19 de setembro de 2002b. **Saite do Ministério da Saúde**, Brasília, 19 de set. 2002. Disponível em: <<http://dtr2001.saude.gov.br/sas/PORTARIAS/Port2002/Gm/GM-1679.htm>>. Acesso em: 10/09/2012.

BRASIL. Ministério da Saúde. Portaria 2.437, de 07 de dezembro de 2005b. **Saite do Ministério da Saúde**, Brasília, 07 dez. 2005. Disponível em: <<http://dtr2001.saude.gov.br/sas/PORTARIAS/Port2005/GM/GM-2437.htm>>. Acesso em: 10/09/2012.

BRASIL. Ministério do Trabalho e Emprego. Portaria 3.214 de 08 de junho de 1978. **Diário Oficial [da] União**, Brasília, DF, 06 jul.1978 – suplemento. Disponível em: <http://portal.mte.gov.br/data/files/FF8080812BE914E6012BE96DD3225597/p_1978_0608_3214.pdf>. Acesso em: 15/09/2012.

BRASIL. **Notícias do TST**, Brasília, 06 out. 2010a. Disponível em: <http://www.tst.jus.br/busca-avancada?p_p_id=advancedsearchv62_WAR_advancedsearchv62_portlet_INSTANCE_9V1k&p_p_lifecycle=0&p_p_state=normal&p_p_mode=view&p_p_col_id=column-1&p_p_col_count=1%20&advanced-search-display=yes%20&articleId=307262%20&version=1.0%20&groupId=10157%20&entryClassPK=307264>. Acesso em: 10/10/2012.

BRASIL. **Portal da Saúde**. [ca 2009]. Disponível em: <http://portal.saude.gov.br/portal/saude/visualizar_texto.cfm?idtxt=25085&janela=1>. Acesso em: 06/09/2012.

BRASIL. **Portal da Saúde**. [ca 2009]. Disponível em:<http://portal.saude.gov.br/portal/saude/visualizar_texto.cfm?idtxt=30428&janela=1>. Acesso em: 10/09/2012.

BRASIL. Previdência Social. **Anuário Estatístico da Previdência Social**. 2010b. cap. 31. Disponível em: <<http://www.previdencia.gov.br/conteudoDinamico.php?id=1161>>. Acesso em: 10/09/2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1.067.738/GO. Relatora do acórdão: Ministra Nancy Andrighi, 26 mai. 2009a. Disponível em: <http://ww2.stj.jus.br/?componente=ATC&sequencial=54032238num_registro=200801364127%data-200906>. Acesso em: 10/09/2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula 387. **Diário da Justiça Eletrônico**, 01 set. 2009b. Disponível em: <http://www.dji.com.br/normas_inferiores/regimento_interno_e_sumula_stj/stj__0387.htm>. Acesso em: 11/09/2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 639-8/DF. Relator: Ministro Joaquim Barbosa, 02 jun. 2005. **Diário da Justiça**, 21 out. 2005c. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266465>>. Acesso em: 10/01/2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Conflito de Competência 7.204-1/MG. Relator: Ministro Carlos Britto, 28 jun. 2005. **Diário da Justiça**, 09 dez. 2005d. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/763870/conflito-de-competencia-cc-7204-mg-stf>>. Acesso em: 11/09/2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula 187. **Súmula da Jurisprudência Predominante do Supremo Tribunal Federal – Anexo ao Regimento Interno**. Imprensa Nacional, 1964a. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=187.NUME.NAO.S.FLSV.&base=baseSumulas>>. Acesso em: 11/09/2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula 229. **Súmula da Jurisprudência Predominante do Supremo Tribunal Federal – Anexo ao Regimento Interno**. Imprensa Nacional, 1964b. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=229.NUME.NAOS.FLSV.&base=baseSumulas>>. Acesso em: 11/09/2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula vinculante 22. **Diário Oficial [da] União**, Brasília, DF, 11 dez. 2009c. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=22.NUME.E.S.FLSV.&base=baseSumulasVinculantes>>. Acesso em: 12/09/2012.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Súmula 85. **Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho**, Brasília, DF 25, 26 e 27 set. 2012b. Disponível em: <http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_51_100.html#SUM-85>. Acesso em: 12/09/2012.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Súmula 378. **Diário Eletrônico da Justiça**

