

A OBJETIVAÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO EMPREGADOR NOS CASOS DE ACIDENTE DE TRABALHO^{1*}

*Neila Raquel Pereira da Silva^{2**}*

Resumo: O presente trabalho objetiva apresentar a problemática acerca da aplicabilidade da responsabilidade objetiva em face da responsabilidade subjetiva inculpada em norma constitucional nas relações de trabalho, demonstrando que a ampliação do rol constitucional de proteção social ao trabalhador foi ampliado por norma infraconstitucional. Para tanto, utilizou-se do método dedutivo, através da pesquisa doutrinária na seara *jus laboral* e constitucional. A pesquisa logrou demonstrar que a aplicabilidade do citado instituto nos casos de acidente de trabalho ocasionado em razão de atividades de risco tem aceitação na doutrina e jurisprudência, e encontra autorização na Constituição. Tal atividade de risco deve ser aferida no caso concreto, de modo que nestas situações, não há óbice a aplicabilidade da responsabilidade civil objetiva nas relações trabalhistas.

Palavras-Chave: Princípios, indisponibilidade de direitos, responsabilidade civil, atividades de risco.

INTRODUÇÃO

A indenização decorrente da violação do instituto da responsabilidade civil repercute nos diversos ramos jurídicos. A exemplo disso, uma das grandes inovações trazidas pelo Código Civil de 2002³, insere no parágrafo

1 * Trabalho de Conclusão do Curso de Direito, apresentado no segundo semestre do ano de 2010, no Centro Universitário Jorge Amado.

2 ** Acadêmica do curso de Direito do Centro Universitário Jorge Amado – UNIJORGE.

3 O Código Civil de 2002 será adiante designado por CC.

único do artigo 927, foi a imposição da obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do prejuízo implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem. Assim, nesses casos foi instituída a responsabilidade objetiva que não se restringe ao âmbito do Direito Civil, mas alcança, inclusive, as relações de trabalho, confrontando-se com a responsabilidade subjetiva do empregador, que faz depender de dolo ou culpa instituída pela Constituição Federal, precisamente no seu artigo 7º, inciso XXVIII.

Diante do novo texto civilista, o presente trabalho assume como objetivo geral identificar incidência da responsabilidade civil objetiva nas relações de trabalho. Para tanto, define como questionamento se o CC, art. 927, §único ampliou a proteção ao trabalhador inscrita na CF⁴, art. 7º, XXVIII.

O presente estudo trabalha com a hipótese de que, com a inovação inserida pelo Código Civil, há ampliação da proteção do trabalhador por meio da objetivação da responsabilidade civil do empregador, desde que o dano causado ao empregado tenha sido em virtude de acidente de trabalho nas atividades de risco.

Foi utilizado como metodologia a pesquisa bibliográfica, tais como livros e artigos científicos.

Destarte, para alcançar os objetivos propostos no presente estudo, este se encontra dividido em 02(duas) partes, além de introdução e conclusão. No primeiro capítulo, é feita uma análise principiológica do Direito do Trabalho, demonstrando a proteção ao trabalhador por meio do princípio da indisponibilidade dos direitos trabalhista e o seu reconhecimento constitucional. É, também, demonstrado o caráter imperativo pelo qual as normas laborais são cobertas.

Em seguida, no 2º capítulo é realizada uma análise da responsabilidade civil, especificamente no âmbito trabalhista, e, ainda como se deu sua evolução legal, para ao final demonstrar a recepção de norma infraconstitucional, em face da norma insculpa na Constituição, ensejando, assim, a objetivação da responsabilidade civil do empregador.

PRINCIPOLOGIA - CONSIDERAÇÕES GERAIS

4

A Constituição Federal de 1988 será adiante designada por CF.

O Direito do Trabalho, enquanto ramo autônomo da ciência jurídica, tutela a relação de emprego – trabalho subordinado típico – e as situações que lhes são conexas - domésticos, avulsos, temporários, pequenos empreiteiros -, bem assim, regula a aplicação de medidas protetivas ao trabalhador. O principal fundamento para a construção desse arcabouço jurídico consiste na necessidade de proteção do trabalhador, frente a sua hipossuficiência social, econômica e jurídica própria do contexto advindo da Revolução Industrial européia e do liberalismo econômico que se desenvolveu em paralelo.

A necessidade da intervenção estatal tornou-se evidente, com o fito de minimizar o desequilíbrio entre os atores sociais. No Brasil, devido ao atraso da sua Revolução Industrial, o Direito do Trabalho se desenvolve concomitantemente àquele fenômeno econômico, desenvolvendo um complexo de normas, as quais definiam patamar mínimo protetivo. A estrutura dessas normas, historicamente, se desenvolveu a partir de princípios que lhes são peculiares e que, na atualidade, passam a sofrer reestruturação em virtude das modificações ocorridas nas últimas décadas pela flexibilização da legislação trabalhista brasileira.

Em que pese a ocorrência de tais modificações, insta salientar que, enquanto o empregado for subordinado juridicamente ao empregador, haverá sempre um Direito laboral protetor e cogente, ao passo que ainda é possível identificar a existência de uma “principiologia do direito do trabalho”, pela qual concede uma estrutura e um respaldo ao Direito pelos valores que nele se insere, sendo que tais princípios serão aplicados conforme as realidades e as exigências dos fatos a que se põe em determinado momento.

Os princípios jurídicos cumprem uma tríplice função, conforme indicado por De Castro (apud RODRIGUEZ, 2000, p.43-44), como função informadora, que orienta o legislador na edição de normas, servindo de fundamento para todo o ordenamento jurídico; função normativa, que atua como fonte supletiva, sendo meio de integração de direito nas lacunas ou omissões das leis - a legislação brasileira prevê, na Lei de Introdução do Código Civil em seu artigo 4º, autorização ao Juiz, quando a Lei for omissa, a decidir de acordo com analogia, costumes e os princípios gerais de direito, bem assim, há na CLT mesma previsão, incluindo por sua vez os princípios específicos do Direito do Trabalho; por fim, a função

interpretativa, que, nos casos de conflitos de interpretação entre as normas, servem como critério orientador do juiz ou intérprete. Em suma, são, pois, postulados mais gerais e importantes a partir dos quais se devem deduzir todas as normas de um ordenamento.

As funções dos princípios gerais do direito é abarcada pelos princípios especiais do âmbito laboral, os quais também incidem sobre a atividade jurisdicional, de modo a reajustar as estruturas jurídicas deficientes, nestes casos, relacionadas à proteção do trabalhador. São, assim, como já abordado, importantes instrumentos de integração e harmonização das normas trabalhistas, que por constituírem o fundamento do ordenamento jurídico do trabalho, deverão orientar os operadores do direito, sob seu ideal de justiça social.

O Direito do Trabalho possui um caráter especial em sua atividade, no qual obedece, como já dito, ao ideal da justiça social, assim, tendo em vista que a sua preocupação central é a tutela da parte hipossuficiente, ocupada nesse contexto pelo empregado, o direito laboral tem por fundamental princípio o da proteção ao trabalhador, visando, pois, atenuar a reconhecida desigualdade econômica das relações trabalhistas.

