

SÍLVIA GABRIELE CORRÊA TAVARES

***Punitive Damages, Igualdade e Meio Ambiente do Trabalho
Saudável e Seguro***

Tese de Doutorado

Orientador: Prof. Associado Dr. Estêvão Mallet

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

São Paulo – SP

2019

SÍLVIA GABRIELE CORRÊA TAVARES

***Punitive Damages, Igualdade e Meio Ambiente do Trabalho
Saudável e Seguro***

Tese de Doutorado, apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, na área de concentração Direito do Trabalho e Seguridade Social, sob orientação do Professor Associado Doutor Estêvão Mallet.

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

São Paulo – SP

2019

Autorizo a reprodução e divulgação total ou parcial deste trabalho, por qualquer meio convencional ou eletrônico, para fins de estudo e pesquisa, desde que citada a fonte.

Catálogo na Publicação

Serviço de Processos Técnicos da Biblioteca da
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Tavares, Sílvia Gabriele Corrêa

Punitive Damages, igualdade e meio ambiente do trabalho saudável e seguro / Sílvia Gabriele Corrêa Tavares. -- São Paulo, 2019.

242 p. ; 30 cm.

Tese (Doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2019.

Orientador: Estêvão Mallet.

1. Punitive Damages. 2. Acidente do Trabalho. 3. Negligência. 4. Indenização. 5. Caráter Punitivo-Pedagógico. I.Mallet, Estêvão, orient. II. Título.

Nome: TAVARES, Sílvia Gabriele Corrêa.

Título: *Punitive Damages*, Igualdade e Meio Ambiente do Trabalho Saudável e Seguro

Tese apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo para obtenção do título de Doutora em Direito do Trabalho e Seguridade Social.

Aprovado em: ____/____/____

BANCA EXAMINADORA

Prof. _____

Instituição: _____

Julgamento: _____

Assinatura: _____

Prof. _____

Instituição: _____

Julgamento: _____

Assinatura: _____

Prof. _____

Instituição: _____

Julgamento: _____

Assinatura: _____

Prof. _____

Instituição: _____

Julgamento: _____

Assinatura: _____

Prof. _____

Instituição: _____

Julgamento: _____

Assinatura: _____

Prof. _____

Instituição: _____

Julgamento: _____

Assinatura: _____

AGRADECIMENTOS

À Deus, primeiramente, porque tudo é Teu e só contigo eu sou. Foi uma fase difícil, especialmente em 2018 e, sem a força e a luz que me dás, eu nada conseguiria. Obrigada por sempre me acolher e me iluminar, Senhor.

À minha família, Sílvia, José e Cássio, pelo apoio, pelas conversas, pela estrutura, por sempre acreditar em mim. Vocês três estão no meu pensamento a todo momento.

Ao meu melhor amigo e amor da minha vida, Adalberto, por tão leves 10 anos ao teu lado, pelas sempre tão maravilhosas e longas conversas filosóficas e existencialistas, pelos sorrisos, por seres tão doce, por teres crescido junto comigo em São Paulo, pelo apoio da tua família, por me dares calma e conforto. Esta tese é tua também.

Às amigas de tanto tempo, Mylena, Luisa, Camila e Carolina, por estarmos sempre juntas, mesmo que nem sempre fisicamente, por sempre torcerem pela felicidade de todas, por serem ombro nas dificuldades.

Às novas amigas que ficarão por muito tempo, Marina e Larissa, obrigada pela presença, pelas aulas que foram mais sensacionais ainda por causa de vocês, pelas risadas, pela parceria e pela força.

Ao Professor Estêvão Mallet, pela excelente experiência acadêmica, pelos ensinamentos semanais, pela confiança e pelo contato sempre tão atencioso e gentil.

“Não é justo nem humano exigir do homem tanto trabalho a ponto de fazer pelo excesso da fadiga embrutecer o espírito e enfraquecer o corpo.

[...]

O trabalho do corpo [...], longe de ser um objecto de vergonha, honra o homem, porque lhe fornece um nobre meio de sustentar a sua vida. O que é vergonhoso e desumano é usar dos homens como de vis instrumentos de lucro, e não os estimar senão na proporção do vigor dos seus braços”.

(Papa Leão XIII – Encíclica Rerum Novarum)

RESUMO

TAVARES, Sílvia Gabriele Corrêa. Punitive Damages, Igualdade e Meio Ambiente do Trabalho Seguro e Saudável. 2019. 242 p. Tese (Doutorado em Direito do Trabalho e da Seguridade Social) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2019.

Esta tese trata da aplicação dos Punitive Damages como instrumento de concretização da igualdade e da dignidade do trabalhador, por meio da promoção de um Meio Ambiente do Trabalho Saudável e Seguro. Tem como objetivo investigar se o caráter punitivo-pedagógico é aplicável no ordenamento jurídico brasileiro e se é capaz de desestimular atos negligentes do empregador sobre os riscos existentes no Meio Ambiente do Trabalho. Para isso, a tese foi estruturada em quatro capítulos: o primeiro investiga o fundamento moral dos punitive damages; o segundo analisa as teorias da Análise Econômica do Direito e do Liberalismo Igualitário e compara-as às nossas práticas e nossos ideais de proteção ao trabalhador; o terceiro analisa se o caráter punitivo-pedagógico, quando aplicado às indenizações por danos extrapatrimoniais, é adequado às práticas jurídicas brasileiras; e o quarto avalia se a negligência é o principal fator causador dos acidentes do trabalho no Brasil. O estudo demonstrou que condutas negligentes dos empregadores são práticas comuns no Brasil e não respeitam a dignidade do trabalhador. A indenização por danos extrapatrimoniais, quando dotada de caráter punitivo-pedagógico, pode ser um elemento de desestímulo dessas práticas e de tratamento mais igualitário e digno ao trabalhador.

Palavras-chave: Punitive Damages. Acidente do Trabalho. Negligência. Indenização. Caráter Punitivo-Pedagógico.

ABSTRACT

TAVARES, S. G. C. Punitive Damages, Equality and Healthy and Safe Work Environment. 2019. 242 p. Thesis (Doctorate in Labor Law and Social Security) – Law School, São Paulo University, São Paulo, 2019.

This thesis focus on the application of Punitive Damages as an instrument for achieving equality and dignity of the worker, through the promotion of a Healthy and Safe Work Environment. It intends to investigate whether the punitive-pedagogical character is applicable in the Brazilian legal system and if it is capable of deterring negligent acts of the employer upon the risks existing in the Work Environment. To this end, the thesis was structured in four chapters: the first one investigates the moral foundations of punitive damages; the second one analyzes theories of Economic Analysis of Law and Liberal Egalitarianism and compares both of them to our practices and our ideals about worker protection; the third one examines whether the punitive-pedagogical character, when applied to indemnizations for moral damages, is adequate to Brazilian legal practices; and the fourth one evaluates whether negligence is the main cause of labor accidents in Brazil. The study proved that negligent behaviors of employers are common practices in Brazil and do not respect the dignity of the worker. Indemnization for moral damages, when invested with a punitive-pedagogical character, can be an element of deterrence of those practices and of a more egalitarian and dignified treatment to the worker.

Keywords: Punitive Damages. Labor Accident. Negligence. Indemnification. Punitive-Pedagogical Character.

RESUMÉ

TAVARES, Sílvia Gabriele Corrêa. Dommages Punitifs, Egalité et Environnement de Travail Sain et Sûr. 2019. 242 p. Thèse (Doctorat en Droit du Travail e de la Sécurité Sociale) – Faculté de Droit, Université de São Paulo, São Paulo, 2019.

Cette thèse aborde l'application des dommages punitifs en tant qu'instrument de réalisation de l'égalité et de la dignité du travailleur, par la promotion d'un environnement de travail sain et sûr. Il a d'objectif de déterminer si le caractère punitive-pédagogique est applicable dans le système juridique brésilien et si c'est capable de décourager les actes de négligence de la part de l'employeur concernant les risques présents dans l'environnement de travail. Pour cela, la thèse a été structurée en quatre chapitres: le premier examine le fondement moral des dommages punitifs; le deuxième analyse les théories de l'analyse économique du droit et du libéralisme égalitaire et les compare à nos pratiques et à nos idéaux de protection des travailleurs; le troisième examine si le caractère punitif-pédagogique, lorsqu'il est appliqué à des indemnisations pour des préjudices morales, est adapté aux pratiques juridiques brésiliennes; et le quatrième évalue si la négligence est la principale cause d'accident du travail au Brésil. L'étude a prouvé que les comportements négligents des employeurs sont des pratiques courantes au Brésil et ne respectent pas la dignité du travailleur. L'indemnisation des préjudices morales, lorsqu'elle revêt un caractère punitif-pédagogique, peut être un élément de découragement de ces pratiques et de traitement plus égalitaire et digne du travailleur.

Mots-Clés: Dommages Punitifs. Accident de Travail. Négligence. Indemnisation. Caractère Punitif-Pédagogique.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	11
2 PUNITIVE DAMAGES: DELIMITANDO DIMENSÕES E EXTRAINDO FUNDAMENTOS	19
2.1 CONCEITO E NATUREZA JURÍDICA	19
2.2 FINALIDADES	21
2.2.1 Punição	22
2.2.2 Dissuasão	33
2.2.3 Prevenção	38
2.2.4 Coação	41
2.2.5 Caráter Pedagógico	44
2.3 <i>PUNITIVE DAMAGES</i> NA INGLATERRA E NOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA	48
2.3.1 Inglaterra	48
2.3.2 Estados Unidos da América	57
3 ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO E LIBERALISMO IGUALITÁRIO: ESCLARECENDO PRÁTICAS E IDEAIS	67
3.1 A ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO DE RICHARD POSNER: A NEGLIGÊNCIA NO MEIO AMBIENTE DO TRABALHO COMO PRÁTICA UTILITARISTA	68
3.2 A JUSTIÇA COMO EQUIDADE DE JOHN RAWLS: A DEFESA DAS LIBERDADES FUNDAMENTAIS E DOS BENS PRIMÁRIOS DO TRABALHADOR	81
3.3 O PRINCÍPIO IGUALITÁRIO ABSTRATO DE RONALD DWORKIN: A EXIGÊNCIA DE IGUAL CONSIDERAÇÃO E RESPEITO AO TRABALHADOR	95
4 ADEQUAÇÃO DO CARÁTER PUNITIVO-PEDAGÓGICO ÀS PRÁTICAS JURÍDICAS BRASILEIRAS	104

4.1 A COMPENSAÇÃO COMO RESPOSTA DO SISTEMA DE RESPONSABILIDADE CIVIL BRASILEIRO ÀS INDENIZAÇÕES POR DANOS EXTRAPATRIMONIAIS	104
4.2 O ENRIQUECIMENTO ILÍCITO COMO ARGUMENTO LIMITADOR DA INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS	118
4.3 OS FUNDAMENTOS DA TRADIÇÃO NORMATIVA TRABALHISTA BRASILEIRA EM FAVOR DO CARÁTER PUNITIVO-PEDAGÓGICO DA INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS	123
4.3.1 A Reforma Trabalhista de 2017 e o Reconhecimento dos Fundamentos do Caráter Punitivo-Pedagógico	124
4.3.1.1 O Contexto de Proposta e Aprovação da Reforma Trabalhista	124
4.3.1.2 Os Danos Extrapatrimoniais e o Novo Título II-A da CLT	133
4.3.1.3 O Artigo 223-G da CLT e os Critérios de Avaliação dos Danos Extrapatrimoniais	140
4.3.2 A Adequação do Caráter Punitivo-Pedagógico à Constituição da República Federativa do Brasil de 1988	154
4.3.3 A Jurisprudência e o Reconhecimento do Caráter Punitivo-Pedagógico	162
5 SAÚDE E SEGURANÇA DO TRABALHADOR: A NEGLIGÊNCIA COMO CAUSA CENTRAL DOS ACIDENTES DE TRABALHO NO BRASIL	168
5.1 BREVES REFLEXÕES SOBRE O CONCEITO DE ACIDENTE	171
5.2 CONCEITO E HISTÓRICO DOS ACIDENTES DO TRABALHO NO BRASIL	183
5.3 GII-RAT: A CONTRIBUIÇÃO-SEGURO DOS ACIDENTES DO TRABALHO	190
5.4 A NEGLIGÊNCIA COMO FATOR CENTRAL DOS ACIDENTES DO TRABALHO OCORRIDOS NO BRASIL	204
6 CONSIDERAÇÕES FINAIS	215
7 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	222

1 INTRODUÇÃO

Esta tese pretende investigar a possibilidade de aplicação dos fundamentos dos *Punitive Damages* no Brasil, como instrumento de concretização da igualdade e da dignidade do trabalhador. Espera-se que o instituto seja capaz de promover um Meio Ambiente do Trabalho mais saudável e seguro, a partir do desestímulo do empregador negligente, que terá expectativa de ser condenado a pagar indenização por danos extrapatrimoniais dotada de caráter punitivo-pedagógico.

Para isso, será necessário investigar se há espaço em nosso ordenamento jurídico para a aplicação do caráter punitivo-pedagógico a partir da indenização por dano extrapatrimonial ou moral. A pergunta principal a ser respondida pela tese é, portanto: o instituto dos *punitive damages* possui fundamentação moralmente justificável e compatível com os princípios e as regras do ordenamento jurídico trabalhista brasileiro? Logo, não se trata de um trabalho sobre direito comparado, mas sobre a investigação teórica de fundamentos morais.

O Observatório Digital de Saúde e Segurança no Trabalho, desenvolvido pelo Ministério Público do Trabalho em parceria com a Organização Internacional do Trabalho, informou de que, desde 2016 até 02 de janeiro de 2019, foram registrados 1.743.210 acidentes do trabalho no Brasil e 6.245 mortes acidentárias foram notificadas no mesmo período (BRASIL, MPT, 2018b). A situação brasileira no tocante a acidentes de trabalho é grave e é em função destes dados e deste cenário que se justifica a importância desta pesquisa, porque pretende contribuir com mais um elemento de desestímulo de condutas negligentes de empregadores que não levam a sério a vida do trabalhador.

Metodologicamente, a investigação teórica do trabalho é baseada na teoria do Direito como Integridade de Ronald Dworkin, porque valoriza que nossa prática interpretativa seja coerente com as regras e os princípios de moralidade política de nossa comunidade.

Dworkin (1986) caracteriza o argumento jurídico como algo típica e completamente moral, sendo impossível que se separem os julgamentos dos juízos de valor. Por isso, sua teoria não defende que o intérprete deva se colocar

em uma posição passiva, neutra e esterilizada, como se fosse um observador-descriptor e não pudesse mudar nada no Direito. Na verdade, o Direito se transforma sempre com a colaboração dos juristas, mesmo porque contextos mudam e dificilmente o Direito permanece imutável. O Direito do Trabalho, especialmente, possui a mutabilidade como uma de suas características mais fortes, porque precisa sempre estar alinhado às mudanças sociais mais atuais.

Para ele, é necessário estudar o próprio conceito de Direito para que se entenda melhor a prática e os fenômenos jurídicos. Ele sustenta que proposições jurídicas estabelecem o que é devido, permitido e proibido e que sua veracidade ou falsidade são atestados por meio da argumentação, com base nos fundamentos do direito. Assim, uma proposição jurídica é verdadeira quando tem um fundamento correto. Em texto de apresentação à obra “Ronald Dworkin”, de Stephen Guest, o Professor Ronaldo Porto Macedo esclarece que

Para Dworkin, uma concepção é melhor que outra, e não apenas diferente, quando mais se ajusta adequadamente (“Fit”) aos paradigmas socialmente compartilhados desse mesmo conceito e é capaz de descrever as práticas paradigmáticas de maneira mais coerente. Coerência e ajuste adequado são, assim, critérios socialmente compartilhados, que nos permitem avaliar e julgar a superioridade de concepções rivais sobre um mesmo conceito.

[...]

Uma interpretação é melhor não porque é aceita pela maioria ou se ancora na convenção dominante, mas porque em seu apoio existe uma melhor justificação ou argumentação racional. Note-se, contudo, que o próprio critério do que faz uma justificação melhor do que outra é, ele mesmo, interpretativo, razão pela qual jamais saímos completamente do “jogo da argumentação e da interpretação” [...]. O jogo da interpretação não tem exterior. A objetividade apresentada por Dworkin não tem exterior, não é definida “a partir de lugar nenhum”, [...] mas é antes um empreendimento compreensível apenas a partir de seu aspecto interno, isto é, de dentro do próprio jogo argumentativo (GUEST, 2010).

Dessa forma, Dworkin compreende o Direito como uma prática social argumentativa, que passa por constantes renovações e é baseada em argumentos de morais. É argumentativa, e não empírica, porque se dá por meio da linguagem. Para o positivismo, a produção de argumentos não é tão central, porque não haveria uma divergência teórica no Direito, mas apenas empírica. Dworkin chama isto de visão do “Direito como simples questão de fato” (1986, pg.

6), que compreende que a ontologia do direito não depende de sua deontologia, mas somente de questões de mero fato histórico.

Dworkin dava muita importância à análise das divergências teóricas existentes no Direito, ao contrário à visão positivista de que os desentendimentos teóricos são ilusórios e de que advogados e juízes concordariam com os fundamentos do Direito e teriam apenas divergências empíricas sobre o que as instituições jurídicas decidiram no passado. Dworkin era favorável a buscar a resposta correta, sendo contrário ao pensamento de que respostas diversas são aceitáveis para questões jurídicas difíceis.

A visão de Dworkin de que o Direito é um conceito interpretativo – e não puramente empírico e descritivo – significa só pode ser construído a partir da argumentação, intersubjetivamente, no meio da sociedade, diante do que ela decidiu criar como Direito. Isso ocorre a partir da integridade, por uma interpretação criativa que é construtiva, e não conversacional com a intenção dos autores do passado. Ocorre uma interação entre a intenção do intérprete e o objeto, ambos inseridos num contexto histórico e numa tradição interpretativa.

Nossas práticas possuem valores que servem a interesses, propósitos e reforçam algum princípio e é necessário que saibamos quais eles são para prosseguir na atitude interpretativa, estando sujeitos, também, à compreensão de que esses valores não são imutáveis e podem ser modificados. Deixamos, assim, de conceber as práticas como algo mecânico, pois passamos a impor sentido à instituição – para vê-la sob sua melhor luz – e, assim, reestruturá-la à luz dos princípios. Isto ocorre mediante os três estágios interpretativos que Dworkin nos apresenta e que contribuirão para guiar a metodologia desta pesquisa.

Dworkin fala em “interpretação construtiva”, porque pretende acentuar o papel ativo do intérprete, que nunca é neutro, passivo e fielmente vinculado à intenção original dos autores, mas sim ativo para exercitar a construção de uma argumentação legal que demonstre a melhor justificação de nossas práticas jurídicas como um todo e o melhor que elas podem ser (sua melhor luz).

O papel do intérprete em construir a interpretação não significa que a melhor argumentação será aquela que ele pretende que ela seja. A interpretação não é discricionariedade do intérprete, nem depende de sua opinião pessoal, mas está vinculada à forma, à história e à tradição da prática. O que exige, então, o Direito do Trabalho no Brasil, diante dos acidentes do trabalho causados por

negligência do empregador? Os princípios protecionistas sobre a saúde e a segurança do trabalhador são quão importantes?

Não se compreende um texto fora de seu contexto, sendo importante que conheçamos a tradição das interpretações sobre ele para investigarmos qual sua melhor interpretação possível e, para, assim, vê-lo sob sua melhor luz. Essa análise da tradição não ocorre de maneira acrítica, porque se demanda do intérprete também que faça perguntas e reflita sobre se nossas intenções e nossas pré-compreensões são adequadas ao objeto de interpretação. Esse é o grande mérito do juiz Hércules, o personagem fictício criado por Dworkin para representar um juiz ideal e explicar a aplicação de sua teoria: permitir e exigir que sempre possamos fazer perguntas. É importante que façamos a pergunta correta, já que partir de uma pré-compreensão inadequada não permite que uma boa interpretação seja realizada.

Para dar condições ao intérprete de proceder a essa empreitada, Dworkin desenvolve o ideal da Integridade, que é constituído por dois princípios: I) o princípio legislativo, que integra nossa prática política e orienta que nossos legisladores mantenham o conjunto de leis moralmente coerentes – este será especialmente importante quando se falar da Reforma Trabalhista no decorrer do trabalho; II) o princípio jurisdicional, que demanda que a interpretação do Direito seja feita considerando-o como um todo moralmente coerente.

A Integridade é quem impede que o intérprete se dedique a construir sua própria vontade, porque exige que a interpretação seja feita com respeito a um conjunto coerente de princípios de moralidade política da comunidade. Dworkin utiliza o esquema dos círculos concêntricos de princípios para demonstrar que a integridade não se relaciona com eles de modo hierárquico, mas orgânico. Não há princípios superiores, mas sim integrantes de um todo orgânico, onde apenas se entende um princípio individualizado dentro do conjunto de princípios no qual ele se inscreve. Assim, a Integridade é um princípio sobre princípios, porque é uma forma de lidar com eles, fazendo-os funcionar coerentemente, e só em função deles é que ela existe e faz sentido.

Esta concepção orgânica nos permite perceber que Dworkin não aceita que haja contradição entre princípios. Para exemplificar, não se adequa à teoria de Dworkin dizer que a liberdade de expressão é relativizada ou mitigada pelo direito à intimidade. Na verdade, a liberdade de expressão só existe enquanto respeitar o

direito à intimidade, pois ambos se compreendem juntos, não em conflito. Hércules parte da concorrência entre os princípios, pois todos eles são relevantes e se ajudam entre si em suas próprias compreensões, mesmo que um tenha mais peso que o outro em determinado caso.

A Integridade permite que rejeitemos soluções como as de jogo de xadrez¹ (1986, pg. 179), que são arbitrárias e tratam os diferentes de modo diferente sem que nenhum princípio consiga justificar tal distinção, o que pode gerar incoerência de princípio. Se o Estado age por meio dessas soluções arbitrárias, age sem observar os princípios morais decorrentes da tradição política da comunidade e quebra seu dever de endossar seus atos, e isto denota falta de integridade e incoerência. Dworkin exige que, na busca pela coerência de princípios, é necessário que cada ponto de vista tenha voz nos processos de deliberação (1986, p. 179).

Por isso Dworkin utiliza a Integridade como um ideal político que contribui com o argumento de legitimidade do Estado e do Direito como um todo. Ele recusa as teorias tradicionais de legitimidade, fincadas na figura do contrato social, que ocorre por manifestações de vontade, de maneira artificial, e destaca que a participação na vida social significa adquirir obrigações associativas e que estamos todos incluídos nas relações sociais, mesmo que não queiramos estar. De acordo com Stephen Guest,

Um governo coercitivo é uma ameaça à dignidade e então nós devemos perguntar se há uma concepção de governo que seja consistente com a dignidade individual. A legitimidade surge da ideia de associação política e, de acordo com Dworkin, possui duas dimensões – a justificação da aquisição do poder do governo e a justificação do exercício deste poder (2013, p. 105).

É por isso que a Integridade não deriva de princípios abstratos, mas de princípios de moralidade política, discutidos no âmbito político da comunidade. Assim, forma-se a Comunidade de Princípios, enquanto um agente moral distinto, que possui autoridade moral. Os integrantes da comunidade são governados por regras explícitas que surgem em decisões políticas passadas e pelos princípios que estas decisões tomam como pressuposto. A Comunidade de Princípios decorre, então, da noção de fraternidade (1986, pg. 437), promovendo a união da

¹ A tradução da obra usou a expressão “soluções conciliatórias” para a expressão “checkerboard solutions”, empregada pelo autor no idioma original da obra.

vida moral e política dos cidadãos (vida pública e privada), para que cada um sinta fidelidade a um sistema de princípios.

Este sistema necessita do pressuposto de estar inserido em sociedades pluralistas, porque a discussão política será construída a partir dessa pluralidade de valores, de princípios morais, de noções de bem e de justiça. É, portanto, aceitando a diversidade que as pessoas devem conviver, mas não de uma forma apenas tolerante e, sim, seguindo a ideia de que os princípios deverão ser substantivamente discutidos para que todos aceitem diferentes pontos de vista sobre que soluções são melhores aos problemas da comunidade.

Demonstrando coerência teórica com seus escritos sobre teoria política, conforme veremos no 2º Capítulo, Dworkin pretende que a comunidade aceite que os destinos de todos não estão somente ligados por regras firmadas em compromissos políticos, mas por princípios comuns, sendo necessário que todos sejam tratados com igual consideração e respeito. Este tratamento igualitário permite que as pessoas apoiem a legitimidade das instituições – e as obrigações políticas que elas assumem – numa questão de fraternidade, porque não sentem que suas concepções de bem viver são ignoradas.

Para explicar como procede o juiz Hércules, Dworkin cria a metáfora do romance em cadeia, comparando o Direito à Literatura. Stephen Guest indaga e afirma: “O que a Literatura tem a ver com o Direito? A resposta é que, se ambos, Direito e Literatura, são atividades interpretativas, então um exame sobre o papel da interpretação na literatura é altamente relevante” (2013, p. 88). Para Dworkin, assim como na escrita de um romance, o Direito deve observar e se estruturar com base em uma história já construída e que siga uma sequência coerente de eventos. Proporcionar essa continuidade ao Direito exige que o intérprete seja tanto autor quanto crítico de um romance que começou antes dele e que vai continuar depois dele. O Direito como Integridade exige, portanto, que a interpretação ocorra no presente, mas se volte ao passado com um foco contemporâneo.

Para fazer isso, é necessário que o intérprete se submeta a dois testes, para que fuja à tentação de interpretar o que ele pessoalmente quiser. O primeiro é o teste da Adequação, que analisa se a interpretação está adequada à história que já vem sendo contada e que exige que Hércules conheça, exaustivamente, o passado do Direito (leis, interpretações doutrinárias e, principalmente,

precedentes, pois é neles que veremos como o Direito vem sendo interpretado e aplicado pelos juízes). O segundo é o teste da Justificativa, que analisa se interpretação vê o romance sob sua melhor luz, usando argumentos que o tornem melhor e mais harmonioso.

Os testes não acontecem de maneira separada e sequencial, porque acontecem ao mesmo tempo. É necessário cautela para, contudo, não permitir que a justificção se imponha à adequação. Quando nossa interpretação está de acordo com nossas decisões pessoais, devemos desconfiar e refletir exaustivamente, retornando ao teste da adequação. Assim, o Direito como Integridade não é uma concepção geral sobre o direito e envolve mais perguntas que respostas. Não se exige que haja unanimidade de acordos, nem o consenso de que determinada resposta é correta (estar ou não correta não depende da adesão de todos), porque mesmo Dworkin aceita que dois juízes Hércules podem divergir. O empreendimento e a importância de Hércules é a ideal busca pela resposta certa, que é transitória, como todas as verdades científicas, e pode se alterar conforme o contexto histórico exigir.

Com a Integridade, mesmo ao encontrarmos a resposta certa, devemos nos abrir às refutações, porque ela se modificar com o tempo. Por isso é que Dworkin não nos coloca como indivíduos dependentes, submissos e alheios à história, porque ela é constitutiva, ontológica. Isso significa que o diálogo sobre princípios não termina quando Hércules decide e sempre devemos fazer perguntas, pois podem surgir outros argumentos de princípios, no futuro, que nos façam mudar a resposta correta. A discussão argumentativa é exaustiva e saberemos que achamos a resposta correta quando não houver mais nenhum princípio a ser discutido.

Dworkin apresenta três estágios como método para auxiliar na interpretação construtiva e são eles que guiarão o esforço interpretativo desta pesquisa. O “estágio pré-interpretativo” é o primeiro deles e é onde fazemos a identificação de nossas práticas, com suas regras e padrões. O segundo chama-se “estágio interpretativo”, onde o intérprete busca a justificção dos elementos principais da prática em princípios de moralidade política, proporcionando-nos um argumento que justifique porque a prática vale ou não a pena. O terceiro é chamado de “estágio pós-interpretativo” ou “reformador”, no qual o intérprete

ajusta seu senso do que a prática “realmente” (DWORKIN, 1986, pg. 66) requer para melhor servir a justificação de princípios que ele aceita no segundo estágio.

A divisão feita entre três estágios é feita de forma apenas didática pelo autor, pois eles atuam em equilíbrio e não integram um método fixo e hermético de interpretação. Eles não ocorrem um após o outro, de maneira segmentada e sequencial, mas, ao contrário, operam conjuntamente, ao mesmo tempo. Além disso, todos eles são interpretativos, apesar da denominação aparentar que somente o segundo o seja.

Com base na construção interpretativa e nos estágios propostos por Dworkin, a reflexão e a pesquisa do tema desta tese se deram com a divisão do trabalho em quatro capítulos. O Primeiro Capítulo investiga o fundamento moral dos *punitive damages*, buscando estudos filosóficos e doutrinários que conceituassem o instituto e definissem suas finalidades, bem como analisando seu surgimento e desenvolvimento histórico enquanto precedente nas Cortes da Inglaterra e dos Estados Unidos da América. O Segundo Capítulo reflete sobre as teorias da Análise Econômica do Direito e do Liberalismo Igualitário, sob a hipótese de que a primeira representa a resposta que tem sido dada ao trabalhador sobre a proteção de sua saúde e sua segurança no Meio Ambiente do Trabalho e que a segunda representa como deveríamos tratar o trabalhador. O Terceiro Capítulo parte das conclusões do primeiro e analisa se o caráter punitivo-pedagógico, quando aplicado às indenizações por danos extrapatrimoniais, é adequado às práticas jurídicas brasileiras. O Quarto Capítulo, por fim, avalia se a negligência é mesmo o principal fator causador dos acidentes do trabalho no Brasil, para justificar se é adequado ou não o caráter punitivo-pedagógico.

2 PUNITIVE DAMAGES: DELIMITANDO DIMENSÕES E EXTRAINDO FUNDAMENTOS

Este 1º Capítulo tem como objetivo extrair o fundamento dos *punitive damages* conforme originalmente surgiram e são aplicados, para analisar sua adequação ao ordenamento jurídico brasileiro. Não se trata de perfeitamente importar o instituto anglo-saxão, com critérios fixos tal qual ocorre em seus países de origem, mas sim de entender a que servem e comprovar que no Brasil também já utilizamos este raciocínio. No Brasil, contudo, é mais adequado chamar o instituto de caráter punitivo-pedagógico, conforme encontramos na doutrina e na jurisprudência, a serem vistas ao longo da tese.

2.1 CONCEITO E NATUREZA JURÍDICA

Oriundos da tradição anglo-saxã, os *punitive damages* podem ser traduzidos como “indenização punitiva” ou como “indenização exemplar”, se for adotada a terminologia *exemplary damages* utilizada na Inglaterra, local de origem do instituto.

Conceituam-se como o montante conferido em ações de indenização por danos, correspondentes ao caráter punitivo (*punishment*) e pedagógico ou dissuasivo (*deterrence*), considerando o grau de dolo ou culpa do causador do dano. Não se confundem com os montantes referentes aos caracteres reparatório ou compensatório da indenização, uma vez que possuem objetivos distintos destes dois últimos.

De acordo com a Suprema Corte dos Estados Unidos da América, no caso *Cooper Industries, Inc. v. Leatherman Tool Group, Inc.*, cuja argumentação foi posteriormente reafirmada no caso *State Farm Mut. Automobile Ins. Co. v. Campbell* (EUA, EUA, SUPREMA CORTE DOS ESTADOS UNIDOS, 2003),

apesar das indenizações compensatória e punitiva serem, geralmente, atribuídas de maneira conjunta pelo mesmo julgador, elas servem a objetivos diferentes. A primeira objetiva compensar

as perdas concretas que o requerente tenha sofrido em razão da conduta ilícita do réu [...]. A última, descrita como 'quase-criminal', funciona como 'multa privada' voltadas a punir o réu e a impedir futuros ilícitos. A análise do júri acerca da extensão do dano sobre o requerente é, essencialmente, uma determinação fática, enquanto sua imposição com *punitive damages* é uma expressão da condenação moral da conduta² (EUA, EUA, SUPREMA CORTE DOS ESTADOS UNIDOS, 2001).

São aplicados em questões cíveis nos sistemas de *common law*, em circunstâncias nas quais a conduta ilícita do réu foi particularmente repreensível, ultrajante ou condenável. Para Alec Walen (2016), em artigo para a Enciclopédia de Filosofia da Universidade de Stanford, os *punitive damages* seriam uma espécie de manifestação de justiça retributiva, devolvendo ao agressor uma resposta equiparada ao dano que ele causou à vítima. Este aspecto será, contudo, melhor desenvolvido no tópico 2.2, que trata das finalidades dos *punitive damages*.

Para Thania Ferro, os *punitive damages* tem natureza de pena privada (2016, p. 129) e revelam-se como uma ferramenta útil nas “situações em que o ilícito não é abarcado pela legislação criminal, mas mesmo assim, são (sic) passíveis de punição” ((2016, p. 136). Concordamos com a posição da autora e, ainda, acrescentamos que a punição não é somente aplicada no âmbito criminal. Mas esta questão também será abordada de maneira mais aprofundada em momento posterior.

De acordo com Marco Cappelletti, atualmente, os *punitive damages* constituem-se em uma doutrina legal com controvérsias teóricas, apesar de ser assegurada judicialmente, e que, “às vezes, expõe os réus a responsabilidades substanciais, ou até esmagadoras”. Segundo o autor, as discussões sobre o assunto trazem à tona vários quebra-cabeças que os acadêmicos tentaram solucionar: “é aceitável haver punição ou dissuasão como integrantes do direito

² “Although compensatory damages and punitive damages are typically awarded at the same time by the same decisionmaker, they serve distinct purposes. The former are intended to redress the concrete loss that the plaintiff has suffered by reason of the defendant's wrongful conduct [...]. The latter, which have been described as "quasi-criminal," id., at 19, operate as "private fines" intended to punish the defendant and to deter future wrongdoing. A jury's assessment of the extent of a plaintiff's injury is essentially a factual determination, whereas its imposition of punitive damages is an expression of its moral condemnation”.

privado? Isso não deixa indeterminada a tradicional distinção entre direito público e privado?”³ (2015, p. 6).

Segundo o professor David G. Owen (1989, p. 705), eles “são uma criatura estranha no direito, transitando entre os direitos civil e criminal”, uma vez que são como multas civis contra pessoas culpadas por más condutas flagrantes e violadoras dos direitos alheios, mas, ao mesmo tempo, sua justificação está enraizada em objetivos baseados no direito penal, quais sejam a retribuição e a dissuasão (*deterrence*).

É exatamente esta particularidade híbrida que gera inúmeras críticas por parte da doutrina e da jurisprudência que não concordam com a aplicação do instituto ou que, pelo menos, exigem algum tipo de mudança nela. Tanto nos sistemas de *civil law* como nos de *common law*, dos quais se originam os *punitive damages*, conforme será exposto no próximo tópico, as críticas tocam em diversos pontos, os quais serão posteriormente discutidos.

Tecidas essas primeiras considerações em torno da conceituação e da natureza jurídica dos *punitive damages*, passemos, então, à análise de suas finalidades.

2.2 FINALIDADES

As próprias denominações *punitive damages* e *exemplary damages* já demonstram quais as finalidades mais perceptíveis do instituto. Punir o autor do dano, porque sua conduta merece tal punição, e utilizar a indenização para demonstrar um exemplo de conduta reprovável, ilícita ou danosa.

Exemplary damages é uma expressão utilizada na Inglaterra, local de origem do instituto, e que pode ser traduzida como “indenização exemplar”, ou seja, aquela que objetiva dar exemplo de algo a alguém. Seja pela via da punição ou do exemplo, o instituto serve como parâmetro de conduta, estimulando a prática de algumas e/ou desestimulando a de outras.

³ “is it acceptable to have punishment and/or deterrence as part of private law? Does this not undermine the traditional distinction between private and public law?”.

Especificamente com relação aos *punitive* ou *exemplary damages*, o objetivo é dar o exemplo de que determinada conduta danosa não deve ser praticada, nem estimulada, nem repetida, sob pena do infrator sofrer consequências punitivo-pedagógicas com base em seus atos ou omissões, traduzidas na forma de indenização.

Importante observar que os dois elementos *punitive* e *exemplary* andam juntos e, por isso, podem ser explicados e compreendidos em conjunto, podendo-se afirmar que a punição é utilizada com os fins de dar algum exemplo a alguém, muito mais do que apenas punir por punir.

Considerando que os objetivos dos *punitive damages* são punir e, com isso, impedir condutas ilícitas e danosas, não é adequado que qualquer ato seja passível de aplicação do instituto. Não se pode somente analisar a extensão ou a gravidade do dano sem que se analise a natureza do ato danoso praticado. De acordo com Alexandra Klass (2007, p. 9), os atos danosos devem ser feitos de maneira intencional ou com indiferença consciente, negligência deliberada, dolo ou estado de espírito semelhante. Portanto, não basta que o ato seja danoso, mas ele também precisa ter sido praticado de maneira dolosa ou conscientemente negligente, pelo menos.

De acordo com David G. Owen (1989, p. 705), “as funções dos *punitive damages* são descritas como punição, dissuasão”, mas também “aplicação da lei e compensação” (*punishment, deterrence, law enforcement and compensation*). As quatro funções ou finalidades são explicadas por Richard Ausness (1985), que afirma que várias justificativas racionais foram apresentadas pelas Cortes e por autores para explicar a aplicação dos *punitive damages* em casos civis. A punição e a dissuasão são colocadas pelo autor como principais, seguidas da compensação e da aplicação da lei, que são postas como funções adicionais.

Essas quatro finalidades serão abordadas nos tópicos a seguir, juntamente com a prevenção e o caráter pedagógico.

2.2.1 Punição

A punição, enquanto uma das principais finalidades dos *punitive damages*, tem estrita relação com o que se denomina Justiça Retributiva, de modo que o infrator tenha algum tipo de resposta retributiva face à sua conduta lesiva. Assim, conforme explicação iniciada no tópico 2.1 (o de Conceituação), os *punitive damages* seriam uma espécie de manifestação de justiça retributiva, servindo para devolver ao agressor uma resposta equiparada ao dano que ele causou à vítima. Segundo Richard Ausness (1985, p. 39), “as Cortes praticamente aceitaram universalmente a punição como uma das principais funções dos *punitive damages*”.

Porém, o autor destaca que “[...] a punição não é um fim em si mesmo, mas um meio de atingir objetivos sociais como a retribuição, a reabilitação e a dissuasão” (1985, p. 39) e, por isso, seria melhor utilizar o termo “retribuição” do que “punição” para fazer uma distinção entre a função vingativa dos *punitive damages* e a dissuasão ou outros objetivos. “A retribuição, neste contexto, significa a imposição de uma sanção ou uma restrição sobre quem cometeu um ato ilícito” (1985, p. 39).

De acordo com Alec Walen (2016, p. 1), a justiça retributiva é mais encontrada no direito penal e se manifesta, excepcionalmente, no direito civil, pela via dos *punitive damages*. O conceito de justiça retributiva já foi utilizado de várias maneiras, mas, segundo o autor, ela é melhor compreendida enquanto uma forma de justiça comprometida com os seguintes três princípios: 1) aqueles que cometem certos tipos de atos ilícitos, paradigmaticamente crimes sérios, merecem, moralmente, sofrer uma punição proporcional; 2) intrinsecamente, é moralmente bom que, quem legitimamente for executar a punição, faça isto conforme o merecimento do infrator; e 3) é moralmente inadmissível que, intencionalmente, um inocente seja punido ou que punições desproporcionais sejam aplicadas aos infratores.

Segundo Ausness (1985, p. 39), os *punitive damages* servem para restaurar a paz mental do sujeito prejudicado e para expressar a indignação pública acerca da natureza da conduta do infrator. E ainda destaca que “a punição de comportamentos empresariais serve para reafirmar a noção de que empresas devem observar as mesmas normas sociais que os indivíduos”. Em se tratando de Direito do Trabalho, a construção desta noção é muito significativa, uma vez que exige o tratamento zeloso da pessoa do trabalhador especialmente

por parte da empresa, em prol da qual ele dispende sua força de trabalho e arrisca sua integridade física e sua própria vida.

No que concerne à utilização da justiça retributiva, é necessário haver proporcionalidade. Alec Walen (2016) esclarece que as pessoas não podem ser utilizadas como meios para promover a justiça retributiva e, assim, dar algum exemplo à sociedade. Seria ruim permitir que a justiça retributiva sirva a fins como a vingança ou o ressentimento. Também seria ruim punir um infrator mais do que ele merece, de modo que seu merecimento deve ser, de alguma forma, proporcional à gravidade do ilícito. Mas não somente isso: seu merecimento também deve ser proporcional à natureza de sua conduta – se intencional ou gravemente negligente, por exemplo –, conforme acima destacado pela autora Alexandra Klass.

De acordo com Richard Ausness (1985, p. 40)

Um importante princípio da justiça retributiva é a noção de merecimento. A teoria do merecimento dita que medidas retributivas sejam impostas somente quando o autor tenha, voluntária ou inescusavelmente, cometido um ato ilícito.

[...]

Por exemplo, qualquer punição imposta ao infrator deve ser, razoavelmente, proporcional à ofensa.

Para fugir de exageros e desvios na aplicação da justiça retributiva, Alec Walen (2016) afirma que ela deve ser justificada perante um amplo contexto moral profundamente enraizado em princípios morais. E, para isso, é necessário que analisemos dois conceitos de fundo: a punição e os ilícitos passíveis de punição.

Segundo o autor (WALEN, 2016, p. 3), para que um ato conte como punição, ele deve ter quatro elementos: 1) deve impor um custo ou uma adversidade a quem está sendo punido ou então retirar algum benefício que esta pessoa aproveitaria; 2) quem pune deve estar agindo de maneira intencional para punir o infrator, e não acidental ou como efeito colateral; 3) a adversidade ou a perda devem ser impostas em resposta ao que se acredita ser um ato ou uma omissão ilícitos; 4) a adversidade ou a perda devem ser impostas, pelo menos em parte, como um meio de mandar uma mensagem de condenação ou censura sobre o ato ou a omissão que se acredita serem ilícitos.

Baseado nesta argumentação, Alec Walen destaca que o crime não é a única base legal para chegar à punição. Danos civis⁴ também podem levar a essa função. As pessoas que cometem danos civis, geralmente, não são tratadas como infratores, mas como causadoras de danos, as quais tem o simples dever de devolver plenitude às vítimas. “Porém, indenizações por danos intencionais às vezes incluem *punitive damages*, os quais carregam toda a marca da punição” (2016, p. 3), apesar de seu caminho processual ser bastante diferente do relativo à punição criminal.

Com relação aos ilícitos passíveis de punição, Walen esclarece que isso não se aplica a todas as infrações. “O ilícito paradigmático para o qual a punição parece apropriada é uma violação intencional ou consciente dos importantes direitos de outrem” (2016, p. 3). Para o autor, quando o nível de culpabilidade sai da intenção ou da consciência e vai para o descuido ou para a negligência, “torna-se progressivamente mais difícil justificar uma resposta punitiva à violação ou ao dano de quaisquer direitos assegurados” (2016, p. 4). Para ele, uma posição liberal mais abrangente e mais defensável seria a de que os ilícitos relevantes a serem punidos devem ser uma questão de preocupação pública para os cidadãos.

De fato, em comparação a atos intencionais ou conscientes, torna-se mais difícil justificar a necessidade da punição de atos negligentes. Contudo, apesar de mais difícil, não é uma tarefa impossível nem moralmente inadequada. Talvez a primeira diferença a ser feita é de que atos intencionais ou conscientes são, inquestionavelmente, punidos com mais rigor do que os negligentes, o que não afasta destes a possibilidade nem a necessidade de punição, pelo menos à primeira vista.

Uma outra diferença exige a própria análise do grau de negligência, o qual depende muito de cada caso concreto, de quanta informação o causador do dano tinha sobre os riscos dele ocorrer e, ainda, de quanto esforço ele empregou para evitar que o dano ocorresse, caso isso fosse possível.

Se o infrator agiu de forma negligente, mas tinha elementos evidentes e suficientes que podiam lhe auxiliar a tomar melhores decisões e, mesmo assim,

⁴ Em inglês, *Torts*, derivado do latim *tortum*, que significa “ilícito” ou “injustiça” (WALEN, 2016, p. 3).

optou por não as tomar, a punição terá espaço e papel fundamental na apuração de sua responsabilidade.

Walen explica que o retributivismo envolve merecimentos positivos e negativos. Positivos, porque os infratores moralmente merecem punição pelos seus atos ilícitos. Negativos, porque aquele que não fez nada de errado não merece ser punido. Este aspecto negativo tanto proíbe punir aqueles não culpados de ilícitos quanto proíbe punir os culpados mais do que eles merecem, com punições desproporcionais. “Claro, o inocente vai, inevitavelmente, às vezes, ser punido; nenhum sistema humano pode funcionar sem erros”, afirma o autor (2016, p. 4). Aceitar esta possibilidade não significa aceitar que inocentes possam ser punidos pelo que não fizeram, mas sim que existe uma obrigação geral, de toda a sociedade, de lidar com esse risco e enfrentar os argumentos mais delicados e difíceis para que se evite ao máximo esse tipo de efeito colateral absolutamente indesejável.

John Cottingham explica que, etimologicamente, retribuição vem “re + tribuo”, em latim, que significa pagar de volta⁵. Ele afirma:

Inclino-me a sugerir que esta noção encapsula o senso básico ou fundamental da “retribuição”. A etimologia, claro, não é árbitra na filosofia. Mas há um caminho perfeitamente regular (pré-filosófico) de falar sobre punição que encaixa neste sentido original de “retribuição” (1979, p. 1).

[...]

Em nossa teoria padrão de retribuição, então, a punição é aplicada de modo a fazer o ofensor pagar por sua ofensa. Exatamente como ou por que sofrer algo desagradável [...] deve contar como pagamento por uma ofensa é algo que fica inexplicado; mas deve-se admitir que a noção é tanto antiga quanto amplamente conservada.

Para Alec Walen, a ideia de que exista um débito a ser pago pode ser conectado à ideia de que infratores obtiveram vantagens indevidas dos que cumprem a lei. “A punição, na forma de tratamento severo, pode então ser pensada como pagamento em retorno⁶, no sentido de que ela retira aquela vantagem e restaura o *status quo ante* que foi erroneamente perturbado” (WALEN, 2016, p. 5). Ele explica que um outro sentido deste pagamento em retorno está relacionado não com o pagamento de um débito, mas com dar aos

⁵ *To payback*, em inglês.

⁶ Do substantivo *payback*, em inglês.

infratores uma resposta à altura. “Esta é a ideia bíblica de ‘olho por olho, dente por dente’ [...]. Kant também apoia, de uma maneira um pouco diferente, esta noção de punição” (WALEN, 2016, p. 6). Invocando o princípio da igualdade para a punição, Kant equipara o ato danoso cometido e a punição justa por conta disto:

Mas qual o tipo e o grau de pena que a justiça pública adota como princípio e padrão? Nenhum outro senão o princípio de igualdade (na posição de fiel da balança da justiça), de modo a não pender mais para um lado do que para o outro. O mal imerecido que você causa a um outro do povo, portanto, é um mal que você faz a si mesmo. Se você o insulta, então insulta a si mesmo; se você o rouba, então rouba a si mesmo; se você o agride, então agride a si mesmo; se você o mata, então mata a si mesmo (KANT, 2013, p. 119).

Sem pretensões de aprofundarmos a teoria kantiana neste particular, deve-se destacar, contudo, que a proporcionalidade na aplicação da punição não é tarefa a ser cumprida sempre literalmente, seguindo orientações como “olho por olho, dente por dente”. Não é moralmente exigível que todos os danos causados sejam pagos exatamente na mesma moeda.

Para danos patrimoniais, a solução tende a ser mais simples e mais objetiva, porque envolvem bens passíveis de apreciação econômica mais concreta. Contudo, quando se trata de danos extrapatrimoniais, a solução não é tão simples, uma vez que não é possível determinar que valor econômico eles possuem, objetivamente.

Se uma pessoa deu causa a algum dano físico em uma outra pessoa, não é aceitável que a punição seja equivalente a replicar o dano em quem o causou em primeiro lugar. Os próprios direitos fundamentais já são suficientes para balizar a punição, a qual deve ocorrer de maneira eficaz para atender aos fins punitivos e também pedagógicos, mas sem ferir a dignidade da pessoa a ser punida.

Para Alec Walen, a Lei de Talião (*lex talionis*) oferece um princípio de proporcionalidade controverso e explica que “a justiça retributiva inclui um compromisso com a punição que é proporcional ao crime. Mas a justiça retributiva não pode ser reduzida a uma medida de proporcionalidade” (2016, p. 6).

Ele também explica que o retributivismo foi frequentemente associado à vingança ou ao desejo de vingança, mas que não deve ser confundido com ela. Para explicar isto, utiliza breves escritos de Robert Nozick, os quais

desenvolvemos um pouco mais para que compreendamos a interessante diferença entre esses dois elementos.

Nozick (1981, p. 366-367) explicou que a retribuição é aplicada em função de uma injustiça, enquanto que a vingança não precisa ocorrer em função disso. Ainda, esclarece que a retribuição fixa limites internos sobre a extensão da punição, enquanto que a vingança, por natureza, não precisa fixar tais limites. A vingança é pessoal, enquanto que a retribuição não exige que o agente punidor tenha qualquer amarra especial ou pessoal com a vítima do dano. Assim, o agente não se torna interna e particularmente interessado em ver a punição ser aplicada. Para o autor,

A vingança envolve um tom emocional particular, um prazer no sofrimento do outro, enquanto a retribuição não precisa de tom emocional, ou envolve outro tom, nomeadamente, o prazer da justiça sendo feita. Logo, aquele que busca vingança vai frequentemente querer participar (ver, estar presente) da situação na qual o punido está sofrendo, enquanto que na retribuição não há nenhum ponto especial em testemunhar tal situação (1981, p. 367).