do Trabalho, Brasília, DF 27, 30 e 31 mai. 2011c. Disponível em: <http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_351_400.html#SUM-378>. Acesso em: 18/09/2012.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Súmula 437. **Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho**, Brasília, DF 25, 26 e 27 set. 2012c. Disponível em: <http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_401_450.html#SUM-437>. Acesso em: 12/09/2012.

CACHAPUZ, M. C. Direitos de responsabilidade e responsabilidade civil na perspectiva da ética do discurso. *In*: LEITE, E. O. (coord.). **Grandes temas da atualidade**: Responsabilidade civil. Rio de Janeiro, 2006, p. 437-463.

CAIRO JUNIOR, J. O **Acidente do Trabalho e a Responsabilidade Civil do Empregador**. 5. ed., São Paulo: LTr, 2009.

CÂMARA, E. de A. A responsabilidade civil nos acidentes de trabalho: A Constituição de 1988 e o direito anterior: competência da justiça do trabalho e da justiça comum. **ADT**: direito do trabalho e previdência social, São Paulo, v. 24, n. 40, p. 384-378.

CASTRO, C. A. P. de e LAZZARI, J. B. **Manual de Direito Previdenciário**. 12. ed. rev. atual., Florianópolis: Conceito Editorial, 2010.

CATHARINO, M. **Compêndio de direito do trabalho**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 1981.

CAVALIERI FILHO, S. **Perspectivas da Responsabilidade Civil**. *In*: SIMPÓSIO DO TRT DA 12ª REGIÃO, 7. Florianópolis, 2010.

_____. **Programa de Responsabilidade Civil**. 10. ed. rev. ampl. São Paulo: Atlas, 2012.

CLEROT, D. W.; BRITO, V. V. N. de. Dano moral decorrente de acidente do trabalho e a teoria do risco criado. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 13ª Região**, João Pessoa, n. 13, p. 17-22, 2005.

CORDEIRO, A. M. da R. e M. **Da boa-fé no Direito Civil**. Coimbra: Livraria Almedina, 1997.

CORTIANO JUNIOR, E. A propósito do Novo Código Civil brasileiro. *In*: DALLEGRAVE NETO, J. A.; GUNTHER, L. E. (coord.). **O impacto do novo código civil no Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2003, p. 11-19.

COSTA, A. C.; FERRARI, I; MARTINS, M. R. **CLT-LTr**: 2011. 38. ed. São Paulo: LTr, 2011.

COUTINHO, A. R. A autonomia privada: em busca da defesa dos direitos fundamentais dos trabalhadores. *In*: SARLET, I. W. (org.). **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. 2. ed. rev. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 167-185

_____. Autonomia privada na perspectiva do Novo Código Civil. *In*: DALLEGRAVE NETO, J. A.; GUNTHER, L. E. (coord.). **O impacto do novo código civil no Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2003, p. 67-84.

_____. Função social do contrato individual de trabalho. *In*: DALLEGRAVE NETO, J. A. (coord.). **Transformações do Direito do Trabalho**: estudos em homenagem ao Professor Doutor João Régis Fassbender Teixeira. Curitiba : Juruá, 2001. p. 25-50.

CRETELLA JUNIOR, J. **Comentários à Constituição Brasileira de 1988**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1989. Vol 2.

_____. **O estado e a obrigação de indenizar**. São Paulo: Saraiva, 1980.

DALLEGRAVE NETTO, J. A. **Responsabilidade Civil no Direito do Trabalho**. 2. ed., São Paulo: LTr, 2007.

_____. Nulidade do contrato de trabalho e o Novo Código Civil. *In*: DALLEGRAVE NETO, J. A.; GUNTHER, L. E. (coord.). **O impacto do novo código civil no Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2003, p. 85-123.

