

UCS - UNIVERSIDADE DE CAXIAS DO SUL
PRÓ-REITORIA DE PÓS-GRADUAÇÃO E PESQUISA
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
MESTRADO EM DIREITO

SÍLVIO INÁCIO RENNER

A IMPUTAÇÃO OBJETIVA PELAS LESÕES PERMANENTES E ÓBITOS NOS
ACIDENTES DE TRABALHO

CAXIAS DO SUL
2009

SILVIO INACIO RENNER

A IMPUTAÇÃO OBJETIVA PELAS LESÕES PERMANENTES E ÓBITOS NOS
ACIDENTES DE TRABALHO

Trabalho de Dissertação de Pós Graduação
para obtenção de título de Mestre em Direito
Pró-Reitoria de Pós-Graduação e Pesquisa
Programa de Pós-Graduação em Direito
Mestrado em Direito

Professor Orientador: Dr. César Augusto Modena

CAXIAS DO SUL
2009

SILVIO INACIO RENNERT

Trabalho de Dissertação do Programa de Pós-Graduação, com título "A IMPUTAÇÃO OBJETIVA PELAS LESÕES PERMANENTES E ÓBITOS NOS ACIDENTES DE TRABALHO", submetido como requisito parcial para a obtenção de título de Mestre em Direito na Universidade de Caxias do Sul.

Aprovador por:

Prof. Orientador: Dr. César Augusto Modena

Professor (a) (Examinador (a) da banca)

Professor (a) (Examinador (a) da banca)

Professor (a) (Examinador (a) da banca)

Caxias do Sul, julho de 2009.

AGRADECIMENTO

À minha esposa e meu filho
que me mantiveram motivado
mesmo quando já não
parecia possível.

Aos colegas de jornada que
se mantiveram unidos nas
adversidades do caminho.

A interpretação das leis
conduz, muitas vezes, à
alteração delas.
(Voltaire)

RESUMO

Esta pesquisa se caracteriza, em termos metodológicos, na combinação dos métodos, analítico e dialético. Tem o enfoque voltado à discussão da imputação objetiva penal e sua possível tipificação, para os casos de lesões permanentes e óbitos nos acidentes de trabalho. O objetivo geral foi discutir a doutrina e a legislação pertinentes ao ambiente do trabalho nos campos da área civil e previdenciária, para, a partir da conceituação específica das condutas, verificar a imputação objetiva das responsabilidades pela ocorrência dos eventos danosos no ambiente do trabalho. Neste sentido esta pesquisa apóia-se no princípio do risco, através da teoria do risco permitido e do risco proibido. E se complementa na teoria do aumento do risco para discutir pela imputação objetiva das responsabilidades dos acidentes do trabalho ao administrador e de seus órgãos.

Palavras chave: Teoria da imputação objetiva. Acidentes do trabalho. Lesões permanentes e óbitos no trabalho. Responsabilidade civil objetiva. Teoria do risco. Responsabilidade no ambiente do trabalho. Legislação Previdenciária.

ABSTRACT

This research is built in a combination with the analytic and dialectic methods. It has the approach directed to a discussion of charging criminal objective and his tipificacion, for the cases of permanent injuries and deaths in work accidents. The general objective was to argue the pertinent doctrine and the legislation to the environment of the work in the fields of the civil and warfare area, therefore, from the specific conceptualization of the behaviors, to verify the objective imputation of the responsibilities for the occurrence of the harmful events in the work environment. In this sense this research is based on the principle of risk through the theory of the allowed risk and the forbidden risk. And it complements the theory of increased risk to objectively discuss the allocation of responsibilities of occupational accidents and employment-related accidents to the administrator.

Keywords: Theory of objective allocation. Employment-related accidents. Permanent Injuries and deaths at work. Objective civil liability. Theory of risk. Responsibility in the work environment. Social security legislation

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
1 LEGISLAÇÃO PREVIDENCIÁRIA	14
1.1 ATIVIDADES DE RISCO	18
1.2 ACIDENTE DE TRABALHO: CONCEPÇÕES	21
1.3 GARANTIA DE EMPREGO DO ACIDENTADO.....	23
1.4 AÇÕES DE RECUPERAÇÃO DO ACIDENTADO	27
2 DA RESPONSABILIDADE CIVIL E DO AMBIENTE DO TRABALHO	31
2.1 RESPONSABILIDADES DO EMPREGADOR	33
2.2 RESPONSABILIDADES DO EMPREGADO	38
2.3 DA RESPONSABILIDADE CIVIL	40
2.4 DOS FUNDAMENTOS TEÓRICOS	43
2.5 RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA	46
3 TEORIA DA IMPUTAÇÃO OBJETIVA.....	54
3.1 CONTEXTO HISTÓRICO DA IMPUTAÇÃO OBJETIVA.....	55
3.2 A TEORIA DA IMPUTAÇÃO OBJETIVA	62
3.3 O PRINCÍPIO DO RISCO	68
3.4 A TEORIA DO RISCO	73
3.3.1 A Teoria do Risco Permitido	74
3.3.2 A Teoria do Risco Proibido	76
3.5 A IMPUTAÇÃO OBJETIVA E OS ACIDENTES DE TRABALHO.....	79
3.6 LEGISLAÇÃO E JULGADOS NA VISÃO DA IMPUTAÇÃO OBJETIVA.....	93
CONCLUSÃO.....	99
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	104

INTRODUÇÃO

O estudo sobre as conseqüências sociais dos acidentes de trabalho vem recebendo destaque nos meios jurídicos atuais. A questão que se busca responder é: O que fazer para diminuir ou eliminar os altos custos sociais, resultantes dos acidentes do trabalho? O reflexo negativo não ocorre somente no ambiente familiar do acidentado, mas também na comunidade onde está inserido. O Estado, que é ou deveria ser, o garantidor dos meios preventivo-protetivos, deve estar na vanguarda da busca por medidas e controles que visem coibir esse grave problema social.

Este trabalho objetiva, por isso, discutir a doutrina e a legislação pertinentes ao ambiente do trabalho, verificando a partir das condutas dos agentes responsáveis a imputação objetiva como meio de prova e de auxílio na diminuição dos acidentes no trabalho, analisando ainda a própria efetividade das normas vigentes relativas à prevenção e proteção no cotidiano do trabalhador.

A imputação objetiva pode ser uma das alternativas de solução para a diminuição dos acidentes de natureza grave, em lesões permanentes, ou morte no ambiente do trabalho?

Na busca da resposta a esta indagação, este trabalho apóia-se na teoria do risco e nos desdobramentos deste, em risco permitido e risco proibido para chegar ao ilícito do agente empregador, através de seus administradores e de seus órgãos, como responsáveis pela implementação e cumprimento das medidas preventivo-protetivas. Ainda a teoria da imputação objetiva como base de auxílio, para entender a evolução da imputação com fulcro penal, trazendo-a à luz dos problemas base desta análise.

O tema é desenvolvido através de revisão bibliográfica, utilizando o método analítico e o método dialético. Nos dois primeiros capítulos a análise da linguagem pelo método analítico atende o intento da dissertação, porém a dialética é utilizada no último capítulo para organizar a discussão de forma sistêmica na intenção de alcançar seus objetivos.

Desta forma, o trabalho se desenvolve ordenado em três capítulos, no primeiro, aborda-se a legislação previdenciária em todos os seus aspectos, para que se entendam as ações preventivo-protetivas existentes no amparo ao trabalhador. No capítulo segundo traz-se à discussão toda a questão das responsabilidades no

ambiente do trabalho, do empregador ao empregado e se segue trazendo os argumentos sobre a responsabilidade civil, que já propiciou uma evolução para o ambiente do trabalho, com novas previsões legais como o dano moral, servindo esta análise como proposta para uma evolução também no campo penal. E por último, no terceiro capítulo, a teoria da imputação objetiva e a análise da teoria do risco, como fundamento da pretensão objeto desta dissertação.

A relevância científica da dissertação se justifica exatamente por que pretende introduzir um novo aspecto de análise na ocorrência dos eventos danosos no trabalho através de sanções aos responsáveis por estas ações. Também tem relevância no enriquecimento da área do direito, quando se trata de abordar a ocorrência de eventos de tal magnitude, ao custo de muitas vezes da própria vida do trabalhador.

De outra parte, qualquer medida que se consiga implementar para coibir, ou ao menos, reduzir os acidentes de trabalho, trará um reflexo extremamente positivo para a sociedade como um todo e para o trabalhador em especial, sendo essa a relevância social desta dissertação.

Discutir a doutrina e a legislação pertinentes ao ambiente do trabalho nos campos da área civil e previdenciária a partir da conceituação específica das condutas. Verificar a imputação objetiva das responsabilidades pela ocorrência dos eventos danosos no ambiente do trabalho, com a conseqüente repercussão destes no Direito Penal. Estes são os objetivos gerais desta dissertação, qual seja, entender a possível conexão entre estes atos danosos e as condutas de possível causa. O que conduz para os objetivos específicos:

a) Analisar, sob o aspecto da responsabilidade dos agentes em zelar pela saúde do trabalhador no ambiente do trabalho, atendendo preceitos das normas da Organização Internacional do Trabalho e disposições do Direito Brasileiro e do Direito comparado. Analisar, ainda, no tocante ao uso de Equipamentos de Proteção Individual e máquinas de operação segura, se cabível, ou não, a imputação objetiva nos atos que resultam em danos, apoiado pela teoria do risco e seus desdobramentos, do risco permitido e do risco proibido.

b) Analisar a efetividade das normas relativas à prevenção e à proteção do trabalhador nas práticas do cotidiano.

O Problema fica delimitado ao fato de que a ocorrência de acidentes de trabalho na jornada laboral é abundante em nosso país. Suas conseqüências são de

natureza grave, com seqüelas permanentes, como perdas de membros, quando não a própria vida. Os prejuízos se acumulam de todas as formas possíveis. Na sociedade em geral, que paga pelos custos embutidos no preço dos produtos. No cotidiano do trabalhador e da sua família, que pagam pela perda psíquica, quando não pela falta do provedor do sustento da casa. O Estado, nas perdas e no ônus da garantia dos instrumentos preventivos e protetivos do ambiente de trabalho. A questão é que esses instrumentos preventivo-protetivos não estão sendo suficientes, talvez pela ineficácia e/ou ineficiência, visto que o país é um dos campeões mundiais em acidentes de trabalho.

Essa insuficiência de instrumentos mais eficazes e eficientes estimula o estudo de novas alternativas que auxiliem no combate ao problema. A imputação objetiva, nos eventos danosos, é uma das discussões que caminha nesse sentido, pois visualiza, através da sanção, a indução de meios preventivos mais contundentes não só via legislação, como também pela ação preventiva dos próprios agentes responsáveis.

A imputação objetiva pode ser uma das soluções para a diminuição dos acidentes de trabalho de natureza grave ou de morte?

Exceção feita à legislação previdenciária e civil, nos demais ramos do direito é escassa a abordagem do tema, como já referido. Ainda assim, estas abordagens se restringem a reparações de cunho econômico, não ingressando no campo das responsabilizações, como forma de prevenir e evitar as repetições das lesões oriundas do trabalho. Justifica-se que através das regras existentes se busque uma ampliação da tutela do bem jurídico protegido, usando as diversas doutrinas e legislações, pelas interpretações dos mais variados autores, para avançar na proteção ao trabalhador e, por conseguinte, à sociedade onde está inserido.

Está clara a existência de um quadro caótico, em termos de Brasil, na ocorrência de acidentes de trabalho relacionados às atividades laborais, com elevados custos humanos e sociais. Com isso, a busca se volta em analisar possíveis mecanismos que auxiliem na diminuição dos acidentes por intermédio de uma maior discussão do tema e seus desdobramentos legais.

A segurança no ambiente do trabalho se converte em uma pretensão social à qual se supõe que o Estado deve oferecer respostas. Pelos últimos dados da Previdência Social, com números do ano de 2007, ocorreram no país 514.135 acidentes de trabalho com registro pela Comunicação de Acidente do Trabalho -

CAT e 138.955 sem o registro da CAT (estima-se, que grande parte dos acidentes não é sequer informada aos órgãos competentes), sendo que, destes, 281.696 provocaram afastamento do trabalho por mais de 15 dias, 8.504 tiveram incapacidade permanente, e ocorreram 2.804 óbitos, conforme dados do Ministério da Previdência e Assistência Social. O custo anual com esses eventos é estimado em R\$ 20 bilhões, sem contar o prejuízo psico-social, que é incalculável. A relevância social da dissertação está baseada na discussão acerca do tema, no sentido de estimular a prevenção do acidentes ao invés de, simplesmente, atuar na reparação.

Há o interesse despertado por um estudo de caso, como trabalho de monografia, realizado por estudante de curso de Fisioterapia do Centro Universitário da Feevale, na cidade de Novo Hamburgo-RS, com trabalhadores que tiveram perdas permanentes de membros inferiores em acidentes de trabalho e sua análise evolutiva frente às previsões legais da legislação previdenciária. A grande maioria não conseguiu readaptação e reintrodução definitiva no mundo do trabalho, mesmo em outras funções, numa clara evidência da ineficiência dos meios protetivos existentes. Também chamou a atenção que nenhum dos trabalhadores do estudo de caso intentou reparação civil, e, mais ainda, a escassez de mecanismos que pudessem coibir, de forma mais intensa, a repetição dos eventos danosos.

A presença destes fatos relatados pelo estudo de caso, para análise e estudo, assim como a abordagem doutrinária antagônica, é desafio para a pesquisa. A construção e a viabilidade desta pesquisa estão ligadas a esse binômio da necessidade e do custo social.

De fundamental importância é o fato de que o estudo proposto tem um fator motivador que chama especial atenção nos céleres avanços tecnológicos que derivam de todas as áreas do conhecimento. Esta nova sociedade tecnológica, com alto grau de competitividade, tornou a complexidade das relações exponenciada. Não é diferente no ambiente do trabalho, onde o indivíduo é constantemente suplantado pela complexidade da máquina que precisa operar, e esta dificuldade se reflete diretamente em aumento dos riscos de operação e de acidentes.

A problemática dos acidentes de trabalho faz parte da preocupação do jurista já há algum tempo e fortemente nos dias atuais. As responsabilidades do ente coletivo, como do administrador e seus órgãos, é tema de acalorado debate e discussão no campo do direito. As mais variadas teorias sustentam a temática e

buscam estabelecer consenso nas responsabilidades pelos acidentes de trabalho ocorridos. Busca-se fundamentar o tema desta dissertação nas teorias do risco, nas variáveis do risco permitido e do risco proibido, como sustentação da possibilidade da imputação objetiva nas ações, sejam elas culposas (de imprudência, negligência ou imperícia), ou dolosas. Há uma desconsideração premeditada à proteção do trabalhador no seu ambiente de trabalho.

Ainda pela teoria da imputação objetiva, através de seus diversos autores, busca-se embasar o projeto de pesquisa nas respostas que possa oferecer à sociedade e ao meio jurídico-científico.

O trabalho será desenvolvido pela combinação de métodos, na expectativa de atender todos os requisitos do tema proposto e permitir a melhor interpretação da linguagem para a compreensão do leitor.

1 LEGISLAÇÃO PREVIDENCIÁRIA

O regime geral da Previdência Social engloba as prestações devidas em razão de eventos decorrentes de acidentes do trabalho e situações equiparáveis, como também tem a cobertura prevista na Constituição Federal de 1988 no Capítulo II dos Direitos Sociais, apesar da não auto aplicabilidade dos dispositivos constitucionais.

Segundo Fernandes¹ no nível hierárquico da norma ordinária está regulamentada a Constituição de 1988 pelas Leis nº. 8.212, de 24.7.91, pertinente ao custeio, e nº 8.213, da mesma data, referente a benefícios. No âmbito desses dois diplomas figuram o custeio e os benefícios do programa de acidentes de trabalho. Vale registro que se o exercício da atividade for prevista em lei, determina o vínculo automático com o Regime Geral da Previdência Social, o que para Fernandes², trata-se de filiação, ou seja, ingresso obrigatório, coativo, irrenunciável ao dito regime e, o seguro social é obrigatório, ou não é social. Abordar-se a seguir a previsão do texto legal focados nos artigos e incisos pertinentes ao tema do estudo, que é sobre ambiente de trabalho e acidentes de trabalho.

Neste sentido, o artigo 11 da referida Lei 8.213/91, prevê:

Art. 11. São segurados obrigatórios da Previdência Social as seguintes pessoas físicas:

I - como empregado:

a) aquele que presta serviço de natureza urbana ou rural à empresa, em caráter não eventual, sob sua subordinação e mediante remuneração, inclusive como diretor empregado;

Os outros itens deste artigo referem outras formas de relação de trabalho sujeitos a subordinação do Regime Geral da Previdência Social, porém não atinentes aos indivíduos analisados no caso concreto, por isso mesmo não faremos análise mais acurada.

Visto o enquadramento das pessoas físicas sujeitas ao tipo legal, definida esta pessoa como pessoa física, tem-se que entender o que e quem é a empresa, aquela que tem sob subordinação esta pessoa. E, neste aspecto, o mesmo diploma legal em seu artigo 14 nos elucida com a definição.

¹ FERNANDES, Anníbal. *Acidentes do trabalho*. São Paulo, LTr, 1995.pg. 177

² FERNANDES, Anníbal, ob. cit. pg. 180

Art. 14. Consideram-se:

I – Empresa - a firma individual ou sociedade que assume o risco de atividade econômica urbana ou rural, com fins lucrativos ou não, bem como os órgãos e entidades da administração pública direta, indireta ou fundacional;

Parágrafo único: Equipara-se a empresa, para os efeitos dessa Lei, o contribuinte individual em relação a segurado que lhe presta serviço, bem como a cooperativa, a associação ou entidade de qualquer natureza ou finalidade, a missão diplomática e a repartição consular de carreira estrangeiras.

Vale ressaltar que o legislador em visão completa dos objetivos da Previdência Social, elencou, em caso de infortúnio laboral, a escala de dependentes que serão os beneficiários do Regime Geral da Previdência. Senão vejamos:

Art. 16. São beneficiários do Regime Geral da Previdência Social, na condição de dependentes do segurado:

I - o cônjuge, a companheira, o companheiro e o filho não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido.

Os dependentes deste inciso têm sua dependência econômica presumida, como prevê o parágrafo quatro, sendo que os demais dependentes previstos no texto legal, necessitam da comprovação de sua dependência econômica. E, segundo Fernandes³ a dependência econômica deve ser comprovada, mas pode ser apenas parcial. Isto é, o dependente pode ter algum rendimento.

É importante neste momento fazer-se uma intersecção entre a escala de segurado e dependente, e antes de falar dos benefícios originários e conseqüentes dessa relação de trabalho, no seu preceito legal. É para ater-se um pouco na previsão legal do diploma em análise, em função do estudo de caso estar focado na incidência de lesões no ambiente de trabalho. Ver-se-á quanto à conceituação e conseqüências nele inseridas sobre acidente de trabalho.

Art. 19 - Acidente de trabalho é o que ocorre pelo exercício de trabalho a serviço da empresa (...), provocando lesão corporal ou perturbação funcional que cause a morte ou a perda ou a redução, permanente ou temporária, da capacidade de trabalho.

Parágrafo 1º - A empresa é responsável pela adoção e uso das medidas coletivas e individuais de proteção e segurança da saúde do trabalhador.

Parágrafo 2º - Constitui contravenção penal, punível com multa, deixar a empresa de cumprir as normas de segurança e higiene do trabalho.

³ FERNANDES, Anníbal. *Acidentes do trabalho*. São Paulo, LTr, 1995.pg. 181

Parágrafo 3º - É dever da empresa, prestar informações pormenorizadas sobre os riscos da operação a executar e do produto a manipular.

Parágrafo 4º - O Ministério do Trabalho e da Previdência Social fiscalizará e os sindicatos e entidades representativas de classe acompanharão o fiel cumprimento do disposto nos parágrafos anteriores, conforme dispuser o Regulamento.

Torna-se importante complementar o artigo e seus parágrafos acima com a visão adicional de autores. Neste caso vem a corroborar o comentário de Fernandes⁴ quando diz ser correta a indicação do legislador da obrigação prevencionista. A empresa deve adotar medida coletiva. Sendo viável, o ônus da prova é dela, a empresa, só então cabe o fornecimento dos equipamentos de proteção individual (em geral levando ao desconforto pelo seu uso no trabalho). A multa é salutar, mas pode ser lançada no custo da mercadoria. Talvez melhor fosse responder o empresário, como pessoa física, pelo ato faltoso. Em relação ao parágrafo terceiro, o autor diz achar o dispositivo de a empresa ter que prestar as informações sobre os riscos da operação, cheio de boas intenções, porém com pouco resultado prático.

Deve-se analisar sucintamente a previsão inserida no Artigo 21⁵ do referido diploma legal, que trata da equiparação de ações que elevam o evento a ser considerado como acidente de trabalho. No dizer de Fernandes⁶, acidente no trabalho, ou seja, acidente-tipo aquele do artigo 19, referenciado acima. Seguindo

⁴ FERNANDES, Anníbal. *Acidentes do trabalho*. São Paulo, LTr, 1995.pg. 182

⁵ Brasil Lei 8213/91 – Artigo 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 conseqüência 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 do 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 utilizado, inclusive veículo de propriedade do segurado. Parágrafo 1º Nos períodos destinados a refeição ou descanso, ou por ocasião da satisfação de outras necessidades fisiológicas, no local do trabalho ou durante este, o empregado é considerado no exercício do trabalho. Paragrafo 2º Não é considerada agravação ou complicação de acidente do trabalho a lesão que, resultante de acidente de outra origem, se associe ou se superponha às conseqüências do anterior.

⁶ FERNANDES, Anníbal. ob. cit. pg. 24

com o autor a Lei estabelece quatro espécies de equiparação ao acidente tipo, sendo a primeira vinculada às doenças profissionais e do trabalho; a segunda, acidente ligado ao trabalho mesmo sem ser a causa única e os acidentes no local e horário de trabalho em decorrência de ato de agressão, ofensa física intencional, ato de imprudência e força maior; a terceira nas doenças provenientes de contaminação acidental no exercício do trabalho e; quarta nos acidentes fora do local e horário de trabalho na execução de serviço sob a autoridade da empresa, na viagem a serviço da empresa e no chamado acidente de trajeto, ou, *in itinere*.

Na ocorrência de qualquer desses infortúnios que podem levar o trabalhador, em relação a sua capacidade laborativa, para a incapacidade temporária, para a incapacidade parcial ou permanente, ou para a necessidade de maior esforço no exercício da própria ou qualquer outra profissão e também, na consequência extrema, à morte. Nestes casos a Legislação Previdenciária tem uma ampla previsão de benefícios e serviços para amparo do trabalhador. Vejam-se estes benefícios conforme a Lei 8.213/91, focando-se novamente àqueles que de fato tem pertinência ao estudo de caso:

Art. 18. O Regime Geral da Previdência Social compreende as seguintes prestações, devidas inclusive em razão de eventos decorrentes de acidente de trabalho, expressas em benefícios e serviços.

I - quanto ao segurado:

- a) aposentadoria por invalidez;
- e) auxílio-doença;
- h) auxílio-acidente.

II - quanto ao dependente:

- a) pensão por morte;

III - quanto ao segurado e dependente:

- b) serviço social;
- c) reabilitação profissional.

Os benefícios da aposentadoria, do auxílio-doença, do auxílio-acidente e a pensão por morte são prestações acidentárias típicas, agora o serviço da reabilitação profissional está aquém das necessidades e é pouco cuidada, nas palavras de Fernandes⁷.

Como se pode ver, a Legislação Previdenciária é bastante ampla e abrangente no que tange ao cumprimento da premissa constitucional de proteção ao trabalhador e seus dependentes, em caso de infortúnio. Há necessidade de melhorias na implementação e efetivo cumprimento das vantagens previstas, no dia

⁷ FERNANDES, Annibal. *Acidentes do trabalho*. São Paulo, LTr, 1995.pg. 184

a dia do trabalhador, porém há aí uma oportunidade extraordinária de aperfeiçoar os mecanismos institucionais existentes.

1.1 ATIVIDADES DE RISCO

De certa forma, pode-se afirmar que toda a atividade oferece algum tipo de risco, seja ele de maior ou menor intensidade, ou como diz Dieter⁸, enquanto alguns trabalhos estão mais associados a riscos que os outros, nenhum trabalho está completamente livre dos riscos de acidentes. E ainda que, no ambiente de trabalho existem inúmeros riscos para acidentes, os quais variam conforme a atividade e o sistema que a empresa opera. Pode-se complementar o raciocínio de Dieter afirmando que além da atividade e do *modus operandi* da empresa, tem-se que levar fortemente em conta a qualificação do empregado, com seu portfólio técnico de cursos e práticas, além dos treinamentos feitos pelo empregador, como também o estado geral dos equipamentos, sua manutenção e sua operação com segurança.

Antes de se falar em atividades de risco, é interessante definir um conceito de risco para fins desse trabalho. E, neste sentido, Pereira⁹ entende por risco o grau de probabilidade da ocorrência de um determinado evento. A probabilidade de alguém vir a se tornar doente ou incapacitado para alguma atividade rotineira varia, desde a simples presença (ou por sua ausência) até pela intensidade com que algum fator está presente ou pela combinação com outros fatores.

Torna-se possível, de forma analógica, presumir que toda a atividade humana envolve risco e notadamente no caso em que envolve a execução de tarefas de forma contínua, como força de trabalho. Presentes (ou ausentes) elementos que de forma coadjuvante somam para a concorrência e ocorrência de eventos que podem se tornar prejudiciais a saúde e segurança do trabalhador, o acidente de trabalho tem a sua causalidade ligada ao trabalho como a causa do

⁸ DIETER, Cristiane. Condições de adaptabilidade dos indivíduos lesados em acidentes de trabalho para reintrodução em atividade laboral. Novo Hamburgo, Feevale, 2004. Trabalho de Conclusão Graduação, Centro Universitário Feevale, 2004. Pg. 15

⁹ PEREIRA, Maurício Gomes. Epidemiologia teoria e prática. Rio de Janeiro, Guanabara Koogan, 1995. pg. 21

infortúnio, segundo Pedrotti¹⁰. O alto custo que representam estes eventos para a sociedade leva os legisladores a buscar alternativas para minimizá-los, como traz Oliveira¹¹. Outra tendência bem caracterizada é a que visa eliminar os riscos para a saúde do trabalhador na origem, em vez de tentar neutralizá-los com a utilização de equipamentos de proteção. Como também está comprovada a resistência do trabalhador em utilizar os equipamentos de proteção individual que, além de incomodar bastante, limitam a percepção do ambiente de trabalho, chegando, em algumas situações, até mesmo a causar acidentes.

Neste sentido, Oliveira¹² diz que várias legislações pelo mundo estão encampando a idéia de eliminar na raiz os problemas que ameacem a saúde, a segurança e a integridade física e mental dos trabalhadores, como no Canadá em 1979, na Holanda em 1980 seguida pela Suíça em 1993 e com grande importância a Diretiva n. 89/391 da Comunidade Européia, já adotada por 15 países daquela comunidade desde 1995. E segue¹³ afirmando que a legislação brasileira a partir da Constituição de 1988 em concordância com a tendência mundial assegurou no art. 7º Inciso XXII¹⁴ redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança.

Apesar da preocupação crescente da legislação brasileira no sentido de uma política voltada à prevenção e a ações de caráter mais humanitário na preservação da saúde do trabalhador e, por conseqüência, a cadeia produtiva do país, o Brasil segue batendo recordes mundiais de acidentes de trabalho. Por definição são àqueles oriundos de fato súbito, violento e fortuito, relacionados ou envolvendo um trabalho prestado a outrem, e que ocasiona lesão ou perturbação funcional na vítima, segundo Dieter¹⁵. Um dos grandes problemas desses acidentes é o seu alto custo para todos, seja para o Estado, para o trabalhador ou para as empresas e,

¹⁰ PEDROTTI, Irineu Antônio. *Doenças Profissionais ou do trabalho*. 2ª ed. São Paulo, Livraria e Editora Universitária de Direito Ltda, 1998. pg. 34

¹¹ OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. *Proteção jurídica à saúde do trabalhador*. 3ª ed. São Paulo, LTr, 2001.pg. 110

¹² OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de, Ob. Cit. pg. 110

¹³ OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. Ob. cit. pg. 129

¹⁴ Brasil CF 88 – Artigo 7º: São direitos do trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: Inciso XXII- redução dos riscos, inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança; Neste sentido também a CLT nos arts. 154 e ss, do capítulo da Segurança e Medicina do Trabalho.