Nesse sentido cumpre transcrever as palavras de Couturier:

O assalariado é um contratante vulnerável, explica ele, porque, na execução do contrato, sua própria pessoa está implicada ou corre o risco de ser implicada. Ela já o é porque o contrato de trabalho incide em particular sobre a atividade física e, pois, de um certo modo, sobre o corpo do empregado. A esse respeito, a tomada de consideração da vulnerabilidade se exprime em exigências de segurança física. Historicamente, é certo que a proteção dos trabalhadores pelo direito começou precisamente pelas regras relativas à higiene e à segurança do trabalho. Essa vulnerabilidade é consequência ainda da subordinação em que o contrato coloca o empregado. Esta e também, mais precisamente, certas obrigações contratuais particulares do assalariado são suscetíveis de pôr em causa suas liberdades fundamentais. A proteção do trabalhador deve, portanto, se desenvolver também a esse nível: todas as preocupações devem ser adotadas para que a subordinação do trabalhador fique limitada à prestação do trabalho e para que, mesmo na execução deste, o respeito à pessoa e às suas liberdades inalienáveis prevaleça. (apud SILVA, 1999, p.24)

Bem assim leciona Rodriguez (2003, p.81) comentando sobre a atuação do princípio protetor afirma que “orienta o Direito do Trabalho, pois este, ao invés de inspirar-se num propósito de igualdade, responde ao objetivo de estabelecer um amparo prefacial a uma das partes: o trabalhador. Ademais, entende o citado doutrinador que o Princípio da Proteção relacionado à própria razão de ser do direito do trabalho – desigualdade entre empregado e empregador - se expressa em três regras: *in dubio pro operario*, da norma mais favorável e da condição mais benéfica, ao passo que explica Delgado (2009, p.183), o princípio da proteção não se desdobra apenas nas citadas dimensões, ensina, pois, que todos outros princípios especiais também criam, no âmbito de sua abrangência, uma proteção peculiar aos interesses do obreiro.

Forjado por fatos econômicos e sociais típicos, o Direito do Trabalho assentou neles seus preceitos estruturais, de modo a ganhar identidade própria e marchar na direção de sua autonomia científica. Não duvidamos em afirmar que seu princípio primário, do qual emergiram, por desdobramento, todos os demais, é o da proteção do hipossuficiente econômico. Deles os mais significativos são: Princípio da irrenunciabilidade de direitos; princípio da continuidade da relação de emprego; princípio da primazia da realidade. (PINTO, 2003. p.79)

Como pode-se verificar, tentar enumerar princípios é, sem dúvida, um assunto pelo qual a doutrina não chega a um consenso, de modo que há inúmeras variações nos princípios apresentados. Ensina Silva (1999, p.20) que Perez Botija foi o primeiro a individualizar os princípios especiais do Direito Trabalho, apresentando, o citado jurista a seguinte posição: “Para nós os princípios especiais do Direito do Trabalho pátrio são os de proteção, *in dubio pro operario*, norma mais favorável, condição mais benéfica, irrenunciabilidade, continuidade, igualdade de tratamento, razoabilidade e primazia da realidade.”

Em que pese as diversas enumerações aqui trazidas, cumpre informar que além dos princípios citados, existe um outro, objeto de análise do presente estudo, igualmente decorrente da proteção ao trabalhador, trata-se do princípio da indisponibilidade dos direitos do trabalhador. Será feita uma análise sobre o princípio em apreço e, bem assim, será analisado o caráter imperativo das normas trabalhistas. Mais adiante, será demonstrada a relação existente entre o princípio sob estudo e a norma protetiva do trabalhador insculpida na Constituição Federal em seu artigo 7º.

DA INDISPONIBILIDADE DOS DIREITOS

A indisponibilidade consiste na impossibilidade legal de se transigir acerca de direitos, independentemente do desejo do seu titular. No Direito do Trabalho, a condição social do trabalhador e a sua condição humana foram observadas para fixar os limites de direitos transigíveis, observando-se grande incidência da indisponibilidade nesse ramo jurídico. Assim, enquanto nos demais ramos do direito há possibilidade da pessoa privar-se voluntariamente de uma faculdade ou de benefícios que possui, no âmbito laboral tem-se a seguinte regra: ninguém pode privar-se de direitos postas em seu proveito, salvo disposição em contrário. Eis aqui a sua peculiaridade, a regra geral no Direito do Trabalho é a indisponibilidade dos direitos, excetuando-se os casos previstos em lei.

A tutela imperativa do trabalhador é mais ampla no concernente aos atos de disposição, em favor do empresário, dos direitos derivados das normas inderrogável. Neste caso a indisponibilidade assume as formas da irrenunciabilidade e da intransigibilidade. A lei estabelece a invalidade das renúncias e das transações que têm por objeto os direitos indicados, tanto nos casos em que tais negócios são concluídos no ato de constituição da relação de trabalho ou durante a mesma, como nos casos em que eles são celebrados depois do seu término. Esta última hipótese se justifica pela necessidade de reforçar a posição do trabalhador frente ao empresário, assegurando das duas partes. (RODRIGUEZ, 2000, p. 146)

O princípio em tela se traduz na “inviabilidade técnico-jurídica de poder o empregado despojar-se, por sua simples manifestação de vontade, das vantagens e proteções que lhe asseguram a ordem jurídica e o contrato” (DELGADO, 2009, p.186). Trata-se de uma tutela limitativa de sua autonomia de vontade a fim de ver protegido o obreiro do seu contexto de sujeição sócio-econômica, que tem por princípio norteador a proteção ao hipossuficiente, pelo que se busca equilibrar a relação entre o empregado e o empregador, conferindo àqueles direitos que não podem ser abdicados. Trata-se de aplicação do ideal de igualdade aristotélica (tratando os desiguais de forma desigual, na medida da sua desigualdade).

Cabe, por oportuno, salientar que não são todos os direitos que são indisponíveis. Com a evolução das relações econômicas, a intervenção

estatal perde o caráter de melhor medida de tutela e as reformas legislativas incorporam a lógica daquilo que vem sendo chamado contemporaneamente de neoliberalismo, onde se percebe a primazia das relações privadas sobre a ingerência estatal em sua regulamentação. No Direito do trabalho isso reflete-se na flexibilização das normas, pela qual, “os sistemas legais prevêem fórmulas opcionais ou flexíveis de estipulação de condições de trabalho, seja pelos instrumentos da negociação coletiva, ou pelos contratos individuais, seja pelos próprios empresários”. (SUSSEKIND, 2003, p. 202)

Há doutrinadores que salientam que a indisponibilidade inata aos direitos juslaboral não cumpre a exata rigidez aqui tratada, isto por que, há direitos que são cobertos pela indisponibilidade relativa, enquanto outros são cobertos pela indisponibilidade absoluta. Nesse diapasão, assevera Delgado (2009, p.201) será absoluta quando o direito invocado merecer uma proteção de interesse público, por traduzir um patamar mínimo civilizatório firmado pela sociedade em um dado momento histórico, exemplo disso a assinatura da CTPS, salário mínimo, normas de higiene, saúde e segurança do trabalho. Por outro lado, a indisponibilidade será relativa quando, o direito sob foco traduzir interesse individual ou bilateral simples, sem o conteúdo mínimo civilizatório, permitindo, pois, transações, desde que não resulte em efetivo prejuízo ao empregado, exemplo: modalidade de salário, compensação de jornada.