DANTAS, I. Nova lei trabalhista garante carteira assinada a empregado eventual e por hora. **Jornal o Estado de São Paulo**, São Paulo, 03 mar. 2012, Caderno de Economia. Disponível em: <<http://economia.estadao.com.br/noticias/economia,nova-lei-trabalhista-garante-carteira-assinada-a-empregado-eventual-e-por-hora-,104828,0.htm>>. Acesso em: 27/08/2012.

DELGADO, M. G. **Curso de Direito do Trabalho**. 10. ed. São Paulo: LTr, 2011.

DEPARTAMENTO INTERSINDICAL DE ESTATÍSTICA E ESTUDOS SOCIOECONÔMICOS (DIEESE). **A situação do trabalho no Brasil na primeira década do ano 2000**. São Paulo, 2012.

DINIZ, M. H. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil**. 22. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2008a. V. 7.

_____. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Teoria das Obrigações Contratuais e Extracontratuais**. 24. ed. atual. e ampl. de acordo com a reforma do CPC e com o Projeto de Lei n. 276/2007. São Paulo: Saraiva, 2008b.

_____. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Teoria Geral das Obrigações**. 23. ed. rev., atual. e ampl. de acordo com a reforma do CPC e com o Projeto de Lei n. 276/2007. São Paulo: Saraiva, 2008c .

DOMANSKI, M. A indenização no caso de danos ocorridos no transporte aéreo: a responsabilidade contratual e extracontratual do Código Brasileiro de Aeronáutica em face do atual Código de Defesa do Consumidor. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**, Curitiba, v. 27, n. 27, p. 103-139, 1992/1993.

ELSTER, J. **Marx, hoje**. Tradução de: DENTEZIEN, Plínio. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1989.

ENGELS, F. **A situação da classe trabalhadora na Inglaterra**. Tradução: SCHUMANN, B. A. São Paulo: Boitempo, 2008.

_____. Introdução. *In*: MARX, K. **As lutas de Classes na França (1848-1850)**. São Paulo: Global, 1986, p. 29-48.

FACHIN, L. E. **Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo**. 2. ed. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____. O “aggiornamento” do direito civil brasileiro e a confiança negocial. *In*: RAMOS, C. L. S. *et al.* (coord). **Repensando Fundamentos do Direito Civil brasileiro contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 115-149.

_____. O futuro do direito e o direito ao futuro. **Revista OAB RJ**. Rio de Janeiro, v. 1, n. 24, p. 261- 273, 2008.

_____. Limites e possibilidades da nova teoria geral do Direito Civil. **Jurisprudência Brasileira Cível e Comércio**. Curitiba, p. 45-50, 1994.

_____. Responsabilidade civil contemporânea no Brasil. Notas para uma aproximação. **Revista Jurídica**, Porto Alegre, v. 58, n. 397, p.11-19, nov. 2010, .

_____. **Teoria crítica do Direito Civil**: à luz do novo Código Civil Brasileiro. 2. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____. Transformações do direito civil contemporâneo. *In*: RAMOS, C. L. S. *et al* (org.). **Diálogos sobre Direito Civil**: construindo a racionalidade contemporânea. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

FIGUEIRA, E. **Renovação do sistema de direito privado**. Lisboa: Editora Caminho, 1989.

FIUZA, C. Para uma releitura da teoria geral da responsabilidade civil. **Synthesis: direito do trabalho material e processual**, São Paulo, n. 42, p. 32-35, 2006.

FONSECA, R. M. **Modernidade e contrato de trabalho**: do sujeito de direito à sujeição jurídica. São Paulo: LTr, 2002.

FRANÇA, D. L. do N. Dano moral – necessidade da prova do prejuízo para configuração da responsabilidade civil. **Revista de Direito Privado**. São Paulo, ano 5, p. 69-82, jul./set. 2004.

FRANCO, M. S. de C. **Homens Livres na Ordem Escravocrata**. 4. ed. São Paulo: Fundação Editora da UNESP, 1997.