¹⁵ DIETER, Cristiane. *Condições de adaptabilidade dos indivíduos lesados em acidentes de trabalho para reintrodução em atividade laboral*. Novo Hamburgo, Feevale, 2004. Trabalho de Conclusão Graduação, Centro Universitário Feevale,2004. Pg. 9

que, segundo o economista José Pastore¹⁶, está ao redor de R\$ 20 bilhões anuais. Isso sem se levar em conta as doenças ocupacionais originárias da exposição por longo prazo a ação de agentes insalubres, que na legislação brasileira se “resolve” pela compensação financeira através de adicionais na remuneração do trabalhador. Isto, segundo Oliveira¹⁷, também está na contramão da tendência mundial que substituiu a monetização pela maior eficácia da redução da jornada e conseqüente maior descanso, tendo como resultado a menor exposição aos agentes danosos e, por conseqüência, melhor saúde.

O problema específico de estudo da pesquisa se refere aos acidentes de trabalho, que quando o trabalhador tem perda de membros ou morte, enquanto no exercício do seu trabalho, sempre é de forma súbita e violenta. Todos os indivíduos da pesquisa exerciam funções de risco, de maior ou menor intensidade. Por intensidade pode-se afirmar que seja pela associação dos fatores que convergem para a ocorrência do acidente, como complexidade da função ou da operação e ou a fatores externos, sobre os quais não se tem atuação. Diz Dieter¹⁸ que a constatação da existência de determinados riscos leva a elaboração de medidas preventivas específicas que serão empregadas de acordo com a função de cada indivíduo, por isso também os graus de intensidade.

Ao observar-se a presença de riscos em todas as nossas atividades, sejam elas de cunho laboral ou não, mas especialmente nestas, afeitos à soma de toda uma característica histórica da evolução dos processos produtivos, dos equipamentos de uso corriqueiro nos ambientes de trabalho, das responsabilidades de todas as partes envolvidas e das conseqüências danosas ao meio social, é pertinente um questionamento e uma interrogação clara de o que está melhorando com as ferramentas postas ao alcance se os acidentes seguem em crescimento. Nesse sentido é de fundamental importância o questionamento de Oliveira¹⁹ sobre o papel da ciência jurídica na busca de soluções, especialmente ancorado no texto legal da Constituição de 1988, pois o quadro encontrado pelo autor incita à reflexão.

¹⁶ PASTORE, José. José Pastore e Paulo Jobim na campanha “Prevenção é Vida”. Revista CIPA, v. 20, nº 240, 1999. p. 62.

¹⁷ OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de, *Proteção jurídica à saúde do trabalhador*. 3ª ed. São Paulo, LTr, 2001. pgs 136 - 137

¹⁸ DIETER, Cristiane. *Condições de adaptabilidade dos indivíduos lesados em acidentes de trabalho para reintrodução em atividade laboral*. Novo Hamburgo, Feevale, 2004. Trabalho de Conclusão Graduação, Centro Universitário Feevale, 2004. Pg 15

¹⁹ OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. ob. cit. pgs. 23-24.

A questão jurídica buscada inicia na área trabalhista onde o volume expressivo de reclamações dos ex-empregados, postulando horas extras habituais, adicional noturno, adicionais de insalubridade e periculosidade, ficando as agressões à saúde dos trabalhadores reduzidas a uma simples expressão monetária. Nos corredores da justiça comum, percebem-se as marcas indeléveis das agressões: se depara com enfermos, mutilados, órfãos e viúvas, buscando benefícios previdenciários ou reparações civis decorrentes de acidentes de trabalho ou doenças ocupacionais, ocasionados pelo descaso e indiferença de muitos empregadores no cumprimento das normas de segurança, higiene e saúde no trabalho. Nos órgãos previdenciários, verificam-se aposentadorias especiais, como consolo pelo desgaste acelerado do trabalhador, que, para ganhar a vida, apressa a morte, e se conhecem as estatísticas constrangedoras dos acidentes do trabalho e doenças ocupacionais, que levaram o Brasil a figurar entre os campeões do mundo neste torneio de tragédias.

1.2 ACIDENTE DE TRABALHO: CONCEPÇÕES

O trabalho no nosso país sempre foi da exploração desordenada, se referimos ao tempo anterior a industrialização. As condições quanto à segurança e higiene no trabalho não tinham melhor sorte, ou seja, sequer havia tal forma de controle. Aos poucos, com o desenvolvimento da indústria nacional, os trabalhadores foram se organizando e através desta organização conquistando direitos, que se materializavam através das leis.

Durante a atividade profissional o trabalhador está sujeito a sofrer acidentes provocados em virtude da sua atividade laboral, e estes acidentes foram denominados, segundo Tortorello, de acidentes de trabalho, com o fim de proteger o obreiro no exercício de sua profissão legal²⁰.

Inúmeros instrumentos legais se preocuparam em prevenir e regulamentar esses infortúnios ocorridos no desenvolvimento do exercício profissional dos indivíduos ao longo da história, notadamente a partir do início do século passado

²⁰ TORTORELLO, Jayme Aparecido. *Acidentes de Trabalho: teoria e prática*. 2ª ed. São Paulo, Saraiva, 1996. pg. 3

com tímidas previsões legais que auxiliavam na reparação dos danos provocados pelos acidentes.

Na questão da garantia da reparação acidentária a legislação, através do tempo, vem firmando suas posições quanto ao pagamento de indenização pelos acidentes de trabalho. No Brasil este movimento iniciou em 1919 seguindo a linha Européia de defesa dos interesses básicos do trabalhador com o Decreto Legislativo 3.724, que institui a obrigatoriedade do pagamento da indenização pelo empregador à vítima, porém sem grande efetividade, visto que, não instituiu o seguro obrigatório.

A segunda lei de acidentes do trabalho se origina em 1934 através do Decreto 24.637, e garantiu o pagamento da indenização pelo empregador abrindo duas alternativas para isso. A primeira possibilidade é o empregador fazer seguro privado para cobertura dos acidentes do trabalho. A segunda possibilidade é efetuar depósito nos bancos pré-definidos cotados os valores conforme o número de funcionários e podendo ser ampliado atendendo o grau de risco da atividade. O depósito só ocorre na não ocorrência do seguro.

A próxima previsão legal data de 1944, com o Decreto-lei 7.036 que estabelece a garantia do pagamento de indenização com a exigência do seguro obrigatório a ser contratado na Previdência Social a que estivesse vinculado o beneficiário. Esse fato desobrigava o empregador de qualquer outra indenização por estar desonerado através do seguro.

O ano de 1967 marca dois momentos distintos na área da indenização dos acidentes de trabalho. O primeiro com o Decreto-lei 293 que passa o seguro de acidentes de trabalho para as seguradoras privadas em concorrência com o Instituto Nacional da Previdência Social. Este decreto foi revogado no mesmo ano pela Lei 5.316, que novamente passa ao Instituto Nacional da Previdência Social o monopólio do seguro de acidentes. Ainda dessa mesma época emenda constitucional inclui o seguro nas contingências sociais amparadas pela Previdência Social. Com esta lei abarca-se a teoria do risco social, pois além do seguro em si estar tutelado pela Previdência Social, há também a inclusão favorável ao trabalhador do acidente de trajeto. A responsabilidade pelos danos decorridos do acidente do trabalho passa a ser da Previdência Social.

A sexta lei de acidentes do trabalho de número 6.367 de 1976, mantém a tendência da teoria do risco social e a responsabilidade pela indenização com a Previdência Social. A novidade surge com a Constituição Federal de 1988 que além

de manter a garantia aos trabalhadores do seguro contra os acidentes do trabalho, permite indenização pelos preceitos do Código Civil, desde que o empregador tenha agido com dolo ou culpa.

Ainda em 1991 mais duas leis tratam do acidente de trabalho, a de número 8.212 que trata da questão do plano de custeio, ou seja, a fonte de custeio é determinada pelas contribuições previdenciárias a cargo da União, da empresa e do empregado, acrescidas por um *plus* a cargo exclusivo do empregador, conforme Saad²¹. E a outra Lei de número 8.213 que dispõe sobre os planos de benefícios da Previdência Social e mantém a concepção de acidente de trabalho. Essas duas leis atendem preceito constitucional de normatizar o tema.

Há que se ressaltar neste ponto da reflexão a dualidade interpretativa das teorias que disciplinam a questão dos acidentes do trabalho. Se por um lado o legislador demonstra a tendência clara em seguir a teoria do risco social, de outro lado o fundamento jurídico, da reparação acidentária segue a teoria do risco profissional, na medida em que a instituição previdenciária mantém um controle autônomo das incidências dos danos que não tem origem ocupacional, das decorrentes do exercício do trabalho. A teoria do risco social que trata da distribuição das responsabilidades de cada um, União, empresa e empregado, nas formas de custeio das contribuições previdenciárias e que dão a noção de sociabilização do seguro.

1.3 GARANTIA DE EMPREGO DO ACIDENTADO

Os trabalhadores, de certa forma, desamparados no passado recente por dispositivos legais, constitucionais ou outros diplomas legais (exceção à alguma jurisprudência pontual), no sentido de conseguirem manter seu trabalho após retorno de acidente de trabalho, através de movimentos dos seus sindicatos, começaram a reivindicar a estabilidade provisória. Conforme Oliveira²² a partir dos anos 70 e 80, boa parte das Convenções Coletivas e dos Dissídios Coletivos encampou a garantia

²¹SAAD, Teresinha Lorena Pohlmann. *Responsabilidade Civil da Empresa nos Acidentes do Trabalho*. 3ª ed. São Paulo, LTr, 1999. p 48

²² OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. *Proteção jurídica à saúde do trabalhador*. 3ª ed. São Paulo, LTr, 2001.pg 216

de emprego. Um acórdão de 1982, do Colendo TST, retrata o entendimento que passou a predominar no julgamento dessa reivindicação, nos dissídios coletivos da época. Desta forma o Pleno do TST aceitou a estabilidade ao trabalhador acidentado deferindo o tempo em seis meses após o retorno da licença previdenciária. Ainda segundo Oliveira, os pronunciamentos reiterados dos tribunais, principalmente após a Constituição da República de 1988, quando o poder normativo da Justiça do Trabalho foi ampliado, levou o Tribunal Superior do Trabalho a adotar o Precedente Normativo nº. 30: “Asseguram-se ao empregado vítima de acidente de trabalho 180 (cento e oitenta) dias de garantia no emprego, contados a partir da alta do órgão previdenciário”.

A Carta Magna estatui a necessidade de lei de nível complementar para a garantia de emprego, segundo Fernandes²³, senão veja-se o Art. 7º inciso I:

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

I - relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos.

Todo este clamor dos trabalhadores, através das entidades representativas e sindicatos, associado a abertura deixado pelo legislador no texto da Carta Magna, notadamente no art. 170²⁴, inciso VIII - busca do pleno emprego, resultou em legislação complementar através da Lei 8.213/91 que acobertou todos estes anseios em seu artigo 118 instituindo a garantia de emprego, a ver:

Art. 118 - O segurado que sofreu acidente do trabalho tem garantida, pelo prazo mínimo de doze meses, a manutenção do seu contrato de trabalho na empresa, após cessação do auxílio-doença acidentário, independentemente de percepção de auxílio-acidente.

Ao contextualizar e compreender os motivos e necessidades de estabilidade provisória, Oliveira²⁵ afirma que esta veio em resposta a um comportamento comum das empresas de promover a dispensa do empregado acidentado, logo após a alta concedida pela Previdência Social. E o motivo dessa atitude é facilmente

²³ FERNANDES, Anníbal. *Acidentes do trabalho*. São Paulo, LTr, 1995.pg. 197

²⁴ Brasil. CF 88 – Art. 170. “A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos a existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: .. Inciso VIII – busca do pleno emprego”

²⁵ OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. *Proteção jurídica à saúde do trabalhador*. 3ª ed. São Paulo, LTr, 2001.pg 215

identificado: o trabalhador acidentado que retorna ao serviço, após o período de afastamento, encontra-se inseguro, receoso, fora do ritmo de trabalho dos demais colegas, de forma semelhante ao motorista que volta a dirigir após um acidente de trânsito. Naturalmente, diante desse quadro de apreensões, o trabalhador oferece baixa produtividade, erra mais e, por conseqüência, exige acompanhamento mais rigoroso da chefia. Enfim, durante algum tempo, não será um empregado desejável. Já Fernandes²⁶ comenta que se deve evitar as disparatadas despedidas de infortunados, doentes, mutilados, etc. .

A ocorrência dessas demissões, após o retorno ao trabalho, para o trabalhador torna-se uma situação altamente tormentosa pela grande dificuldade em conseguir um novo trabalho e ainda é extremamente agravado se analisado sob a perspectiva do art. 30 da CLT ²⁷que determina a anotação do fato do acidente na carteira do acidentado. Isto na prática de mercado vale como um classificador e um preterimento desse indivíduo em relação a outros que não tiveram acidente de trabalho. Outro fato a analisar na estabilidade provisória é o alcance dessa garantia, ou como diz mais uma vez Oliveira²⁸, cabe enfatizar que a garantia de emprego abrange as hipóteses de acidente típico, as doenças ocupacionais (doenças profissionais e doenças do trabalho) e as outras hipóteses mencionadas na lei como equiparadas a acidentes do trabalho. E, segue o autor²⁹, todavia, não é todo acidente de trabalho que gera a estabilidade provisória, porquanto a garantia começa a partir da cessação do auxílio-doença acidentário. Como o acidentado só recebe o referido auxílio, se ficar incapacitado para o trabalho por mais de 15 dias, pode-se concluir que os acidentes pequenos, cujo período de afastamento seja de até 15 dias, não dão direito à garantia de emprego.

Um problema de complexa solução é quando ocorre a sonegação da informação do acidente do trabalho pelo empregador aos órgãos responsáveis. A emissão da CAT (Comunicação de Acidente de Trabalho), pelo empregador, soluciona o pressuposto básico da garantia de emprego. A onerosidade da legislação, com as diversas conseqüências jurídicas do acidente do trabalho,

²⁶ FERNANDES, Anníbal. *Acidentes do trabalho*. São Paulo, LTr, 1995 Pg 196

²⁷ Brasil. CLT art. 30. "Os acidentes do trabalho serão obrigatoriamente anotados pelo Instituto Nacional de Previdência Social na carteira do acidentado".

²⁸ OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. *Proteção jurídica à saúde do trabalhador*. 3ª ed. São Paulo, LTr, 2001.pg 217

²⁹ OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. *ob. cit.* pg. 218

segundo Oliveira³⁰, aumenta a incidência da não notificação ao órgão previdenciário. Segundo o mesmo autor, há um acerto financeiro informal entre as partes, trabalhador e empregador, sobre os dias afastados.

O problema ganha importância para o campo jurídico no momento em que este trabalhador é dispensado sem justa causa e toma ciência de que havia a estabilidade com a garantia de emprego, que se caracteriza pela comunicação do acidente. A solução a esta controvérsia está no Código Civil através do art. 129 que diz:

Reputa-se verificada, quanto aos efeitos jurídicos, a condição, cujo implemento for maliciosamente obstado pela parte, a quem desfavorecer.

Para Oliveira³¹, é necessário verificar se realmente ocorreu o acidente do trabalho, de modo que, se houvesse a comunicação oficial sonegada pelo patrão, o empregado teria recebido o auxílio-doença acidentário e, como consequência, teria direito à garantia de emprego

Outra forma de estabilidade provisória do emprego, porém, de forma ampliada, é a situação do trabalhador acidentado pós reabilitação profissional, como se verá a seguir.

Após sua recuperação e retorno ao emprego, em função compatível com sua limitação ou mesmo o reingresso no mercado de trabalho em função diversa, de acordo com a capacidade laborativa residual. De acordo com Oliveira³² este trabalhador além da garantia do art. 118 da Lei 8.213/91 tem a garantia ampliada do art. 93 do mesmo diploma legal que prevê a contratação de percentual dos cargos com beneficiários reabilitados e no caso de demissão deste por outro na mesma condição.

³⁰ OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. . *Proteção jurídica à saúde do trabalhador*. 3ª ed. São Paulo, LTr, 2001. pg. 220

³¹ OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. *ob. cit.* pg. 221

³² OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. *ob. cit.* pg 225

1.4 AÇÕES DE RECUPERAÇÃO DO ACIDENTADO

Nos casos de acidentes de trabalho, segundo Dieter³³, a reabilitação, neste contexto, é a atenção que é prestada aos trabalhadores em geral, após um acidente, a fim de restabelecer suas funções físicas e psíquicas e reintegrá-lo no trabalho. Reintrodução essa de acordo com suas capacidades, habilidades e aspirações remanescentes, reestruturação da ocupação e da organização do trabalho observando as potencialidades do trabalhador, criação de condições seguras de trabalho de modo que não existam riscos para si mesmo e para os outros. A Organização Internacional do Trabalho traz à reflexão, através das convenções, resoluções e recomendações, a situação do trabalhador acidentado e das estratégias reabilitadoras. Destaca que a sociedade precisa lidar diariamente com estas questões sociais e antropológicas e buscar soluções que permitam que estes trabalhadores tenham participação ativa no trabalho e na sociedade.

A Constituição Federal de 1988 no capítulo dos direitos sociais em seu art. 7º quanto aos direitos dos trabalhadores no inciso XXVII³⁴ prevê: proteção em face da automação, assunto esse também abordado pela Organização Internacional do Trabalho através das convenções 155, que trata sobre segurança e saúde dos trabalhadores, ratificada pelo Brasil e implementada pelo Decreto nº. 1.254/94 e a convenção 159, que trata sobre a reabilitação profissional, também implementada no Brasil pelo Decreto nº. 129/91. O artigo 169³⁵ da Consolidação das Leis do Trabalho prevê a obrigatoriedade de notificação das doenças profissionais e das produzidas em virtude de condições especiais de trabalho ao Ministério do Trabalho, através de seus órgãos fiscalizadores.

A Legislação Previdenciária Brasileira elenca uma série de instrumentos com os procedimentos previstos para atuar na área preventiva da saúde do trabalhador no seu ambiente de trabalho, bem como os procedimentos para os trâmites pós-ocorrência de eventos na notificação e participação aos órgãos previdenciários. Já

³³ DIETER, Cristiane. *Condições de adaptabilidade dos indivíduos lesados em acidentes de trabalho para reintrodução em atividade laboral*. Novo Hamburgo, Feevale, 2004. Trabalho de Conclusão Graduação, Centro Universitário Feevale, 2004. Pg 18

³⁴ Brasil CF 88 – Artigo 7º: São direitos do trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: Inciso XXVII- proteção em face da automação, na forma da lei.

³⁵ Brasil. CLT art 169. “Será obrigatória a notificação das doenças profissionais e das produzidas em virtude de condições especiais de trabalho comprovadas ou objeto de suspeita, de conformidade com as instruções expedidas pelo Ministério do Trabalho”.

afirmavam Dieter e Renner³⁶ que o sistema de seguridade social brasileiro busca soluções para a empregabilidade de trabalhadores com lesões permanentes ou mutilações advindas de acidentes no ambiente de trabalho, bem como também auxílio aos familiares dos acidentados. Pastore³⁷, com muita propriedade destaca que no mundo inteiro, os sistemas de seguridade social assumem um papel importante no campo da reabilitação profissional.

Neste sentido, Dieter³⁸ comenta que o segurado da Previdência Social portador de incapacidade total ou parcial para o trabalho, oriunda de acidente do trabalho ou situações equiparáveis, tem direito aos serviços de reabilitação profissional, com o intuito de proporcionar o seu retorno ao emprego em função compatível com sua função, de acordo com a capacidade laborativa residual. Após o retorno ao trabalho, além da garantia de emprego prevista no art. 118³⁹ da Lei 8.213/91, o empregado reabilitado pode ter direito também à estabilidade. Por este instrumento legal, conforme Oliveira⁴⁰, todas as empresas que empregarem mais de 100 (cem) trabalhadores estão obrigadas a preencher de 2% a 5% dos cargos, com beneficiários reabilitados ou pessoas portadores de deficiência, habilitadas ao trabalho, variando o percentual conforme o número de empregados.

O grande problema da ação da previdência no auxílio à recuperação ou ressocialização do trabalhador, está na deficiência dos dados informados pelos empregadores ou pelos envolvidos de um modo geral. Isso se deve como apontado por Oliveira⁴¹ à ignorância dos envolvidos, por receio das conseqüências ou por falta de registro do trabalhador. Avalia-se que os registros só abrangem 50% dos acidentes efetivamente ocorridos. Este ponto de vista é confirmado por Dieter⁴² quando diz a fragilidade das informações estatísticas sobre acidentes e doenças que

³⁶ DIETER, Cristiane e RENNER, Jacinta S. *Condições de adaptabilidade dos indivíduos lesados em acidentes de trabalho para reintrodução em atividade laboral*. Revista Reabilitar, Ano 8 n. 30. São Paulo, Pancast Editora, 2006.pg 43.

³⁷ PASTORE, José. *Oportunidades de trabalho para portadores de deficiência*. São Paulo, LTr, 2000. pg. 94

³⁸ DIETER, Cristiane. *Condições de adaptabilidade dos indivíduos lesados em acidentes de trabalho para reintrodução em atividade laboral*. Novo Hamburgo, Feevale, 2004. Trabalho de Conclusão Graduação, Centro Universitário Feevale,2004. Pg 21

³⁹ Brasil. Lei 8.213/91 art 118. "O segurado que sofreu acidente do trabalho tem garantida, pelo prazo mínimo de doze meses, a manutenção do seu contrato de trabalho na empresa, após a cessação do auxílio-doença acidentário, independentemente de percepção de auxílio-acidente".

⁴⁰ OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. *Proteção jurídica à saúde do trabalhador*. 3ª ed. São Paulo, LTr, 2001.pg 225

⁴¹ OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. *ob. cit.* pg 205

⁴² DIETER, Cristiane. *Ob. Cit.* Pg 20

atingem os trabalhadores brasileiros é fato consumado. Com isto, perdem todos os segmentos envolvidos no mundo do trabalho, porque não há como fazer um planejamento bem feito em cima de números furados. Perdem os empresários, que não sabem se seus investimentos na área de Saúde e Segurança estão dando algum retorno. Perdem os trabalhadores, que não conseguem dimensionar seus reais sofrimentos. Perde, também, o Governo, cujos programas são lançados em cima de bases pouco consistentes gerando resultados aquém dos esperados.

Se as informações são falhas no campo da recuperação dos acidentados pela falta de dados confiáveis, mais grave se torna o quadro quando se pensar em termos preventivos. Seguindo o raciocínio de Dieter⁴³, a Previdência Social vem de encontro a essa idéia lembrando que os indicadores de acidentes de trabalho, como índices de frequência, gravidade e custo, fornecem indícios para a determinação de níveis de risco por área profissional. Considera que estes índices são indispensáveis para a correta prevenção de acidentes e conseqüente melhoria das condições de trabalho no Brasil.

Constatada a existência de determinados riscos segue-se pela elaboração de medidas preventivas específicas que serão empregadas de acordo com a função de cada trabalhador. Estas ações são de prevenção dos acidentes, entre elas, por exemplo, o uso de equipamentos de proteção individual. Para alcançar com sucesso estas ações é preciso capacitar as pessoas, reforçando atitudes individuais ou coletivas que conduzam a saúde com a melhora, também, das condições do ambiente de trabalho. Quando isso não ocorre, ou seja, o acidente de trabalho acontece, a recuperação se dá através do INSS em clínicas credenciadas, não sem antes ocorrer todo um trâmite administrativo. Comenta Oliveira⁴⁴ que a caracterização do acidente é feita administrativamente pelo setor de benefícios do INSS, que verifica o liame entre o trabalho exercido e o acidente. A Perícia Médica do INSS faz análise técnica para conferência do nexos de causa e efeito entre o acidente e a lesão, a doença e o trabalho e a causa mortis e o acidente. No caso específico do trabalho em questão o atendimento de INSS ocorre via clínica com colocação de próteses e com assistência médica, de fisioterapia e psicologia.

⁴³ DIETER, Cristiane. . *Condições de adaptabilidade dos indivíduos lesados em acidentes de trabalho para reintrodução em atividade laboral*. Novo Hamburgo, Feevale, 2004. Trabalho de Conclusão Graduação, Centro Universitário Feevale, 2004 pg. 20

⁴⁴ OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. *Proteção jurídica à saúde do trabalhador*. 3ª ed. São Paulo, LTr, 2001.pg 212

Não obstante, em todos estes atendimentos clínicos, há uma variada garantia de direitos previstos na legislação brasileira quando da ocorrência de eventos danosos, sempre no intuito de proteger o trabalhador.

2 DA RESPONSABILIDADE CIVIL E DO AMBIENTE DO TRABALHO

2.1 RESPONSABILIDADES NO AMBIENTE DO TRABALHO

A sociedade em qualquer nível de relação estabelece códigos de conduta para as ações humanas, em contrário senso, reprova as que são contrárias a estes códigos. Estabelece-se então o dever de cumprir estes códigos de conduta, ou como diz Kant⁴⁵, o dever é a ação a que uma pessoa se encontra obrigada, ou seja, a licitude de uma ação se dá quando ela não é contrária à obrigação. Por conseguinte a ilicitude é a ação contrária a obrigação e esta ação tem a reprovação da sociedade, sociedade essa que busca acima de tudo a justiça, através da normatização das condutas que, são leis de liberdade e, portanto, leis morais. De acordo com Kelsen⁴⁶ a justiça é uma virtude e a virtude é uma qualidade moral, portanto a justiça pertence ao domínio da moral.

Assim na projeção de Kelsen⁴⁷ a justiça é a qualidade de uma específica conduta humana, aquela conduta que consiste no tratamento dado a outros homens. O juízo, segundo o qual, uma tal conduta é justa ou injusta, representando uma apreciação, uma valoração da conduta. Conforme os autores toda a conduta que fere a justiça do meio social merece a reprovação através de previsão legal do direito e todo o indivíduo tem o dever de, por meio de sua moral, saber que tal ação é contrária a justiça e por isso precisa ser reparada.

Tem-se também a afirmação de Herkenhoff⁴⁸ que diz ser o valor maior a justiça. Que se há um conflito entre a lei e a justiça, que prevaleça a justiça, por fidelidade à própria lei, pois esta não é um amuleto, mas deve ter como fim a justiça, o bem comum, os valores oriundos da ética, o progresso, o avanço da sociedade em direção a maior justiça, melhor distribuição dos bens, maior igualdade. A sociedade observa as condutas que ferem a justiça e exerce pressão para que o legislador estabeleça a obrigação de coibir tal ação.

⁴⁵ KANT, Emmanuel. *Doutrina do direito*. 2ª ed. Trad. Edson Bini. São Paulo, Ícone Editora, 1993.pg. 36

⁴⁶ KELSEN, Hans. *A justiça e o direito natural*. Trad. João Batista Machado. Coimbra, Almedina, 2001.pg. 41

⁴⁷ KELSEN, Hans. Ob. cit. pg. 42

⁴⁸ HERKENHOFF, João Batista. *Para onde vai o direito reflexões sobre o papel do direito e do jurista*. 3. ed. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2001.pg. 23

Nas palavras de Hart⁴⁹ há a presença de uma certa noção de complexidade na idéia de justiça, como diz:

“Há, portanto, uma certa complexidade na estrutura da idéia de justiça. Podemos dizer que consiste em duas partes: um aspecto uniforme e constante, resumido no preceito “tratar da mesma maneira os casos semelhantes”, e um critério mutável ou variável usado para determinar quando, para uma dada finalidade, os casos são semelhantes ou diferentes.”