Vê-se que o despojamento dos direitos dos trabalhadores está limitado a fim de garantir o mínimo de proteção àquele que se encontra em situação de subordinação econômica, de modo a atenuar as desigualdades jurídicas que se evidenciam entre as partes na relação de trabalho. O presente estudo, por se tratar da responsabilidade civil do empregador nos casos de acidente de trabalho, está assim, imantado pela indisponibilidade absoluta, já que, como será verificado mais à frente, a incidência das normas de proteção à saúde e segurança do trabalhador, revelam conteúdo civilizatório mínimo, que não está à mercê de transação ou renúncia.

DO CARÁTER IMPERATIVO DAS NORMAS TRABALHISTAS

Diversos autores enfatizam o caráter imperativo das normas de Direito do Trabalho para justificar a irrenunciabilidade/indisponibilidade de seus

institutos. Seria, pois, “ao nível de proteção abaixo do qual não se pode admitir o trabalho humano com dignidade”. (ALMEIDA, apud SUSSEKIND, 2003)

Por oportuno, saliente-se a distinção existente entre normas imperativa e normas dispositivas, correspondente à divisão entre *jus cogens* e *jus dispositivum*. Segundo Rodriguez (2000, p.149), *jus cogens* é composto por normas que devem ser cumpridas qualquer que seja a vontade das partes, por outro lado, *jus dispositivum* é integrado pelas normas que se devem cumprir só quando as partes não tenham estabelecido outra coisa.

Rodriguez (2000, p.150) destaca o entendimento de Mario de La Cueva, que inclui todo o Direito do Trabalho no *jus cogens*, pregando que suas normas devem ser cumpridas qualquer que seja a vontade das partes.

O Direito do Trabalho, como direito imperativo e garantia constitucional, ao regular as relações entre o capital e o trabalho, se dirige, por um lado, a cada patrão e a cada trabalhador, por ocasião dos estabelecimento das relações e, por outro lado, ao Estado, enquanto o obriga a zelar para que as relações se constituam na forma dos princípios contidos na lei e nas normas que a suprem, e sejam por elas governados. Sem este caráter imperativo manifesto nessa dupla direção da norma, não seria o Direito do Trabalho um mínimo de garantias, nem preencheria sua formação; pois se a idéia se garantia, seja individual ou social, faz referência àquelas normas cuja observância se considera essencial para realização da justiça, deixá-las subordinadas à vontade de trabalhadores e patrões equivale a destruir seu conceito, como princípio de cuja observância é o Estado encarregado. (CUERVA, 1945, apud RODRIGUEZ, 2000, p. 149)

Em que pese tal posicionamento, cabe ressaltar que, o caráter imperativo das normas trabalhistas, bem como a sua essência social, há em si, um conteúdo protetivo que tem como alvo o interesse público coletivo, de modo que prevalece o amparo ao trabalhador como ser humano, efetivando-se, pois, a justiça social. Nesse sentido, assim como defende, Gottschalk (1995) não se justifica a generalização do Direito do Trabalho vinculado na sua totalidade ao no *jus cogens*, visto que caracterizá-lo dessa forma, seria a eliminação da vontade privada como força juridicamente relevante na elaboração normativa das relações jurídicas disciplinadas por ele.

Em que pese tais posicionamentos aqui abordados, leciona Delgado (2009, p.186) sobre o princípio:

Informa tal princípio que prevalece no seguimento juslaborativo o domínio de regras jurídicas obrigatórias, em detrimento de regras apenas dispositivas. As regras justralhistas são, desse modo, essencialmente imperativa, não podendo, de maneira geral, ter sua regência contratual afastada pela simples manifestação de vontade das partes. Nesse quadro, raro são os exemplos de regras dispositivas no texto da CLT, prevalecendo uma quase unanimidade de preceitos imperativos no corpo daquele diploma legal.

Demais disso, consoante ensinamentos de Barros (1997, p.128)

Dentro do suposto da hierarquia das normas que regulam o trabalho observar-se-á, no direito Brasileiro, o princípio dos conteúdos mínimos, isto é, a tendência a criarem direito as normas superiores e sempre poderão criá-lo mais favoravelmente as normas inferiores, até chegar-se à norma contratual, que tudo pode, desde que não contrarie a convenção coletiva ou a sentença normativa (normas imediatamente acima), a lei (ainda acima) e a Constituição (no ápice). Os arts. 444 e 468 da Consolidação das Leis do Trabalho dão nítida idéia da execução do princípio do favorecimento no Direito Brasileiro.

Diante da finalidade precípua do Direito Laboral, qual seja, assegurar melhores condições ao obreiro, podando as deficiências a que possam acobertar as relações trabalhistas, possui em seu bojo normas imperativas e inafastáveis, desde que concedam maior proteção ao trabalhador.

Assim, o caráter imperativo das normas trabalhistas, por vezes tratado como princípio, informa que deve haver prevalência destas, enquanto impõe conteúdo mínimo civilizatório, bem assim, quando se tratarem de norma jurídicas de ordem pública, sendo este elemento indispensável à eficácia de grande parte das normas trabalhistas.

Isto posto, frise-se que, não podem as partes, via de regra, afastarem as normas laborais da condição imperativa mediante declaração vontades, caracterizando, na oportunidade, limite à autonomia das partes quanto ao ajuste das condições contratuais trabalhistas. Corrobora posicionamento de Krotoschin (1947, apud SUSSEKIND, 2003, p.198) “Prevalece a norma não

imperativa quando só tem em vista um interesse individual. Por seu turno, a norma se impõe de um modo imperativo quando o interesse amparado é o da sociedade”

O FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL DA INDISPONIBILIDADE

A Constituição Federal se consolidou como “constituição cidadã” por promover em cláusulas pétreas a igualdade, a liberdade, a justiça e a alternância de poderes. Como instrumento da cidadania assegura os direitos fundamentais, destacando-se neste trabalho os direitos sociais⁵ insculpidos na Constituição Federal, artigo 7º, cujo *caput* fixa o limite da indisponibilidade dos direitos trabalhistas: “CF, art.7º. *caput*. São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social”. E, segue-se o rol exemplificativo dos direitos sociais.