Nozick completa tal afirmação destacando que um dos propósitos da vingança pode ser a produção de um efeito psicológico na pessoa que busca vingança, o que não ocorre com a retribuição. Aquele que busca vingança não está comprometido com atos similares praticados por outras pessoas, em outras situações, porque a vingança depende de como ele mesmo se sente dentro de determinada situação específica. Porém, “quem impõe a retribuição, aplicando punição merecida por uma injustiça, está comprometido com princípios gerais que exigem punição em situações semelhantes” (NOZICK, 1981, p. 368).

O autor reconhece que podem existir casos mistos, nos quais as pessoas sejam parcialmente movidas pelo desejo da retribuição e pelo desejo da vingança. Ele afirma que

Comumente, acusa-se os defensores da retribuição de quererem, na verdade, vingança; mas isto se torna especialmente implausível na ausência de uma ligação especial com a vítima. (A acusação nunca é feita na direção contrária, de que os que buscam vingança estão, na verdade, buscando retribuição, mas estão envergonhados de parecerem moralistas) (NOZICK, 1981, p. 368).

Robert Nozick salienta, contudo, que a retribuição e a vingança dividem uma estrutura comum: nas duas, a punição é aplicada por alguma razão (uma injustiça ou um dano) e com o desejo de que a pessoa punida seja informada sobre os motivos da punição estar sendo aplicada e, também, saiba que é intencional que ela entenda estes motivos.

Quando, retributivamente, punimos alguém, existe um significado para isso: queremos explicar e fundamentar à pessoa punida o quão errado foi o que ela fez. Nozick chama isto de retributivismo teleológico. “A punição retributiva é um ato de comportamento comunicativo” (1981, p. 370).

A vingança se encaixa nesta estrutura, mas com uma mensagem diferente. “Podemos ver a punição como uma tentativa de demonstrar ao infrator que seu ato foi errado, não apenas para expressar que o ato é errado, mas para *mostrar* isto ao infrator” (NOZICK, 1981, p. 371). Desse modo, não basta que o infrator saiba que está sendo punido, mas é necessário que ele saiba por que motivos isto está ocorrendo. O autor explica que

Se um ato é errado em função do que ele faz com outra pessoa, o caminho mais poderoso para mostrar ao infrator é fazer o mesmo com ele. Contudo, há algumas coisas cujo caráter errôneo não pode ser demonstrado fazendo o mesmo com o infrator. Se seus atos levam uma pessoa a desperdiçar sua vida, punir tais atos de uma maneira correspondente apenas tornaria as coisas irremediavelmente piores (1981, p. 371).

A intenção não é repetir o ato com o infrator, mas fazer com que ele compreenda a própria natureza errada do ato. Com esta compreensão, é possível esperar que o infrator se coloque no lugar da vítima e perceba que não gostaria de estar no lugar dela. Isto é que orienta a regra de ouro kantiana de não fazer aos outros o que não gostaríamos que fizessem com nós mesmos. Analisada pelo célebre autor de maneira mais abstrata, a questão deve se traduzir em um exercício racional que todo ser humano deve fazer e, assim, transformar-se no imperativo categórico⁷, conforme a seguir explicado:

Não preciso pois de perspicácia de muito largo alcance para saber o que hei-de fazer para que o meu querer seja moralmente bom. Inexperiente a respeito do curso das coisas do mundo, incapaz de prevenção em face dos acontecimentos que nele se venham a

⁷ Rawls conceitua “imperativo categórico” como um princípio de conduta aplicado à pessoa em virtude de sua natureza de ser racional livre e igual (2008, p. 314).

dar, basta que eu pergunte a mim mesmo: — Podes tu querer também que a tua máxima se converta em lei universal? Se não podes, então deves rejeitá-la, e não por causa de qualquer prejuízo que dela pudesse resultar para ti ou para os outros, mas porque ela não pode caber como princípio numa possível legislação universal (KANT, 1973, p. 210 e 211)

Assim, todo ser humano é levado a analisar, racionalmente, não apenas se gostaria de ser tratado como trata os outros, mas se a sua própria conduta poderia se tornar uma conduta universal, praticada por todas as pessoas racional e indistintamente. Portanto, seria sustentável que todo ser humano agisse de acordo com determinadas condutas danosas?

Contudo, repetir o ato danoso contra o infrator é uma forma de retribuição que recai no mesmo erro. A sociedade não necessita da punição pela punição, que objetive o sofrimento do infrator, mas da punição que tenha fins pedagógicos, que conscientize, que atribua consequências eficazes aos atos autônomos das pessoas, de modo que elas não mais repitam suas condutas danosas. A punição deve ser vista como meio, não como fim em si mesmo e, portanto, o sentido da punição não pode ser somente a punição em si, para que não se recaia em intenções estritamente vingativas.

Se A colidiu seu veículo com o veículo de B, porque dirigia acima do limite de velocidade, não é moralmente adequado que B danifique o carro de A de volta, como forma de retribuir o mesmo dano que A causou. A intenção da sociedade deve ser causar o menor dano possível no contexto geral e, para isso, condutas danosas devem desestimuladas, e não fomentadas.

No Brasil, a punição ou a resposta a este caso seria traduzida na responsabilidade civil do causador do dano, o qual teria obrigação de indenizar os danos materiais sofridos pela vítima, bem como quaisquer danos morais que ele possa ter causado. A fixação dessa responsabilidade exige a análise cuidadosa do caso concreto, de modo que o próprio infrator compreenda por que sua conduta não é aceitável e quais consequências punitivo-pedagógicas ela traz.

O autor Robert Nozick afirma que a esperança da punição retributiva é que o infrator perceba que seu ato foi errado quando alguém mostrar isso a ele. Mas o autor propõe uma saída para quando o infrator não consegue compreender o quão errôneo foi a conduta, por estar tão longe da comunidade moral “que não há esperança de trazê-lo à realidade” (1981, p. 372). Assim, a única saída seria

dissuadi-lo, pois a “teoria da dissuasão⁸ trata a todos como externos à comunidade moral” (1981, p. 372).

Alec Walen opina que as distinções entre retributivismo e vingança não significam que o desejo pela vingança não tem nenhum papel em conduzir as pessoas à justiça retributiva. “Talvez a justiça distributiva seja a versão sublimada, generalizada da sede pela vingança” (2016, p. 6). Ele explica que a punição é o elemento que o infrator merece por agir de maneira danosa e que há muito a ser dito sobre que punições são merecidas por determinados erros.

Ainda, o autor faz uma construção interessante quando destaca que, além do merecimento, os

[...] infratores tem o ‘direito de serem punidos’ de modo que não puni-los significa injustiçá-los [...]. O que se quer dizer é que os infratores tem o direito de serem tratados como o tipo de ser que pode ser responsabilizado e punido.

[...]

[...] não somos mais livres e responsáveis por nossas ‘escolhas’, e, portanto, não mais capazes de merecer punição, do que qualquer outro objeto físico. [...] a maioria de nós possui a capacidade de usar a razão para pensar em nossas opções, para pesar motivos a favor delas e contra elas, e para escolher – sendo estas as habilidades-chave para sermos agentes responsáveis que podem *merecer* punição se escolherem fazer o errado (WALEN, 2016, p. 7-8).

Por isso, adiante, aprofundaremos o argumento de que, se os empregadores decidem sobre a vida e a integridade física dos trabalhadores com base em análises econômicas, nada mais justo do que serem tratados também sob a mesma ótica, especialmente no que tange à responsabilidade civil. Se eles escolheram este raciocínio, é provável que este raciocínio seja o mais eficaz para desestimulá-los quando estiverem pondo em risco desnecessário a vida dos trabalhadores. Se a análise ocorre a partir de elementos que permitam a maior economia possível no orçamento do empregador, então precisamos adicionar mais um elemento a esta equação: os *punitive damages*. Não no sentido do “olho por olho, dente por dente” ou da vingança, mas no sentido de usar o mesmo raciocínio que os empregadores, autonomamente, usam para tomar decisões sobre o Meio Ambiente do Trabalho.

⁸ *Deterrence*, em inglês.

A justiça retributiva pode até ser vista como um tipo amenizado de vingança, porém controlado, equilibrado e conduzido pelo Estado. Mesmo que a punição seja conduzida pelo Estado, não há como impedir que a vítima se sinta vingada de alguma forma, mas o importante é que este sentimento depende do que o Estado decide como punição e não de como a vítima gostaria que fosse feito, conforme suas vontades próprias e particularidades internas e subjetivas. Segundo Walen, “alguns pensam que a justiça retributiva é simplesmente um nome para o jeito que o Direito assume a punição no lugar dos grupos privados” (2016, p. 7).

A diferença primordial entre a vingança e o retributivismo aplicado pelo Estado é a proporcionalidade que se espera da atuação estatal. Deixar a mensuração da punição unicamente no âmbito da vingança, da justiça privada, da vontade da vítima, é arriscar que quase sempre ocorram exageros e injustiças. Para Alec Walen (2016, p. 11), “aplicar punição desproporcional injustiça o infrator assim como, talvez até mais que, injustiça uma pessoa inocente ser punida”.

É importante esclarecer que a proporcionalidade não se dá de maneira matematicamente exata, de modo que um dano exija outro proporcional a ele assim como o numeral 1 é igual ao numeral 1. Perante a existência de um dano, o Direito exige que o causador responda por ele, dentro das limitações jurídicas de cada sistema e das limitações impostas pelos próprios Direitos Fundamentais. “[...] as pessoas possuem uma chance justa de evitar a punição mediante a escolha de não agir errado e aquelas que escolhem fazer errado merecem punição dentro de uma moldura institucional” (WALEN, 2016, p. 20). Na concepção de Richard Ausness, “a punição excessiva é inconsistente com o princípio do merecimento, porque a punição excessiva não é merecida” (1985, p. 57), além de ser injusta.

Alec Walen afirma que “a ideia é que, como a punição envolve sofrimento, ela deve ser aplicada ao mínimo possível [...]. Qualquer punição excessiva [...] é um sinal de crueldade” (2016, p. 13). Ao mínimo possível porque, se formos no sentido contrário, podemos arriscar causar danos irreparáveis também à própria pessoa que causou dano em primeiro lugar, e não é isso que se deseja. Neste particular é que encontramos, por exemplo, críticas incisivas sobre penas como a de morte, uma vez que ela envolve a vida, um bem que, uma vez perdido, não pode ser restaurado, nem reparado, nem substituído por qualquer indenização.

Erros na aplicação de punições ocorrem sempre e, infelizmente, é um risco do qual a sociedade não consegue se desvencilhar. Por isso é que a punição deve ser aplicada com intenção menos punitiva e mais pedagógica.

2.2.2 Dissuasão

A dissuasão (*deterrence*) pode ser considerada uma das principais finalidades da aplicação dos *punitive damages*, uma vez que o caráter punitivo-pedagógico que eles proporcionam é capaz de fazer um possível futuro infrator desistir de sua conduta danosa quando sabe com clareza ou, pelo menos, tem alguma noção mínima de quais serão as consequências.

Gregg Caruso (2018, p. 45) explica que a dissuasão integra o grupo das teorias consequencialistas⁹, uma vez que almeja justificar a necessidade da punição como a melhor maneira de alcançar determinados fins. Dentre eles, podemos destacar, como exemplo, o não cometimento de atos danosos. As teorias da dissuasão, basicamente, sustentam que a punição pode servir ao duplo propósito de impedir futuros comportamentos maus ou ilegais sobre o indivíduo a ser punido e, também, de impedir que outros cometam atos similares (CARUSO, 2018, p. 46).

Patrick Morgan (2017) assevera que a dissuasão é uma prática que remonta à Segunda Guerra Mundial e ao advento de armas nucleares, tendo se tornado “o recurso central para sustentar a segurança internacional e interna e a estabilidade entre e dentro dos Estados em uma era de sérios conflitos”. De acordo com o autor, ela tem sido aplicada para prevenir (ou, pelo menos, limitar) a destruição dos Estados, sociedades e até da humanidade.

Morgan conceitua a dissuasão como o uso de ameaças para bloquear ou reduzir o cometimento de danos, de modo que ela proporcione um nível de preocupação contínua e um desejo regular de, pelo menos, eliminar ameaças. Neste sentido, o autor explica que esforços profundos tem sido aplicados para o desenvolvimento de teorias da dissuasão, “particularmente para criar teorias

⁹ Por isso, o autor chama tais teorias de “forward-looking”, uma vez que se constroem olhando para um resultado futuro esperado.

empíricas para entender melhor e aplicar a dissuasão, mas sem chegar a resultados amplamente aceitos” (2017).

De acordo com Richard Ausness, “há uma concordância geral de que os *punitive damages* devem impedir que o réu e outros envolvam-se em condutas proibidas” (1985, p. 70) e, por isso, vê uma orientação utilitarista por parte da Dissuasão. Para ele, quando alguém analisa os *punitive damages* sob um ponto de vista retributivista, essa pessoa se pergunta “isso é justo?”, mas

analizando os *punitive damages* no que diz respeito à dissuasão, pergunta-se ‘isso funciona?’ [...]. No caso da retribuição, a equidade e o merecimento delimitam o escopo adequado das sanções punitivas; quando a dissuasão é invocada como uma justificativa, o conceito de eficiência funciona de maneira similar (1985, p. 71).

A posição do autor assemelha-se à do professor Dorsey D. Ellis Jr. (1982, p. 8), o qual afirma que, se o propósito dos *punitive damages* é promover um mundo melhor a partir da punição dos infratores, devem ser considerados os custos da imposição dessa punição. “Então, objetivos instrumentais requerem uma análise dos resultados líquidos dos custos de impor punição e dos incentivos dissuasórios que isto cria” (1982, p. 8-9).

Para Ellis Jr., o objetivo instrumental de dissuadir o infrator e terceiros requer uma análise sobre se os custos relacionados à imposição de uma restrição sobre o infrator serão compensados por uma redução nas perdas esperadas pela sociedade por conta de futuros atos danosos (1982, p. 8). Em outras palavras, impor uma restrição sobre o réu promove o uso eficiente dos recursos da sociedade? Importante vincular esta discussão ao assunto abordado acima de não ser suficiente impor a punição como fim em si mesma. Ela precisa ser adequada ao que exige cada situação específica, além de precisar produzir efeitos dissuasórios, de modo que o infrator e terceiros infratores em potencial sintam-se desestimulados em continuar com condutas danosas.

Ellis Jr. (1982, p. 9) destaca que a indenização compensatória, geralmente, pareceria suficiente para promover níveis eficientes de dissuasão. Assim, os objetivos da dissuasão justificam a imposição dos *punitive damages* somente em casos nos quais a indenização compensatória¹⁰, sozinha, produz menos do que uma dissuasão em níveis ótimos. Este ponto merecerá destaque mais adiante, no

¹⁰ *Compensatory damages*, em inglês.

3º Capítulo, pois será explicarei como funciona a compensação na Responsabilidade Civil brasileira e como, às vezes, ela é insuficiente para salvaguardar bens insubstituíveis e inestimáveis como a vida e a integridade física do trabalhador.

Quando Richard Ausness fala em orientação utilitarista, fala da importância de analisar custos e benefícios para tomar determinadas decisões. “Quando um número de medidas está disponível pra atingir determinado efeito dissuasivo, a eficiência exige que se escolha a técnica com custos mais eficazes¹¹” (AUSNESS, 1982, p. 72). A pergunta “isso funciona?”, exposta na citação acima, demonstra uma preocupação consequencialista de quem vê a dissuasão como um objetivo dos *punitive damages*.

O 2º Capítulo, a seguir, trará maiores explicações sobre teorias utilitaristas e será demonstrado, dentre outras constatações, como a análise isolada de custos e benefícios não é suficiente para proteger direitos fundamentais. Por isso, analisei as finalidades dos *punitive damages* de maneira unida, objetivando uma compreensão abrangente, que as englobe e harmonize, de modo que mesmo a análise utilitarista possa servir para fazer frente a práticas utilitaristas que não protegem direitos fundamentais.

Ausness questiona se os *punitive damages* podem ser usados como suplemento à indenização compensatória para que se atinja níveis ótimos de dissuasão. Em sua opinião,

[...] *punitive damages* são inapropriados para este fim por inúmeras razões.

Primeiro, se as regras da indenização compensatória falham em fornecer completa compensação para vítimas de acidentes e, deste modo, frustram os objetivos da dissuasão, a melhor resposta seria reformar os princípios da indenização compensatória diretamente ao invés de tentar remediar deficiências por meio do uso dos *punitive damages* [...].

A segunda objeção ao uso dos *punitive damages* como um substituto à indenização compensatória é que o foco dos *punitive damages* é muito reduzido [...]. as Cortes devem reservar essa sanção para condutas altamente culposas [...].

[...]. Na medida em que os *punitive damages* servem a algum propósito dissuasivo, eles devem ser limitados para dissuadir categorias reduzidas de condutas culposas para as quais as sanções *quasi*-penais são consideradas apropriadas (1982, p. 75-77).

¹¹ *Cost-effective technique*, em inglês.

À primeira vista, não discordo da posição do autor, porém é necessário esclarecer que os *punitive damages* jamais serviriam para substituir a compensação ou para “remediar deficiências”, uma vez que ambos possuem finalidades diversas. É possível que, em um mesmo caso, encontremos a aplicação de ambos, mas, sem dúvidas, a análise finalística de cada um demonstraria que servem a propósitos diferentes.

Sobre o foco dos *punitive damages* ser muito reduzido, não vejo, na verdade, uma objeção ou um problema com relação a isso, uma vez que o instituto vai justamente se direcionar a situações ultrajantes que exigem sua aplicação, tanto para punir o agressor quanto para desestimular que ele repita sua conduta ou que terceiros ajam da mesma maneira.

Ao longo deste tópico, construí quais são as finalidades dos *punitive damages* e, para encontrá-las, devemos observar que tem sido necessário focar na conduta do ofensor, enquanto que a Compensação proporciona uma análise mais focada no dano em si e em como se deve proceder para devolver à vítima algum tipo de amenização de um dano que não pode ser reparado.

Ainda, Richard Ausness indaga se os ganhos sociais da aplicação dos *punitive damages* superam os custos sociais, quando se tem a dissuasão como objetivo. Ele destaca, principalmente, o que chama de “dissuasão excessiva¹²”, a qual é um custo social que ocorre quando se impõe mais restrições do que são necessárias para desencorajar comportamentos indesejados. Para o autor, “ela é indesejável, particularmente quando desencoraja condutas legítimas e economicamente produtivas” (1982, p. 85).

Gregg Caruso trata do mesmo assunto quando explica que a objeção mais comum às teorias consequencialistas da dissuasão é que elas permitiriam punições injustas. “Por exemplo, a punição severa e excessiva do culpado ou a punição do inocente poderiam, em princípio, ser justificadas se, eficazmente, servissem aos objetivos da dissuasão e da redução do crime” (2018, p. 46). Esta afirmação do autor pressupõe que se desconsidera haver outras finalidades além da dissuasão. Se se quer aplicar somente a dissuasão, de maneira isolada, o que não é nossa proposta, o objetivo único é atingir o fim específico de que o ofensor

¹² *Overdeterrence*, em inglês.

não produza mais danos, independente dos meios para isso serem injustos ou desmedidos.

Caruso explica que isto recebe o nome de *objeção do uso*¹³, uma vez que

sustenta que as teorias consequencialistas permitem, pelo menos em princípio, o uso das pessoas para atingir determinados fins desejáveis, em violação à intuição Kantiana de que as pessoas devem ser tratadas como fins em si mesmas (2018, p. 46).

Em função disto, o autor expõe algumas respostas a essa objeção. Uma delas afirma que punições injustas seriam justificáveis se elas realmente produzissem as melhores consequências. Outra resposta argumenta que, no mundo real, seria muito improvável que punições desse tipo servissem, de qualquer forma, para o bem, sendo menos provável ainda que se pudesse confiar no Estado para escolher em que casos raros isso ocorreria (CARUSO, 2018, p. 46).

Qualquer tipo de dissuasão excessiva é, mais do que indesejável, injusta. Injusto também é o tratamento da punição objetivando somente produzir “as melhores consequências”, pois isto permitiria a aplicação não da justa punição, mas de quaisquer punições desde que suficientes para dissuadir determinadas condutas danosas. E nada disso deve se defender quando se pretende aplicar os *punitive damages* em determinada situação. Qualquer aplicação de punição ou restrição excessivas não obedece às exigências da justiça e, por isso, não pode ter espaço no Direito.

A aplicação dos *punitive damages* exige um tratamento muito aprofundado do caso sob análise, sempre buscando que aquela conduta danosa não volte a ser praticada, seja pelo ofensor, seja por terceiros que possam vir a cometê-la. Assim, a dissuasão excessiva não pode nem ser chamada de custo social, uma vez que foge à justa punição e acaba causando mais danos, agora porém sobre o ofensor punido em excesso.

A partir de sua conduta danosa, o ofensor merece, como exigência da justiça, ser punido e sofrer restrições na medida em que isso seja proporcional ao dano que causou e, principalmente quando se fala de *punitive damages*, proporcional à natureza de sua conduta, caso seja dolosa ou gravemente negligente.

¹³ *The use objection*, em inglês.

Quando da aplicação dos *punitive damages* em casos de acidentes do trabalho, por exemplo, não é razoável e não pode ser uma expectativa justa a aceitação de que o empregador entre em processo de falência ou de qualquer grave dificuldade financeira após sua condenação de pagar determinado valor a título de danos morais. Além desta situação ser injusta, seguramente também prejudicaria outros sujeitos envolvidos com a atividade do empregador: credores, fornecedores e, principalmente, os demais trabalhadores a ele vinculados, seja com o atraso no pagamento de suas remunerações, seja com dispensas sem justa causa pontuais para cortes de gastos, seja, na pior das hipóteses, com o encerramento por completo das atividades do empregador.

Desse modo, a dissuasão excessiva geraria um efeito contrário muito indesejável: os próprios investimentos em determinadas atividades, especialmente as que expõem o trabalhador a mais riscos, seriam desestimulados pela expectativa da punição excessiva em cima do empregador. Mas não é esse o objetivo dos *punitive damages*.

A ideia por trás da utilização deste instituto é a de que o empregador entenda com a linguagem que lhe é mais clara e cara: a econômica. Deve haver, sim, um impacto nas finanças do empregador para que a possibilidade (ou o risco) de aplicação dos *punitive damages* transforme-se em mais um elemento a ser considerado quando da análise de custos e benefícios que orienta a decisão por investir ou não em melhorias no Meio Ambiente do Trabalho. Isto demonstra, inclusive, como as teorias utilitaristas, a serem vistas no 2º Capítulo, a seguir, podem servir de fundamento contra práticas baseadas nelas mesmas.

O que não se pode tolerar é a condenação do empregador em montantes absurdos e descolados de sua realidade econômica, que prejudiquem o andamento regular de suas atividades, de modo que a condenação deve ser justa e suficiente para impactar e, assim, estimular o empregador a tratar a saúde e a integridade física do trabalhador com mais zelo. Assim, esse impacto precisa ser razoável e racionalmente analisado pelo magistrado incumbido de decidir o caso.

2.2.3 Prevenção

Outra finalidade muito significativa da aplicação dos *punitive damages* é a prevenção, intimamente ligada às demais finalidades discutidas. Importante que não se confunda a prevenção com a dissuasão ou com o caráter pedagógico, porque, apesar de contribuírem para o mesmo objetivo – não causar dano –, funcionam e se fundamentam de modos distintos.

A prevenção é uma ação de evitar a produção de danos em dadas situações e isto pode ocorrer mediante o uso de instrumentos como a dissuasão ou a pedagogia. A dissuasão promove prevenção quando aplica instrumentos concretos que impeçam ou desestimulem a prática de atos danosos, impondo ao ofensor o sofrimento de algum tipo de sanção. O caráter pedagógico, por sua vez, promove prevenção quando ensina o quão errado é o ato que o agente estava cogitando praticar e, por consequência, quando faz com que o agente desista dele por compreender o erro.

Assim, a prevenção é um objetivo da dissuasão e também do caráter pedagógico. Mas estes dois elementos são diferentes, na medida em que o segundo não pressupõe alguma ameaça de sanção ao ofensor em potencial, como ocorre com o primeiro. A prevenção pela via pedagógica pressupõe que o ofensor em potencial deixa de cometer o ato danoso justamente por saber que é errado, injusto, inadequado, e não porque sabe que será punido e teme por isso. A prevenção pode atuar tanto em agentes que cogitam ou se arriscam a causar determinado dano pela primeira vez quanto nos casos de reincidência, evitando que o mesmo dano seja causado a mais pessoas.

Ocorre uma análise apriorística quando se promove a prevenção pela via do caráter pedagógico, uma vez que o agente desiste de praticar um ato potencialmente danoso apenas por saber que é moralmente errado causar danos a outrem, interferindo em uma esfera de liberdade que não lhe cabe interferir. Por outro lado, com relação à dissuasão, ocorre uma análise consequencialista, de modo que o ofensor em potencial desiste da conduta danosa porque não quer sofrer as sanções que lhe serão impostas pelo Estado.

Ainda, é indispensável destacar que reconhecer a prevenção como um objetivo também da dissuasão significa oferecer uma justificativa de que a punição não existe como fim em si mesma e não é uma finalidade isolada que existe por si só, pelo simples fato de punir por punir. Não deve ser desejável pela sociedade e, muito menos, pelo Estado que a punição seja aplicada com fins

estritamente punitivos, sem qualquer valoração diversa e mais humanizada. Ao punirmos um ofensor, ou ao usarmos a punição como uma ameaça a quem cogita cometer danos a outrem, não estamos buscando a punição em si, esvaziada, mas sim um elemento que aplique princípios de justiça a alguém que tomou para si parte da esfera de liberdade de outrem, bem como que desestimule e previna a prática de danos.

A punição só existe porque temos a necessidade de fazer frente a qualquer tipo de elemento que faça o dano valer a pena. Ela precisa ser aplicada de maneira conjunta com o caráter pedagógico, para que, juntas e ao mesmo tempo, sejam capazes tanto de conscientizar quanto de concretamente desestimular condutas danosas, contribuindo para que tenhamos punições muito mais humanas e mais eficazes na prevenção de danos. Novamente, só faz sentido punir se isso servir para que outros danos não sejam cometidos tanto pelo agressor em questão quanto por outros em potencial, os quais olham para os punidos como exemplos do que não fazer.

A prevenção é um célebre princípio constitucional ambiental no Brasil, previsto no artigo 225 da Constituição da República. Possui destaque crucial nas discussões acerca dos acidentes ocorridos no Meio Ambiente do Trabalho, o qual integra o conceito geral de Meio Ambiente. Acidentes dessa natureza não permitem retorno ao *status quo ante* nem reparação, o que justifica a grande importância da prevenção para que os danos nem cheguem a ser causados.

Para Thania Maria Bastos Lima Ferro,

muito mais do que a contenção de danos, é necessária a contenção de comportamentos. O novo olhar que se lança sobre o instituto da responsabilidade civil é de que este não mais poderá ficar circunscrito nas estreitas paredes do dano consumado, pois somente com a mudança de entendimentos, mediante uma nova postura social, em que haja conscientização de que a prática do ato ilícito não é vantajosa, é que se poderá chegar ao objetivo de prevenir condutas que possam provocar danos (FERRO, 2016, p. 136).

Como estamos lidando com a integridade física e a vida do trabalhador, bens que sabemos ser insubstituíveis, inestimáveis e imateriais, a prevenção de danos ocupa espaço fundamental. Com a prevenção, a preocupação deixa de ser como compensar um dano imaterial de maneira justa e dá lugar ao esforço de

nem permitir que esse dano aconteça. Mais adiante, o 3º Capítulo aprofundará como a prevenção é compreendida no Brasil.

2.2.4 Coação

Richard Ausness elenca a coação (*law enforcement*) como uma das finalidades dos *punitive damages* para que busquemos a aplicação da lei. Isso autoriza que o Estado aja de forma coatora para aplicar as consequências provenientes da desobediência do ofensor perante exigências legais e morais de não causar dano a outrem.

Quando o ofensor em potencial tem ciência deste poder coator do Estado e o teme, ele se sente desestimulado de praticar o ato danoso e, assim, vemos a concretização da dissuasão, conforme previamente analisada no tópico 2.2.2. A este efeito psicológico que causa o temor do ofensor em potencial dá-se o nome de Coerção e o efeito disto é exatamente a dissuasão, quando os instrumentos utilizados pelo Estado são eficazes e, concretamente, levam o agente a desistir de sua conduta danosa.

De acordo com Timothy Roufa (2018), o conceito da aplicação pela lei mediante coação consiste exatamente nisto: dar força às leis. Ela “requer uma aderência inabalável às regras e aos procedimentos [...]. Citações são emitidas, prisões são feitas e a força é empregada com pouca preocupação sobre a razão ou o sentido por trás da lei ou da diretriz” (ROUFA, 2018).

A posição do autor mostra-se importante porque destaca a eficácia que deve ser inerente à aplicação da lei, a qual deve ocorrer independente de personalismos e de que sujeito sofrerá com isso. Se a Justiça exige determinada medida, então esta será tomada.

Contudo, a parte final da citação do autor merece destaque, especialmente porque aparenta que ele valoriza a forma em detrimento da substância. Na verdade, ele pretendeu fazer muito mais uma análise fática do que deontológica. Na sua opinião, existe um problema na aplicação isolada da lei enquanto uma resposta ao crime, pois “ela é singular em sua abordagem, reagindo aos efeitos

sem consideração pelas causas”. De fato, quando a lei é aplicada mediante coação sem que haja reflexão crítica sobre os fundamentos da punição, temos um problema grave. Se não há respaldo jurídico nem moral, a coação transforma-se em pura arbitrariedade. A lei deve ser aplicada mediante coação quando devidamente justificada em princípios morais e justos, e não “com pouca preocupação” sobre este particular.

Ainda, o autor destaca que

a aplicação da lei mediante coação pode ser um meio muito eficaz de manter a ordem pública e de punir o crime na medida em que foca na exigência de que os membros de uma comunidade ou sociedade obedeçam a lei ou enfrentem as consequências (ROUFA, 2018).

Esta posição reforça a importância da justificação legal e moral da lei para que sua aplicação seja forçosamente imposta àqueles que se recusam a cumprir com normas mínimas de convivência social pacífica. Os indivíduos devem saber por que as normas existem, qual a importância de serem respeitadas e, ainda, que consequências existirão caso não sejam cumpridas.

Neste sentido, é possível dizer que a aplicação da lei mediante coação também está intimamente ligada à dissuasão, ao caráter pedagógico e à prevenção, de modo que cada um destes elementos participa de maneira diferente, porém complementar.

Richard Ausness afirma que a finalidade de aplicação da lei mediante coação é intimamente relacionada à dissuasão, sendo talvez considerada uma parte dela (AUSNESS, (1985, p. 69). Sem dúvidas, além de outros motivos que levam os indivíduos a cumprirem as leis, um dos mais relevantes é a possibilidade da sanção aos que as descumprirem. Novamente, encontramos neste particular uma análise consequencialista que impede o ofensor em potencial de descumprir a lei e causar danos: ele observa as consequências que seus atos podem gerar e analisa se a conduta valerá a pena ou não.

Segundo Ausness, a perspectiva dos *punitive damages* encoraja as pessoas a cumprirem as normas sociais (1985, p. 69). Isto basicamente acontece porque o ofensor em potencial sabe que, se descumprir determinadas normas e, assim, causar dano, será responsabilizado diante de um viés punitivo, que levará

em consideração os elementos subjetivos de sua conduta, seja ela dolosa ou gravemente culposa.

Mesmo que ele não saiba por que motivos as normas existem ou mesmo que saiba e não as respeite ou não concorde com elas, o simples fato de ter ciência sobre as consequências da desobediência já pode ser suficiente para que o dano não seja causado. No mínimo, atende-se às expectativas da prevenção e da dissuasão, ainda que o caráter pedagógico não tenha sido atingido plenamente.

Porém, é possível que vejamos a plena aplicação da lei por outros motivos além do medo da sanção. Os indivíduos podem cumprir a lei por respeitarem a existência de um pacto social de obediência, em prol de um bom convívio entre os indivíduos. Anteriormente, expusemos a máxima kantiana de eu não fazer com o outro aquilo que eu não gostaria que fosse feito comigo. Neste particular, o indivíduo compreende e aceita que respeitará a lei ou porque, de fato, entende que causar danos não é algo essencialmente bom ou porque simplesmente não deseja sofrer os mesmos efeitos ou as consequências dos atos que gostaria de praticar.

Usemos como exemplo os limites de velocidade de condução de veículos. Há condutores que respeitam os limites simplesmente por entenderem os riscos envolvidos na condução em alta velocidade, mesmo que isso cause, por exemplo, um atraso a um compromisso. O indivíduo sabe que existe uma questão pessoal unicamente de seu próprio interesse – o possível atraso –, mas sabe também que sua esfera de individualidade importa menos do que arriscar a vida dos demais ao ultrapassar limites de velocidade.

Por outro lado, há condutores que respeitam os limites de velocidade unicamente porque sabem que serão multados se forem pegos. Se estes mesmos condutores estiverem atrasados para um compromisso e estiverem dirigindo em uma via que sabem não ser fiscalizada, as chances de desrespeito às leis aumentam, porque o elemento que prendia o respeito do condutor – a certeza da sanção – não é mais relevante.

O condutor que opta pelo desrespeito, normalmente, faz uma análise prévia e consequencialista de custos e benefícios para decidir se vale a pena ou não desrespeitar os limites de velocidade. Estar em uma via fiscalizada ou não será um elemento que fará toda a diferença sobre sua decisão. Já o primeiro

condutor do exemplo, que respeita as normas mesmo que isso lhe gere prejuízos pessoais, faz uma análise moral apriorística que lhe permite chegar à conclusão de que não importa que irá se atrasar, mas que é inaceitável que ele exceda os limites de velocidade e coloque a vida de terceiros em risco.

Assim, não há como afastar a ideia de que a aplicação da lei mediante coação é mais um elemento que justifica o uso dos *punitive damages*, porque eles podem vir a ser o elemento de coação a ser usado pelo Estado. Podem servir como elemento de desestímulo a ser levado em consideração pelos empregadores, especialmente quando realizarem a análise de custos e benefícios para decidir se devem ou não investir no Meio Ambiente do Trabalho.

2.2.5 Caráter Pedagógico

O caráter pedagógico é, também, uma finalidade muito relevante dos *punitive damages*, porque impõe sentido educador à aplicação de uma sanção. Não somente o Estado estará punindo alguém por ter causado danos a outrem, mas também educando e explicando por que motivos tal conduta é errônea e danosa, gerando, dessa forma, um esclarecimento que contribuirá para impedir futuros danos por parte do mesmo ofensor ou de terceiros que se vejam na mesma situação.

O caráter pedagógico dá mais sentido aos *punitive damages*, porque permite ao infrator saber por que está sendo punido. E isto é um direito dele, principalmente para que saiba que há fundamento moral por trás da punição, e não mera arbitrariedade e uso puro e simples da força do Estado.

Ele funciona de maneira muito mais eficaz quando o ofensor causou danos sem ter tido intenção, a exemplo das condutas negligentes que deixam de realizar determinados procedimentos preventivos porque o agente não compreendia plenamente os riscos envolvidos, apostando que nenhum dano aconteceria. Nesses casos, o caráter pedagógico mostra-se muito salutar, porque apresenta ao ofensor que conduta seria moralmente preferível em detrimento da que ele optou seguir.

O caráter pedagógico também demonstra grande valia diante das condutas dolosas e das gravemente negligentes, onde o ofensor ou queria o resultado ou tinha noção dos riscos envolvidos. Além dele ser educado sobre a gravidade de sua conduta, ele também aprende que esse tipo de conduta será punido por representar uma afronta aos direitos alheios.

É uma finalidade amplamente reconhecida no Direito Brasileiro e boa parte das decisões judiciais que condenam ofensores ao pagamento de danos morais ou extrapatrimoniais fundamentam-se no caráter pedagógico.

No 3º Capítulo, tratarei de algumas decisões de maneira mais detida, para elucidar que a fundamentação judicial, não raramente, utiliza o caráter pedagógico como fundamento para garantir o direito à indenização e para a fixação de seu valor. A título de informação, apenas no site do Tribunal Superior do Trabalho, a pesquisa livre de jurisprudência pelas expressões combinadas “indenização” e “caráter pedagógico” resulta em 24.994 acórdãos, demonstrando ampla utilização dessa finalidade da indenização como fundamento das decisões. Já no site do Superior Tribunal de Justiça, a pesquisa livre de jurisprudência pelas expressões combinadas “indenização” e “caráter pedagógico” resulta em 43 acórdãos e 3152 decisões monocráticas. Por esse motivo, o 3º Capítulo adotará um corte metodológico temporal, por questões de tempo e espaço da produção desta tese.

A doutrina jurídica brasileira também demonstra ampla aceitação do caráter pedagógico, cuja utilização em textos aparece frequentemente e não demonstra muita resistência nem muitas críticas. Sérgio Bermudes destaca que existe caráter pedagógico no próprio processo:

O processo, entretanto, se projeta muito além do interesse das pessoas diretamente envolvidas porque é instrumento de pacificação social; porque devolve a paz ao grupo, servindo também de método pedagógico, pois através dele o Estado vai ensinando os jurisdicionados a cumprir o direito (1996, p. 72).

Para Luiz Renato Topan, o caráter pedagógico possui um aspecto intimidativo que, muitas vezes, obstaculiza o iminente dano de per se (1992, p. 27). Já segundo Angela Sousa e Miguel Kfoury Neto, “O efeito pedagógico, teria o condão de compelir as empresas de grande porte” (SOUSA e KFOURI NETO,

2016, p. 160). Bruna Duque e Julia Carone (2006) explicam de maneira mais extensa:

A indenização em caráter pedagógico busca evitar que a conduta ilícita seja novamente praticada, além disso, procura aplicar ao infrator uma medida punitiva no sentido de que este sinta uma perda significativa em seu patrimônio.

Por meio desta diminuição patrimonial, objetiva-se, portanto, evitar que a mesma conduta reprovável pela sociedade ocorra reiteradamente, demonstrando, com isso, a intolerância do Estado face a tais comportamentos.

Entendemos que a indenização em caráter pedagógico possui natureza preventiva, à medida que tem por escopo evitar que outros repitam o ato considerado indigno pelos padrões da sociedade.

Ghisleni Filho, Flávia Pacheco, Luiz Alberto de Vargas e Ricardo Fraga reforçam o caráter pedagógico e destacam ser importante a análise da diferença entre ele e o caráter punitivo:

Os autores concordam que na fixação da indenização do dano moral é de ter-se em conta que a sentença judicial também tem um caráter inibidor ou pedagógico, de forma que represente um reforço negativo para que o ofensor – ou qualquer outro [...] – não volte a atentar contra a dignidade alheia.

[...]

Talvez devemos analisar diferentemente a função pedagógica e uma suposta função punitiva. Num caso, cuida-se, apenas, de que a manifestação judicial tenha relevância para o agressor, levando-o a pensar ou planejar novas práticas e/ou evitar omissões. Para se afirmar que seja ou não “punição”, haverá de se avançar mais no exame deste conceito [...] (GHISLENI FILHO, PACHECO, VARGAS e FRAGA, 2011, p. 81).

De acordo com Fátima Zanetti, a doutrina é consensual no sentido de analisar a fixação do valor da reparação por dano moral com base nos “seguintes requisitos: a gravidade do fato, a extensão do dano, a compensação da vítima, o não favorecimento do enriquecimento sem causa, o caráter pedagógico e a capacidade econômica do ofensor” (ZANETTI, 2009, p. 15). Ela destaca que:

A jurisprudência, na mesma trilha argumentativa, também menciona, no geral, esses requisitos e, por vezes, chega a acrescentar como fator restritivo na fixação do valor da reparação a vedação do enriquecimento ilícito. Predomina, explícita ou implicitamente, a ideia de que esse tipo de reparação deve ter apenas caráter compensatório da vítima, negando-se-lhe o caráter pedagógico sob o fundamento de que não se pode banalizar esse tipo de direito, o que se daria com a fixação de valores elevados e

serviria de estímulo para a busca de indenizações milionárias pela via judicial.

Esse entendimento de exclusão do caráter pedagógico da reparação por dano moral foi ratificado expressamente em 30 de outubro de 1997, em São Paulo, no IX Encontro dos Tribunais de Alçada do Brasil, oportunidade em que o tema dano moral foi debatido. Ali, à unanimidade, foi extraída súmula, identificada como conclusão 10, que afirma: “À indenização por danos morais deve dar-se caráter exclusivamente compensatório” (ZANETTI, 2009, p. 15).

Posteriormente, em 2006, na IV Jornada de Direito Civil, o Conselho da Justiça Federal aprovou o Enunciado nº 379 que dispõe: “O art. 944, caput, do Código Civil não afasta a possibilidade de se reconhecer a função punitiva ou pedagógica da responsabilidade civil” (CJF, 2006), ampliando a interpretação acerca das finalidades da responsabilidade civil por danos extrapatrimoniais. No 3º Capítulo, discutiremos melhor esta questão.

Infelizmente, percebemos que, no Brasil, ainda se encontra uma grande confusão conceitual, especialmente quando se utiliza o caráter pedagógico na fundamentação de uma decisão que condene um ofensor ao pagamento de danos extrapatrimoniais. Por isso, são raras as vezes em que tal fundamentação reflete, concretamente, no valor da indenização.

Observamos na doutrina acima citadas alguns pontos passíveis de críticas. A doutrina pouco explica o que vem a ser o caráter pedagógico e parece demonstrar uma certa confusão conceitual ou então até uma desnecessidade de explicar uma expressão que parece óbvia. As decisões judiciais também pouco se ocupam de fundamentar conceitualmente o que significa o caráter pedagógico e isso tem reflexos no valor da indenização. Grande parte das decisões e da doutrina faz apenas menção ao caráter pedagógico, talvez pressupondo que não seja necessário explicar o que ele significa, porque a expressão parece autoexplicativa: educar o ofensor.

Mas de que modo seria possível educar o ofensor por meio da indenização? Se existe uma intenção pedagógica ou punitiva por trás da condenação de pagar uma indenização, o valor da indenização deve, de fato, refletir essa intenção. Contudo, as decisões demonstram que outros elementos são sopesados para a definição desse valor e acabam contribuindo para sua redução, a exemplo da capacidade econômica da própria vítima do dano e da vedação ao enriquecimento ilícito.

A importância do caráter pedagógico é atuar em conjunto com o punitivo, porque dá sentido à punição. Conforme já afirmado no tópico 2.2.1, a punição não deve existir nem ser aplicada pelo simples fato de punir isoladamente, com fins estritamente vingativos. É necessário que ela traga outros sentidos consigo e o caráter pedagógico é um dos mais importantes, porque permite que o ofensor compreenda o erro de sua conduta e não mais a repita por ignorar ou subestimar seus riscos. O caráter pedagógico permite que a punição seja vista como meio, não como fim em si mesma.

2.3 PUNITIVE DAMAGES NA INGLATERRA E NOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA

2.3.1 Inglaterra

Os *Punitive Damages* tem origem na *Common Law* inglesa, tendo surgido sob a designação *Exemplary Damages*, no século XVIII, a partir do momento histórico que deu surgimento a *Wilkes v. Wood* e *Huckle v. Money*, julgados em 1763, os dois casos principais envolvendo o tema – e também importantíssimos para o estudo da liberdade de imprensa. A partir deles, é possível explicar como e por que surgiu esta finalidade da responsabilidade civil, que foi aplicada em diversos casos posteriores e desenvolvida até chegar nas disposições atuais.

Ambos os casos envolveram o abuso de poder do Estado contra a edição nº 45 de um periódico chamado *The North Brighton*, onde se criticava enfaticamente o discurso do Rei George III sobre o Tratado de Paris, a respeito do fim da Guerra dos Sete Anos. Neste contexto, no final da Idade Moderna, várias monarquias disputavam o controle de regiões e “França e Inglaterra promoviam conflitos paralelos pelo controle de regiões da América do Norte, Índias Ocidentais, Índia, África, Mar Mediterrâneo, Canadá e Caribe” (SOUSA, [S.A.]). Rainer Sousa explica que

Com o fim do conflito, a Inglaterra saiu como grande vitoriosa, mas os custos gerados pela guerra enfraqueceram a sua

economia. Dessa forma, a Coroa Inglesa decidiu impor diversos tributos para os colonos norte-americanos com o claro objetivo de ressarcir o prejuízo econômico produzido pela guerra. Entretanto, essa medida tencionou as relações com os colonos norte-americanos que, pouco tempo depois, lutaram pelo fim da dominação colonial britânica, dando início às Guerras de Independência dos EUA (SOUSA, [20-?]).

Com a publicação da edição nº 45 do *The North Brighton*, o Rei não admitiu as críticas e Lord Hallifax, Secretário de Estado, expediu um mandado genérico, que ordenava a prisão de autores, impressores e editores do periódico, além de busca e apreensão de materiais. Lord Hallifax acreditava ser John Wilkes o autor da edição nº 45, mas o mandado seguiu sem nome de pessoas específicas e foi fundamentado em uma mera suspeita de difamação¹⁴ do Rei (INGLATERRA, COURT OF COMMON PLEAS, 1763f).

O resultado foi a prisão de 49 pessoas, incluindo Huckle, um homem trabalhava na impressão do material, e John Wilkes, membro da Câmara dos Comuns do Parlamento do Reino Unido e editor anônimo do periódico. Wilkes teve sua casa invadida por vários oficiais, incluindo Robert Wood, Subsecretário de Lord Hallifax, que os acompanhou e deu ordens para que também quebrassem as fechaduras e confiscassem os papéis de Wilkes, sem fazer inventário.

Wilkes levou o caso à Court of Common Pleas, sendo representado pelo advogado John Glynn que, durante o julgamento, declarou

[...] o caso ultrapassava de longe o Sr. Wilkes pessoalmente, que afetava a liberdade de cada sujeito deste país, e se considerado legal, abalaria a mais preciosa herança dos ingleses. Em vão nossa casa foi declarada, pelo direito, nosso asilo e defesa, se pode ser adentrada sob qualquer futilidade ou sem motivo algum, por um Secretário de Estado (INGLATERRA, COURT OF COMMON PLEAS, 1763f)¹⁵.

O juiz do caso, Lord Chief Justice Charles Pratt, concluiu que houve invasão de propriedade, bem como questionou se a publicação do periódico seria suficiente para que um Secretário de Estado invadisse a casa das pessoas, arrombasse suas fechaduras e confiscasse seus documentos. Para Pratt,

¹⁴ Em inglês: "Libel".

¹⁵ "the case extended far beyond Mr. Wilkes personally, that it touched the liberty of every subject of this country, and if found to be legal, would shake the most precious inheritance of Englishmen. In vain has our house been declared, by the law, our asylum and defence, if it is capable of being entered, upon any frivolous or no pretence at all, by a Secretary of State".

Nenhuma autoridade legal, no presente caso, justifica a ação. Nenhum precedente, nenhuma determinação legal, nenhum Ato do Parlamento em si, é suficiente para justificar qualquer procedimento contrário ao espírito da Constituição.

[...]

Se tal poder é realmente investido em um Secretário de Estado, e ele pode delegar esse poder, isso certamente pode afetar a pessoa e a propriedade de qualquer homem neste reino, e é totalmente subversiva da liberdade do sujeito (INGLATERRA, COURT OF COMMON PLEAS, 1763f)¹⁶.

Ainda, Charles Pratt falou ao júri do caso o seguinte, dando início aos primórdios dos *exemplary damages*:

Eu já formalmente emiti opinião em outra ocasião, e eu ainda continuo com o mesmo pensamento, que um júri tem o poder de fixar a indenização em mais do que o dano sofrido. A indenização é destinada não somente como satisfação para a pessoa que sofreu o dano, mas igualmente como punição ao culpado, para impedir qualquer procedimento afim no futuro, e como uma prova do júri detestar a ação em si (INGLATERRA, COURT OF COMMON PLEAS, 1763f)¹⁷.

Em *Huckle v. Money*, o outro caso relacionado à mesma situação histórica de *Wickle v. Wood*, *Huckle* era tipógrafo e foi mantido sob custódia, por um dos oficiais do Rei, por cerca de 6 horas em razão de ser suspeito de trabalhar na impressão do *The North Brighton*. Foi, contudo, tratado de maneira bastante civilizada “com bifés e cerveja, para que sofresse muito pouco ou nenhum dano” (INGLATERRA, COURT OF COMMON PLEAS, 1763a).

A condenação fixou a indenização por danos morais em 300 libras e o advogado do réu solicitou novo julgamento, alegando ser o valor excessivo em razão dos pequenos danos sofridos por *Huckle* e destacando, ainda, que ele seria apenas um tipógrafo, enquanto o real editor seria outra pessoa, *Leech*.

O Lord Chief Justice reiterou a mesma argumentação de *Wickle v. Wood*, destacando que o mandado foi expedido sem qualquer informação ou denúncia perante o Secretário de Estado e sem citar o nome de sequer uma pessoa. Um

¹⁶ “No legal authority, in the present case, to justify the action. No precedents, no legal determinations, not an Act of Parliament itself, is sufficient to warrant any proceeding contrary to the spirit of the constitution [...]. If such a power is truly invested in a Secretary of State, and he can delegate this power, it certainly may affect the person and property of every man in this kingdom, and is totally subversive of the liberty of the subject”.

¹⁷ “I have formerly delivered it as my opinion on another occasion, and I still continue of the same mind, that a jury have it in their power to give damages for more than the injury received. Damages are designed not only as a satisfaction to the injured person, but likewise as a punishment to the guilty, to deter from any such proceeding for the future, and as a proof of the detestation of the jury to the action itself”.

dos oficiais do Rei, Carrington, suspeitava que Leech seria o editor e foi atrás de um de seus tipógrafos.

O júri levou muito mais em consideração que a situação ofendia a liberdade do indivíduo, “exercendo poder arbitrário, violando a Magna Carta e tentando destruir a liberdade do reino” (INGLATERRA, COURT OF COMMON PLEAS, 1763a). Ainda, concluiu o júri que os representantes do Rei tentaram sustentar a legalidade do mandado de uma maneira tirânica e severa.