GAGLIANO, P. S.; PAMPLONA FILHO, R. **Novo curso de direito civil**. Contratos: teoria geral. 6. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2010a. v. 4, tomo 1

_____. **Novo Curso de Direito Civil**. Obrigações. 11. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2010b. v. 2.

_____. **Novo curso de direito civil**. Responsabilidade Civil. 8. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2010c. v. 3.

GEBARA, A. **O mercado de trabalho livre no Brasil**. Brasília: Editora Brasiliense, 1986.

GLITZ, F. E. Z. A contemporaneidade contratual e a regulamentação do contrato eletrônico. *In*: RAMOS, C. L. S. *et al* (org.). **Diálogos sobre Direito Civil: construindo a racionalidade contemporânea**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

GOMES, A. C. Acidente de trabalho e a responsabilidade civil do empregador. **Repertório IOB de Jurisprudência**. São Paulo, v. 26, n. 4, cd. 2, p. 128-133, 2ª quinzena-fev. 2012.

GOMES, A. de C., PESSANHA, E. G. da F. e MOREL, R. de M. **Arnaldo Süssekind: Um construtor do direito do trabalho**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

GOMES, L. R. de F.; LIRA, R. P. (coord.). **Elementos de responsabilidade civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

GOMES, O. **Contrato de adesão: condições gerais dos contratos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1972.

_____. **Introdução ao Direito Civil**. 15. ed. atual. Atualização de: Humberto Theodoro Junior. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

_____. **Obrigações**. 11. ed. rev. e atual. Atualização de: Humberto Theodoro Junior. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

_____. **Transformações gerais do direito das obrigações**. 2. ed. aum. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1980, p. 42-63.

_____; GOTTSCHALK, E. **Curso de Direito do Trabalho**. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

GORENDER, J. Introdução: O Nascimento do Materialismo Histórico. *In*: MARX, K; ENGELS, F. **A Ideologia alemã**. Tradução de: CASTRO E COSTA, Luis Cláudio de. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

GOUVÊA, E. de O. Boa-fé objetiva e responsabilidade civil contratual – principais inovações. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 99, n. 369, p. 73-88, set./out. 2003.

HOFMEISTER, M. A. C. **O dano pessoal na sociedade de risco**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

HOFFMANN, F. O contrato-realidade e a atualidade. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**. v. 32, p. 135-146, 1999. Disponível em: <<http://ojs.c3sl.ufpr.br/ojs2/index.php/direito/article/view/1881>>. Acesso em: 09/10/2012.

JEAMMAUD, A. Les fonctions du droit du travail. *In*: _____, COLLIN, F., DHOQUOIS, R. & *ET AL.* **Le droit capitaliste du travail**. Grenoble: Presses Universitaires de Grenoble, 1980, p. 151-208.

KAFKA, F. **A metamorfose**. Tradução de: GUIMARÃES, Torrieri. São Paulo: Saraiva de Bolso, 2011.

LAMOUNIER, M. L. **Da Escravidão ao Trabalho Livre: a lei de locação de serviços de 1879**. Campinas, SP: Papyrus, 1988.

LARENZ, K. O estabelecimento de relações obrigacionais por meio de comportamento social típico. Trad. HIRATA, Alessandro. **Revista Direito GV**, v. 2, n. 1, p. 55-63, jan./jun. 2006.

LEÃO XIII, PAPA. **De Rerum Novarum**. Vaticano, 15 maio 1891. Disponível em: <http://www.vatican.va/holy_father/leo_xiii/encyclicals/documents/hf_lxiii_enc_15051891_rerum-novarum_po.html>. Acesso em: 06/09/2012.

LEONARDO, R. X. Direito das obrigações: em busca de elementos caracterizadores para compreensão do Livro I da parte especial do Código Civil. *In*: CANE ZIN, Claudete (org). **Arte Jurídica**. v.I. Curitiba: Juruá, 2004, p. 277-291.

_____. Responsabilidade civil contratual e extracontratual: primeiras anotações em face do Novo Código Civil Brasileiro. **Revista de Direito Privado**. São Paulo, ano 5, p. 260-269, jul./set. 2004.