Os direitos sociais insertos no texto constitucional, por serem exemplificativos, não exaure os direitos fundamentais dos trabalhadores, na verdade, a norma em tela representa um conjunto mínimo de proteção ao empregado para que trabalhe em condições dignas. Eis aqui o diferencial no âmbito trabalhista, busca-se garantir a dignidade do trabalhador. Tal entendimento é extraído do próprio texto constitucional à parte final do *caput* do art.7º “*além de outros que visem à melhoria da condição social*”. Nesse sentido, destaca-se lição de Nascimento (1991, p.40) “A Constituição deve ser interpretada como um conjunto de direitos mínimos e não de direitos máximos, de modo que nela mesma se encontra o comando para que direitos mais favoráveis ao trabalhador venham a ser fixados através da lei ou das convenções coletivas.”

Nesse passo, acaso ocorram disparidades entre normas jurídicas a se adequarem ao caso concreto, deverá ser aplicada aquela que for mais favorável ao empregado, independente, pois, de critérios temporais, hierárquicos ou de especialidade normativa, salvo proibição por lei.

Assim, firmado entendimento de que o dispositivo constitucional

5 Para Silva (2004) os direitos sociais consistem em dimensão dos direitos fundamentais do homem que resultam de prestações positivas estatais, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais.

sob análise resguarda em seu bojo um conteúdo mínimo civilizatório, cumpre registrar que se trata de disposições cobertas pelo princípio da indisponibilidade, salvo condições estabelecidas pela própria lei que fundamentam a teoria da flexibilização do caráter imperativo laboral, por meio de negociações coletivas, condições de trabalho transigíveis individualmente, , convenções e acordos coletivos de trabalho, dentre outros. Isto porque, significativa parte das normas trabalhistas exprime comando de ordem pública, de maneira que o rol elencado no art. 7º da CF/88 perderia eficácia e efetividade, e, bem assim, a previsão da aplicação da norma mais benéfica, acaso pudesse o trabalhador - contratante economicamente débil - dispor de tais direitos.

Pois bem, compreendido aspectos principiológicos acima, far-se-á uma análise conjugada da CF, art. 7º, XXVIII e do CC, art. 927, §único, normas que remetem à tutela da responsabilidade civil nas relações de trabalho. Os dispositivos citados referem-se respectivamente a responsabilidade civil subjetiva e objetiva e seu estudo tem o intuito de verificar qual delas será utilizada quando da caracterização da responsabilidade civil do empregador nos acidentes de trabalho.

NOÇÕES PRELIMINARES SOBRE RESPONSABILIDADE CIVIL NO ÂMBITO TRABALHISTA

O dano civil e a responsabilidade civil que o mesmo acarreta são temas que vêm ganhando muito destaque no cenário jurídico nos últimos anos e, principalmente, no âmbito laboral. Saber estabelecer parâmetros para os direitos lesados, quantificar o dano atingido moralmente e estabelecer até que ponto os autores são responsáveis civilmente pelos danos dos lesados são respostas que vem sendo discutidas no campo acadêmico. De regra geral aplica-se a definição de Diniz (2004, p.40) “[...] A responsabilidade civil requer prejuízo a terceiro, para particular ou Estado, de modo que a vítima poderá pedir reparação do dano, traduzida na recomposição do *status quo ante* ou em uma importância em dinheiro”.

A autora distingue a responsabilidade civil da responsabilidade penal, pois esta pressupõe lesão aos deveres para com a sociedade, acarretando um dano

social pela violação de norma penal. Assim, a diferença entre ambas consiste na pessoa do lesado e na natureza da norma violada, pois o dano decorrente da responsabilidade civil é sempre causado a terceiro, particular ou o Estado, de modo que a vítima possa buscar o ressarcimento e tem como objeto a violação de todas as normas que não sejam de Direito Penal (*ultima ratio*). Prossegue ensinando, ainda, que dupla é a função da responsabilidade, qual seja, a de garantir o direito do lesado, e servir como sanção civil, de natureza compensatória, punindo o lesante e desestimulando a prática de atos lesivos.

O surgimento da Responsabilidade Civil concretiza-se de diversas formas. No sistema jurídico nacional são encontradas duas espécies de Responsabilidade Civil, a contratual e a extracontratual, sendo que a primeira espécie encontra-se concentrada na seara da inexecução obrigacional, de regra, deve-se haver o respeito com todas as cláusulas contratuais, de modo que aqueles que não cumprirem estas cláusulas estarão submetidos à pena de responsabilidade, encontra-se disciplinada nos artigos 389 e s. e 395 e s (Código Civil 2002).

Por outro lado, a responsabilidade civil extracontratual, a contrário da anterior, não deriva de contrato, de modo que não há vínculo anterior entre o agente causador do prejuízo e a vítima. Também chamada de responsabilidade aquiliana, o agente causador do dano infringe um dever legal, seu fundamento jurídico encontra-se previsto nos artigos 186 a 188 e 927 e s. do Código Civil.

Em que pese a regra da responsabilidade fundamentar-se na prática de atos ilícitos, cumpre observar que, como se verá no curso desse trabalho, pode ainda, essa obrigação decorrer do exercício de uma atividade perigosa. A título de exemplo: O dono da máquina que, em atividade (acidentes de trabalho, p. ex.), tenha causado dano a alguém responde pela indenização não porque tenha cometido propriamente um ato ilícito ao utilizá-la, mas por ser quem, utilizando-a em seu proveito, suporta o risco. (GONÇALVES, 2003, p.29)

Diante das considerações acima, segundo diversos doutrinadores, a responsabilidade civil revela-se um tema de extrema importância na seara civilista, entretanto, não está adstrita a esse ramo, isto porque é possível perceber seus reflexos em grande parte das esferas jurídicas. Assim, no campo do Direito Laboral, mesmo que seja reconhecido por ser um ramo especializado do direito, vê-se a aplicabilidade da responsabilidade civil

nas relações trabalhistas quando da leitura do artigo 8º, parágrafo único, da CLT, cujo teor é o seguinte: “O direito comum será fonte subsidiária do direito do trabalho, naquilo em que não for incompatível com os princípios fundamentais deste”.

O Direito do Trabalho, como já dito em momentos anteriores, visa estabelecer uma relação mais justa entre estas partes (empregador/empregado). Assim, a responsabilidade civil recai sobre essa relação de emprego, que segundo os professores Gagliano e Pamplona Filho, são elementos indispensáveis (essenciais) para a caracterização da relação de emprego

a) *Pessoalidade*: o contrato de emprego é estabelecido intuito personae (personalíssimo), havendo sua descaracterização quando o trabalhador (expressão aqui usada na sua acepção mais genérica) puder se fazer substituir por outro, independentemente da manifestação de vontade da parte contrária; b) *Onerosidade*: o contrato de trabalho subordinado, definitivamente, não é gratuito, devendo haver sempre uma contraprestação pelo labor desenvolvido. A ausência de tal retribuição, quando não for a hipótese de inadimplemento contratual, inferirá algum outro tipo de avença, como, por exemplo, o trabalho voluntário; c) *Permanência ou não-eventualidade*: nesse requisito, entenda-se a idéia de habitualidade na prestação laboral. Para a presença desse elemento, não se exige o trabalho em todos os dias da semana, mas, sim, tão-somente, com uma periodicidade razoável, como, por exemplo, no caso do garçom que trabalha somente de quinta-feira a domingo em um clube social. Os trabalhos episódicos, típicos do sujeito conhecido como “biscateiro”, não implica em reconhecimento de vínculo empregatício; d) *Subordinação*: trata-se do estado em que se coloca o empregado perante o empregador, quando por força do contrato individual, põe sua energia pessoal à disposição da empresa para a execução dos serviços necessários aos seus fins (...). (GAGLIANO e PAMPLONA FILHO, 2008, p. 234-235)