Na opinião do Lord Chief Justice, o júri agiu corretamente em fixar os *exemplary damages*, afirmando que

Entrar na casa de um homem em função de um mandado inominado, para buscar evidências, é pior do que a Inquisição Espanhola; um direito sob o qual nenhum inglês desejaria viver uma hora; foi um ataque público audacioso sobre a liberdade do sujeito. Achei que o capítulo 29 da Magna Carta, “o corpo de um homem livre não deve ser preso, morto, proibido ou exilado, em de qualquer jeito arruinado, nem pode o Rei ir contra ele ou ordenar forçosamente contra ele, exceto pelo julgamento de seus pares ou pelas leis da terra”, o qual é usado contra o poder arbitrário, foi violado. Não posso dizer que indenização eu deveria conceder se eu estivesse no júri; mas eu direcionei e disse a eles que não estavam limitados a uma indenização determinada contra o argumento do Advogado-Geral. Sobretudo, eu sou da opinião de que a indenização não é excessiva (INGLATERRA, COURT OF COMMON PLEAS, 1763a)¹⁸.

Então, é neste contexto histórico que começam a se desenvolver os *exemplary damages*, posteriormente também chamados de *punitive damages*, expressão até mais popular. Observemos que nenhum critério muito específico foi fixado em nenhum dos casos, já que isto foi acontecendo ao longo do processo histórico posterior. Em *Huckle v. Money*, o Lord Chief Justice afirma que “a medida da indenização por danos é vaga e incerta, dependendo de uma vasta variedade de causas, fatos e circunstâncias” (INGLATERRA, COURT OF COMMON PLEAS, 1763a). Porém, é importante notar a grande importância da

¹⁸ “To enter a man's house by virtue of a nameless warrant, in order to procure evidence, is worse than the Spanish Inquisition; a law under which no Englishman would wish to live an hour; it was a most daring public attack made upon the liberty of the subject. I thought that the 29th chapter of Magna Charta, Nullus liber homo capiatur vel imprisonetur, &c. nec super eum ibimus, &c. nisi per legale iudicium parium suorum vel per legem terrae, &c. which is pointed against arbitrary power, was violated. I cannot say what damages I should have given if I had been upon the jury; but I directed and told them they were not bound to any certain damages against the Solicitor-General's argument. Upon the whole, I am of opinion the damages are not excessive.

fundamentação dos juízes ao colocar o valor da liberdade acima de aspectos mais pessoais das vítimas.

Ambos não sofreram danos físicos – Huckle foi bem tratado ao ser mantido sob custódia –, mas tiveram suas liberdades afetadas em vários espectros: o da liberdade de expressão, ao serem exageradamente punidos por proferirem ou participarem de críticas ao Rei; o da liberdade de ir e vir, por terem sido injustamente postos sob custódia dos oficiais do Rei; e o da liberdade de manter seu domicílio e seus documentos pessoais invioláveis.

O desrespeito à liberdade, quando perpetrado por oficiais do Rei, toma proporções incomparavelmente maiores do que se o desrespeito fosse feito por um indivíduo desvinculado do Estado. A prática do desrespeito aos direitos individuais, quando chega ao nível das instituições, ameaça não somente o indivíduo-vítima, mas toda a sociedade. Este foi o principal fundamento considerado pelo júri e com o qual os dois Lord Chief Justices concordaram.

Muitos anos depois, em 1964, o julgamento do caso *Rookes v. Barnard*, ainda na Inglaterra, deu importantes novos delineados aos *exemplary damages*, limitando bastante seu âmbito de aplicação e distinguindo-os dos *aggravated* (ou *compensatory*) *damages*. Trata-se do caso de D. E. Rookes, projetista habilidoso e empregado da British Overseas Airways Corporation (BOAC), que, juntamente com um colega, decidiu se desfiliar do Sindicato Association of Engineering and Shipbuilding Draughtsmen (AESD).

O Sindicato queria que os empregados da BOAC fossem todos sindicalizados e agiu de modo enérgico para que os dois voltassem a se filiar. Seu colega voltou, mas Rookes não aceitou. Havia um acordo entre a BOAC e o AESD de que não haveria greves nem *lockouts* e que as disputas entre ambos seriam resolvidas por arbitragem, mas, para pressionar o retorno de Rookes, o Sindicato ameaçou a empresa com a possível deflagração de uma greve (INGLATERRA, HOUSE OF LORDS, 1964).

Assim, a empresa foi induzida a suspender Rookes e depois rescindir seu contrato, pagando-lhe uma semana de aviso prévio (UNITED KINGDOM HOUSE OF LORDS, 1964). Lord Reid afirmou que Rookes não tinha por que mover ação contra a BOAC, pois esta não havia quebrado seu contrato com ele nem tinha cometido nenhum ato ilícito contra ele. De fato, Rookes não moveu ação contra a empresa, mas contra Barnard, Fistol e Silverthorne, respectivamente dois

membros e um oficial do Sindicato, por terem erroneamente induzido as ações da empresa.

Na primeira instância, o júri fixou a indenização a Rookes em 7.500 libras, o que, em segunda instância, foi reformado pela Corte de Apelação, que afirmou que os réus não tinham cometido nenhum ato ilícito. Rookes requereu novo julgamento e exatamente esta discussão é que foi levada à Casa dos Lordes: houve ou não ato ilícito por parte dos réus, quando ameaçaram o empregador de quebra contratual com a intenção de forçá-lo a demitir Rookes? Esta pergunta levou à grande importância do caso Rookes. v. Barnard na história dos *punitive damages*, tendo sido a primeira vez em que se fixou critérios para sua aplicação.

O voto mais importante no caso foi o do Lord Devlin, que definiu categorias a serem testadas antes da decisão de aplicar *exemplary damages* em algum caso. Com base nos Atos do Parlamento *The Law Reform (Miscellaneous Provisions)* de 1934 e o *The Reserve and Auxiliary Forces (Protection of Civil Interests)* de 1953, fundamentou a existência dos *exemplary damages* por reconhecer o princípio de exemplo (*exemplary principle*), bem como indicou que existem

categorias de casos nas quais a condenação em *exemplary damages* pode servir a um propósito útil de justificar a força do direito e, ainda, sustentar uma justificativa prática de admitir, no direito civil, um princípio que deve logicamente pertencer ao criminal. Proponho declarar quais são essas duas categorias; e proponho também declarar três considerações gerais, as quais, na minha opinião, devem sempre vir à mente quando indenizações de *exemplary damages* estão sendo feitas¹⁹ (UNITED KINGDOM HOUSE OF LORDS, 1964).

Assim, Lord Devlin definiu que a primeira categoria seria a ação opressiva, arbitrária ou inconstitucional praticada por servidores do governo, a qual não se aplicaria a atos de corporações ou indivíduos privados. A segunda categoria abarca condutas do réu nas quais ele calculou auferir lucro mesmo que pague indenização compensatória ao autor. Adicionou a consideração de que os

¹⁹ “[...] categories of cases in which an award of exemplary damages can serve a useful purpose in vindicating the strength of the law and thus affording a practical justification for admitting into the civil law a principle which ought logically to belong to the criminal. I propose to state what these two categories are; and I propose also to state three general considerations which in my opinion should always be borne in mind when awards of exemplary damages are being made”.

exemplary damages devem também ser aplicados sempre que a lei expressamente autorizar. Sobre a segunda, afirmou que

um homem não deve ser autorizado a vender a reputação de outro homem por lucro. Onde um réu, com cínica desconsideração pelos direitos da vítima, calculou que o dinheiro produzido por seu ilícito irá, provavelmente, exceder a indenização, é necessário ao direito mostrar que isto não pode ser violado com impunidade²⁰ (UNITED KINGDOM HOUSE OF LORDS, 1964).

Ainda, ele definiu três considerações que devem ser levadas em conta quando se quer aplicar *exemplary damages*. Primeiro, o autor não pode exigir *exemplary damages* se não foi ele a vítima do comportamento punível. Segundo, o poder de fixar *exemplary damages* constitui uma arma que pode ser usada tanto em favor da liberdade (como no caso *Wilkes v. Wood*) como contra ela. Terceiro, os atos das partes são irrelevantes na análise da compensação, mas materiais na análise dos *exemplary damages*, pois tudo o que agravada ou atenua a conduta do réu é relevante (UNITED KINGDOM HOUSE OF LORDS, 1964).

Lord Devlin também afirmou que os *exemplary damages* devem ser apresentados de maneira bem diferente dos *compensatory* ou *aggravated damages*. Defendeu que, em um caso em que caibam *exemplary damages*, o júri só deve fazê-lo se o montante definido para compensação (que pode ser agravado pela maneira que o réu agiu perante o autor) for inadequado para: I) punir o réu por sua conduta ultrajante; II) marcar a desaprovação da conduta; III) impedir que o réu a repita (UNITED KINGDOM HOUSE OF LORDS, 1964).

Flávio Higa oportunamente comenta que

A regra faz todo sentido, desde que se compreenda a punição como parte de um todo devidamente inserido no conjunto de escopos da responsabilidade civil (reparar, punir e dissuadir), e não como um epifenômeno. Se a tríade de objetivos já é atingida diante do montante reparatório, a punição passa a ser gratuita (HIGA, 2016, p. 65).

Posteriormente, em 1993, o caso *AB v. South West Water Services Ltd.* teve como consequência uma maior restrição das categorias de aplicação dos *exemplary damages*. O caso relaciona-se com um desastre ambiental chamado

²⁰ “[...] one man should not be allowed to sell another man's reputation for profit. Where a Defendant with a cynical disregard for a Plaintiff's rights has calculated that the money to be made out of his wrong-doing will probably exceed the damages at risk, it is necessary for the law to show that it cannot be broken with impunity”.

pelo jornal *The Guardian* (2012) de pior incidente de envenenamento de água britânico, ocorrido em 1988, em Camelford, no norte do condado de Cornwall, Inglaterra.

Um dos empregados da *South West Water Services Ltd.* despejou vinte toneladas de sulfato de alumínio no tanque errado, ocasionando a contaminação da água fornecida a vinte mil pessoas, as quais começaram a reclamar de cabelos esverdeados, vômitos, problemas intestinais, perda da memória de curto prazo, dores nas juntas e alergias (THE GUARDIAN, 2012). Além disso, para piorar a situação da população, a empresa reafirmava a qualidade da água, apontando que estava na alcalinidade correta e que era segura para uso e consumo (x). Por anos os efeitos se estenderam e suspeita-se até que uma morte tenha ocorrido em função da contaminação.

Com sua condenação em primeira instância, a empresa recorreu à Court of Appeals para excluir da indenização os *exemplary damages*, obtendo êxito. A Corte excluiu-os sob dois argumentos: I) existia uma diferença crucial entre buscar ganhar com o cometimento de um ato ilícito e tentar restringir, mediante uma falsa informação, a quantia a ser paga como compensação; II) de acordo com Sir Thomas Bingham, no caso de perturbação pública que afete milhares de autores, como pode a Corte definir o que é devido a cada um deles para punir ou dissuadir o réu (MURPHY, 2000).

Ainda, a House of Lords, usando como parâmetro o julgamento de *Rookes v. Barnard*, em 1964, fixou o chamado “Cause of Action Test”, que limitou a aplicação de *exemplary damages* a casos ocorridos antes deste ano e desde que se enquadrassem nos critérios definidos neste julgamento (OWEN, 2000, p. 171).

Contudo, em 2001, a House of Lords julgou o caso *Kuddus v. Chief Constable of Leicestershire Constabulary* e, deixando de lado o “cause of action test” definido em *AB v. South West Water Services Ltd*, acabou ampliando as hipóteses de aplicação dos *exemplary damages*.

Em 14 de junho de 1996, o autor da ação prestou queixa a um agente da polícia alegando que teria retornado ao seu flat, onde um amigo estava hospedado, e sentiu que muita de sua propriedade estava faltando. O policial confirmou que o caso seria investigado, mas, cerca de dois meses depois, forjou a assinatura da vítima do furto em uma declaração que retirava a queixa, o que

levou ao fim da investigação. A vítima só descobriu o ocorrido em 5 de dezembro de 1996 (INGLATERRA, HOUSE OF LORDS, 2001).

O Chefe de Polícia admitiu a falsificação da assinatura da vítima e afirmou que a conduta do policial constituía *misfeasance*²¹. Porém, destacou que o caso poderia sofrer aplicação dos *aggravated damages*, mas não dos *exemplary damages*, uma vez que, com base no *cause of action test* de *AB v. South West Water Services Ltd.*, não se enquadrava em nenhum caso anterior a 1964 (ano de julgamento de *Rookes v. Barnard*).

Porém, a House of Lords decidiu extinguir a *cause of action test*. Lord Slynn of Hadley destacou que, em *Rookes v. Barnard*, Lord Reid não teve intenção de fixar critérios específicos e precisos, mas apenas quis enfatizar princípios, categorias e “tipos de casos”. Ele diferenciou este caso do caso específico tratado em *AB v. South West Water Services Ltd.* e afirmou que a House of Lords não estava limitada a aplicar *exemplary damages* somente a casos “onde pode ser demonstrado que a *cause of action* foi reconhecida antes de 1964 [...]. (A House of Lords) não está limitada por nada dito por Lord Devlin [...]” (INGLATERRA, HOUSE OF LORDS, 2001).

Pelo ponto de vista de Lord Slynn of Hadley, o discurso de Lord Devlin, em *Rookes v. Barnard*, aparenta destacar mais as características do comportamento do que das *cause of action* do autor do dano para que se defina se os fatos recaem sob a primeira categoria. E, na sua opinião, recaem no presente caso (INGLATERRA, HOUSE OF LORDS, 2001).

Lord Nicholls of Birkenhead destacou que *exemplary damages* são um tópico controverso há muitos anos e que se são diferentes dos *compensatory damages*. “São adicionais à indenização que pretende compensar o autor completamente pela perda que sofreu, tanto de modo pecuniário ou não-pecuniário. Eles são destinados a punir e a dissuadir” (INGLATERRA, HOUSE OF LORDS, 2001).

Em *The Law on Damages*, um documento consultivo do Departamento de Assuntos Constitucionais do governo inglês, publicado em 2007, reconhece-se a decisão do caso *Kuddus*, “a qual representa uma mudança sensível que remove restrições arbitrárias” (INGLATERRA, 2007, p. 78). Porém, o governo esclarece

²¹ Semelhante à prevaricação do Direito Brasileiro.

considerar que não deve haver mais atenuações na aplicação dos *exemplary damages*, pois o propósito do direito civil é compensar, não punir.

O documento dizia que “a função dos *exemplary damages* é mais apropriada ao direito criminal” (INGLATERRA, 2007, p. 78). Assim, a visão do governo foi a de manter as hipóteses limitadas de aplicação dos *exemplary damages*, tal qual definidas em *Rookes v. Barnard*.

2.3.2 Estados Unidos da América

Nos Estados Unidos da América, o instituto recebe a sua mais conhecida denominação: *punitive damages*, uma vez que foi neste país que a utilização dessa função da responsabilidade civil ficou mais difundida e, especialmente, famosa pela dita “indústria de *punitive damages*”, o que comentaremos adiante.

Ao contrário do que se pode encontrar na Inglaterra, não existe uma tendência de uniformizar a aplicação nos EUA, especialmente por ser um país que ao menos indica tentar valorizar o pacto federativo e a independência de cada Estado integrante daquela nação. A intenção disto é permitir que a esfera federal lide melhor com a diversidade dentro de um mesmo país e que cada Estado seja autônomo e consiga lidar melhor com suas próprias peculiaridades regionais.

Desse modo, não existe lei federal que vede ou permita a aplicação dos *punitive damages*, ficando a critério de cada um dos 50 Estados integrantes, dos quais 45 admitem a aplicação dos *punitive damages*, cada um de maneiras variadas. Além dos 50 Estados, Flávio Higa (2016) inclui também o Distrito de Columbia e o Estado Livre Associado de Porto Rico e explica que

Os 7 Estados restantes contêm diferentes formas de restrição legal ou judicial [...].

A mais peremptória das vedações é do Estado de Nebraska, onde a proibição tem arrimo constitucional. New Hampshire também possui legislação proibitiva da concessão de *punitive damages*, que ressalva a hipótese de previsão expressa em contrário noutro diploma legal. A Louisiana é um Estado singular, na medida em que constitui um oásis de *civil law* – no oceano de *common law* norte-americana – que só permite *punitive damages* quando

autorizados por lei. Massachussets e Washington são jurisdições de *common law* que não reconhecem *punitive damages*, exceto se eles puderem ser obtidos sob específica autorização legal. Porto Rico possui decisões afirmando que o Direito estadual não os reconhece. Finalmente, o Estado de Michigan possui precedentes consolidados no sentido de que os *punitive damages* não devem ser concedidos e que os *exemplary damages* [...] são concedidos sob a forma de compensação pela humilhação, ultraje etc. (HIGA, 2016).

O caso mais célebre envolvendo *punitive damages* nos EUA data de 1981 e intitula-se *Grimshaw v. Ford Motor Co.* A senhora Lily Gray dirigia um Ford Pinto ano 1972, que parou abruptamente em uma rodovia, por problemas técnicos, quando foi atingido na traseira por outro que seguia na mesma direção e cujo motorista não conseguiu desviar. No mesmo instante, o carro foi tomado por chamas externa e internamente, levando a motorista a óbito uns dias depois e o passageiro, Richard Grimshaw, que tinha 13 anos de idade à época, sofreu graves queimaduras que desfiguraram seu rosto e seu corpo inteiro. No momento do acidente, o carro tinha apenas 6 meses e três mil milhas²² de quilometragem (EUA, DISTRICT COURT OF APPEAL, FOURTH DISTRICT, CALIFORNIA, 1981).

Richard Grimshaw e os herdeiros de Lily Gray processaram a Ford Motor Company, a qual foi condenada ao pagamento da indenização compensatória e da punitiva também. Durante o processo, ficou evidenciado que os Grays tiveram problemas com o carro desde o início, tendo que devolver o carro várias vezes para reparo. Os problemas incluíam consumo excessivo de gasolina e óleo, redução de velocidade da transmissão automática, falta de força e paradas ocasionais (EUA, DISTRICT COURT OF APPEAL, FOURTH DISTRICT, CALIFORNIA, 1981).

A Ford não recorreu com relação aos *compensatory damages*, mas somente aos *punitive damages*, alegando que eles não eram legal nem constitucionalmente permitidos em casos de defeito de design. Ainda, alegou que as provas eram insuficientes para sustentar que houve dolo ou responsabilidade da empresa por dolo.

Porém, as provas demonstraram que os principais gerentes da Ford sabiam que o carro apresentava defeitos de design, mesmo porque tinha sido

²² Menos de cinco mil quilômetros.

realizados testes, mas que optaram por vender o carro mesmo assim, sem reparos. O conserto era simples e seu preço total girava em torno de US\$15,30 (quinze dólares e trinta centavos), mas o objetivo da empresa era gerar uma economia de mais de US\$20 milhões de dólares (EUA, DISTRICT COURT OF APPEAL, FOURTH DISTRICT, CALIFORNIA, 1981), demonstrando que, claramente, havia sido feita uma clássica análise de custos e benefícios. Relatórios internos da Ford e testemunhas comprovaram isso, a exemplo de Harley Copp, um antigo engenheiro e executivo da Ford, responsável pelos testes de impacto, que declarou que:

[...] o nível mais alto da gerência da Ford tomou a decisão de seguir em frente com a produção do Pinto, sabendo que o tanque de gasolina era vulnerável a perfuração e ruptura por impactos na parte traseira baixa, criando um risco significativo de morte e lesão por fogo, e sabendo que os consertos eram viáveis por custos simbólicos. Ele testemunhou que a decisão dos gerentes foi baseada na economia de gastos que seria revertida pela omissão ou pelo adiamento dos consertos (EUA, DISTRICT COURT OF APPEAL, FOURTH DISTRICT, CALIFORNIA, 1981).

A Corte destacou que os *punitive damages* constituem um princípio estabelecido na *common law* norte-americana e citou a seção 3294 do Código Civil da Califórnia:

Em uma ação pela quebra de uma obrigação que não surja de contrato, onde o réu foi culpado de opressão, fraude, ou dolo, expresso ou implícito, o autor, em adição aos danos efetivos, pode resgatar indenização por uma questão de exemplo e como meio de punir o réu²³ (EUA, DISTRICT COURT OF APPEAL, FOURTH DISTRICT, CALIFORNIA, 1981).

Destacou, ainda, que vários casos da Califórnia, após *Davis v. Hearst*, interpretaram o termo “dolo” para incluir não apenas intenções maliciosas de lesionar uma pessoa específica, mas também as condutas que evidenciam um descaso consciente sobre a probabilidade de que a conduta resultará em prejuízo a outros. Para a Corte,

os *punitive damages* constituem o remédio mais eficaz para a proteção do consumidor contra defeitos de design de artigos produzidos em massa. Eles proporcionam um motivo para os

²³ “In an action for the breach of an obligation not arising from contract, where the defendant has been guilty of oppression, fraud, or malice, express or implied, the plaintiff, in addition to the actual damages, may recover damages for the sake of example and by way of punishing the defendant”.

indivíduos privados cumprirem a lei [...] (EUA, DISTRICT COURT OF APPEAL, FOURTH DISTRICT, CALIFORNIA, 1981).

De acordo com a Corte, para sabermos se o *quantum* indenizatório é excessivo, é necessário analisar o grau de censurabilidade da conduta do réu e o seu patrimônio, o valor da indenização compensatória e o valor que serviria como fator desestimulante da conduta do réu e de outros que se sintam inclinados a fazer o mesmo (EUA, DISTRICT COURT OF APPEAL, FOURTH DISTRICT, CALIFORNIA, 1981). A conclusão do júri e da Corte caso foi que

[...] a conduta da gerência da Ford foi censurável ao extremo. Ela demonstrou um desprezo consciente e insensível pela segurança pública a fim de maximizar lucros empresariais. A autoavaliação da conduta da Ford é baseada em uma revisão das provas mais favorável a ela do que baseada nas provas mais favoráveis ao julgamento. Ao contrário de uma conduta dolosa direcionada [...] a único indivíduo específico, a conduta ilícita da Ford colocou em perigo as vidas de milhares de compradores do Pinto. Comparada ao fator da condenabilidade, o valor de *punitive damages* [...] não foi excessiva.

Após o caso Ford, vários outros casos nos Estados Unidos criaram mais balizas à aplicação dos *punitive damages*, especialmente os julgados pela Suprema Corte acerca da constitucionalidade do instituto. O primeiro dos casos mais importantes foi *Browning-Ferris Industries v. Kelco Disposal*, em 1989, o qual surgiu de práticas empresariais de concorrência injusta por parte da Browning-Ferris contra a Kelco Disposal. Esta acusou a primeira de violações ao Sherman Act – legislação antitruste americana de 1890 – e de interferir nas suas relações contratuais em violação ao direito de Vermont, com o objetivo de enfraquecer cada vez mais a atividade da Kelco, uma vez que ambas atuavam no mesmo ramo (EUA, EUA, SUPREMA CORTE DOS ESTADOS UNIDOS, 1989).

Após a condenação em mais de US\$51 mil dólares a título de *compensatory damages* e mais de US\$6 milhões de *punitive damages*, a Browning-Ferris alegou que o valor desta última feria o disposto na Oitava Emenda à Constituição, que veda que o governo federal imponha fianças e multas excessivas e aplique punições cruéis e incomuns. Porém, a Suprema Corte concluiu que a Oitava Emenda à Constituição não se aplica a condenação em *punitive damages* em casos civis, mas apenas nos casos em que o Estado é parte (KEMP, 2013).

Menos de dois anos depois, a Suprema Corte manifestou-se no caso *Pacific Mutual Life Insurance Company v. Haslip* sobre a relação dos *punitive damages* com a Cláusula do Devido Processo prevista na Décima Quarta Emenda à Constituição Americana. O réu alegou que os valores deferidos eram excessivos, uma vez que fixados com base na legislação estadual do Alabama, que permitia que o júri decidisse livremente.

O caso envolvia uma fraude cometida por Lemmie Ruffin Jr., um vendedor de seguros de saúde e de vida que tinha se apropriado e, por consequência, não repassado valores a título de pagamento dos seguros contratados por empregados de Roosevelt City, um município no Alabama. Isto gerou o cancelamento dos seguros advindos de sua intermediação, tendo a seguradora enviado notificações aos beneficiários, os quais, por algum motivo, não tomaram conhecimento delas. Um dos seguros pertencia a Cleopatra Haslip, que soube do cancelamento quando precisou utilizar o seguro de saúde (EUA, EUA, SUPREMA CORTE DOS ESTADOS UNIDOS, 1991).

A Suprema Corte concluiu que a legislação estadual do Alabama não feria a Décima Quarta Emenda, mesmo porque o método de aplicação dos *punitive damages* já havia sido estabelecido antes mesmo dela, no caso *Day v. Woodworth*, que permitiu ao júri definir o *quantum* punitivo considerando a gravidade da ofensa em vez de uma medida de compensação: “isto sempre foi deixado à discricionariedade do júri, de modo que o grau de punição a ser infligido deve depender das circunstâncias peculiares de cada caso” (EUA, EUA, SUPREMA CORTE DOS ESTADOS UNIDOS, 1991).

Ainda, a Suprema Corte enfatizou que a utilização dos “critérios de Hammond”, em alusão ao caso *Hammond v. Gadsden*, pela Suprema Corte do Alabama, impôs limitações definitivas e significantes à discricionariedade do júri do Alabama em condenar o réu a pagar *punitive damages*. Neste caso, foram definidos critérios para averiguar se a condenação em *punitive damages* relacionava-se, razoavelmente, com os objetivos da dissuasão e da retribuição e se era excessiva ou inadequada. São eles: a) se há relação razoável entre os *punitive damages* e o dano provável oriundo da conduta do réu, bem como o dano que de fato ocorreu; b) o grau de condenabilidade da conduta do réu e sua duração, a consciência do réu, alguma dissimulação, e a existência e frequência de conduta anterior similar; c) a rentabilidade do réu pela conduta ilícita e o desejo

de remover o lucro e de fazer o réu sofrer uma perda; d) a “posição financeira” do réu; e) todos os custos do litígio; f) a imposição de sanções criminais ao réu por sua conduta, a serem consideradas como mitigação; g) e a existência de outras condenações civis contra o réu pela mesma conduta, também a serem consideradas como mitigação (EUA, EUA, SUPREMA CORTE DOS ESTADOS UNIDOS, 1991).

Em 1993, a Corte reforçou a decisão de *Pacific Mutual Life Insurance Company v. Haslip*, quando julgou o caso *TXO Production Corp. v. Alliance Resources Corp.* (KEMP, 2013). A situação tratava-se de um “slander of title”, algo como uma difamação ou ofensa a um título de propriedade capaz de gerar desvalorização do bem. A Suprema Corte declarou que a TXO registrou uma escritura de renúncia indicando falsos testemunhos que depreciavam o título da parte demandada, fazendo-o com dolo (EUA, EUA, SUPREMA CORTE DOS ESTADOS UNIDOS, 1993).

A decisão manteve a condenação em U\$19 mil de *compensatory damages* e de U\$10 milhões de *punitive damages*, expressamente recusando estabelecer uma linha clara entre *punitive damages* constitucionalmente aceitáveis e inaceitáveis, apesar de ter reconhecido que a razoabilidade era uma consideração em desenhar esta linha.

No ano seguinte, no caso *Honda Motor Co. v. Oberg*, a Suprema Corte afastou-se de seus padrões anteriores para a análise de *punitive damages* e reformou o valor da condenação. Havia uma norma do Estado de Oregon que desautorizava a revisão judicial acerca do *quantum* deferido a título de *punitive damages* (KEMP, 2013), de modo que tanto a Corte de Apelações quanto a Suprema Corte do Oregon mantiveram a condenação em US\$5 milhões, alegando que não poderiam reformar o valor, porque não teriam poder de corrigir valores excessivos, em função de uma Emenda de 1910 à Constituição Estadual de Oregon, a não ser que pudessem afirmar, com certeza, que não havia provas para sustentar o veredito do júri (EUA, EUA, SUPREMA CORTE DOS ESTADOS UNIDOS, 1994).

Na concepção da Suprema Corte, esta norma estadual violava a Cláusula do Devido Processo da Décima Quarta Emenda, enfatizando a importância da revisão judicial como uma garantia contra condenações excessivas. Por esta

importante razão procedimental, decidiu a Corte reformar e reduzir o valor conferido a título de *punitive damages*.

De acordo com David Kemp, em 1996, foi julgado um dos casos mais citados e conhecidos sobre *punitive damages*: o *BMW of North America Inc. v. Gore.*, que fixou três critérios para o arbitramento das condenações em *punitive damages*. No caso, Ira Gore comprou um carro novo BMW de uma concessionária autorizada, mas descobriu que o carro tinha sido repintado, o que serviu como seu fundamento para mover ação contra a empresa, alegando que tal prática constituía fraude segundo as leis do Alabama (EUA, SUPREMA CORTE DOS ESTADOS UNIDOS, 1996).

Durante o processo, a BMW afirmou que era prática da empresa não comunicar casos desta natureza às concessionárias quando o custo do reparo não excedesse 3% do preço final de venda do carro. Assim, o júri condenou a BMW a pagar US\$4 mil a título de *compensatory damages*, mas US\$4 milhões a título de *punitive damages*, valor que foi reduzido para US\$2 milhões pela Suprema Corte do Alabama (EUA, SUPREMA CORTE DOS ESTADOS UNIDOS, 1996).

A Suprema Corte Americana realizou um teste de três critérios de orientação para averiguar se a condenação em *punitive damages* foi excessiva: a) a condenabilidade da conduta do réu; b) a proporção entre *punitive damages* e ao dano real; c) a extensão da condenação face às sanções legais para condutas ilícitas semelhantes. Concluiu que a condenação foi excessiva, especialmente porque a conduta da BMW não foi suficientemente grave para justificar uma sanção tão severa. Assim, determinou que o caso voltasse à Suprema Corte do Alabama para um novo julgamento mais adequado (EUA, SUPREMA CORTE DOS ESTADOS UNIDOS, 1996).

Posteriormente, já em 2001, a Suprema Corte julgou o caso *Cooper Industries, Inc. v. Leatherman Tool Group, Inc.*, construindo uma importante conceituação dos *punitive damages*, além de uma diferenciação entre eles e os *compensatory damages*. A mesma argumentação foi reafirmada no caso *State Farm Mutual Automobile Insurance Co. v. Campbell*, no qual a Suprema Corte reduziu uma indenização por *punitive damages* de US\$145 milhões enquanto a por *compensatory damages* era de US\$1 milhão, fundamentando-se na violação da Cláusula do Devido Processo (KEMP, 2013).

Nesta decisão, a Suprema Corte definiu que a proporção entre os *punitive* e os *compensatory damages*, em regra, não deve exceder 1 dígito, para que a Cláusula do Devido Processo não seja infringida. Criou-se, assim, a primeira manifestação judicial para a definição de critérios mais objetivos para fixar o *quantum* necessário para condenações em *punitive damages*.

Contudo, não foi intenção da Suprema Corte fixar parâmetros rígidos, afirmando que “proporções maiores [...] pode se adequar ao devido processo onde um ato particularmente grave tenha resultado apenas em um pequeno montante de danos econômicos” (EUA, SUPREMA CORTE DOS ESTADOS UNIDOS, 2003).

Ainda, a Corte afirmou que o júri pode não considerar o patrimônio do réu para fixar valores excessivos, já que “a riqueza do réu não pode justificar condenações inconstitucionais em *punitive damages*” (EUA, SUPREMA CORTE DOS ESTADOS UNIDOS, 2003).

Para David Kemp (2013), “este caso foi crucial em fornecer conteúdo ao teste genérico que foi estabelecido sete anos antes, no caso BMW”. E, segundo McMichael e Viscusi, “*State Farm* conseguiu um papel dominante na literatura, já que representa o limite mais direto de *punitive damages* na jurisprudência da Suprema Corte” (2017, p. 96).

Uns anos depois, em 2007, a Suprema Corte julgou a constitucionalidade da aplicação dos *punitive damages* no caso *Philip Morris USA v. Williams*, o qual surgiu da morte de Jesse Williams, fumante compulsivo. A ação foi movida por sua esposa, que acusou a empresa Philip Morris, fabricante do cigarro Marlboro – o preferido de Jesse –, de negligência e enganação, pois teria contribuído, consciente e falsamente, para que seu esposo acreditasse que fumar era seguro (EUA, SUPREMA CORTE DOS ESTADOS UNIDOS, 2007).

O júri achou que a empresa – e também Jesse – foram negligentes e que realmente ela teria agido de forma enganosa, de modo que fixou indenização em US\$79,5 milhões a título de *punitive damages*, além de US\$821 mil de *compensatory damages*, tendo considerado que a empresa Philip Morris havia prejudicado não somente o autor da ação, mas também terceiros (EUA, SUPREMA CORTE DOS ESTADOS UNIDOS, 2007).

A Suprema Corte não aceitou que os *punitive damages* fossem usados para punir condutas danosas em cima de pessoas estranhas ao processo, uma

vez que isso prejudicaria a própria defesa do réu. Assim, isto não poderia servir como critério para fixar valores, conforme fez o júri ao definir os *punitive damages* neste caso (EUA, SUPREMA CORTE DOS ESTADOS UNIDOS, 2007).

Porém, ela não reduziu a indenização, nem analisou se seria excessiva com base no decidido anteriormente em *State Farm Mutual Automobile Insurance Co. v. Campbell*, segundo a exigência da proporção de 1 dígito. Na verdade, devolveu o caso para que a Suprema Corte do Oregon julgasse novamente, concluindo que ela “aplicou o padrão constitucional errado ao considerar o recurso da Philip Morris” (EUA, SUPREMA CORTE DOS ESTADOS UNIDOS, 2007).

São estas as principais decisões referentes ao direito norte-americano no que tange aos *punitive damages*. É importante destacar que não há hipóteses fixas de cabimento, como podemos ver no direito inglês, mas, sem dúvida alguma, a importância dada à análise da conduta do ofensor é algo a se destacar. Podemos perceber que o assunto frequentemente retorna à Suprema Corte para que se manifeste em alguma peculiaridade da aplicação em cada caso concreto, mas que ela não conseguiu ainda chegar – e talvez isso não seja mesmo possível – em algum denominador comum sobre o assunto com relação à fixação do valor da indenização.

Na mesma decisão em que fixou uma proporção de 1 dígito entre os valores de *punitive* e *compensatory damages*, também afirmou, paradoxalmente, que seria possível não seguir esse critério quando “um ato particularmente grave tenha resultado apenas em um pequeno montante de danos econômicos” (EUA, SUPREMA CORTE DOS ESTADOS UNIDOS, 2003). É como fixar uma regra e, logo em seguida, afirmar que ela comporta muitas exceções possíveis. A dificuldade de fixar critérios demonstra-se exatamente na definição do que seria um “ato grave” e de que maneira ele pode transformar a fixação da indenização de *punitive damages* em mais rígida ou mais leve. Talvez não consigamos fugir da inevitável verdade de que cada caso é um caso e que talvez não seja possível definir critérios, por mais neutra que essa posição possa parecer, mas farei essa discussão no 4º Capítulo.

O capítulo a seguir é extremamente importante para demonstrar, moralmente, por que a conduta da Ford e demais condutas que seguem a mesma linha de raciocínio são altamente condenáveis. A análise matemática e estrita de

custos e benefícios pode ser benéfica, mas pode ser muito grave e gerar danos irreparáveis quando desconsidera valores morais imensuráveis e insubstituíveis como a vida humana.

3 ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO E LIBERALISMO IGUALITÁRIO: ESCLARECENDO PRÁTICAS E IDEAIS

É comum que o Direito do Trabalho se depare com atos negligentes de empregadores na prevenção e na precaução contra acidentes e doenças oriundos do trabalho. Essas decisões negligentes são, na maioria das vezes, decisões complexas, porque sabem dos riscos aos quais os trabalhadores serão expostos, mas esperam e acreditam que o evento danoso não ocorrerá ou que, pelo menos, não será tão grave se ocorrer. Essa crença, ainda, conduz as empresas a tomarem suas decisões a partir de análises de custos e benefícios, que lhes mostra ser economicamente mais vantajoso arriscar do que prevenir.

Acredito que isto tenha relação direta com as duas correntes de pensamento que escolhi para este capítulo e para contribuir com esta tese. Qual das duas representa o objetivo de nossa sociedade política, a qual faz uso do Direito como instrumento para alcançá-lo? Acredito que a Análise Econômica tem sido, infelizmente, uma teoria amplamente seguida para a tomada de decisões sobre os riscos do Meio Ambiente do Trabalho, porque possibilita o uso de elementos mais objetivos para a escolha. Em oposição, escolhi o Liberalismo Igualitário como teoria que nos permite argumentar que, quando se trata da vida e da integridade física do trabalhador, há muitos limites para o uso da Análise Econômica do Direito e que, antes de tudo, devemos promover ideais como a igualdade e a liberdade.

Ainda, após justificar meus posicionamentos sobre a proteção do trabalhador com base no Liberalismo Igualitário, acredito que ainda podemos usar a Análise Econômica, mas sob uma perspectiva inversa: se é errado que o empregador pese custos e benefícios para decidir proteger ou não seus empregados, não parece errado que ele pese custos e benefícios sabendo que a indenização pode ter caráter punitivo-pedagógico. Esses instrumentos de dissuasão do Direito são salutares para que as pessoas, às vezes, tomem decisões mais dignificantes e respeitadas para com a esfera de individualidade alheia.

Para a Análise Econômica do Direito ou “Law and Economics”, escolhi Richard Allen Posner, um dos autores mais prestigiados deste movimento. Em

oposição, escolhi John Rawls e Ronald Dworkin, dois autores essenciais para serem lidos sobre Liberalismo Igualitário. Posner representa como são tomadas as decisões no Meio Ambiente do Trabalho para prevenir acidentes, mas Rawls e Dworkin representam como elas deveriam ser tomadas.

3.1 A ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO DE RICHARD POSNER: A NEGLIGÊNCIA NO MEIO AMBIENTE DO TRABALHO COMO PRÁTICA UTILITARISTA

Richard Allen Posner tem como um de seus principais objetivos o de dar caráter mais pragmático e eficiente ao Direito. Nas palavras do autor,

A análise econômica do Direito [...], em sua modalidade descritiva, procura identificar a lógica e as consequências econômicas das doutrinas e instituições, bem como as causas econômicas das transformações jurídicas. Finalmente, seu aspecto normativo, orienta os juízes e outros defensores do interesse público quanto aos métodos mais eficientes de regulamentação da conduta através do direito [...]. A “nova” análise econômica do direito abrange campos jurídicos não mercadológicos, ou quase não mercadológicos, como a responsabilidade civil, [...] a regulamentação da saúde e da segurança, as leis que proíbem discriminação no ambiente de trabalho [...] (POSNER, 2011, p. XII-XIII).

À primeira vista, parece uma proposta benéfica, que promete resultados eficazes e que, de fato, é capaz de gerar efeitos positivos, especialmente em áreas do Direito que admitem algum tipo de objetividade. Não existe intenção minha de ignorar as consequências econômicas das decisões, de modo que não podemos aceitar que, por exemplo, uma empresa vá à falência depois de uma condenação de pagar indenização por danos morais. Os efeitos disto seriam muito mais desastrosos e também afetariam os demais trabalhadores. Esta não seria, portanto, uma decisão eficiente. Contudo, não podemos permitir que a Análise Econômica se sobreponha ao valor inestimável da vida humana e, neste Capítulo, opino que o autor expressa uma concepção utilitarista incapaz de tratar o ser humano – principalmente o trabalhador – de maneira digna.

Posner vê cada vez mais interdisciplinaridade no Direito. Em tese, espera-se que essa constatação gere reações positivas, que reconheçam que isso pode ser bom para uma área tão complexa das humanidades, a qual pode fazer uso das concepções de áreas afins para melhorar cada vez mais. Porém, Posner não acredita que esse fenômeno seja totalmente positivo, afirmando que “boa parte da produção teórica em matéria de direito é vazia de conteúdo” (2011, p. VIII) e defendendo que haja maior ênfase na Economia e em um estudo mais empírico do direito. A preocupação do autor é consequencialista, atentando-se, precipuamente, aos efeitos das decisões judiciais.

Sua teoria econômica do Direito foi muito baseada em um artigo de Ronald Coase, autor vencedor do Nobel de Economia em 1991, chamado “The Problem of Social Cost”, no qual Coase preocupa-se com ações danosas cometidas por empresas contra terceiros. É importante fazer breves apontamentos sobre ele.

Usando o exemplo da fumaça que é produzida por uma fábrica e que causa transtornos a uma vizinhança próxima, Coase destacou que, tradicionalmente, a análise econômica do caso levaria os economistas a concluir que seria desejável responsabilizar o dono da fábrica pelos danos causados pela fumaça ou, alternativamente, fixar uma taxa para a fábrica pagar, com base na quantidade de fumaça produzida e no equivalente monetário que ela causar ou, finalmente, excluir a fábrica de distritos residenciais e de demais áreas onde pudesse causar danos a outros. Para ele, essas conclusões seriam inapropriadas e gerariam efeitos indesejáveis (COASE, 1960, p. 1-2).

Então, Coase apresenta um raciocínio interessante: ele afirma que não há uma relação unilateral entre alguém que causa dano e o outro que sofre o dano, mas sim uma questão de reciprocidade entre estes sujeitos:

A abordagem tradicional tende a obscurecer a natureza da escolha que tem que ser feita. A questão é comumente pensada como uma em que A inflige dano em B e o que tem que ser decidido é: como podemos restringir A? Mas isto está errado. Estamos lidando com um problema de natureza recíproca. Evitar o dano em B infligiria dano em A. A real questão a ser decidida é: deve A ser autorizado a causar dano em B ou deve B ser autorizado a causar dano em A? O problema é evitar o dano mais grave. Exemplifiquei, em meu artigo anterior, o caso de um confeitiro cujas máquinas produziam barulho e vibração que incomodavam um médico em seu trabalho. Evitar dano ao médico infligiria dano ao confeitiro. O problema posto por esse caso era, essencialmente, se valia a pena, como resultado de restringir os

métodos de produção que poderiam ser usados pelo confeitiro, assegurar mais a prática médica sob o custo de reduzir o fornecimento de produtos de confeitaria [...]. Qual resposta deve ser dada é, claro, algo não evidente, a não ser que saibamos o valor do que é obtido assim como o valor do que é sacrificado para obtê-lo (COASE, 1960, p. 2).

Neste caso, é importante saber quem violou seu dever de não causar dano. Sabemos que este dever pode surgir da lei ou do contrato, mas, mesmo sem estes, já existe enquanto dever moral de não causar dano a ninguém. Por que o médico deveria ser obrigado a sofrer danos em função do confeitiro que extrapola sua esfera de individualidade em busca de lucro?

Uma simples análise econômica justifica que se cause dano ao médico só porque é mais lucrativo para o confeitiro? E que manter a não perturbação do médico não geraria tanto lucro quanto pro confeitiro? O fator lucro é sempre o elemento mais importante? O médico não manifestou vontade alguma e isto não pode ser desconsiderado. O interesse de lucrar, fazendo uso de máquinas barulhentas e vibrantes, é do confeitiro. Então ele deve arcar com os custos disso. Se decido ser empresária no comércio de livros, arco com riscos específicos, mas, se decido ir à exploração de mineração, arco com riscos maiores. Arco, porque a decisão foi minha, não de terceiros. Em Dworkin, conforme logo abaixo exponho, a responsabilidade por nossas próprias decisões é um elemento muito importante para a promoção da igualdade.

Coase sustenta que, quando o custo das transações é igual a zero, a atribuição inicial de direitos não influencia em nada a eficiência. Se a atribuição for ineficiente, as partes vão retificá-la por meio de uma transação corretiva. Ele denomina essa explicação de “Teorema de Coase”. Esse custo das transações significa o balanço entre gastos com medidas de prevenção de danos – quaisquer que sejam – e lucros obtidos com a atividade potencialmente danosa a outrem.

Em outras palavras, Coase quer averiguar se vale a pena investir em determinadas medidas de prevenção com o objetivo de que os danos a terceiros sejam evitados. Se o custo desta análise for zero, significa que gastos e lucro estão igualados e que tanto faz qual decisão A tomará com relação aos danos que podem ser causados a B. Para ele, se existem meios práticos de evitar o dano, estes meios serão adotados “quando seus custos forem menores que o valor [...] que eles evitam que seja perdido” (COASE, 1960, p. 3).

Isso significa que, no exemplo do confeitiro e do médico, Coase apenas orientaria o confeitiro a adotar medidas que evitassem os danos causados ao médico se os custos destas medidas forem mais baixos do que o lucro que o confeitiro ganharia com sua atividade. Se for economicamente mais vantajoso não gastar com prevenção, para que os lucros sejam maiores, esta é a decisão mais racional a ser tomada. Desde já, é possível perceber o potencial danoso deste raciocínio quando transportado à prevenção de acidentes do trabalho.

Posner ressalta que do “Teorema de Coase” derivam dois corolários importantes: no primeiro, o Direito, interessado na eficiência econômica, deve tentar minimizar os custos de transação e, no segundo, quando os custos das transações de mercado continuam altos, mesmo com todos os esforços jurídicos, o direito deve simular a alocação de recursos do mercado mediante a concessão de direitos de propriedade aos usuários de mais alto valor (POSNER, 2011, p. XIV).

Richard Posner nomeia Jeremy Bentham e Gary Becker como os mais ilustres progenitores da teoria econômica do Direito, mas dá mais destaque a Bentham. Afirma que, contudo, apenas em 1961 foi possível afirmar que existia uma teoria econômica do Direito, em função de artigos escritos por Ronald Coase (referido anteriormente) e Guido Calabresi, o deste chamado “Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts”. Becker dá sua contribuição em 1968, com a publicação do artigo “Crime and Punishment: An Economic Approach”.

Inspirado pela Análise Econômica do Direito, Posner analisa o Direito sob uma perspectiva externa, de modo que sua “teoria do Direito” – ele mesmo coloca entre aspas – exclui a filosofia do Direito – que se ocupa da análise de abstrações de alto nível –, bem como a análise da doutrina jurídica (ou raciocínio jurídico). Ao fazer isso, seu objetivo é focar nos problemas práticos do Direito, usando ferramentas de outras disciplinas e desconsiderando a perspectiva interna do profissional do Direito. Salaria que “as únicas abordagens de uma concepção genuinamente científica do Direito são aquelas que vem de outras disciplinas, como a Economia, a Sociologia e a Psicologia” (POSNER, 2011, p. IX) e acredita que há pobreza na análise doutrinal enquanto ferramenta para a solução dos problemas do sistema jurídico, principalmente pela crescente complexidade do Direito e da sociedade.

Para ele, a Análise Econômica do Direito não engloba apenas domínios mercadológicos e pretende, por ser descritiva, identificar a lógica e as consequências econômicas das doutrinas e instituições, bem como as causas econômicas das transformações jurídicas. Ainda, ela orienta os juízes e outros defensores do interesse público sobre quais métodos são mais eficientes para a regulamentação da conduta por meio do Direito.

Ele acredita que o Direito tem a função de facilitar a operação do livre-mercado e, nas áreas em que os custos das transações mercadológicas sejam proibitivos, propõe que o Direito simule o mercado, de modo que as decisões judiciais determinem os desfechos que seriam mais prováveis caso as transações de mercado fossem viáveis.

Posner não concorda com a vinculação da Economia a dinheiro, capitalismo e egoísmo, afirmando que ela não se resume em um aparato matemático, que chega a conclusões cínicas, pessimistas e conservadoras. Para ele, este raciocínio é reducionista e irrealista sobre as motivações e o comportamento do homem.

“A maioria das análises econômicas consiste em delinear as consequências do pressuposto de que as pessoas são racionais em suas interações sociais”, defende Posner (2011, p. 9), para quem essa concepção da Economia como a teoria das escolhas racionais provem de uma corrente existente desde o século XVIII, com a publicação das obras de Jeremy Bentham. A teoria das escolhas racionais ficou desprezada por muito tempo, mas ressurgiu com a ciência econômica da Escola de Chicago.

A ciência econômica serve como uma ferramenta que orienta o indivíduo a racionalmente maximizar sua satisfação, ideia que também provem de Bentham e ocorre não somente na esfera econômica, mas em todas as esferas da vida (POSNER, 2010, p. 51). Utilitaristas como Bentham querem promover a máxima felicidade para o maior número possível de pessoas. Tim Mulgan assevera que Jeremy Bentham reputava que “o trabalho do legislador é utilizar o seu conhecimento da natureza humana para criar leis que maximizem a felicidade do seu povo”, o que, por consequência, reforça o hedonismo, segundo o qual “o prazer e a dor são a base da moralidade” (MULGAN, 2012, p. 17 e 18).

A concepção racional analisa como as pessoas definem seu comportamento com base nos incentivos e nas restrições aos quais são expostos.

O homem criminoso, por exemplo, faz uma ponderação entre a utilidade²⁴ do crime e a “desutilidade” da punição que pode sofrer. Este argumento possui grande importância quando colocamos o caráter punitivo-pedagógico como finalidade da Responsabilidade Civil por acidentes do trabalho causados por negligência.

A ideia é que o empregador, ao cogitar a negligência, mude seus parâmetros de ponderação, abandonando a comparação da vida do trabalhador com os custos da prevenção. Em lugar disso, a ideia é que ele pondere a decisão de prevenir o acidente com a possibilidade de ser condenado a pagar indenização punitivo-pedagógica. Se a indenização é definida levando em conta este caráter, é muito provável que o empregador vá decidir pela prevenção dos danos ao trabalhador, especialmente porque, conforme aprofundarei no 4º Capítulo, os investimentos no Meio Ambiente do Trabalho são geralmente baixos.

Posner trata da imprudência e da negligência quando analisa delitos civis e culposos com base na análise econômica. Para ele, estes casos representam a não tomada de precauções cujo custo seria justificado, podendo evitar o acidente a um custo muito menor que o custo imposto pelo próprio acidente. Observemos que o autor não defende as precauções porque elas evitam causar danos a outrem, mas porque o custo é justificado. Muito me parece possível comparar isto à distinção entre punição e pedagogia. No primeiro, não causo dano, porque não quero a punição e, no segundo, não causo dano porque entendo a importância disto para a vida de outrem. Em qualquer dos casos, seja pela punição, seja pela pedagogia, se estamos evitando acidentes do trabalho, atingimos o objetivo do caráter punitivo-pedagógico.