No sentido de aprofundar este conceito, Dworkin⁵⁰ diz que a justiça é uma instituição que interpretamos. E diz mais:

“Os filósofos políticos podem desempenhar os diferentes papéis que imaginei para o filósofo da cortesia. Eles não podem desenvolver teorias semânticas que estabeleçam regras para “justiça” como as regras que consideramos para “livro”. Podem, contudo, tentar aprender o patamar do qual procedem, em grande parte, os argumentos sobre a justiça, e tentar descrever isso por meio de alguma proposição abstrata para definir o “conceito” de justiça para sua comunidade, de tal modo que os argumentos sobre a justiça possam ser entendidos como argumentos sobre a melhor concepção desse conceito. Nosso próprios filósofos da justiça raramente fazem esta tentativa, pois é difícil encontrar uma formulação do conceito ao mesmo tempo suficientemente abstrata para ser incontestável entre nós e suficientemente concreta para ser eficaz.”

Não poderiam ser diferentes as condutas no ambiente do trabalho, no sentido de sempre buscar o atingimento das boas práticas laborais através das ações que vão de encontro ao ordenamento jurídico. Talvez por isso, não haja nenhuma formulação eficaz do conceito de justiça. Se assim for, tal atitude não lança nenhuma dúvida sobre o sentido das discussões sobre justiça, mas oferece um testemunho da imaginação de pessoa que tentam ser justas⁵¹. Atendem-se assim as necessidades do empregador e do empregado, cada um cioso das suas responsabilidades, e, por fim satisfaz-se a sociedade que precisa do equilíbrio nas relações para crescer e atender as necessidades dos seus cidadãos.

⁴⁹ HART, Herbert L. ^a *O Conceito de Direito*. Trad. ^a Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996, pg. 174

⁵⁰ DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999, pg 91

⁵¹ DWORKIN, Ronald. Ob. cit. Pg 92

2.1 RESPONSABILIDADES DO EMPREGADOR

Historicamente há um embate entre o capital e o trabalho no que concerne às responsabilidades sobre os fatos gerados no ambiente de trabalho. Assim as conseqüências e os resultados gerados pela mão de obra na atividade laboral, tanto para alavancar os ganhos da empresa e perpetuar sua existência, como, no contrário senso, para manter a ocupação da mão de obra sem expô-la a riscos desnecessários. O maior poderio econômico do empregador gera um desequilíbrio na balança, forçando a intervenção do Estado através de legislações específicas no intuito de proteger o empregado e reequilibrar as forças. O homem como indivíduo é frágil na compreensão da relação de percepção que a empresa e a sociedade fazem dele. Como afirma Ihering⁵², a maneira pela qual o homem corresponde à sua profissão, é aquilo que a sociedade põe em primeiro lugar na balança, nesta apreciação que faz dele; é o critério pelo qual a sociedade determina sua capacidade, isto é, sua aptidão para ela sociedade. E segue o autor afirmando tratar-se de egoísmo da sociedade, que não indaga o que o homem é em si, mas o que é para ela. Com o dever, a profissão volve-se para a sociedade, com a remuneração, volta-se para o sujeito. Neste contexto organismos internacionais foram criados, como a Organização Internacional do Trabalho⁵³, além das previsões de amparo e proteção nas Constituições nacionais e legislação específica, como as Leis do Trabalho.

Esta, por assim dizer, tutela jurídica no campo das relações de trabalho, levando em conta estas forças antagônicas entre empregador e empregado, é um dos pilares fundamentais do Direito do Trabalho, qual seja, o princípio da proteção. No entender de Oliveira⁵⁴ que afirma ser o princípio da proteção, segundo o qual a

⁵² IHERING, Rudolf Von. *A Finalidade do Direito – Tomo I*. Campinas, Bookseller, 2002. pg 107

⁵³ A Organização Internacional do Trabalho foi constituída pelo Tratado de Versalhes de 1919 e complementada pela Declaração da Filadélfia de 1944. É composta por três órgãos, a Conferência ou Assembléia Geral, que se reúne pelo menos uma vez ao ano com a presença das delegações de cada Estado-membro compostas de membros do Governo e representantes dos trabalhadores e dos empregadores. É nesta conferência que são elaboradas as convenções e recomendações internacionais. Os outros dois órgãos são de cunho administrativo, quais sejam: O Conselho de Administração de 56 membros e tem função executiva e a Repartição Internacional do Trabalho que é secretaria. As convenções necessitam de ratificação pelo Estado-membro para vigir com força de lei e a recomendação serve como sugestão por não ter atingido número suficiente adesões. A recomendação não é ratificada, mas submetida à autoridade competente no direito interno.

⁵⁴ OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. *Proteção jurídica à saúde do trabalhador*. 3. ed. São Paulo, LTr, 2001.pg. 48-50

norma jurídica tem por finalidade básica o amparo, a tutela, enfim, a proteção ao trabalhador. Diante da superioridade econômica do empregador e do risco da dominação abusiva, consagrou-se uma superioridade jurídica do empregado para buscar um melhor equilíbrio no relacionamento jurídico.

Enquanto nos demais ramos do direito estar cada vez mais presente, no atendimento das demandas, a preocupação da busca da igualdade jurídica entre as partes contratantes, no Direito do Trabalho a preocupação central é a de proteger uma das partes no intuito de se alcançar uma igualdade substancial e verdadeira entre as partes, como nos diz Plá Rodrigues⁵⁵.

O princípio da proteção se posiciona como elemento fundamental do Direito do Trabalho, pois em vez do propósito de igualdade ser seu norte, direciona seus objetivos no estabelecimento de um amparo especial a uma das partes, qual seja, a do trabalhador.

Corroborar neste sentido Martins⁵⁶, quando diz que:

“Temos como regra que se deve proporcionar uma forma de compensar a superioridade econômica do empregador em relação ao empregado, dando a este último superioridade jurídica. Esta é conferida ao empregado no momento que se dá ao trabalhador a proteção que lhe é dispensada por meio da lei.”

Já Amauri Nascimento⁵⁷, ao tratar do princípio da proteção, ao qual aceita como central no Direito do Trabalho, porém contrapõe que aquele não é mais importante que o princípio da razoabilidade, pois este é o princípio básico. Entende o autor, não ser viável proteger o trabalhador quando a proteção não se mostra razoável.

Pode-se entender que está presente na realidade jurídico processual o princípio da proteção ao trabalhador, como complementa Mário de La Cueva⁵⁸:

“O Direito do Trabalho declara a igualdade social e jurídica do trabalhador e do empresário, anulando toda a idéia de hierarquia e de prevalência de valores”.

⁵⁵ PLÀ RODRIGUEZ, Américo. *Princípios do Direito do Trabalho*. Trad. Wagner D. Giglio. São Paulo: Ltr Editora, 1978, pg 28.

⁵⁶ MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito do Trabalho*. 23ª ed.- 2ª reimpr. São Paulo: Atlas, 2007, pg. 63.

⁵⁷ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de Direito do Trabalho: história e teoria geral do direito do trabalho: relações individuais e coletivas do trabalho*. 19ª ed. Ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 2004, pg. 350.

⁵⁸ LA CUEVA, Mario de. *Panorama do Direito do Trabalho*. Trad. Carlos Alberto Gomes Chiarelli. Porto Alegre, Livraria Sulina, 1965, pgs. 59-60.

Ou ainda as palavras de Dworkin⁵⁹, quando analisa os direitos do homem mesmo com diferentes interesses antecedentes:

“O direito de cada homem de ser tratado com igualdade a despeito de sua pessoa, seu caráter ou seus gostos é reforçado pelo fato de que ninguém mais pode garantir-se uma posição melhor em virtude de ser diferente em qualquer desses aspectos. Em outras situações contratuais, quando a ignorância é menos completa, os indivíduos que compartilham o mesma meta podem, não obstante, ter diferentes interesses antecedentes. Mesmo que dois homens valorizem a vida acima de tudo, por exemplo, o interesse antecedente do mais fraco poderia exigir um monopólio estatal da força em vez de uma disposição em favor da vingança privada, enquanto o interesse antecedente do mais forte talvez não o exigisse.”

A primeira e a mais importante responsabilidade do empregador (seja pessoa jurídica ou não) é o cumprimento destas premissas referenciadas pelos autores acima e principalmente o cumprimento da legislação pertinente. Descumprida esta, assume caráter punitivo contra o infrator. Cumprir a legislação talvez não necessite ser a responsabilidade mais importante se, na prática, ao estabelecer uma relação de trabalho entre empregador e empregado, fossem cumpridas as regras mais elementares de qualquer relação de respeito aos elementos envolvidos. O negócio empresarial claramente elucidado a outra parte, com as funções e necessidades do negócio, e de outro lado, as expectativas e necessidades do indivíduo em realizar suas tarefas de maneira a atender sua realização pessoal e profissional. No entremeio, a manutenção de clareza e transparência nas novas perspectivas de ambas as partes, mantém o equilíbrio da relação profissional com a satisfação de todos os envolvidos.

Oliveira⁶⁰ comenta que as agressões à saúde dos trabalhadores ficaram reduzidas a uma simples expressão monetária, transacionável, do período não prescrito, e se assim não fosse, não haveria a necessidade de toda a legislação que aí está à regular e regar o contrato de trabalho. A partir desse enfoque, se analisa, sem a pretensão de esgotar o tema, algumas das responsabilidades do empregador com o auxílio de autores da área, como Sebastião Geraldo de Oliveira, Irineu Antônio Pedrotti, Anníbal Fernandes, notadamente voltado à legislação nacional,

⁵⁹ DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. Trad. Nelso Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, pg. 278

⁶⁰ OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. *Proteção jurídica à saúde do trabalhador*. 3. ed. São Paulo, LTr, 2001.pg 136

sem deixar de buscar amparo em autores estrangeiros para a sustentação dos argumentos.

Uma das análises de autor estrangeiro está em Cavero⁶¹, quando aborda da dificuldade em estabelecer as responsabilidades dentro do ambiente do trabalho, tendo em vista a questão hierárquica. *In verbis*:

“Intentar dar um concepto preciso e igualmente útil para los distintos âmbitos de investigación de lo que se entiende por órgano de administración sería ciertamente ilusório.... Puede decirse de manera general y tomando como base la regulación mercantil que el administrador de la empresa es un miembro de la misma que desempeña, funciones de administración y gestión del negocio, así como competencias de organización, decisión, representación y control. Ciertamente, la formación del concepto de administrador em Derecho penal no tiene que ser um fiel reflejo del concepto jurídico-mercantil de administrador, por lo que es el punto de partida de la perspectiva fáctica de análisis em este âmbito es, em efecto, acertado”.

Ihering⁶² ensina que toda a nossa cultura, toda a nossa história repousa na valorização da existência humana individual para os fins da coletividade. Não há vida humana que exista meramente para si. Toda ela existe, ao mesmo tempo, em função do mundo. Todo homem atua, na sua posição, ainda que muito limitada, pelos fins culturais da humanidade. E fosse ele o mais diminuto trabalhador, ainda estaria participando dos fins dela.

A Constituição Federal do Brasil em seu artigo primeiro reza, entre outros, os fundamentos da dignidade da pessoa humana, como também os valores sociais de trabalho e da livre iniciativa. A dignidade humana é uma realização específica e individual colocada como anseio de uma sociedade e conquistada através dos mecanismos dessa mesma sociedade. E é absolutamente certo que na sociedade moderna grande parte desta conquista passa pela realização no trabalho. Os valores sociais do trabalho e a livre iniciativa têm intrínseca relação, visto que uma gera riqueza através do trabalho, que por sua vez valoriza a sociedade através do indivíduo, e os dois na soma dos esforços, respeitados os direitos e garantias de cada um, enriquecem o meio social.

⁶¹ CAVERO, Percy García. *La responsabilidad Penal del Administrador de Hecho de la Empresa: Criterios de Imputación*. Barcelona: José Maria Bosch Editor, 1999, pg 100

⁶² IHERING, Rudolf Von. *A Finalidade do Direito – Tomo I*. Campinas, Bookseller, 2002. pg 65

Além da Carta Magna, também a legislação internacional se ocupa em especificar as responsabilidades no ambiente de trabalho, pois segundo Oliveira⁶³ as normas internacionais estão enfatizando que a responsabilidade pela aplicação das normas de segurança e saúde, no ambiente do trabalho, é do empregador. A atuação dos serviços de saúde e a colaboração dos empregados não eximem o empresário dessa obrigação.

No caso específico da legislação brasileira está bem claro em diversos escopos legais, como já vimos, na Constituição Federal, na Consolidação das Leis do Trabalho - CLT e nas Normas Regulamentadoras - NR, a obrigatoriedade com a segurança e o bem estar físico e psíquico do trabalhador. A CLT em seu art. 157 e incisos, reza:

Art. 157. Cabe às empresas:

- I - Cumprir e fazer cumprir as normas de segurança e medicina do trabalho;
- II - Instruir os empregados, através de ordens de serviço, quanto às precauções a tomar no sentido de evitar acidentes do trabalho ou doenças ocupacionais;

E também, a NR-4⁶⁴ no item 4.1 regulamenta:

4.1 As empresas privadas e públicas, os órgãos públicos da administração direta e indireta e dos poderes legislativo e Judiciário, que possuam empregados regidos pela Consolidação das Leis do Trabalho manterão, obrigatoriamente, Serviços Especializados em Engenharia de Segurança e em Medicina do Trabalho, com a finalidade de promover a saúde e proteger a integridade do trabalhador no local de trabalho.

Estes serviços especializados têm o fim específico de criar um ambiente de trabalho adequado e seguro para o desenvolvimento corriqueiro das tarefas do trabalhador, e engloba não só a saúde física como também a mental. Segundo Oliveira⁶⁵ não se pode separar a força do trabalho da pessoa do trabalhador, logo, aquele que contrata o trabalho tem o dever de preservar a integridade do trabalhador no mais amplo sentido, ou seja, o seu completo bem estar físico, mental

⁶³ OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. . *Proteção jurídica à saúde do trabalhador*. 3. ed. São Paulo, LTr, 2001.pg. 114

⁶⁴ Manual de Legislação Atlas. *Segurança e Medicina do Trabalho*. 54ª ed. Coord. E Sup. Equipe Atlas. São Paulo: Editora Atlas, 2004.

⁶⁵ OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. Ob.cit. pg 153

e social. E mais ainda, de forma incisiva, a norma regulamentadora NR 17⁶⁶ no item 17.6.1:

“A organização do trabalho deve ser adequada às características psicofisiológicas dos trabalhadores e à natureza do trabalho a ser executado, levando-se aí em conta as normas de produção”.

As normas de produção elaboradas de forma insuficiente ou de dúbia e difícil interpretação, associadas a ambientes de trabalho com presença de risco ou de sobrecarga operacional sem levar em conta a qualificação e o treinamento do trabalhador levam a acidentes. Os efeitos danosos do acidente se farão sentir em todos os aspectos da relação de trabalho, seja pela organização, seja pelo trabalhador e no meio ambiente do trabalho onde este está inserido. Neste aspecto Pedrotti⁶⁷ diz que acidente de trabalho é o que ocorre pelo exercício do trabalho a serviço da empresa, provocando lesão corporal ou perturbação funcional que cause a morte, a perda ou redução da capacidade para o trabalho permanente ou temporário.

De acordo com a ótica dos diversos autores referidos, a empresa como detentora dos meios de produção e destinatária do lucro gerado, deveria assumir os riscos do acidente de trabalho, pois o trabalhador está inserido neste contexto para operar os bens do empreendedor.

2.2 RESPONSABILIDADES DO EMPREGADO

Para iniciar a abordagem da responsabilidade do empregado é interessante a afirmação de Fernandes⁶⁸ quando comenta que a relação básica que orienta a produção no mundo moderno se caracteriza pelo fato do trabalhador prestar voluntariamente serviços ao empregador, absorvendo nesta relação a sua parcela de responsabilidade para o bom andamento do ambiente laboral.

⁶⁶ Manual de Legislação Atlas. *Segurança e Medicina do Trabalho*. 54ª ed. Coord. E Sup. Equipe Atlas. São Paulo: Editora Atlas, 2004.

⁶⁷ PEDROTTI, Irineu Antônio. *Doenças Profissionais ou do trabalho*. 2ª ed. São Paulo, Livraria e Editora Universitária de Direito Ltda, 1998. pg 33

⁶⁸ FERNANDES, Anníbal. *Acidentes do trabalho*. São Paulo, LTr, 1995. p. 26.

Também se deve trazer à reflexão Ihering⁶⁹ ao abordar que, “ramo da indústria vem a ser, portanto, um ramo do trabalho para o qual e do qual o indivíduo tenciona viver”, o que por lógica o torna, de certa forma, cúmplice do bom andamento do local de trabalho e de suas tarefas.

Neste contexto, cabe trazer à luz a teoria da vontade de Savigny referida por Rao⁷⁰ segundo o qual “o homem vive circundado pelo mundo exterior e o elemento mais importante deste ambiente encontra-se nas relações que mantém com seus semelhantes, ou seja, com aqueles que, com ele, tem de comum a natureza e os fins”. No ambiente de trabalho, que é uma das áreas que circunda o homem, se estabelecem fortemente estas relações visto estarem presentes os mesmos fins, por óbvio, com a remuneração, volta-se para o campo da valoração do trabalho.

Além destes autores, há as previsões legais da responsabilidade do trabalhador, como a própria Consolidação das Leis do Trabalho em seu artigo 158 e incisos.

Art. 158. Cabe aos empregados:

- I - observar as normas de segurança e medicina do trabalho, inclusive as instruções das ordens de serviço do empregador;
 - II - colaborar com a empresa na aplicação dos dispositivos deste capítulo.
- No parágrafo único deste artigo inclusive fica constituído ato faltoso a recusa injustificada de uso de equipamentos de proteção individual fornecidos pela empresa, como também a inobservância das instruções expedidas pelo empregador.

Não se pode deixar de mencionar as obrigações recíprocas assumidas por ocasião da celebração do contrato de trabalho entre as partes, quando do efetivo início da prestação de serviços pelo empregado e da disponibilização do ambiente pelo empregador para exercício das atividades laborais. Essa autonomia no estabelecimento da reciprocidade de direitos e deveres pelas partes, desde que respeitados as previsões legais, é objeto de previsão na Consolidação das Leis do Trabalho, em seu artigo 444⁷¹, e essa regulamentação é a essência social do direito.

⁶⁹ IHERING, Rudolf Von. *A Finalidade do Direito - Tomo I*. Campinas, Bookseller, 2002.pg. 105

⁷⁰ RÃO, Vicente. *O Direito e a Vida dos Direitos*. 5 ed. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1999. pg. 531

⁷¹ Brasil. CLT art. 444. “As relações contratuais de trabalho podem ser objeto de livre estipulação das partes interessadas em tudo quanto não contravenha às disposições de proteção ao trabalho, aos contratos coletivos que lhes sejam aplicáveis e às decisões das autoridades competentes”.

Nas palavras de Ráo⁷², o direito equaciona a vida social, atribuindo aos seres humanos, que a constitui, uma reciprocidade de poderes, ou faculdades, e de deveres, ou obrigações. Por este modo, o limite do direito de cada um é o direito dos outros e todos estes direitos são respeitados, por força dos deveres, que lhes correspondem. É assim que o direito confere harmonia à vida e assim é que só com o direito dignamente se vive.

2.3 DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Antes de se ater ao objetivo específico que seria a responsabilidade civil nos danos causados em acidentes do trabalho, a reparação civil acidentária, ter-se-á que fundamentar de forma mais genérica a responsabilidade civil frente à legislação atual, assim como seu progresso recente, principalmente, pelo Código Civil Brasileiro de 2002 e previsão constitucional.

Segundo Oliveira⁷³ onde houver dano ou prejuízo, a responsabilidade civil é chamada para fundamentar a pretensão de ressarcimento por parte daquele que sofreu as conseqüências do infortúnio. É, por isso, instrumento de manutenção da harmonia social, na medida em que socorre o que foi lesado, utilizando o patrimônio do causador do dano para restauração do equilíbrio rompido. Com isso, além de corrigir o desvio de conduta, amparando a vítima do prejuízo, serve para desestimular o violador potencial, o qual pode antever e até mensurar o peso da reposição que seu ato ou omissão poderá acarretar.

Esta opinião também encontra respaldo no pensamento de Diniz⁷⁴ quando afirma que a responsabilidade civil é a aplicação de medidas que obriguem uma pessoa a reparar o dano moral ou patrimonial causado a terceiros, em razão de ato por ela mesma praticado, por pessoa por quem ela responde, por alguma coisa a ela pertencente ou de simples imposição legal. Complementa dizendo que a função da

⁷² RÁO, Vicente. O Direito e a Vida dos Direitos. 5 ed. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1999.pg 53

⁷³ OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. *Proteção jurídica à saúde do trabalhador*. 3ª ed. São Paulo, LTr, 2001. 225-226

⁷⁴ DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro, v. 7: responsabilidade civil*. 17 ed. São Paulo, Saraiva, 2003. Pg. 36

responsabilidade civil é garantir o direito do lesado à segurança e servir como sanção civil, de natureza compensatória.

As raízes do conceito da responsabilidade civil são anteriores e tem íntima conexão com a responsabilidade moral e jurídica. Diniz⁷⁵ comenta que o domínio da moral é mais extenso do que o direito, de sorte que este não abrange muitos problemas subordinados àquele, pois não haverá responsabilidade jurídica se a violação de um dever não acarretar dano. E mais, a responsabilidade jurídica apresenta-se, portanto, quando houver infração de norma jurídica civil ou penal, causadora de danos que perturbem a paz social, que essa norma visa manter. Segue a autora, assim sendo, se houver prejuízo a um indivíduo, à coletividade, ou a ambos, turbando a ordem social, a sociedade reagirá contra esses fatos, obrigando o lesante a recompor o *status quo ante*, a pagar uma indenização ou a cumprir pena, com o intuito de impedir que ele volte a acarretar o desequilíbrio social e de evitar que outras pessoas o imitem.

Em face dessa evolução jurídica no regular as relações das pessoas em sociedade, o legislador brasileiro abarcou essa necessidade na Constituição Federal de 1988 e no Código Civil de 2002, a saber:

CF/88 - Art. 7º. São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

Inciso 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.

Código Civil Brasileiro de 2002 - Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

E complementa o novo diploma legal:

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito, 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.

É possível partir para uma análise mais específica da reparação civil acidentária, que não deixa de ser uma responsabilidade civil especial. Segundo

⁷⁵ DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*, v. 7: responsabilidade civil. 17 ed. São Paulo, Saraiva, 2003. pg. 19

Felipe⁷⁶ quando o empregado é acidentado no trabalho e, daí, resulta-lhe incapacidade, temporária ou permanente, total ou parcial, para o trabalho, faz jus a benefícios da previdência social. E, segue o autor que a responsabilidade previdenciária, contudo, de caráter nitidamente objetiva e de natureza estatal, não afasta a responsabilidade do empregador, segundo o direito comum, se tiver havido dolo ou culpa. Antes da Carta Constitucional de 1988, a responsabilidade subsidiária do empregador somente existia, segundo a orientação da Súmula 229⁷⁷ do STF, se houvesse culpa ou dolo. Com a redação do art. 7º, inciso XXVIII da Constituição Federal, a responsabilidade do empregador passa a existir desde que verificada, no acidente, culpa sua, o que costumeiramente ocorre na omissão das medidas de segurança do trabalho.

Desta forma, segundo as palavras de Serpa Lopes⁷⁸, o nosso Direito seguiu o sistema objetivo. Pode-se afirmar sem receio que a responsabilidade decorrente do acidente do trabalho se baseia na idéia do *risco-proveito* e na do *risco-autoridade*. E, diz mais o autor, destarte, ocorrido o acidente, havendo um nexo de causalidade entre o trabalho e a morte ou a incapacidade, *ipso facto*, está definida a responsabilidade do empregador. Para Serpa Lopes⁷⁹ não há somente uma relação de causa e efeito por assim dizer mecânica, isto é, a lesão conseqüente ao trabalho, mas é necessário, ainda, ter essa lesão ocorrido no momento em que o acidentado exercia o trabalho a que era obrigado contratualmente, englobando-se aí as variáveis legais já analisadas de local e horário de trabalho, ou seja, *in itinere*, em horário de almoço, etc.

Neste sentido, da objetividade do modelo legal, nos auxilia Diniz⁸⁰ ao afirmar que a responsabilidade civil também evoluiu em relação ao fundamento, baseando-se o dever de reparação não só na culpa, hipótese em que será subjetiva, como também no risco, caso em que passará a ser objetiva, ampliando-se a indenização de danos sem existência de culpa.

⁷⁶ FELIPE, J. Franklin Alves. *Indenização nas obrigações por ato ilícito*. 3. ed. Belo Horizonte, Del Rey, 2000. pg. 23

⁷⁷ Brasil. Súmula 229 STF. "A indenização acidentária não exclui a do direito comum, em caso de dolo ou culpa grave do empregador".

⁷⁸ SERPA LOPES, Miguel Maria de. *Curso de Direito Civil*. 5. ed. Vol. V. Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 2001. Pg. 335

⁷⁹ SERPA LOPES, Miguel Maria de. ob. cit. pg. 336

⁸⁰ DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*, v. 7: responsabilidade civil. 17 ed. São Paulo, Saraiva, 2003. Pg.11

Já Cavalieri Filho⁸¹ diz que a primeira cláusula geral da responsabilidade civil objetiva se refere à presença do abuso do direito, pois a manifestação prevista de exceder manifestamente os limites impostos leva ao ato ilícito.

E, por fim, Diniz⁸², diz que a insuficiência da culpa para cobrir todos os prejuízos, por obrigar perquirição do elemento subjetivo na ação, e a crescente tecnização dos tempos modernos, caracterizado pela introdução de máquinas, pela produção de bens em larga escala, aumentando assim os perigos à vida e à saúde humana, levaram a uma reformulação da teoria da responsabilidade civil dentro de um processo de humanização. Este representa uma objetivação da responsabilidade, sob a idéia de que todo risco deve ser garantido, visando à proteção jurídica da pessoa humana, em particular dos trabalhadores e das vítimas de acidentes, contra a insegurança material, e todo dano deve ter um responsável. A noção de risco prescinde da prova da culpa do lesante, contentando-se com a simples causação externa, bastando a prova de que o evento decorreu do exercício da atividade, para que o prejuízo por ela criado seja indenizado. Baseia-se, conforme as palavras de Diniz⁸³, no princípio do *ubi emolumentum, ibi ius* (ou *ibi onus*), isto é, a pessoa que se aproveitar dos riscos ocasionados deverá arcar com suas conseqüências.

2.4 DOS FUNDAMENTOS TEÓRICOS

Pode-se afirmar que toda atividade humana traz em si o problema da responsabilidade, neste caso a noção da responsabilidade como aspecto da realidade social, pois decorre dos fatos sociais. É então a idéia mais próxima da obrigação, ou como diz Aguiar Dias⁸⁴, exprime a idéia de equivalência de contra prestação, ou seja, no sentido de repercussão obrigacional. Os campos onde se manifesta são o inúmeros, quais sejam, no campo da moral, nas relações jurídicas, de direito público ou privado. O que interessa, em se falando de responsabilidade, é

⁸¹ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 8ª ed. 3ª reimpr. São Paulo: Editora Atlas, 2009, pg. 151

⁸² DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*, v. 7 : responsabilidade civil. 17 ed. São Paulo, Saraiva, 2003. Pg 11

⁸³ DINIZ, Maria Helena. Ob. Cit. pg. 11

⁸⁴ DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. 11ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. pg. 4

aprofundar o problema de violação da norma ou obrigação diante da qual se encontrava o agente. Pode-se dizer que responsabilidade é a situação de quem, tendo violado uma norma qualquer, se vê exposto às consequências decorrentes dessa violação e que traduzidas em medidas que a autoridade encarregada de velar pelo cumprimento da norma lhe deva impor. Portanto, não se cogita da responsabilidade jurídica enquanto não há prejuízo.

Apesar das dificuldades da doutrina em conceituar a responsabilidade civil, há com base nas considerações, como definir, utilizando o conceito de Diniz⁸⁵:

“A responsabilidade civil é a aplicação de medidas que obriguem uma pessoa a reparar dano moral ou patrimonial causado a terceiros, em razão de ato por ela mesma praticado, por pessoa por quem ela responde, por alguma coisa a ela pertencente ou de simples imposição legal”.

O cerne da questão se fundamenta em que a previsão da reparação do dano, como a própria compreensão dessa possibilidade, traz equilíbrio à sociedade. A reparação do dano atende a todos os anseios, é uma forma de restabelecer o equilíbrio através da sanção, sendo inspirada na preocupação de harmonia e equilíbrio que orienta o direito e é seu elemento animador.