No que concerne aos sujeitos da relação de emprego, atores do contrato de trabalho, tem-se de um lado o empregador e do outro o empregado, cujo conceito legal é resultado da leitura conjunta da CLT, arts. 2º e 3º. Definidas as partes dessa relação e as obrigações legais e contratuais de cada uma delas, depreende-se do contexto de hipossuficiência do empregado e de superioridade econômica do empregador a necessidade das normas civis

também se constituírem com observância do princípio protetivo quando incidentes nas relações de trabalho. Assim, sobre a responsabilidade civil destaca-se o CC, art. 932, III: “São também responsáveis pela reparação civil: III – o empregador ou comitente, por seus empregados, serviçais ou prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele”.

Demais disso, saliente-se, ainda, que a nova concepção de responsabilidade civil que vigora no ordenamento pátrio abarca duas teorias, quais sejam a teoria da responsabilidade civil subjetiva e a teoria do risco (responsabilidade objetiva). Antes de entendê-las, observe-se que, tendo em vista que o presente estudo versa sobre a responsabilidade civil do empregador pelos danos causados ao empregado diante dos acidentes de trabalho, é possível perceber claramente a predominância das citadas teorias, e, bem assim, a existência de um conflito aparente entre a CF, art. 7º, XXVIII, que assegura a responsabilidade subjetiva do empregador e o CC, art. 927, §único, que prevê a responsabilidade objetiva no caso de risco profissional.

Em momentos anteriores aqui tratados, restou claro que o Direito do Trabalho foi estruturado a partir de princípios dentre os quais, o da proteção ao obreiro ganha maior destaque quando se está diante de conflito entre normas. Ademais, a Constituição brasileira, resguardou direitos mínimos aos trabalhadores e que, por questões de ordem pública, não podem os mesmos dispor de tais garantias. Assim, tais parâmetros colaboram para compreender qual das teorias deverá ser aplicada em situações de danos causados a empregados em decorrência do acidente de trabalho, uma vez que a responsabilidade subjetiva será aplicada como o mínimo protetivo, devendo, na compreensão de uma constituição cidadã, evoluir na proteção da dignidade do trabalhador e deixar incidir a norma infraconstitucional como forma de aumento do arcabouço legal protetivo, o que será visto a partir da definição de cada uma das tórias que caracterizam a evolução legal do instituto da responsabilidade civil.

EVOLUÇÃO LEGAL DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Assim como diversos outros institutos do Direito Civil, a responsabilidade civil tem como ponto de partida o Direito Romano. Nos primórdios da

humanidade, predominava a idéia de vingança privada, o Direito, ainda, não imperava, sendo a justiça exercida pelas próprias mãos, sob a égide da lei de talião – olho por olho dente por dente.

Não havia noção de culpa, o dano bastava, fato que possibilita classificar a responsabilidade como objetiva, sendo, pois, resultado da reação da vítima em razão do ato sofrido. No entanto, tal fase fora superada ante as mudanças estruturais do Estado, que impôs conforme seu poder soberano, a proibição à vítima de fazer “justiça com as próprias mãos”. Nesse momento havia uma tarifação dos danos, sendo estabelecido valor específico para cada tipo de lesão.

Grande marco da evolução histórica da responsabilidade civil, bem como da sua solidificação, se deu com a edição da Lei Aquília, segundo Gonçalves (2003) esboça-se um princípio geral regulador da reparação do dano, sendo, pois, desta época as primeiras idéias acerca da noção de culpa. Neste sentido, Mazeud (apud MONTEIRO, 2001, p. 295) “a ação de ressarcimento nasceu no dia em que a repressão se transferiu das mãos do ofendido para o Estado”.

O Direito aos poucos estabeleceu nitidamente um princípio geral da responsabilidade civil, e, conforme Gonçalves (2003, p.6) assim foi-se instaurando princípios os quais exerceram certa influência nos outros povos: direito à reparação sempre que houvesse culpa, ainda que leve, separando-se a responsabilidade civil da responsabilidade penal; a existência de uma culpa contratual e que não se liga nem a crime nem a delito, mas se origina da negligência ou imprudência, generaliza-se, pois, o princípio aquiliano, pelo qual, a culpa, ainda que levíssima, obriga a indenizar.

Entretanto, as transformações ocorridas na vida em sociedade, principalmente a aglomeração da população nos centros urbanos, a inserção de novas tecnologias, dentre outros fatores, intensificou os danos e dificultou a prevalência da teoria clássica da culpa. Isto porque, era quase impossível identificar a causa do dano, bem assim, o elemento culpa em muitos dos casos concretos, fato, este que privava a vítima do ressarcimento, dando ensejo a um desequilíbrio moral entre esta e o causador do dano, consoante ensinamentos de Brandão (2006, p.207).

Assim, fortes no sentimento de solidariedade social e na tendência de propiciar maior proteção às vítimas, percebeu-se a ineficácia da teoria de responsabilização utilizada até então, isto porque “as necessidades sociais de

segurança se têm mesmo de sobrepor às considerações de justiça alicerçadas sobre o plano das situações individuais” (VARELA, 2000, apud BRANDÃO, 2006, p.209). De modo que houve o alargamento do conceito de culpa, sendo, a partir de então, possível admitir-se em certos casos o dever de indenizar, sem necessidade do elemento culpa. Eis aqui a origem da responsabilidade objetiva, também chamada de teoria do risco, sendo utilizada quando a responsabilidade subjetiva mostra-se insuficiente para a proteção da vítima, ao passo que, frise-se, não substituiu a teoria da culpa.

Corroborando o quanto lecionado por Gagliano e Pamplona Filho (2008, p.12):

Assim, num fenômeno dialético, praticamente autopoietico, dentro do próprio sistema se começou a vislumbrar na jurisprudência novas soluções, com a ampliação do conceito de culpa e mesmo o acolhimento excepcional de novas teorias dogmáticas que propugnavam pela reparação do dano decorrente, exclusivamente, pelo fato ou em virtude do risco criado.

Consoante leciona Diniz (2004), a responsabilidade civil subjetiva “se baseia na culpa do agente, que deve ser comprovada para gerar obrigação indenizatória. A responsabilidade do causador do Dano, pois, somente se ele agir com dolo ou culpa”. Assim, caso o agente não tenha incorrido com culpa, não há que se falar em responsabilidade, sendo que a teoria da culpa neste caso está se referindo à culpa em sentido amplo, que vem a conter o dolo e a culpa em sentido estrito. Dessa maneira, tem-se que o gênero é a culpa em sentido amplo, e as espécies desse gênero são o dolo e a culpa em sentido estrito.