Ele afirma que há vantagens na abordagem econômica do Direito e, para isso, tenta apresentar um ponto de vista imparcial sobre temas jurídicos politicamente controversos, mas favorece somente a eficiência. Isto comprova que o autor é, eminentemente, consequencialista, porque se preocupa em descobrir quais as consequências reais das doutrinas e das instituições jurídicas.

²⁴ Mulgan ensina que Jeremy Bentham costuma utilizar o termo “utilidade” com frequência e que a palavra pode ter vários sentidos, mas que “a sua conotação é aproximadamente equivalente a ‘instrumental para a felicidade’” (2012, p. 17). Rawls afirma que “no sentido tradicional, ela é entendida como a satisfação do desejo; e admite comparações interpessoais que, no mínimo, podem ser somadas na margem (RAWLS, 2008, p. 195-196), mas aponta que “hoje em dia, a utilidade é entendida como meio de representar as escolhas dos agentes econômicos, e não como medida de satisfação” (RAWLS, 2008, p. 201).

Para Tim Mulgan, “o ponto básico do consequencialismo consiste em que a resposta apropriada ao valor é promovê-lo. Se você acha que x é bom, então você deve tentar aumentar a quantidade de x no mundo” (2012, p. 184).

A eficiência, para Posner, é um conceito ético e científico caracterizado por ser um conceito de justiça adequado e imputável aos juízes. E é neste sentido que atuariam os economistas, por perceberem as consequências que os não-economistas normalmente ignoram.

O autor faz uma comparação entre a teoria de Jeremy Bentham e a Análise Econômica do Direito e conclui que Bentham defendia argumentos basilares da Economia do comportamento não-mercadológico. Bentham defendia que as decisões humanas deveriam ser pautadas pela universalidade dos cálculos, de modo que as pessoas decidam com base na *dor* e no *prazer*, elementos que guiam tudo aquilo que fazemos, dizemos e pensamos.

Posner interpreta e amplia o pensamento de Bentham para defender que a dor também pode ser chamada de custo e, o prazer, de lucro. Para ele, Bentham declara que todos nós, a todo momento e em tudo que fazemos, temos nossas ações, palavras e pensamentos baseados em análises de custos e benefícios. Também poderíamos chamar de análise de prós e contras, o que é realmente muito comum nas decisões que tomamos.

Contudo, acredito que essas análises não podem levar em consideração unicamente os elementos dor/custos/contras e prazer/benefícios/prós que dizem respeito a nós mesmos, porque assim estamos agindo como individualistas ao extremo. As outras pessoas também merecem nossa consideração, especialmente aquelas pelas quais somos responsáveis de alguma forma. Por isso, a análise de custos e benefícios realizada pelo empregador não pode levar em consideração somente o que é mais benéfico e prejudicial para ele, mas também o que beneficia e prejudica o trabalhador. Não agir dessa forma apenas reforça que o trabalhador está sendo visto e usado como elemento de produção e não como pessoa digna de respeito e consideração.

Posner usa a teoria de Bentham como pressuposto, porque vê a Análise Econômica do Direito como uma aplicação da economia do comportamento não mercadológico e o Direito seria uma instituição não mercadológica, que regula comportamentos que sejam ou não mercadológicos. Por isso, defende que a Economia foi aceita pelo pensamento jurídico, porque ambos comungam da

característica de serem disciplinas normativas, conclusão esta que Posner alcançou ao julgar que Bentham orientou o pensamento econômico ao uso normativo. Isto porque a base da Economia como disciplina normativa estaria na ideia de que a maximização da utilidade é o que as pessoas e os governos deveriam fazer (e não o que efetivamente fazem). Por consequência, o autor sustenta que, “a utilidade conjunta das pessoas [...], de alguma forma calculada, deveria ser o paradigma do dever moral e jurídico” (POSNER, 2011, p. 41).

Tratando de Gary Becker, Posner argumenta que ele é o grande economista da Economia não-mercadológica e que ele abriu o Direito do Trabalho à análise econômica, incentivando outros estudiosos a fazerem o mesmo e expandindo quase que completamente os domínios da Economia não-mercadológica.

Posner defende que a Economia é a ciência das consequências do comportamento humano e por isso não a vincula somente ao dinheiro. Ele usa a cláusula de liberdade de expressão garantida pela Primeira Emenda norte-americana para destacar duas abordagens que podem ser adotadas para analisar as consequências do comportamento humano: I) a instrumental, que valoriza a liberdade de expressão por promover objetivos específicos; II) e a moral, que valoriza a liberdade de expressão por ela ser uma consequência ou uma implicação que tem valor intrínseco e que representa uma concepção moral legítima da pessoa.

Sendo coerente com sua inclinação pragmática, Posner opta pela abordagem instrumental por entender que ela contorna questões morais e ideológicas controversas, permitindo, com isso, uma análise proveitosa da liberdade de expressão a partir do que irá, de fato, produzir. Essa instrumentalidade dá preferência ao raciocínio direcionado a um fim determinado e a objetivos específicos, e não sobre os fins em si mesmos. Para ele,

[...] a concepção jurídica de liberdade de expressão é mutável e contestável. Tende, portanto, a formar-se a partir das considerações práticas derivadas de uma abordagem instrumental e pode mudar na medida em que essas considerações se modifiquem (POSNER, 2011, p. 49).

Posner cita o caso *Schenck vs. United States*, de 1919, para defender que os economistas devem se preocupar com as consequências e com a magnitude

dos danos potencialmente gerados por determinados atos. O caso data da Primeira Guerra Mundial e trata-se da condenação de Charles Schenck e Elizabeth Baer, que, autorizados pelo Comitê Executivo do Partido Socialista da Philadelphia, distribuíram folhetos declarando que a Décima Terceira Emenda proibia a servidão involuntária e, logo, proibia a convocação obrigatória ao serviço militar, a qual deveria ser desobedecida. Pouco tempo antes, o Congresso tinha aprovado o *Espionage Act* de 1917, que proibia condutas que enfraquecessem esforços de guerra. A decisão afirmou que a atitude dos dois constituía uma obstrução nos serviços de recrutamento e alistamento, contrariando o Ato de 1917 (EUA, SUPREMA CORTE DOS ESTADOS UNIDOS, 1919c).

Posner explica que, neste caso, o juiz Oliver Wendell Holmes afirmou que o caráter de todo ato depende de quais circunstâncias existiam quando ele foi praticado e que a liberdade de expressão pode ser suprimida quando produzir palavras que criem perigo certo, iminente e capaz de produzir males substantivos²⁵. Neste caso, Holmes criou o famoso exemplo sobre a liberdade de expressão não servir para proteger um homem que, falsamente, grita “fogo!” em um teatro lotado. Argumentou, seguido pela Suprema Corte, que

se o discurso tem intenção de resultar em um crime e se há perigo claro e real de que ele vá realmente resultar em um crime, a Primeira Emenda não protege o locutor da ação governamental (EUA, SUPREMA CORTE DOS ESTADOS UNIDOS, 1919c).

Posner analisa o caso e afirma que Holmes fez uma análise sobre os custos do discurso ao fazer exigências para que se possibilite a supressão da liberdade de expressão: é necessária a alta probabilidade do “perigo certo e iminente”. A partir dos posicionamentos de Holmes, Posner defende a formalização da abordagem instrumental, com análise dos custos e dos benefícios de proibir a veiculação do discurso. Para ele, o discurso será permitido apenas se trouxer benefícios que igualem ou excedam seus custos, subtraindo-se a probabilidade que eles tem de se materializar e o tempo para isto ocorrer, além dos custos administrativos da proibição.

²⁵ Para casos similares em que o mesmo argumento é utilizado, cf.: *Debs v. United States* (EUA, SUPREMA CORTE DOS ESTADOS UNIDOS, 1919a) e *Frohwerk v. United States* (EUA, SUPREMA CORTE DOS ESTADOS UNIDOS, 1919b). 50 anos depois, em *Brandenburg v. Ohio* (EUA, SUPREMA CORTE DOS ESTADOS UNIDOS, 1969), o entendimento de Holmes foi revisto.

Posner apresenta várias fórmulas, mas chega a reconhecer que o uso de cálculos é, às vezes, insuficiente e que, por isso, não tem intenção de que eles sejam um algoritmo utilizável pelos juízes. Ainda, ele reconhece que esta abordagem é vulnerável a críticas quando os custos e benefícios são altamente incertos, mas, por outro lado, não apresenta proposta além e demonstra buscar sempre realizar uma análise de custos e benefícios.

O que mais interessa a este tese constitui uma dessas abordagens vulneráveis a críticas: em que condição ficam as situações que podem ser ultrajantes às pessoas (em especial, as trabalhadoras)? Posner afirma ser favorável ao fenômeno da monetização dos riscos, aquele em que o trabalhador é remunerado por se expor a riscos no Meio Ambiente do Trabalho. Importante ressaltar que a monetização contribui para que o empregador tenha condutas negligentes perante riscos – o que aumenta os índices de acidentes de trabalho, conforme discutirei no 4º Capítulo –, porque prefere remunerar o trabalhador em vez de eliminar, reduzir ou neutraliza-los.

O autor defende que o pagamento de dinheiro às pessoas é capaz de compensar sua exposição a situações de risco. Para ele, os salários refletem tanto as vantagens e as desvantagens de um emprego quanto a produtividade do trabalhador. E declara que “[...] quanto mais perigoso, sujo, insalubre, extenuante, desconfortável, desagradável ou degradante for o local de trabalho, mais alto será o salário” (POSNER, 2011, p. 72). Este raciocínio deveria ser a *ultima ratio* quando estamos lidando com a vida do trabalhador. A decisão deve ser de sempre proteger o trabalhador contra riscos, porque sua vida não é bem negociável.

Para reforçar a tendência da monetização, Richard Posner não acredita que deva ser penalizada a recusa em tomar precauções cujo custo não se justifique: “[...] um acidente é algo que acontece com pouca frequência; e, quanto menor a probabilidade de ocorrência de um evento danoso, tanto menos deve ser gasto em precauções que o previnam” (POSNER, 2010, p. XIII). Afirma, ainda, que: “Atividades perigosas são habitualmente permitidas com base na avaliação de que os custos de se evitar o perigo excedem os prejuízos causados às vítimas” (POSNER, 2010, p. 100).

Argumentação semelhante é utilizada por Guido Calabresi, que vê com normalidade que um fabricante tenha liberdade de utilizar processos que,

ocasionalmente, matem ou mutilem, caso isso lhe gere lucro e demonstre que os consumidores querem tanto seu produto que o autorizam a compensar as pessoas lesionadas. “Economistas diriam que, exceto nas áreas de decisão coletiva, esta é a melhor forma de decidir se a atividade vale a pena” (CALABRESI, 1965, p. 717 e 718).

Este pensamento lembra bastante a situação descrita por *Grimshaw v. Ford Motor Co.* (EUA, DISTRICT COURT OF APPEAL, FOURTH DISTRICT, CALIFORNIA, 1981), analisada no 1º Capítulo. E, na visão de Richard Ausness, este tipo de análise de custos e benefícios pode “dar origem à responsabilidade por *punitive damages*, mesmo que a decisão aparente ter bom custo-benefício” (1985, p. 89).

Grimshaw reflete como a assunção consciente de riscos pode resultar na imposição de *punitive damages* [...]. Um estudo conhecido como Relatório Grush-Saunby estimou que a Ford poderia reduzir substancialmente o perigo de vazamento de combustível por um custo de 11 dólares por veículo. Como 11 milhões de carros e 1,5 milhões de caminhões leves foram afetados, o custo total de redesenhar os sistemas teria sido de US\$137 milhões [...].

O Relatório Grush-Saunby também estimou o custo de manter o design original. De acordo com o estudo, 180 mortes por queimaduras e 180 lesões sérias por queimaduras poderiam ser esperadas e 2100 veículos seriam danificados se nenhuma ação corretiva fosse feita [...]. Se o Relatório Grush-Saunby representasse uma aparente estimativa da potencial responsabilidade da Ford, a empresa fez o que achou ser uma decisão econômica racional (AUSNESS, 1985, p. 90 e 91).

Quando falamos de vidas e, principalmente, de vidas vulneráveis, percebemos o quão suscetível a críticas a teoria de Posner está. Não se trata nem de custos e benefícios altamente incertos, mas de custos e benefícios impossíveis e imensuráveis. Não há como valorar economicamente, na mesma balança, a vida do trabalhador e os custos de prevenção. A prevenção sempre virá em primeiro lugar e a monetização só deve ter espaço quando mais nada houver para ser feito.

O argumento de Posner poderia ser usado em outro sentido, contudo. Se a indenização oriunda de um acidente do trabalho, quando causado por negligência, tiver como finalidade o caráter punitivo-pedagógico, o empregador negligente poderá realizar uma análise de custos e benefícios muito mais justa e de valores semelhantes: ou investe na prevenção ou é condenado a pagar uma

indenização com caráter punitivo-pedagógico. A vida do trabalhador não deve entrar nesta equação.

Acho interessante apresentar a exposição de Michael Sandel sobre uma proposta bastante polêmica de Richard Posner, relatando que ele

propôs a organização de um mercado de distribuição de bebês para adoção. Ele reconhecia que os bebês mais desejáveis haveriam de suscitar preços mais altos que os outros. Mas argumentava que o livre mercado funcionaria melhor na distribuição de bebês do que o atual sistema de adoção, pelo qual as agências de adoção cobram taxas, mas não podem leiloar os bebês nem cobrar preços de mercado.

Parece, portanto, à primeira vista, existir uma nítida diferença entre dois tipos de bens: as coisas (como os amigos [...]) que o dinheiro não pode comprar e aquelas (como os rins e os filhos) que o dinheiro pode comprar, mas talvez não devesse. [...] podemos identificar um vínculo entre os casos óbvios, em que a troca monetária corrompe o bem que está sendo comprado, e os casos polêmicos, nos quais o bem sobrevive à venda, mas pode ser considerado com isso degradado, corrompido ou diminuído (2012, p. 95 e 96).

Observemos que, se a análise for unicamente sobre eficiência, sem análise de moralidade, a proposta de Posner apresenta indicadores de que realmente conseguirá surtir efeitos concretos. Porém, não podemos pretender que todas as transações sejam alheias a exigências morais, pois há coisas que não são transacionáveis por valor algum. E essa decisão moral sobre o que pode ou não ser transacionado deve ocorrer antes da transação. Bebês – e trabalhadores também – não são mercadorias e não há argumento de eficiência que supere isto.

Sandel apresenta duas objeções que apresentam limites morais ao mercado: a da equanimidade e a da corrupção. Cada uma possui “um diferente ideal moral”: a primeira aponta para as desigualdades que podem surgir das escolhas de mercado e, a segunda, “para as atitudes e as normas que as relações de mercado podem prejudicar ou dissolver” (2012, p. 110).

A primeira preocupa-se com o ideal do consentimento. É preciso que o mercado respeite a liberdade de escolha dos indivíduos, permitindo que “cada um escolha por si mesmo se quer vender este ou aquele bem por determinado preço” (SANDEL, 2012, p. 111). O papel da objeção da equanimidade é “chamar a atenção para o fato de que algumas dessas escolhas não são realmente voluntárias” (SANDEL, 2012, p. 111). Não há liberdade se a pessoa está em

situação de pobreza desesperadora ou não está em condições de barganhar em termos justos.

A segunda, por sua vez, preocupa-se com a importância moral do bem em questão, pois alguns podem ser degradados pela valoração e pela troca de mercado. A objeção da corrupção não se baseia na livre escolha, mas no caráter dos bens. “Mesmo numa sociedade sem diferenças injustas de poder e riqueza, continuaria havendo coisas que o dinheiro não deve comprar” (SANDEL, 2012, p. 112).

A vida e a integridade física do trabalhador se encaixam em ambas as objeções. A objeção da corrupção já fundamenta de antemão que não é moralmente aceitável que a vida e a integridade física do trabalhador sejam transacionadas e tratadas como bens precificáveis. São bens imateriais que permitem valoração econômica. A objeção da equanimidade ganha mais importância ainda quando destacamos a vulnerabilidade do trabalhador como uma das principais características da relação de trabalho. O trabalhador que precisa de sua remuneração e depende dela como única fonte de subsistência não pode ser chamado de indivíduo razoavelmente livre. É frequente a submissão do trabalhador a riscos no Meio Ambiente do Trabalho e a situações vexatórias, humilhantes, degradantes etc. unicamente por depender do trabalho para a sua subsistência e a de sua família.

Posner, ainda, sustenta que, na Análise Econômica do Direito, são comuns as críticas à eficiência ou à maximização do valor. Isso ocorre quando os economistas adentram áreas que não são tradicionalmente econômicas, onde há uma tendência de conflito quando os valores econômicos são vistos como princípios norteadores. Assim, defende que a economia moderna raramente é utilitarista, porque abandonou a tentativa de calcular a utilidade e, por isso, teria se desvinculado do utilitarismo. Este debate é aprofundado por Posner, que tenta alocar sua teoria em uma categoria diferente do utilitarismo, chegando até a falar em “utilitarismo esclarecido” (POSNER, 2010, p. 128). Porém, conforme me posicionarei adiante, o autor se encaixa tanto no pragmatismo da teoria do direito, como na filosofia utilitarista da teoria política.

Ele expõe a maximização da riqueza como uma “doutrina que usa a análise de custo-benefício para orientar a decisão judicial” (POSNER, 2010, p. XIII-XIV), produzindo resultados que evitem o desperdício social, em casos situados em um

campo aberto onde os juízes podem exercer sua discricionariedade (POSNER, 2010, p. XV). E ressalta que a riqueza não deve ser entendida estritamente como uma função do dinheiro, mas como a soma de todos os objetos (tangíveis ou não) que tem valor para uma sociedade.

Essa soma é ponderada pelo preço que cada objeto teria se fosse negociado em um mercado. “A transação de mercado é considerada o paradigma da ação moralmente adequada” (POSNER, 2011, p. 101). O autor acredita que os problemas do utilitarismo são atenuados com o critério da maximização da riqueza, ao invés do da utilidade, por ser mais fácil mensurar valor do que utilidade. Ainda, sustenta que isso supera o problema de saber o que as pessoas querem ou não, já que o direito de agir segundo os próprios desejos fica limitado pela disposição para pagar. Novamente, não há preocupação do autor com o que cada ser humano merece, mas sim com aquilo que ele tem poder para ter.

O autor tem a intenção de que “todos os custos e benefícios, inclusive os não pecuniários, sejam levados em conta para decidir o que é uma norma ou prática eficiente” (POSNER, 2010, p. XIV), mas advoga pela conversão dos custos e benefícios em pecúnia, para ser possível uma comparação entre eles mediante uma unidade em comum: o dinheiro.

Há muitos problemas na teoria de Richard Posner, porque nos proporciona uma análise muito limitada à eficiência como guia dos juízes, à maximização da riqueza, à análise de custos e benefícios e a tentativas constantes de fixar valores numéricos a tudo – mesmo a coisas que tenham outros valores, diversos dos econômicos. A Justiça não precisa sempre aumentar as riquezas ou a utilidade das pessoas e, em muitas situações, precisa protegê-las contra as exigências da riqueza e da utilidade.

Os dois autores a seguir servirão como antagonismo à teoria utilitarista de Richard Posner. John Rawls e Ronald Dworkin são autores de importância ímpar para o Liberalismo Igualitário e pretendem confrontar o utilitarismo.

3.2 A JUSTIÇA COMO EQUIDADE DE JOHN RAWLS: A DEFESA DAS LIBERDADES FUNDAMENTAIS E DOS BENS PRIMÁRIOS DO TRABALHADOR

A teoria de John Rawls é uma das mais importantes – e talvez a mais – dentre as teorias da justiça contemporâneas, tendo a teoria kantiana como uma de suas principais inspirações. A escolha da “Justiça como Equidade” para ser contraposta à teoria de Richard Posner se dá não só pela grandiosidade da contribuição de Rawls²⁶, mas principalmente porque ele se propõe a dar uma alternativa ao utilitarismo, fornecendo uma visão pluralista de valores e rejeitando o princípio da utilidade, tão caro a Posner.

O utilitarismo é uma teoria teleológica, finalística, que busca atingir determinados fins, que define o bem independentemente do justo. Esses fins são aqueles que melhor representarem o resultado de ponderações entre utilidades ou, lembrando Posner, entre custos e benefícios, buscando a maior felicidade ou, melhor, a maior satisfação total para o maior número de pessoas, independentemente de que meios serão utilizados.

O objetivo do utilitarismo clássico é atingir o maior saldo líquido de satisfação, o que é calculado com base na soma da satisfação de todos os indivíduos integrantes da sociedade. É uma análise de maioria, que acaba desconsiderando se algum indivíduo destoa da satisfação geral. É um pensamento bastante prejudicial quando encontramos pessoas em situação de vulnerabilidade, como os trabalhadores, que não podem exercer sua autonomia plenamente, por estarem inseridos em uma situação de necessidade. É garantido, por exemplo, que o trabalhador exerça seu direito de resistência ou *jus resistentiae* quando for exposto a riscos desnecessários no Meio Ambiente do Trabalho. É o que se denomina Greve Ambiental, instrumento assecuratório do direito fundamental do trabalhador de ter um ambiente de trabalho seguro e saudável, embasado pela Constituição da República de 1988 e pela Convenção nº 155 da OIT (1981).

Will Kymlicka (2006) observa que, por essa regra de maioria, há pessoas que não terão suas preferências satisfeitas se diferirem daquelas que maximizam a utilidade geral. Elas seriam, portanto, irrelevantes para o saldo da maioria. O autor explica que o utilitarismo dá importância igual para as utilidades e não se

²⁶ Will Kymlicka ensina que a teoria de Rawls passou a ser o parâmetro das discussões sobre justiça: “[...] os teóricos posteriores se definiram em oposição a Rawls [...]. Não conseguiremos compreender o trabalho posterior sobre justiça se não compreendermos Rawls” (KYMLICKA, 2006, p. 66). Álvaro de Vita situa Rawls como uma personalidade central do liberalismo igualitário (VITA, 2011, p. 573).

importa com quem é beneficiado por ela. “Esse compromisso de examinar as consequências para o bem-estar humano é uma das atrações do utilitarismo” (KYMLICKA, 2006, p. 25).

Em função do consequencialismo, o utilitarismo “requer que verifiquemos se o ato ou procedimento em questão realmente faz algum bem identificável ou não” (KYMLICKA, 2006, p. 13). Ou seja, pretende que as regras morais se mostrem úteis para o bem-estar humano. Por isso, “o melhor ato em termos morais é aquele que maximiza o bem-estar humano, dando igual peso ao bem-estar de cada pessoa” (KYMLICKA, 2006, p. 14).

Isso acaba excluindo as preferências individuais das pessoas que fogem da regra geral e, ao mesmo tempo, incluindo preferências que não deveriam ser consideradas e que não deveriam ter peso moral. Kymlicka apresenta um exemplo preciso: imaginemos que uma política de assistência médica governamental planeja construir um hospital para cada 100 mil pessoas. Porém, a sociedade em questão é predominantemente branca e a maioria prefere que os negros não tenham assistência médica igual. Feitos os cálculos de utilidade, conclui-se pela maximização da utilidade ao se proceder à privação do acesso aos negros. O exemplo dado por Kymlicka nos mostra como pode ser perigosa a subordinação a cálculos de utilidade que privilegiam a maioria e não levam em consideração as necessidades específicas de grupos ou pessoas. “Nossa moralidade cotidiana nos diz que tais preferências são injustas e não devem ser consideradas” (KYMLICKA, 2006, p. 35).

Michael Sandel questiona sobre o que seria a moral. Seria uma questão de avaliação quantitativa de vidas, ponderando custos e benefícios? Ou será que há deveres morais e direitos humanos tão fundamentais que estejam acima de cálculos? Como podemos identificar que certos direitos são fundamentais e o que os torna fundamentais? (2009, p. 47).

Para Sandel, a vulnerabilidade mais contundente do utilitarismo é a sua incapacidade de respeitar os direitos individuais, porque, ao considerar apenas a soma das satisfações, acaba sendo muito cruel com o indivíduo isolado. “Para o utilitarista, os indivíduos tem importância, mas apenas enquanto as preferências de cada um forem consideradas em conjunto com as de todos os demais” (SANDEL, 2009, p. 51). Se o indivíduo fugir à regra geral, sua satisfação não importa.

Ele explica que o utilitarismo se constrói como uma ciência de moralidade que se baseia na quantificação, na agregação e no cômputo geral da felicidade, refletindo sobre as preferências sem as julgar. Ou seja, todas as preferências, quaisquer que sejam elas, possuem o mesmo peso, por mais injustas, discriminatórias e danosas que possam ser. Um problema elementar do utilitarismo é que, “Para agregar valores, no entanto, é necessário pesá-los todos em uma única balança, como se tivessem todos a mesma natureza” (SANDEL, 2009, p. 55).

John Rawls analisa o utilitarismo a partir de uma perspectiva procedimental, porque a esta teoria não importa de que forma a soma de satisfações se distribui entre os indivíduos. O que importa é que a distribuição produza a satisfação máxima, e não como isso ocorre. Rawls afirma que “o utilitarismo não leva a sério a distinção entre as pessoas” (2008, p. 33) e assevera, sobre o princípio da utilidade:

[...] esse princípio pode ser interpretado como a ética de um único indivíduo racional disposto a correr qualquer risco necessário para maximizar suas perspectivas do ponto de vista da situação inicial. [...] Em algum momento, quer-se dizer, todos devem ter realmente concordado em correr os mesmos riscos. Como está claro que nunca houve tal momento, o princípio não se sustenta. [...] A não ser que os indivíduos tenham, de fato, concordado com uma concepção de justiça sujeita a riscos reais, ninguém estará comprometido com suas exigências (RAWLS, 2008, p. 203).

Rawls e Dworkin são liberais igualitários que salvaguardam o valor de uma sociedade justa e democrática, na qual nenhum cidadão pode ser obrigado pela autoridade política a almejar determinado bem ou forma de vida que ela julgue ser virtuosa ou boa. Cada indivíduo deve ter garantida sua liberdade de construir seu próprio julgamento sobre as convicções de valor moral com base nas quais deseja viver. Roberto Gargarella sustenta que “[...] o Estado deve manter-se neutro quanto aos diferentes ideais de excelência humana que os distintos cidadãos defendam” (2008, p. 66). Para Álvaro de Vita,

O exercício do poder político, que sempre envolve o emprego da coerção coletiva da sociedade, não pode se justificar com base na suposição de que há uma doutrina verdadeira, quer se trate de uma religião ou de uma doutrina moral ou política, sobre o que constitui a boa vida para o homem e à qual os que estão submetidos a esse poder devem se conformar. Dispor de soberania para determinar que convicções de valor moral devem

guiar as próprias escolhas em um âmbito de independência individual preservado de interferências arbitrárias é aquilo que, para qualquer vertente de liberalismo político, responde pela ideia de liberdade (VITA, 2011, p. 571).

A teoria de Rawls tem fortes inspirações e ligações com a de Immanuel Kant, ambos tendo desenvolvido teorias deontológicas em oposição às teleológicas como o utilitarismo. Michael Sandel ensina que Kant, na verdade, repudiava o utilitarismo, pois “Ao basear direitos em um cálculo sobre o que produzirá a maior felicidade, argumenta ele, o utilitarismo deixa esses direitos vulneráveis” (SANDEL, 2009, p. 138).

Kant não aceita determinados atos e exige que sejam errados por si sós, independente das consequências boas que possam gerar, a exemplo do ato de matar alguém. A não deve matar B, porque uma pessoa não deve matar outra. A não deve matar B mesmo que B seja uma pessoa ruim. O pensamento kantiano é construído por imperativos categóricos e por uma ética formal que exige o cumprimento do dever pelo dever.

Kant e Rawls não aceitam que o homem seja considerado como meio para se chegar a um fim maior. O homem é um fim em si mesmo e merece igualdade de tratamento. Kant “parte da ideia de que somos seres racionais, merecedores de dignidade e respeito” (SANDEL, 2009, p. 136).

Rawls demonstra sua influência kantiana em diversos trechos de seu livro, a exemplo de:

[...] Kant supõe que essa legislação moral deve ser acatada em condições que caracterizam os homens como seres racionais iguais e livres. A descrição da posição original é uma tentativa de interpretar esta concepção (2008, p. 312).

[...] os princípios de justiça também são análogos aos imperativos categóricos. [...]. Agir com base nos princípios de justiça é agir com base em imperativos categóricos, no sentido de que eles se aplicam a nós quaisquer que sejam os nossos objetivos específicos (2008, p. 314-315).

O fundamento da teoria deontológica kantiana é o próprio indivíduo, que orienta sua própria história porque dotado de autonomia. Kant pretendia uma ética absoluta, universal, transcendental, válida *a priori* para todos os homens. E é assim que ele também olha para o indivíduo, dependendo unicamente da sua vontade o agir conforme o bem ou o mal. Kant, baseado no imperativo categórico,

afirmou que o homem alcança o bem quando age de tal modo que a máxima da sua vontade possa sempre, simultaneamente, valer como princípio de leis gerais, sempre tratando o próximo como fim e nunca como meio.

Rawls, contudo, buscou superar os pressupostos metafísicos de Kant e a concepção de um sujeito abstrato e não inserido historicamente. Ele não achava correto enfatizar a generalidade e a universalidade na ética kantiana, por não haver novidade alguma nisso. Para ele, a ênfase à teoria deve ser dada em outros aspectos, como a ideia de que os princípios morais são objeto de uma escolha racional, definindo a lei moral que os homens podem racionalmente almejar para dirigir sua conduta numa comunidade ética. Além disso, enfatiza que “esses princípios não só devem ser aceitáveis para todos, mas devem também ser públicos” (RAWLS, 2008, p. 312).

Sobre Kant, Tim Mulgan analisa:

O que é valioso acerca dos seres humanos não é que possamos sentir prazer ou dor, mas que tenhamos uma capacidade de autonomia racional – a habilidade de livremente viver as nossas próprias vidas em conformidade com a lei moral. Porque reconhece o valor da autonomia racional, a lei moral diz-me sempre para respeitar a liberdade humana e a racionalidade, tanto em mim mesmo quanto nas outras pessoas. Eu sempre deveria tratar cada pessoa como um fim em si mesmo, e não meramente como um meio para os meus próprios fins.

É importante notar que Kant não nega que você possa usar outra pessoa como um meio. Você simplesmente não pode tratá-los *apenas* como um meio.

[...]

O homicídio obviamente não respeita uma pessoa como um fim em si mesmo, uma vez que a priva de qualquer capacidade futura de escolha racional ou liberdade.

[...]

Na visão de Kant, devo fornecer a uma pessoa racional todas as informações relevantes e deixá-la tomar a sua própria decisão. (MULGAN, 2012, p. 196-198).

A grande contribuição de John Rawls é deslocar esta teoria moral para a teoria política, retirando-lhe toda sua base metafísica. Para tanto, ao invés de falar em um sujeito abstratamente inserido, Rawls usará algo mais concreto: o contrato, o acordo oriundo das escolhas racionais entre indivíduos.

A ideia intuitiva da justiça como equidade consiste em pensar os princípios fundamentais de justiça como constituindo, eles mesmos, o objeto de um acordo original em situação inicial adequada definida. Esses princípios são os que pessoas racionais

interessadas em promover seus interesses aceitariam nessa situação de igualdade para estabelecer os termos básicos de sua associação. [...] um acordo fundamentado nesses princípios é a melhor maneira de cada pessoa garantir seus objetivos, à luz das opções disponíveis (RAWLS, 2008, p. 144).

Para Rawls cada indivíduo possui uma inviolabilidade fundamentada na justiça e isso rechaça as perspectivas utilitaristas por não autorizar que o bem-estar geral da sociedade se sobreponha às particularidades do indivíduo. Este argumento é muito importante para discutir a prática de condutas negligentes no Meio Ambiente do Trabalho, baseadas na análise de custos e benefícios tal qual justifica Posner.

Respeitar a dignidade humana do trabalhador exige diversas condutas do empregador, da sociedade e do Estado e a preservação de sua saúde e sua segurança é uma das mais importantes, além de ser uma liberdade fundamental para Rawls. “[...] em uma sociedade justa, as liberdades fundamentais são inquestionáveis e os direitos garantidos pela justiça não estão sujeitos a negociações políticas nem ao cálculo dos interesses sociais” (RAWLS, 2008, p. 34).

A conclusão de Rawls, como já dito, provem de uma construção hipotética, mas não abstrata, que não exige ser concretizada, mas que nos orienta sobre as melhores decisões a serem tomadas caso tivéssemos optado por ela. É chamada por ele de “posição original” e seria como um acordo firmado antes de qualquer formação e desenvolvimento da sociedade. É como um contrato social, cujo conteúdo seriam princípios que orientam todos os contratos futuros, inclusive o aplicável à estrutura básica da sociedade²⁷.

Deve-se entender a posição original como uma interpretação procedimental da concepção kantiana de autonomia e do imperativo categórico nos quadros de uma teoria empírica. Assim, partindo da ideia de justiça procedimental pura desde o início, a posição original é um procedimento equitativo com o objetivo de ser um *status quo* onde todos os acordos firmados e quaisquer princípios acordados são justos.

Os indivíduos envolvidos são autônomos e deliberam sobre os princípios regentes da cooperação social. Para que ninguém sustente em favor de seus

²⁷ Ela “abrange as principais instituições que distribuem ou que produzem a distribuição de direitos, oportunidades e recursos na sociedade”, nas palavras de Álvaro de Vita (2011, p. 574).

próprios privilégios, Rawls cria uma figura chamada de “véu de ignorância”, que tem a função de impedir que os indivíduos saibam que posição iriam ocupar na sociedade e em que espectro de condições econômicas, sociais ou culturais estariam inseridos. Eles também desconhecem suas concepções do que é bom para si e quais as particularidades de seu projeto racional de vida, se serão pobres ou ricos ou saudáveis ou enfermos. Não sabem quais as circunstâncias econômicas e políticas de sua própria sociedade.

O indivíduo não consegue dar preferência aos seus privilégios, porque não sabe em que posição estará. Mas sabe que as pessoas serão diferentes e suas vidas e suas condições também e que isso demanda a “existência das circunstâncias que originam a necessidade de princípios de justiça” (RAWLS, 2008, p. 313). O “véu de ignorância” permite uma deliberação racional dos princípios por parte dos contratantes, sem que ninguém consiga favorecer a si mesmo. Para Michael Sandel:

[...] um acordo hipotético realizado sob um “véu de ignorância” não é uma forma pálida de contrato real e, portanto, moralmente mais fraca; ao contrário, é uma forma pura de contrato real, portanto moralmente mais forte (2009, p. 188).

A partir da concepção do autor, para que sustentemos que um indivíduo age com autonomia, é necessário que seus princípios da ação sejam por ele escolhidos como a expressão mais adequada possível de sua natureza de ser racional e livre. Não são princípios escolhidos em razão de sua posição social, de seus dotes ou suas aspirações naturais, de seu plano de vida, de contingências naturais ou sociais ou de algum tipo específico de coisas que queira. Se assim fosse, os indivíduos em melhor posição defenderiam ficar onde estão ou em situação melhor. “Agindo de acordo com esses princípios, as pessoas expressam sua natureza de seres racionais livres e iguais sujeitos às condições gerais da vida humana” (RAWLS, 2008, p. 314).

O véu da ignorância pretende tornar o contrato social original resistente à ganância humana e é justificável porque impede que os indivíduos conheçam as contingências que os colocam em oposição. Como não sabem sua posição na sociedade, são racionalmente levados a escolher princípios cuja consequências estejam dispostos a aceitar. Isto gera acordos justos, porque as pessoas se situam de maneira equitativa e se tratam igualmente entre si como pessoas

morais. Depois que os princípios são reconhecidos, as partes podem ter confiança mútua com relação a obedecê-los. Se a posição original permitir o conhecimento de particularidades, o resultado sofrerá a influência de contingências arbitrárias. É que “[...] como as diferenças entre as partes lhes são desconhecidas, e todos são igualmente racionais e estão situados de forma similar, cada qual é convencido pelos mesmos argumentos” (RAWLS, 2008, p. 169).

Para Rawls, a posição original corrige uma dificuldade da teoria kantiana, apontada por Henry Sidgwick, autor usado por ele também para construir seu argumento contra o utilitarismo: pela interpretação que este autor faz de Kant, tanto a vida de um santo quanto a de um canalha são resultados iguais de escolhas livres. Rawls esclarece que Kant não explica por que o canalha não expressa, numa vida má, sua identidade livremente, mas o santo, numa vida virtuosa, sim. Ele aceita a objeção de Sidgwick desde que se haja o pressuposto de que o indivíduo teve a oportunidade de livremente escolher qualquer conjunto coerente de princípios e que sua ação é suficiente para expressar a própria escolha como aquela de um ser racional e livre.

Rawls pretende sanar essa falha pela concepção da posição original, enquanto argumento que demonstre quais princípios seriam escolhidos, para serem aplicados na prática, por pessoas racionais iguais e livres. Essas pessoas tem completa liberdade para escolher quaisquer princípios que desejarem, mas, ao mesmo tempo, em função do véu da ignorância, também desejam expressar sua natureza de membros racionais, iguais e livres para suas escolhas. Os princípios serão, portanto, racionalmente decididos pelas pessoas em prol da melhor maneira de manifestar essa liberdade, respeitando a independência individual em relação às contingências naturais e aos acidentes sociais.

[...] os homens demonstram sua liberdade e sua independência em relação às contingências da natureza e da sociedade agindo de maneira que teriam aprovado na posição original (RAWLS, 2008, p. 317-318).

John Rawls justifica que, em diversos aspectos, se afastou de Kant, mas destaca dois principais: 1) para ele, a pessoa deve escolher os princípios pensando em uma escolha coletiva, não individual, porque eles devem ser aceitáveis e consentidos pelas outras pessoas. Todos devem ter igual voz na

escolha dos princípios que orientarão a comunidade, porque todos são similarmemente livres e racionais. Escolhas estritamente individuais levam a conflitos de interesses, porque cada um vai buscar uma fatia maior de benefícios. A escolha coletiva revela, contudo, que é possível perceber uma identidade de interesses, porque a cooperação social proporciona uma vida melhor do que uma vida isolada e individual; II) ele pressupõe que as partes sabem que estão sujeitas às condições e às restrições da vida humana.

Na posição original, todos pretendem ocupar uma boa posição na sociedade e ter uma boa parcela de bens, mas, como desconhecem seu futuro, optam pela distribuição que impede o favorecimento de uns em detrimento de outros. Essa distribuição equitativa fundamenta a teoria como “Justiça como Equidade”. Rawls afirma que as pessoas são mutuamente desinteressadas de seus próprios interesses – porque os ignoram *a priori* – na posição original e que isso corresponde à noção kantiana de autonomia:

[...] a suposição de desinteresse mútuo objetiva permitir que a escolha de um sistema de objetivos últimos seja livre. A liberdade para adotar uma concepção do bem só é limitada por princípios deduzidos de uma doutrina que não impõe nenhuma restrição prévia a tais concepções. Pressupor o desinteresse mútuo na posição original põe essa ideia em prática. [...] se as partes fossem concebidas como altruístas ou interessadas em determinadas espécies de prazer, os princípios escolhidos se aplicariam, até o ponto em que a argumentação o demonstrasse, apenas a pessoas cuja liberdade se limitasse a escolhas compatíveis com o altruísmo ou o hedonismo. Da forma como agora a argumentação se apresenta, os princípios de justiça se aplicam a todas as pessoas que tem planos racionais de vida, quaisquer que sejam seu (sic) conteúdos, e esses princípios representam as limitações apropriadas à liberdade (2008, p. 315).

Reitero que Rawls trata da questão da posição original ser puramente hipotética e não exige que ela realmente aconteça de maneira concreta. No estado atual da sociedade, os bens já foram divididos, seja lá por quais meios justos e injustos, e seria praticamente impossível um acordo social que aceitasse zerar os privilégios para aplicar a posição original. Porém, é possível que a sociedade reflita sobre as conclusões que atingiriam se tivesse existido a posição original, ou seja, uma situação inicial que expressasse condições razoáveis, justas e equânimes para todos. Para Rawls, isto nos permite o exercício de interpretar nossos juízos morais e nosso senso de justiça, o que nos conduz ao

que Rawls intitula “Equilíbrio Reflexivo”, ou seja, “o resultado de acordos voluntariamente firmados entre os negociantes interessados” (RAWLS, 2008, p. 145).

Rawls sustenta que o equilíbrio reflexivo levaria os indivíduos aos dois princípios de justiça da teoria da Justiça como Equidade e, para corrigir posteriores dificuldades de aplicação prática, ele já reconhece, de antemão, que pode existir um conjunto de princípios melhor do que este, ao considerar que as pessoas mudam e reveem seus princípios e juízos.

[...] quando as pessoas agem com base nesses princípios, estão agindo de acordo com os princípios que escolheriam na condição de pessoas racionais e independentes numa posição original de igualdade. Os princípios de suas ações não dependem de contingências naturais ou sociais, nem tampouco expressam o viés das especificidades de seu plano de vida ou as aspirações que as motivam (RAWLS, 2008, p. 313).

Rawls argumenta a favor dos princípios de justiça sem presumir que as pessoas envolvidas já possuem objetivos específicos, mas apenas que concordam que todos precisam de determinados bens primários, ou seja, “coisas que todo indivíduo racional presumivelmente quer” (RAWLS, 2008, p. 75). Bens primários podem ser lidos como direitos fundamentais.

Os princípios são apresentados voltados para as instituições e para os indivíduos. Os primeiros culminam em dois princípios derivados e ordenados por prioridade: I) o primeiro – o mais pertinente ao assunto desta tese – engloba as liberdades fundamentais iguais, que não aceitam ser transacionadas por nenhuma vantagem econômica ou social e que só podem ser limitadas por outras liberdades fundamentais; II) o segundo se subdivide em dois componentes: a) um princípio que exige igualdade equitativa de oportunidades para o acesso a cargos de responsabilidade e de autoridade; b) e um princípio de diferença – intitulado de *maximin* –, que exige que a estrutura institucional mais justa seja aquela capaz de elevar ao máximo possível a distribuição de cotas entre as pessoas envolvidas. Aceitam-se desigualdades socioeconômicas apenas se moralmente legítimas para beneficiar quem estiver em pior situação.

A primeira formulação dos dois princípios é a seguinte:
Primeiro: cada pessoa deve ter um direito igual ao sistema mais extenso de iguais liberdades fundamentais que seja compatível com um sistema similar de liberdades para as outras pessoas.

Segundo: as desigualdades sociais e econômicas devem estar dispostas de tal modo que tanto (a) se possa razoavelmente esperar que se estabeleçam em benefício de todos como (b) estejam vinculadas a cargos e posições acessíveis a todos (RAWLS, 2008, p. 73).

Rawls fala em “primeira formulação”, porque, posteriormente, fez uma reformulação dos princípios, adicionando uma segunda regra de prioridade:

[...] agora quero apresentar a formulação final dos dois princípios de justiça para instituições. Em nome da completude, fornecerei uma formulação completa que inclui as anteriores.

Primeiro princípio

Cada pessoa deve ter um direito igual ao mais abrangente sistema total de liberdades básicas iguais que seja compatível com um sistema similar de liberdades para todos.

Segundo princípio

As desigualdades econômicas e sociais devem ser dispostas de modo a que tanto:

- (a) se estabeleçam para o máximo benefício possível dos menos favorecidos que seja compatível com as restrições do princípio de poupança justa, como
- (b) estejam vinculadas a cargos e posições abertos a todos em condições de igualdade equitativa de oportunidades.

Primeira regra de prioridade (a prioridade da liberdade)

Os princípios de justiça devem ser dispostos em ordem lexical e, portanto, só se podem restringir as liberdades básicas em nome da própria liberdade. Existem dois casos:

- (a) uma liberdade menos extensa deve fortalecer o sistema total de liberdades partilhado por todos;
- (b) uma liberdade desigual deve ser aceitável para aqueles que tem menor liberdade.

Segunda regra de prioridade (a prioridade da justiça sobre a eficiência e o bem-estar)

O segundo princípio de justiça precede lexicalmente o princípio da eficiência e o princípio da maximização da soma de vantagens; e a igualdade equitativa de oportunidades precede o princípio da diferença. Há dois casos:

- (a) a desigualdade de oportunidades deve aumentar as oportunidades daqueles que tem menos oportunidades;
- (b) uma taxa elevada de poupança deve, pesando-se tudo, mitigar o ônus daqueles que carregam esse fardo (RAWLS, 2008, p. 375-376).

Os dois princípios estão ordenados lexical ou serialmente, sendo necessário que o primeiro princípio seja satisfeito para que se passe ao segundo – e o mesmo se aplica aos dois argumentos que compõem o segundo princípio. Em suma, exige-se que todos os bens primários sociais – liberdade e

oportunidade, renda e riqueza, e as bases do respeito de si mesmo – sejam distribuídos de forma materialmente igual – fica justificada, portanto, uma distribuição desigual que queira promover vantagens aos menos favorecidos. Nas palavras de John Rawls,

Essa ordenação significa que as violações das iguais liberdades fundamentais protegidas pelo primeiro princípio não podem ser justificadas nem compensadas por maiores vantagens sociais e econômicas (RAWLS, 2008, p. 74).

A força da justiça como equidade parece provir de duas coisas: a exigência de que todas as desigualdades sejam justificadas para os menos favorecidos e a prioridade da liberdade. (RAWLS, 2008, p. 310).

Os dois princípios de justiça conseguiriam, então, assegurar direitos fundamentais às pessoas e, também, de garanti-las contra as piores eventualidades. Ao longo da vida, espera-se que elas não precisem perder alguma liberdade para que outros aumentem a sua própria.

Além do mais, o reconhecimento público dos dois princípios confere uma sustentação mais forte ao auto-respeito e isso, por sua vez, aumenta a efetividade da cooperação social. [...] É claramente racional para os homens assegurar seu auto-respeito. É necessário ter um sentido do próprio valor para levar adiante a própria concepção do bem com satisfação e ter prazer em sua realização.

[...] quando a sociedade segue esses princípios, o bem de todos está contido num sistema de benefícios mútuos [...].

[...] os princípios de justiça manifestam, na estrutura básica da sociedade, o desejo dos homens de se tratarem uns aos outros não apenas como meios, mas como fins em si mesmos (RAWLS, 2008, p. 219-220).

Afirmar acima que o primeiro princípio de justiça – a prioridade da liberdade – é bastante caro ao tema estudado por esta tese, porque as liberdades básicas ou liberdades fundamentais iguais não podem ser violadas por decisões guiadas por análises de custos e benefícios. Rawls desenvolve um raciocínio em favor de uma liberdade fundamental individual, “que compreende a proteção contra a opressão psicológica, a agressão e a mutilação (integridade da pessoa)” (RAWLS, 2008, p. 74). De acordo com o autor:

A prioridade da liberdade significa que, sempre que as liberdades fundamentais podem ser de fato instituídas, não é permitido trocar uma liberdade menor ou desigual por uma melhoria do bem-estar

econômico. É só quando as circunstâncias sociais não permitem a instituição desses direitos fundamentais que se pode consentir em sua limitação (RAWLS, 2008, p. 185).

[...] a prioridade da liberdade implica que as pessoas na posição original não querem tentar obter vantagens maiores à custa das liberdades iguais fundamentais. O mínimo assegurado pelos dois princípios em ordem lexical não é um mínimo que as partes queiram por em risco em nome de maiores vantagens econômicas e sociais (RAWLS, 2008, p. 189-190).

Na visão de Will Kymlicka, as promessas e os direitos dos outros indivíduos possuem importância tão suprema que, basicamente, chegam a ser invulneráveis ao cálculo dos interesses sociais. E declara:

“[...] Embora o utilitarismo procure tratar as pessoas como iguais, ele viola muitas das nossas intuições sobre o que significa verdadeiramente tratar as pessoas com igual consideração. [...] o utilitarismo interpretou erroneamente o ideal da igual consideração para com os interesses de cada pessoa e, como resultado, permite que algumas pessoas sejam tratadas como menos que iguais, como meios para os fins de outras pessoas”. (KYMLICKA, 2006, p. 48).

Rawls não chega a abordar diretamente as questões trabalhistas, como também não abordou diversas outras questões sociais tão importantes quanto. A importância do autor se mostra em função da semente plantada por sua teoria: “Uma Teoria da Justiça” foi escrito em e até os dias atuais encontra diversos interlocutores ao redor do mundo inteiro. Esses interlocutores analisam a obra e interpretam as palavras rawlsianas para extrair que sentido poderia contribuir para melhorar a vida do indivíduo e para que ele seja tratado com dignidade e igualdade.

O Direito do Trabalho pode se beneficiar muito dessa fonte, principalmente quando tratamos de acidentes de trabalho. Se os bens primários são direitos fundamentais e se o objetivo dos princípios de justiça é atingi-los, não há dúvidas da importância da teoria para a seara trabalhista. Acidentes de trabalho envolvem os bens primários/direitos fundamentais mais valiosos ao ser humano: a sua própria vida e sua integridade física. Se permitimos que esses bens sejam transacionados por análises de custos e benefícios, estamos autorizando que o utilitarismo atue em uma área onde não deveria, porque compara, na mesma balança, valores diferentes: o dinheiro e a vida humana. A vida dos trabalhadores deve ter prioridade sempre.

Ainda, a exposição do trabalhador a riscos desnecessários no Meio Ambiente do Trabalho, em função da negligência do empregador, representa uma ruptura com o primeiro princípio: o da liberdade. É inerente a característica da vulnerabilidade do trabalhador perante o empregador em uma relação de trabalho. Não se pode afirmar que sua liberdade é ampla, porque ele já se encontra inserido em uma relação de necessidade e, por isso, aceita se submeter a riscos desnecessários não porque, autonomamente, quer, mas porque precisa do trabalho para manter sua subsistência.