A priori o ato ilícito é o fato gerador da responsabilidade civil, porém, o ato lícito também pode caracterizar o dever de indenizar. Para aprofundar entende-se que a responsabilidade civil requer, utilizando o ensinamento de Diniz⁸⁶ e Dias⁸⁷: a) Existência de uma ação, comissiva ou omissiva, qualificada juridicamente, isto é, que se apresenta como um ato ilícito ou lícito, pois ao lado da culpa, como fundamento da responsabilidade, temos o risco. Pela regra básica a obrigação de indenizar, pela prática de atos ilícitos advém da culpa. Mas também o dever de reparar pode deslocar-se mesmo para aquele cumpridor da lei, pois nesse caso a responsabilidade se funda no risco e não mais na culpa. É o caso, por exemplo, do dever de indenizar nos casos de acidentes de trabalho mesmo sem culpa. O empregador é obrigado a indenizar acidente de trabalho sofrido pelo empregado e, mesmo que ele tenha concorrido para a sua produção, ninguém poderá dizer que praticou ato ilícito.

⁸⁵ DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*, v. 7 : responsabilidade civil. 17 ed. São Paulo, Saraiva, 2003. pg.34

⁸⁶ DINIZ, Maria Helena. Ob.cit. pgs.35-36.

⁸⁷ DIAS, José de Aguiar. . *Da responsabilidade civil*. 11ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. pgs 131/2

b) Ocorrência de um dano moral ou patrimonial causado à vítima por ato comissivo ou omissivo do agente ou de terceiro por quem o imputado responde, ou por fato de um animal ou coisa a ele vinculada. Não pode haver responsabilidade civil sem dano, que deve ser certo, a um bem ou interesse jurídico, sendo necessária a prova real e concreta dessa lesão. O Dano moral e o dano patrimonial são cumuláveis.

c) Nexo de causalidade entre o dano e a ação, pois a responsabilidade civil não poderá existir sem o vínculo entre a ação e o dano. Será necessária a inexistência de causa excludente de responsabilidade, como por exemplo, a ausência de força maior, de caso fortuito ou de culpa exclusiva da vítima, como também no caso de haver cláusula de não indenizar.

No caso do ato ilícito como fonte da obrigação de indenizar, no nosso ordenamento jurídico vigora a regra geral de que o dever de ressarcir decorre da culpa, ou seja, da reprovabilidade ou censurabilidade da conduta do agente. O comportamento do agente será reprovado ou censurado quando, ante as circunstâncias concretas do caso, se entende que ele poderia ou deveria ter agido de modo diferente. Portanto, como ensina Diniz⁸⁸, o ato ilícito qualifica-se pela culpa e em não havendo culpa, não haverá, em regra, qualquer responsabilidade.

Portanto, segue a autora, para a caracterização do ato ilícito é necessário que haja uma ação ou omissão voluntária, que viole norma jurídica protetora de interesses alheios ou um direito subjetivo individual. Também que o infrator tenha conhecimento da ilicitude de seu ato, agindo com dolo, se intencionalmente procurar lesar outrem, ou culpa, se consciente dos prejuízos que advêm do seu ato, assume o risco de provocar evento danoso.

O dolo é a vontade consciente de violar o direito, dirigida à consecução do fim ilícito, e a culpa abrange a imperícia, a negligência e a imprudência. A imperícia é a falta de habilidade ou inaptidão para praticar certo ato; a negligência é a inobservância de normas que nos ordenam agir com atenção, capacidade, solicitude e discernimento; e a imprudência é precipitação ou o ato de proceder sem cautela.

Neste caso, onde o fato gerador da responsabilidade é o ato ilícito, se se provar que houve dolo ou culpa na ação, o imputado deverá ressarcir o prejuízo e se estará falando da responsabilidade subjetiva. A responsabilidade é individual e pode

⁸⁸ DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*, v. 7: responsabilidade civil. 17 ed. São Paulo, Saraiva, 2003. Pg.38

ser de cunho direto ou indireto, naquela quando o agente responder por ato próprio e nesta o imputado responderá por ato de terceira pessoa, com a qual tenha vínculo legal de responsabilidade, e por fato de animal ou de coisas inanimadas sob sua guarda. O lesado será obrigado a provar a culpa do lesante na produção do dano.

2.5 RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA

Ensina Dias⁸⁹ que a responsabilidade civil é pura resultante do equilíbrio violado pelo dano e que o interesse em restabelecer o equilíbrio econômico-jurídico alterado pelo dano é a causa geradora da responsabilidade civil. Seu fundamento deveria, pois, ser investigado em função daquele interesse, que sugere, antes de tudo, o princípio da prevenção, sem excluir outros princípios, que o completam. Em todas as teorias do referido princípio o que se procura é escolher quem deve suportar o dano e nisso há concordância entre elas, mesmo que as vezes antagônicas. A culpa e o risco não são mais do que critérios possíveis e a distribuição do ônus do prejuízo atende, primordialmente, ao interesse da paz social.

Ocorre que em certos casos, a teoria da culpa, não oferece mais uma solução que atenda de forma satisfatória a obtenção dos meios para reparar danos experimentados pelo lesado. Esta teoria funda a responsabilidade civil na culpa, com característica na violação de um dever contratual ou extracontratual. Com os progressos técnicos que trouxeram um grande número de acidentes, se desvincula o dever de reparação do dano da idéia de culpa e se baseia no risco, fundamento da corrente objetivista.

Assim, o agente deverá ressarcir o prejuízo causado, mesmo que isento de culpa, porque a responsabilidade é imposta por lei independentemente de culpa e mesmo sem necessidade de apelo ao recurso da presunção, conforme Diniz⁹⁰. O dever de ressarcir, estabelecido por lei, ocorre sempre que se positivar a autoria de um fato lesivo, sem necessidade de indagar se houve ou não um erro de conduta. Apurado o dano, o ofensor ou seu proponente deverá indenizá-lo e tal responsabilidade só terá cabimento nos casos expressamente previstos em lei. E

⁸⁹ DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. 11ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. pgs.55-56

⁹⁰ DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*, v. 7: responsabilidade civil. 17 ed. São Paulo, Saraiva, 2003. Pgs. 47-48.

segue a autora dizendo que a responsabilidade objetiva funda-se num princípio de equidade, existente desde o direito romano: aquele que lucra com uma situação deve responder pelo risco ou pelas desvantagens dela resultantes. Essa responsabilidade tem como fundamento a atividade exercida pelo agente, sempre a atividade do agente e não do seu comportamento, pelo perigo que pode causar dano à vida, à saúde ou a outros bens, criando risco de dano a terceiros.

E diz mais Diniz⁹¹, como um fechamento ao tópico, que a responsabilidade, fundada no risco, consiste, portanto, na obrigação de indenizar o dano produzido por atividade exercida no interesse do agente e sob seu controle, sem que haja qualquer indagação sobre o comportamento do lesante, fixando-se no elemento objetivo, isto é, na relação de causalidade entre o dano e a conduta do seu causador.

Já Dias⁹² busca trazer as tentativas de sistematizar a doutrina da responsabilidade sem culpa ancorado na literatura germânica, e o faz da seguinte forma:

a) Princípio ao interesse ativo. As perdas e danos provenientes dos acidentes inevitáveis na exploração de uma empresa devem ser incluídos nas despesas do negócio. Ou quem desenvolve em seu próprio interesse uma atividade qualquer deve sofrer as consequências dela provenientes.

b) Princípio da prevenção. Inspirado na dificuldade da prova da responsabilidade e na insuficiência das regras processuais estabelecidas no sentido de favorecê-la, consiste em não admitir a exoneração da pessoa a quem se atribui a responsabilidade, enquanto não prove que o fato, aparentemente imputável a si, é, na realidade, resultado de uma causa exterior e estranha à sua atividade, e impossível de ser por ela afastada.

c) Princípio da equidade ou do interesse preponderante. Segundo ele, o mecanismo da responsabilidade funcionaria conforme a situação das partes interessadas. Se a pessoa que causa o dano é economicamente forte, alarga-se o campo em que se enquadra na responsabilidade, mormente se o lesado é pouco afortunado.

d) Princípio da repartição do dano. Tem seu germe na idéia que propôs a indenização do dano pelo seguro ou, caso contrário, a reparação a cargo do Estado.

⁹¹ DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*, v. 7 : responsabilidade civil. 17 ed. São Paulo, Saraiva, 2003. pg. 49

⁹² DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. 11ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. pgs 68-71.

A este sistema, que resulta no seguro do acidente, não importa a origem do dano. O inconveniente deste princípio é de, talvez, prejudicar o princípio da prevenção.

e) Princípio do caráter perigoso do ato. Baseia-se na concepção de que o homem cria para o seu próximo um perigo particular. Neste caso, o caráter perigoso da empresa é muitas vezes usado como mero pretexto para agravar a responsabilidade.

O ordenamento jurídico brasileiro reconhece em determinadas hipóteses a responsabilidade objetiva, conservando, porém, o princípio da imputabilidade do fato lesivo, fundado na culpa, como ensina Diniz⁹³. Temos, de um lado, a culpa, e, de outro, o risco – por força de lei – com fundamentos da responsabilidade civil. O código civil expõe esta orientação ao se referir no artigo 927 e parágrafo único⁹⁴, não só ao dever de ressarcir dano por ato ilícito, mas também à obrigação de reparar prejuízo, independentemente de culpa. Isto tanto nos casos especificados em lei, como quando atividade normalmente desenvolvida pelo lesante implicar, por sua natureza, grande risco aos direitos de outrem.

A título de compreensão e complemento do tema, como já visto anteriormente, na responsabilidade subjetiva o ilícito é o seu fato gerador, de modo que o imputado deverá ressarcir o prejuízo, se se provar que houve dolo ou culpa na ação. O lesado será obrigado a provar a culpa do lesante na produção do dano, como ensina Diniz⁹⁵.

Na responsabilidade objetiva, conforme a mesma autora, a atividade que gerou o dano é lícita, mas causou perigo a outrem, de modo que aquele que a exerce, por ter a obrigação de velar para que dela não resulte prejuízo, terá o dever do ressarcimento, pelo simples implemento do nexa causal. A vítima deverá pura e simplesmente demonstrar o nexa de causalidade entre o dano e a ação que o produziu.

Em nosso direito, segundo Dias⁹⁶, a teoria objetiva vingou amplamente em alguns terrenos, como nos acidentes de trabalho. Afora essas inserções na lei

⁹³ DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*, v. 7: responsabilidade civil. 17 ed. São Paulo, Saraiva, 2003. Pgs 49-50.

⁹⁴ Brasil. CCB art. 927. “Aquele que, por ato ilícito, 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.”

⁹⁵ DINIZ, Maria Helena. *ob.cit.* pg. 50

⁹⁶ DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. 11ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p 96-97.

comum, a teoria objetiva se estabeleceu firmemente, através de leis especiais, em vários setores de atividade. Não existe mais exceção quanto aos acidentes no trabalho, esfera essa que domina incontestavelmente o risco, a ponto de se destacar da responsabilidade civil.

No mesmo sentido Diniz⁹⁷ realça a responsabilidade sem culpa ou objetiva, fundada na teoria do risco, decorrendo em nosso direito nos acidentes do trabalho, pois o operário vitimado sempre fará jus à sua indenização, haja ou não culpa sua ou do patrão. Pela teoria do risco profissional⁹⁸ é ele inerente à atividade exercida, sem que se leve em consideração a culpa do patrão ou do empregado acidentado.

A responsabilidade objetiva abrangerá os danos provenientes de culpa do lesado, mas não os oriundos de dolo. O empregador terá o dever de ressarcir o dano⁹⁹, simplesmente porque é o proprietário dos instrumentos que provocaram o acidente. É ele que recolhe os benefícios da prestação dos serviços e assume, no contrato de trabalho, a obrigação de zelar pela segurança do empregado, de modo que a indenização constitui uma contraprestação àquele que se arriscou no seu trabalho, suportando os incômodos resultantes desse risco.

A crescente mecanização dos processos produtivos e o despreparo inicial de muitos operários aumentaram significativamente os acidentes de trabalho, como também a gravidade dos mesmos. Com a complexidade da organização fabril, dividida entre as diversas unidades, e com a diferença de poder econômico entre empregador e empregado, dificultava a determinação da prova concernente a fixação da culpa, por isso a adoção da teoria do risco no âmbito civil.

Logo, segundo Diniz¹⁰⁰, o patrão, por ser o beneficiário do emprego da máquina, deverá suportar não só os riscos da perda de materiais, mas também os decorrentes dos acidentes sofridos pelos seus operários. Entretanto, essa indenização é menor do que aquela que o operário teria direito pela legislação comum, porque o risco não cobre todo o prejuízo causado pelo infortúnio, pois as várias incapacidades que podem lesar o empregado estão catalogadas e tarifadas

⁹⁷ DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*, v. 7 : responsabilidade civil. 17 ed. São Paulo, Saraiva, 2003. pg 51

⁹⁸ Por influência da teoria da responsabilidade objetiva, surgiu a teoria do Risco Profissional, a qual objetiva impor ao detentor dos meios de produção, vale dizer, porque expõe o trabalhador a riscos, o pagamento de indenização à vítima no caso da ocorrência de sinistros. Não se discute, nestes casos, a questão de saber de quem é a culpa.

⁹⁹ Neste sentido Súmula 341 do STF: "É presumida a culpa do patrão ou comitente pelo ato culposo do empregado ou preposto".

¹⁰⁰ DINIZ, Maria Helena. Ob.cit. pgs. 51-52

em bases módicas. Assim, sendo a responsabilidade pecuniária do patrão, não ultrapassará as cifras prefixadas. A entidade patronal, ante o risco que sofre, segura sua responsabilidade por acidente de trabalho ou por doença profissional contraída pelos empregados. No direito brasileiro há obrigatoriedade desse seguro, para dar cobertura aos danos ocorridos em virtude do risco profissional.

Na realidade o seguro de acidentes de trabalho no Brasil data do início do século XIX, mais precisamente 1934, pelo Decreto nº. 24.637. Desde esse momento, houve alternância na administração e na forma de contratação de tais seguros. Ora o seguro era com entidade privada, ora com o poder público. A característica fundamental foi a da contratação junto ao órgão de Previdência Social, tendo um breve momento de privatização em 1967, com o Decreto-lei de número 293, ainda assim em concorrência com o Instituto Nacional da Previdência Social, órgão oficial da época.

Na atualidade o seguro de acidentes do trabalho tem seu alicerce maior na própria Constituição Federal de 1988, senão vejamos:

Art. 7. São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:
XXVIII – seguro contra acidentes de trabalho, a cargo do empregador, sem excluir a indenização a que este está obrigado, quando incorrer em dolo ou culpa.

Na legislação infra constitucional e na própria regulamentação do dispositivo constitucional, a Lei nº. 8.213 de 1991 traz todo o elenco de benefícios e garantias ao trabalhador vítima do infortúnio no ambiente de trabalho.

A grande questão a ser levantada, carente que está da mais profunda reflexão, é porque há a necessidade de seguro de acidentes do trabalho? Preliminarmente a resposta estaria em que se precisa auxiliar e assegurar a reparação dos danos causados em acidentes do trabalho. Porém, seria uma reflexão muito rasa, sem a mínima profundidade, pois o horizonte da questão precisa ser ampliado exponencialmente. A ocorrência de danos é fato, e as estatísticas estão aí para comprovar. O que precisa ser analisado é se o seguro é a garantia que se oferece, única e exclusivamente, para reparar os danos ocorridos, então de cunho simplesmente indenizatório, ou se há previsão legal de prevenir a ocorrência de infortúnios no ambiente de trabalho, tão comum nas atividades profissionais cotidianas da sociedade contemporânea. Em outros termos, é preciso inquirir se a

legislação visa a atingir os envolvidos com o objetivo da busca da prevenção. Parece que o seguro quer a ação preventiva e não só a indenizatória, como descarga da consciência coletiva do dever feito, a partir da reparação econômica.

O seguro de acidentes do trabalho precisa estimular o cunho preventivo cada vez mais, para que o custo social seja amplamente diminuído, pois o acidente de trabalho é uma chaga social de elevado custo individual e social.

Importante ainda ressaltar que a indenização devida pelo empregador, na ocorrência de um dano patrimonial ou moral, pode ser cumulável para os dois casos, ou seja, o dano moral é cumulável com o patrimonial¹⁰¹.

A responsabilidade objetiva civil não está alheia a críticas. Pelo contrário, há vários autores que oferecem críticas contumazes à teoria do risco, como bem traz Dias¹⁰² referindo a obra dos irmãos Mazeaud quando dizem que são insuficientes todos os critérios propostos em substituição aos da culpa, porque é falso o seu ponto de partida: a culpa é condição necessária da responsabilidade civil.

Já Lima¹⁰³ nos traz a crítica dos irmãos Mazeaud de uma forma mais sistematizada, a saber:

a) A teoria do risco é resultante da influência de idéias positivistas; é uma concepção materialista do direito, porque regula relações entre os patrimônios, abstraindo-se das pessoas. Só estas existem, sob o ponto de vista jurídico, não se podendo, pois, eliminar a pessoa, com alma e vontade. O problema da responsabilidade civil ultrapassa o aspecto puramente material do patrimônio e penetra no domínio da pessoa, de seus pensamentos, de seus sentimentos, de suas afeições.

b) A teoria do risco se apóia na socialização do direito, estando impregnada de idéias socialistas. Desloca o centro da aplicação do direito do indivíduo para a sociedade, quando aquele, na verdade continua a ser o ponto central do direito, que regula os direitos e deveres individuais a fim de assegurar a ordem social. Ademais, que se deve entender por interesses sociais? Como defini-los e fixá-los? Qual o critério para se determinar e para saber onde está realmente um interesse social a

¹⁰¹ Neste sentido Súmula 37 do STJ: “São cumuláveis as indenizações por dano material e dano moral oriundos do mesmo fato”.

¹⁰² DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. 11ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. pg. 85

¹⁰³ LIMA, Alvinio. *Culpa e Risco*. 2ª ed. revista e atualiz. Prof. Ovídio Rocha Barros Sandoval. São Paulo: Editora. Revista dos Tribunais, 1999. Pg 190-191

superpor-se a um interesse individual? Tal teoria (do risco) não teve outro objetivo senão favorecer os modestos de recursos contra os poderosos.

c) A teoria do risco é a estagnação da atividade individual, paralisando as iniciativas e arrastando o homem à inércia. Diante da responsabilidade sem culpa, de nada valem a prudência, a conduta irreprovável, as precauções e cautelas, porquanto o agente deverá assumir a responsabilidade de todos os danos que possam resultar das suas ações lícitas e necessárias. As leis de acidentes de trabalho apenas regulam a reparação de uma parte do dano, não tendo adotado integralmente a teoria do risco.

d) A teoria do risco é aplicação das primitivas concepções materiais da responsabilidade, quando o homem, sem o desenvolvimento necessário, não tinha atingido ainda a perfeição de adotar como critério da responsabilidade a noção de culpabilidade, fundada em idéias de ordem moral. Seria regressar aos tempos primitivos e negar toda a evolução da teoria da responsabilidade, a qual, provindo das idéias primitivas da vingança privada e brutal, chegou ao conceito elevado da culpa, cuja supressão importaria em destruir toda a justiça humana.

e) Se a teoria do risco proclama a obrigação de arcar com o risco criado em virtude dos proveitos auferidos pela atividade humana, visto tratar-se de uma compensação entre o proveito e o dano, tal responsabilidade não se justifica se não houver proveito. E se o indivíduo, como consequência de sua atividade, deve responder pelo risco criador do dano, deveria também ter direito aos proveitos que terceiros venham a auferir de sua atividade.

f) A teoria do risco não tem posição verdadeira e definida no terreno jurídico. O direito se funda em noções precisas e não sobre noções de aspectos filosóficos ou econômicos, de contorno mal definido. Não há um princípio fixo, porquanto o conceito de proveito é incerto e mal definido, ao passo que na noção de culpa há um instrumento de controle preciso. A teoria do risco compromete gravemente a própria ordem social.

Nos dias atuais estas críticas perderam muito da sua sustentação pela própria evolução do pensamento jurídico e principalmente pela já ampla aceitação da teoria do risco como suporte da responsabilidade civil. Complementa-se esta idéia e se solidifica a teoria do risco, na responsabilidade objetiva, pela sua incontestável aceitação nas mais diversas legislações de todo o mundo, através de leis especiais.

Dentre estes países, além do Brasil, pode-se citar a Dinamarca, a Áustria, a Alemanha, a Itália, a França, na colaboração de Dias.

3 TEORIA DA IMPUTAÇÃO OBJETIVA

Ao adentrar o campo da Imputação Objetiva logo vem à mente a relação com o ramo específico do Direito Penal, o que não deixa de ser uma verdade. Ocorre que, como já abordado anteriormente, busca-se nesta pesquisa uma maneira de entender como uma verdadeira chaga da sociedade, que são os acidentes de trabalho e seus imensos custos sociais, normalmente são resolvidos pelos demais ramos do direito com uma visão restritiva de cunho econômico. Quer dizer que através da reparação econômica de uma perda grave ou até de óbitos se satisfaz a sociedade. Não seria momento de um basta aos simplismos resolutórios através de uma sanção mais rigorosa aos responsáveis pelos danos ocorridos utilizando, nas palavras de Silva Sanchez¹⁰⁴, as virtudes do Direito Penal como instrumento de proteção dos cidadãos?

A conexão a ser estabelecida pela teoria da imputação objetiva em relação aos acidentes de trabalho é se no ambiente de trabalho está se criando um risco que possa juridicamente ser desaprovado e no caso do acidente acontecer, se o risco se está realizando. Determinar se a conduta humana, na manifestação da vontade em um fazer ou não fazer, pela implantação ou não dos métodos preventivos, é determinante no resultado, pois, a imputação ao tipo objetivo pressupõe a criação de um risco juridicamente desaprovado e a realização deste risco no resultado.

Há que se discutir, trazendo à luz as idéias que criticam e as que defendem a teoria do risco, do risco permitido, da criação do risco não permitido, ou seja, a idéia de risco, de perigo, tanto abordada por Silva Sanchez¹⁰⁵, quando se posiciona sobre a crescente questão tecnológica na configuração do risco como de procedência humana e sendo um fenômeno social estrutural.

A questão mais intensa que se apresenta é se não seria prematura a discussão da imputação objetiva nos acidentes de trabalho graves e/ou óbitos se no direito penal por excelência, aquele das caracterizações específicas dos tipos penais, ainda é tema inconcluso e distante de uma unanimidade. A imputação objetiva complexifica o aprendizado em relação a teoria finalista, trará ela tão

¹⁰⁴ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. Trad. Luiz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2002. Pg. 21

¹⁰⁵ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Ob. Cit.* pg 29

importante ganho em relação a esta para justificar o esforço empreendido na sua justificação e implementação?

A presente pesquisa visa, na medida do possível, trazer à luz estudos já realizados na direito penal através do método indutivo, de grupos de casos, indicando caminhos para sua necessidade e justificação e, mesmo temendo beirar à ousadia, formar um paralelo com os graves casos de acidentes de trabalho que muito penalizam a sociedade atingindo seus cidadãos, que é o bem jurídico protegido e mais valioso ao direito penal, justificando por si só, no mínimo, a necessidade de aprofundar a discussão em relação ao que até hoje se realizou.

Outro importante suporte para a pesquisa está na imputação objetiva civil que já, no campo específico dos acidentes do trabalho, tem ampla discussão e regulamentação. A responsabilidade sem culpa ou objetiva do direito civil está amparado na teoria do risco e em se falando de acidentes do trabalho torna-se importante base de apoio tanto nas decisões já proferidas como nas análises específicas e esmiuçados da teoria do risco.

A teoria da imputação objetiva percorreu longo caminho até os dias atuais. Foram vários estudos ao longo da história, os quais tentavam auxiliar na análise de fatos que não eram atendidos na sua plenitude pela teoria finalista. Muitas destas teorias, que serão referenciadas a seguir, possibilitaram o surgimento da moderna teoria da imputação.

3.1 CONTEXTO HISTÓRICO DA IMPUTAÇÃO OBJETIVA

Permite-se um recorte para iniciar a questão histórica na superação do naturalismo¹⁰⁶ pelo neokantismo¹⁰⁷, qual seja, naquele os conceitos eram de valoração, o que quer dizer não científicos, segundo os quais a ação modificatória no mundo exterior é causa voluntária e a culpabilidade consiste na relação subjetiva entre autor e fato. A anti-juricidade é a relação de contrariedade entre o comportamento e as normas de ordem jurídica, ou seja, não há o que valorar, basta verificar. Neste, o neokantismo, questiona-se o uso só das ciências naturais como

¹⁰⁶ ROXIN, Claus. *Funcionalismo e Imputação Objetiva no Direito Penal*. Trad. Luís Greco, 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, pg. 10-12

¹⁰⁷ ROXIN, Claus. *Ob. cit.* pg. 13-14

ciências e coloca-se o Direito como uma ciência da cultura, amparadas em um sistema de valores, um conjunto de valorações. Analisa-se o fato sob a perspectiva de sua lesividade social e a culpabilidade se desapega do estado meramente psíquico para tornar-se a avaliação do fato sob o prisma da reprovabilidade do autor. Sob este aspecto interessa, portanto, iniciar a discussão da imputação objetiva como idéias precursoras ou como os primeiros esforços que se entabulam neste sentido.

Se a sociedade estabelece códigos de conduta para as ações humanas, em contrário senso, reprova as que são contrárias a estes códigos. Estabelece-se então o dever de cumprir estes códigos de conduta, ou como diz Kant¹⁰⁸, o dever é a ação a que uma pessoa se encontra obrigada, ou seja, a licitude de uma ação se dá quando ela não é contrária à obrigação. Por conseguinte a ilicitude é a ação contrária a obrigação e esta ação tem a reprovação da sociedade, sociedade essa que busca acima de tudo a justiça, através da normatização das condutas que, são leis de liberdade e, portanto, leis morais. De acordo com Kelsen¹⁰⁹ a justiça é uma virtude e a virtude é uma qualidade moral, portanto a justiça pertence ao domínio da moral.

Assim na projeção de Kelsen¹¹⁰ a justiça é a qualidade de uma específica conduta humana, aquela conduta que consiste no tratamento dado a outros homens. O juízo segundo o qual uma tal conduta é justa ou injusta representando uma apreciação, uma valoração da conduta. Conforme os autores, toda a conduta que fere a justiça do meio social merece a reprovação através de previsão legal do direito, e todo o indivíduo tem o dever de, por meio de sua moral, saber que tal ação é contrária a justiça e por isso precisa ser reparada.

Tem-se também a afirmação de Herkenhoff¹¹¹ que diz ser o valor maior a justiça. Que se há um conflito entre a lei e a justiça, que prevaleça a justiça, por fidelidade à própria lei, que não é um amuleto, mas deve ter como fim a justiça, o bem comum, os valores oriundos da ética, o progresso, o avanço da sociedade em direção a maior justiça, melhor distribuição dos bens, maior igualdade. A sociedade

¹⁰⁸ KANT, Emmanuel. *Doutrina do direito*. 2. ed. Trad. Edson Bini. São Paulo, Ícone Editora, 1993. Pg. 36.

¹⁰⁹ KELSEN, Hans. *A justiça e o direito natural*. Trad. João Batista Machado. Coimbra, Almedina, 2001. pg. 41

¹¹⁰ KELSEN, Hans. *Ob. cit.* pg 42

¹¹¹ HERKENHOFF, João Batista. *Para onde vai o direito – reflexões sobre o papel do direito e do jurista*. 3. ed. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2001. pg. 23

observa as condutas que ferem a justiça e exerce pressão para que o legislador estabeleça a obrigação de coibir tal ação.

Uma primeira conceituação de imputação objetiva para o Direito coube a Karl Larenz¹¹², que inicia sua fundamentação sobre a filosofia de Hegel para falar de imputação objetiva. Para Hegel a liberdade é inerente ao homem enquanto sujeito racional, a qual é manifesta no mundo através da vontade, livre e moral. Esta se exterioriza através de uma ação, sendo esta ação a objetivação da vontade. Como a vontade tem o poder de controlar os cursos de causa em certo sentido, pode-se afirmar que por fim, que o resultado é obra do sujeito. A teoria da imputação objetiva visa exatamente resolver este problema, qual seja, distinguir ação de acaso e definir a atribuição ao sujeito quando um acontecimento é ato deste sujeito e pelo qual ele pode ser responsabilizado.