Tal condição está resguardada na CF, art. 7º, XXVIII que estabeleceu como fundamento a indenização devida pelo empregador ao empregado, com base no direito comum, apenas quando aquele obrar com dolo ou culpa.

Gagliano e Pamplona Filho (2008, p.246) criticam o entendimento alhures exposto, esclarecendo alguns pontos

- Todavia, parece-nos inexplicável admitir a situação de um sujeito que:
- por força de lei, assume os riscos da atividade econômica;
 - por exercer determinada atividade (que implica, por sua própria natureza, risco para os direitos de outrem), responde objetivamente pelos danos causados;
 - ainda assim, em relação aos seus empregados, tenha o direito subjetivo

de somente responder, pelos seus atos, se os hipossuficientes provarem a culpa...

A aceitar tal posicionamento, vemo-nos obrigados a reconhecer o seguinte paradoxo: o empregador, pela atividade exercida, responderia objetivamente pelos danos por si causados, mas, em relação a seus empregados, por causa de danos causados justamente pelo exercício da mesma atividade que atraiu a responsabilização objetiva, teria um direito a responder subjetivamente [...]

Dessa forma, ganha respaldo a teoria da responsabilidade objetiva, com sua base jurídica na Teoria do Risco, pela qual o elemento culpa não é essencial para concretizar o dever de indenizar. Analisa-se apenas a ocorrência de uma conduta, do dano e a relação de causalidade entre eles, decorrendo daí a obrigação de indenizar. Nesse sentido, leciona Oliveira (2005, p.87)

A modalidade mais aceita e que supera o embaraço anterior é do risco criado, porquanto não indaga se houve ou não proveito para o responsável; a reparação do dano é devida pela simples criação do risco. Segundo o saudoso Caio Mário, 'o conceito de risco que melhor se adapta à condições de vida social é o que se fixa no fato de que, se alguém põe em funcionamento uma qualquer atividade, responde pelos eventos danosos que esta atividade gera para os indivíduos, independentemente de determinar se em cada caso, isoladamente, o dano é devido à imprudência, à negligência, a um erro de conduta, e assim se configura a *teoria do risco criado*.

Para Passos (2001, apud BRANDÃO, 2006, p. 213), o processo evolutivo dos fundamentos da reparação civil não teve lugar por mero capricho de teóricos e, sim, "por imperativo da nova realidade sócio-político-econômica que o capitalismo avançado e os ganhos tecnológicos determinaram". Assim, como já afirmado em momentos anteriores, a responsabilidade civil objetiva tomou forma ante a socialização dos riscos, pela qual deve suportar o risco aquele que da atividade retira proveito ou vantagem do fato causador do dano.

Cumprir frisar que a evolução aqui tratada não se deu de forma repentina, e sim, consoante ensina Brandão (2006, p. 217) por meio do acolhimento pelos tribunais de uma maior facilidade na prova da culpa, que evoluiu para a admissão da culpa presumida, com a inversão do ônus da prova; em seguida,

com a ampliação dos casos de responsabilidade contratual para, finalmente, reconhecer-se o dever de reparação independente da noção de culpa.

Assim, a saber qual teoria caberá ao caso concreto, assim expõe o doutrinador Reale (1978, p. 176-177)

“Responsabilidade subjetiva, ou responsabilidade objetiva? Não há que fazer essa alternativa. Na realidade, as duas formas de responsabilidade se conjugam e se dinamizam. Deve ser reconhecida, penso eu, a responsabilidade subjetiva como norma, pois o indivíduo deve ser responsabilizado, em princípio, por sua ação ou omissão, culposa ou dolosa. Mas isto não exclui que, atendendo à estrutura dos negócios, se leve em conta à responsabilidade objetiva. Este é um ponto fundamental. Pois bem, quando a estrutura ou a natureza de um negócio jurídico implica a existência de riscos inerentes à atividade desenvolvida, impõe-se a responsabilidade objetiva de quem dela tira proveito, haja ou não culpa. Ao reconhecê-lo, todavia, leva-se em conta a participação culposa da vítima, a natureza gratuita ou não de sua participação no evento, bem como o fato de terem sido tomadas as necessárias cautelas, fundadas em critérios de ordem técnica. Eis aí o problema é posto, com a devida cautela, o que quer dizer, com a preocupação de considerar a totalidade dos fatores operantes, numa visão integral e orgânica, num balanceamento prudente de motivos e valores”.

No ordenamento pátrio, o CC, artigos 186 e 927, *caput*, conservou a regra geral da responsabilidade civil subjetiva, fundada na teoria da culpa, prevista no artigo 159 do Código Civil de 1916, pelo qual para a exigência de indenização era preciso a demonstração dos seguintes requisitos: a) Ação ou omissão; b) culpa ou dolo do agente; c) relação de causalidade entre o dano e a conduta e d) dano, que constitui a responsabilidade civil subjetiva.

Entretanto, a novidade abarcada com o advento desse novo Código Civil foi a inserção, como dizem alguns doutrinadores, de uma verdadeira cláusula geral ou aberta da responsabilidade objetiva inculpada no parágrafo único do artigo 927 CC/2002, cujo teor é o seguinte: “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, riscos para o direito de outrem”. Inova, pois, no sentido de acolher a teoria do risco criado, ou seja, a obrigação de indenizar ainda que a conduta não seja culposa.

Assim, por essa apresentação da evolução histórica do instituto sob comento, restou demonstrada a objetivação da responsabilidade civil do empregador decorrente de acidentes de trabalho, incidente, pois, nos casos em que a atividade de risco que, segundo o enunciado 38 do ECJ (Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal), são aquelas que se configuram quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano causar a determinada pessoa um ônus maior do que aos demais membros da coletividade. Insta salientar, por oportuno, que é necessário a presença dos demais requisitos, quais sejam, a ação, nexos de causalidade e dano. Cabe, agora, analisar o dispositivo sob comento.

ANÁLISE DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO EMPREGADOR FACE AS ATIVIDADES DE RISCO REFERIDAS NO ART. 927 CC/2002.

A objetivação da responsabilidade civil do empregador nos casos das atividades de risco se apresenta com a seguinte indagação: é possível incidir a responsabilidade objetiva prevista em norma infraconstitucional face ao preceito contido em norma constitucional, precisamente, no art. 7º XXVIII, CF/88, que como já entendido, trata-se da responsabilidade subjetiva, *in verbis*: “Art. 7º. São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: XXVIII – seguro contra acidentes de trabalho, a cargo do empregador, sem excluir a indenização a que este está obrigado, quando incorrer em dolo ou culpa”?

Diversas são as respostas que podem emergir diante de tal indagação, no entanto, cabe aqui fazer referência ao quanto exposto no presente trabalho em passagem anterior. Pode-se explicar que, pelo próprio texto constitucional, especificamente à parte final do *caput* do artigo 7º ‘além de outros que visem à melhoria de sua condição social’ qualifica como mínimos os direitos enumerados em seus incisos, de modo que autoriza o acréscimo de outros previstos nas mais variadas fontes (lei, sentenças normativas, acordos coletivos, etc.), desde que tenham por finalidade a melhoria da condição social do trabalhador. Não há que se falar, pois, de uma enumeração taxativa; a Constituição Federal estabelece um conteúdo mínimo civilizatório, ao passo que, não pode o legislador diminuí-lo.