3.3 O PRINCÍPIO IGUALITÁRIO ABSTRATO DE RONALD DWORKIN: A EXIGÊNCIA DE IGUAL CONSIDERAÇÃO E RESPEITO AO TRABALHADOR

Ronald Dworkin considera que a igualdade é a virtude soberana da comunidade política. Não a concebe por um sentido absoluto, formal, indiscriminado, mas no sentido da igual consideração (princípio igualitário abstrato), o que serve de fundamento à teoria do liberalismo de princípios que ele desenvolve.

Dworkin não vê legitimidade em governos que não demonstram igual consideração pelo destino de todos os cidadãos sob seu domínio. “A consideração igualitária é a virtude soberana da comunidade política – sem ela o governo não passa de tirania” (DWORKIN, 2011, p. IX), porque é capaz de tratar o indivíduo como se qualquer coisa fosse. O ordenamento jurídico brasileiro possui exigências semelhantes, uma vez que prevê tratamento igualitário aos indivíduos, com respeito à dignidade da pessoa humana, princípio que é um dos fundamentos da própria Constituição da República de 1988.

Dworkin é um dos tantos autores que se inspiram e dialogam com John Rawls, tomando como pressuposto o liberalismo igualitário. Para desenvolver sua teoria, também se opõe ao utilitarismo e também cria uma situação hipotética (que não é um contrato, mas um mercado hipotético), mas volta sua preocupação à “igualdade de recursos”, transformando a igualdade em algo material, não apenas formal, o que, para ele, é a melhor forma para alcançar o princípio igualitário abstrato. Por ser liberal, ele também faz uso do conceito de autonomia

do indivíduo e aceita como pressuposto que as pessoas são, sim, responsáveis pelas consequências advindas de suas escolhas, pretensões, aspirações, preferências, convicções, atitudes e desejos. Tem como norte o desenvolvimento de uma teoria que unifique a perspectiva da responsabilidade coletiva e a da responsabilidade pessoal.

Apesar de sua grande relevância, vou desenvolver a teoria distributiva da igualdade de recursos de Dworkin de maneira bem resumida abaixo, porque dela quero extrair apenas uma parte da argumentação em favor da igual consideração que cada indivíduo merece ter, bem como da liberdade para escolher que rumo dará à sua vida, para reforçar a proteção ao trabalhador expostos a riscos desnecessários no Meio Ambiente do Trabalho. “A igualdade em questão não se vincula a nenhuma propriedade da pessoa, mas à importância de que sua vida tenha algum resultado, em vez de ser desperdiçada” (DWORKIN, 2011, p. XV).

A igual consideração e respeito tem alto grau de importância para o autor, que a considera como um elemento de legitimação política de um governo. Por isso, sua teoria está fundamentada em um princípio igualitário abstrato que exige que o Estado trate todos os seus cidadãos com igual consideração e respeito. “A comunidade política que exerce domínio sobre seus próprios cidadãos, e lhes exige fidelidade e obediência às leis, deve adotar uma postura imparcial, objetiva, com relação a eles [...]” (DWORKIN, 2011, p. XVI). O Estado não é livre para interferir na vida dos indivíduos se isto for contrariar o princípio igualitário abstrato.

Dworkin coloca a liberdade, a igualdade e a comunidade como ideais políticos integrantes da mesma concepção de igualdade. Nas palavras do autor: “[...] o princípio igualitário abstrato [...] estipula que o governo deve agir para melhorar a vida dos cidadãos, com igual consideração pela vida de cada um deles” (DWORKIN, 2011, p. 253).

Para chegar às suas conclusões, Dworkin desenvolve um mercado hipotético – onde não há véu de ignorância, como na teoria de Rawls –, no qual os indivíduos tem o maior autoconhecimento possível, para que cada um atinja os objetivos que desejar para sua vida. O mercado, equilibrado pela política, é usado como mecanismo de atribuição de preços a bens e serviços e é construído a partir do seguinte exemplo: Dworkin pede que imaginemos que um grupo de náufragos tenha encontrado uma ilha deserta desabitada e cheia de recursos.

Na ilha, todos aceitam que não há direito prévio de ninguém a nenhum dos recursos e que eles devem ser divididos igualmente. Aplicam o teste de cobiça, para promover a divisão igualitária de recursos e detectar que nenhum imigrante está desejando o que o outro tem. “Nenhuma divisão de recursos será uma divisão igualitária se, depois de feita a divisão, qualquer imigrante preferir o quinhão de outrem a seu próprio quinhão” (DWORKIN, 2011, p. 81).

Dworkin diz que deve haver um responsável pela divisão e que ele pode, para isso, fazer uso da figura do que ele chama de leilão imaginário, no qual cada objeto da ilha seria enumerado como lote a ser vendido, por preços que o leiloeiro pode propor diante da quantidade de procura pelo bem. A distribuição segue por este método e passa no teste de cobiça quando todos se declaram satisfeitos com os bens que receberam.

Porém, é importante destacar que a igualdade só existe no ponto de partida, no exato momento em que termina o leilão. Depois os indivíduos serão livres para realizar atos de produção e comércio entre si e, naturalmente, uns começarão a ter mais recursos que outros, pois há variedades de talentos, de saúde, de gostos, de escolhas e de aspirações. A ideia de Dworkin é permitir que as pessoas sejam realmente iguais no início, mas aceita que possam ser desiguais depois, porque elas mesmas buscaram objetivos diferentes e mais ou menos ambiciosos, mas desde que elas se tratem com igual consideração e respeito. Para ele, a igualdade não significa que as pessoas terão as mesmas coisas, mas sim o que querem ter.

Dworkin analisa que, se a igualdade de recursos é aprovada como a melhor interpretação do ideal de igualdade, então a liberdade se torna um aspecto da própria igualdade (que é a própria virtude soberana), em vez de ser um ideal político independente e conflitante com ela.

Assim, somos livres para prosseguir com nossos planos de vida, mas não temos liberdade plena e devemos nos preocupar com a vida do outro. Responsabilizar-nos por nossas próprias aspirações, aceitando as consequências de fazer parte de uma comunidade de igual consideração, significa considerar o preço e o reflexo dos nossos próprios planos na vida das demais pessoas do grupo. Isto se afasta, por exemplo, das concepções libertárias que tem por foco a não interferência na vida do indivíduo, sobretudo com relação à autoridade política (VITA, 2011, p. 571).

Por outro lado, o liberalismo igualitário ou de princípios é uma concepção que exige que a sociedade democrática justa se comprometa com a “garantia de direitos básicos iguais e uma parcela equitativa dos recursos sociais escassos – renda, riqueza e oportunidades educacionais e ocupacionais – a todos os seus cidadãos” (VITA, 2002, p. 5). A sociedade é responsável por oportunizar direitos e oportunidades a todos, sem distinção de raça, cor, sexo, religião etc.

É necessário que liberdade e igualdade estejam unidas, desde o início, na igual consideração e respeito por todos, na própria estrutura da concepção de igualdade, porque isso direciona as pessoas a aceitarem o princípio igualitário abstrato. “[...] meu argumento não pretende subordinar a liberdade à igualdade [...], elas expressam mutuamente aspectos de um único ideal humanista” (DWORKIN, 2011, p. 178).

Desse modo, Dworkin defende que a melhor forma de cumprir esta tarefa de reconciliação é alocar a liberdade como constitutiva da própria concepção de igualdade, como um pressuposto necessário para sua definição.

A estratégia constitutiva, pelo contrário, inclui a liberdade na estrutura da concepção de igualdade desde o início. Insiste que a liberdade deve figurar na própria definição de distribuição ideal, para que, por tal motivo, não possa haver problema de reconciliação da liberdade com a igualdade (DWORKIN, 2011, p. 179-180).

A distribuição igualitária dependerá não apenas dos resultados, mas também da responsabilidade de cada um por suas próprias aspirações e projetos, bem como da responsabilidade advinda de seu pertencimento a uma comunidade de igual consideração e respeito.

Dworkin propõe estratégias que proíbem restrições aos indivíduos se fundamentadas em religião ou moralidade pessoal, como exigência da igualdade de recursos²⁸. Busca-se equilibrar os interesses de grupos diversos, porque uma distribuição igualitária dos recursos requer que eles sejam igualitariamente distribuídos entre cada pessoa, as quais analisam suas preferências e seus planos e avaliam os custos das opções que pretendem fazer. Assim, vida muito

²⁸ Encontramos disposição idêntica no art. 3º, IV, da Constituição da República de 1988, que proíbe discriminações por origem, raça, sexo, cor, idade, dentre outras. A norma constitucional tem a diversidade social como pressuposto e, por isso, veda que isto sirva como parâmetro para diferenciar as pessoas de forma prejudicial.

dispendiosas não funcionariam na igualdade de recursos, porque a pessoa não conseguiria pagar os custos de tal estilo de vida.

Dworkin, ainda, explica os princípios do sacrifício e da independência. O primeiro coloca as restrições à liberdade como sacrifícios compulsórios sobre os membros da comunidade para que seja possível alcançar a distribuição de recursos. O segundo pretende proteger o princípio igualitário abstrato contra transgressões que querem usar de preconceitos para destruir a vida de algumas pessoas.

O autor declara que uma comunidade que aceita o princípio igualitário abstrato é profundamente influenciada por ele, passando a analisar como ele atua na distribuição de poder político dentro dela. Então, Dworkin questiona sobre a melhor forma de democracia para uma sociedade igualitária e chega à conclusão de que ela deve ser a que tem mais probabilidades de produzir decisões substantivas, que tratem todos com igual consideração.

Em sequência, Ronald Dworkin trata da tolerância liberal, um outro ideal político da comunidade, “que afirma com insistência que é errado o governo recorrer a seu poder coercitivo para impor homogeneidade ética” (DWORKIN, 2011, p. 291) à comunidade. O autor repudia argumentações em prol do ajustamento do ambiente ético da comunidade democrática conforme a vontade da maioria, por que isso cabe às escolhas de cada pessoa. E, ainda, defende a tolerância liberal contra quatro argumentos que a atacam: I) o da compreensão da comunidade como maioria; II) o do paternalismo; III) o do interesse próprio; IV) e o de integração.

O argumento que compreende a **comunidade como maioria** é justamente o que afirma ser possível que a maioria democrática imponha ideias éticas a todos os demais. Para Dworkin, toda comunidade tem um ambiente ético e ele naturalmente influencia a vida de seus membros. Não há problemas nisso. Porém, ele não pode agir na base do “tudo ou nada”, excluindo as opiniões das minorias. “[...] A democracia não exige que todas as decisões políticas sejam ‘tudo ou nada’. Pelo contrário, em uma esfera fundamental da vida – o ambiente econômico –, a justiça requer exatamente o oposto” (DWORKIN, 2011, p. 295).

O argumento do **paternalismo** enxerga cada cidadão como responsável e preocupado com o bem-estar dos demais, e isto legitimaria que o poder político agisse para corrigir práticas que não ajam dessa forma e sejam mais

individualistas. Isso aconteceria de maneira distinta, dependendo de que tipo de paternalismo se está lidando. Dworkin distingue o paternalismo volitivo do crítico: o volitivo justifica a coação em favor de uma concepção de bem-estar alcançado quando a pessoa tem ou alcança aquilo que de fato quer; o crítico usa da coação para promover uma concepção de bem-estar alcançado quando a pessoa alcança aquilo que melhora sua vida, ou seja, aquilo que ela deveria querer, mesmo que não queira de fato. O repúdio de Dworkin a esse argumento é justificado por sua compreensão de que os componentes da vida só tem valor se o indivíduo lhe der endosso genuíno. Isso permite restrições ao endosso, claro, porque não temos liberdade plena e devemos sempre considerar os impactos das nossas decisões na vida do próximo. Mas a vida da pessoa deve ser orientada pelos caminhos que ela refletiu para si, sem ser forçada ou enganada.

O argumento do **interesse próprio** compreende que as pessoas necessitam da comunidade e condena o atomismo, a ideia de indivíduos autossuficientes. Acredita no alcance de uma homogeneidade moral e vê a tolerância liberal como algo que leva as comunidades a serem menos capazes de servir às várias necessidades sociais. Dworkin também repudia este argumento por ver mais vantagem e mais riqueza cultural e linguística em comunidades que sejam pluralistas e tolerantes. Ele não acha admissível que uma comunidade seja intolerante e lute contra o pluralismo moral para buscar a homogeneidade.

Por último, o argumento de **integração**, ao qual Dworkin se dedica mais, afirma que uma vida tem valor porque a própria sociedade tem valor, já que ela antecede os indivíduos. Defensores deste argumento opõem-se à tolerância liberal por compreendê-la como algo que separa o indivíduo da comunidade. Para Dworkin, é aceitável a tese de que as comunidades políticas possuem uma vida comunitária e que o fato delas serem exitosas ou fracassadas vai gerar reflexos na vida das pessoas ali envolvidas. Entretanto, o autor também nos lembra que nem todos nós passamos sempre pelos mesmos problemas e dilemas – pelo menos não ao mesmo tempo – e, em função disso, nem todos estaremos subordinados às mesmas consequências dos êxitos ou fracassos de nossa comunidade. Ainda, o autor destaca que, normalmente, sentimos responsabilidade somente por aquilo que fazemos – e não por tudo que acontece na comunidade.

Dworkin, por outro lado, não concebe a integração como algo contrário à tolerância liberal. Ao contrário, acredita que a integração alimenta os princípios liberais e que um liberal integrado não enfraquece a ideia de integração. O autor aceita a primazia ética da vida da comunidade, justamente porque defende que o projeto de vida boa de um indivíduo não está alheio ao projeto dos demais, devendo se balizar por estes. Isso não compromete a tolerância liberal, porque o cidadão integrado que valoriza sua vida também tem interesse no êxito da comunidade quando trata todos com igual consideração. O autor defende que a tolerância liberal deve ser equilibradamente neutra, de modo que um indivíduo não pode ser proibido de fazer algo só por causa de uma maioria que não concorda com a prática, mas, ao mesmo tempo, que esse indivíduo se preocupe com as consequências de suas escolhas.

Em suma, a igualdade liberal em Dworkin deve ocorrer pela união, em um só ideal político, das virtudes da liberdade para fazer o que queremos, mas respeitando os direitos dos outros, da igualdade de recursos e de oportunidades – porque isso vai permitir que cada um busque o tipo de bem-estar que lhe aprouver – e da comunidade, que se fundamenta no respeito compartilhado por todos pela liberdade e pela responsabilidade individual.

Algumas críticas comumente feitas ao liberalismo são, segundo o autor: I) que esses ideais só adequam aos que não sabem viver bem; II) que o liberalismo prioriza a justiça em detrimento do bem; III) que uma vida boa não tem espaço em uma sociedade liberal; IV) que o liberalismo subordina a vida boa à justiça social; V) que os liberais possuem uma neutralidade ética em massa.

Dworkin propõe o “modelo do desafio” para permitir que saibamos que a vida de uma pessoa é bem sucedida quando ela representa a reação apropriada aos diversos desafios e circunstâncias em que é vivida, ou seja, quando reagimos da maneira adequada ao desafio de vida certo. Ele tem vínculo com a tese aristotélica de que a vida boa tem valor inerente de uma ação habilidosa, como realização.

Quando admitimos que a melhor vida é a que reage bem às circunstâncias adequadas e que tais circunstâncias são as da justiça, percebemos como é difícil levar uma vida certa quando as circunstâncias estão longe de ser justas (DWORKIN, 2011, p. 371).

Neste modelo do desafio, o valor ético não é abstrato e indefinido, mas indexado e vinculado às situações: o viver bem depende da cultura, das circunstâncias do indivíduo, de sua história. Assim, muitas das circunstâncias existentes em nossa vida é que irão definir o que é viver bem, conforme nossas reações a determinadas situações.

Dworkin retoma a discussão sobre o paternalismo e diz que, no modelo do desafio, é possível que os problemas do paternalismo crítico sejam corrigidos pela concordância e pelo endosso do indivíduo sobre determinado valor ser bom para sua própria vida. Mas, para o autor, é necessário que o paternalismo não seja coator, mas educativo, de prazo curto e limitado, e que não restrinja as escolhas das pessoas. Ele funcionaria, portanto, mais como um expositor de projetos de boa vida e depende do indivíduo autônomo acatá-los ou não.

Esta discussão apresentada por ele é especialmente preciosa, porque reconhece que as sociedades pluralistas englobam diversas pessoas com diversas opiniões e visões sobre o que é viver bem. Por isso, aos liberais éticos, é inaceitável que o Estado pretenda definir uma única concepção de viver bem: a parte mais importante do desafio é que cada pessoa possa identificar, por si mesma, o valor de sua vida.

Mas, para isso possa acontecer, é necessário que as pessoas sejam tratadas com igualdade, para que uns não desenvolvam seus projetos sem consideração pela vida dos demais. Se cada vida tem o mesmo valor, a distribuição de recursos deve seguir esse pressuposto. “Viver bem tem uma dimensão social, e vivo pior quando vivo em uma comunidade com pessoas que tratam meu empenho por uma vida boa como menos importante que o delas” (DWORKIN, 2011, p. 390-391). O indivíduo demonstra respeito igualitário pelo próximo quando não se apropria dos recursos alheios, que não lhe pertencem.

De acordo com Dworkin, os liberais éticos também não dissociam as virtudes da ética e da justiça: ao contrário, a justiça é pressuposto e parâmetro suave da vida boa. Liberais éticos “precisam confiar em pressupostos ou intuições de justiça [...] para decidir quais modos de vida são modos de viver bem” (DWORKIN, 2011, p. 387). Isto justifica que a justiça possa restringir tanto as liberdades, quando se depara com condutas que prejudiquem o próximo, quanto a distribuição de recursos, porque é um parâmetro necessário para a igualdade liberal.

A contribuição valiosa de Ronald Dworkin nos permite acrescentar que há pessoas que não conseguem reagir adequadamente aos desafios propostos pela vida. Não por não quererem ou por serem fracas, mas porque não estão em situação de igualdade e porque quem dificulta suas vidas tem mais forças do que deveria. O trabalhador é um exemplo disso, porque sua autonomia e sua liberdade são enfraquecidas quando ele se encontra subordinado a um contrato de trabalho que se aproveita de sua condição de vulnerabilidade.

A intensidade da vulnerabilidade varia muito, dependendo do tipo de contrato, do cargo ocupado e até do tipo de direito trabalhista em discussão. Para os acidentes de trabalho, que envolvem o direito a um Meio Ambiente do Trabalho seguro e saudável, a delicada liberdade e a vulnerabilidade do trabalhador ganham expressividade notável, pois não há muita interferência de sua autonomia sobre os riscos a que está exposto. As vítimas, se perguntadas, jamais teriam se submetido ao risco se realmente pudessem ter dito “não” às ordens do empregador de continuar com os serviços prestados em péssimas condições de saúde e segurança.

4 ADEQUAÇÃO DO CARÁTER PUNITIVO-PEDAGÓGICO ÀS PRÁTICAS JURÍDICAS BRASILEIRAS

4.1 A COMPENSAÇÃO COMO RESPOSTA DO SISTEMA DE RESPONSABILIDADE CIVIL BRASILEIRO ÀS INDENIZAÇÕES POR DANOS EXTRAPATRIMONIAIS

A Responsabilidade Civil é um instituto de extrema importância quando tratamos das relações das pessoas entre si ou entre elas e o Estado. Diante da existência de um dano, seja ele de natureza material ou moral – sem excluir as diversas outras designações como as naturezas existencial, estética etc. –, surge para o ofensor a obrigação de repará-lo ou compensá-lo por meio de indenizações ou obrigações de fazer.

Sobre a Responsabilidade Civil, cabe destacar os ensinamentos do Professor Álvaro Villaça Azevedo, que a conceitua como a

situação de indenizar o dano moral ou patrimonial, decorrente de inadimplemento culposo, de obrigação legal ou contratual, ou imposta por lei, ou ainda, decorrente do risco para os direitos de outrem (2008, p. 244).

Oriunda de contrato, da lei ou dos costumes, pode a Responsabilidade Civil ser chamada de Contratual ou Extracontratual. Com isto, o Direito comporta a responsabilização do ofensor quando há normas contratuais pré-estabelecidas autonomamente entre os sujeitos, mas, também, quando não há. Não havendo normas oriundas de um contrato, não fica o ofendido desamparado, pois, ainda assim, será possível impor ao ofensor a obrigação de reparar ou compensar. Somos todos obrigados a não causar danos a outrem, sob pena de sofrer as consequências da Responsabilidade Civil.

Sérgio Cavalieri (2012, p. 1) ensina que “o Direito se destina aos atos lícitos” e “cuida dos ilícitos pela necessidade de reprimi-los e corrigir seus efeitos nocivos”. E complementa:

Para atingir esse desiderato, a ordem jurídica estabelece deveres que, conforme a natureza do direito a que correspondem, podem ser positivos, de dar ou fazer, como negativos, de não fazer ou tolerar alguma coisa. Fala-se até em um dever geral de não

prejudicar ninguém, expresso pelo Direito Romano através da máxima *neminem laedere*.

O autor explica que a distinção criada por Alois Brinz, em sua teoria dualista, entre dever e responsabilidade, permite-nos visualizar dois momentos distintos na relação obrigacional de indenizar (2012, p. 3): primeiramente, existe um dever (*Schuld* ou *debitum*) jurídico de agir ou não agir de determinada forma e, posteriormente, havendo descumprimento desse dever, surge a responsabilidade (*Haftung* ou *Obligatio*) de arcar com os prejuízos causados ao credor/ofendido.

Sem violação de um dever jurídico preexistente, portanto, não se pode falar em responsabilidade em qualquer modalidade, porque esta é um dever sucessivo decorrente daquele.

[...]

O Código Civil, no título que figura em cima do seu art. 927²⁹ (Parte Especial, Livro I, Título IX), categoriza o dever de indenizar como uma obrigação. Vale dizer, entre as modalidades de obrigações existentes (dar, fazer, não fazer, o Código incluiu mais uma – a *obrigação de indenizar* (2012, p. 3-4).

A pessoa, física ou jurídica, viola seu dever jurídico por meio de uma ação ou de uma omissão que configure ato ilícito, nos termos dos artigos 186 e 187 do Código Civil (BRASIL, 2002a):

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.

Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

É este ato que, ao gerar dano, inaugura o processo que dará início à Responsabilidade Civil. Sérgio Cavalieri destaca que “o ato ilícito é uma das fontes da [...] obrigação de indenizar, que tem por finalidade tornar *indemne* o lesado” (2012, p. 4). Porém, devolver ao lesado a característica de estar *indemne*, ileso, incólume não é um objetivo fácil e, na verdade, é, muitas vezes, impossível.

Um dos maiores desafios dentro da Responsabilidade Civil é definir qual, afinal, é a sua finalidade, considerando que danos de todo tipo podem ser causados. E esta discussão ganha destaque quando se discute o dano moral ou

²⁹ Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo (BRASIL, 2002a).

extrapatrimonial. Sérgio Cavalieri explica que, “quando ainda não se admitia o ressarcimento do dano moral, conceituava-se o dano como sendo a efetiva diminuição do patrimônio da vítima” (2012, p. 77). Tendo ocorrido uma evolução nas concepções da Responsabilidade Civil, para dar espaço ao dano moral, o autor afirma que

[...] esse conceito tornou-se insuficiente em face do novo posicionamento da doutrina e da jurisprudência em relação ao dano moral e, ainda, em razão de sua natureza não patrimonial. Conceitua-se, então, o dano como sendo a subtração ou diminuição de um bem jurídico, qualquer que seja a sua natureza, quer se trate de um bem patrimonial, quer se trate de um bem integrante da própria personalidade da vítima, como a sua honra, a imagem, a liberdade etc. Em suma, dano é lesão de um bem jurídico, tanto patrimonial como moral, vindo daí a conhecida divisão do dano em patrimonial e moral (2012, p. 77).

Os danos materiais ou patrimoniais, pelo menos à primeira vista, demonstram solução menos complexa, porque conseguimos, em boa parte dos casos, definir objetivamente que valor será suficiente a reparar os danos porventura causados. A situação pode se tornar mais complexa, sem dúvidas, quando tratamos de danos a coisas materiais que não podem ser substituídas, por serem únicas ou possuírem valor sentimental, por exemplo.

Relacionam-se aos bens que integram o patrimônio, presente ou futuro, da vítima, “entendendo-se como tal o conjunto de relações jurídicas de uma pessoa apreciáveis economicamente”, abrangendo coisas corpóreas, como carros e livros, e incorpóreas, como direitos de crédito (CAVALIERI, 2012, p. 77-78). Ainda, Cavalieri destaca que os danos morais podem “refletir no patrimônio da vítima, gerando perda de receitas ou realização de despesas [...], o que para alguns autores configura dano patrimonial indireto” (2012, p. 78).

Já os danos morais, imateriais ou extrapatrimoniais guardam a característica intrínseca de não permitirem apreciação econômica objetiva. Cabe à vítima definir quanto ela acha suficiente a título de indenização pelo dano que sofreu e, a partir desta baliza, o juiz decide, motivadamente, qual será o valor da condenação ou até o ofensor pode resolver sua obrigação de indenizar, em conjunto com a vítima e sob sua livre concordância, tomando essa definição como parâmetro. Segundo Sérgio Cavalieri,

a par dos direitos patrimoniais, que se traduzem em uma expressão econômica, o homem é ainda titular de relações jurídicas que, embora despidas de expressão pecuniária intrínseca, representam para o seu titular um valor maior, por serem atinentes à própria natureza humana. São os *direitos da personalidade* [...]. São direitos inatos, reconhecidos pela ordem jurídica e não outorgados, atributos inerentes à personalidade, tais como o direito à vida, à liberdade, à saúde, à honra, ao nome, à imagem, à intimidade, à privacidade, enfim, à própria dignidade da pessoa humana (2012, p. 88).

É importante que percebamos um detalhe destacado pelo autor: direitos da personalidade tem valor maior justamente porque não tem valor econômico. Não são fungíveis, substituíveis, reparáveis e não permitem retorno ao *status quo ante*. Uma vez infringidos, a vítima será constrangida a conviver com os danos aos seus direitos de personalidade, sejam ele psíquicos ou físicos.

O dano moral nas relações trabalhistas comporta-se de maneira particularmente específica, porque potencializa a vulnerabilidade do trabalhador perante o empregador-ofensor. Georgenor de Sousa Franco Filho explica que

nos deparamos com questões envolvendo violações à dignidade do trabalhador em seu trabalho, quando lhe é negado um trabalho decente, quando se pratica (sic) assédio, trabalho forçado, *truck system*. Igualmente, quando se assedia o empregado, ou este tem sua honra atingida, ou, possuindo alguma deficiência física, esta é transformada (sic) em motivo de gracejo pelo empregador ou outras pessoas no trabalho, com a anuência patronal [...]. Ademais, encontramos diversas outras oportunidades em que o dano moral está caracterizado. Um dos exemplos mais comuns é quando, em determinadas épocas festivas, os empregados, especialmente do comércio varejista, se veem obrigados a utilizar fantasias, tipo chapéu de palha e “Maria Chiquinha” em junho, por conta dos festejos juninos, gorro de Papai Noel nas proximidades do Natal, e similares. O empregado foi contratado para vender determinado produto e não servir de propaganda viva (2018, p. 296 e 297).

Seguindo o raciocínio do autor, elenco como exemplo o caso da empregada de um supermercado (BRASIL, TST, 2015) que, no início da jornada de trabalho, “era obrigada a entoar gritos de guerra e rebolar na frente dos colegas durante ‘rituais motivacionais’”. No processo, atestou-se que “quando seu chefe achava que o rebolado não estava bom, mandava que ela repetisse até ficar satisfeito, o que a ridicularizava ainda mais perante os colegas”. A empresa negou a intenção de humilhar e disse que a prática era de participação facultativa e objetivava motivar os trabalhadores. O Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região (RS), reformando a sentença, entendeu “que a política motivacional da

empresa extrapolou seu poder diretivo e sujeitou os empregados a tratamento humilhante e constrangedor, desrespeitando sua dignidade” e condenou-a ao pagamento de 15 mil reais a título de danos morais.

Quando se argumentou, neste caso, que a prática era facultativa, estava-se, na verdade, argumentando representativamente com relação aos inúmeros danos causados aos trabalhadores todos os dias no Brasil. O ponto de vista do trabalhador não permite compreender como facultativa a grande maioria dos pedidos feitos ou das condições impostas pelo empregador e aí é que reside a força de sua vulnerabilidade. Mesmo não querendo se submeter a determinada situação, os trabalhadores, na maioria das vezes, se submetem, porque não querem demonstrar resistência às ordens do empregador, mesmo que estas sejam abusivas de seu poder diretivo. O trabalhador, diariamente, tolera abusividades simplesmente por medo de perder o emprego.

Apesar dos vários tipos de danos serem sensíveis, delicados e merecedores de muita atenção, esta tese preocupa-se especialmente com os acidentes de trabalho, um dos tipos de danos mais graves sofridos pelos trabalhadores. O 4º Capítulo a seguir abordará de maneira mais detalhada como é comum que os trabalhadores tolerem sua exposição a riscos desnecessários em razão de sua vulnerabilidade. Muitos aceitam condições de trabalho perigosas, insalubres, inadequadas, não-decentes e indignas simplesmente por necessitarem do emprego para a sua subsistência e a daqueles que porventura deles dependam.

A partir dessa compreensão, é preciso que enfrentemos o princípio da reparação integral ou *restitutio in integrum*, que exige que o dano seja integralmente reparado, de modo que a vítima consiga retornar ao *status quo ante*. Sua previsão ocorre pela redação do artigo 944 do Código Civil, que positiva que “a indenização mede-se pela extensão do dano” (BRASIL, 2002a). Se conseguimos mensurar, apreciar, calcular o dano sofrido pela vítima, conseguimos atestar, objetivamente, qual valor a indenização deve ter para que se restabeleça o equilíbrio entre os sujeitos envolvidos.

O Parágrafo Único excepciona a aplicação da reparação integral, quando fixa que “se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, eqüitativamente (sic), a indenização” (BRASIL, 2002a). Sobre isto, José Affonso Dallegrave Neto defende que

[...] o princípio geral que informa a responsabilidade civil é aquele que propugna pela máxima tutela da vítima, visando à reparação integral do dano (art. 944, caput, do CC/2002). Logo, qualquer tentativa de relativizar essa máxima, deverá ser vista com a devida cautela. Não se olvide a vetusta lição hermenêutica de que as normas excepcionais encerram interpretação restritiva (2010, p. 124).

Paulo de Tarso Sanseverino fundamenta que o objetivo do princípio da reparação integral é, portanto, retornar ao *status quo ante*, pelo menos ao máximo possível:

O princípio da reparação integral ou plena, ou da equivalência entre os prejuízos e a indenização, conforme já aludido, busca colocar o lesado, na medida do possível, em uma situação equivalente à que se encontrava antes de ocorrer o fato danoso (2010, p. 48).

Clóvis Bevilacqua ensina que este princípio foi consagrado pelo direito romano, tendo vivido, por “algum tempo, nas legislações dos povos ocidentais, para ser, em seguida, eliminada parcial ou completamente” (2001, p. 152). Ainda, ele explica que “concedida a restituição, voltavam as coisas ao estado anterior, devendo cada uma das partes repor o que houvesse recebido da outra, com os rendimentos, e indenizar as despesas necessárias e úteis” (2001, p. 153).

Não acredito na eliminação completa do princípio, porque o concebo como um ideal a alcançarmos sempre que possível. Se A rasga uma nota de R\$20 que pertence a B e nenhuma outra consequência advenha disso, é perfeitamente possível aplicar a *restitutio in integrum* para que A devolva outra nota de R\$20 a B e tudo se resolva. Se o dano causado ao trabalhador permite a reparação integral, é ela que devemos buscar. Contudo, quanto mais complexos a situação e o dano, mais distantes ficamos de atingir tal princípio e, em alguns casos, necessitamos de outros objetivos mais adequados às peculiaridades de cada situação.

O dano moral ou extrapatrimonial não pode ser nem integral nem parcialmente restituído. Sérgio Cavalieri assevera que

Em razão de sua natureza imaterial, o dano moral é insusceptível de avaliação pecuniária, podendo apenas ser compensado com a obrigação pecuniária imposta ao causador do dano, sendo esta mais uma satisfação do que uma indenização (2012, p. 91).

René Demogue, importante doutrinador civilista, enfatizou que, independente de se tratar de dano material ou moral, a pessoa lesada tem direito à reparação integral³⁰ (1898, p. 53, tradução minha) e que “a reparação [...] não passa de uma compensação concedida à parte lesada na demanda” e que a indenização, seja em dinheiro ou não, tem por efeito alcançar o patrimônio do condenado³¹ (1989, p. 145-146).

Contudo, o autor destaca que a indenização por dano moral “constitui uma satisfação imperfeita, em má harmonia com o mal que se quer fazer desaparecer [...]. Faz-se um tipo de compensação entre o sofrimento vivido e a satisfação concedida”³² (1898, p. 51). E é esta constatação que merece nossa atenção.

Acredito não ser exagerado afirmar que a maioria, se não a totalidade, de doutrinadoras e doutrinadores concordam que: a) não é possível reparar, de fato, um dano moral, porque não se volta ao *status quo ante*; b) a compensação é a finalidade mais aplicada e funciona como uma saída para este problema insuperável de “reparar” o dano moral; c) a compensação, mesmo assim, não é capaz de satisfazer plenamente a vítima em função dos danos que sofreu.

Ainda, considerando o acidente de trabalho, é obrigação de cada jurista se questionar: será que a ótica da compensação é a mais adequada para lidar com o dano moral nestes casos? Ela é a melhor resposta possível que podemos dar quando interpretamos nossas regras e princípios sob sua melhor luz? O que pretendemos quando buscamos a compensação? Premiar, remunerar, recompensar a vítima porque ela sofreu danos de natureza moral?

A compensação surge como alternativa porque não se pode usar o argumento da impossibilidade da real reparação como argumento para negar a indenização por dano moral. Seria racionalmente compreensível a argumentação de que, se o dano moral não tem valor pecuniário, então não podemos buscar indenizações nestes casos e devemos pesquisar que outras soluções daríamos para além do dinheiro.

³⁰ “[...] la personne lésée a droit à la réparation intégrale à elle causée, et cela quel que soit la nature de ce préjudice”.

³¹ “Qu'elle soient argent ou non, l'indemnité accordée à la victime, comme l'amende, a pour effet d'atteindre le condamné dans son patrimoine”.

³² “Il est vrai que dans ce second cas, elle constitue une satisfaction imparfaite, en mauvaise harmonie avec le mal tout intellectuel qu'il s'agit de faire disparaître [...].il se fait une sorte de compensation entre la souffrance éprouvée et la jouissance accordée”.

Mas discordo deste raciocínio justamente em função do que escrevi no 2º Capítulo: é o pensamento econômico que rege nossa sociedade e é ele que deve ser utilizado para controlar e coibir práticas que violem direitos fundamentais do trabalhador. Isto é, basicamente, utilizar o pensamento econômico contra ele mesmo: se os empregadores utilizam o pensamento econômico para analisar custos e benefícios de investir no Meio Ambiente do Trabalho, a resposta mais eficaz do Direito do Trabalho deve ser baseada no pensamento econômico em sentido contrário. A indenização com caráter punitivo-pedagógico é a resposta em oposição à análise de custos e benefícios.

Em adição, remeto-me a Sebastião Geraldo de Oliveira, quando argumenta que

É preciso enfatizar que todos perdem com o acidente do trabalho: o empregado acidentado e sua família, a empresa, o governo e, em última instância, toda a sociedade. Se todos amargam prejuízos visíveis e mensuráveis, é inevitável concluir que investir em prevenção proporciona diversos benefícios: primeiro, retorno financeiro para o empregador; em segundo lugar, reconhecimento dos trabalhadores pelo padrão ético da empresa; em terceiro, melhoria das contas da Previdência Social e, finalmente, ganho emocional dos empregados que se sentem valorizados e respeitados. Todos esses fatores conjugados geram um efeito sinérgico positivo resultando mais produtividade, menos absenteísmo e, conseqüentemente, mais lucratividade. Como se vê, a gestão adequada dos riscos para preservação da saúde e integridade dos trabalhadores não se resume simplesmente ao cumprimento de normas para atender à legislação e evitar as multas trabalhistas. Vai muito além disso. Representa uma moderna visão estratégica da atividade econômica e requisito imprescindível para a sobrevivência empresarial no longo prazo (2018, p. 33).

Cada vez mais a sociedade se preocupa não só com a qualidade dos produtos e serviços que consome, mas também com as condições em que eles são produzidos e prestados. Lembremos, como exemplo, de diversas grifes de vestuário instaladas no Brasil, que sofrem boicote dos consumidores quando se descobre que sua produção utiliza trabalho análogo à escravidão, especialmente de imigrantes em situação irregular no país. Assim, o empregador precisa buscar promover a dignidade do trabalhador, seja porque compreende a importância disso, seja porque não quer prejudicar a imagem de sua empresa e perder sua clientela. A motivação tem enorme importância moral, mas menor importância

prática: se o resultado é a maior proteção do trabalhador, então nossos esforços são válidos.

De acordo com Richard Ausness, alguns autores apresentam os *punitive damages* como uma forma de compensação adicional à parte que sofreu danos. Contudo, na opinião do autor,

A lógica compensatória para os *punitive damages* presume que o reconhecimento de indenizações por danos não proporcionam compensação integral às vítimas de acidentes.

[...]

Contudo, apesar de que os *punitive damages* possam, incidentalmente, compensar partes que sofreram danos em alguns casos, é difícil aceitar que a compensação como uma lógica para sua imposição. Primeiro, o padrão de responsabilidade foca na conduta do réu, ao invés do dano da vítima. Isto nada tem a ver com compensação (1985, p. 67).

O Direito Brasileiro funciona de maneira semelhante ao que defende Ausness, já que a compensação também possui objetivos diferentes do caráter punitivo-pedagógico. Não há sentido em defender que os *punitive damages* também serviriam à compensação, porque ambos possuem objetivos diversos.

Não deveria fazer parte das exigências da compensação a análise da conduta do ofensor ter sido dolosa ou culposa. A compensação deveria se ocupar da análise da vítima e do dano em si para que se discutam quais os valores indenizatórios mais adequados para fazer jus ao caso discutido. Se a intenção é compensar, quer-se compensar estritamente o dano, e não a conduta do ofensor. Esta não pode ser compensada, mas pode ser, por exemplo, punida, o que nos revela uma outra finalidade da responsabilidade civil, diversa da compensação.

Na verdade, a conduta danosa pode nem ter sido praticada pelo responsável pela indenização, mas por alguém sob sua responsabilidade, a exemplo do que ocorre com a responsabilidade objetiva dos pais pelos atos dos filhos menores que estejam sob sua responsabilidade e em sua companhia, ou seja, “sob o mesmo teto” (CAVALIERI, 2012, p. 208), conforme artigo 932, I do Código Civil. “O objetivo da norma é aumentar a possibilidade de a vítima receber a indenização, já que o menor, ordinariamente, não tem patrimônio próprio suficiente para reparar o dano” (CAVALIERI, 2012, p. 208).

Assim, para a compensação, não deveria importar a natureza da conduta – se dolosa ou culposa, por exemplo –, mas o dano causado a determinado bem.

Se o bem que sofreu dano não permite reparação, não há outra saída senão aplicar a compensação, pois, caso contrário, estaremos diante da injustiça da vítima ter que suportar sozinha os ônus do evento. A compensação é, assim, uma saída do sistema jurídico para casos em que não se aplica a reparação, mas que não se quer deixar a vítima desamparada perante um dano incorrigível.

Se estamos analisando a conduta, é outro elemento que deve ser levado em consideração. A proposta desta tese é a de que ele consista no caráter punitivo-pedagógico para condutas dolosas e culposas, sendo as negligentes especialmente importantes para este trabalho. Quando se aplica este caráter, pretende-se aplicar algum tipo de punição educativa ao ofensor, uma vez que os aspectos de sua conduta são o elemento principal a ser levado em consideração. Pode até ser que a situação ocorrida aceite também a reparação e a compensação do dano, ambas acumuladas ou de modo isolado.

Mas é a partir da análise da conduta de quem causou o dano que será definido se o caráter punitivo-pedagógico será aplicado ou não e, se sim, em que nível, dependendo se a conduta foi intencional ou intensa ou levemente negligente, por exemplo. Se existe interesse em, pelo menos, desestimular que a conduta se repita, as possibilidades de aplicação dos *punitive damages* (ou caráter punitivo-pedagógico, após extrairmos seu conteúdo) devem ser levadas em conta.

Sérgio Cavalieri explica que a obrigação do ofensor de reparar o dano é uma expressão do

mais elementar sentimento de justiça. O dano causado pelo ato ilícito rompe o equilíbrio jurídico-econômico anteriormente existente entre o agente e a vítima. Há uma necessidade fundamental de se restabelecer esse equilíbrio, o que se procura fazer relocando o prejudicado no statu quo ante. Impera neste campo o princípio da restitutio in integrum, isto é, tanto quanto possível, repõe-se à vítima à situação anterior à lesão. Isso se faz através de uma indenização fixada em proporção ao dano. Indenizar pela metade é responsabilizar a vítima pelo resto (Daniel Pizzaro, in *Daños*, 1991). Limitar a reparação é impor à vítima que suporte o resto dos prejuízos não indenizados (2012, p. 14).

Importante destacar a frase “Indenizar pela metade é responsabilizar a vítima pelo resto” (CAVALIERI, 2012, p. 14). Aplicar a compensação já significa, de antemão, pressupor que o bem atingido pelo dano não permite o reestabelecimento do status quo ante. Então, não há como afastarmos o fato de

que, infelizmente, a vítima irá, sim, suportar o dano sozinha, pelo menos de alguma forma.

A primeira opção a se buscar perante um dano cometido é, sem dúvidas, a reparação, pois é uma exigência da justiça que a vítima receba de volta o bem que lhe foi tirado ou, caso não seja possível, que receba exatamente o valor que ele possui. Contudo, nem sempre isso é possível, já que nem todos os bens podem ser economicamente valorados e, assim, passamos à segunda opção, que é a compensação, cujo pressuposto é a impossibilidade da reparação integral.

A impossibilidade de reparação não poderia servir de argumento para impedir uma resposta justa do Estado ao ofensor. Desta forma, a compensação entra em cena, mesmo que sirva apenas para amenizar o dano sofrido e para aplicar algum nível de justiça ao caso concreto. Mas não se pode esperar que ela seja capaz de outra coisa além disso. Nos casos de danos extrapatrimoniais, já temos como pressuposto o fato de que a vítima vai, sim, suportar alguma parte do dano sozinha, já que o bem não pode ser devolvido e nenhuma indenização será capaz de repará-lo completamente.

Sérgio Cavaliéri conceitua a compensação como uma substituta ao conceito de equivalência, própria do dano material, sendo obtida “atenuando, de maneira indireta, as consequências do sofrimento. Em suma, a composição do dano moral realiza-se através desse conceito – compensação [...]” (2012, p. 91).

Ainda, afirma que o dano moral tem natureza imaterial e, por isso, é insuscetível de avaliação pecuniária,

podendo apenas ser compensado com a obrigação pecuniária imposta ao causador do dano, sendo esta mais uma satisfação do que uma indenização.

[...]

Numa primeira fase negava-se a ressarcibilidade ao dano moral, sob fundamento de ser ele inestimável. Chegava-se, mesmo, ao extremo de considerar imoral estabelecer um preço para a dor. Aos poucos, entretanto, foi sendo evidenciado que esses argumentos tinham por fundamento um sofisma, por isso que não se trata de *pretium doloris*, mas de simples compensação, ainda que pequena, pela tristeza injustamente infligida à vítima” (CAVALIERI, 2012, p. 90-91).

O autor explica que a *restitutio in integrum* não é uma premissa do ressarcimento do dano moral, uma vez que este possui “mais uma genérica função satisfatória, com a qual se procura um bem que recompense, de certo

modo, o sofrimento ou a humilhação sofrida” (CAVALIERI, 2012, p. 91). E destaque-se o “de certo modo”, pois nunca essa recompensa será plena.

Não há como valorar bens que não são passíveis de valoração. Esta verdade também nos impede de estabelecer critérios definitivamente objetivos para fixar o valor da indenização, como fórmulas matemáticas pré-definidas. Não afirmo que é impossível a fixação de critérios, porque isto é possível. Mas não há como esperar que eles sejam perfeitamente objetivos, pois sempre enfrentaremos o diálogo processual sobre cada caso concreto e não devemos querer fugir disso. Cada caso é, de fato, um caso e merece ser analisado dentro de seu universo e suas peculiaridades.

Segundo Fátima Zanetti, é necessário que a incerteza seja algo que o Direito comece a aprender a lidar. Para a autora,

[...] a segurança jurídica não pode prevalecer sobre o justo e [...] pode sim ser construída a cada caso, se o objetivo da justiça social são novos paradigmas que precisam ser incorporados porque melhor respondem aos anseios da sociedade (2009, p. 89).

Podemos estabelecer critérios que funcionem como guias hermenêuticos que permitirão conduzir este diálogo para o mais próximo possível de um ideal de justiça. Importante frisar que, como todo ideal, não será plenamente atingido, mas demonstrará grande importância na análise mais equânime de cada caso concreto. A Reforma Trabalhista de 2017 trouxe algumas novidades neste campo dos critérios, mas teceremos considerações sobre a seguir.

Não podemos esperar da compensação o papel de punir ou educar o causador do dano, porque estas não são suas funções. A compensação existe unicamente para preencher a necessidade de fazer algum tipo de justiça em casos concretos cujos bens atingidos não permitem reparação. A compensação é a resposta, mesmo que nunca suficiente, que o Direito consegue dar para não deixar a vítima desamparada.

Contudo, mesmo que insuficiente, a compensação, enquanto objetivo da Responsabilidade Civil, é muito importante, porque aceita a valiosa premissa de que determinados bens, como a vida e a liberdade, não podem ser reparados por nenhuma maneira, ao mesmo tempo em que também não desampara estas situações. Aplicar a compensação é aceitar que não há saída reparatoria, mas

que é possível algum tipo de ajuste satisfatório, compensatório, mais justo à vítima dos danos extrapatrimoniais.

Ainda, importante citar posicionamento de Maria Celina Bodin de Moraes, que destaca a dificuldade da fixação do valor da indenização por danos morais, além de reconhecer seu caráter punitivo:

O problema mais difícil hoje se refere, sem qualquer dúvida, à avaliação ou quantificação da reparação dos inúmeros tipos de dano moral. Se, como de fato, se trata de situações existenciais, haverá alguma possível fórmula pela qual, com justiça, se indenizará pecuniariamente os danos causados às pessoas? [...] é imperioso que se chegue a algum resultado, para que a vítima não fique irressarcida.

E foi justamente a consciência desta injustiça – isto é, embora o dano moral não possa ter seu equivalente em dinheiro, há que se buscar repará-lo – que viria a ser decisiva no sentido de que o dinheiro poderá trazer, senão prazer, algum conforto, servindo como lenitivo para os males da alma.

[...]

De fato, será que a parcela que se acresce à compensação na indenização do dano moral não dirá respeito a uma tentativa de retorno à “moralização” em nossa sociedade? Ou, por outra, ao nos afastarmos, para a atribuição de responsabilidade, do critério da culpa, possivelmente, dada a nossa formação teológico-cultural, sentimos falta de algum mecanismo capaz de imputar aos “culpados” sua culpabilidade, isto é, a assunção das consequências de seus atos, ou dos atos de seus subordinados. É provável que esteja aí a origem da rápida consolidação da ideia da imprescindibilidade (inclusive “científica”) do caráter punitivo na reparação do dano moral (MORAES, 2003, p. 50 e 54).

Apesar das dificuldades práticas, vejo a compensação como uma finalidade louvável, porque evolui o conceito tradicional de reparação e porque aceita a premissa de que não é possível reparar, no sentido literal da palavra, um dano moral, mas que, ao mesmo tempo, é necessário dar alguma satisfação pecuniária àquele que tanto já sofreu e não pode mais seguir sua vida como antes. Impõe-se à vítima conviver com o dano, mas compensa-se esta situação com a aplicação de consequências econômicas sobre o patrimônio do ofensor, de modo que, nas palavras de Georges Ripert, enquanto “um suportará a dor física ou moral, outro é atingido na fortuna” (1937, p. 370).

Porém, apesar de louvável, também vejo a compensação como insuficiente nos termos em que a temos analisado desde a promulgação da Constituição da República de 1988. Temos uma Constituição social muito mais preocupada com a garantia da dignidade da pessoa humana, do valor do trabalho, do respeito ao

trabalhador e do zelo por sua vida e sua integridade física. Seu artigo 7º quer a melhoria da condição social do trabalhador e seu inciso XXII deste artigo almeja a redução dos riscos inerentes ao trabalho, o que é uma prioridade antes da remuneração do trabalhador por adicionais de exposição a penosidade, insalubridade e periculosidade, exposta no inciso XXIII (BRASIL, 1988).

Antes de remunerar, antes de buscar a pecúnia, temos obrigação de fazer todo o possível para evitar que o dano sequer ocorra. O Meio Ambiente do Trabalho, enquanto espécie de Meio Ambiente, é regido pelos princípios da prevenção e da precaução justamente porque lida com bens que, uma vez danificados, não podem ser restaurados ao que eram exatamente antes. Não podemos correr riscos desnecessários de que danos irreversíveis aconteçam. Norma Sueli Padilha afirma que a prevenção “é a pedra fundamental do Direito Ambiental” (2002, p. 97).

O acidente do trabalho, uma vez instalado, gera, em muitos níveis de gravidade, danos irreversíveis, tornando o bem atingido irrecuperável de alguma forma. Não podemos lidar com esta questão somente com base na compensação – especialmente não com base nos novos parâmetros definidos pela Reforma Trabalhista, conforme dissertarei adiante, ainda neste Capítulo. É necessário que investiguemos que outros mecanismos seriam eficazes para desestimular condutas negligentes dos empregadores e minha defesa é a de que o caráter punitivo-pedagógico da indenização é um deles.