LÔBO, P. L. N. Contrato e mudança social. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, n. 722, p. 40-45, dez. 1995.

_____. Danos morais e direitos da personalidade. *In*: LEITE, E. O. (coord.). **Grandes temas da atualidade**: Dano moral. Rio de Janeiro, 2002, p. 347-366.

_____. Dirigismo contratual. **Revista de Direito Civil**, São Paulo, n. 52, ano 14, p. 64-78, abr./jun. 1990

_____. **O Contrato**: exigências e concepções atuais. São Paulo: Saraiva, 1986.

_____. **Repensando Fundamentos do Direito Civil Brasileiro Contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

LORENZETTI, R. L. Analisis critico de la autonomia privada contractual. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 14, p. 14, 1995.

MACHADO, S. J. B. J. Assunto em destaque: responsabilidade civil do empregador por acidente do trabalho. **Synthesis: Direito do Trabalho Material e Processual**. São Paulo, n. 47, p. 11-20, jul./dez. 2008.

MAIOR, J. L. S. **Curso de Direito do Trabalho**: Teoria Geral do Direito do Trabalho. São Paulo: LTr, 2011. v. 1, p. 1.

_____. A responsabilidade civil objetiva do empregador com relação a danos pessoais e sociais no âmbito das relações de trabalho. **Revista Trabalhista: direito e processo**. Rio de Janeiro, v. 3, n. 12, p. 97-112, out./dez. 2004.

MALTEZ, F. A. Responsabilidade subjetiva e a culpa presumida do empregador nos casos de acidente do trabalho. **Ciência Jurídica do Trabalho**. Belo Horizonte, v. 14, n. 88, p. 89-112, jul./ago. 2011.

MARANHÃO, D. Contrato de Trabalho. *In*: SUSSEKIND, A, MARANHÃO, D., VIANNA, D. L. S. & *ET AL*. **Instituições de direito do Trabalho**. 21. ed., São Paulo: LTr, 2003, p. 228-284.

MARINONI, L. G.; ARENHART, S. C. **Manual do processo de conhecimento**. A tutela jurisdicional através do processo de conhecimento. 2. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

_____. **Teoria geral do processo**. 3. ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. v. 1.

MARTINS-COSTA, J. A noção de contrato na história dos pactos. *In*: **UMA VIDA dedicada ao direito**: homenagem a Carlos Henrique de Carvalho: o Editor dos juristas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 497-513.

_____. Crise e Modificação da Idéia de Contrato no Direito Brasileiro. **Revista de Direito Civil**, São Paulo, n. 59, ano 16, p. 19-38. jan./ mar. 1992.

MARTINS, S. P. **Convenções da OIT**. São Paulo: Atlas, 2009.

_____. **Direito do Trabalho**. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

MARX, K. **O 18 Brumário e cartas a Kugelmann**. 6. ed. São Paulo: Paz e Terra, 1997.

_____. **O Capital**: Crítica da Economia Política. Vol. I. Tradução de: BARBOSA, Regis; KOTHE, Flávio R. São Paulo: Ed. Nova Cultural, 1996. (Coleção Os Economistas).

_____, ENGELS, F. **A Ideologia alemã**. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

MATTIETTO, L. de A. O papel da vontade nas situações jurídicas patrimoniais: o negócio jurídico e o novo código civil. *In*: RAMOS, C. L. S. *et al* (org.). **Diálogos sobre Direito Civil**: construindo a racionalidade contemporânea. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

MELO, R. S. de. **Direito ambiental do trabalho e a saúde do trabalhador**: responsabilidades legais, dano material, dano moral, dano estético, perda de uma chance. 2.ed. São Paulo: LTr, 2006. p. 149-279.

_____. **Direito Ambiental do Trabalho e a saúde do trabalhador**: responsabilidades legais, dano material, dano moral, dano estético. São Paulo: Ltr, 2004.

MIAILLE, M. **Introdução crítica ao direito**. Trad. PRATA, Ana. 3. ed. Lisboa: Editora Estampa, 2005, p. 114-121.