Se neste caso a ação é a vontade, o que estiver contido nesta vontade será atribuível ao sujeito, sendo imputadas as consequências da ação dominada por uma finalidade e o acaso será aquilo que não estiver contido na vontade, ou melhor, aquilo que for estranho à vontade, não conhecido. A partir disto ocorre uma distinção entre a idéia de Hegel e de Larenz, pois enquanto aquele aborda a noção de sujeito individual, homem físico, este dá lugar a idéia normativa de pessoa, ser racional, e a esta pessoa enquanto ser racional, podem ser atribuídas as consequências objetivamente previsíveis.

Alguns anos após Larenz, segundo estudo de Roxin¹¹³, Honig leva a idéia da imputação objetiva para o Direito Penal. Ele alude à crise da teoria da causalidade, onde o nexos causal entre um comportamento e um resultado é insuficiente para o direito, para preconizar a necessidade de um nexos normativo, construído segundo as necessidades da ordem jurídica, para que uma causação adquira importância para o Direito. A vontade aqui não deve ser compreendida em termos subjetivos, no sentido do que o autor almejava, mas sim, em termos objetivos, como aquilo que o autor podia ter almejado. Portanto, esta direção objetiva da vontade é a peça chave no juízo de imputação, pois, será imputável aquele resultado que se possa considerar dirigido a um fim, sem considerar àqueles imprevisíveis, não compreendidos na direção objetiva da vontade.

¹¹² Ainda conforme: ROXIN, Claus. *Funcionalismo e Imputação Objetiva no Direito Penal*. Trad. Luís Greco, 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, pg. 15-20

¹¹³ ROXIN, Claus. Ob. cit. Pg. 20-22

Após estes autores ocorreu um vazio na discussão da imputação e ao largo de uns 30 anos as teorias não versavam sobre a imputação, porém elas podem ser vistas como as verdadeiras precursoras da atual teoria da imputação objetiva. Uma delas é a teoria da causalidade adequada que pode ser resumida em outras palavras na condição que produza um resultado de modo previsível. Segundo Roxin¹¹⁴, a teoria da adequação causal será unicamente a condição adequada do resultado, isto é, aquela condição que, segundo as relações comuns da vida social, possua idoneidade genérica para produzir tais lesões. As condições imprevisíveis do resultado não são causa em sentido jurídico. Esta previsibilidade, apesar das controvérsias iniciais, será tudo aquilo que um homem prudente, dotado dos conhecimentos médios adicionados aos conhecimentos especiais de que o autor porventura disponha, no momento da prática da ação (*ex ante*) entenda como tal. Logo, para que se examine se uma ação é ou não causa adequada do resultado, basta que se pergunte se um homem prudente, colocado na posição do autor, teria a possibilidade de prever o resultado. Por exemplo, mandar um tio a uma viagem de avião, na qual morre por atentado terrorista. Inexiste causalidade pela imprevisibilidade, porém se o autor soubesse do atentado, o juízo de previsibilidade objetiva deveria ser formulado partindo-se também destes conhecimentos especiais e, claro teria o autor causado o resultado, pois previsível.

A contribuição desta teoria para a da imputação objetiva é principalmente por demonstrar a insuficiência das teorias existentes até então, e que se baseavam na equivalência onde causa e resultado tinham o mesmo peso, pois, solucionou a problemática dos crimes qualificados pelo resultado. Ainda tem contribuição ao excluir do campo do penalmente relevante tudo que seja imprevisível, isto é, tudo o que se produza por acaso e, a esta tarefa nenhuma teoria da imputação pode se furtar, os resultados gerados pelo acaso.

O principal problema da teoria da causalidade adequada é que, se por um lado tem enorme fecundidade prática, por outro lado, confronta-se com sua insustentabilidade teórica. Segundo Roxin¹¹⁵ quem aponta o caminho para a solução deste dilema é Mezger que consegue uma formulação que atinge os resultados desejados pela teoria da adequação utilizando fundamentos teóricos distintos. Ele

¹¹⁴ ROXIN, Claus. *Funcionalismo e Imputação Objetiva no Direito Penal*. Trad. Luís Greco, 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, pgs. 25 - 27

¹¹⁵ ROXIN, Claus. *Ob.cit.* pgs.28-30

remonta a que a teoria da equivalência é a única correta para a causalidade, pois causa será, mesmo, toda condição do resultado. Seu problema, da teoria da equivalência, é igualar nexos causal e nexos de responsabilidade. Ainda segundo Mezger, para o Direito Penal, só será típica a causação que se puder dizer relevante. O fato de todas as etapas de uma cadeia causal serem causalmente equivalentes não implica em sua equivalência jurídica.

Então na teoria da relevância o autor primeiro engloba dentro de si o juízo de adequação, a problemática dos crimes qualificados pelo resultado, onde será irrelevante tudo aquilo que for imprevisível para o homem prudente, sendo que só o objetivamente previsível é causa relevante de um resultado. Ele mantém, como já fizera Honig, separado o problema ontológico, da causalidade, do problema normativo, da relevância, ao contrário da teoria da adequação que por vezes as confundia.

Outra proposta teórica precursora da teoria da imputação objetiva é a idéia de adequação social, de Welzel, esta igualmente trazida por Roxin¹¹⁶. Diz o autor jamais serem típicas aquelas ações que, apesar de formalmente subsumíveis aos tipos, permaneçam funcionalmente integradas à organização da vida comunitária de um povo em determinado momento histórico. Como exemplo tem-se o caso do sobrinho que manda o tio à floresta esperando que ele seja atingido por um raio – o que vem realmente a ocorrer – move-se dentro dos limites do socialmente adequado, de modo que sua ação, mesmo que causadora do resultado, não é típica. Ou ainda as privações de liberdade a que todos se submetem dentro de um transporte público, que só pára em determinados pontos, não podem ser consideradas seqüestro.

A fundamentação que dá Welzel à sua teoria da adequação social guarda bastante proximidade, sem ser uma identidade, com o que se costuma dar à idéia de risco permitido, que se verá mais adiante. A crítica à teoria da adequação social repousa na sua imprecisão, isto devido à compreensão que ela tem das ações que se consideram socialmente adequadas, porém, que são causais para a destruição do bem jurídico, pois aceita que se realizam a verdadeira vocação deste bem que é o de realizar sua função social, não poderão ser consideradas típicas.

¹¹⁶ ROXIN, Claus. *Funcionalismo e Imputação Objetiva no Direito Penal*. Trad. Luís Greco, 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, pgs. 31-34

Contribui, porém, o autor como precursor da imputação objetiva ao, como já dito anteriormente, trazer sua fundamentação para próximo da dada ao risco permitido. Ainda, a adequação social foi construída para solucionar problemas que, em parte, hoje são resolvidos no âmbito da imputação. A rejeição que sofreu tem seu mais forte motivo no fato de que a imputação objetiva se mostra mais apta a resolver estes problemas do que a imprecisa idéia de adequação social. Por fim, a adequação social, como o risco juridicamente irrelevante ou o risco permitido, representa um ponto de vista objetivo a limitar o alcance dos tipos.

A teoria social da ação, que segundo os defensores atuais define ação como o comportamento humano socialmente relevante ou ainda como comportamento socialmente relevante, dominado ou dominável pela vontade humana, na sua concepção original conceitua a ação como comportamento dotado de sentido social. A conexão com teoria da imputação objetiva é clara, pois o conceito de ação da teoria social tem em seu interior o juízo de adequação que, como já se viu, é precursor e parte integrante da moderna teoria da imputação objetiva, conforme ensina Roxin¹¹⁷.

A teoria finalista da ação é paradoxalmente inimiga da imputação objetiva, como diz Roxin¹¹⁸, visto que os fundamentos básicos da cada teoria são opostos, pois onde aquela põe ênfase no subjetivo, esta no objetivo. Contudo há algumas contribuições que merecem ser consideradas: a primeira delas foi entender o ilícito como contrariedade a uma norma de determinação; a segunda foi sublinhar a presença de um desvalor da ação como a peça chave de todos os ilícitos; a terceira foi a conseqüente valorização da perspectiva *ex ante* no juízo de ilicitude.

O Direito tem que dizer ao destinatário quando sua ação é proibida no exato instante em que ele começará a realizar a conduta, isto é, adotando uma perspectiva *ex ante*. Basta por ora ressaltar que as idéias do injusto como contrariedade a uma norma de determinação, a um imperativo, e o correlato reconhecimento de um desvalor da ação bem como da perspectiva *ex ante*, são geralmente aceitas, porém não se esquecem a norma de valoração, o desvalor do resultado, a importância da complementação da perspectiva *ex ante* com a perspectiva *ex post*. Não se absolutiza o ponto de vista subjetivo, a finalidade, mas se reconhece a necessidade

¹¹⁷ ROXIN, Claus. *Funcionalismo e Imputação Objetiva no Direito Penal*. Trad. Luís Greco, 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, pg 35

¹¹⁸ ROXIN, Claus. Ob. cit. Pg 37 e ss

de ser a ação dotada de certa perigosidade, de um perigo objetivo, para que se legitime a sua proibição.

Ainda, como precursora da imputação objetiva, a teoria do crime culposos, a culpa pressupondo a violação do cuidado objetivo. A ação culposa é aquela realizada sem o cuidado devido, sem aquelas precauções que o homem prudente e consciencioso toma a cada passo de seu dia. Fundamental dizer que, a culpa não se esgota na violação do cuidado devido, é preciso a causação do resultado lesivo e um nexo entre a ação descuidadosa e a lesão. Na verdade, como diz Roxin¹¹⁹, os conceitos básicos da imputação objetiva nada mais são do que a teoria do crime culposos, porém com diverso nome e alcance.

O diverso nome, segundo o autor, é aquilo que anteriormente se chamava de violação do cuidado objetivo que no seio da imputação objetiva ganha o nome de criação de um risco juridicamente desaprovado. O nexo de anti juridicidade passa a chamar-se realização do risco. Mas, substancialmente, trata-se da mesma problemática, com idênticos fundamentos e idêntica solução.

No caso do diverso alcance, ainda pelo autor, enquanto a teoria do crime culposos tem seu âmbito de aplicação restrita ao delito culposos, a imputação objetiva quer ser aplicada a todos os tipos, os culposos e os dolosos. Desta forma, o maior progresso da imputação objetiva foi levar os critérios do crime culposos para o bojo do doloso, mostrando que inexistente dolo sem culpa, que o dolo pressupõe culpa.

Ainda na questão histórica da imputação objetiva, interessante abordar o princípio da evitabilidade de Karhs, trazida por Roxin¹²⁰, pois a comunidade jurídica procura, através das normas jurídicas, estimular, resultados socialmente benéficos e evitar, os socialmente lesivos. Daí que o princípio da evitabilidade dispõe que: um resultado só será imputado ao autor, se este não o evitar, apesar de o Direito o exigir. Tal princípio será válido tanto para os delitos de resultado, tanto dolosos, quanto culposos, tanto omissivos, quanto comissivos.

¹¹⁹ ROXIN, Claus. *Funcionalismo e Imputação Objetiva no Direito Penal*. Trad. Luís Greco, 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, pg. 44

¹²⁰ ROXIN, Claus. *ob.cit.* pg. 53.

3.2 A TEORIA DA IMPUTAÇÃO OBJETIVA

A Imputação Objetiva questiona, no século XX, o princípio natural de que todo conseqüente deveria possuir um antecedente preciso e determinado. A teoria da relatividade coloca em xeque esta regra, pondo em debate o tema da probabilidade, segundo a qual há sempre margem de indeterminação nas relações. Segundo Jesus¹²¹, foi neste contexto que surgiu a teoria da imputação objetiva como verdadeira alternativa à causalidade. Pretende substituir o dogma causal material por uma relação jurídica normativa entre a conduta e o resultado, com a missão de resolver, sob o ponto de vista normativo, a atribuição de um resultado penalmente relevante a uma conduta.

Ainda, segundo o mesmo autor, não é uma teoria acabada, continuando a ser alterada e discutida, não havendo ainda acordo na doutrina. A dogmática penal atual reconhece a necessidade de a teoria da relação causal ser restringida, sendo a imputação objetiva uma direção, necessitando apenas de convergência quanto a trilha a ser seguida. É amplamente dominante na doutrina, em especial na Alemanha e Espanha, porém quase desconhecida no Brasil, ao final do milênio passado.

Para Jesus¹²² imputação objetiva significa atribuir a alguém a realização de uma conduta criadora de um relevante risco juridicamente proibido e a produção de um resultado jurídico. Trata-se de um dos mais antigos problemas do Direito Penal, qual seja, a determinação de quando a lesão de um interesse jurídico pode ser considerada obra de uma pessoa.

Segue o autor afirmando que por ser o Direito Penal teleológico, tendo em vista que está construído em relação a fins, a teoria da imputação objetiva pretende dar-lhes fundamentos, ligando a finalidade do agente ao resultado, segundo a descrição típica. É uma teoria autônoma, que não se encontra no campo dos fatos, mas de valores que o Direito Penal pretende proteger. O âmago da questão reside em estabelecer o critério de imputação do resultado em face de uma conduta no campo normativo, valorativo.

¹²¹ JESUS, Damásio E. de. *Imputação Objetiva*. 3ª ed. Rev. e atual. São Paulo: Editora Saraiva, 2007. P. 23.

¹²² JESUS, Damásio E. de. Ob. Cit. pg. 34.

Ainda segundo Jesus¹²³, de acordo com a teoria da imputação objetiva, o comportamento e o resultado normativo jurídico só podem ser atribuídos ao sujeito quando, em primeiro lugar, a conduta criou ao bem jurídico um risco juridicamente desaprovado e relevante, em segundo lugar, o perigo realizou-se no resultado. O evento é considerado no sentido normativo ou jurídico e ainda, em terceiro lugar, o alcance do tipo incriminador abrange o gênero de resultado produzido. A imputação objetiva pressupõe a realização de um perigo criado pelo autor e não coberto por um risco permitido dentro da abrangência do tipo.

A doutrina, no que concerne ao âmbito de aplicação da imputação objetiva, é favorável a aplicação a todos os tipos de crimes, sejam materiais ou não. Da mesma forma a doutrina emprega o instituto da imputação objetiva para resolver temas referentes tanto à conduta causadora do risco proibido, como a atribuição de um resultado a quem realizou uma ação, ou seja, transformação do risco em resultado jurídico. A teoria da imputação objetiva tem sido mais aplicada aos delitos de ação e resultado, até o momento, mas devem no futuro estender-se a todos os tipos de infrações penais. Assim, a imputação objetiva constitui elemento normativo do tipo, seja o crime doloso ou culposos e se distingue dos outros elementos normativos do tipo, que são expressos. Ela se encontra implícita nas figuras típicas, assim como o dolo, que configura elemento subjetivo implícito do tipo, como ensina Damásio de Jesus¹²⁴. E segue, cuida-se de uma exigência típica, de maneira que, ausente a imputação objetiva da conduta ou do resultado, a consequência é a atipicidade do fato.

Introduz-se na figura típica um filtro objetivo, o que nos delitos materiais faz com que se exija, como condição complementar, que o autor tenha realizado uma conduta criadora de um risco juridicamente proibido a um objeto jurídico. Assim, produzido um resultado que corresponda à sua realização, distinto da doutrina tradicional que aceita, para compor o fato típico, a conduta dolosa ou culposa, o resultado, o nexos causal e a tipicidade.

Já Roxin¹²⁵ no contexto metodológico do surgimento da teoria da imputação objetiva, onde pretende apresentar a sua necessidade e legitimidade, faz análise

¹²³ JESUS, Damásio E. de. *Imputação Objetiva*. 3ª ed. Rev. e atual. São Paulo: Editora Saraiva, 2007. Pgs 34-35

¹²⁴ JESUS, Damásio E. de. Ob. cit. Pg 38

¹²⁵ ROXIN, Claus. *Funcionalismo e Imputação Objetiva no Direito Penal*. Trad. Luís Greco, 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, pg 75.

através de fundamentos teóricos. Para garantir a sobrevivência desta construção dogmática, apresenta resultados práticos positivos, pois que sem eles não teria sentido a teoria e não passaria de puro discurso.

Ele inicia a fundamentação teórica da imputação objetiva, esta baseada no princípio do risco, dizendo que dentro de uma perspectiva funcional, político-criminalmente orientada, os conceitos jurídicos devem ser construídos de maneira a satisfazer determinadas funções. Neste sentido entende que o Direito Penal tem a missão constitucional de proteger subsidiariamente os bens jurídicos fundamentais para a vida em sociedade. O tipo, a estrutura conceitual que determina o que é, em princípio, proibido, não pode isolar-se dessa missão do Direito Penal que é sua função eminentemente preventivo-geral.

Assim, ainda segundo Roxin¹²⁶, se o Direito Penal proíbe condutas para proteger bens jurídicos, é óbvio que só fará sentido proibir condutas que, de alguma forma, os ameacem, ou noutras palavras, condutas perigosas, até porque as normas penais não proíbem ações que sequer gerem riscos juridicamente relevantes. A idéia do risco, centro de toda a moderna teoria da imputação objetiva, fundamenta-se no fato de que o Direito Penal, para proteger bens jurídicos e cumprir sua função preventiva, só pode proibir ações *ex ante* perigosas.

Mas nem todas as condutas perigosas são proibidas pelas normas penais. O dia-a-dia é repleto de ações que geram riscos altamente significativos, ou, na terminologia da imputação objetiva, juridicamente relevantes. Proibir terminantemente a prática de toda ação perigosa congelaria a vida social, restringindo a liberdade dos cidadãos de modo absolutamente desproporcional ao efetivo ganho em proteção de bens jurídicos, como ensina Roxin¹²⁷. E diz mais, que o Direito Penal objetiva, isso sim, a proteção de bens jurídicos, mas não a proteção a qualquer custo. Só é político-criminalmente defensável proibir ações que, além de arriscadas, ultrapassem o risco permitido. Este conceito define até que ponto, e sob que condições, o ordenamento jurídico está disposto a aceitar que se pratiquem ações perigosas.

Nesta questão da ponderação do risco, há que se ter em mente a distinção entre liberdade geral dos cidadãos, para não travar a vida social, e os bens jurídicos

¹²⁶ ROXIN, Claus. *Funcionalismo e Imputação Objetiva no Direito Penal*. Trad. Luís Greco, 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002 Pgs. 80 - 81

¹²⁷ ROXIN, Claus. Ob. cit. pg 82

que se deseja proteger. Assim a preocupação, em especial, se volta ao valor do bem jurídico protegido, o grau de perigo criado pela ação que o ameaça, a existência de alternativas menos arriscadas, entre outras.

Satisfaz-se assim o primeiro requisito da imputação objetiva, qual seja, a criação de um risco juridicamente desaprovado. Para que este resultado possa ser imputado a alguém, é preciso que ele (o risco) surja como a realização do risco criado pelo autor, sempre em consideração da função preventivo-geral do Direito Penal. Não seria funcional atribuir ao autor responsabilidade por riscos não criados pelo mesmo.

Ainda a realização do risco depende, como ensina Roxin¹²⁸, de requisitos decorrentes da mesma idéia preventivo-geral: em primeiro lugar, a previsibilidade do resultado, e do curso causal que a ele levou. Afinal, não faz sentido querer evitar, mediante ameaça penal, aquilo que ninguém pode prever. Só resultados e cursos causais previsíveis podem ser imputados ao autor. Em segundo lugar, o resultado deve pertencer àquele círculo que a norma de determinação pretendia evitar: resultados alheios ao fim de proteção da norma não são imputáveis. Por exemplo, a norma proíbe ultrapassagens perigosas e tem por finalidade evitar colisões, porém, se o motorista ultrapassado sofre, em virtude do susto, um ataque cardíaco, tal resultado encontra-se fora do fim de proteção da norma. Por fim, se o Direito Penal quer proteger bens jurídicos através de proibições de condutas criadoras de riscos juridicamente desaprovados, não faz sentido punir alguém nos casos em que, apesar da causação do resultado, este se mostra inevitável, uma vez que teria ocorrido mesmo com a observância dos limites do risco permitido.

Em resumo segue afirmando o autor, a imputação objetiva encontra seu fundamento na idéia de que o tipo tem de ser reconstruído a fim de cumprir uma função preventiva, de proteção de bens jurídicos. Esta funcionalização do tipo faz com que só mereçam ser proibidas ações *ex ante* perigosas, que ultrapassem o risco permitido. Igualmente, a função preventiva só será plenamente satisfeita se o risco *ex post* realizado no resultado seja aquele que o autor criou, e não outro.

¹²⁸ ROXIN, Claus. *Funcionalismo e Imputação Objetiva no Direito Penal*. Trad. Luís Greco, 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, Pg 86

Os fundamentos da teoria da imputação objetiva são mais do que sólidos na opinião de Roxin¹²⁹, uma vez que se alicerçam nas funções do tipo, as quais remetem à função do Direito Penal, que, por sua vez, é diretamente fundada na Constituição Federal e na idéia do Estado Social e Democrático de Direito. Contudo, a prova de fogo de qualquer teoria jurídica é sempre a questão da sua utilidade prática. A análise dos julgados de nossa jurisprudência comprova que precisamos de uma teoria da imputação objetiva.

Para o enriquecimento do debate traz-se à luz a visão de imputação objetiva elaborada por Jakobs, abordada por Luís Grecco na obra de Roxin¹³⁰. Para Jakobs, só será objetivamente típica a ação que, de um ponto de vista objetivo, isto é, com independência do que pense ou deseje o autor, viole um papel: esse papel traduz-se, dogmaticamente, através da figura da posição de garantidor, adotada pela dogmática tradicionalmente somente para delimitar o âmbito do delito omissivo impróprio. Ao autor somente serão imputados aqueles riscos cuja evitação cumpra a ele garantir, aqueles riscos em face dos quais ele desempenhe uma posição de garantidor – pouco importando se o autor provoca o resultado por ação ou omissão. Em sua opinião, uma causação do resultado sem posição de garantidor será, no máximo, uma omissão de socorro.

Vela ressaltar que, como toda novidade, a teoria da imputação objetiva enfrenta algumas travas na sua expansão e plena implementação. Com o avanço das discussões percebe-se não uma resistência mais branda, mas sim um envolvimento maior na discussão e a conseqüente derrubada das barreiras pela compreensão de soluções que oferece tal teoria. No plano do tipo objetivo do delito culposos, por exemplo, começa a ganhar campo o posicionamento de que os critérios da culpa nada mais são do que os da imputação objetiva, não havendo mais necessidade de uma teoria do tipo culposos. Ao contrário do caso do tipo objetivo do delito omissivo que mantém em predominância a sua feição pré imputação objetiva. Outro ponto de convergência é a substituição da *conditio sine qua non* pela teoria do aumento do risco, ou de desenvolver a figura da ingerência (comportamento anterior arriscado) com base nos critérios da imputação objetiva, como diz Roxin¹³¹.

¹²⁹ ROXIN, Claus. *Funcionalismo e Imputação Objetiva no Direito Penal*. Trad. Luís Greco, 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, pg 89

¹³⁰ ROXIN, Claus. *ob. cit* pg 125 e ss

¹³¹ ROXIN, Claus. *ob. cit*. pg 158

Ainda, segundo o autor¹³², um problema bastante óbvio que a teoria da imputação representa em especial para nós no Brasil, é o uso de conceitos pouco determinados e fortemente com cuidado especial para dois deles: o risco juridicamente desaprovado/permitido e o fim da proteção da norma. Não são, para o autor, tais critérios, fórmulas mágicas, para legitimar qualquer decisão e contornar o dever de fundamentá-lo de modo racional. Um risco não é juridicamente aprovado ou desaprovado, ele é aprovado ou desaprovado em relação a certo bem jurídico. Também o fim de proteção da norma não se esgota em si, mas sim na necessidade em se apontar a que norma se está fazendo referência, que espécies de bens jurídicos ela tem por objetivo proteger, que cursos causais ela quer impedir. Sempre que possível, deve-se procurar um grupo de casos mais concreto, menos indeterminado, que seja capaz de resolver o problema com segurança.

De toda maneira há uma necessidade de analisar a questão sob um novo prisma ou paradigma, haja vista que os interesses de proteção atual são extremamente distintos dos do início do século passado. Silva Sanchez¹³³ diz que o Direito Penal é um instrumento qualificado de proteção de bens jurídicos especialmente importantes e por isso parece obrigatório levar em conta a possibilidade de que sua expansão obedeça já à aparição de novos bens jurídicos. E segue o autor afirmando que a sociedade atual aparece caracterizada por um âmbito econômico rapidamente variante e pelo aparecimento de avanços tecnológicos sem paralelo em toda a história da humanidade. Isto tem trazido consequências negativas, sendo dentre elas uma de suma importância, qual seja, a configuração do risco de procedência humana como fenômeno social estrutural.

Um exemplo prático, na questão da expansão do Direito Penal, via teoria da imputação objetiva, é trazida por Roxin¹³⁴ para o caso do artigo 13, *caput*, do Código Penal Brasileiro¹³⁵ que, segundo a doutrina amplamente majoritária o compreende

¹³² ROXIN, Claus. *Funcionalismo e Imputação Objetiva no Direito Penal*. Trad. Luís Greco, 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002pg 165

¹³³ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. Trad. Luiz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2002. pgs 27-29

¹³⁴ ROXIN, Claus. *ob. cit.* pgs 170 - 171

¹³⁵ Brasil CP art 13º, *caput*. "O resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa. Considera-se causa ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido."

como a consagração legislativa da fórmula da *conditio sine qua non*¹³⁶. O efeito deste dispositivo sobre a teoria da imputação, a rigor, é nenhum, pois trata unicamente da relação de causalidade o que implica na adoção da teoria da equivalência dos antecedentes. O artigo não determina que a realização do tipo objetivo se limitará à causalidade e a utilização da palavra imputação tampouco significa impedimento. Por isso o artigo 13 deixa abertas as possibilidades para que se venha a complementá-lo através de uma teoria da imputação objetiva.

Ainda no caso prático do artigo 13, parece que em seu parágrafo 1º¹³⁷ sugerir este viés consagrando uma exceção à teoria da equivalência, a uma restrição à doutrina da *conditio sine qua non*, um limite à amplitude do conceito de causa, segundo o autor. É o próprio legislador quem decide limitar o alcance da teoria da equivalência através de considerações valorativas, com o que admite a necessidade de uma segunda ordem de raciocínio, distinta da causalidade, para que se possa considerar um indivíduo responsável por um resultado.

3.3 O PRINCÍPIO DO RISCO

Como base de sustentação da teoria da imputação objetiva, a questão do risco merece uma análise em seus desdobramentos como fundamento do Direito Penal. Sobretudo como fator de suma importância no desenvolvimento tecnológico do ambiente de trabalho e de forma mais latente pela forte presença nos acidentes do trabalho. Não esquecendo a questão mais ampla da sociedade tecnológica, crescentemente competitiva que desloca para a marginalidade não poucos indivíduos, que imediatamente são percebidos pelos demais com fonte de riscos pessoais e patrimoniais, como traz Silva Sanchez¹³⁸. Igualmente o progresso técnico dá lugar a adoção de novas técnicas como instrumento que lhe permite produzir resultados especialmente lesivos: assim mesmo, surgem modalidades delitivas

¹³⁶ Também denominada equivalência dos antecedentes, onde todos os elementos antecedentes tem a mesmo valor.

¹³⁷ BRASIL CP art 13º § 1º: “a superveniência de causa relativamente independente exclui a imputação quando, por si só, produziu o resultado; os fatos anteriores, entretanto, imputam-se a quem os praticou”.

¹³⁸ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. Trad. Luiz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2002. Pg 29

dolosas de novo cunho que se projetam sobre os espaços abertos pela tecnologia, e se pode acrescentar dentre outros os acidentes do trabalho.

É então necessária, para uma melhor evolução do tema do risco, uma análise em princípio teórica do conceito e de como este ingressou no cotidiano das relações no âmbito social. No intuito de estabelecer um corte histórico o raciocínio de Beck¹³⁹ traz a interessante idéia da compreensão de risco em um contexto de época dos descobrimentos da navegação com a conotação de coragem e aventura e estritamente vinculado a riscos de cunho pessoal. Diferentemente da modernidade avançada, onde a produção social de riqueza vem sistematicamente acompanhada pela produção social de riscos. Para o autor, surge o problema da produção e de como repartir os riscos produzidos de maneira técnico-científica em substituição aos problemas e conflitos no repartir da sociedade da carência.