Em seguida, examino uma objeção bastante comum quando a compensação do dano moral é analisada por juristas: o enriquecimento ilícito. Quase todos concordamos que a compensação é apenas uma satisfação dada em razão da ocorrência do dano moral, porque este não permite reparação real. É um tipo de dano que, essencialmente, também não permite apreciação econômica exata e não temos como saber quanto vale, tal qual grande parte dos danos materiais, uma ofensa à honra ou à integridade física de um trabalhador, por exemplo. Essa incerteza nos leva à genuína preocupação do enriquecimento ilícito, porque não sabemos que valor, de fato, será justo para compensar/satisfazer um dano moral ou extrapatrimonial. E essa incerteza se aprofunda muito mais quando defendemos que pode haver caráter punitivo-pedagógico na indenização por dano moral. Como saber se a indenização foi insuficiente, deferida de modo razoável ou em exagero?

4.2 O ENRIQUECIMENTO ILÍCITO COMO ARGUMENTO LIMITADOR DA INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS

O enriquecimento ilícito ou enriquecimento sem causa é uma preocupação que demonstra importância desde o Direito Romano. Assim explicou Clóvis Bevilacqua:

Nas fontes romanas, o enriquecimento ilegítimo (sic) é geralmente indicado como lucro *sine causa*, que origina a obrigação de restituir. O que se locupleta com o alheio, está na posição do que toma alguma coisa por empréstimo: tem de restituí-la (sic).

Para esse efeito (sic) foi criado (sic) o *judicium stricti juris* das *condictiones*.

As *condictiones* fundadas no enriquecimento injusto eram conhecidas pela designação geral de *condictiones sine causa* [...]. [...], não existe um título justo, uma razão jurídica servindo de base à aquisição (sic), e por isso o direito não a protege, não a defende [...].

A ausência de causa (*sine causa*) em direito romano quer dizer – ausência de um título juridicamente reconhecido para servir de base à aquisição (sic) (BEVILAQUA, 1940, p. 111-111).

No mesmo sentido, Julio Díaz ensina que

o princípio de que ninguém pode enriquecer às custas de outrem é muito antigo. Em Roma, é provado que, pelo menos na época de Quintus Mucius Scaevola, esta já era uma ideia desenvolvida. As bases sob as quais ela se sustenta foram as ideias filosóficas gregas, especialmente as contidas na *Ética* de Nicômaco (2007, p. 2).

O autor explica que as sanções ao enriquecimento sem causa provinham dos procedimentos *condictio sine causa* e *actio in rem verso*. O primeiro surge quando o possuidor de uma coisa não tem título possessório válido, de modo que se exige de qualquer um que tenha “adquirido ou retido, de maneira injusta, coisas dos outros seja obrigado, por equidade, a devolvê-las” (2007, p. 2). O segundo surgia quando havia a interferência de uma terceira pessoa, mais especificamente “quando o *paterfamilias* ou o mestre enriqueciam direta ou indiretamente através do patrimônio de uma pessoa sob sua autoridade” (2007, p.

3-4). Neste caso, o credor poderia comprovar que o filho havia negociado com ele em benefício do pai, aplicando-se o mesmo quando o negócio era feito por um escravo em prol de seu mestre (2007, p. 4).

Clément François explica que, na França, o instituto surgiu pela jurisprudência da Court de Cassation, que criou a regra de que ninguém pode enriquecer injustamente às custas de outrem, e que só posteriormente foi codificada, com a reforma de 2016 do Código Civil Francês. Clovis Bevilacqua explicou que, antes, o Código Civil francês apenas tratava do pagamento indevido, que é um dos casos de enriquecimento ilícito (1940, p. 113). Para que se configure, é necessário que “uma pessoa deve empobrecer, outra deve enriquecer e deve existir uma causalidade recíproca entre este empobrecimento e este enriquecimento” (FRANÇOIS, 2016).

Esta previsão teve reflexo inverso no Brasil: Clóvis Bevilacqua, autor do projeto do Código Civil de 1916, afirmou que o Código Civil francês serviu como modelo à maioria dos códigos modernos, incluindo o italiano, o espanhol, o chileno e o boliviano, mas que, com relação ao enriquecimento ilícito, não há um princípio que unifique, homogeneamente, todos os casos diferentes, de modo que “não se pode, numa formula geral, compreender (sic) todos os casos de enriquecimento antijuridico” (p. 114-115).

Para o autor, “se há um princípio do qual se possa deduzir um critério capaz de servir de guia ao jurista embaraçado pela disparidade dos casos, que se lhe apresentam, é a equidade que o dita (BEVILAQUA, 1940, p. 115). Por isso, o Código Civil brasileiro de 1916 não tratava expressamente do enriquecimento ilícito. Mas isto não era visto como uma lacuna normativa, e sim que havia um princípio geral que vedava o enriquecimento ilícito e deveria orientar as relações jurídicas, podendo-se resolver cada caso concreto com base na equidade.

Apenas com o Código Civil de 2002, em seu artigo 884, foi expressamente previsto o enriquecimento ilícito: “aquele que, sem justa causa, se enriquecer à custa de outrem, será obrigado a restituir o indevidamente auferido, feita a atualização dos valores monetários” (BRASIL, 2002a). A expressão “sem justa causa” demonstra, antes de tudo, que o Direito está fazendo uma exigência de justiça e de boa-fé, a fim de que cada um tenha somente o que é seu e que, por consequência, devolva aquilo que não é. Não se fez previsão fechada, mas fixou-

se um conceito mais aberto que pudesse abarcar várias situações em que se pudesse encontrar causas de enriquecimento ilícito.

Segundo Mario Moreira, “o enriquecimento sem causa é fonte obrigacional, posto que inserido nos arts. 884 à 886 do Código Civil, de 2002” (2013, p. 8), ou seja, dentro do Livro I do Direito das Obrigações, destacando que os requisitos exigidos pelo Direito Brasileiro são oriundos do Direito Francês:

Coube aos agentes do Direito brasileiro seguirem os preceitos franceses, herdados no balanço cultural que permeou gerações de pensadores filiados muito mais ao pensamento francês que ao pensamento alemão. Assim, fixaram como pressupostos: (i) enriquecimento, (ii) empobrecimento, (iii) nexos de causalidade (iv) ausência de justa causa e (v) subsidiariedade da ação de enriquecimento (2013, p. 9).

Clóvis Bevilacqua ensinou que o beneficiário do enriquecimento ilícito poderia agir de boa-fé ou não. No primeiro caso, ele se limitaria a restituir a coisa e os frutos que ela porventura tenha dado, mas que, no segundo caso, agindo de má-fé, seria necessário, em adição, exigir do beneficiário o pagamento de perdas e danos. Porém, “quanto às despesas feitas cumpre distinguir. Esteja ele de boa ou de má fé, tem direito às que fez com a conservação da coisa” (1940, p. 120).

Observemos que a preocupação da doutrina civilista dá enfoque ao valor da coisa, seja ela bem móvel ou imóvel. Para confirmar que houve enriquecimento ilícito, devemos atestar que a coisa foi indevidamente apropriada ou economicamente explorada em excesso. Ou o enriquecido não era titular do direito e não deveria ter explorado a coisa ou era o titular, mas explorou a coisa abusando de seu direito e, por isso, cometeu ato ilícito, conforme artigo 187 do Código Civil. A partir disso, é possível que tiremos algumas conclusões, mas sem objetivo de esgotar as possibilidades de existir enriquecimento ilícito:

a) se estamos tratando de uma coisa, significa que seu poder de enriquecer alguém tem um limite, uma vez que esta coisa tem valor determinado ou, pelo menos, determinável. Se o enriquecido lucra mais do que deveria, age de maneira abusiva e, portanto, tem a obrigação de restituir os valores injustamente auferidos. Por exemplo, é justo que o locatário de um imóvel estabeleça multa por rescisão contratual antecipada, mas é abusiva a multa de 300% sobre o valor da locação.

b) esta coisa pode, por outro lado, ter gerado enriquecimento ilícito não porque se cobrou mais do que se deveria, mas porque a pessoa enriquecida não era a real titular do direito de explorar a coisa economicamente.

c) ainda, o enriquecimento ilícito pode ter se originado não de uma coisa, mas de uma situação que não existiu ou que, tendo existido, não aconteceu nos moldes relatados pelo enriquecido. Um exemplo disso é a ação de indenização por danos morais baseada em fato inexistente ou em fato diferente do que o relatado pela vítima ofendida, que pode até ter realmente sofrido dano, mas que valorizou a história para pleitear valores maiores. É neste última conclusão que quero dar destaque.

É mais fácil saber como proceder com a indenização quando se caracteriza o enriquecimento ilícito sobre o patrimônio de alguém. Quando um banco desconta indevidamente valores da conta corrente de um cliente sem que este saiba, está enriquecendo ilicitamente, porque não estava inicialmente autorizado a fazê-lo nem por lei, por contrato ou por outra manifestação de vontade do proprietário. Bens móveis e imóveis permitem apreciação econômica mais facilmente, porque possuem valor determinado ou, pelo menos, determinável.

Vale destacar, rapidamente, que esta situação do banco é regida de modo diferente do que espera o Código Civil. Seu artigo 884 exige que quem enriqueceu sem causa, à custa de outrem, restitua os valores indevidamente auferidos com atualização monetária. Por outro lado, o exemplo do banco reger-se-ia pelo Código de Defesa do Consumidor, que trata de maneira mais rigorosa o enriquecimento ilícito do fornecedor de produtos e serviços às custas do consumidor:

Art. 42. [...]

Parágrafo único. O consumidor cobrado em quantia indevida tem direito à repetição do indébito, **por valor igual ao dobro do que pagou em excesso**, acrescido de correção monetária e juros legais, salvo hipótese de engano justificável (BRASIL, 1990, grifos meus).

O Código de Defesa do Consumidor determina não somente a restituição do valor indevidamente auferido, mas aplica também uma sanção ao fornecedor. Ele demonstra que, em essência, as relações privadas se assemelham com relação ao enriquecimento ilícito, mas que as peculiaridades de cada área do Direito devem ser levadas em consideração. O Direito do Consumidor presume

que o consumidor é uma pessoa vulnerável dentro da relação de consumo, o que está, inclusive, positivado expressamente no Artigo 4º, I do CDC: o “reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo” (BRASIL, 1990) é um princípio da Política Nacional das Relações de Consumo.

No entanto, quando tratamos de danos morais ou extrapatrimoniais, a caracterização do enriquecimento ilícito pode ser um pouco mais complicada e tortuosa em alguns casos. Quando atestamos que a conduta danosa nunca aconteceu e que a suposta vítima, tendo mentido, nunca foi vítima e, ainda, que ela tenha, por consequência, auferido algum lucro com a mentira, podemos afirmar, sem muitos problemas, que houve enriquecimento ilícito.

Também é possível que a vítima do dano não tenha mentido sobre a existência da conduta danosa e que o dano realmente tenha acontecido, mas não nos moldes exatos em que a vítima declarou. Imaginemos que ela pode ter tido até culpa parcial ou exclusiva no acontecimento ou que os danos causados foram diversos e menos graves, mas que ela tenha omitido essas informações para não diminuir suas chances de conseguir uma eventual indenização por danos morais. Esta situação, por si só, já nos coloca diante de uma análise mais complicada, porque precisaremos incorrer em subjetivismos para analisar, por exemplo, o grau de culpa da vítima ou a extensão dos danos.

Mas eis o maior problema: como realizar esta análise quando a vítima realmente sofreu os exatos danos que relatou? Como poderemos atestar que o valor da indenização por dano moral ou extrapatrimonial é excessivo quando estamos tratando de danos que não permitem valoração econômica? É possível enriquecer indevidamente às custas de danos que não podem ser valorados?

Parece-me um pensamento que não se encaixa. Novamente, estamos analisando a situação dos danos extrapatrimoniais de maneira diversa da qual ela merece. Danos extrapatrimoniais não podem ser valorados e, por isso, encontramos a compensação como finalidade da Responsabilidade Civil nestes casos.

Então, considerando que realmente houve um evento danoso ao trabalhador, como poderemos afirmar que o valor de uma condenação por danos morais foi excessivo e gerou enriquecimento ilícito, se não somos capazes – nem podemos ser – de fixar quanto valem os danos morais ou extrapatrimoniais? Não somos capazes, porque este tipo de dano não permite tal fixação. A Reforma

Trabalhista, realizada em 2017, trouxe parâmetros bastante objetivos para tariffar os danos extrapatrimoniais, o que será analisado adiante.

O objetivo deste tópico é destacar que o enriquecimento ilícito talvez não seja a crítica mais adequada às indenizações por dano extrapatrimonial, especialmente as que são caracterizadas pelo caráter punitivo-pedagógico. Apesar de ser um problema de ordem prática que não é proposta desta tese resolver, é possível que a indenização punitivo-pedagógica seja destinada, no todo ou em parte, para um fundo comum de trabalhadores, por exemplo, que poderia financiar a conscientização dos próprios trabalhadores sobre saúde e segurança ou até a organização e a mobilização das greves ambientais, em resposta aos riscos aos quais são expostos frequentemente. Essa solução resolveria o problema do enriquecimento ilícito, só porque o valor não está indo para a propriedade do trabalhador?

Para os acidentes de trabalho, a preocupação com o enriquecimento ilícito da vítima parece ser maior do que com a conduta do empregador ofensor. Se nossa primeira preocupação é coibir que a conduta negligente se repita, é nela que primeiro devemos focar e, posteriormente, nossa preocupação deve se voltar à busca de uma indenização que, ao mesmo tempo, seja eficaz para coibi-la e suficiente para não causar, por exemplo, falência ao empregador.

Adiante, retomarei esta questão e agora passo à análise de como a tradição trabalhista brasileira já recepcionou o caráter punitivo-pedagógico da indenização por danos morais, tanto normativa quanto jurisprudencialmente.

4.3 OS FUNDAMENTOS DA TRADIÇÃO TRABALHISTA BRASILEIRA EM FAVOR DO CARÁTER PUNITIVO-PEDAGÓGICO DA INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS

Não é incomum a utilização do caráter punitivo-pedagógico no Direito brasileiro. Os termos utilizados podem variar, entre este e indenização punitiva, *punitive damages*, caráter pedagógico, teoria do desestímulo, indenização punitivo-pedagógica etc., mas o argumento de fundo de todos eles é basicamente

o mesmo: desestimular, inibir, prevenir danos mediante um instrumento que pode ser de punição e/ou de pedagogia.

Neste 3º Capítulo, discuto como lidamos com a compensação de danos extrapatrimoniais e que fundamentos temos no ordenamento jurídico brasileiro em favor do caráter punitivo-pedagógico aplicável a condutas danosas negligentes.

4.3.1 A Reforma Trabalhista de 2017 e o Reconhecimento dos Fundamentos do Caráter Punitivo-Pedagógico

4.3.1.1 O Contexto de Proposta e Aprovação da Reforma Trabalhista

Em 11 de novembro de 2017, entrou em vigor a Reforma Trabalhista (Lei nº. 13.467/2017), aprovada em 13 de julho de 2017 para redefinir, entre alterações e revogações, mais de 100 pontos da Consolidação das Leis do Trabalho e alguns das Leis nº. 6.019/1974, nº. 8.036/1990 e nº. 8.212/1991.

Polêmico é um adjetivo brando para definir o momento histórico de aprovação das reformas que alteraram substancialmente, sem muita discussão social e com uma rapidez peculiar, a concepção do Direito do Trabalho brasileiro, há muito respaldado na necessária proteção normativa conferida ao trabalhador, especialmente quando se considera a formação histórica delicada das normas trabalhistas de um país que há apenas 130 anos abolia a escravidão – ao menos formalmente.

Foi, ainda, publicada a Medida Provisória nº. 808, em 14 de novembro de 2017, que alterou questões importantes dentro da Reforma Trabalhista. Alegou-se que ela serviu para aprimorar “dispositivos pontuais, relacionados a aspectos discutidos durante a tramitação do PLC nº 38, de 2017, no Senado Federal”, nos termos da Exposição de Motivos à MP nº 808/2017, apresentada pelo então Ministro do Trabalho Ronaldo Nogueira de Oliveira, da qual cito, também, o seguinte e importante trecho:

[...] a presente proposta de Medida Provisória tem por objetivo o aprimoramento de dispositivos pontuais, relacionados a aspectos

discutidos durante a tramitação do PLC nº 38, de 2017, no Senado Federal. Se, por um lado, tais aspectos refletem o profundo processo de diálogo e análise realizado pelo Senado Federal, por outro, esta Casa Legislativa observou a desnecessidade de alteração do projeto no momento de sua tramitação, o que implicaria atrasos desnecessários à eficácia deste importante diploma legal” (BRASIL, 2017a, p. 2)

Em outras palavras, havia pressa na aprovação da Reforma e isso foi levado a sério: o “profundo processo de diálogo e análise” durou menos de dois meses no Senado Federal. Nas palavras do Professor Homero Batista Mateus da Silva,

O Senado Federal aceitou se submeter a um acordo draconiano, pelo qual foram aprovados artigos que a maioria dos senadores reprovava, sob a alegação de que a Presidência da República os reformularia, num segundo momento, através de Medida Provisória (SILVA, 2017, p. 10).

Na Câmara dos Deputados, houve mais de 120 requerimentos de audiências públicas, as quais ocorreram de maneira apressada, mesmo com a incansável participação ativa de professores universitários, representantes do movimento sindical e instituições como Tribunais Regionais do Trabalho, Tribunal Superior do Trabalho – TST, Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho – ANAMATRA e Organização Internacional do Trabalho – OIT. Ao todo, a discussão da Reforma durou menos de 7 meses, mais precisamente 202 dias, entre o dia 23 de dezembro de 2016 – quando foi apresentado, pelo Poder Executivo, o Projeto de Lei nº. 6.787/2016 – e o dia 13 de julho de 2017 – data da sanção presidencial e sua formalização como Lei 13.467/2017.

Inclusive, em 18 de abril de 2017, foi apresentado, na Câmara dos Deputados, um Requerimento de Urgência para tramitação do Projeto, o qual foi rejeitado no mesmo dia. No dia seguinte, outro Requerimento foi apresentado e, desta vez, foi aprovado. No Senado Federal, foi apresentado Requerimento de Urgência no dia 29 de junho de 2017, o qual foi aprovado dia 04 de julho de 2017.

Nos termos do Regimento Interno da Câmara dos Deputados (BRASIL, CD, 1989), o Requerimento de Urgência aplica-se quando:

Art. 153. [...]

- I - tratar-se de matéria que envolva a defesa da sociedade democrática e das liberdades fundamentais;
- II - tratar-se de providência para atender a calamidade pública;

III - visar à prorrogação de prazos legais a se findarem, ou à adoção ou alteração de lei para aplicar-se em época certa e próxima;

IV - pretender-se a apreciação da matéria na mesma sessão.

As únicas hipóteses em que parece se encaixar a urgência da Reforma Trabalhista são as dos incisos III e IV, que, deve-se destacar, são bastante genéricas e não aparentam possuir real fundamento de urgência justificado (à exceção da primeira parte do inciso III), como se encontra nos incisos I e II.

Os propositores e apoiadores da Reforma Trabalhista defendiam que a legislação trabalhista estava defasada e que havia a urgente necessidade de modernização das relações de trabalho, especialmente diante da crise econômica instalada no país nos últimos anos. A promessa era que ela fosse capaz de flexibilizar normas trabalhistas e, como consequência, gerar mais empregos. E foi neste sentido que a Exposição de Motivos à MP nº 808/2017 se posicionou, em seus itens 7 e 8, quando fazia referência ao Projeto de Lei 6.787/2016:

7. Em suma, senhor Presidente, o Projeto de Lei de iniciativa do Poder Executivo enviado ao Congresso Nacional foi objeto de discussão e aprimoramento pelo Parlamento resultando em lei que tem como objetivos primordiais a atualização e modernização da legislação trabalhista brasileira, adequando-a à dinâmica social e à realidade das relações estabelecidas entre trabalhadores e empregadores, **com a manutenção de todos os direitos constitucionais conferidos aos trabalhadores**, sem prejuízo de primar por um ambiente de maior liberdade contratual, com segurança jurídica e menor interferência do Estado nessas relações.

8. A lei aprovada visa também promover a pacificação das relações de trabalho, a partir do fortalecimento das negociações coletivas e de soluções extrajudiciais na composição de conflitos, prestigiando o respeito à autonomia coletiva da vontade. Por fim, também se buscou a formalização das relações de trabalho no Brasil, que hoje conta com aproximadamente 45% da sua força de trabalho em caráter informal, alheia aos direitos conferidos pela Carta Magna e pela CLT. Com efeito, é claro o escopo do novo marco legal de criar as condições para promoção e geração de novos empregos formais por meio da regulamentação de novas modalidades de contratação que permitirão adequar as necessidades de trabalhadores e empregadores à atual dinâmica das novas profissões e atividades econômicas (BRASIL, 2017a, p. 2, grifos meus).

Aprovada na Câmara dos Deputados, foi enviada ao Senado Federal sob a denominação de Projeto de Lei da Câmara nº 38/2017, o qual foi rapidamente aprovado em 11 de julho de 2017. Com celeridade, foi remetido à sanção

presidencial em 12 de julho de 2017 e foi sancionado no dia seguinte, 13 de julho de 2017.

Em uma de suas críticas à Reforma, quando ela ainda era Projeto de Lei, o Professor Jorge Luiz Souto Maior (2017) afirmou que “a pressa com que se pretende aprovar a ‘reforma’ é a demonstração nítida de que o seu conteúdo não resistiria a um debate democrático mais amplamente difundido”. De fato, foi o que ocorreu. No curto período de 202 dias, a Reforma, apesar de ter sido pouquíssimo discutida pelos vários setores da sociedade por ela afetados, trouxe mudanças muito expressivas ao Direito do Trabalho Brasileiro.

A rapidez da aprovação teve como reflexos principais a aprovação de dispositivos salutares, mas de muitos dispositivos mal redigidos, com amplas imprecisões e até pontos de absoluta inconstitucionalidade. Pontos muito polêmicos foram aprovados à mercê de discussões sociais mais profundas, colocando o país em frente a uma avalanche de informações mal colocadas e mal explicadas e de uma enorme insegurança jurídica sobre não se saber a melhor extensão e interpretação para determinados artigos.

Mais insegurança jurídica ainda se mostrou a partir da instabilidade que levou ao encerramento do prazo de vigência da Medida Provisória nº 808, em 23 de abril de 2018, sem que sequer houvesse debate no Congresso Nacional. Em julho de 2017, reformou-se profundamente a legislação trabalhista brasileira. Em novembro de 2017, reformou-se a reforma original. Em abril de 2018, a reforma da reforma perdeu eficácia e deu lugar às disposições originárias de julho de 2017. Insegurança jurídica é uma expressão amena demais para este contexto.

Na visão do Professor Homero Batista Mateus da Silva,

[...] ainda tentamos entender o que exatamente aconteceu no campo das relações trabalhistas brasileiras, no outono e no inverno de 2017 [...].

Deixemos com os sociólogos e historiadores as considerações mais apropriadas sobre corrupção endêmica, a vulnerabilidade das instituições e os dilemas do descolamento entre a legitimação e a legitimidade de nossos mandatários.

[...]

A perplexidade toda reside no fato de que a reforma trabalhista, num dado momento, foi vendida como urgente, avassaladora e inegociável, a ponto de o governo federal ter insistido num pacote de cerca de 100 dispositivos de lei que não puderam ser minimamente ajustados ou estudados (SILVA, 2017, p. 9-10).

Até a divulgação à sociedade em geral foi muito insuficiente pelos principais e mais abrangentes meios de comunicação. Muitos deles resumiram a Reforma Trabalhista à reforma que atualizava a antiga CLT de 1943 – por mais que ela tenha sido bastante alterada nos últimos anos –, que garantia a autonomia do trabalhador ao negociar com o empregador e que permitia a redução do intervalo intrajornada, levando com otimismo a ideia de que o trabalhador possa almoçar em até 30 minutos e terminar sua jornada de trabalho mais cedo. Pontos graves foram ocultados, a exemplo do artigo 223-G, que fixa parâmetros ao valor dos danos extrapatrimoniais sofridos pelos trabalhadores, o que aprofundarei no tópico a seguir.

Na prática, hoje, já passado mais de um ano de sua entrada em vigor, a Reforma não conseguiu ainda cumprir o prometido, além de não ter sido capaz de enfrentar a real necessidade de uma Reforma Trabalhista séria, estrutural, cuidadosa e, inevitavelmente, demorada. Por exemplo, o artigo 614, §3º da CLT apresentou situação complexa quando deu fim ao fenômeno da ultratividade ou da aderência das normas coletivas, seguindo em sentido contrário à Súmula 277 do Tribunal Superior do Trabalho, que dispõe que as cláusulas normativas previstas em Negociações Coletivas “integram os contratos individuais de trabalho e somente poderão ser modificadas ou suprimidas mediante negociação coletiva de trabalho” (BRASIL, TST, 2012).

Antes da Reforma, portanto, as cláusulas mantinham sua eficácia mesmo após o término da vigência do Acordo ou da Convenção Coletiva de Trabalho e precisavam de negociação posterior para serem modificadas ou extintas, exigindo-se, neste último caso, que alguma contraprestação fosse conferida aos trabalhadores.

Atualmente, as cláusulas normativas econômicas e sociais, fixadas em Negociação Coletiva, somente terão vigência máxima de dois anos e seu conteúdo não mais adere obrigatoriamente às negociações futuras. Se for de interesse dos sujeitos coletivos, as cláusulas devem ser novamente discutidas e renegociadas. Contudo, nada dispôs a Reforma Trabalhista sobre a complicada e necessária reforma do sistema sindical brasileiro, sendo bastante difícil esperar que os sujeitos coletivos realmente ajam de maneira autônoma, quando ainda não temos um sistema de real liberdade e que permita a pluralidade sindical, onde os

trabalhadores serão representados por quaisquer pessoas que eles acharem que melhor os representam.

Em publicação no site do Ministério Público do Trabalho, sobre o seminário organizado pela comissão de Trabalho, Administração e Serviço Público da Câmara dos Deputados, para discutir os impactos da Reforma Trabalhista, destacou-se que, para Ronaldo Fleury, Procurador-Geral do MPT, não se viu redução nem do desemprego nem da informalidade.

Ronaldo Fleury lembrou que, na base da argumentação a favor da reforma, estava uma previsão de geração de até sete milhões de empregos imediatos. Na semana passada, a Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios (Pnad) do IBGE mostrou o contrário. De março a maio desse ano, o número de empregados com carteira assinada caiu 1,1%, em comparação ao trimestre anterior. No mesmo período, o número de empregados do setor privado sem carteira assinada aumentou 2,9%. São 307 mil trabalhadores a mais na informalidade. 'Esse termo informalidade ele traz uma diminuição da gravidade do descumprimento dos direitos trabalhistas em relação a outras matérias. Uma empresa que não recolhe os seus tributos ela está na informalidade ou na ilegalidade. Ela está na ilegalidade, mas no Direito Trabalhista é informal', criticou o procurador-geral (BRASIL, MPT, 2018).

Na mesma publicação, o Ministério Público do Trabalho destacou também a fala do Professor Guilherme Guimarães Feliciano, para quem “a Reforma Trabalhista buscou enfraquecer a Justiça do Trabalho e terminou por dificultar o acesso de pessoas de baixa renda aos processos trabalhistas” (BRASIL, MPT, 2018).

Em outubro de 2017, foi realizada a 2ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho, promovida pela ANAMATRA e com participação de instituições como Ministério Público do Trabalho (MPT), Associação Nacional dos Procuradores do Trabalho (ANPT), Associação Brasileira de Advogados Trabalhistas (ABRAT) e Sindicato Nacional de Auditores Fiscais do Trabalho (SINAIT). Ela tinha como objetivo analisar a Reforma Trabalhista sob as exigências das normas e princípios da Constituição da República e das normas internacionais legitimamente ratificadas pelo Brasil e aprovadas pelo Congresso Nacional, especialmente as referentes à Organização Internacional do Trabalho. Assim, foram aprovados 125 enunciados para orientar a interpretação e aplicação da Lei 13.467/2017. Posteriormente, destacarei os enunciados que possuem mais relevância a este capítulo.

Em 10 de maio de 2018, foi apresentada a Sugestão Legislativa nº. 12/2018 para propor a criação do Estatuto do Trabalho, após trabalhos da Subcomissão do Estatuto do Trabalho criada no âmbito da Comissão de Direitos Humanos e Legislação Participativa do Senado Federal, a partir de requerimento do Senador Paulo Paim, subscrita pelo Ministério Público do Trabalho (MPT), pela Associação Brasileira de Advogados Trabalhistas (ABRAT) e pelo Centro de Estudos Sindicais e Economia do Trabalho (CESIT) e encaminhada pelo Sindicato Nacional de Auditores Fiscais do Trabalho (SINAIT), pela Associação Nacional dos Magistrados do Trabalho (ANAMATRA), pela Associação Nacional dos Procuradores do Trabalho (ANPT) e pela Associação Latino-Americana de Juízes do Trabalho (ALJT).

Caso aprovada pela Comissão de Direitos Humanos e Legislação Participativa, a Sugestão virará Projeto de Lei a ser analisado pelo Senado Federal e, posteriormente, pela Câmara dos Deputados. São 129 páginas de inúmeras propostas de reformulação do Direito Material e Processual do Trabalho brasileiro, regulamentando os artigos 7º. a 11 da Constituição da República. Trata-se detalhadamente de assuntos como: direitos da personalidade do trabalhador; proteção em face da automação; vedação de práticas análogas à escravidão; proteção a mulheres, pessoas com deficiência, crianças e adolescentes, idosos e contra discriminação étnico-racial; direito a isonomia salarial; liberdade sindical, dando espaço à pluralidade sindical; dentre outros. Para somar ao propósito desta tese, destaco o artigo 91 do Estatuto do Trabalho, que enfatiza, expressamente, o caráter punitivo-pedagógico da indenização por danos.

Art. 91. A indenização por danos possui caráter punitivo e também pedagógico, e deve ser dimensionada de forma proporcional ao agravo e à condição econômica do empregador, podendo cumular valores referentes aos danos patrimoniais e extrapatrimoniais, quando houver.

Parágrafo único. Os danos extrapatrimoniais podem ser morais, estéticos e existenciais, com indenizações específicas e cumuláveis (BRASIL, 2018).

Louvável a proposta do Estatuto do Trabalho, especialmente porque seus propositores esperam, ainda, debate amplo na sociedade para que ela seja ajustada e aprovada. Criar, modificar e extinguir pontos basilares do Direito do Trabalho sem ampla e paciente discussão é apostar na insegurança jurídica e na

fraca eficácia de qualquer norma aprovada. Com a atual Reforma Trabalhista, ainda estamos longe da “manutenção de todos os direitos constitucionais conferidos aos trabalhadores”, da maior liberdade contratual e da segurança jurídica tal qual destacou a Exposição de Motivos à MP 808/2017. Para o Professor Jorge Luiz Souto Maior (2017),

Fácil verificar, portanto, que a reforma trabalhista levada ao Congresso Nacional, fora de qualquer parâmetro democrático, tem a pretensão de impor uma enorme derrota aos trabalhadores, como se tivessem sido eles, ao longo da história do Brasil, grandes privilegiados e como se fossem, em razão de seus direitos (que nunca foram de fato cumpridos), os culpados da crise econômica.

A reforma, assim, dá passos decisivos para o desmonte total do que ainda resta de projeto de Estado Social Democrático de Direito no Brasil, e que nunca chegamos a experimentar.

Além da Sugestão Legislativa nº. 12/2018, que propõe a criação do Estatuto do Trabalho e propõe, em seu artigo 91, o reconhecimento do caráter punitivo-pedagógico da indenização, existem alguns Projetos de Lei em curso com objetivo de positivar o caráter punitivo-pedagógico da indenização, o que demonstra uma abertura, mesmo que pequena, da recepção formalizada desta finalidade da Responsabilidade Civil.

Um deles é o Projeto de Lei nº 6.960/2002 (atualmente arquivado), de autoria do Deputado Ricardo Fiúza, propõe, dentre outras diversas alterações, a inclusão de um §2º ao artigo 944 do Código Civil, conforme o seguinte texto: “A reparação do dano moral deve constituir-se em compensação ao lesado e adequado desestímulo ao lesante” (BRASIL, 2002c).

Na justificação ao Projeto de Lei, explica o proponente que o caput do artigo 944 não está adequado ao dano moral, mas somente ao material. Enfatiza que “o critério da extensão do dano aplica-se perfeitamente à reparação do dano material – que tem caráter ressarcitório”, mas que “reparação do dano moral não há ressarcimento, já que é praticamente impossível restaurar o bem lesado, que, via de regra, tem caráter imaterial” (BRASIL, 2002c). Defende, ainda, que

[...] não basta estipular que a reparação mede-se pela extensão do dano. Os dois critérios que devem ser utilizados para a fixação do dano moral são a compensação ao lesado e o desestímulo ao lesante. Inserem-se neste contexto fatores subjetivos e objetivos, relacionados às pessoas envolvidas, como a análise do grau da culpa do lesante, de eventual participação do lesado no evento

danoso, da situação econômica das partes e da proporcionalidade ao proveito obtido com o ilícito (v. Carlos Alberto Bittar, *Reparação Civil por danos morais*, cit., p. 221). Em suma, a reparação do dano moral deve ter em vista possibilitar ao lesado uma satisfação compensatória e, de outro lado, exercer função de desestímulo a novas práticas lesivas, de modo a “inibir comportamentos anti-sociais do lesante, ou de qualquer outro membro da sociedade”, traduzindo-se em “montante que represente advertência ao lesante e à sociedade de que não se aceita o comportamento assumido, ou o evento lesivo” (cf. Carlos Alberto Bittar, *Reparação civil por danos morais*, cit., p. 247 e 233; v., também, Yussef Said Cahali, *Dano moral*, cit., p. 33/42; e Antonio Jeová Santos, *Dano moral indenizável*, 3ª ed., São Paulo, 2001, p. 174 a 184; v. acórdãos in JTJ 199/59; RT 742/320). Ao juiz devem ser conferidos amplos poderes, tanto na definição da forma como da extensão da reparação cabível, mas certos parâmetros devem servir-lhe de norte firme e seguro, sendo estabelecidos em lei, inclusive para que se evite, definitivamente, **o estabelecimento de indenizações simbólicas, que nada compensam à vítima e somente servem de estímulo ao agressor** (BRASIL, 2002c, grifos meus).

É muito salutar também destacar este último argumento: indenizações simbólicas podem, sim, servir de estímulo ao agressor. Sabendo que o valor da indenização será baixo – especialmente porque, após a Reforma Trabalhista, a indenização depende do salário contratual do trabalhador –, o empregador negligente não será estimulado a investir no Meio Ambiente de Trabalho. Ao contrário: para ele, valerá a pena lidar com o risco de acidentes, por estes serem eventos que podem ou não acontecer.

Por que investir em algo que pode acontecer ou não? Por que não lidar com o dano após ele ter realmente acontecido? É basicamente o mesmo raciocínio utilitarista utilizado no caso *Grimshaw v. Ford Motor Co.*, sobre o carro Ford Pinto, abordado no 1º Capítulo. Este pensamento de custos e benefícios é inevitável dentro da lógica de mercado, que pretende aumentar os lucros com o mínimo de gastos possível, mas é inaceitável ao Direito do Trabalho. A vida dos trabalhadores jamais pode servir como elemento de análise de custos e benefícios, por ser um bem que tem valor inestimável e inegociável. A compensação, enquanto finalidade da Responsabilidade Civil, não pode servir como elemento que reduza a indenização e, assim, faça o risco valer a pena.

Dentre tantas mudanças polêmicas, direcionarei a atenção do próximo tópico ao assunto dentro da Reforma Trabalhista mais pertinente aos fins desta tese: os danos extrapatrimoniais.

4.3.1.2 Os Danos Extrapatrimoniais e o Novo Título II-A da CLT

Antes da Reforma Trabalhista, ocorrida em 2017, não havia tratamento específico, nas normas de Direito do Trabalho, aos casos de danos morais ou extrapatrimoniais ocorridos em função de uma relação de trabalho. Utilizava-se a regra de aplicação subsidiária do direito comum, mais especificamente as normas do Código Civil.

A redação anterior à Reforma de 2017 do artigo 8º da CLT, em seu Parágrafo que ainda era único, expressava que “o direito comum será fonte subsidiária do direito do trabalho, naquilo em que não for incompatível com os princípios fundamentais deste”. Assim, normas de direito comum poderiam ser aplicadas ao Direito do Trabalho sob duas condições concomitantes: a) se houvesse omissão de normas específicas na CLT; b) e se houvesse adequação da norma subsidiária aos princípios fundamentais do Direito do Trabalho.

Considerando que a CLT não tratava do dano extrapatrimonial, esta anterior redação dava espaço à ampla aplicação do direito comum, especificamente, da Responsabilidade Civil conforme a tradição civilista e as normas do Código Civil. E tem sido exatamente desta forma que temos tratado acidentes de natureza civil e acidentes do trabalho, como eventos semelhantes, se não iguais, e sujeitos às mesmas regras e princípios.

Porém, após a Reforma Trabalhista observamos mudanças muito relevantes sobre esta questão. A redação do novo §1º do artigo 8º da Consolidação das Leis do Trabalho é agora mais resumida e expressa que “o direito comum será fonte subsidiária do direito do trabalho”, sem que se faça mais referência aos dois critérios acima destacados.

Contudo, no que tange aos danos extrapatrimoniais, a Reforma criou o Título II-A, “Do Dano Extrapatrimonial”, no qual constam os artigos 223-A a 223-G da CLT. O artigo 223-A dispõe que: “Aplicam-se à reparação de danos de natureza extrapatrimonial decorrentes da relação de trabalho apenas os dispositivos deste Título” (BRASIL, 2017b), aparentando pretender afastar a

incidência das normas de direito comum no Direito do Trabalho, com relação a este assunto.

É notável que o legislador, desde o primeiro artigo deste bloco normativo, já se mostra exageradamente audacioso em tentar compilar em 7 artigos um assunto tão delicado e cheio de peculiaridades, onde cada caso é único, acreditando que apenas estas disposições serão suficientes. Na visão do Professor Homero Batista:

o art. 223-A não quer deixar que nada escape a sua tutela, nem que a magistratura trabalhista crie figuras adicionais ou subterfúgios para driblar a tarifação: assim sendo, sua redação é enfática ao dizer que somente danos extrapatrimoniais nas relações de trabalho dentro dos limites deste Título II-A; todavia, a promessa é difícilíssima de ser cumprida, mesmo pelos mais eufóricos defensores da reforma, haja vista a imprevisibilidade das condutas sociais, a vastidão da criatividade humana, para não dizer da perversão humana (SILVA, 2017).

Descuidou-se o legislador ao não dar importância ao fato de que a Responsabilidade Trabalhista advém da própria Constituição da República e sob a ótica desta é que aquela deve ser interpretada primeiramente. Além destes basilares fundamentos constitucionais – dos quais tratarei de maneira aprofundada em tópico posterior –, o Direito do Trabalho, tradicionalmente, faz uso dos conceitos básicos da Responsabilidade Civil para definir como serão tratados os danos morais ou extrapatrimoniais que envolvam relações de trabalho.

É bastante insuficiente, nos artigos 223-A a 223-G da CLT, a conceituação de elementos básicos da Responsabilidade Civil, como dano, conduta, dolo, culpa, ato ilícito etc., não havendo como a aplicação do artigo 223-A ocorrer de forma plena, na prática, sem que se recorra a nenhum dispositivo fora do Título II-A da CLT.

Para Maurício Godinho Delgado e Gabriela Neves Delgado, o objetivo do legislador, com a redação do artigo 223-A da CLT, foi “isolar a nova regência normativa inserida no Título II-A da CLT do conjunto jurídico geral que a envolve”, este formado

pela Constituição da República, pelos diplomas internacionais de direitos humanos econômicos, sociais e culturais, inclusive trabalhistas, vigorantes no Brasil (cujas normas ostentam status supra legal, relembre-se), além dos diplomas normativos externos

à Consolidação das Leis do Trabalho, tal como, ilustrativamente, o Código Civil Brasileiro.

[...] há um conjunto normativo geral mais forte, superior, dado pela Constituição de 1988 e pelas normas internacionais de direitos humanos vigentes no Brasil, que incide, sem dúvida, na regulação da matéria abrangida por esse título especial agora componente da Consolidação (DELGADO; DELGADO, 2017, p. 145).

Por outro lado, merece elogio a primeira positivação no ordenamento jurídico brasileiro – apesar da falta de conceituação – do dano existencial, espécie de dano moral oriunda do direito italiano, nos termos do artigo 223-B da CLT: “Causa dano de natureza extrapatrimonial a ação ou omissão que ofenda a esfera moral ou existencial da pessoa física ou jurídica, as quais são as titulares exclusivas do direito à reparação” (BRASIL, 2017b).

Contudo, apesar da atenção especial dada ao dano existencial, demonstra-se falta de cuidado conceitual ao dizer “moral ou existencial”: pela concepção do artigo, as esferas moral e existencial seriam diferentes? Considere-se que o dano existencial “é uma espécie de dano imaterial, mediante o qual, no caso das relações de trabalho, o trabalhador sofre danos/limitações em relação à sua vida fora do ambiente de trabalho” (BRASIL, TRT4, 2013). É caso em que o empregador não respeita o direito à vida privada do trabalhador, sobrecarregando sua jornada de trabalho, seu tempo livre e suas relações pessoais e ofendendo o próprio projeto de vida pessoal que ele possa ter. Em vez de usar “ou”, a palavra “inclusive” seria mais adequado que o artigo listasse, exemplificativamente, espécies de dano moral, das quais o dano existencial faz parte.

Outro ponto importante de ser destacado neste artigo é a caracterização da titularidade do direito à reparação como exclusiva da pessoa física ou jurídica ofendida. Fugiu à atenção do legislador que há casos de ofensas que levam à morte do trabalhador, a exemplo das 3.868 mortes por acidente do trabalho formalizadas de 2017 até o momento de escrita deste parágrafo? (BRASIL, MPT, 2018e). Como pretende o legislador tratar destes casos? Herdeiros e sucessores do trabalhador falecido não poderiam mover ação trabalhista pleiteando indenização por danos morais?

Para Georgenor de Sousa Franco Filho, o objetivo é exatamente evitar os danos em ricochete (2018, p. 294), ou seja, danos causados a uma pessoa, mas que refletem seus efeitos em outras. Há previsão no artigo 943 do Código Civil, no

tocante à Responsabilidade Civil, dispondo que “o direito de exigir reparação e a obrigação de prestá-la transmitem-se com a herança” (BRASIL, 2002a). Por que no Direito do Trabalho o tratamento deveria ser prejudicialmente diferenciado?

Sérgio Cavalieri (2012, p. 98 e 99) explica que o Código Civil não limita a legitimação de quais pessoas podem pleitear indenização por danos em ricochete, também denominados reflexos, indiretos ou *préjudice d'affection*. Citando o artigo 948, II, do Código Civil, que dispõe que “no caso de homicídio, a indenização consiste, sem excluir outras reparações: [...] II - na prestação de alimentos às pessoas a quem o morto os devia [...]” (BRASIL, 2002a), Cavalieri afirma que esta regra,

[...] embora pertinente ao dano material, pode ser aplicada analogicamente para limitar a indenização pelo dano moral àqueles que estavam em estreita relação com a vítima, como o cônjuge, companheira, filhos, pais e irmãos menores que viviam sob o mesmo teto. A partir daí, o dano moral só poderá ser pleiteado na falta daqueles familiares e dependerá de prova de convivência próxima e constante” (2012, p. 99).

Causa estranheza, no mínimo, que o Direito do Trabalho seja tratado de forma mais restritiva, com relação aos danos reflexos, que o Direito Civil e o Direito Previdenciário, especialmente porque a própria existência da relação de trabalho tem como bases as necessidades pessoais do trabalhador de autossustento e sustento de seus dependentes econômicos, como filhos, cônjuges/companheiros, pais, irmãos etc. Não à toa, o segurado empregado, filiado ao Regime Geral de Previdência Social, em caso de falecimento, garante a seus dependentes o direito de receber o benefício da pensão por morte, conforme artigos 16 da Lei 8.213/91 e 16 do Decreto 3.048/99, que estendem a possibilidade de concessão do benefício exatamente a cônjuges/companheiros e filhos menores, que possuem presunção de dependência econômica, além de pais e irmãos, que necessitam comprovar a dependência econômica.

Sob o ponto de vista de Maurício Godinho Delgado e Gabriela Neves Delgado,

O art. 223-B, por sua vez, afirma que as pretensões acerca de dano extrapatrimonial são de titularidade exclusiva da pessoa física ou jurídica afrontada. Como parâmetro geral, o preceito é, evidentemente, válido. Porém, conforme se conhece da diversidade das situações sociojurídicas existentes no mundo do trabalho, há pretensões que podem, sim, ser de titularidade de pessoas físicas ligadas afetiva, econômica e/ou juridicamente à

pessoa humana afrontada, tal como pode ocorrer com a(o) esposa(o) ou a(o) companheira(o) e os filhos da vítima de danos extra patrimoniais. Na hipótese do evento morte da vítima, tais pretensões são manifestas e, em princípio, garantidas, abstratamente, pela ordem jurídica (embora, é claro, na prática, fiquem na dependência da reunião efetiva dos requisitos legais para a incidência das indenizações previstas no Direito). (DELGADO; DELGADO, 2017, p. 146).

Imaginemos que um acidente do trabalho ocorreu como consequência de um ato negligente do empregador e que o resultado tenha sido a morte de um trabalhador. Cônjuges, companheiros e filhos, que, além do vínculo emocional insubstituível, dependiam do trabalhador, não terão direito de mover ação de indenização por danos morais? Se a intenção do legislador foi, de fato, esta, então sua compreensão acerca dos princípios inerentes ao Direito do Trabalho está distorcida.

Em sequência, o artigo 223-C lista que tipo de bens inerentes à pessoa física podem ser juridicamente tutelados. No mesmo sentido, o 223-D lista os bens relativos à pessoa jurídica:

Art. 223-C. A honra, a imagem, a intimidade, a liberdade de ação, a autoestima, a sexualidade, a saúde, o lazer e a integridade física são os bens juridicamente tutelados inerentes à pessoa física.

Art. 223-D. A imagem, a marca, o nome, o segredo empresarial e o sigilo da correspondência são bens juridicamente tutelados inerentes à pessoa jurídica. (BRASIL, 2017b)

A título de informação, a redação do artigo 223-C foi ampliada – provavelmente em função de sua limitada redação original – pela já sem vigência Medida Provisória nº 808/2017, que dispunha:

Art. 223-C. A etnia, a idade, a nacionalidade, a honra, a imagem, a intimidade, a liberdade de ação, a autoestima, o gênero, a orientação sexual, a saúde, o lazer e a integridade física são os bens juridicamente tutelados inerentes à pessoa natural. (BRASIL, 2017b)

Seria este rol de bens exemplificativo ou taxativo? Para proceder à interpretação sob a melhor luz, entendo ser exemplificativa, pela evidente impossibilidade de, taxativamente, listar quais bens podem ser atingidos por danos extrapatrimoniais. No mesmo sentido é a concepção do Professor Homero Batista:

[...] quem poderá afirmar que o rol do art. 223-C é taxativo? Ele se esforçou ao compilar nove grandes temas da hostilidade ao ser humano, mas, de plano, se esqueceu de assuntos muito delicados e recorrentes no ambiente de trabalho, como a dispensa de pessoas por idade avançada – aliás, nem tão avançada assim, pois há empresas com políticas de cortes aos 45 ou aos 50 anos de idade –, a discriminação por gênero – assim entendida tanto a misoginia quanto a preterição por orientação sexual – e os assuntos ligados à nacionalidade do empregado – numa época em que o Brasil volta a ser ponto de convergência de rotas migratórias significativas. **Mas bastaria uma única palavra para demonstrar a fraqueza do art. 223-C e sua completa falta de credibilidade para servir de norte para a fixação das indenizações por danos morais: no país que foi o último a abolir a escravidão no Ocidente, o legislador se esqueceu do racismo como foco de constantes tensões trabalhistas;** Logo, como este livro é jurídico e não sociológico, só nos resta concluir que o rol é meramente exemplificativo, podendo ser acrescidos outros fundamentos para a lesão extrapatrimonial; é o recurso de que o jurista dispõe quando nota a pouca seriedade no legislador; (SILVA, 2017, grifos meus).

Também, a análise de Maurício Godinho Delgado e Gabriela Neves Delgado mantém a mesma percepção de que o rol é exemplificativo, além de insuficiente e limitado:

Por outro lado, o art. 223-C, em sua literalidade, parece querer firmar rol exaustivo dos "bens juridicamente tutelados inerentes à pessoa física". Mas, obviamente, a interpretação lógico-racional, sistemática e teleológica da regra examinada deixa claro que se trata de elenco meramente exemplificativo. Afinal, a Constituição da República combate "quaisquer outras formas de discriminação" (art. 3º, IV, in fine, CF), ao invés de apenas aquelas escolhidas pela Lei da Reforma Trabalhista. Ademais, o rol incluído no art. 223-C deixa de fora alguns aspectos acentuados pelo próprio art. 3º, IV, da Constituição da República (etnia, cor, origem, idade, por exemplo), além de se omitir sobre outros listados pelo art. 1º, caput, da Lei n. 9.029/1995, em sua redação conferida pela Lei n. 13.146/2015 (por exemplo, estado civil, situação familiar, deficiência, reabilitação profissional, etc.). (DELGADO; DELGADO, 2017, p. 146).

Deste modo, se seguíssemos a hipótese do rol ser taxativo, o negro que, comprovadamente, é dispensado ou deixa de ser contratado por motivos explicitamente racistas, não teria direito de mover ação de indenização por danos extrapatrimoniais na Justiça do Trabalho? O idoso que sofre discriminação por sua idade não teria o mesmo direito de ação? Ter-se-ia afastado do Direito do Trabalho a incidência do artigo 5º, inciso XXXV da Constituição da República que

garante que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” (BRASIL, 1988)?