MITRE, F. Possíveis mudanças na CLT. **Band News**: Colunistas/Especiais, 13 julho

2012. Disponível em: <<http://bandnewstv.band.com.br/colunistas/coluna.asp?idc=72&idn=606375&tt=fernando-mitre&tc=possiveis-mudancas-na-clt>>. Acesso em: 27/08/2012.

MORAES FILHO E. de M.; MORAES, A. C. F. de. **Estudos de Direito do Trabalho: doutrina, legislação e jurisprudência**. São Paulo: LTr, 1971, p. 202-216.

_____. **Introdução ao Direito do Trabalho**. 7. ed. rev. atual. São Paulo: LTr, 1995.

MORAES, M. C. B. de. **Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

MOREIRA, A. J. Gestão de prevenção e a responsabilidade civil do empregador por acidente de trabalho. **Suplemento Trabalhista LTr**. São Paulo, v. 47, n. 20, p. 99-104, mar. 2011.

NALIN, P. **Do contrato: conceito pós-moderno (em busca de sua formulação na perspectiva civil-constitucional)**. 2. ed. rev. e atual. Curitiba: Juruá, 2008.

NASCIMENTO, A. M. **Iniciação ao Direito do Trabalho**. 36. ed., São Paulo: LTr, 2011.

_____. **Curso de Direito do Trabalho**. 25. ed., São Paulo: Saraiva, 2010.

NASSIF, L. As possíveis mudanças na CLT, segundo Paim. **Luis Nassif On Line**, 17 agosto 2012. Disponível em: <<http://www.advivo.com.br/blog/luisnassif/as-possiveis-mudancas-na-clt-segundo-paim>>. Acesso em: 27/08/2012.

NORONHA, F. Desenvolvimentos contemporâneos da responsabilidade civil. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, ano 88, v. 761, p. 31-44, mar. 1999.

_____. **Direito das obrigações: fundamentos do direito das obrigações**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, v. I.

_____. **O direito dos contratos e seus princípios fundamentais**. São Paulo: Editora Saraiva, 1994, p.81-97.

OLIVEIRA, S. G. **Indenizações Por Acidente do Trabalho ou Doença**

Ocupacional. 5. ed., São Paulo: LTr, 2009.

_____. **Proteção Jurídica à Saúde do Trabalhador**. 6. ed., São Paulo: LTr, 2011.

PAES, A. B. A eficácia dos direitos fundamentais no contrato de trabalho e os limites do poder de direção do empregador. **Repertório IOB de Jurisprudência**. São Paulo, v.25, n. 11, cd. 2, p. 319-325, 1ª quinzena-jun. 2011.

PALMEIRA SOBRINHO, Z. **Acidente do Trabalho: Crítica e Tendências**. São Paulo: LTr, 2012.

PAMPLONA FILHO, R. Responsabilidade civil nas relações de trabalho e o Novo Código Civil. In: DALLEGRAVE NETO, J. A.; GUNTHER, L. E. (coord.). **O impacto do novo código civil no Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2003, p. 267-288.

PARANHOS, A. **Dialética da dominação**: dominação ideológica e consciência de classe. Campinas: Papyrus, 1984.

PERCY, A. **Nietzsche para estressados**. Tradução de: PEIXOTO, Rodrigo. Rio de Janeiro: Sextante, 2011.

PEREIRA, C. M. S. da. **Instituições de Direito Civil: Teoria Geral das Obrigações**. 12. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2009a. v. 2.

_____. **Instituições de Direito Civil: Contratos**. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009b. v. 3.

_____. **Instituições de Direito Civil: Introdução ao Direito Civil. Teoria geral de Direito Civil**. 23. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009c. v. 1.

_____. **Responsabilidade Civil**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

PERLINGIERI, P. **Perfis do direito civil**: introdução ao direito civil constitucional. Tradução de: CICCIO, Maria Cristina de. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

PIO XI, PAPA. **Quadragesimo Anno**. Vaticano, 15 maio 1931. Disponível em: <http://www.vatican.va/holy_father/pius_xi/encyclicals/documents/hf_pxi_enc_19310515_quadragesimo-anno_po.html>. Acesso em: 06/09/2012.