Bem assim salienta Brandão (2006, p. 271) “Não há dúvida que essa melhor condição social é obtida quando se abraça a responsabilidade sem

culpa naquelas atividades desenvolvidas no empreendimento que o expõe a um risco considerável, anormal, extraordinário”. Com isso, vê-se que os riscos inerentes a certas atividades não deve ser suportado pelo empregado, mas por seu empregador que é o explorador das atividades econômicas desenvolvidas nesse empreendimento.

Resta evidente que não há problema quando da recepção pela Constituição Federal do artigo 927, § único do Código Civil, pois, frise-se, em seu próprio texto dispõe que o rol é exemplificativo, de modo que, não impede a ampliação ou o acréscimo de outros direitos por meio de lei ordinária, desde que visem à melhoria de sua condição social do trabalhador. De modo que, é perceptível a melhor intenção do legislador ao fazer incidir a responsabilidade objetiva do empregador, quando da atividade realizada gerar risco ao trabalhador.

Constitui, em verdade, uma situação de socialização dos riscos, posto que, o dano decorrente da atividade de risco recairá ou no seu causador, ou na vítima, ao passo que, seria injusto que a parte prejudicada seja aquela que não teve como impedi-lo.

Ademais, mesmo se não fosse esse o entendimento, o claro confronto entre as normas aqui tratado, poderia, ainda, ser sanado por meio da principiologia a que estrutura o Direito do Trabalho. De modo que os princípios, como já entendido, revelam-se tão grande importância ao passo que orientam o legislador diante das antinomias presentes no âmbito jurídico, dando-lhe compreensão e inteligência do sistema jurídico.

Assim, pelo princípio pilar de sustentação do Direito do Trabalho, o Princípio da Proteção, pode-se extrair que havendo pluralidade de normas, deve-se optar pela mais favorável ao trabalhador, de modo que, por tal peculiaridade abarcada por este ramo jurídico, admite-se a incidência de norma hierarquicamente inferior em detrimento a outra que lhe seja superior. Não há, pois, como afastar o entendimento de que a recepção do parágrafo único do artigo 927 CC/2002 exprime, de fato, uma norma mais favorável para o trabalhador.

Ultrapassada a possibilidade da tutela diferenciada ao trabalhador, resta analisar o que quis o Legislador, em seu texto, instituir responsabilidade decorrente da atividade de risco. Urge destacar que, existem diversas variações do risco que ilustram a responsabilidade civil objetiva, assim,

destaque-se, o risco proveito, risco profissional, risco excepcional, risco criado e o risco integral.

O risco proveito refere-se quando fica obrigado a indenizar, aquele que percebe as vantagens e os proveitos de uma determinada atividade, “onde está o ganho, aí reside o encargo”. (CAVALIERI FILHO, 2004, p.146) O risco profissional, por sua vez, determina o dever de indenizar sempre que o dano decorre da profissão do lesado, enquanto a teoria do risco excepcional, diz respeito às hipóteses em que o dano é conseqüência de um risco que encapa a atividade comum da vítima. Já a teoria do risco criado, a qual o Código Civil se filiou, impõe o dever de reparar o dano em razão da atividade, potencialmente geradora de risco, normalmente exercida independente de haver vantagem para aquele que a exerce.

O conceito de risco que melhor se adapta às condições de vida social é o que se fixa no fato de que, se alguém põe em funcionamento uma qualquer atividade, responde pelos eventos danosos que esta atividade gera para os indivíduos, independentemente de determinar se em cada caso, isoladamente, o dano é devido à imprudência, à negligência, a um erro de conduta, e assim se configura a *teoria do risco criado*. (PEREIRA, 2002, p. 284).

A par de tais considerações, pode-se melhor compreender o dispositivo sob comento separando os seguintes elementos do mesmo: responsabilidade “independentemente de culpa”; “nos casos especificados em lei”; “atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano”; “por sua natureza, implique riscos para direito de outrem.”

Pela expressão “*independentemente de culpa*” verifica-se que se trata de responsabilidade objetiva, pela qual, como já entendido, para que haja obrigação de reparar o dano, torna-se irrelevante, juridicamente, o dolo ou culpa na conduta do agente, sendo necessário apenas o liame entre o dano e a conduta do agente responsável.

Ao mencionar no dispositivo “*nos casos especificados em lei*”, a nova lei mantém, naquilo que com ela não for incompatível, toda a legislação especial que já reconhecia a responsabilidade sem culpa, tal qual, o Código de Defesa do Consumidor.

Ao registrar a expressão “*atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano*” quis o legislador referir-se a todos os agentes que, em troca de

determinado proveito, exerçam atividade de modo regular pelo autor do dano, ou seja, a atividade terá de ser habitual, sendo afastada aquela meramente esporádica ou eventual, que por um momento possa ser um ato de risco.

Em sequência, a expressão “*por sua natureza, implique risco ao direito de outrem*” refere-se ao risco inerente à atividade normalmente desenvolvida, devendo tal atividade, por si só, implicar em risco para o direito de outrem. Saliente-se que, a caracterização da atividade pode decorrer da sua própria natureza – risco intrínseco –, como os trabalhos realizados em minas subterrâneas, por exemplo, ou do modo de execução, no caso daquelas atividades que, em si, não oferece o dano, mas este surge da maneira como o trabalho é realizado, pela combinação dos instrumentos utilizados, como máquinas, substâncias perigosas, entre outros, além do próprio local em que é executado o labor.

Desse modo, vê-se que, não é toda e qualquer atividade que o legislador pretendeu abranger no citado dispositivo, mas tão somente aquelas cujo risco é inerente e, portanto, inafastável do labor ao qual se sujeita o empregado. O Legislador, em verdade, ao utilizar-se de tal expressão quis limitar o rol de atividades que impliquem em risco, posto que, não basta que as atividades desenvolvidas pelo autor do dano crie risco a terceiro, é preciso que a natureza desta atividade seja coberta por fatores potencialmente lesivos. Sendo este, aliás, o ponto principal da do dispositivo: a impossibilidade de eliminação do fator agressivo à saúde humana.

Portanto, a responsabilidade civil objetiva do empregador será caracterizada sempre que o grau do risco inerente à atividade econômica por ele explorada expor o trabalhador a riscos à integridade dos seus bens jurídicos. Nestes casos, não será admitida provas no sentido de buscar romper o nexo causal existente entre o fato e o dano, pois, vê-se aqui a dispensa de um ilícito civil, sendo suficiente a presunção do risco decorrente da própria natureza da atividade.