Prosseguindo à análise do próximo artigo, não encontra-se problemas na redação nem na intenção do artigo 223-E, que dispõe que “são responsáveis pelo dano extrapatrimonial todos os que tenham colaborado para a ofensa ao bem jurídico tutelado, na proporção da ação ou da omissão” (BRASIL, 2017b). Apenas frisa-se a concepção já existente do Código Civil, em seu artigo 942, Parágrafo Único, que responsabiliza, solidariamente, com os autores, os coautores e as pessoas do art. 932 responsáveis por atos de terceiro (BRASIL, 2002a).

Em seguida, o artigo 223-F dispõe que:

Art. 223-F. A reparação por danos extrapatrimoniais pode ser pedida cumulativamente com a indenização por danos materiais decorrentes do mesmo ato lesivo.

§1º Se houver cumulação de pedidos, o juízo, ao proferir a decisão, discriminará os valores das indenizações a título de danos patrimoniais e das reparações por danos de natureza extrapatrimonial.

§2º A composição das perdas e danos, assim compreendidos os lucros cessantes e os danos emergentes, não interfere na avaliação dos danos extrapatrimoniais (BRASIL, 2017b)

Neste artigo, optou-se por positivar na CLT uma discussão há anos superada e pacificamente aceita sobre a cumulação dos pedidos de indenização por danos morais e materiais. Tal questão está prevista, desde 1992, na Súmula 37 do Superior Tribunal de Justiça: “São cumuláveis as indenizações por dano material e dano moral oriundos do mesmo fato” (BRASIL, STJ, 1992). A mesma Corte, em 2009, também confirmou a possibilidade de cumulação de um dano moral com um dano estético, a partir da edição da Súmula 387: “É lícita a cumulação das indenizações de dano estético e dano moral” (BRASIL, STJ, 2009).

O próximo tópico analisa especificamente a mudança, dentro do Título II-A da CLT, de maior interesse a esta tese: o novo artigo 223-G da CLT, o mais paradoxal artigo de toda a Reforma Trabalhista, que foi capaz de fixar critérios interessantes para a apreciação do dano extrapatrimonial, mas que, ao mesmo tempo, apresentou uma das normas mais ofensivas à Constituição da República de 1988.

4.3.1.3 O Artigo 223-G da CLT e os Critérios de Avaliação dos Danos Extrapatrimoniais

Para compreendermos as novidades trazidas pela Reforma Trabalhista, com o artigo 223-G da CLT, imaginemos que os trabalhadores A e B são atingidos por uma explosão em seu local de trabalho e, como consequência, ambos sofrem idêntica amputação da perna direita. O trabalhador A tinha como salário contratual o valor de R\$3.000,00. O trabalhador B, R\$6.000,00. Se o caso constituir uma ofensa de natureza grave, o trabalhador A terá direito de receber até R\$60.000,00 e B, R\$120.000,00 a título de indenização por danos extrapatrimoniais. Se o caso constituir uma ofensa de natureza gravíssima, o trabalhador A terá direito de receber até R\$150.000,00 e B, R\$300.000,00.

Por mais injusto e não isonômico que pareça, esse é o raciocínio que inevitavelmente teríamos que aplicar ao caso concreto a partir das disposições do novo artigo 223-G da CLT, em seu parágrafo 1º:

§1º Se julgar procedente o pedido, o juízo fixará a indenização a ser paga, a cada um dos ofendidos, em um dos seguintes parâmetros, vedada a acumulação:

- I - ofensa de natureza leve, até três vezes o último salário contratual do ofendido;
- II - ofensa de natureza média, até cinco vezes o último salário contratual do ofendido;
- III - ofensa de natureza grave, até vinte vezes o último salário contratual do ofendido;
- IV - ofensa de natureza gravíssima, até cinquenta vezes o último salário contratual do ofendido (BRASIL, 2017b).

A hipótese acima foi alternativamente analisada entre ofensa de natureza grave e de natureza gravíssima, porque nenhum critério foi estabelecido pela Reforma Trabalhista para definir no que consistiriam as referidas naturezas leve, média, grave e gravíssima. A definição compete ao livre arbítrio de cada magistrado e magistrado? Mesmo que tal previsão existisse, restaria bastante difícil sua aplicação ao caso concreto, dada a grande dificuldade de alocar tão objetivamente o valor dos danos extrapatrimoniais. Porém, ao que parece, cabe aos magistrados encaixar cada situação concreta à variação de gravidades acima.

Este parágrafo 1º foi objeto de alteração pela Medida Provisória nº 808/2017, a qual dispôs um sistema, aparentemente, não tão ofensivo quanto o original, mas ainda bastante injusto:

§ 1º Ao julgar procedente o pedido, o juízo fixará a reparação a ser paga, a cada um dos ofendidos, em um dos seguintes parâmetros, vedada a acumulação

I - para ofensa de natureza leve - até três vezes o valor do limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social;

II - para ofensa de natureza média - até cinco vezes o valor do limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social;

III - para ofensa de natureza grave - até vinte vezes o valor do limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social; ou

IV - para ofensa de natureza gravíssima - até cinquenta vezes o valor do limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social (BRASIL, 2017c).

Nota-se que a MP nº 808/2017 também não resolveu a conceituação do que seriam as naturezas leve, média, grave e gravíssima, mas deu destaque à mudança dos parâmetros para a fixação da indenização por danos extrapatrimoniais. Importante destacar que o critério, moralmente, apresentou melhoria em relação à redação original do §1º do artigo 223-G, retirando a concepção de que o dano do trabalhador tem valor com base em seu salário.

Contudo, a MP optou por manter a fixação *a priori* dos valores dos danos extrapatrimoniais. Mesmo que tenha utilizado critério que não monetiza o valor de cada trabalhador com base em seu salário, não deixa de ser ofensiva à dignidade da pessoa humana do trabalhador a prefixação objetiva de quanto vale o dano extrapatrimonial que ele sofreu. Utilizar o limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social também coloca preço na vida e na integridade física do trabalhador, impedindo que cada caso concreto seja tratado conforme suas peculiaridades.

De acordo com Jorge Luiz Souto Maior e Valdete Souto Severo (2017), a MP nº 808/2017 manteve,

[...] no entanto, a tarifação, com alteração da base de cálculo, que deixa de ser o valor do salário, para passar a ser "o valor do limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social". Não se resolve, portanto, a incompatibilidade da norma com o sistema jurídico vigente ou mesmo com a própria razão pela qual se reconhece a possibilidade de ressarcimento monetário em face de lesão extrapatrimonial. Exatamente por tratar de dano

extrapatrimonial, o valor da lesão não pode ser aferido a priori, eis que dependerá da análise das circunstâncias do caso concreto.

Em 18 de dezembro de 2017, a ANAMATRA ajuizou uma Ação Direta de Inconstitucionalidade requerendo interpretação conforme a Constituição dos incisos do §1º do artigo 223-G da CLT, à época alterados pela MP nº 808/2017. Os principais argumentos suscitados pela Associação foram: a) que a lei não pode impor nenhuma limitação ao Poder Judiciário para fixar o valor da indenização por dano moral, conforme previsto no inciso XXVIII, do artigo 7º da Constituição da República, “sob pena de limitar o próprio exercício da jurisdição” (ANAMATRA, 2017a, p. 1); b) que, se a tarifação da indenização por dano moral não foi autorizada em sede da ADPF nº 130, que tratava da Lei de Imprensa e da ofensa à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem das pessoas, então também é inconstitucional a tarifação da indenização por dano moral decorrente da relação de trabalho. A ADI destacou que

Com efeito, a lei federal não podia desde logo impor limitação, pois, como assinalou o Min. Cezar Peluso no RE 447.584 “toda limitação, prévia e abstrata, ao valor de indenização por dano moral, objeto de juízo de equidade, é incompatível com o alcance da indenizabilidade irrestrita assegurada pela atual Constituição da República (ANAMATRA, 2017a, p. 16).

Basicamente, a ADI requeria que a interpretação conforme à Constituição fosse realizada para definir que os parâmetros impostos pelos incisos do §1º do artigo 223-G da CLT não fossem lidos como limites, permitindo aos magistrados que os usassem como orientação, mas que pudessem fixar indenizações acima dos limites dos incisos, de forma justificada (ANAMATRA, 2017a, p. 3).

Porém, considerando que a MP nº 808/2017 perdeu vigência em 23 de abril de 2018, voltamos ao sistema original previsto pela Lei 13.467/2017, que limita a indenização por danos extrapatrimoniais com base no último salário contratual do ofendido.

Desse modo, a ANAMATRA, recentemente, em 17 de dezembro de 2018, propôs nova Ação Direta de Inconstitucionalidade, destacando que a perda de vigência da MP nº 808/2017 “ressuscitou a violação ao princípio da isonomia ao deixar de fixar percentual sobre uma mesma base de cálculo” (ANAMATRA, 2018, p. 2). A instituição baseou-se nos mesmos argumentos, mas agora enfatiza o

princípio da isonomia e retorna seus argumentos à redação original do artigo 223-G da CLT.

O retorno da redação original representa, portanto, a confirmação do Poder Legislativo, que nem analisou a MP nº 808/2017, de que a CLT, agora, quebra o princípio da isonomia ao prever tratamento diferenciado aos trabalhadores, com base simplesmente em seu salário contratual. Vejamos as normas inafastáveis exigidas pelo artigo 5º, caput e incisos V e X da Constituição da República:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;

[...]

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação; (BRASIL, 1988).

A disposição atual do artigo 223-G da CLT rompe com tais normas isonômicas, porque demonstra que não importa se o acidente foi exatamente o mesmo ou se adveio das mesmas origens, mas que a indenização será fixada de maneira diferente entre os trabalhadores simplesmente porque possuem salários contratuais diferentes entre si. Da seguinte forma posiciona-se a ANAMATRA:

Agora, com a perda da eficácia da MP n. 808, a quebra do princípio da isonomia se acentuou de forma relevante, na medida em que, na parte que toca ao DANO MORAL decorrente de acidente de trabalho, os trabalhadores haveriam de ser considerados como IGUAIS de sorte a merecer tratamento ISONÔMICO para a fixação da indenização. (ANAMATRA, 2018, p. 9).

No mesmo sentido segue o Enunciado nº 588 do CJF, que dispõe que “o patrimônio do ofendido não pode funcionar como parâmetro preponderante para o arbitramento de compensação por dano extrapatrimonial” (BRASIL, CJF, 2015). Por que seria diferente no Direito do Trabalho, onde o salário contratual não serve apenas como parâmetro preponderante, mas exclusivo?

Além disso, o Direito Civil, mais precisamente o artigo 13 do Código Civil, ao tratar dos direitos da personalidade, não permite que o indivíduo disponha do próprio corpo, “quando importar diminuição permanente da integridade física, ou

contrariar os bons costumes”, exceto quando se tratar de exigência médica, para fins de transplante ou após a morte, gratuitamente, “com objetivo científico, ou altruístico, [...] no todo ou em parte”, conforme artigo 14 do mesmo Código (BRASIL, 2002a).

Não ignoro que há muitas discussões a partir dos referidos artigos, mas pergunto-me: por que isto seria tão relativizado para o Direito do Trabalho? Por que usar um salário contratual para limitar a indenização de uma pessoa, dotada de dignidade e, por isso, detentora de direitos fundamentais? Sabemos que há atividades que apresentam riscos inafastáveis, a exemplo do labor exposto à periculosidade de lidar com energia de alta tensão, e que isto gera pagamento ao trabalhador inserido neste cenário. Porém, isto não significa dizer que o risco, enquanto elemento natural da prestação de serviços dentro de uma relação de trabalho – em algumas ele é muito maior do que em outras –, justifica algum tipo de autorização para que o corpo do trabalhador seja tratado como objeto que pode ser disposto e transacionado. É obrigação do empregador resguardar a vida e a integridade física do trabalhador, conforme tratarei logo adiante.

Incluo nesta discussão a relevante obra do Professor Michael J. Sandel “O que o dinheiro não compra: Os limites morais do mercado”, já utilizada no 2º Capítulo. Ele questiona que, além das coisas que podem ser compradas,

existiriam outras coisas que o dinheiro pode, mas não deveria, comprar? Vejamos o caso de um bem que pode ser comprado, mas cuja compra e venda seja moralmente polêmica – um rim humano, por exemplo. Há quem defenda a existência de mercados de órgãos a serem transplantados; outros consideram esse tipo de mercado condenável [...]. para decidir se os rins devem ou não ser postos à venda, devemos proceder a um questionamento moral (2012, p. 95).

Este questionamento é precisamente caro a esta tese. É moral que limitemos a indenização do trabalhador que sofreu um acidente do trabalho com base em seu salário contratual? É moral que nosso ordenamento jurídico aceite a compensação como objetivo da Responsabilidade Civil, mesmo que saibamos que ela nunca é suficiente para realmente compensar os danos sofridos pelo trabalhador? Estão estas circunstâncias alinhadas e adequadas aos princípios do Direito do Trabalho?

Voltando ao artigo 223-G, seus demais parágrafos também trazem positivamente importantes de serem apontadas:

§ 2o Se o ofendido for pessoa jurídica, a indenização será fixada com observância dos mesmos parâmetros estabelecidos no § 1o deste artigo, mas em relação ao salário contratual do ofensor.

§ 3o Na reincidência entre partes idênticas, o juízo poderá elevar ao dobro o valor da indenização (BRASIL, 2017b).

Apesar da MP nº 808/2017 não estar mais vigente, cito a redação do §3º por ela alterada, além dos §§4º e 5º adicionados ao artigo 223-G da CLT:

§ 3º Na reincidência de quaisquer das partes, o juízo poderá elevar ao dobro o valor da indenização.

§ 4º Para fins do disposto no § 3º, a reincidência ocorrerá se ofensa idêntica ocorrer no prazo de até dois anos, contado do trânsito em julgado da decisão condenatória.

§ 5º Os parâmetros estabelecidos no § 1º não se aplicam aos danos extrapatrimoniais decorrentes de morte (BRASIL, 2017c).

A redação do §3º gera muitas dúvidas e, principalmente, críticas, por demonstrar tão pequena atenção do legislador às consequências do texto. Como discutir a reincidência entre partes idênticas se, por exemplo, o dano extrapatrimonial oriundo do acidente do trabalho pode causar a morte do trabalhador? Somando esta redação à do artigo 223-B da CLT, anteriormente analisado, acidentes do trabalho com resultado morte realmente ficaram muito mais prejudicados na interpretação das novas normas trazidas pela Reforma Trabalhista.

O §5º da MP 808/2017 tentou resolver uma parte do limbo no qual ficou o acidente do trabalho com resultado morte, retirando-lhe do espectro dos parâmetros do §1º do artigo 223-G da CLT, mas também perdeu vigência junto com a MP.

O professor Homero Batista destaca outras conclusões muito marcantes:

para piorar a situação, o legislador somente admite a reincidência se for entre as mesmas partes, o que praticamente jamais acontecerá; mesmo que a gente deixe de lado o evento morte, dificilmente o mesmo empregador perseguirá o mesmo empregado por questões raciais, sexuais ou morais duas vezes seguidas; o contrato já estará rompido e enterrado; a reincidência, em qualquer livro que se consulte, diz respeito à conduta do agressor de voltar à delinquência mesmo depois de punido; é grotesco alguém imaginar que a reincidência seja voltar a delinquência contra a mesma vítima; em outras palavras, é como se o legislador dissesse que o juiz não pode levar em consideração a repetição dos mesmos fatos na mesma fábrica, mas com vítimas diferentes; apesar de todos esses argumentos

eloquentes, o Senado Federal concordou em aprovar o texto tal como proposto (2017, p. 61 e 62).

Não restam dúvidas de que a aprovação acelerada e descuidada da Reforma Trabalhista nos deixou diante de consequências muito complicadas para a interpretação e aplicação do Direito. Com a perda de vigência da MP 808/2017, nada disto foi rediscutido nem pela Câmara dos Deputados, nem pelo Senado Federal.

Para prosseguirmos na complicadas consequências da Reforma, o caput do artigo 223-G elenca 12 critérios para a análise do dano extrapatrimonial e da fixação do valor da consequente indenização:

Art. 223-G. Ao apreciar o pedido, o juízo considerará:
 I - a natureza do bem jurídico tutelado;
 II - a intensidade do sofrimento ou da humilhação;
 III - a possibilidade de superação física ou psicológica;
 IV - os reflexos pessoais e sociais da ação ou da omissão;
 V - a extensão e a duração dos efeitos da ofensa;
 VI - as condições em que ocorreu a ofensa ou o prejuízo moral;
 VII - o grau de dolo ou culpa;
 VIII - a ocorrência de retratação espontânea;
 IX - o esforço efetivo para minimizar a ofensa;
 X - o perdão, tácito ou expresso;
 XI - a situação social e econômica das partes envolvidas;
 XII - o grau de publicidade da ofensa (BRASIL, 2017b).

A fixação dos critérios é a parte do artigo que merece alguns elogios. Nele, detalha-se muito mais do que tradicionalmente se encontra nas normas do ordenamento jurídico brasileiro. Boa parte dos critérios para análise do dano extrapatrimonial ou moral advinha da construção jurisprudencial e doutrinária tanto no ramo do Direito Civil como no do Direito do Trabalho. O mesmo se aplica aos fins da indenização por danos extrapatrimoniais ou morais, cuja construção também ocorre doutrinária e jurisprudencialmente e divide opiniões acerca da existência do caráter punitivo-pedagógico enquanto finalidade da Responsabilidade Civil.

Segundo o Enunciado nº 5 da Comissão 2 da 2ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho, promovida pela ANAMATRA em 2017, existe inconstitucionalidade na aplicação dos critérios do §1º do artigo 223-G da CLT:

Título: DANO EXTRAPATRIMONIAL: EXCLUSIVIDADE DE CRITÉRIOS

Ementa: APLICAÇÃO EXCLUSIVA DOS NOVOS DISPOSITIVOS DO TÍTULO II-A DA CLT À REPARAÇÃO DE

DANOS EXTRAPATRIMONIAIS DECORRENTES DAS RELAÇÕES DE TRABALHO: INCONSTITUCIONALIDADE. **A ESFERA MORAL DAS PESSOAS HUMANAS É CONTEÚDO DO VALOR DIGNIDADE HUMANA (ART. 1º, III, DA CF) E, COMO TAL, NÃO PODE SOFRER RESTRIÇÃO À REPARAÇÃO AMPLA E INTEGRAL QUANDO VIOLADA**, SENDO DEVER DO ESTADO A RESPECTIVA TUTELA NA OCORRÊNCIA DE ILICITUDES CAUSADORAS DE DANOS EXTRAPATRIMONIAIS NAS RELAÇÕES LABORAIS. DEVEM SER APLICADAS TODAS AS NORMAS EXISTENTES NO ORDENAMENTO JURÍDICO QUE POSSAM IMPRIMIR, NO CASO CONCRETO, A MÁXIMA EFETIVIDADE CONSTITUCIONAL AO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA (ART. 5º, V E X, DA CF). **A INTERPRETAÇÃO LITERAL DO ART. 223-A DA CLT RESULTARIA EM TRATAMENTO DISCRIMINATÓRIO INJUSTO ÀS PESSOAS INSERIDAS NA RELAÇÃO LABORAL**, COM INCONSTITUCIONALIDADE POR OFENSA AOS ARTS. 1º, III; 3º, IV; 5º, CAPUT E INCISOS V E X E 7º, CAPUT, TODAS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL (ANAMATRA, 2017b).

A parte final do Enunciado destaca outra questão importante: apenas o Direito do Trabalho, atualmente, é tratado de forma a tarifar o valor da indenização por dano moral antecipadamente, com base no salário contratual do trabalhador ofendido. Conforme anteriormente citado, questão parecida já foi analisada, em 2009, pelo Supremo Tribunal Federal, na ADPF nº 130, que declarou totalmente inconstitucional a Lei de Imprensa (Lei nº 5.250/67).

Seus artigos 49 a 57 tratam da Responsabilidade Civil oriunda da manifestação de pensamento e de informação de jornalistas e empresas exploradoras de meios de informação e divulgação. Nos artigos 51 e 52, existe previsão de limitação prévia à indenização por dano moral (BRASIL, 1967), o que não foi acatado pelo Supremo Tribunal Federal, havendo, inclusive, precedente da Segunda Turma da mesma Corte, de relatoria do Ministro Cezar Peluso, anterior ao julgamento da ADPF 130:

INDENIZAÇÃO. Responsabilidade civil. Lei de Imprensa. Dano moral. Publicação de notícia inverídica, ofensiva à honra e à boa fama da vítima. Ato ilícito absoluto. Responsabilidade civil da empresa jornalística. Limitação da verba devida, nos termos do art. 52 da lei 5.250/67. Inadmissibilidade. Norma não recebida pelo ordenamento jurídico vigente. Interpretação do art. 5º, IV, V, IX, X, XIII e XIV, e art. 220, caput e § 1º, da CF de 1988. Recurso extraordinário improvido. **Toda limitação, prévia e abstrata, ao valor de indenização por dano moral, objeto de juízo de equidade, é incompatível com o alcance da indenizabilidade irrestrita assegurada pela atual Constituição da República.** Por isso, já não vige o disposto no art. 52 da Lei de Imprensa, o

qual não foi recebido pelo ordenamento jurídico vigente (BRASIL, STF, 2007, grifos meus).

Ainda, parece contraditório listar tais critérios no artigo 223-G e, ao mesmo tempo, limitar o valor da indenização com base no último salário contratual do trabalhador ofendido. Como analisar o real impacto de cada um dos critérios fixados se, *a priori*, já existe uma limitação da indenização por danos extrapatrimoniais?

Sem dúvida alguma, a intenção do referido §1º é, de fato, limitar o arbítrio do magistrado quando for analisar os critérios bastante subjetivos listados nos incisos vinculados ao caput. Pretende-se impor aos danos extrapatrimoniais algum tipo de orientação mais objetiva, que dê mais segurança jurídica e previsibilidade às indenizações a serem deferidas nestes casos.

Contudo, como fugir da subjetividade do magistrado quando ele precisa analisar a intensidade do sofrimento ou da humilhação? É possível delinear a intensidade do sofrimento do trabalhador quando ele sofre um acidente do trabalho? Como afastar a subjetividade quando se analisa a possibilidade de superação física ou, pior, psicológica deste trabalhador? Temos como tornar objetiva a extensão da ofensa, quando falamos de danos extrapatrimoniais? Não estaríamos querendo impor a característica da objetividade a uma situação que não a comporta?

A solução do legislador foi eleger um critério objetivo econômico e bastante limitador, além de inadequado com nossos princípios constitucionais e trabalhistas: o último salário contratual do ofendido, ainda que um dos critérios do artigo 223-G exija a análise da situação social e econômica das partes – não somente do trabalhador – envolvidas. O inciso XI do artigo 223-G também dá importância à situação econômica do empregador, mas o critério eleito para limitar a indenização não foi este. A situação econômica do trabalhador foi a única que ganhou peso.

Este peso, basicamente, transforma o trabalhador em um número e a este elemento numérico e econômico se vincula sua dignidade e seu valor humano. Quanto maior seu salário contratual, mais grave é o dano que ele sofre e por isso ele merece uma indenização maior? Quanto menor seu salário contratual, menos vale a indenização por sua vida e sua integridade física?

É inafastável a conclusão de que o legislador raciocinou fazendo uso de conceitos utilitaristas, forçando a possibilidade de colocar preço em algo que não aceita precificação. Além disso, pretendeu evitar o enriquecimento ilícito do trabalhador que pede indenização por dano moral por, por exemplo, perder uma de suas pernas. Conforme já discutido previamente, não há como enriquecer ilicitamente neste caso: o dano causado jamais terá valor fixo e justo.

No 2º capítulo, citei uma frase de Richard Posner que demonstra como o utilitarismo é capaz de tratar o trabalhador, quando não fixa limites morais à exploração sob a qual ele está submetido. O autor afirma que “[...] quanto mais perigoso, sujo, insalubre, extenuante, desconfortável, desagradável ou degradante for o local de trabalho, mais alto será o salário” (POSNER, 2011, p. 72). A intenção desta frase é exatamente transformar o valor humano do trabalhador em uma quantia monetária, sem intenção de reduzir, neutralizar ou extinguir os riscos aos quais ele está exposto. O artigo 223-G segue no mesmo sentido e pretende transformar o valor da vida e da integridade física do trabalhador em um valor fixo que dependa de quanto ele ganhou no último mês.

Quando falamos de danos extrapatrimoniais, é necessário que aceitemos a dificuldade de limitação do seu alcance. Estamos invadindo a individualidade de quem sofreu com o acidente, pondo preço em sua dor, mas nem esta própria pessoa consegue traduzir e verbalizar o que seria necessário para compensar esses danos. Já aceitamos a premissa de que a reparação, nestes casos, é impossível, mas precisamos, também, aceitar que não há como traduzir em pecúnia a extensão e o valor de um acidente do trabalho, nem a título de compensação. Precisamos aceitar que a compensação, enquanto única saída nestes casos, é também uma finalidade insuficiente, apesar de trazer consigo uma lógica válida de devolver, pelo menos alguma coisa, para amenizar a dor e o sofrimento oriundos dos danos causados pelo acidente do trabalho. Mas a análise isolada do caso em busca unicamente da compensação é algo insuficiente e, por isso, acaba tratando o trabalhador acidentado de maneira injusta, porque insiste em uma finalidade que nunca será plenamente alcançada. Não há como compensar, de fato, nenhum acidente do trabalho.

Ao lermos os incisos do artigo 223-G, vemos um rol de critérios que permitiriam atingir muito mais do que apenas a compensação em casos de acidentes do trabalho. Se se pretendia dar espaço ao exame das condições em

que ocorreu a ofensa ou o prejuízo moral, do grau de dolo ou culpa, do esforço efetivo para minimizar a ofensa, bem como da situação social e econômica das partes envolvidas, era necessário, então, que a conduta do empregador ocupasse espaço mais significativo no artigo 223-G. Não seria mais justo olhar para a conduta de quem causou o dano do que para o dano e a vítima em si? Quando o parágrafo primeiro limita a indenização com base no salário do trabalhador acidentado, está-se dizendo que todos estes critérios relativos à conduta do empregador são menos importantes do que o poder aquisitivo do trabalhador.

Acredito que a maior intenção da limitação com base no salário do trabalhador é oriunda da mesma preocupação que muitos doutrinadores demonstram acerca do caráter punitivo-pedagógico: o enriquecimento ilícito da vítima, assunto do qual já tratei acima.

Objetiva-se impedir que aquele que sofreu dano físico ou psíquico em razão das relações de trabalho receba mais do que merece pelo evento e, logo, enriquecendo ilicitamente. Já esclareci anteriormente minha posição de não ser possível enriquecer ilicitamente em função desta situação, a não ser que o trabalhador esteja mentindo sobre o acidente e sobre o dano em consequência. Contudo, se, de fato, houve acidente de trabalho por negligência do empregador, não é possível o enriquecimento ilícito por não ser possível determinar que valor fixo o trabalhador mereceria receber. Dano morais ou extrapatrimoniais não permitem apreciação econômica objetiva.

Ainda, ressalto haver mais um elemento nesta análise: é o empregador que age com negligência, expondo os trabalhadores a ele subordinados a riscos desnecessários, que está, por sua vez, enriquecendo ilicitamente por quebrar sua obrigação contratual de zelar pela vida e pela integridade física dos trabalhadores.

O rompimento de tal obrigação contratual serve, inclusive, como argumento para que o trabalhador requeira a rescisão indireta de seu contrato de trabalho, conforme previsto no artigo 483 da CLT, alíneas c e d:

Art. 483 - O empregado poderá considerar rescindido o contrato e pleitear a devida indenização quando:

[...]

c) correr perigo manifesto de mal considerável;

d) não cumprir o empregador as obrigações do contrato; (BRASIL, 1943).

Se esta obrigação exige investimentos no Meio Ambiente do Trabalho e o empregador, sabendo e podendo fazê-los, não os faz, especialmente por ter intenção estrita de economizar, está, sem dúvidas, enriquecendo ilicitamente quando decide por em risco desnecessário as vidas a ele subordinadas.

O trabalhador dispense sua força de trabalho e gera lucro ao empregador em troca do pagamento de sua remuneração e da proteção, dentre outras obrigações patronais, de sua vida e sua integridade física. O trabalhador é quem faz o contato mais direto com o risco da atividade: o empregador arca economicamente com o risco, mas o trabalhador arca com seu próprio corpo diante dele. E há muito a se perder nesta última situação, mais do que qualquer quantia possa alcançar.

Neste sentido concretiza-se o princípio da alteridade, que, conforme disposto no artigo 2º da CLT, impõe ao empregador assumir os riscos da atividade econômica (BRASIL, 1943). Apesar de não ser o objetivo desta tese, destaco que é em razão deste princípio que se discute a responsabilidade objetiva do empregador pelos danos causados em atividades que apresentam risco elevado. Nestes casos, o empregador seria responsabilizado independentemente de ter agido ou não com dolo ou culpa. Apenas adiciono que, mesmo nos casos em que porventura possa se aplicar a responsabilidade objetiva, é importante saber se o acidente ocorreu de forma realmente acidental ou por negligência, uma vez que somente neste último caso é que defendo a aplicação do caráter punitivo-pedagógico.

Precisamos dar a resposta mais adequada, justa e eficaz possível aos acidentes de trabalho e vejo que ela pode se concretizar no caráter punitivo-pedagógico usado com razoabilidade, proporcionalidade, responsabilidade e igual consideração e respeito por todos os envolvidos, seja trabalhador ou empregador, porque, conforme exposto no 1º Capítulo, não se trata de vingança, mas de justiça.

Ocorre que precisamos definir o que pretendemos atingir com a Responsabilidade Civil por acidentes de trabalho causados por negligência do empregador. Conforme já defendi, não vejo possibilidade de chegarmos a uma decisão justa utilizando a compensação como finalidade nestes casos. É necessário que utilizemos um instrumento de dissuasão mais eficaz, que imponha mais importância à conduta do empregador.

O artigo 223-G apresenta a situação econômica do empregador como um elemento que deve ser levado em consideração, apesar de se mostrar contraditório quando apresenta os parâmetros limitadores do §1º. Nada mais adequado para concretizar isso do que aplicar o caráter punitivo-pedagógico, porque foca especificamente na conduta do empregador que age negligentemente.

Se o empregador sabia o que se deveria fazer para evitar o acidente de trabalho e se podia fazê-lo, mas, mesmo assim, não fez, está agindo de maneira negligente, além de decidir não cumprir com sua obrigação contratual de zelar pela vida e pela integridade física do trabalhador. Casos em que aconteceram acidentes realmente acidentais não geram, portanto, aplicação do caráter punitivo-pedagógico, porque não há conduta a ser corrigida, mas apenas uma fatalidade.

O que pretendo com o caráter punitivo-pedagógico é – retomando inclusive o que tratei no 2º Capítulo, sobre análise de custos e benefícios – apresentar ao empregador negligente mais um elemento econômico relevante para ser levado em consideração quando for decidir sobre o Meio Ambiente do Trabalho. Se as decisões desse empregador são baseadas em custos e benefícios, então precisamos utilizar o mesmo raciocínio e a mesma linguagem que ele mesmo já utiliza, porque serão eficazes na prevenção e na precaução de acidentes do trabalho.

Assim, qualquer limitação do valor da indenização que nos empenhemos a buscar, deve ser feita, principalmente, colocando a capacidade econômica do empregador em destaque, de modo que se fixe uma indenização suficiente para desestimulá-lo de arriscar a ocorrência do acidente, bem como estimulá-lo a investir na prevenção e na precaução contra acidentes no Meio Ambiente do Trabalho.

Nesta linha, segue o pensamento de Ghisleni Filho, Flávia Pacheco, Luiz Alberto de Vargas e Ricardo Fraga (2011, p. 82):

[...] crescem as exigências quanto à fundamentação da decisão judicial. Toda dificuldade de fundamentar o valor fixado há de ser vencida. Sabemos da necessidade de decisões fundamentadas, entre outras, para viabilizar o direito das partes aos recursos processuais, eventualmente cabíveis (GONÇALVES PERO, 2001, p. 69). Aqui, já estamos cuidando de evitar decisões arbitrárias,

sem controle pelos demais órgãos do Poder Judiciário. Em se tratando de decisão judicial que arbitra indenização por dano moral, há exigência de um arrazoado maior, em que os critérios utilizados sejam “[...] sempre explicitados, de modo a fundamentar adequadamente a decisão e, assim, garantir o controle da racionalidade da sentença”, sendo esta a “linha que separa o arbitramento da arbitrariedade” (Maria Celina Bodin MORAES, 2003, p. 270).

Quanto maior e mais intensa for a explicitação dos motivos da decisão judicial, maior a perfeição destas. Não existem razoabilidade e previsão processual para a circulação de fundamentos implícitos. **No caso das lides trabalhistas, acaso exista efetivo risco de a empresa “fechar” ou ter dificuldades de funcionamento, em decorrência de uma ou outra condenação, isto não pode influenciar “implicitamente”, sem o amplo debate processual, acaso seja efetivamente considerado.**

Além disso, há de se reconhecer que a “segurança jurídica” não pode ser óbice à consecução dos amplos objetivos de tutela dos direitos da personalidade previstos na Constituição Federal, mas deve importar, sim, numa maior exigência de fundamentação da decisão judicial, assumindo-se os inevitáveis riscos da incerteza quando o juiz se embrenha na árdua senda de enfrentar temas novos surgidos na turbulência das novas relações sociais [...] (grifos meus).

Concordo em partes com a posição dos autores. Não há dúvidas de que decisões judiciais bem fundamentadas serão apenas benéficas aos jurisdicionados e à segurança jurídica. Por outro lado, levar em consideração a capacidade econômica do empregador também significa dar destaque à preocupação com sua saúde financeira. Não partem os autores das mesmas premissas que parto, especialmente porque estou defendendo o caráter punitivo-pedagógico das indenizações por acidentes de trabalho. Mas o *quantum* indenizatório deve ser amplamente justificado, estando ou não aliado ao caráter punitivo-pedagógico, e deve fazer uso dos critérios mais objetivos possíveis para ser determinado, principalmente levando a sério a situação econômica do empregador, no caso das relações de trabalho.

A indenização será punitivo-pedagógica, mas não tanto a ponto de leva-lo a dificuldades financeiras e até à falência. Esta hipótese de nenhum modo seria aceitável e acarretaria mais prejuízos ainda, pondo em risco a situação financeira do empregador e também os empregos de todos os empregados a ele subordinados. Se considerássemos que a indenização consegue ser plenamente compensatória, faria sentido a afirmação de não importar que consequências seriam geradas ao empregador. Mas não é este o ponto desta tese.

É este argumento que nos afasta da ideia de indenização como vingança: o objetivo não é usar o Direito como instrumento de vingança, mas sim de reconhecimento de quais valores pecuniários são os mais eficazes para desestimular eventuais negligências dos empregadores, sempre tratando-os com igual consideração e respeito quando se mostra preocupação também com sua situação econômica.

Novamente, o que se pretende é forçar o empregador negligente, seja pela pedagogia, seja pela punição, a promover investimentos no Meio Ambiente do Trabalho em detrimento de arriscar que acidentes possam acontecer, não o levar à falência. Não se expõe o trabalhador à possibilidade de acidentes quando se sabe o que se pode fazer para evitar isso. No 4º Capítulo, a seguir, veremos que a maioria dos acidentes do trabalho ocorridos no Brasil surgem em função de atos negligentes, em situações em que os empregadores podiam ter feito algo para evitar os danos, mas não fizeram.

4.3.2 A Adequação do Caráter Punitivo-Pedagógico à Constituição da República Federativa do Brasil de 1988

Conforme anteriormente exposto, antes da Reforma Trabalhista, não havia tratamento específico do Direito do Trabalho para os casos de danos extrapatrimoniais oriundos das relações de trabalho. Assim, adotava-se a regra de aplicação subsidiária das normas do direito comum, mais especificamente as do Código Civil. Procedia-se a esta prática, desde que, concomitantemente, houvesse omissão de normas específicas na CLT e as normas de direito comum não fossem incompatíveis com os princípios fundamentais do Direito do Trabalho.

Deste modo, a Responsabilidade Civil, conforme a tradição civilista, as normas do Código Civil e a jurisprudência da Justiça Comum, foi amplamente empregada no Direito do Trabalho, o que nos levou a tratar com muita semelhança os acidentes de natureza civil e os acidentes do trabalho.

Contudo, é importante destacar que a Constituição da República de 1988 já apresentava elementos suficientes que permitiam a construção interpretativa em favor da aplicação do caráter punitivo-pedagógico no Direito do Trabalho

brasileiro, sem que precisássemos recorrer ao direito comum. Vejamos a redação de seu artigo 7º, inciso XXVIII:

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** (BRASIL, 1988, grifos meus).

Percebamos que o inciso XXVIII, ao falar da indenização que poderá ser paga em casos de acidentes de trabalho, dá enfoque direto sobre o dolo ou a culpa do empregador. Preocupou-se o Constituinte em dar importância a que conduta o empregador teve para evitar o acidente, mas em nenhum momento destacou que a situação econômica da vítima seria elemento tão importante a ponto de servir como baliza ao valor da indenização. Se o foco foi na conduta do ofensor, é sobre ela que devemos dar mais atenção.

A este argumento soma-se o fato de que o referido inciso da Constituição da República apresenta uma norma de eficácia plena quando fala da indenização, com aplicabilidade direta, imediata e integral, com base nas exigências principiológicas do Direito do Trabalho. Não está presente no inciso qualquer vinculação do Direito do Trabalho com as regras de Responsabilidade Civil do direito comum. Nele também não estão presentes quaisquer das expressões que identificam, tradicionalmente, normas de eficácia contida ou de eficácia limitada, a exemplo de “na forma da lei”, “a lei regulará” ou “nos termos da lei”, esta última encontrada diversas vezes no mesmo artigo 7º, em seus incisos I, XII, XIX, XX, XXI, XXIII e XXVII.

Nada impediria que tal norma, mesmo que de eficácia plena, fosse regulamentada por norma infraconstitucional – não à toa, a Reforma Trabalhista tratou do assunto, em 2017 –, mas ela não depende disso. E não parece adequada a interpretação que vem sendo adotada para vincular e submeter o Direito do Trabalho inteiramente às normas do Código Civil, para a análise das indenizações por danos extrapatrimoniais oriundos de relações de trabalho, sem a menor adaptação às singulares demandas laborais. Tanto as normas anteriores à Reforma Trabalhista – que permitiam aplicação do direito comum somente quando compatível com os princípios fundamentais do Direito do Trabalho –,

quanto as posteriores – que criam um sistema específico de Responsabilidade Extrapatrimonial ao Direito do Trabalho – não permitiam interpretação que reconhecesse que o tradicional sistema de Responsabilidade Civil conseguia suprir as necessidades peculiares do Direito do Trabalho.

A Reforma Trabalhista, criando um sistema específico ao Direito do Trabalho, deu um passo importante no tratamento de casos que merecem ser apreciados de acordo com suas peculiaridades. Porém, conforme analisado no tópico 4.3, o sistema criado ainda esbarra em diversos problemas e inseriu elementos incongruentes com os próprios princípios constitucionais e morais do Direito do Trabalho. Com base em Dworkin, podemos dizer que o legislador rompeu com o princípio legislativo ao produzir normas moralmente incoerentes e que quebram com o romance em cadeia do Direito do Trabalho brasileiro, que busca a melhoria das condições do trabalhador.

Se um dano extrapatrimonial é causado a um trabalhador, não é relevante saber quanto é sua remuneração mensal, porque essa informação, de nenhum modo, pode ser considerada para limitar quanto é justo que o ofensor pague a título de indenização. Nenhum ser humano tem merecimento sobre valor nenhum quando sofre um dano extrapatrimonial, porque danos desta natureza não permitem valoração.

O único parâmetro objetivo razoável, sob a ótica da vítima, é a delimitação de valores na Reclamação Trabalhista que ela mesma faz. À exceção desta condição, devemos ir além da utilização da vítima como parâmetro, investigando que valor será o mais justo possível para que reconheçamos que a conduta culposa é equivocada e inaceitável a partir dos nossos princípios e regras, especialmente as de proteção à vida e à integridade física do trabalhador.

Ainda, é necessário que o valor da indenização também reconheça que, com o dano, o trabalhador sofreu uma interferência injusta em sua esfera de individualidade e em suas liberdades fundamentais, ao mesmo tempo em que, em contrapartida, o ofensor é o próprio empregador que tinha dever de zelar por sua vida e sua integridade física.

Condutas culposas do empregador representam muito mais do que decidir não consertar um equipamento danificado ou não realizar uma reforma estrutural no Meio Ambiente do Trabalho. Condutas desta natureza representam uma quebra contratual e moral do dever de zelar por aquele que está a ele

subordinado, em situação de vulnerabilidade, dispendendo sua força de trabalho em prol do lucro da empresa. É colocar em risco a vida do trabalhador, bem que não pode ser substituído, nem reparado.

Assim, o sistema de Responsabilidade Civil usado no Direito do Trabalho nunca foi plenamente construído com base nas exigências específicas que a disciplina demanda. Utilizamos o Direito Civil por ser a disciplina que mais detalhadamente trata do tema. Contudo, não podemos afirmar que Direito Civil e Direito do Trabalho possuem essência tão semelhante – apesar de ambos constituírem ramos do direito privado – a ponto de adotarem o mesmo sistema de Responsabilidade Extrapatrimonial.

Não à toa, se inicialmente o Direito Privado englobava diversas áreas e as tratava com homogeneidade, ele, posteriormente, precisou se fragmentar mais para atender às peculiaridades de cada ramo, a exemplo do Direito Civil, do Direito do Trabalho e do Direito do Consumidor. Mesmo o Direito Civil, que, em tese, manteve suas raízes privadas mais firmes, também passou por reformulações importantes, principalmente a partir da Constituição de 1988, que lhe impôs, por exemplo, dar função social à propriedade privada e salvaguardar a eficácia tanto vertical quanto horizontal dos direitos fundamentais nas relações privadas.

O Direito do Trabalho tem como um de seus pressupostos o reconhecimento de que há uma grande desigualdade material entre empregador e trabalhador. A premissa é a de que os contratos de trabalho são firmados, em sua grande maioria, envolvendo trabalhadores em condição de vulnerabilidade, que não tem poder de negociação ampla e que, por isso, em muitos casos, limitam suas reivindicações a pedidos singelos, pontuais e até basilares perante o empregador – a exemplo do aparentemente simples pedido de reajuste ou aumento real do salário, os quais, na prática, geram discussões entre trabalhadores que pedem percentuais acima da inflação e empregadores que oferecem percentuais muito menores. No que tange ao Meio Ambiente do Trabalho, a exposição a riscos desnecessários e evitáveis, dos mais leves aos mais graves, é muito comum e os trabalhadores comumente os toleram pelo simples temor de perder o emprego caso exerçam seu direito de resistência. Isto tudo é o que quer expressar o mais famoso princípio do Direito do Trabalho: o da proteção.

Principiologicamente, o Direito do Trabalho nasce como um corretor de desigualdade e é por esta razão que tem normas de cunho mais protetivo. É neste sentido que escreveu Américo Plá Rodriguez, autor uruguaio responsável pela subdivisão clássica do princípio da proteção em princípios da norma mais favorável, da condição mais benéfica e do *in dubio pro operario*:

O princípio da proteção se refere ao critério fundamental que orienta o Direito do Trabalho, pois este, ao invés de inspirar-se num de igualdade, responde ao objetivo de estabelecer um amparo preferencial a uma das partes: o trabalhador. Enquanto no direito comum uma constante preocupação parece assegurar a igualdade jurídica entre os contratantes, no Direito do Trabalho a preocupação central parece ser a de proteger uma das partes com o objetivo de, mediante essa proteção, alcançar-se uma igualdade substancial e verdadeira entre as partes (RODRIGUEZ, 2000, p. 83).

Américo Plá Rodriguez enuncia que “o fundamento deste princípio está ligado à própria razão de ser do Direito do Trabalho” (2000, p. 85). De fato, a própria separação entre Direito do Trabalho e Direito Civil reside exatamente no pressuposto da vulnerabilidade do trabalhador e de sua posição insuperável de desigualdade. Se assim não fosse, as normas do Direito Civil já seriam suficientes, porque trataríamos de partes mais ou menos iguais – digo “mais ou menos”, porque o Direito Civil, sem dúvidas, admite que as partes possam não estar em equilíbrio de igualdade, mas não no mesmo sentido que o Direito do Trabalho. Rodriguez (2000) relembra que

Historicamente, o Direito do Trabalho surgiu como consequência de que a liberdade de contrato entre pessoas com poder e capacidade econômica desiguais conduzia a diferentes formas de exploração. Inclusive, mais abusivas e iníquas.

O legislador não pôde (sic) 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 desiguais (2000, p. 85).

A concepção constitucional brasileira acerca do Direito do Trabalho não é diferente. O artigo 7º da Constituição da República de 1988 objetiva, em seu caput, a melhoria da condição social do trabalhador e assegura, nos incisos, diversas proteções em seu favor: proteção contra despedida arbitrária ou sem

justa causa e contra desemprego; garantia do mínimo, da irredutibilidade e da intangibilidade salarial; maior oneração do trabalho noturno em relação ao diurno, já que aquele é muito mais desgastante; proteção contra excesso de jornada; garantia de descanso semanal remunerado; oneração do serviço em jornada extraordinária; garantia de férias e décimo terceiro anuais; garantia de licença-maternidade e paternidade, ainda que ambas ainda demonstrem tratamento desigual entre mães e pais; proteção do mercado de trabalho da mulher; garantia de aviso prévio à rescisão contratual, proporcional ao tempo de serviço; proteção contra riscos inerentes ao trabalho, um dos temas centrais desta tese; oneração de atividades penosas, insalubres e perigosas; garantia de aposentadoria; proteção em face da automação; garantia de seguro contra acidentes de trabalho; proibição de diferença salarial, de discriminação por motivo de sexo, idade, cor, estado civil e deficiência; dentre outros.

Segue na mesma concepção a garantia do direito de greve, prevista no artigo 9º da Constituição da República de 1988, deixando a cargo dos trabalhadores a decisão sobre a oportunidade de exercê-lo e sobre os interesses que queiram defender. Ficam protegidos para o exercício de um direito historicamente marginalizado, já que ele demanda o aparente rompimento do sinalagma contratual que, basicamente, exige que o empregador remunere o trabalhador que presta serviços. Contudo, a greve é considerada como causa de suspensão do contrato de trabalho, ficando assegurada a paralisação das atividades em prol da luta por melhorias nas condições de trabalho sem que isso gere rompimento contratual – exceto nos casos de abusos.

Apesar do artigo 7º da Constituição da República ter destacado a importância da conduta do empregador para a análise da indenização por eventual acidente do trabalho, veremos no 4º Capítulo que as decisões judiciais conseguem ser até paradoxais, porque reconhecem a existência e a importância do caráter punitivo-pedagógico da indenização, mas não deferem valores que, concretamente, demonstrem a aplicação de tal fundamentação. Se os valores demonstrassem intenção punitivo-pedagógica, as decisões judiciais seriam mais eficazes em contribuir com a prevenção de futuros acidentes de trabalho e fariam muito mais sentido concreto, porque seus fundamentos seriam compatíveis com os valores da condenação.

Se o objetivo da Constituição da República e do Direito do Trabalho é restabelecer, ao máximo possível, o equilíbrio entre empregados e empregadores, precisamos, então, construir instrumentos que efetivem isso. A aplicação do caráter punitivo-pedagógico constitui a reciprocidade de dar, ao empregador negligente, o mesmo tratamento que ele dedica aos trabalhadores a ele subordinados. Se, inicialmente, sua decisão de expor os trabalhadores a riscos desnecessários é pautada por uma análise econômica de custos e benefícios, é desta forma que o ordenamento jurídico deve lhe tratar. Se este é o raciocínio que mais faz sentido ao empregador negligente para decidir sobre questões do Meio Ambiente do Trabalho, é com este mesmo raciocínio econômico que ele vai compreender que não é aceitável fazer ponderações entre expressões monetárias e a integridade física e a vida de nenhum ser humano.

O artigo 5º, §2º da Constituição da República dispõe que:

§ 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte (BRASIL, 1988).

Há muitas manifestações da Organização Internacional do Trabalho sobre a importância da proteção ao trabalhador, sendo que um de seus objetivos é promover a justiça social, tendo desempenhado “um papel importante na definição das legislações trabalhistas e na elaboração de políticas econômicas, sociais e trabalhistas durante boa parte do século XX” (OIT, 20-?). E o Brasil, enquanto seu membro fundador e participante desde a primeira reunião da Conferência Internacional do Trabalho (OIT, 20-?), vincula-se aos princípios e objetivos essenciais da Organização, bem como a cada Convenção que, após ratificada, ganha eficácia jurídica no ordenamento pátrio.

A Declaração da Filadélfia de 1944, que elaborou o Anexo da Constituição da OIT, foi ratificada pelo Brasil e esclarece sobre os fins e objetivos da Organização, declarando, em seu item I, que os princípios fundamentais sobre os quais repousa a Organização são, principalmente, os que seguem:

- a) o trabalho não é uma mercadoria;
[...]
- d) a luta contra a carência, em qualquer nação, deve ser conduzida com infatigável energia, e por um esforço internacional contínuo e conjugado, no qual os representantes dos

empregadores e dos empregados discutam, em igualdade, com os dos Governos, e tomem com eles decisões de caráter democrático, visando o bem comum (OIT, 1944, p. 19 e 20).

Ainda, o item II do Anexo ressalta que, para que a paz seja duradoura, deve se assentar sobre a justiça social, de modo que

- a) todos os seres humanos de qualquer raça, crença ou sexo, têm o **direito de assegurar o bem-estar material e o desenvolvimento espiritual dentro da liberdade e da dignidade, da tranqüilidade econômica e com as mesmas possibilidades;**
- b) a realização de condições que permitam o exercício de tal direito deve constituir o principal objetivo de qualquer política nacional ou internacional;
- c) quaisquer planos ou medidas, no terreno nacional ou internacional, máxime os de caráter econômico e financeiro, devem ser considerados sob esse ponto de vista e somente aceitos, quando favorecerem, e não entravarem, a realização desse objetivo principal; (OIT, 1944, p. 20, grifos meus).