É de profunda importância a percepção de amplitude dos riscos produzidos, pois estes estão entranhados em todos os aspectos da vida no planeta. A desmesurada exploração da natureza e o violento desenvolvimento tecnológico estão a frente de todo o cipoal de dificuldades que está na esteira desta auto ameaça civilizatória. Os riscos ultrapassaram a esfera da percepção mediante os sentidos e se instalaram na esfera das fórmulas químico-físicas e, de uma forma globalizante, com sua origem na sobre produção industrial. A ameaça se tornou global em todos os níveis da vida terrestre (humana, animal e vegetal) por suas causas modernas, por isso riscos da modernização, basicamente pelo desenvolvimento industrial.

Desta forma a discussão da imputação objetiva, voltada aos perigos das forças produtivas muito desenvolvidas, parece pobre e quase sem sentido. Porém, assim mesmo, sendo só uma faceta dos riscos criados e ampliados pela tecnologia no ambiente laboral, nada ou quase nada se fez sobre este tema. Mortes e mutilações seguem ocorrendo na exposição a estes riscos. Ou ainda, como nos diz Beck¹⁴⁰, a divisão do trabalho muito diferenciada lhe corresponde uma cumplicidade geral e a esta uma irresponsabilidade geral. Cada qual é causa e efeito e, portanto, não é causa, porque as causas se diluem em uma mutabilidade geral dos atores e das condições, como das reações e das contra reações. Perde-se a linha específica

¹³⁹ BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo: hacia una nueva modernidad*. Barcelona, Ediciones Paidós Ibérica SA, 1998. Pg. 27

¹⁴⁰ BECK, Ulrich. *Ob. cit.* Pg. 39

da conduta e se pode fazer algo e seguir fazendo sem ter a responsabilização pessoal do feito, pois se atua fisicamente, porém não moral e politicamente.

Já na opinião de Luhmann¹⁴¹, o conceito de risco, além de aparecer nas diversas especialidades científicas e inclusive nas mais variadas ciências, agrega nos dias de hoje uma justificação da ganância empresarial por meio da função de absorção das margens de insegurança. Sem dúvida num contexto econômico moderno se logra uma vinculação das teorias macro e micro econômicas, porém se forma este dogma entre o risco e a insegurança, ou insegurança como refere o autor.

Importante ressaltar a opinião do autor¹⁴² quando afirma que há uma estrutura e tendências ao desvio estrutural na análise racional dos erros cometidos. E diz não ser uma prerrogativa da pessoa física a incapacidade ou o descaso na questão dos riscos, senão também que os riscos não são quantitativamente calculados onde a racionalidade é parte integrante das obrigações e de onde se espera especial prudência e responsabilidade no manejo dos riscos, qual seja, na administração das organizações.

De outra parte é possível também que se tenha que considerar que o umbral de risco, nas palavras de Luhmann¹⁴³, pode fixar-se de maneiras muito diversas, conforme seja o caso de como o indivíduo participa no risco, se como portador ou detentor das decisões ou como afetado pelas decisões que ofereçam risco. Todavia tudo isso tem lugar e relevância na condição de que a negação de um risco, qualquer que seja seu nível de importância, constitui também, por sua vez, um risco.

Parece de fácil definição a questão da abordagem dos riscos pelo seu grau de importância ou pela gravidade da presença do mesmo nas atividades cotidianas. À tal tarefa cabe tal grau e distinção de risco, se realizada a tarefa e ocorrer o resultado do risco previsto cabe responsabilidade, porém, antes de cometer tal leviandade necessita-se fazer um corte que divide dois lados e perguntar qual a forma que orienta o observador quando afirma qual dos aspectos é um risco. O grau de responsabilidade do agente está ligado à definição do nível dos riscos e da

¹⁴¹ LUHMANN, Niklas. *Sociologia del Riesgo*. México, Universidad Iberoamericana / Universidad de Guadalajara, 1992. Pg 43

¹⁴² LUHMANN, Niklas. Ob. cit. pg. 44

¹⁴³ LUHMANN, Niklas. Ob. cit. Pgs 45 e 61

aceitação destes pela sociedade, até porque não existe nenhuma conduta livre de risco, como também não existe a absoluta segurança.

Ainda analisa Luhmann¹⁴⁴ a questão da prevenção, quase antecipando a idéia do risco permitido, que se verá mais adiante. Afirma ele que por prevenção deve entender-se em geral o preparo feito para evitar danos futuros, buscando diminuí-los na probabilidade de que surjam e que as dimensões do dano se reduzam. Estas estratégias preventivas são simultâneas ao risco possível e tem sua causa na consideração das inseguranças que se apresentam no cotidiano.

A questão sociológica da abordagem dos riscos, que como já se viu acima é um fator de comunicação, tem um capítulo especial quando se trata do tema no interior das organizações. Elas, as organizações, só reconhecem como próprias as comunicações dos seus membros e isto ocorre exclusivamente quando se comunicam entre si os membros de decisão, como ensina Luhmann¹⁴⁵. Sobretudo as organizações podem servir-se disto para condicionar o comportamento dos seus membros, diferentemente do que ocorre com o comportamento dos seus não membros. Seriam decisões relativas a aceitação das premissas das decisões, incluindo as condições necessárias para uma modificação legítima ou a mudança da especificação das premissas de decisões mesmo. Portanto, uma decisão requer como condição necessária, para converter-se propriamente em decisão, de outras decisões. E quando não as podemos descobrir como tal, isto é, como decisões, se simulam. Com isso, as omissões resultam também em decisões. Por exemplo, as medidas preventivas não foram tomadas de forma adequada em atividade de risco causando acidente, isso envolve todas as características apontadas de comunicação, definição de decisões e omissão.

E seguindo com Luhmann¹⁴⁶, esta superposição de tomada de decisões e dos riscos, nos oferece uma explicação de alguns fatores essenciais do comportamento comunicativo das organizações: neste ponto de vista, se fala com frequência das burocracias, e bem a amplitude do fenômeno, exclui a diferenciação de um manejo dos riscos como tarefa especial de certas instâncias oficiais da organização.

¹⁴⁴ LUHMANN, Niklas. *Sociologia del Riesgo*. México, Universidad Iberoamericana / Universidad de Guadalajara, 1992. Pg 73

¹⁴⁵ LUHMANN, Niklas. Ob. cit. P. 240.

¹⁴⁶ LUHMANN, Niklas. Ob. cit. P. 242.

A burocracia é capaz de acompanhar com autorizações parciais a perigosa experiência com instalações de grande tecnologia. Estas devem ser construídas para que os riscos possam ser conhecidos e na medida do possível, para que possam ser eliminados. Os sinais ou indícios de segurança são, em geral, objeto de uma sobre valorização, seja na direção do praticamente seguro ou na direção do extremamente improvável. A insegurança se reduz quando se dá um trabalho coletivo de decisão, mas também na forma de apresentação de projetos por parte dos protagonistas. À solução favorecida em um princípio se agrupam argumentos que permitem fazer aparecer o risco restante como algo aceitável, pois entre as experiências mais importantes em relação aos riscos estão o aparecimento de uma mudança repentina de valoração, em oposição a nossas esperanças e nossos cálculos, quando ocorre um dano antes tido como improvável, conforme Luhmann¹⁴⁷.

O autor ainda refere que esperamos da direção das organizações decisões de maior alcance, pois a ela incumbe a última palavra, tomar a decisão última em relação aos conflitos internos. Está obrigada a fazer-se responsável pelos contatos externos de maior significância, e, em todos estes sentidos, tanto as decisões como as não decisões caem na esfera de sua competência. A investigação empírica disponível mostra a existência de uma expectativa em relação a aceitação do risco como parte constitutiva das funções dos gerentes de alto nível. Esta idéia não pode modificar em nada a circunstância de que a direção do sistema é ativa, que tanto o planejamento como as decisões relativas ao curso que se há de seguir só tem lugar no sistema. Fora de toda a discussão fica o entramado comunicacional do diálogo de chefes e subalternos, igual que os problemas amplamente debatidos relativos ao estilo da direção.

Ainda em relação aos riscos, interessante trazer à luz o autor Roxin¹⁴⁸, quando formula seu princípio do risco e apresenta quatro concretizações do referido princípio. Seu princípio: a possibilidade objetiva de originar um processo causal danoso depende de a conduta do agente concreto criar, ou não, um risco juridicamente relevante de lesão típica de um bem jurídico. As concretizações ele inicia falando da diminuição do risco: ações que diminuem riscos não podem ser

¹⁴⁷ LUHMANN, Niklas. *Sociologia del Riesgo*. México, Universidad Iberoamericana / Universidad de Guadalajara, 1992. Pgs. 244 ; 246 ; 261 .

¹⁴⁸ ROXIN, Claus. *Funcionalismo e Imputação Objetiva no Direito Penal*. Trad. Luís Greco, 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, pg 58

imputadas como ações típicas. A seguir, os casos juridicamente irrelevantes: ações que não criam uma possibilidade objetiva de lesão, isto é, ações que não são condições adequadas do resultado, não são objetivamente imputáveis. O terceiro critério é o aumento do risco: tem em vista a resolução dos casos em que o autor foi além do risco permitido, causou o resultado, mas não se sabe se a ação correta o teria evitado, o autor deseja imputar o resultado, se a ação superadora do risco permitido o tiver aumentado de modo relevante. E por último, o fim de proteção da norma: aqueles resultados que não se encontrem no âmbito de proteção da norma de cuidado não são imputáveis a quem lhes causou.

3.4 A TEORIA DO RISCO

A teoria do risco, para fixar a responsabilidade, tem raízes profundas nos mais elevados princípios de justiça e de equidade, como afirma Lima¹⁴⁹. Ante a complexidade da vida moderna, que trouxe a multiplicidade dos acidentes que se tornaram anônimos, a vítima passou a sentir uma insegurança absoluta ante a impossibilidade de provar a culpa. Foi, pois, em nome dessa insegurança da vítima, desta maioria dos indivíduos expostos aos perigos tantas vezes a serviço da cobiça humana; foi em nome das injustiças irreparáveis sofridas pelas vítimas esmagadas ante a impossibilidade de provar a culpa; foi em nome do princípio da igualdade que a teoria do risco colocou a vítima inocente em igualdade de condições em que se acham as empresas poderosas.

A teoria do risco é, portanto, o alicerce da imputação objetiva e define claramente os seus pressupostos: para Roxin¹⁵⁰, a criação do risco juridicamente desaprovado e a realização do risco criado pelo autor. Para Jesus¹⁵¹, com uma boa dose de similaridade com o autor anterior, só se pode imputar pela teoria do risco quando o sujeito criou risco juridicamente reprovável e relevante. Ainda para este autor nacional, é necessário que a conduta crie um risco ao interesse jurídico, pois

¹⁴⁹ LIMA, Alvino. *Culpa e Risco*. 2ª ed. revista e atualiz. Prof. Ovídio Rocha Barros Sandoval. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999. Pg. 195

¹⁵⁰ ROXIN, Claus. *Funcionalismo e Imputação Objetiva no Direito Penal*. Trad. Luís Greco, 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, pg 84

¹⁵¹ JESUS, Damásio E. de. *Imputação Objetiva*. 3ª ed. Rev. e atual. São Paulo: Editora Saraiva, 2007. Pg 75 - 76

inexistindo o risco, não se fala em imputação objetiva. Para que o comportamento seja típico, de acordo com a teoria da imputação objetiva, é preciso que o risco seja alcançado pela representação do sujeito. Significa que, embora seja objetiva a imputação, esta não prescinde do elemento subjetivo, quer dizer, de conhecimento do sujeito a respeito das circunstâncias criadoras do risco e do perigo em si mesmo.

3.3.1 A Teoria do Risco Permitido

Com a difusão dos conceitos de risco, notadamente a partir da obra de Beck¹⁵² acerca da sociedade do risco, complementada a idéia por Silva Sanchez¹⁵³, que a sociedade pós industrial é, além da sociedade de risco tecnológico, uma sociedade com outras características individualizadoras que contribuem à sua caracterização como uma sociedade de objetiva insegurança. E segue o autor dizendo que a crescente interdependência dos indivíduos na vida social dá lugar, por outro lado, a que, cada vez em maior medida, a indenidade dos bens jurídicos de um sujeito dependa da realização de condutas positivas (de controle de riscos) por parte de terceiros.

Observa-se que vivemos numa sociedade em que o perigo é nosso companheiro diário. A não ser assim se fossemos proibir certas atividades para evitar os riscos, a humanidade ficaria estagnada. As empresas sejam públicas ou privadas, que vemos numa sociedade industrializada exigindo delas que se modernizem frequentemente com avanços que amiúde suportam riscos de dano a terceiros, como afirma Jesus¹⁵⁴. E segue o autor que diante da necessidade de não impor proibição absoluta à prática de atividades arriscadas, porém benéficas à sociedade, o Estado determina os limites de sua utilização por meio de normas jurídicas, regras técnicas, a *lex artis* e o dever de informar-se.

Quando o ordenamento jurídico permite e regula a construção de uma ponte ou a fabricação de um automóvel, um avião, um navio, uma arma de fogo, etc., o

¹⁵² BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo: hacia una nueva modernidad*. Barcelona, Ediciones Paidós Ibérica SA, 1998.

¹⁵³ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós- industriais*. Trad. Luiz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2002. Pgs 30 - 31

¹⁵⁴ JESUS, Damásio E. de. *Imputação Objetiva*. 3ª ed. Rev. e atual. São Paulo: Editora Saraiva, 2007. Pg 42

legislador tem consciência de que a utilização desses bens, ainda que de forma normal, carrega riscos a interesses que ele mesmo pretende proteger. Assim, a condução de veículo motorizado, mesmo que de acordo com as regras regulamentares, traz riscos ao condutor e a todos que se utilizam desse meio de transporte. A não ser assim seria quase impossível a convivência social com o uso das modernas fontes de energia, da extração de minerais, da produção industrial e agrícola, do transporte automobilístico, etc. E há outras condutas humanas realizadas numa multiplicidade de setores, como corrida de automóveis, touradas, domadores de animais, submeter-se a uma cirurgia, a uma anestesia, viajar de avião, de automóvel, de navio ou de trem, praticar esportes violentos, caçar, pescar, etc. Trata-se de um risco permitido pela ordem jurídica, como nos traz Jesus.¹⁵⁵

Então pode-se dizer que o sujeito mesmo realizando uma conduta sob a tutela do risco permitido, pode dar causa a um resultado danoso e que seja integrante da descrição de um crime, como por exemplo, a direção normal de um veículo que se envolve em acidentes com vítima pessoal. Porém se considerará atípico tal comportamento por se tratar de risco permitido, assim também o é a conduta. Quer dizer, a realização de conduta que carrega o risco permitido, ainda que venha a produzir um resultado danoso, em regra, não pode ser creditada como típica ao seu autor ou eventual idealizador, determinador ou causador objetivo. Pois lhe falta a proibição jurídica do risco, ainda que o autor tenha plena consciência do risco.

Ainda conforme Jesus¹⁵⁶, o risco permitido decorre do progresso da sociedade, especialmente no que tange às invenções e descobertas de novas técnicas e aparelhos num sem número de setores, como por exemplo, a aviação que há cem anos era considerada uma atividade perigosa e proibida. Ainda, segundo o autor, o risco permitido possui conceito ontológico e axiológico. É ontológico porque sua presença em determinada situação deve ser considerada em face dos dados do ser, não possuindo nenhum conteúdo normativo. E é axiológico, uma vez que o limite entre o que se admite e o que se proíbe, deriva das normas de diligência estabelecidas pela ordem social.

¹⁵⁵ JESUS, Damásio E. de. *Imputação Objetiva*. 3ª ed. Rev. e atual. São Paulo: Editora Saraiva, 2007.

Pg 39

¹⁵⁶ JESUS, Damásio E. de. Ob. cit. Pg 40

Também neste sentido, do risco permitido, Roxin¹⁵⁷ diz que, ainda que o autor tenha criado um risco juridicamente relevante, estará excluída a imputação se este risco se puder dizer permitido.

Enfim, o risco permitido é toda aquela ação tolerada pelas regras do ordenamento social e que se executada pelo sujeito conforme as normas tende a desenvolver os riscos naturalmente inerentes a esta ação, suportáveis pelo meio social.

Neste mesmo sentido pode-se trazer à discussão, pela similaridade interpretativa, os casos das ações que provocam a diminuição do risco e a ausência da criação de perigo. Aquela se refere a toda ação que interfere no resultado no sentido da diminuição do risco, ou seja, o autor modifica um curso causal de tal maneira que diminui a situação de perigo já existente para a vítima, por exemplo, o médico que só posterga a morte do paciente. Esta se refere aos casos em que o autor, ainda que não tenha diminuído o risco de uma lesão a bem jurídico, não o aumentou em medida juridicamente relevante, ou seja, um comportamento que não ameaça um bem jurídico legalmente protegido de modo relevante só pode produzir o resultado por acaso, de maneira que este não poderá ser realizado de modo dirigido a um fim e os dois institutos são fator de exclusão de imputação, como ensina Roxin¹⁵⁸.

3.3.2 A Teoria do Risco Proibido

Da mesma forma como o risco permitido, o risco proibido projeta-se sobre todas as atividades humanas, apenas diferenciando este, por conter conduta jurídica relevante e ação que está além do permitido, além do dever de cuidado. Todas as atividades têm no seu desenvolver a presença do risco, como já se viu. O que os diferencia entre permitido e proibido são as regras de ordenamento social, a tolerância ou não da sociedade em aceitá-los com uma ou com outra classificação.

¹⁵⁷ ROXIN, Claus. *Funcionalismo e Imputação Objetiva no Direito Penal*. Trad. Luís Greco, 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, pg 323

¹⁵⁸ ROXIN, Claus. Ob. cit. pgs. 315 - 317

Neste sentido analisa por um exemplo do cotidiano Jesus¹⁵⁹, quando diz que quem dirige um automóvel, de acordo com as normas legais, oferece a si próprio e a terceiros um risco tolerado, permitido. Se, contudo, desobedecendo as regras, faz manobra irregular, realizando o que a doutrina denomina infração de dever objetivo de cuidado, como uma ultrapassagem perigosa, emprego de velocidade incompatível nas proximidades de uma escola, desrespeito a sinal vermelho de cruzamento, “racha”, direção em estado de embriaguez etc., produz um risco proibido. E segue o autor, que esse perigo desaprovado conduz, em linha de princípio, à tipicidade da conduta, seja a hipótese, em tese, de crime doloso ou culposos. Significa que não há um risco proibido para os crimes dolosos e outro para os crimes culposos. O perigo é o mesmo para todas as infrações penais. Assim, se o autor, no trânsito, realizando uma conduta produtora de um risco desaprovado, causa um acidente com morte de terceiro, há a imputação objetiva da conduta e do resultado jurídico.

Para este autor, a diferença entre o risco permitido e o risco proibido não está na gravidade do perigo e sim em que as vezes é lícito e em outras não o é. Enquanto o risco pertence ao mundo natural, a permissão e a proibição determinam-se de acordo com as regras do ordenamento social. A tolerância para a realização da conduta criadora de risco advém das estruturas sociais, que, por intermédio de diferentes critérios, como já visto, disciplinam o que é lícito e o que é desaprovado. Na aplicação desses métodos devemos ter em conta, em primeiro lugar, a consideração da natureza do bem jurídico, que deve ser encontrada na Constituição Federal.

Um tema de alta importância abordada por Roxin¹⁶⁰, neste contexto do risco, é o fator de aumento do risco, que tem em vista a resolução dos casos em que o autor foi além do risco permitido, causou o resultado, e desta forma imputar o resultado, se a ação superadora do risco permitido o tiver aumentado de modo relevante.

O sutil liame entre o comportamento pelo risco permitido com o aumento do risco, elevando desta forma para um resultado de modo juridicamente relevante, ou

¹⁵⁹ JESUS, Damásio E. de. *Imputação Objetiva*. 3ª ed. Rev. e atual. São Paulo: Editora Saraiva, 2007. Pg 40-41

¹⁶⁰ ROXIN, Claus. *Funcionalismo e Imputação Objetiva no Direito Penal*. Trad. Luís Greco, 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. Pg 58

seja, para um risco proibido levou Roxin¹⁶¹ a desenvolver uma teoria que chamou de teoria do aumento do risco. Ela tem por objeto a questão de imputar ou não um resultado nos casos em que não seja certo, mas unicamente provável ou possível, que o comportamento alternativo conforme ao Direito evitaria o resultado. O exemplo trazido pelo autor auxilia na elucidação: O motorista de um caminhão deseja ultrapassar um ciclista, mas faz a 75 cm de distância, não respeitando a distância mínima ordenada. Durante a ultrapassagem, o ciclista, que está bastante bêbado, em virtude de uma reação de curto circuito decorrente da alcoolização, move a bicicleta para a esquerda, caindo sob os pneus traseiros da carga do caminhão. Verifica-se que o resultado também teria provavelmente (variante: possivelmente) ocorrido, ainda que tivesse sido respeitada a distância mínima exigida pela Ordenação de Trânsito. No exemplo acima exposto, a opinião aqui sustentada imputará o resultado, pois se, de um lado, não há certeza de que o comportamento correto salvaria a vida do ciclista, haveria possibilidade de que o fizesse. Assim, a superação do risco permitido, pelo desrespeito à distância mínima de ultrapassagem, elevou o risco de um resultado de modo juridicamente relevante.

E segue o autor dizendo que isto decorre da seguinte consideração: se o ciclista falecesse apesar da ultrapassagem respeitar a distância necessária, o risco que se teria realizado no acontecimento seria inerente a qualquer ultrapassagem; mas o legislador, com sua autorização, retiraria dos motoristas a responsabilidade por este risco, não lhes sendo imputável o resultado. Se autor, por outro lado, ultrapassa o risco permitido, e o resultado ocorre como decorrência do perigo criado na ultrapassagem, ele será imputável, enquanto realização de um perigo proibido. Não existe qualquer razão de retirar este risco da responsabilidade do autor; pois o limite máximo do risco permitido é determinado pela distância mínima legalmente fixada. Qualquer aumento deste risco fará recair sobre o autor as consequências que possam daí advir.

Para Roxin¹⁶², assim como nos demais casos de realização do risco, o aumento do risco deve ser verificado de uma perspectiva *ex post*. Devem ser levadas em conta, portanto, todas as circunstâncias que só posteriormente venham a ser conhecidas, como a embriaguez do ciclista, a distancia exata, a velocidade do

¹⁶¹ ROXIN, Claus. *Funcionalismo e Imputação Objetiva no Direito Penal*. Trad. Luís Greco, 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002 pgs. 338 e ss

¹⁶² ROXIN, Claus. *ob. cit.* pgs 343 - 344

caminhão etc. Com base nestes dados fáticos deve-se analisar se o respeito ao risco permitido teria diminuído o perigo para o ciclista, ou seja, aumentado as suas chances de salvação. O aumento do risco deve ser avaliado segundo parâmetros normativos, isto é, deve-se verificar, com base no conhecimento *ex post*, se a norma formulada *ex ante* ainda pode ser tida como uma proibição racional, redutora do risco do resultado (neste caso, o resultado será imputado), ou se, face aos novos conhecimentos, a norma se mostra *in concreto* inidônea ou, ao menos, inócua (caso em que não haverá imputação).

3.5 A IMPUTAÇÃO OBJETIVA E OS ACIDENTES DE TRABALHO

Realizada a reflexão sobre a imputação objetiva, ainda que de forma muito resumida e com ausência de maior profundidade, até pela escassa bibliografia no âmbito nacional e estrangeiro, há que se trazer à discussão a temática dos acidentes de trabalho numa análise de seus riscos, com suas teorias, e tentar minimamente confrontá-los com uma nova realidade penal, a imputação objetiva e suas possibilidades frente a esse novo enquadramento. A imputação objetiva traria uma visão diferente para as responsabilidades pelos resultados nos acidentes de trabalho? Poderiam os órgãos das empresas serem responsabilidades criminalmente pelas lesões aos bens jurídicos sob a ótica da imputação objetiva, tendo em vista as teorias do risco e dever objetivo do cuidado, associado ao dever de informar-se inerente à melhor qualificação técnica do gestor?

Por isso o dizer de Oliveira¹⁶³ coaduna com a interrogação quando diz que o Direito não pretende nem consegue interromper a fluência dos fatos econômico-sociais, mas tem o objetivo de conferir um sentido de justiça na distribuição dos encargos, valendo relembrar o princípio norteador de que o trabalho é que deverá adaptar-se ao homem e não o inverso.

Neste sentido se encontra presente fundamentalmente o princípio da proteção com o intuito de manter relação equilibrada nas relações do trabalho e o seu mais forte representante, além da Constituição Federal, é o Direito do Trabalho.

¹⁶³ OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. *Proteção jurídica à saúde do trabalhador*. 3. ed. São Paulo, LTr, 2001.pg. 169

Ainda na advertência de Rodriguez¹⁶⁴ o legislador não pode mais manter a ficção de igualdade existente entre as partes do contrato de trabalho e inclinou-se para uma compensação dessa desigualdade econômica desfavorável ao trabalhador com uma proteção jurídica a ele favorável. O Direito do Trabalho responde fundamentalmente ao propósito de nivelar desigualdades.

Por outro lado, se há toda a gama de previsões legais nos mais diversos ramos do direito, pois além do Direito do Trabalho há o Direito Civil, ainda a legislação Previdenciária e Constitucional, enriquecidos pelas mais diversas normas regulamentadoras e as Convenções da Organização Internacional do Trabalho, resta uma análise de como está se mantendo o caos dos acidentes de trabalho na magnitude hoje presente. A monetização dos riscos do trabalho, por suposto, não atendem as exigências e, sobretudo, não estão sendo suficientes para a redução destes acidentes, pois por ora os efeitos destruidores do trabalho são compensados na forma de valoração econômica, enquanto por outro lado o trabalho precisa se organizar para ser atividade criadora.

Esta preocupação dos órgãos legais para a humanização do trabalho está fortemente presente na realidade brasileira, restando medidas de eficácia que diminuam os acidentes de trabalho para tirar do país o título de ser um dos campeões mundiais neste quesito. A Constituição da República de 1988, como nos traz Oliveira¹⁶⁵, foi o marco principal da introdução da etapa da saúde do trabalhador no ordenamento jurídico nacional. A saúde foi considerada como direito social, ficando garantida aos trabalhadores a redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança. Ficou estabelecido também que a saúde é direito de todos e dever do Estado, em sintonia com declarações internacionais, como se verá adiante.

De outra parte merece destaque o artigo 13 da Convenção 148 da Organização Internacional do Trabalho, ratificado pelo Brasil através do Decreto 93.413/86, quando confere ao empregado o direito de interromper uma situação de trabalho por considerar, por motivos razoáveis, que ela envolve um perigo iminente e grave para sua vida ou a sua saúde, não podendo por esta medida sofrer qualquer

¹⁶⁴ PLÀ RODRIGUEZ, Américo. Princípios do Direito do Trabalho. Trad. Wagner D. Giglio. São Paulo: Ltr Editora, 1978. pg 29

¹⁶⁵ OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. *Proteção jurídica à saúde do trabalhador*. 3. ed. São Paulo, LTr, 2001.pg. 76

punição por parte do empregador. Pode-se acrescentar que na realidade do trabalho de nosso país esta é uma medida de pouca eficácia e também que a ação de interrupção da situação prevista deve ocorrer igualmente quando se percebe a possibilidade de dano a terceiros no ambiente do trabalho.

Essa idéia da preocupação com os riscos inerentes as atividades laborais tão amplamente elencados nas mais diversas normas técnicas, também vai de encontro ao trabalhador quando tem a previsão legal de fornecer informações como uma obrigação e dever da empresa de forma pormenorizada, sobre todos os riscos da operação a executar e do produto a manipular. Ainda para complementar, há a previsão no Sistema Único de Saúde das ações de saúde do trabalhador, especificamente abrangendo “informação ao trabalhador e à sua respectiva entidade sindical e às empresas sobre os riscos de acidente do trabalho, doença profissional e do trabalho.”¹⁶⁶

Ainda, neste sentido, a Lei 8.213/91 quando estabelece:

“É dever da empresa, prestar informações pormenorizadas sobre os riscos da operação a executar e do produto a manipular”¹⁶⁷.