PONTES DE MIRANDA. **Tratado de Direito Privado: Parte Geral**. Rio de Janeiro:

Borsoi, 1954, T.3.

RAMOS, C. L. S. A constitucionalização do direito privado e a sociedade sem fronteiras. *In*: RAMOS, C. L. S. *et al.* (coord). **Repensando Fundamentos do Direito Civil brasileiro contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 3-29.

RAMOS FILHO, W. **Direito Capitalista do Trabalho: História, Mitos e Perspectivas no Brasil**. São Paulo: LTr, 2012.

REIS, C. A teoria do risco na modernidade: uma antevisão do futuro. *In*: LEITE, E. O. (coord.). **Grandes temas da atualidade: Responsabilidade civil**. Rio de Janeiro, 2006, p. 41-86.

RENAULT, E., DUMÉNIL, G., LÖWY, M. **Ler Marx**. Tradução de: ECHALAR, Mariana. São Paulo: Editora Unesp, 2011.

RODRIGUES, S. **Direito Civil**. Responsabilidade. 16. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 1998. v. 7.

RODRIGUEZ, A. P. **Princípios de direito do trabalho**. 3. ed. atual. São Paulo: LTr, 2004.

ROPPO, E. **O Contrato**. Tradução de: COIMBRA, Ana; GOMES, M. Januário C. Coimbra: Almedina, 2009.

RUSSOMANO, M. V. **Curso de Direito do Trabalho**. 6. Ed. rev. ampl. Curitiba: Juruá, 1997.

SAMORA, R. E Ribeiro, J. Caminhoneiros suspendem greve após acordo com governo. **Reuters Brasil**, 31 jul. 2012, Negócios. Disponível em: <<http://br.reuters.com/article/businessNews/idBRSPE86U0AI20120801?sp=true> >. Acesso em: 27/08/2012.

SANTOS, E. R. dos. **A Função Social do Contrato, a Solidariedade e o Pilar da Modernidade nas Relações de Trabalho**: de acordo com o Novo Código Civil Brasileiro. São Paulo: LTr, 2003.

_____. **Responsabilidade objetiva e subjetiva do empregador em face do novo código civil**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2008. p. 19-51.

SANTOS, M. F. S. **Acidente do Trabalho entre a Seguridade Social e a Responsabilidade Civil**: elementos para uma teoria do bem-estar e da justiça social. São Paulo: LTr, 2005.

SARLET, I. W. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 5. ed. rev. atual. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2005.

SCAFF, F. C. A responsabilidade do empresário pelo fato do produto e do serviço, do Código Civil ao Código de Proteção e Defesa do Consumidor. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, v. 86, n. 737, p. 23-32, mar. 1997.

SCHIAVI, M. **Ações de reparação por danos morais decorrentes da relação de trabalho**: os novos desafios da justiça do trabalho após o Código Civil de 2002 e a Emenda Constitucional 45/2004. São Paulo: LTr, 2007. p. 22-35.

SCHREIBER, A. Posfácio. *In*: DA SILVA, J. P. **Contratos sem negócio jurídico**: Crítica das relações contratuais de fato. São Paulo: Editora Atlas, 2011.

_____. Novas tendências da responsabilidade civil brasileira. **Revista Trimestral de Direito Civil**. Rio de Janeiro, ano 6, v. 22, p. 45-69, abr./jun. 2005.

SERPA LOPES, M. M. de. **Curso de Direito Civil**: Fontes Acontratuais das Obrigações: Responsabilidade Civil. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1961, v. V.

SERRANO JUNIOR, O. A imputação de reparar danos à Fazenda Pública e a questão do nexa causal. *In*: LEITE, E. O. (coord.). **Grandes temas da atualidade**: Responsabilidade civil. Rio de Janeiro, 2006, p. 465-487.