Dessas considerações, impende, ainda salientar que, atualmente, pode-se perceber que quase todas as atividades criam algum tipo de risco, de modo que, não tendo o legislador definido quais seriam as atividades de risco, tal tarefa caberá à doutrina e jurisprudência. Assim, demonstra Venosa (2003, p. 15) o seu receio diante destes casos, pelos quais podem emergir certa insegurança jurídica, bem como instabilidades sociais:

Essa norma da lei nova transfere para a jurisprudência a conceituação de atividade de risco no caso concreto, o que talvez signifique perigoso alargamento da responsabilidade sem culpa. É discutível a conveniência de uma norma genérica neste sentido. Melhor seria que se mantivesse nas rédeas do legislador a definição das situações de aplicação da teoria do risco.

Assim, há a necessidade de precisar-se o real alcance deste instituto para que, como já dito, não seja banalizado, de modo a abarcar toda atividade de risco. Assim, obtempera Brandão (2006, p. 238) “O parâmetro é objetivo e complexo, pois tem início na avaliação do risco em função do trabalho executado – parâmetro individual – e se conclui comparando-o com o coletivo, para se atribuir o critério valorativo (“ maior do que os demais membros da coletividade”).”

Todavia, o direito brasileiro oferece parâmetros por meio de outros institutos jurídicos que devem ser interpretados e aplicados considerando a unidade do ordenamento. A criatividade jurídica jurisprudencial se vê balizada pelas normas de segurança, higiene e segurança do trabalho, pela produção legislativa dos órgãos de proteção das relações de trabalho, a exemplo do Ministério do Trabalho e Emprego, bem como pelos limites constitucionais. Assim, com observância dessas questões, não há que se confundir a liberdade legal da criação jurisprudencial, com uma possível arbitrariedade na fixação desses parâmetros.

CONCLUSÃO

Pelo quanto apresentado neste trabalho, identificou-se que o rol protetivo ao trabalhador constante da CF, art. 7º, fixa um núcleo mínimo de direitos a serem tutelados. Tal dispositivo também é o fundamento jurídico do arcabouço principiológico que sustenta o Direito do Trabalho e que, além do princípio protetor, assegura a indisponibilidade de direitos que tutelam bens jurídicos objeto de normas de ordem pública, dentre as quais são encontradas as normas segurança, medicina e higiene do trabalho. Considerando que o dispositivo constitucional em tela estabelece o núcleo mínimo de direitos, seu conteúdo apresenta-se como exemplificativo, cabendo à dinâmica

social, econômica, política e cultural alimentar a criação jurídica que lhe complemente o conteúdo e promova a contínua proteção ao trabalhador, parte hipossuficiente da relação de trabalho.

O instituto da responsabilidade civil é um dos exemplos de institutos jurídicos que serve de instrumento de proteção ao trabalhador, sendo reconhecido pela CF, art. 7º, XXVIII, na espécie responsabilidade civil subjetiva. Dessa forma, a evolução do instituto está autorizada pela CF, art. 7º, *caput*, pois ali se faz a indicação do núcleo mínimo de direitos trabalhistas, já se fazendo a indicação constitucional para uma ampliação desse rol, o que, no caso da responsabilidade civil, se concretizou com o CC, art. 297, § único, sempre que o caso concreto referir-se a relações de trabalho que tenham como objeto a realização de atividades que submetam o empregado a risco mais intenso que o socialmente e o juridicamente admitido.

Nesse contexto, observa-se que para a realização das chamadas atividades de risco, deve prevalecer a aplicação da responsabilidade objetiva em detrimento da responsabilidade subjetiva, como forma de ampliação do rol protetivo constitucional pela criação jurídica trazida no dispositivo infraconstitucional.

Isto posto, tendo em vista a existência de atividades em que é necessário atribuir-se um tratamento especial, em razão seu caráter perigoso, no sentido de afastá-las do regime geral da responsabilidade, não se pode analisar a controvérsia à luz da teoria da culpa, isto porque se há risco maior, responde por ele quem o cria.

Desse modo, como a objetivação de responsabilidade civil do empregador instituída pela Lei Civil há, de fato, uma maior proteção ao trabalhador, posto que, por este instituto, verifica-se que nas atividades habitualmente de risco e esta não é outra coisa senão a possibilidade de causar danos à saúde de outrem, determinada pela presença, no ambiente de trabalho (no caso do empregado), de agentes nocivos, sejam estes de natureza química, física, mecânica, biológica ou ergonômica, a responsabilidade desse dano será do empregador, sem a indagação da culpa, mesmo que seja comprovada a adoção de medidas preventivas tecnicamente adequadas que tratem da segurança, medicina e higiene do trabalho.

REFERÊNCIAS

BARROS, Alice Monteiro de. Curso de direito do trabalho v.1 : estudos em memória de Célio Goyatá. 3.ed. São Paulo: Ltr, 1997.

BRANDÃO, Cláudio. Acidente do Trabalho e Responsabilidade Civil do Empregador. 2.ed. São Paulo: Ltr, 2006.

BRASIL. **Código Civil**. O Novo Código Civil. Brasília: Senado Federal, 2002.

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

CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de Responsabilidade Civil. 5. ed. rev. aum. e atual. de acordo com o novo Código Civil São Paulo: Malheiros, 2004.

DELGADO, Maurício Godinho. Curso de Direito do Trabalho. 8.ed. São Paulo: Ltr, 2009.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil brasileiro: v.7: responsabilidade civil**. 18.ed. São Paulo: Saraiva, 2004

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo Curso de Direito Civil: Responsabilidade Civil. 6.ed. rev. e atual São Paulo: Saraiva, 2008.

GOMES, Ana Vírgina Moreira. A aplicação do princípio protetor no Direito do Trabalho. São Paulo: Ltr, 2001.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Responsabilidade Civil. 8 ed. rev. de acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10-1-2002 São Paulo: Saraiva, 2003.

GOTTSCHALK, Egon Felix. **Norma pública e privada no direito do trabalho**. 1. ed. São Paulo: LTr, 1995.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil: direito das obrigações - 2ª parte**. 33. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Direito do Trabalho na Constituição de 1988. São Paulo: Ltr, 1991.

PINTO, José Augusto Rodrigues. Curso do Direito Individual do Trabalho. 5.ed. São Paulo: Ltr, 2003.

REALE, Miguel. **Diretrizes gerais sobre o Projeto de Código Civil**, In: _____ Estudos de Filosofia e Ciência do Direito. São Paulo: Saraiva, 1978.

RODRIGUES, Américo Plá. Princípios do Direito do Trabalho. 3.ed. São Paulo: Ltr, 2000.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade Civil**. 9. ed. rev. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

SAMPAIO, Francisco José Marques. Evolução da responsabilidade civil e reparação de danos ambientais. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 23 ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

SILVA, Luiz Pinho Pedreira da. Princípios de Direito do Trabalho. São Paulo: LTr, 1999.

SÜSSEKIND, Arnaldo. **Instituições de direito do trabalho v.1**. 21.ed. São Paulo: LTr, 2003.

VENOSA, Silvio de Salvo. Direito Civil: Responsabilidade Civil. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2003.