Assim, nas palavras de Oliveira¹⁶⁸, o empresário necessita da mão-de-obra para acionar as atividades operacionais do seu empreendimento e, para isso, contrata a prestação de serviços. Por outro lado, o trabalhador, para garantir sua sobrevivência, busca a remuneração, colocando à disposição daquele a sua força de trabalho. Todavia, entre o fornecimento da mão-de-obra e pagamento do salário correspondente intervém a pessoa física do trabalhador, tanto é que um dos pressupostos para a caracterização da relação de emprego é exatamente a pessoalidade.

Nesta linha de raciocínio, além da necessidade de treinamento e informação do trabalhador, não se pode esquecer o problema da deficiência de formação técnica na área da saúde do trabalhador. Segundo Oliveira¹⁶⁹, faltam profissionais com conhecimentos multidisciplinares para o devido equacionamento da questão,

¹⁶⁶ BRASIL. Lei nº. 8.080, 19 de setembro de 1990 – Lei Orgânica da Saúde, art. 6º, § 3º, V.

¹⁶⁷ BRASIL. Lei nº. 8.213, 24 de Julho 1991. Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências, art. 19º, § 3º.

¹⁶⁸ OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. *Proteção jurídica à saúde do trabalhador*. 3. ed. São Paulo, LTr, 2001.pg 154

¹⁶⁹ OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. *Ob. cit.* .pg. 145

sendo oportuno mencionar que, nos cursos de Direito, os estudos da saúde dos trabalhadores praticamente não existem. Não basta estudar medicina legal para entender o laudo cadavérico do acidentado; é preciso aprofundar no conhecimento do direito à saúde do trabalhador para evitar o acidente e a morte.

Por conta desta deficiência técnica ocorre como que numa sintonia paralela e na mesma proporção a falta de conscientização dos trabalhadores e empresários. A ação das Comissões Internas de Prevenção de Acidentes nas empresas fica mais no papel para cumprir uma formalidade legal do que na plena atuação, aliado a inércia do movimento sindical, aliena os trabalhadores no seu papel de construir um ambiente de trabalho sadio e isento de acidentes, pela diminuição dos riscos. Se o empregado não se preocupa com a saúde no ambiente do trabalho, haverá também dificuldades para implementação das normas protetoras.

A legislação aponta na direção da prioridade para a eliminação do risco, sendo que a neutralização¹⁷⁰ só deveria ocorrer quando esgotadas todas as possibilidades técnicas para afastar definitivamente a ação de risco causadora da agressão. Agora, as medidas a serem implementadas não recebem a devida pressão por parte do trabalhador e dos órgãos representativos, transferindo esta responsabilidade para os órgãos fiscalizadores. Os órgãos fiscalizadores, através da Inspeção do Trabalho, têm em mãos todas as ferramentas possíveis para realizar amplamente o Direito, seja por multas ou até interdições, porém sua atuação em nosso país também deixa a desejar, ou por falta de aparelhamento pessoal ou técnico, ou ainda pelo pouco apoio que recebe do Poder Público.

Quando se discute a proteção jurídica à saúde do trabalhador, o tema relativo ao acidente do trabalho é dos mais aflitivos, diante das suas consequências traumáticas que, muitas vezes, levam à incapacidade ou até à morte, com reflexos para o trabalhador, sua família e para toda a sociedade, como afirma Oliveira¹⁷¹. Segue o autor dizendo ainda que a dimensão do problema e a necessidade premente de soluções não permitem mais ignorá-lo, pois é praticamente impossível comemorar os avanços tecnológicos e desviar o olhar dessa ferida social aberta,

¹⁷⁰ A neutralização normalmente ocorre através do fornecimento de equipamentos individuais de proteção – EPI – que não são solução em definitivo.

¹⁷¹ OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. *Proteção jurídica à saúde do trabalhador*. 3. ed. São Paulo, LTr, 2001.pg 203

ainda mais com tantos dispositivos legais e princípios jurídicos entronizando, com nitidez, a dignificação do trabalho.

Esta dignificação do trabalho perde um pouco de seu brilho quando se constata que é grande a quantidade de ocorrências de acidentes que não são notificadas aos órgãos competentes, seja pela ignorância dos envolvidos, por receio das consequências ou por falta de registro do trabalhador. Avalia-se que os registros só abrangem 50% dos acidentes¹⁷² efetivamente ocorridos, principalmente a partir de 1991, quando a Lei 8.213 instituiu a garantia de emprego por doze meses, após a cessação do auxílio doença, para o empregado acidentado.

De todo a maneira tem-se como clara uma latente questão em aberto nos casos dos acidentes de trabalho, haja vista que os números não mentem. A presença escancarada das seqüelas oriundas dos acidentes de trabalho está bem clara e a tutela jurisdicional abrange um amplo leque de soluções e ações claramente no campo monetário. As empresas pagam o que devem pagar para minimizar o seu envolvimento nas definitivas soluções. O Estado recebe os valores e paga os auxílios legais previstos e aciona legalmente o regresso de valores que extrapolem à sua responsabilidade. E o trabalhador e sua família estão a mercê do sistema posto, às vezes achando que é o melhor que pode receber, pois muitas vezes não faz idéia do alcance da norma, e outras vezes mesmo consciente de seu direito não tem força econômica para buscá-lo.

Se se aceitar a máxima do Direito Civil de que quem se aproveita da utilidade de uma pessoa ou de uma coisa justifica assumir os riscos a que o emprego ou o uso dessa pessoa ou coisa dê origem¹⁷³ e se tentar transpor isso à imputação objetiva penal, está-se falando da possibilidade em determinar comportamentos de risco.

Ocorre que se necessita atender a questão fundamental de que, se com os riscos criados no ambiente de trabalho em quanto e em como se está atingindo o bem jurídico protegido e se com esta conduta se causou o resultado danoso. Pois, afinal, o dia-a-dia está repleto de ações que geram riscos altamente significativos, ou, usando a linguagem da imputação objetiva, juridicamente relevantes, porém nem

¹⁷² Conforme OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. *Proteção jurídica à saúde do trabalhador*. 3. ed. São Paulo, LTr, 2001 pg. 205

¹⁷³ SERPA LOPES, Miguel Maria de. *Curso de Direito Civil*. 5. ed. Vol. V. Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 2001. Pg 333

todas as condutas são proibidas pelas normas penais, como o risco permitido, já referenciado. Os detalhes de concretização deste risco permitido, através de normas jurídicas, normas técnicas, a figura do homem prudente, o princípio da confiança como a idéia de que, em princípio, ninguém precisa contar com o comportamento antijurídico alheio, mas pode confiar em que o terceiro respeitará o Direito, já é conhecido sob outra denominação, como o dever objetivo de cuidado¹⁷⁴.

De outra parte há que se esclarecer acerca do bem jurídico protegido, bem como que caminho seguir para que a imputação objetiva alcance sua positivação nos riscos oferecidos no ambiente do trabalho. Pra Jesus¹⁷⁵, o objeto jurídico do crime é o bem-interesse protegido pela norma. Bem é tudo aquilo que satisfaz as necessidades humanas, seja de conteúdo material ou imaterial, como, e principalmente, a vida, a honra, o patrimônio, etc. O interesse é a relação entre o sujeito e o bem.

Segue o autor esclarecendo que o bem é tudo aquilo que nos pode servir, consistindo em qualquer coisa apta a satisfazer a necessidade humana, podendo configurar um objeto do mundo exterior, uma qualidade do sujeito ou algo de natureza imaterial, como a solidariedade humana. Modernamente, considera-se que, na realidade, objeto ou bem jurídico é a relação de disponibilidade entre o sujeito e a coisa. O dano pode recair sobre o interesse, sobre o bem ou sobre ambos, porém, sempre ocorre a afetação do interesse.

A função específica do Direito Penal, então, é a tutela jurídica, visando a proteger os bens jurídicos, onde todo valor reconhecido pelo Direito torna-se um bem jurídico. O Direito Penal tem em seu âmago a proteção aos bens jurídicos mais importantes e intervém sempre nos casos de lesão de bens jurídicos fundamentais para a vida em sociedade. A imposição de sanções aos sujeitos que praticam as lesões aos bens jurídicos protegidos pela norma, são uma fortificação da existência desta norma e um alerta à necessidade do cumprimento dela, além da mensagem da necessidade de valoração, através de uma consciência social, do valor dos bens jurídicos.

¹⁷⁴ ROXIN, Claus. *Funcionalismo e Imputação Objetiva no Direito Penal*. Trad. Luís Greco, 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. Pg 83

¹⁷⁵ JESUS, Damásio E. de. *Imputação Objetiva*. 3ª ed. Rev. e atual. São Paulo: Editora Saraiva, 2007. Pg 20

Como já verificado anteriormente, no ambiente do trabalho a lesão ao bem jurídico está claramente demonstrada, como claros estão os resultados, o nexo causal, pois, a relação entre a prestação do serviço e a exposição ao risco no resultado está determinada pelos vínculos entre as partes, como óbvio está que a teoria finalista do Direito Penal atual não está alcançando a responsabilidade pelos danos causados e em nada está ajudando para reduzir os acidentes. Assim, em certas hipóteses de acidente do trabalho e situações equiparáveis, além do ilícito civil fica caracterizado o ilícito penal, que atrai a aplicação de sanção mais rigorosa.

Porém, como traz Oliveira¹⁷⁶, há um atraso considerável na legislação penal com relação ao acidente do trabalho. Se por um lado há normas legais com penas rigorosas para proteção do consumidor, meio ambiente, programas de computador etc., tipos penais relacionados com o acidente do trabalho, além de precários, são muito antigos, de início do século passado. Ainda afirma o autor que além do atraso da lei, há a omissão e resistência dos profissionais do Direito em proceder à leitura atualizada de determinados tipos penais.

O autor aponta como exemplo o artigo 132¹⁷⁷ do nosso Código Penal, expor a vida ou a saúde de outrem a perigo, como uma releitura para a realidade dos acidentes do trabalho, onde imagina uma possibilidade abrangente de condenações por este artigo. Diz mais, que esta perspectiva de impunidade ou mesmo inércia das vítimas e das autoridades em buscar a condenação dos culpados acaba contribuindo para a pouca efetividade das normas de proteção e no desrespeito à segurança e saúde do trabalhador. Em sua opinião, não é a severidade da pena nem sua ferocidade que intimidam, mas sim, a certeza da punição e a rapidez na aplicação da pena que funcionam como fator de inibição da prática do crime¹⁷⁸.

Seguindo a raciocínio do autor, não se deve esquecer de que a intenção do legislador, ao instituir esse tipo penal foi, primordialmente, prevenir e combater os acidentes do trabalho, mas a sociedade inexplicavelmente ignorou este aspecto. Enquanto isso o Brasil se tornou, na década de 70, o campeão mundial de acidentes do trabalho, seguindo até hoje com índices alarmantes, especialmente no que tange aos acidentes fatais. Dito isso, vale o reforço de que na exposição de motivos do

¹⁷⁶ OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. *Proteção jurídica à saúde do trabalhador*. 3. ed. São Paulo, LTr, 2001.pg 275

¹⁷⁷ BRASIL. CP art. 132, *caput*: "Expor a vida ou a saúde de outrem a perigo direto e iminente: Pena – detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, se o fato não constitui crime mais grave.

¹⁷⁸ OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. *ob. cit.* pg 276

Código Penal de 1940¹⁷⁹ está clara a origem da necessidade deste artigo bem como seu vínculo com os acidentes do trabalho.

Outra questão abordada pelo autor para uma releitura são os artigos 250 a 259 do Código Penal, que tratam dos crimes de perigo comum, além de que os acidentes do trabalho podem caracterizar ainda, os crimes de homicídio e lesões corporais, por conduta dolosa ou culposa do empregador ou dos responsáveis.

Uma questão fundamental a se discutir é a responsabilização dos órgãos enquanto não proprietários do negócio. Subordinados da mesma forma que o operador das funções ou o empregado em geral, ele tem uma ação fundamental na questão da administração dos riscos no ambiente de trabalho. Pois como já se viu em Luhman¹⁸⁰ não é uma prerrogativa da pessoa física a incapacidade ou o descaso na questão dos riscos, senão também que os riscos não são quantitativamente calculados onde a racionalidade é parte integrante das obrigações e de onde se espera especial prudência e responsabilidade no manejo dos riscos, qual seja, na administração das organizações.

De qualquer maneira para o empregador resta a responsabilidade em definir a administração dos riscos, inclusive a dele mesmo, conforme seja o caso de como o indivíduo participa no risco, se como portador ou detentor das decisões ou como afetado pelas decisões que ofereçam risco, para que a percepção da imputação do dano causado se dê no plano concreto das ações preventivas que deviam ser tomadas e de quem não as tomou.

Por outro lado seria incompreensível e é pouco provável que uma organização delegue funções de responsabilidade a alguém que já não tenha um conhecimento especial adquirido, ou, na pior das hipóteses, a empresa terá um programa de treinamento para capacitar os indivíduos nas qualificações exigidas para a função. Desta forma se encerra em si o círculo da confiabilidade e responsabilidade inerente a uma organização que se comunica, e como diria mais

¹⁷⁹ Na exposição de motivos da Parte Especial do Código Penal de 1940, implementado que foi pelo Decreto-Lei nº 2.848, de 7-12-1940, no item 46 ai se referir ao artigo 132 exemplifica o caso especial dessa *species* criminal para o caso do empreiteiro que, para poupar-se ao dispêndio com medidas técnicas de prudência, na execução da obra, expõe o operário ao risco de grave acidente. Este artigo seria como um complemento da legislação trabalhista, porém visava proteger não só a indenidade do operário, senão também a de qualquer outra pessoa.

¹⁸⁰ LUHMANN, Niklas. *Sociologia del Riesgo*. México, Universidad Iberoamericana / Universidad de Guadalajara, 1992. Pg 44

uma vez Luhmann¹⁸¹, elas, as organizações, só reconhecem como próprias as comunicações dos seus membros e isto ocorre exclusivamente quando se comunicam entre si os membros de decisão. Sobretudo as organizações podem servir-se disto para condicionar o comportamento dos seus membros, diferentemente do que ocorre com o comportamento dos seus não membros. Seriam decisões relativas a aceitação das premissas das decisões, incluindo as condições necessárias para uma modificação legítima ou a mudança da especificação das premissas de decisões mesmo.

Desta forma o órgão de uma empresa, com as responsabilidades definidas, poderia sim, ser responsabilizado pelo fato de não ter tomado as medidas que lhe cabiam, pelo superior conhecimento técnico e pela gestão dos riscos que lhe foi delegada. De outra parte não tem sentido se imaginar a responsabilização da pessoa jurídica, pois esta como uma ficção jurídica, nos termos atuais, não é imputável pela ausência da ação. O ente coletivo não tem a capacidade de agir, senão através de seus órgãos, e estes no caso do acidente de trabalho e na magnitude analisada nesta dissertação, lesão permanente ou morte, ou agiram de forma temerosa ou foram omissos, por óbvio com as provas de cada caso concreto.

Com a análise direcionada para a questão da criação de um risco juridicamente desaprovado, associado à realização do risco no resultado, se está instigando para uma proposição que ultrapasse a teoria finalista da ação. Se, nos casos de acidentes do trabalho, pela gravidade das consequências apresentadas e tantas outras que não se puderam trazer para esta pesquisa, já houver a aceitação de ser um foco reflexivo acerca da temática, parte do objetivo se cumpre. A outra parte seria a discussão da realização de cada caso no mundo real como suporte para a criação legislativa de uma tipificação voltada ao ambiente do trabalho, no intuito de minimizar os acidentes.

Porém, parece que, no ambiente do trabalho a teoria de Roxin¹⁸² baseada na idéia do aumento do risco é mais enriquecedora e mais próxima de uma identificação para a realização dos objetivos da imputação objetiva. Senão, vale uma reflexão sobre o contexto da teoria e uma exemplificação ao final do ponto teórico. O

¹⁸¹ LUHMANN, Niklas. *Sociologia del Riesgo*. México, Universidad Iberoamericana / Universidad de Guadalajara, 1992. Pg 240

¹⁸² ROXIN, Claus. *Funcionalismo e Imputação Objetiva no Direito Penal*. Trad. Luís Greco, 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 343.

autor, vale lembrar, assim como nos demais casos de realização do risco, diz que o aumento do risco deve ser verificado de uma perspectiva *ex post*. Devem ser levadas em conta, portanto, todas as circunstâncias que só posteriormente venham a ser conhecidas. Com base nestes dados fáticos deve-se analisar se o respeito ao risco permitido teria diminuído o perigo para o acidentado, ou seja, aumentado as suas chances de evitar o acidente. O aumento do risco deve ser avaliado segundo parâmetros normativos, isto é, deve ser verificado, com base no conhecimento *ex post*, se a norma formulada *ex ante* ainda pode ser tida como uma proibição racional, redutora do risco do resultado (neste caso, o resultado será imputado), ou se, face aos novos conhecimentos, a norma se mostra *in concreto* inidônea ou, ao menos, inócua (caso em que não haverá imputação).

De outra parte não se pode esquecer que o profissional, quando vai realizar uma atividade técnica, tem o dever de informar-se, ou seja, tem o dever do exame prévio, no sentido de estar obrigado a estudar o curso causal de sua atuação. Convém ser exercitada a humildade técnica. O profissional chamado a executar uma tarefa, sendo ela especial em relação a seu trabalho usual, deverá atualizar-se antes de empreender a atividade. Se ela estiver fora do seu alcance, deve renunciar, ou, omitir a ação perigosa¹⁸³. Esta questão se reflete intensamente no ambiente do trabalho, principalmente nas tarefas de maior risco.

Veja-se o exemplo muito próximo em sua decisão temporal e legislativa, pois está discutido sobre decisão do Tribunal Superior do Trabalho datada de 24 de abril de 2009, em negativa de responsabilidade objetiva por acidente do trabalho e acatando a argumentação da responsabilidade subjetiva. A análise é profícua se se inserir na decisão o instituto do aumento do risco, o que provocará uma perfeita reviravolta na sua análise e decisão. O referido acórdão foi prolatado quando do julgamento do Recurso de Revista de nº 3336/2006-019-09-00, conforme publicação no Diário da Justiça.

“O caso: NÚMERO ÚNICO PROC: RR - 3336/2006-019-09-00¹⁸⁴

PUBLICAÇÃO: DJ - 24/04/2009

ACÓRDÃO - 7ª TURMA

RECURSO DE REVISTA –

¹⁸³ JESUS, Damásio E. de. *Imputação Objetiva*. 3ª ed. Rev. e atual. São Paulo: Editora Saraiva, 2007. Pg 43-44.

¹⁸⁴ Caso colhido no site pela Internet: http://ext02.tst.jus.br/pls/ap01/ap_acord.dados_processos

a) INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS ACIDENTE DE TRÂNSITO DE EMPREGADO NA CONDUÇÃO DE MOTOCICLETA - ENTREGA DE ALIMENTOS EM DOMICÍLIO INEXISTÊNCIA DE CULPA OU DOLO DA RECLAMADA - RESPONSABILIDADE OBJ E TIVA INAPLICABILIDADE CF, ART. 7º, XXVIII.

1. Para a existência do dever de reparar o dano causado, alguns pressupostos devem estar presentes, sem os quais o próprio instituto da responsabilidade não pode subsistir, quais sejam, o dano experimentado pelo ofendido, a ação ou a omissão do causador, o nexos de causalidade e a culpa ou o dolo. Trata-se do estabelecimento do nexos causal entre lesão e conduta omissiva ou comissiva do empregador, sabendo-se que o direito trabalhista brasileiro alberga tão-somente a teoria da responsabilidade subjetiva, derivada de culpa ou dolo do agente da lesão em matéria trabalhista (CF, art. 7º, XXVIII).

2. *In casu*, o Regional condenou a Reclamada ao pagamento de indenização por danos morais no valor de R\$ 10.000,00, sob o fundamento de que a responsabilização da Empregadora seria objetiva, pois o Reclamante desempenhava atividade de altíssimo grau de risco, consistente na condução de motocicleta em centro urbano, para entrega de alimentos em domicílio. Conforme consignou o próprio Regional, verificou-se que o acidente de trânsito ocorrido durante o período de trabalho do Empregado não decorreu de ato culposos ou doloso atribuível à Empregadora, mas de fato relacionado a terceiro, sobre o qual, inclusive, recaiu condenação em indenização na esfera cível.

3. Se, por um lado, a norma civil não alcança a esfera trabalhista, iluminada pelo comando constitucional do art. 7º, XXVIII, por outro, nenhuma atividade laboral está infensa a riscos de acidente (no próprio dizer de Guimarães Rosa, em sua epopeia Grande Sertão: Veredas, viver é muito perigoso), mas a CLT somente admite o adicional de periculosidade para as atividades de risco acentuado, ínsito ao manuseio de explosivos, inflamáveis (art. 193) e energia elétrica (Lei 7.369/85, art. 1º), o que descartaria, em tese, a invocação da responsabilidade objetiva por risco em relação ao setor de entrega de alimentos em domicílio.

4. Assim, não há como se atribuir responsabilidade à Empregadora pelos danos morais decorrentes de acidente de trabalho sofrido pelo Reclamante apenas considerando a teoria da responsabilidade objetiva.

Recurso de revista parcialmente conhecido e provido. Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso de Revista TST-RR-3.336/2006-019-09-00.3.

RELATÓRIO

Contra o acórdão do 9º Regional que deu provimento parcial ao recurso ordinário do Reclamante (fls. 1.598-1.604v.) e deu provimento aos seus embargos declaratórios (fls. 1.614-1.617), a Reclamada interpõe o presente recurso de revista, postulando a reforma do julgado quanto à prescrição e ao dano moral (fls. 1.620-1.633).

Admitido o recurso (fls. 1.663-1.664), não foram apresentadas contra razões, sendo dispensada a remessa dos autos ao Ministério Público do Trabalho, nos termos do art. 83, § 2º, II, do RITST.

b) INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS ACIDENTE DE TRÂNSITO DE EMPREGADO NA CONDUÇÃO DE MOTOCICLETA - ENTREGA DE ALIMENTOS EM DOMICÍLIO INEXISTÊNCIA DE CULPA OU DOLO DA RECLAMADA -RESPONSABILIDADE OBJETIVA

- IMPOSSIBILIDADE

Tese Regional: No Direito do Trabalho, em face da teoria do risco, a empresa assume o dever de suportar os riscos sociais de sua atividade econômica, investindo-se da obrigação de garantir a segurança e a integridade física e psíquica dos seus empregados durante a prestação de serviços e de reparar os eventuais danos causados, independente de culpa. Na hipótese, o dano moral se verifica pelo transtorno que o Autor teve que suportar após o acidente de trabalho, como o afastamento das atividades, a dor física, a realização de exames médicos, consultas e outros, sendo que o simples fato de o Empregado ter sofrido redução da capacidade laborativa autoriza o recebimento de danos morais (fls. 1.600-1.604).

Antítese Recursal: A aplicação da teoria do risco, com a consequente responsabilidade objetiva do Empregador, redundaria em ofensa ao art. 7º, XXVIII, da CF, pois a obrigação de reparar o dano sofrido deve ser imposta apenas no caso em que este tenha agido com dolo ou culpa, não caracterizados no caso. Aponta para a violação do art. 7º, XXVIII, da CF e divergência jurisprudencial (fls. 1.625-1.630).

Síntese Decisória: No presente caso, o Reclamante laborava para a Reclamada na condução de motocicleta em centro urbano, para o desempenho de atividade essencial à Reclamada, consistente na entrega de alimentos em domicílio, tendo sofrido acidente de trânsito em 27/12/02, durante o desempenho de seu trabalho, ficando por muito tempo em tratamento e afastado de suas atividades. Da forma como foi delineada a controvérsia, mister se faz tecer breves considerações acerca da

responsabilidade do empregador. A responsabilidade civil estabelece a vinculação de alguém às consequências do ato que pratica, ou seja, é a obrigação de responder pelas consequências jurídicas decorrentes do ato praticado. Para a existência do dever de reparar o dano causado, alguns pressupostos devem estar presentes, sem os quais o próprio instituto da responsabilidade não pode subsistir, quais sejam, o dano experimentado pelo ofendido, a ação ou a omissão do causador, o nexo de causalidade e a culpa ou o dolo. Assim sendo, a responsabilidade civil do empregador por acidente de trabalho, prevista no art. 7º, XXVIII, da C, assegura ao empregado o direito de receber seguro em caso de acidentes de trabalho (vertente da infortunística), ficando resguardado seu direito de receber indenização por dano moral ou material, em caso de dolo ou culpa do empregador.

Conclui-se, portanto, que a responsabilidade do empregador de indenizar o empregado acidentado é subjetiva, dependendo, assim, de comprovação de dolo, imprudência, negligência ou imperícia, bem como da comprovação do dano e configuração do nexo causal.

Nesse sentido, cabe transcrever excertos que refletem a conclusão do Regional acerca da aplicação da responsabilidade objetiva ao caso:

Por fim, as medidas de proteção ao trabalhador são exigidas como forma de reduzir os riscos inerentes a estas atividades, mas não afastam a possibilidade de responsabilização do empregador. Trata-se da teoria do risco, que encontra fundamento no fato da empresa estar inserida no contexto do capitalismo como um ente destinado, predominantemente à obtenção do lucro. Por tal razão, no âmbito do Direito do Trabalho, ela assume o dever de suportar os riscos sociais de sua atividade econômica. Nesse diapasão, o empregador se investe da obrigação de garantir a segurança e a integridade física e psíquica dos seus empregados, durante a prestação de serviços, e de reparar os eventuais danos causados, independente de culpa (fl. 1.602).

Na situação dos autos, deve-se aprofundar considerações sobre o altíssimo grau de risco envolvido na condução de motocicleta em centro urbano, para o desempenho de atividade essencial à ré, consistente na entrega de alimentos em domicílio. O acidente ocorreu durante o desempenho dessa atividade, o que confirma a existência de nexo de causalidade entre o acidente e as atividades laborais desenvolvidas pelo autor. Por aplicação da teoria do risco, a ré tem a obrigação de indenizar os prejuízos sofridos, inclusive danos imateriais (fls. 1.602-1.602v.).

Dessa forma, verifica-se que o Regional baseou a condenação na responsabilidade objetiva consubstanciada no art. 927, parágrafo único do CC, decorrente do risco inerente à atividade empresarial da Reclamada, mesmo reconhecendo que a Empregadora não incorreu em dolo ou culpa no

acidente de trabalho sofrido pelo Reclamante. Com efeito, restou expressamente consignado pelo acórdão regional que se comprovou alguma diligência do empregador, que exigia o uso de capacete. Entretanto, a própria atividade desenvolvida pelo empregador, sem dúvida acarretava risco a seus empregados (grifamos) (fls.1.600v.-1.601). Ademais, ao valorar o dano moral, o Regional registrou que: diante do exposto, e a partir de critérios como a razoabilidade e proporcionalidade, além da indenização já concedida na esfera cível pelo dano decorrente do acidente de trabalho, embora contra o culpado pelo acidente, e ainda, levando em conta a capacidade financeira da ré e a proibição do enriquecimento indevido, arbitro a condenação, a título de danos morais, em R\$ 10.000,00 (dez mil reais) (grifamos) (fls. 1.603v.-1.604). Assim, verifica-se que o próprio Regional consigna a existência de condenação na esfera cível contra o culpado do acidente, razão por que não há como se atribuir culpa ou dolo à Empregadora, quando estes já foram atribuídos a outrem. Dessa forma, verifica-se que não se encontram presentes, na espécie, os pressupostos que delineiam o dever de reparar o dano causado, quais sejam, a culpa ou dolo da Reclamada e a ação ou omissão que teria concorrido para o mencionado acidente.

O entendimento desta Corte, por sua vez, aponta para a necessidade de que a lesão seja passível de imputação ao empregador. Trata-se do estabelecimento do nexu causal entre lesão e conduta omissiva ou comissiva do empregador, sabendo-se que o direito positivo brasileiro alberga tão-somente a teoria da responsabilidade subjetiva, derivada de culpa ou dolo do agente da lesão (CF, art. 7º, XXVIII).