SEVERO, S. **Os danos extrapatrimoniais**. São Paulo: Saraiva, 1996.

SOTO, P. N. Novos perfis do direito contratual. *In*: RAMOS, C. L. S. *et al* (org.). **Diálogos sobre Direito Civil**: construindo a racionalidade contemporânea. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

SOUTO MAIOR, J. L. **Curso de Direito do Trabalho**: Teoria Geral do Direito do Trabalho. Vol. I, Parte I, São Paulo: LTr, 2011.

SOUZA, R. T. de. **Função Social do Contrato de Emprego**. São Paulo: LTr, 2008.

STEWART, B.O. **No.9: The 1968 Farmington Mine Disaster**. Morgantown: West Virginia University Press, 2011.

STOCO, R. **Tratado de Responsabilidade Civil**. 6. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

SÜSSEKIND, A. **Direito internacional do trabalho**. 3. ed. atual. São Paulo: LTr, 2000.

_____. MARANHÃO, D., VIANNA, D. L. S. & ET AL. **Instituições de direito do Trabalho**. 21. ed., São Paulo: LTr, 2003.

TEIXEIRA, E. W. B. A responsabilidade civil do empregador por acidentes de trabalho. **Revista IOB Trabalhista e Previdenciária**. São Paulo, v. 17, n. 213, p. 71-90, mar. 2007.

TEPEDINO, G. Prefácio. *In*: DA SILVA, J. P. **Contratos sem negócio jurídico: Crítica das relações contratuais de fato**. São Paulo: Editora Atlas, 2011.

_____. Notas sobre o nexó de causalidade. **Revista Trimestal de direito do consumidor**. São Paulo, v. 6, p. 3-19, abr./jun. 2001.

_____. **Temas de Direito Civil**. 3. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

_____. **Temas de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. T. II.

TOMASETTI JUNIOR, A. A configuração constitucional e o modelo normativo do CDC. **Revista de Direito do Consumidor**, v. 14, p. 28-32, 1995.

TOLOMEI, C. Y. A noção de ato ilícito e a teoria do risco na perspectiva do Novo Código Civil. *In*: TEPEDINO, G. (coord.). **A parte geral do Novo Código Civil: estudos na perspectiva civil-constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 361-399.

TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO (TST). **A história da Justiça do Trabalho no Brasil**. Multiplicidade de olhares. Brasília, 2011.

TUPONI JUNIOR, B. A. **Responsabilidade Civil Objetiva no Ato do Trabalho e Atividade Empresarial de Risco**. Curitiba: Juruá Editora, 2010.

VENOSA, S. de S. **Direito Civil: Parte Geral**. 5. ed. atual. São Paulo: Atlas, 2005, v. 1.

_____. **Direito Civil: Teoria Geral das Obrigações e Teoria Geral dos Contratos**. 6. ed. atual. São Paulo: Atlas, 2006, v. 2.

_____. **Direito civil: Responsabilidade Civil**. 11. ed. atual., São Paulo: Atlas, 2011, v. 4.

VIANNA, S. Antecedentes históricos. *In*: SUSSEKIND, A, MARANHÃO, D., VIANNA, D. L. S. & *ET AL*. **Instituições de direito do Trabalho**. 21. ed., São Paulo: LTr, 2003, p.27-42.

WEBER, M. **A Ética Protestante e o “Espírito” Do Capitalismo**. Edição de: PIERUCCI, Antônio Flávio. São Paulo: Companhia das Letras, 2004.

WIEACKER, F. **História do Direito Privado Moderno**. Tradução de: HESPANHA, A. M. Botelho. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 2010.

ZOPPOLI, L. Contratto, contrattualizzazione, contrattualismo: la marcia indietro del diritto del lavoro. **Rivista Italiana di Diritto del Lavoro**, parte I, p. 175-206, 2011.

ZULIANI, E. S. Aguiar Dias e a evolução da responsabilidade civil no direito brasileiro. *In*: LEITE, E. O. (coord.). **Grandes temas da atualidade: Responsabilidade civil**. Rio de Janeiro, 2006, p. 199-226.