Nesse sentido,

II) MÉRITO

INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS ACIDENTE DE TRÂNSITO DE EMPREGADO NA CONDUÇÃO DE MOTOCICLETA - ENTREGA DE ALIMENTOS EM DOMICÍLIO INEXISTÊNCIA DE CULPA OU DOLO DA RECLAMADA - RESPONSABILIDADE OBJETIVA – IMPOSSIBILIDADE

Conhecida a revista por violação do art. 7º, XXVIII, da CF, o seu PROVIMENTO é mero corolário para, reformando o acórdão regional, no particular, afastar da condenação a indenização por danos morais.”

ISTO POSTO:

“ACORDAM os Ministros da Egrégia 7ª Turma do Tribunal Superior do Trabalho, por unanimidade, conhecer do recurso de revista quanto à indenização por danos morais, por violação do art. 7º, XXVIII, da Constituição Federal e, no mérito, dar-lhe provimento para, reformando o acórdão regional, afastar da condenação a indenização por danos morais”.

A proposta desta pesquisa em trazer este exemplo é discutir se o mesmo caso à luz da teoria do aumento do risco. Se ao cumprir devidamente os preceitos legais de orientação quanto aos equipamentos de proteção individual, pelo empregador e ao cumprimento do comportamento conforme ao Direito, pelo empregado, neste caso o motociclista, não resta dúvida quanto a sapiência da decisão do egrégio Tribunal. Porém, acrescentando uma orientação por parte do empregador, e que é comum nos dias atuais pela exigência de diferenciar-se da concorrência, e publicamente ofertar esta orientação pelos meios conhecidos de comunicação no sentido de que a sua entrega garantidamente chega em, por exemplo, 30 minutos a qualquer ponto desde a origem da entrega.

O empregador, sabedor das dificuldades do trânsito e, acima de tudo, dos riscos envolvidos pela atitude que está tomando, vai passar do risco permitido ao risco proibido. Caberia, neste caso, decisão diferente pela teoria do aumento do risco. A imposição ao trabalhador, do cumprimento do prazo de entrega, torna claro que esta só ocorrerá pelo aumento de velocidade, descumprimento de sinais de trânsito, etc. e pela maior exposição do empregado ao risco. A criação de um risco juridicamente desaprovado, por induzir à infração da norma legal de cumprimento das leis de trânsito, e a realização do risco no resultado, na ocorrência do acidente, imputam ao empregador as sanções do evento danoso. Impossibilitou ao entregador o cumprimento conforme ao Direito nas exigências típicas do fato.

3.6 LEGISLAÇÃO E JULGADOS NA VISÃO DA IMPUTAÇÃO OBJETIVA

A legislação brasileira abarca amplamente a questão sobre a eliminação dos riscos em geral e, fortemente no ambiente do trabalho. Primeiramente reforça a dignificação do trabalho através da Constituição Federal e depois, na legislação infra constitucional, tem toda uma gama de previsões para a questão dos riscos no ambiente do trabalho. No artigo primeiro da Constituição em seu Inciso III valoriza-se

a dignidade da pessoa humana e no Inciso IV os valores sociais do trabalho, como fundamentos do Estado Democrático de Direito. Ainda na Constituição, quando trata do capítulo dos Direitos Sociais, no artigo sétimo que versa sobre os direitos dos trabalhadores, especificamente nos incisos XXII, redução dos riscos; XXVII, proteção em face da automação e XVIII que trata do seguro de acidentes de trabalho, é reiterada a questão da necessidade indenizatória, quando incorrer em dolo ou culpa¹⁸⁵. Desta forma ocorreu uma forte constitucionalização dos direitos sociais e de uma série de direito trabalhistas, elevando ao topo da pirâmide legal a obrigação da proteção ao trabalhador, através de um ambiente de trabalho equilibrado.

Na legislação Previdenciária, notadamente na Lei 8.213/91, também estão presentes instrumentos de penalização para garantir a ocorrência mínima, ou a eliminação, dos riscos ao trabalhador em seu labor diário. Há claras previsões legais nos artigos 118, 120 e 121¹⁸⁶, da referida lei, que prevêm: - a responsabilização da empresa nos casos de omissão nos acidentes do trabalho; - a estabilidade do trabalhador que sofreu acidente; - o direito ao ressarcimento para o poder público, através da previdência, nos casos de negligência da empresa.

No âmbito do Direito Civil, como já afirmado acima no artigo 121 da Lei 8.213/91, também se encontra ampla gama de decisões sobre as reparações nas responsabilidades pelos acidentes do trabalho. O tema da responsabilidade civil já foi amplamente abordado e discutido no capítulo três desta dissertação.

Alguns autores já abordam a responsabilidade penal do empregador e/ou de seus prepostos, no conceito da teoria finalista da ação, trazendo à luz várias tipificações que poderiam ser utilizados para os casos dos acidentes do trabalho.

¹⁸⁵ BRASIL CF 88 – Artigo 7º: São direitos do trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: Inciso XXII – redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança; Inciso XXVII- proteção em face da automação, na forma da lei; Inciso 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.

¹⁸⁶ BRASIL. Lei 8.213, 24 jul. 1991 que trata do Plano de Benefícios da Previdência Social: Artigo 118 – O segurado que sofreu acidente do trabalho tem garantida, pelo prazo mínimo de doze meses, a manutenção do seu contrato de trabalho na empresa, após a cessação do auxílio-doença acidentário, independentemente de percepção de auxílio-acidente. Artigo 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. Artigo 121 – O pagamento, pela Previdência Social, das prestações por acidente do trabalho não exclui a responsabilidade civil da empresa ou de outrem.

Oliveira¹⁸⁷ é um destes autores que traz à discussão o uso de tipos penais existentes para o caso dos acidentes do trabalho, mesmo entendendo que há um atraso considerável na legislação penal no que concerne a este tema. O autor pondera que se há atraso da lei, há também a omissão e resistência injustificável dos profissionais dos direito em proceder à leitura atualizada de determinados tipos penais. Como exemplo cita o artigo 132¹⁸⁸ do Código Penal Brasileiro, que poderia imaginar um grande número de condenações com fulcro neste artigo, tendo em vista a realidade dos acidentes do trabalho em nosso país. Ainda o autor afirma que os acidentes do trabalho podem caracterizar os crimes de homicídio, lesões corporais ou os crimes de perigo comum, previstos nos artigos 250 a 259 do Código Penal.

No caso da legislação penal, vale reforçar a previsão do artigo 19, § 2º da Lei 8.213/91 que diz nos casos de acidente do trabalho, que: “§ 2º – Constitui Contravenção Penal, punível com multa, deixar a empresa de cumprir as normas de segurança e higiene do trabalho”.

A pouca jurisprudência com relação aos tipos penais referenciados talvez se deva, em parte, a que a legislação relacionada com o acidente do trabalho é precária e remonta ao Código Penal de 1940. Hoje, criminalmente, protege-se com penas severas, o consumidor, programas de computador, o meio ambiente, etc., porém, o ambiente do trabalho onde o indivíduo passa mais de oito horas diárias se ressentido de uma maior proteção.

A imputação objetiva traz algumas propostas que visam um passo além no que concerne ao Direito Penal e bem pode ser uma das alavancas que auxiliem também no ambiente do trabalho. Abaixo serão indicados alguns exemplos de julgados que com a visão da imputação objetiva trouxeram uma nova interpretação ao tipo penal e permitem nova linha de decisão, em geral, mais benéficos ao réu. Roxin¹⁸⁹ defende, através destes julgados, que precisamos de uma teoria da imputação objetiva, e se vivemos até a pouco sem ela, pagamos um tríplice preço:

¹⁸⁷ OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. *Proteção jurídica à saúde do trabalhador*. 3. ed. São Paulo, LTr, 2001. pg 275

¹⁸⁸ BRASIL – CP art. 132: “Expor a vida ou a saúde de outrem a perigo direto e iminente”.

¹⁸⁹ ROXIN, Claus. *Funcionalismo e Imputação Objetiva no Direito Penal*. Trad. Luís Greco, 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, pgs. 103-104

menor segurança jurídica, desacerto político-criminal de várias decisões e ilegitimidade¹⁹⁰ de várias condenações.

Exemplo 1: Caso do choque anestésico: Trata-se de um caso clássico de desvio no curso da causalidade. O réu lesionara o ofendido mostrando sua vontade de eliminá-lo. Porém, a morte só ocorrera em virtude de choque anestésico, sobrevivendo síncope cardíaca. Argumentou a defesa que os ferimentos não foram diretamente responsáveis pela morte, e mais, não fosse a vítima anestesiada com excesso de éter sulfúrico, não teria falecido. Haveria superveniência de causa, isto é, interrupção do nexo causal, com base no art. 13, § 1º, CP/84.

O Tribunal não acolheu a alegação da defesa: “ante a teoria da equivalência das condições, adotada pelo Código Penal em vigor, torna-se inaceitável a exclusão da responsabilidade do apelado, pouco importando a ocorrência do choque anestésico causado, ou não, por excesso de éter ou por imprudência dos médicos operadores”. Rechaçou-se, claramente, que a imprudência de terceiro pudesse vir a negar a relevância da contribuição do autor para o resultado. O réu responderia, portanto, pelo crime consumado.

Aqui vê-se bem de que maneira a não distinção entre a causalidade e a imputação faz com que, após afirmar-se a primeira, automaticamente se admita a segunda. A pergunta que o Tribunal não formulou, mas que hoje, de posse de uma teoria da imputação objetiva, podemos formular, é se o erro de um terceiro não interrompe a imputação ao causador das primeiras lesões. Isto é bastante controvertido na doutrina, que, predominantemente, opta por uma solução intermédia: ficará excluída a imputação em face da culpa grave de terceiro (no caso, dos anestesistas); no caso de culpa leve, haverá a imputação¹⁹¹.

Exemplo 2: Caso do caminhão basculante: o réu transporta algumas pessoas na carroceria de seu caminhão, “absolutamente inadequada a tal tipo de transporte”, vindo a ferir um dos passageiros. Alegou, em sua defesa, culpa da vítima, o que foi de plano descartado pelo Tribunal: “mesmo que a atitude negligente

¹⁹⁰ O autor utiliza este termo mais no sentido de uma punição disfuncional, de resultados inadequados, visto a teoria da imputação ter uma conceituação mais objetiva e não no sentido da não legitimidade do julgador.

¹⁹¹ Julgado pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, RT 382 (1967) p.97 e ss; in ROXIN, Claus. *Funcionalismo e Imputação Objetiva no Direito Penal*. Trad. Luís Greco, 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, pgs. 90 – 91.

ou imprudente da vítima tenha contribuído para o desastre, tal erro não elide a culpa do motorista”, que o condenou por lesões corporais culposas.

A questão da auto-responsabilidade da vítima que se expõe, de modo inteiramente livre e consciente a certos perigos, sequer é tematizada pelo Tribunal. Aqui, ao que tudo indica, a solução correta seria absolver o autor, em face da chamada, auto colocação em perigo das vítimas, ou ao menos da hetero colocação em perigo consentida¹⁹².

Exemplo 3: Caso da broncopneumonia: aqui, o réu lesionara a vítima culposamente, num acidente de trânsito. Esta fora levada a um hospital, vindo a falecer “dois dias depois, em razão de broncopneumonia eclodida no curso do tratamento de traumatismo crânio-encefálico”. O juiz de primeiro grau, de cuja sentença apelou a acusação, havia entendido que o “resultado morte não podia ser imputado ao réu, por ter o óbito decorrido de uma relação causal superveniente relativamente autônoma (broncopneumonia), com letalidade independente”, condenando o acusado por lesões corporais.

O Ministério Público alegou, em contrapartida, que “os doentes e convalescentes têm propensão às infecções dos brônquios. Constantemente pessoas submetem-se a tratamento em hospitais, e quando passam à recuperação, são acometidas desses males e vem a falecer”, o que significa que inexistente motivo para negar a causalidade. O desdobramento causal não fora inadequado, não sendo de aplicar-lhe o art. 13 § 1º do CP. Foi nesse sentido que decidiu também o Tribunal, condenando o réu por homicídio culposo.

Aqui bem se vêem as semelhanças entre imputação objetiva e a teoria do crime culposo. O que parece duvidoso para o autor, contudo, é o juízo de previsibilidade formulado com tamanha certeza pelo Ministério Público e acolhido pelo Tribunal, para os quais seria comum que alguém adquirisse broncopneumonia ao ser internado em um hospital. Dever-se-ia recorrer a um perito – o que, se foi feito, não é mencionado -, uma vez que o juízo de previsibilidade tem de levar em conta dados empíricos, não podendo esgotar-se na intuição do julgador. Também seria de questionar-se em que medida não é o hospital o responsável pelo contágio de certas doenças em suas dependências, mormente quando estas doenças possam ser facilmente evitadas.

¹⁹² Julgado pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais, RT 469, (1974), pg. 406 e ss, *in* ROXIN, Claus. Ob.cit. pg. 94

Ao menos na hipótese de culpa grave do hospital – para cuja admissão, igualmente, seriam necessários mais dados fáticos, inclusive prova pericial – não se poderia imputar a morte ao primeiro causador. Mas esta possibilidade de a culpa de um terceiro interromper a imputação do resultado só poderá ser vista à medida que se dispuser de uma teoria como a moderna imputação objetiva¹⁹³.

Exemplo 4: Caso da pneumonia aliada ao HIV: como no exemplo anterior, caso de lesões culposas, em que a vítima vem a falecer no hospital. Se bem que não se trate, agora, de broncopneumonia, mas de pneumonia, “com evolução para meningite, septicemia e óbito”, concorrendo, além disso, ser a vítima portadora do HIV, que teria possivelmente tornado inócuo o antibiótico. Fazendo referência ao caso da broncopneumonia apresentado, condenou o Tribunal o réu pelo homicídio.

As reservas já anteriormente levantadas ao caso da broncopneumonia agora se tornam verdadeiras objeções: se a constituição física da vítima, imprevisível para o autor, tornou inócuo o antibiótico, não há como dizer que o resultado morte seria previsível. Assim, o risco que se realizou não foi o criado pelo autor¹⁹⁴.

¹⁹³ Julgado pelo Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo, RT 455, (1973), p. 376 e ss, in ROXIN, Claus. *Funcionalismo e Imputação Objetiva no Direito Penal*. Trad. Luís Greco, 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, pgs 92-93

¹⁹⁴ Julgado pelo Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo, RT 731, (1996), p. 605 e ss, in ROXIN, Claus. *Funcionalismo e Imputação Objetiva no Direito Penal*. Trad. Luís Greco, 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, pg 101

CONCLUSÃO

Antes de mais nada, deve-se dizer, no que concerne a esta pesquisa, que o objetivo do trabalho não foi de contrapor a teoria finalista da ação, usada corriqueiramente no direito pátrio atual, confrontando-a com a moderna teoria da imputação objetiva. Claro está que esta última ainda carece de maior aprofundamento e discussão, notadamente em se referindo a acidentes do trabalho. O objetivo fundamental foi trazer reflexões e incitar a mais debates, visto da impossibilidade atual de um efeito prático no cotidiano do direito positivado. É, portanto, mais um trabalho de reflexão que complementa a teoria finalista da ação, enriquecendo o direito e propondo um caminhar em direção a utilização da teoria da imputação objetiva.

A busca de soluções e respostas, seja qual for o campo de pesquisa a que se atenha, sempre traz mais perguntas e dúvidas. Porém, seria inconcluso um trabalho que, ao final de uma proposição determinada, não analisasse e, por conseguinte, não apresentasse algumas particularidades encontradas ao longo da pesquisa. Sempre é temerário se afirmar que se chegou à conclusão de um trabalho, pois que, todo trabalho que finda propõe um novo começo.

No caso específico desta pesquisa, que quis saber se a teoria da imputação objetiva penal traria benefícios aos trabalhadores, no que concerne à temática dos acidentes do trabalho, merecendo reflexões alguns tópicos que se encontraram. Claramente se vislumbra uma monetização dos acidentes do trabalho, através do pagamento de benefícios públicos. Neste caso, por públicos se entenda o Estado como o responsável primeiro dos pagamentos destes benefícios, porém transferidos pelas empresas que os inserem em seus preços de venda.

Antes de se analisar um pouco mais profundamente este ponto da questão financeira, não se pode esquecer que, num ambiente do trabalho, há uma clara divisão das responsabilidades quanto aos cuidados de manuseio e operação das atividades laborais e suas consequências. O empregador tem claramente estipuladas as suas responsabilidades, no que tange à organização do trabalho, instrução e treinamento de seus colaboradores, como tem definida uma série de consequências no seu descumprimento. O meio ambiente operacional, ético, de conduta, laboral, de divisão das tarefas é de competência do empregador no

momento em que define o seu negócio, como quando inicia uma relação laboral com outros sujeitos.

O empregado, por sua vez, ao buscar colocação no mercado de trabalho, tem, ou ao menos deveria ter, claramente compreendidas as suas responsabilidades como elemento integrante de uma cadeia de elos que culmina com a colocação de um produto ou serviço no mercado consumidor. Neste entremeio estão as suas condutas frente as normas do trabalho na execução de suas tarefas, as condutas frente aos demais colaboradores do ambiente do trabalho, condutas estas de solidez ética e moral.

O esforço conjunto destes dois elementos, empregador e empregado, são os fundamentos de solução na ocorrência dos acidentes do trabalho. Pelo menos devem ser os maiores responsáveis na tentativa de eliminar os riscos, visto que há riscos em qualquer atividade humana desenvolvida.

Notadamente na legislação Previdenciária encontra-se a maior parte das previsões de cunho monetário que tenta reparar as consequências dos acidentes do trabalho. Apesar da possibilidade de ações de regresso por parte da Previdência Social, nos casos de culpa e dolo da empresa, entende-se de um modo bastante óbvio a transferência da responsabilidade por parte das empresas a partir do momento em que tanto o Estado como os setores produtivos se dão por satisfeitos como o modelo vigente. Parece uma forma mascarada de um lavar de mãos, onde o trabalhador é a parte menos importante quando se trata dos riscos que provocam os acidentes do trabalho.

De outra parte a legislação tem avançado, e no Direito Civil encontram-se fundamentos legais de responsabilizar a empresa nos casos de ilícito civil comprovado. Surge a figura da indenização por danos materiais, morais, etc nos casos de descumprimento das normas legais pelo empregador, e sobretudo, surge a responsabilidade Civil Objetiva. A presunção da responsabilidade do empregador pelo simples fato de ser o detentor dos meios de produção e o responsável no controle dos riscos, somente com a comprovação da relação de trabalho entre o lesado e a empresa.

De qualquer maneira segue fortemente vinculado no fator de monetização dos acidentes, pois se define valores indenizatórios para o indivíduo, vítima do acidente. Os riscos e as perdas, mesmo as físicas, são determinadas por valores

econômicos, o que não difere da questão já abordada da legislação previdenciária, mudando apenas a direção do pagador do dano.

Desta forma, de uma maneira bastante homogênea, não se introduziu quase nada de novo. Pelo menos nada que fizesse com que os dramáticos números dos acidentes do trabalho no nosso país amenizassem, nem os números de lesionados ou mortos, e nem os números dos enormes prejuízos econômicos que a sociedade carrega.

A proposição deste trabalho foi trazer à discussão algum fato novo que pudesse auxiliar na mudança destes dados catastróficos. Este trabalho traz para o meio dos acidentes de trabalho uma teoria que, mesmo discutida a mais tempo em outros países, é incipiente na doutrina brasileira. É incipiente na discussão da doutrina penal tradicional, nas suas tipificações já largamente estabelecidas, e muito mais quando se trata de relacioná-la com a idéia de auxiliar na diminuição dos acidentes do trabalho. Esta teoria chama-se de moderna teoria da imputação objetiva, e o objetivo em trazê-la ao debate foi justamente nos resultados positivos que apresenta nos acalorados debates que ocorrem no mundo todo e nas comprovações práticas de sua fundamentação. De outra parte a moderna teoria da imputação objetiva alcança resultados práticos à luz de grupos de casos concretos, pois de nada valeria uma teoria que não pudesse ser demonstrada na vida jurídica prática.

De primeira mão esta pesquisa se preocupou em trazer toda a evolução histórica da imputação objetiva, até para que se compreenda que esta discussão tem toda uma realidade de antiguidade na sua construção. A importância a se ressaltar neste contexto é a de que se no passado discutia-se o ilícito com ênfase no subjetivo, agora no presente mais recente se foca a discussão do com ênfase no objetivo.

Outro fator preponderante é a conclusão da existência clara dos riscos, em todas as atividades da vida humana, e fortemente no ambiente do trabalho. Comprova-se, desta maneira, que a complexidade das relações no ambiente do trabalho são reais motivadores para a discussão de um avanço nas análises das tarefas de risco, como das possíveis responsabilizações na ocorrência dos eventos danosos. O princípio do risco para a imputação objetiva é tão necessário quanto a causalidade na teoria finalista e é na discussão deste fundamento que se

compreenderá a proposição da teoria do risco como suporte da imputação ora em debate.

Nos caso específico dos acidentes de trabalho, a utilização da teoria do aumento do risco, traz um enriquecimento acentuado ao tema, pois inova na linha intermediária entre o risco permitido e o risco proibido, já como teorias mais elaboradas nas suas concepções. O aumento do risco é o liame sutil da percepção de quando um risco transpõe a linha do permitido para o proibido. Na análise mais profunda do meio ambiente do trabalho, através das pequenas variáveis dos processos fabris ou na execução de um serviço, se encontra uma riqueza de informações que, sem sombra de dúvida, levam a definições claras de quando se está extrapolando o risco permitido.

Portanto, na visão deste trabalho, a teoria da imputação objetiva pode vir a ser um fator a mais para a solução do caos dos acidentes do trabalho, sobretudo em nosso país. Há claras evidências de que as penalizações existentes na legislação atual, não estão arrefecendo os números e muito menos provocando ações de eliminação, ou pelo menos de diminuição, dos riscos no ambiente do trabalho.

Talvez a monetização dos acidentes de trabalho não seja o suficiente, pois fácil é pagar a reparação através de dinheiro, difícil seria se o agente fosse responsabilizado e tivesse que responder de forma mais coercitiva, através de pena. Ninguém quer criar penas na responsabilização dos acidentes de trabalho de uma forma leviana, porém a simples possibilidade provoca o temor e este provoca as ações de contenção dos riscos.

É fato também, na análise pelos grupos de casos, que a imputação objetiva, se não traz maiores alterações em alguns julgados, é fundamental na reversão em outros casos. O acréscimo das questões concernentes a teoria do risco, trazem uma riqueza na interpretação dos casos, que provocam uma reviravolta acentuada nas decisões até agora proferidas. É de notar que as decisões mudariam, na maioria dos casos, para um veredicto mais favorável ao réu, o que é importante para a questão da segurança jurídica.

É fato também, constatado através da análise dos mais diversos ramos do direito, que a legislação mostra cada vez mais a preocupação da proteção aos indivíduos, especialmente no ambiente do trabalho. Percebe-se a ausência, de uma forma mais contundente, do Direito Penal, e claramente no que concerne a

acompanhar a rápida evolução das sociedades pós-industriais, num caminho que indicaria uma expansão das políticas criminais nesta realidade.

De outra parte uma constatação desta pesquisa se faz necessária abordar. É a relativa escassez de obras publicadas na área da teoria da imputação objetiva voltadas às conseqüências danosas dos acidentes do trabalho, principalmente em nosso país. E é praticamente nula a análise deste quesito, da imputação objetiva penal, quando se fala do ambiente do trabalho, pela ocorrência dos graves acidentes que ocorrem neste ambiente, numa flagrante agressão ao bem jurídico protegido.

Desta forma se reafirma a convicção de que este é um tema que não se esgota, pelo contrário, sempre apresenta mais interrogações e dúvidas, num claro desafio a novas reflexões e ações, para que se avance naquilo que não atende mais as necessidades sociais.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BECK, Ulrich. **La sociedad del riesgo: hacia una nueva modernidad**. Barcelona, Ediciones Paidós Ibérica SA, 1998.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 8ª ed. 3ª reimpr. São Paulo: Editora Atlas, 2009.

CAVEIRO, Percy García. **La Responsabilidad Penal Del Administrador de Hecho de La Empresa: Cráterios de Imputación**. Barcelona: Jose Maria Bosch Editor, 1999.

DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. 11ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

DIETER, Cristiane. **Condições de adaptabilidade dos indivíduos lesados em acidentes de trabalho para reintrodução em atividade laboral**. Novo Hamburgo, Feevale, 2004. Trabalho de Conclusão Graduação, Centro Universitário Feevale, 2004.

DIETER, Cristiane e RENNEN, Jacinta S. **Condições de adaptabilidade dos indivíduos lesados em acidentes de trabalho para reintrodução em atividade laboral**. Revista Reabilitar, Ano 8 n. 30. São Paulo, Pancast Editora, 2006.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**, v. 7 : responsabilidade civil. 17 ed. São Paulo, Saraiva, 2003

DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a sério**. Trad. Nelso Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

FELIPE, J. Franklin Alves. **Indenização nas obrigações por ato ilícito**. 3. ed. Belo Horizonte, Del Rey, 2000.

FERNANDES, Annibal. **Acidentes do trabalho**. São Paulo, LTr, 1995.

GIL, Antônio Carlos. **Como elaborar projetos de pesquisa**. 3ª ed. São Paulo, Atlas, 1996.

HART, Herbert L. A. **O Conceito de Direito**. 2ª ed. Trad. A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.

HERKENHOFF, João Batista. **Para onde vai o direito – reflexões sobre o papel do direito e do jurista**. 3. ed. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2001.

IHERING, Rudolf Von. **A Finalidade do Direito – Tomo I**. Campinas, Bookseller, 2002.

JESUS, Damasio E. de. **Imputação Objetiva**. 3 ed. rev. e atual. São Paulo, Editora Saraiva, 2007.

KANT, Emmanuel. **Doutrina do direito**. 2ª. ed. Trad. Edson Bini. São Paulo, Ícone Editora, 1993.

KELSEN, Hans. **A justiça e o direito natural**. Trad. João Batista Machado. Coimbra, Almedina, 2001.

LA CUEVA, Mario de. **Panorama do Direito do Trabalho**. Trad. Carlos Alberto Gomes Chiarelli. Porto Alegre, Livraria Sulina, 1965.

LIMA, Alvino. **Culpa e Risco**. 2ª ed. revista e atualiz. Prof. Ovídio Rocha Barros Sandoval. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

LUHMANN, Niklas. **Sociologia del Riesgo**. México, Universidad Iberoamericana / Universidad de Guadalajara, 1992.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do Trabalho**. 23ª ed.- 2ª reimpr. São Paulo: Atlas, 2007.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de Direito do Trabalho: história e teoria geral do direito do trabalho: relações individuais e coletivas do trabalho**. 19ª ed. Ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 2004.

OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. **Proteção jurídica à saúde do trabalhador**. 3. ed. São Paulo, LTr, 2001.

PASTORE, José. **Oportunidades de trabalho para portadores de deficiência**. São Paulo, LTr, 2000.

PEDROTTI, Irineu Antonio. **Doenças Profissionais ou do trabalho**. 2ª ed. São Paulo, Livraria e Editora Universitária de Direito Ltda, 1998.

PEREIRA, Maurício Gomes. **Epidemiologia teoria e prática**. Rio de Janeiro, Guanabara Koogan, 1995.

PLÀ RODRIGUEZ, Américo. **Princípios do Direito do Trabalho**. Trad. Wagner D. Giglio. São Paulo: Ltr Editora, 1978.

RÃO, Vicente. **O Direito e a Vida dos Direitos**. 5 ed. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1999.

ROXIN, Claus. **Funcionalismo e imputação objetiva no direito penal**. Trad. Luiz Greco. 3. ed. Rio de Janeiro, Renovar, 2002.

SAAD, Teresinha Lorena Pohlmann. **Responsabilidade Civil da Empresa nos Acidentes do Trabalho**. 3ª ed. São Paulo, LTr, 1999.

SERPA LOPES, Miguel Maria de. **Curso de Direito Civil**. 5. ed. Vol. V. Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 2001.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais**. Trad. Luiz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2002.

TORTORELLO, Jayme Aparecido. **Acidentes de Trabalho: teoria e prática**. 2ª ed. São Paulo, Saraiva, 1996.