Em seu item III, o Anexo acentua que a obrigação da OIT é auxiliar que os países executem programas que objetivem “assegurar uma proteção adequada da vida e da saúde dos trabalhadores em todas as ocupações” (OIT, 1944, p. 21). Isto se demonstra de maneira muito expressiva em Convenções Internacionais da OIT que tratam do tema da saúde dos trabalhadores, a exemplo das Convenções de nº. 42, 81, 115, 119, 120, 134, 136, 148, 155, 161, 167, 170, 174 e 176, todas com ratificação dada pelo Brasil, motivo pelo qual possuem validade de normas internas ao nosso ordenamento jurídico.

Deste modo, para interpretar o inciso XXVIII do artigo 7º da Constituição da República, impõe-se que busquemos o argumento que melhor protege o trabalhador contra os riscos do Meio Ambiente do Trabalho que pairam sobre sua vida e sua integridade física. Esta conclusão também pode ser reforçada pelo inciso XXII do mesmo artigo, que coloca como direito dos trabalhadores a “redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança” (BRASIL, 1988).

Este inciso XXII permite, inclusive, reduzir a importância dada aos adicionais pagos pela exposição do trabalhador a riscos, previstos no mesmo artigo, em seu inciso XXIII, como direitos dos trabalhadores: “adicional de remuneração para as atividades penosas, insalubres ou perigosas, na forma da lei” (BRASIL, 1988). Estes adicionais devem, também com base no princípio da

proteção, ser pagos de maneira residual, quando nada mais há de ser feito no Meio Ambiente do Trabalho para eliminar, reduzir ou neutralizar os riscos.

O objetivo principal do Direito do Trabalho é resguardar o trabalhador de possíveis danos, e não o remunerar com adicionais *a priori* ou indenizações *a posteriori* à ocorrência dos danos físicos que pode sofrer em um acidente do trabalho. Se, para melhor interpretar o referido inciso XXVIII, estamos buscando o argumento que melhor protege o trabalhador, sem dúvidas este argumento é o desestímulo econômico que o caráter punitivo-pedagógico pode trazer quando aplicado.

Por ambicionar o desestímulo de riscos desnecessários, o caráter punitivo-pedagógico deseja a proteção do trabalhador e, por isso, mostra-se adequado à Constituição da República e aos princípios do Direito do Trabalho. Em conformidade à redação do inciso XXVIII, constituem um instituto que dá enfoque especial à conduta do empregador, que é capaz de dar maior proteção ao trabalhador e de desestimular condutas que possam colocar sua vida e sua integridade física sob riscos desnecessários e que não permitem que o trabalhador seja tratado como um instrumento da produção, passível de ser economicamente analisado e de ter seus danos transformados em valores compensatórios insuficientes.

A seguir, analiso casos selecionados da jurisprudência brasileira para confirmar que o caráter punitivo-pedagógico é aceito como fundamentação das decisões.

4.3.3 A Jurisprudência e o Reconhecimento do Caráter Punitivo-Pedagógico

Reiterando e complementando o que expus rapidamente no 1º Capítulo, a jurisprudência brasileira possuía ampla aceitação do caráter punitivo-pedagógico e esta finalidade da Responsabilidade Civil é frequentemente utilizada como parte da fundamentação de decisões.

Realizei a pesquisa deste tópico na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, do Tribunal Superior do Trabalho e do Superior Tribunal de Justiça. Apenas no site do Tribunal Superior do Trabalho, a pesquisa livre de

jurisprudência pelas expressões combinadas “indenização” e “caráter pedagógico” resulta em 24.994 acórdãos, demonstrando ampla utilização dessa finalidade da indenização como fundamento das decisões.

Já no site do Superior Tribunal de Justiça, a pesquisa livre de jurisprudência pelas expressões combinadas “indenização” e “caráter pedagógico” resulta em 43 acórdãos e 3152 decisões monocráticas. Por esse motivo, o 3º Capítulo adotará um corte metodológico temporal, por questões de tempo e espaço da produção desta tese.

Por isso, em função do tempo que dispus e do espaço que dediquei a este assunto na tese, adotei um critério temporal como corte metodológico: abaixo, incluo as decisões julgadas entre agosto e dezembro de 2017, período em que realizei a pesquisa jurisprudencial, utilizando na busca as seguintes expressões: “Caráter punitivo-pedagógico & indenização”, “caráter punitivo & indenização”, “caráter pedagógico & indenização”, “punitive damages & indenização”.

Não se encaixa neste critério temporal de pesquisa o Supremo Tribunal Federal, por não possuir decisões deste tema neste período. O tema aparece muito pouco em sua jurisprudência e não há posicionamento direto da Corte Suprema sobre o assunto. Ainda assim, cito destacável decisão do Ministro Celso de Mello, no Agravo de Instrumento nº 455846, reconhecendo que

a fixação do quantum pertinente à condenação civil imposta ao Poder Público - presentes os pressupostos de fato soberanamente reconhecidos pelo Tribunal a quo - observou, no caso ora em análise, a orientação que a jurisprudência dos Tribunais tem consagrado no exame do tema, notadamente no ponto em que o magistério jurisprudencial, pondo em destaque a dupla função inerente à indenização civil por danos morais, enfatiza, quanto a tal aspecto, a necessária correlação entre o caráter punitivo da obrigação de indenizar (“punitive damages”), de um lado, e a natureza compensatória referente ao dever de proceder à reparação patrimonial, de outro (BRASIL, STF, 2004).

O Ministro afirma que vários Tribunais reconhecem essa orientação punitiva, dando destaque ao Superior Tribunal de Justiça, cuja jurisprudência segue nesta direção, conforme abaixo exporei. Ainda, o Ministro faz referência ao autor Caio Mário da Silva Pereira, destacando seus ensinamentos sobre o fulcro do conceito ressarcitório, que converge em duas forças: o caráter punitivo e o caráter compensatório (BRASIL, STF, 2004).

Quanto ao Tribunal Superior do Trabalho, como o volume de decisões que confirmavam o caráter punitivo-pedagógico era muito grande, selecionei apenas algumas delas. A primeira origina-se no Processo nº RR-131175-26.2014.5.13.0007 (BRASIL, TST, 2017a), cujo Relator era o Ministro Hugo Carlos Scheuermann, o qual repetiu seu conteúdo em diversas outras decisões de sua relatoria, a exemplo dos Processos de nº AgR-E-RR-210300-74.2013.5.13.0008 (BRASIL, TST, 2017g); nº AgR-E-ED-RR-102200-25.2013.5.13.0008 (BRASIL, TST, 2017e); e nº AgR-E-ED-RR-205300-48.2013.5.13.0023 (BRASIL, TST, 2017f).

Em todos, o Ministro declarou que a fixação da indenização deve levar em conta os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, bem como a gravidade da lesão e o caráter pedagógico e punitivo da sanção, além de considerar o bem jurídico lesionado e a capacidade econômica das partes.

Nos Processos de nº ARR-733-82.2011.5.09.0008 (BRASIL, TST, 2017d) e nº AIRR-24252-13.2013.5.24.0004 (BRASIL, TST, 2017c), a Ministra Relatora Maria Helena Mallmann reforçou o caráter punitivo-pedagógico e destacou seu efeito inibitório e dissuasório sobre os danos morais. Ainda, defendeu a importância da aplicação do Princípio da Proporcionalidade, além de prudência, bom senso e razoabilidade na fixação do valor da indenização, observando sempre a capacidade econômica das partes.

Nos Processos de nº RR-595-32.2014.5.10.0801 (BRASIL, TST, 2017j), nº ARR-18500-47.2007.5.17.0010 (BRASIL, TST, 2017b) e nº RR-115700-40.2010.5.17.0013 (BRASIL, TST, 2017h), o Ministro Relator José Roberto Freire Pimenta repetiu o argumento de que

ao arbitrar valor da condenação, o julgador deve agir em observância ao princípio da proporcionalidade estabelecido no citado dispositivo, devendo, também, levar em consideração as circunstâncias do caso concreto, a natureza e a extensão do dano, o potencial econômico da ré; e, ainda, o caráter punitivo-pedagógico da indenização.

Por fim, cito o Processo de nº RR-19000-47.2006.5.17.0011 (BRASIL, TST, 2017i), cuja relatoria coube à Ministra Delaíde Miranda Arantes, a qual pronunciou que, com relação ao *quantum* fixado para a indenização por dano moral, utilizando o artigo 944 do Código Civil,

deve-se estipular uma quantia que, considerando a extensão do dano, tenha caráter pedagógico-punitiva para o infrator e compensatória para a vítima, não podendo ser meio de enriquecimento para um, e de ruína para outro.

Por sua vez, o Superior Tribunal de Justiça reconheceu o caráter punitivo-pedagógico da indenização em várias de suas decisões. Uma delas se deu no Recurso Especial nº 1.645.744 – SP. A fundamentação destaca a importância de “refutar com veemência as ações consideradas oportunistas e, simultaneamente, reprimir a reincidência e a inércia de ofensores contumazes que preferem acumular lucros”, sabendo que a demanda será discutida com um pequeno número de inconformados, “em vez de investir para oferecer serviços e produtos adequados a toda coletividade” (BRASIL, STJ, 2017c, p. 15).

No caso, o Ministro Relator Ricardo Villas Bôas Cueva reconheceu que o valor reparatório devia ostentar natureza pedagógica e punitiva e, ainda, indicou outras decisões onde o mesmo raciocínio é utilizado, além de citar posicionamento doutrinário favorável de Clayton Reis e Sérgio Cavalieri Filho³³.

Ainda, é interessante como a decisão também manifesta preocupação com a proporcionalidade do caráter punitivo-pedagógico, quando declara que o valor arbitrado não acarretará prejuízos à continuidade das atividades da empresa, além de não ser capaz de “modificar a condição de vida do recorrido que, provavelmente, permanecerá na dependência do transporte público coletivo”. Conforme já destaquei, a condição de vida do recorrido é muito menos importante do que a do ofensor, porque é a conduta deste que precisa da incidência do caráter punitivo-pedagógico.

Ainda, no Recurso Especial nº 1.680.689 – RJ, de relatoria do Ministro Herman Benjamin, o Superior Tribunal de Justiça manifestou-se no sentido de que o valor da indenização não pode desprestigiar o caráter punitivo-pedagógico:

A quantificação do valor do dano moral é matéria delicada, ficando sujeita à ponderação do julgador, que deve sempre observar os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, haja vista que embora o art. 5º, inciso V, da Constituição da República tenha assegurado a indenização por dano moral, não estabeleceu os parâmetros para a fixação.

³³ Para autores a favor e contra o caráter punitivo-pedagógico da indenização, cf.: (PEREIRA, 2016); (CAVALIERI, 2012); (CAHALI, 2011); (LISBOA, 2012); (BITAR, 2015); (SANTOS, 2016); (ANDRADE, 2018); (REIS, 2002), (THEODORO JUNIOR, 2016); (MORAES, 2003) e (STOCO, 2013).

Também devem ser observados, para a fixação da verba, o poder econômico do ofensor, a condição econômica do ofendido, a gravidade da lesão e sua repercussão, não se podendo olvidar da moderação, para que não haja enriquecimento ilícito ou mesmo desprestígio ao caráter punitivo-pedagógico da indenização (BRASIL, STJ, 2017d).

No Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial nº 1.067.993 – RO (BRASIL, STJ, 2017a), o Ministro Relator Marco Aurélio Bellizze também destacou que a parte, no caso, havia feito publicidade enganosa e que, por isso, era cabível o caráter punitivo da indenização.

Por sua vez, no Recurso Especial nº 1.652.588 – SP, foi reconhecido que, na quantificação do dano extrapatrimonial, devem ser levados em consideração parâmetros “como a capacidade econômica dos ofensores, as condições pessoais das vítimas e o caráter pedagógico e sancionatório da indenização, critérios cuja valoração requer o exame do conjunto fático-probatório” (BRASIL, STJ, 2017b). A título de curiosidade, posteriormente, o Ministro Relator Ricardo Villas Bôas Cueva e a Terceira Turma do STJ utilizaram a mesma fundamentação e as mesmas frases tanto no Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial 1.249.098 – SP (BRASIL, STJ, 2018a), quanto no Recurso Especial 1.677.957 – PR (BRASIL, STJ, 2018c) e no Recurso Especial 1.652.588 – SP (BRASIL, STJ, 2017b):

a quantificação do dano extrapatrimonial deve levar em consideração parâmetros como a capacidade econômica dos ofensores, as condições pessoais das vítimas e o caráter pedagógico e sancionatório da indenização, critérios cuja valoração requer o exame do conjunto fático-probatório (BRASIL, STJ, 2017b, p. 23).

Também, no Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial nº 1.077.842 – GO (BRASIL, 2018b), o Ministro Relator Mauro Campbell Marques destacou que o *quantum* indenizatório definido pelo acórdão recorrido se coaduna com o caráter pedagógico.

A título de complementação, vários outros Tribunais no Brasil reconhecem o caráter punitivo-pedagógico da indenização. Cito, como exemplo, decisão do Tribunal Regional do Trabalho da 8ª Região sobre um dos casos que será discutido no próximo capítulo (BRASIL, TRT8, 2009). Foi reconhecido – muito antes da Reforma Trabalhista prever os critérios de análise nos incisos do artigo

223-G da CLT – que, para a fixação do quantum indenizatório, devem ser levados em consideração vários elementos como:

a gravidade do dano; sua extensão; a reincidência do ofensor; a posição profissional e social do ofendido; **a condição financeira do ofensor**; a condição financeira do ofendido. Por derradeiro, **deve ser observada a aplicação da teoria do desestímulo**³⁴ com o fito de evitar a reincidência da prática delituosa” (BRASIL, TRT8, 2009).

Para o Conselho da Justiça Federal – que não tem caráter vinculante nem jurisprudencial, mas que contribui para a construção da interpretação jurídica –, em seu Enunciado 379 da IV Jornada de Direito Civil, “o art. 944, caput, do Código Civil não afasta a possibilidade de se reconhecer a função punitiva ou pedagógica da responsabilidade civil” (BRASIL, CJF, 2006).

No Capítulo a seguir, veremos que os trabalhadores são comumente expostos a riscos desnecessários no Meio Ambiente do Trabalho e que, por isso, faz sentido que grande parte das decisões judiciais fundamentem-se, majoritariamente, no caráter punitivo-pedagógico.

³⁴ Uma das propostas do Projeto de Lei 276/2007 (já arquivado) era inserir um Parágrafo Segundo no artigo 944 do Código Civil, com a seguinte redação: “§ 2º A reparação do dano moral deve constituir-se em compensação ao lesado e adequado desestímulo ao lesante” (BRASIL, 2007).

5 SAÚDE E SEGURANÇA DO TRABALHADOR: A NEGLIGÊNCIA COMO CAUSA CENTRAL DOS ACIDENTES DE TRABALHO NO BRASIL

Neste último Capítulo, tenho como objetivo básico comprovar uma única coisa: a negligência é a principal causa dos acidentes que acontecem no Meio Ambiente do Trabalho no Brasil. Nosso país coleciona estatísticas assustadoras com relação a acidentes e doenças do trabalho e temos diversos instrumentos para auxiliar na empreitada de evita-los. Contudo, ainda ocupamos o 4º lugar mundial dentre os países que mais sofrem com acidentes do trabalho e talvez seja necessário algum instrumento mais eficaz.

Segundo informações da Organização Internacional do Trabalho,

Todos os dias, uma pessoa morre como resultado de acidentes ocupacionais e doenças relacionadas ao trabalho – mais de 2,78 milhões de mortes por ano. Em adição, há cerca de 374 milhões de lesões não fatais e doenças relacionadas ao trabalho a cada ano, muitas das quais resultam em faltas prolongadas ao trabalho. O custo humano dessas adversidades diárias é vasto e o fardo econômico de escassas práticas de saúde e segurança ocupacional é estimado em 3,94% do produto mundial bruto a cada ano (OIT, 2018?).

No Brasil, de acordo com o Observatório Digital de Saúde e Segurança no Trabalho (desenvolvido pelo Ministério Público do Trabalho em parceria com a Organização Internacional do Trabalho), desde 2016 até 02 de janeiro de 2019, foram registrados 1.743.210 acidentes do trabalho, incluindo casos com e sem emissão da Comunicação de Acidente do Trabalho (CAT), bem como 6.245 mortes acidentárias foram notificadas no mesmo período (BRASIL, MPT, 2018b).

Dados do Ministério do Trabalho³⁵ (2016) informam que, de janeiro e novembro de 2016, foram realizadas 54.496 ações fiscais que alcançaram mais de 8 milhões de trabalhadores e resultaram em 37.068 notificações, 67.600

³⁵ Apesar da entrega deste trabalho ser feita em janeiro de 2019, após a Medida Provisória nº 870, de 02 de janeiro de 2019, que, lamentavelmente, extingue o Ministério do Trabalho e distribui suas atribuições aos Ministérios da Economia, da Justiça e Segurança Pública e da Cidadania, optei por manter o uso da expressão “Ministério do Trabalho” ao longo do trabalho inteiro, em respeito à produção valiosa já realizada pela instituição no Brasil desde sua criação, em 1930. Vale ressaltar que foi proposta a ADI nº 6057 contra os dispositivos da MP nº 870/2019 respectivos à extinção. No mesmo sentido, foi proposta a ADPF nº 561, a qual foi rejeitada, sem análise de mérito, por falta de legitimidade da parte autora.

autuações e 2.877 embargos e interdições, mas que analisaram apenas 1.156 acidentes.

Em matéria do site do Ministério Público do Trabalho, foi ressaltado que, de 2012 a 2017, houve quase 4 milhões de acidentes e doenças do trabalho no Brasil, gerando

um gasto maior que R\$ 26 bilhões somente com despesas previdenciárias e 315 milhões de dias de trabalho perdidos. “Segundo estimativas globais da Organização Internacional do Trabalho (OIT), acidentes e doenças de trabalho implicam perda anual de cerca de 4% do Produto Interno Bruto, o que, no caso do Brasil, equivaleria, em números de 2017, a R\$ 264 bilhões”, revela o procurador do Trabalho Luís Fabiano de Assis, responsável pelo observatório (BRASIL, MPT, 2018d).

O mais recente Anuário Estatístico de Acidentes do Trabalho, referente ao ano de 2017 e divulgado em 27 de setembro de 2018 pela Previdência Social, demonstrou que ocorreram 549.405 acidentes do trabalho no Brasil neste período, representando uma queda de 6,2%³⁶ em relação a 2016. O documento, ainda, mostrou que houve redução no número de acidentes típicos (355.560 em 2016 e 340.229 em 2017) e de doenças (13.927 em 2016 e 9.700 em 2017), mas aumento nos acidentes de trajeto (108.552 em 2016 e 110.685 em 2017). Dentre os Estados, os com mais expressivo número de acidentes do trabalho foram: São Paulo, com 187.700 acidentes; Minas Gerais, com 56.125; Rio Grande do Sul, com 46.736; Paraná, com 41.807; e Rio de Janeiro, com 37.469 (BRASIL, MF, 2018).

Além disso, os setores em que mais se verificou a ocorrência de acidentes foram, em ordem de colocação: atividades de atendimento hospitalar, com 53.524 acidentes; comércio varejista de mercadorias em geral, com 21.332; administração pública em geral, com 16.917; transporte rodoviário de carga, com 12.729; atividades de Correio, com 12.580; e abate de suínos, aves e pequenos animais, com 10.492. Nenhum desses, por outro lado, teve maior número de mortes ou de invalidez permanente, os quais, respectivamente, ficaram com o

³⁶ Não se deve, contudo, tirar conclusões precipitadas sobre a redução. É necessário analisar mais dados para saber se a redução foi real. O AEAT lida com a quantidade de acidentes formalizados em um período, mas não utiliza outros dados a exemplo do aumento ou da diminuição dos empregos formais no período, por exemplo. Para mais detalhes, consultar o AEAT – 2017 (BRASIL, MF, INSS, 2018).

Transporte Rodoviário de Cargas (252 mortes) e com o setor de Construção de Edifícios (364 casos) (BRASIL, MF, 2018).

De acordo com a Associação de Magistrados da Justiça do Trabalho da 1ª Região (AMATRA 1),

o Brasil registra mais de 700 mil acidentes de trabalho por ano, o que coloca o país em quarto lugar no mundo nesse aspecto, segundo a Organização Internacional do Trabalho (OIT), atrás apenas de China, Índia e Indonésia (AGÊNCIA BRASIL, 2016).

Uma matéria do MPT Notícias, no site do Ministério Público do Trabalho, enfatiza o dado alarmante de que, no Brasil, a cada 48 segundos acontece um acidente do trabalho e a cada 3 horas e 38 segundos um trabalhador morre “pela falta de uma cultura de prevenção à saúde e à segurança do trabalho” (BRASIL, MPT, 2018a), apresentando uma informação bastante interessante:

Na oportunidade, o coordenador nacional de Defesa do Meio Ambiente do Trabalho, Leonardo Osório Mendonça, lembrou que, em 4 de abril, completou meio século da morte de Martin Luther King Júnior. “Poucos sabem que o motivo que o levou até Memphis, local do seu assassinato, foi uma greve ambiental, em que empregados de limpeza urbana reclamavam melhores condições de trabalho. Eles carregavam o lixo na cabeça, o chorume escorria, mas não tinham onde tomar banho”, contou (BRASIL, MPT, 2018a).

Explicita-se, na matéria, que mais de 90% dos acidentes poderiam ser evitados caso as medidas das Normas Regulamentadoras do extinto Ministério do Trabalho fossem, de fato, respeitadas e implementadas. Ainda, destaca duas importantes posições de Procuradores do Trabalho:

Por isso, para o titular da Codemat, ainda que haja redução de número de acidentes, não há o que se comemorar, porque precisaria reduzir mais de 90% dos casos, já que é essa a taxa de prevenção possível. “São vidas humanas, são famílias, maridos, esposas, pais e filhos, que perdem seus entes queridos por conta da falta de prevenção nos ambientes de trabalho. Não podemos aceitar que um trabalhador saia de casa sadio e não volte”, ressalta.

Para o vice procurador-geral do MPT, Luiz Eduardo Bojart, “não se desenvolve um país, não se cria uma cidadania, matando ou adoecendo os trabalhadores. Temos que pensar em um desenvolvimento que seja socialmente sustentável. Essa é a nossa bandeira”, concluiu, alertando, ainda, que o trabalhador não pode ser visto como custo, mas como cidadão, pois, acima de tudo, há de estar a segurança, a saúde e a vida (BRASIL, MPT, 2018a).

A importância da prevenção é sabida por todos. Há séculos, Bernardino Ramazzini (2016) já contemplava o valor de prevenir antes de remediar. Sua obra, um clássico da Medicina do Trabalho que tem impactos até hoje, empenha muitas palavras para expressar exatamente que devemos dar atenção à prevenção e às próprias condições em que o trabalho é exercido para evitar as doenças dos trabalhadores.

o médico que vai atender a um paciente proletário não se deve limitar a pôr a mão no pulso, com pressa, assim que chegar, sem se informar de suas condições; não delibere de pé sobre o que convém ou não convém fazer, como se não jogasse com a vida humana; [...]. Um médico que atende um doente deve informar-se de muita coisa a seu respeito pelo próprio e pelos seus acompanhantes, segundo o preceito do nosso Divino Preceptor, “quando visitares um doente convém perguntar-lhe o que sente, qual a causa, desde quantos dias, se seu ventre funciona e que alimento ingeriu”, são palavras de Hipócrates no seu livro “Das Afecções”; a estas interrogações devia-se acrescentar outra: “e que arte exerce?”. Tal pergunta considero oportuno e mesmo necessário lembrar ao médico que trata um homem do povo, que dela se vale para chegar às causas ocasionais do mal, a qual quase nunca é posta em prática, ainda que o médico a conheça. Entretanto, se a houvesse observado, poderia obter uma cura mais feliz (RAMAZZINI, 2016, p. 24 e 25).

Os dados brasileiros são alarmantes e essas informações são as principais justificativas que motivaram a pesquisa e a escrita desta tese. Nosso esforço ainda é muito pequeno para mudar essa realidade e precisamos de instrumentos mais eficazes para enfrenta-la. Para isso, é necessário que esclareçamos alguns conceitos importantes sobre acidentes do trabalho antes de analisarmos alguns casos concretos que nos comprovem que a negligência é a principal causa dos acidentes ocorridos no Brasil.

5.1 BREVES REFLEXÕES SOBRE O CONCEITO DE ACIDENTE

Antes de discutirmos o conceito de acidente do trabalho, é importante que atentemos para alguns detalhes. Qual o conceito da palavra acidente? Será que sempre que acontece um evento danoso à saúde e à integridade física de um

trabalhador estamos diante de um acidente de trabalho? Seria a palavra “acidente” a mais adequada para tratar desta questão? O elemento acidental está mesmo presente em todos esses casos ou, pelo menos, na maioria deles? É possível falar em “acidentes evitáveis”? Se o evento era evitável, podemos chamá-lo de “acidente”?

Acidente é o evento danoso que acontece por acaso, por um infortúnio, de modo fortuito, sendo imprevisível ou, apesar de previsível, incontrolável. Normalmente, é um evento pontual e específico, com pequenas probabilidades de acontecer da mesma maneira, com a mesma pessoa, no mesmo lugar, nas mesmas condições. Etimologicamente, deriva do latim *accidere* e pode envolver um

evento repentino e inesperado que ocorre sem expectativa, instantaneamente [...]; algo imprevisto, inesperado, incomum, extraordinário [...], que não acontece de acordo com a ordem comum das coisas ou eventos, fora do alcance de cálculos ordinários [...]; qualquer prejuízo pessoal inesperado resultante de qualquer revés ou ocorrência não previstos; qualquer ocorrência desagradável ou desafortunada que causa prejuízo, perda, sofrimento ou morte.

[...]

No seu sentido mais limitado, a palavra acidente é usada apenas para eventos que ocorrem sem intervenção do ser humano. Este tipo de acidente também pode ser chamado de ato de Deus. É um evento que nenhuma pessoa causou ou poderia ter evitado – como um tornado, um maremoto ou uma tempestade de gelo [...]. (WEST'S ENCYCLOPEDIA OF AMERICAN LAW, 2008).

Desse modo, eventos causados por atos intencionais, sejam eles dolosos ou culposos, não podem ser chamados de acidentes. Se a pessoa quer causar dano a outrem ou se assume qualquer risco de causar danos a outrem, não podemos sustentar que existe um acidente, mas um ato danoso doloso ou culposo. Se uma pessoa dirige seu veículo respeitando o limite de velocidade, mas, em determinado momento, sofre com mal-estar e uma forte tontura inesperados e, por isso, colide com outro veículo, estamos diante de um acidente. Nada do caráter punitivo-pedagógico pode ser imputado ao condutor que causou o acidente, além da simples responsabilização pelos danos sofridos pelo condutor atingido. O cálculo parece ser bem objetivo e envolve danos materiais, pelos danos ao veículo, e eventuais danos físicos ou estéticos, se o condutor atingido

sofreu pessoalmente com o evento. Neste caso, ocorreu um infortúnio, um evento imprevisível, um simples acidente.

Contudo, se uma pessoa dirige acima do dobro do limite de velocidade, apenas porque confia em sua capacidade de direção, mas, ao passar em uma poça d'água, perde o controle do veículo e colide com outro, não podemos falar que houve um acidente. Dirigir acima do dobro do limite de velocidade é um ato que pressupõe esclarecimento do condutor sobre os riscos ali envolvidos. Portanto, além de danos materiais, físicos e estéticos, é possível que o condutor atingido pleiteie indenização por danos morais, pela perda de uma chance etc.

De acordo com Paul G. Rees Jr. (1964), nos Estados Unidos da América, desde 1933, o Estado do Arizona reconhece o princípio do acidente inevitável (*inevitable or unavoidable*). Fazem-se, contudo, algumas exigências para que ele se caracterize como tal. Uma delas é que haja prudência razoável na situação em questão:

Exige-se, como padrão, que a pessoa seja razoavelmente prudente sob todas as circunstâncias. Se alguma emergência imprevista ocorrer e se, como consequência, são causados danos a terceiros, o infrator não é negligente. O acidente inevitável é aquele que, sob todas as circunstâncias demonstradas por meios de prova, não surgiu por culpa de nenhuma das partes (REES Jr., 1964, p. 225).

Uma outra exigência é a de que não haja culpa de nenhuma das pessoas envolvidas. Segundo o autor,

Um acidente inevitável é aquele que acontece quando todas as pessoas envolvidas agem com um cuidado usual, costumeiro. Se o acidente podia ter sido evitado, por meios sugeridos pela prudência habitual, ele não será considerado inevitável. Se se considera que o acidente em questão era inevitável, ninguém pode ser responsabilizado pelos danos dele resultantes (REES Jr., 1964, p. 225).

Paul Rees Jr. explica que houve uma época em que, nos Estados Unidos da América, se exigia apenas que alguém tivesse sofrido dano para que merecesse ser recompensado.

Contudo, essa regra de 'responsabilidade absoluta', gradualmente, deu espaço a um conceito mais moralista, exigindo algo mais que o dano para sustentar a responsabilidade civil [...]. *Weaver v. Ward* foi genitor das defesas baseadas em ausência de

culpa, porque permitiu a configuração do acidente inevitável como um tipo de excludente de responsabilidade (1964, p. 226).

Desse modo, “o pêndulo do *common law* saiu do ponto de vista que focava no dano para o que focava na culpa do agente causador do dano” (1964, p. 227). É uma importante evolução que, conforme explanarei adiante, também percebemos na jurisprudência brasileira, especialmente no tocante ao reconhecimento de que a culpa do ofensor é um elemento relevante na fixação da indenização.

Na visão do autor, que reputo bastante razoável e equilibrada,

Não é verdade que todos os acidentes não-negligentes são, portanto, inevitáveis. O Direito exige apenas um padrão razoável ou usual de cuidado e o réu escapa da responsabilidade quando acompanha esse padrão. A recusa do Direito em responsabilizar o réu não é um reconhecimento de que o acidente foi inevitável. (REES Jr., 1964, p. 228).

Não seria razoável, portanto, buscar a responsabilização do causador do dano quando ele tiver agido da melhor maneira possível para que o dano não acontecesse. No Brasil, isto não se aplica plenamente, porque, mesmo os danos causados sem dolo ou culpa, podem gerar responsabilização do indivíduo, a exemplo do que acontece com a responsabilidade de pais pelos atos de filhos menores ou com a do empregador pelos acidentes do trabalho, mesmo que não sejam sua culpa.

Neste último caso, quando falo de responsabilidade do empregador, não me refiro àquela atrelada ao caráter punitivo-pedagógico, mas àquela atrelada à assunção dos riscos da atividade pelo empregador. O Direito brasileiro divide os ônus do acidente, porque estes não são suportados unicamente pelo trabalhador sob o argumento de ter sido um acidente. O empregador, mensalmente, faz contribuições previdenciárias ao seguro contra acidentes do Trabalho, a Previdência Social garante proteção ao acidentado, o ordenamento garante estabilidade provisória no emprego etc. Os ônus, no Brasil, não são suportados apenas pelo trabalhador, mas pelo empregador e pela sociedade em geral. Não se trata de culpabilização de ninguém, mas de pensamento solidário, que reconhece que o trabalhador não pode arcar sozinho com as consequências do acidente.

Por outro lado, quando o acidente ocorre por negligência do empregador, precisamos garantir este mesmo sistema, mas também ir mais adiante e

responsabilizá-lo conforme seu grau de culpa, sim, por uma exigência de justiça. Neste caso, o trabalhador não pode ser tratado somente como acidentado, mas como um acidentado por negligência. E é nestes casos que, ao meu ver, é salutar a aplicação do caráter punitivo-pedagógico.

Contudo, especialmente quando se pretende justificar uma indenização vultosa com base no dolo ou na culpa do causador do dano, não se pode permitir exageros. No caso do empregador – novamente reiterando que ele também merece ser tratado com igual consideração e respeito –, não podemos permitir que sua responsabilização por atos culposos não tenha limites práticos nas reais condições que ele possuía para evitar o dano. Sem dúvidas, pode não ser fácil realizar esta análise, uma vez que isto ocorrerá dentro do processo, conforme as provas apresentadas pelos sujeitos envolvidos. Se o empregador consegue comprovar que não sabia do risco ou que, mesmo sabendo, não podia fazer nada para evita-lo, não se pode permitir aplicação do caráter punitivo-pedagógico defendido nesta tese.

Paul Rees Jr. também destaca que o título “acidente inevitável” é uma expressão imprópria “e tende a desorientar e confundir o julgamento da causa caso não haja prova suficiente de que, pelo menos à primeira vista, o caso se trata mesmo de um resultado de um acidente inevitável”, no qual não houve culpa por negligência de nenhuma das partes (REES Jr., p. 234).

Da mesma maneira, quando damos o título de “acidente do trabalho” aos incidentes causados pela negligência do empregador, estamos nomeando a situação de maneira equivocada, pois não se tratam de acidentes, e, ainda, estamos suavizando o tratamento que deveria ser dado ao caso.

Ainda, pertinente destacar que, para Paul Rees Jr., o acidente inevitável não precisa necessariamente “ser aquele que torna fisicamente impossível a prevenção do réu, mas aquele em que o cuidado usual e a diligência não seriam capazes de prevenir o acontecimento” (1964, p. 235). Este argumento é muito importante para o Direito do Trabalho, porque permite que o magistrado compare as provas apresentadas pelas partes com as exigências normativas feitas pelo ordenamento jurídico brasileiro – a exemplo das Normas Regulamentadoras do extinto Ministério do Trabalho. Não se deve exigir do empregador mais do que ele pode conseguir oferecer e não se está exigindo que o empregador realize investimentos exagerados no Meio Ambiente do Trabalho, para além de suas

possibilidades econômicas e das possibilidades da ciência mais moderna. Mas esta preocupação é menos relevante do que parece. Adiante, demonstrarei, com alguns casos relatados em inspeções do Trabalho, que os acidentes causados poderiam ser facilmente evitados se medidas simples tivessem sido tomadas no Meio Ambiente do Trabalho.

Paul Rees Jr., ainda, apresenta critérios bem interessantes para nos ajudar a entender quando um acidente realmente constituirá um evento inevitável. Para ele, não tem havido uniformidade nas definições do conceito, de modo que

algumas incluem uma abordagem negativa (“um acidente que, sob todas as circunstâncias, não poderia ter sido previsto, antecipado ou evitado no exercício de um cuidado usual”); outras declaram reminiscências de questões de responsabilidade civil (“uma ocorrência pela qual não há responsabilidade legal”); outras são afirmações excludentes (“um evento pelo qual somente o destino é responsável... algo além da negligência das partes causou os danos”); (“uma catástrofe inesperada aconteceu”) e declarações de causa aproximada/imediata (“...algo não imediatamente causado por negligência”) (REES Jr., p. 237).

O autor conclui que “o acidente inevitável é aquele mais do que meramente inesperado e menos do que humanamente inevitável ou ‘imprevisível’” e que, pelo menos, seja “uma situação em que o acidente ocorrido não foi causado, em nenhum grau, por atos ou omissões de nenhuma das partes” (REES Jr., p. 237). Ele aprofunda a questão, ademais, para propor um teste mais completo que pretende

perguntar se existe alguma evidência de que o acidente possa ter ocorrido: a) a qualquer um na mesma condição – por exemplo, removendo os atores envolvidos?; b) ao se excluir completamente qualquer ideia de negligência da parte de qualquer um dos sujeitos?; c) mesmo que ambas as partes tenham exercido todo o cuidado que um homem razoável teria exercido sob circunstâncias similares?; d) sem nenhum aviso ou comunicado – como um “ato de Deus”? (REES Jr., p. 237).

Eu ainda adicionaria mais um questionamento a essas proposições: o acidente poderia ter causado menos danos, mesmo que o agente soubesse que ele era inevitável? Se sei que um infortúnio vai acontecer e que eu nada posso fazer para impedi-lo, mas que posso reduzir seus efeitos, devo fazer o que for possível para isso. Se havia algo em meu alcance para reduzir os danos, é

obrigação minha fazê-lo, sob pena de sofrer responsabilização, mesmo diante de um acidente inevitável.

Pertinente a posição do autor em também destacar que, na verdade, parece não existir o “acidente inevitável”, enquanto aquele evento que

não pode ser evitado de jeito nenhum. Parece logicamente próximo do impossível a concepção de uma colisão frontal inevitável entre veículos, sem que haja a interferência de alguma força externa como condições climáticas incomuns, rodovias defeituosas, mal funcionamento mecânico do veículo ou um mal funcionamento físico inevitável do condutor, como um infarto ou um desmaio. Um motorista que repentinamente desmaia não é responsável pelos danos causados por seu carro, a não ser que ele saiba de antemão que pode sofrer com esses episódios.

Em linhas gerais, quando aplicado a casos de negligência, o termo “acidentes inevitáveis” exclui e repele a ideia de negligência e refere-se a ocorrências que não recebem contribuição de atos ou omissões negligentes de nenhuma das partes. O termo é sinônimo a “mero acidente” ou “puro acidente”, o que implica dizer que o acidente ocorreu por conta de algum evento imprevisto ou inevitável sobre o qual nenhuma das partes tinha controle (REES Jr., p. 243, 244 e 246).

No mesmo sentido, é facilmente possível concluir que os acidentes de trabalho raramente são acidentes de fato, mas, quase sempre, são oriundos de negligência e são passíveis de previsibilidade e até de manejo de consequências. Eles só ocorrem, em grande parte dos casos, porque os empregadores decidem não tomar as providências necessárias diante do risco que se apresenta no Meio Ambiente do Trabalho.

Nos casos que relatarei adiante, com base nas inspeções do então Ministério do Trabalho, ficou clara a negligência dos empregadores diante de situações simples do cotidiano do Meio Ambiente do Trabalho. Nenhuma delas exigia vultosos investimentos, mas apenas algumas simples manutenções de equipamentos e infraestruturas e fornecimento de EPIs.

Além disso, acredito que utilizar a expressão “acidente” traz consigo uma carga prévia de compreensão que diminui a gravidade do ocorrido e parece aliviar a responsabilidade do empregador, quando negligente. No sentido do que ensinou Paul Rees Jr., como podemos dizer que é acidente o evento causado por negligência de alguém?

O objetivo deste tópico é apenas chamar nossa atenção para o uso talvez inadequado de uma expressão amplamente aceita pelo Estado e pela sociedade,

coisa que não acontece somente no Brasil. A própria Organização Internacional do Trabalho utiliza expressões como “work-related accidents” e “occupational accidents”. No Brasil, por exemplo, existe a figura da CIPA – Comissão Interna de Prevenção de Acidentes, formada paritariamente por trabalhadores eleitos pelos outros e trabalhadores indicados pelo empregador. Sua denominação usa a palavra “acidente”, mas ela, na verdade, não se ocupa de acidentes no sentido estrito da palavra, mas sim de identificar os riscos reais do Meio Ambiente do Trabalho e saber com o que se está lidando, propondo e exigindo do empregador que medidas sejam tomadas. Não há elemento acidental quando um trabalhador sofre danos e a CIPA e o empregador já sabiam desse potencial danoso.

Não tenho intenção de mudar a utilização da expressão “acidente do trabalho” e, inclusive, mantive-a ao longo desta tese, principalmente por razões didáticas. Poderíamos utilizar palavras mais adequadas como “incidentes do trabalho” ou então dividir os casos entre acidentes imprevisíveis e previsíveis, mesmo que isto pareça uma inconsistência com o próprio significado da palavra acidente. Como conceber um acidente como um evento previsível?

Mas por que essa preocupação terminológica é importante? Porque arrisco dizer que praticamente todas as pesquisas e todos os dados existentes sobre acidentes do trabalho limitam-se a dizer quantos infortúnios ocorreram em determinada empresa, cidade, região, categoria profissional etc., mas não dão o devido destaque ao caráter qualitativo dos acidentes para demonstrar quais deles ocorreram por serem, de fato, acidentes e quais ocorreram por conta da negligência com o Meio Ambiente do Trabalho. Em suma, estamos dando atenção semelhante a situações diferentes.

Saber se a negligência teve ou não papel importante no caso é um elemento extremamente importante para auxiliar o Estado a adotar políticas públicas e o magistrado a definir a quantificação da indenização. Não à toa, o princípio da primazia da realidade é um dos mais importantes no Direito do Trabalho, porque devemos sempre observar quais são os detalhes ao redor do caso concreto: se houve culpa de alguém, se houve culpa exclusiva da vítima, se o trabalhador foi insubordinado, se a empresa orientava os trabalhadores à redução de gastos a qualquer custo (inclusive quanto aos gastos com prevenção contra possíveis danos ao trabalhador), se a empresa orientava sobre os riscos da atividade, se a empresa usava seu poder diretivo para concretizar a obrigação

do trabalhador de seguir as medidas de saúde e segurança ou se deixava o trabalhador sem fiscalização, enfim.

Em matéria no site do Ministério Público do Trabalho (2018c), destaca-se que, entre 2012 e 2017, cerca de 15 mil trabalhadores entraram para a estatística de vítimas fatais de acidentes de trabalho e que a negligência tem grande participação nisso:

“Além da perda de mais de 15 mil vidas humanas, são 2.500 famílias que ficam órfãs a cada ano devido à negligência de empregadores que não consideram o trabalho seguro como condição para o trabalho digno”, alertou o procurador-geral do Ministério Público do Trabalho (MPT), Ronaldo Fleury, durante apresentação dos números atualizados do Observatório Digital de Saúde e Segurança do Trabalho [...].

Em análise sobre o uso de Equipamentos de Proteção Individual (EPIs) e os acidentes na cidade de Sobral-CE, Beatriz Linhares *et al.* (2016) visitaram seis canteiros de obras, aplicando um questionário a 97 trabalhadores. Destes, 87 informaram ter recebido EPIs gratuitamente, mas apenas 56 receberam treinamento para utilizá-los. Os autores destacam a importância da NR-18, que obriga que todos os trabalhadores recebam treinamento antes do início das atividades (BRASIL, MTb, 1978). Eles expõem que

O treinamento é de fundamental importância, pois os trabalhadores usarão os EPI's de maneira correta e eficaz. Na pesquisa realizada, constatou-se que dos 97 entrevistados apenas 56 (57,74%) receberam treinamento, evidenciando a negligência por parte do empregador com seus funcionários. No momento do acidente, percebeu-se que a maioria (11 ou 73,33%) não estava utilizando EPI, o que mostra que a não utilização do EPI pode contribuir de forma direta para os acidentes (2016, p. 4).

A contribuição desta pesquisa citada é especialmente importante, porque demonstra que até os argumentos que imputam culpa exclusiva da vítima devem ser vistos com bastante cautela. Alguns defendem que há vítimas que causam danos nelas mesmas apenas para receber uma indenização por danos morais. Neste caso, não há dúvida alguma que o empregador não possuiria nenhuma responsabilidade. Mas questionamentos como esses aparecem esporadicamente e não são tão relevantes enquanto argumentos jurídicos, porque, além de tenderem bastante à fantasia, exigem prova evidente da intenção da vítima, o que é algo difícil e raro de se obter.

Mas é crucial que percebamos que argumentos desta natureza pretendem impor ao trabalhador uma culpa que ele, na maioria das vezes, não tem, bem como desviar a atenção de um problema real: a negligência do empregador não só em implementar medidas de proteção à saúde e à segurança do trabalhador, mas também em concretamente orientar³⁷ seus subordinados sobre os riscos que a atividade envolve. Não basta, por exemplo, simplesmente fornecer um EPI e falar em uma reunião ou uma palestra anual sobre a importância de se proteger contra os riscos do Meio Ambiente do Trabalho.

É necessário que o empregador utilize os instrumentos concretos que possui à sua disposição, realizando, por exemplo, os Diálogos Diários de Segurança – DDS e até fazendo uso de seu poder diretivo, que lhe permite dispensar por justa causa o trabalhador indisciplinado ou insubordinado que insiste em não seguir as regras de saúde e segurança, conforme artigo 482, h, da CLT (1943). Argumentar que o acidente aconteceu pelo dolo do trabalhador ou por sua insubordinação é, na minha visão, um argumento, no mínimo, fraco, uma vez que há instrumentos à disposição do empregador para evitar que isso aconteça.

Mesmo que haja um descuido ou uma negligência do trabalhador, é necessária uma investigação séria para saber se há mais elementos que tenham contribuído para isso. É neste sentido que são expostos os argumentos do documento “Guia de Análise de Acidentes do Trabalho”, produzido pelo extinto Ministério do Trabalho ([201-?], p. 14):

O importante não é identificar os erros do trabalhador, mas sim conhecer as razões que tornaram os erros possíveis. Investigações que concluem que “falhas humanas” causaram eventos adversos, além de óbvias, são frágeis tecnicamente, inadequadas e superficiais. Paralelamente à falha humana, há fatores subjacentes e latentes que criam um ambiente no qual “erros humanos” são inevitáveis.

O objetivo é estabelecer não apenas como os eventos adversos ocorrem, mas entender **os fatores que possibilitaram** a ocorrência. Um defeito na concepção de uma máquina, por exemplo, vai se perpetuar como fator gerador de eventos adversos independentemente da instalação, operação e manutenção da máquina serem adequadas.

Devem ser evitadas análises parciais e conclusões apressadas. Supor saber as respostas e explicações para o evento antes de completar a análise compromete o resultado.

³⁷ Conforme exige o artigo 19 da Convenção nº 155 da OIT, ratificada pelo Brasil em 1992.

Analisando empresas em Botucatu-SP, Ildeberto de Almeida percebeu que havia precariedade nas investigações de acidentes e que isso contribuía com um processo de atribuição de causa, culpa e responsabilidade das vítimas de acidentes (2001, p. 97). Concluiu que, pelos dados obtidos por sua pesquisa, é quase impossível “a tarefa de sensibilização das empresas para a adoção de abordagem que integre a problemática dos acidentes com aquela do seu modelo de eficácia de produção” (2001, p. 97).

A pesquisa também relatou ter encontrado “a utilização de estratégias claramente inaceitáveis do ponto de vista da segurança”, a exemplo do “remanejamento improvisado de trabalhadores para a operação de máquinas perigosas”, demonstrando uma concepção de polivalência do trabalhador “equivalente a: qualquer um faz qualquer coisa, de qualquer jeito/com quaisquer meios” (2001, p. 99).

Jovens trabalhadores são comumente submetidos a esta ideia de polivalência, além da pressuposta grande disposição para longas jornadas de trabalho. A este ponto, adiciono a manifestação da OIT sobre a contratação de jovens trabalhadores, que “exercem frequentemente empregos perigosos e precários, o que a longo prazo terá consequências para a saúde e qualidade de vida de toda a mão-de-obra”. Eles nem sempre possuem maturidade física e psicológica suficientes “e a sua falta de competências, de formação e de experiência, pode levá-los a negligenciar os riscos que correm” (ONU, OIT, 2010, p. 10).

Para piorar a situação, o Fórum Nacional de Prevenção e Erradicação do Trabalho Infantil (2018) informou que “entre 2007 e 2017, 40.849 meninas e meninos se acidentaram enquanto trabalhavam, sendo 24.654 de forma grave, e 236 perderam a vida”. Segundo o FNPETI,

A maioria das crianças e adolescentes vítimas de acidentes de trabalho realizam atividades definidas pelo Decreto 6.481/2008 como piores formas de trabalho infantil, que são proibidas para pessoas com menos de 18 anos. Eles trabalham como empregados domésticos, no comércio, na agricultura, na construção civil e como açougueiros, entre outras atividades. Entre as notificações consideradas graves estão amputações, traumatismos, fraturas e ferimentos nos membros, principalmente nos superiores (2018).

O estudo de Almeida (2001) não observou, nas empresas, “sequer a adoção de estratégias de prevenção [...]. Por exemplo, pode-se evidenciar que alguns acidentes ocorrem durante a realização de horas extras”, mas que, no entanto, não havia registros de recomendações de prevenção formuladas para a correção desse fator (2001, p. 97).

De fato, a problemática que une os acidentes do trabalho e o trabalho em horas extraordinárias³⁸ é bastante expressiva. Cláudio Mascarenhas Brandão (2009) reuniu dados muito interessantes sobre os efeitos de longas jornadas de trabalho nos acidentes do trabalho. Para o autor, as horas extraordinárias – “como a própria denominação aponta – devem ser encaradas como uma situação de anormalidade dentro da atividade empresarial”, porque a gestão apropriada pressupõe que haja equivalência entre a demanda do serviço e a capacidade de atendimento (BRANDÃO, 2009, p. 46).

Um dos estudos citado por Brandão analisou a situação de bancários em quatro bancos e revelou que “os acidentes mais referidos em todos os bancos são as doenças do trabalho, seguidos pelos acidentes por assalto” (x,x, p. 81). Os dois bancos com jornada de trabalho mais extensa foram os que apresentaram mais doenças, chegando em 30% e 22,5% o número de trabalhadores afetados (OLIVEIRA; CAMPELLO, 2006, p. 81 e 82).

Cláudio Brandão expressa a opinião de massiva parte da doutrina do Direito do Trabalho e de setores relacionados à saúde e segurança:

[...] a sobrecarga de trabalho é uma das mais importantes causas de acidentes do trabalho em todo o mundo. Estudos realizados na Europa e nos Estados Unidos comprovam o aumento de acidentes com a elevação do número de horas de trabalho, que chegam ao máximo por volta das onze horas da manhã e caem por volta do meio-dia, com a mesma distribuição no período da tarde. Além disso, há casos de diminuição em 60% do número de acidentes quando se reduziu em determinada fábrica de doze para dez horas a jornada de trabalho, da mesma forma que variam conforme o índice de fadiga (BRANDÃO, 2009, p. 47).

³⁸ Vale ressaltar o lamentável tratamento dado à questão pela Reforma Trabalhista de 2017, que, indo na contramão de qualquer análise empírica – mesmo que do senso comum de quem já trabalhou longas horas por dia – e de respeitadas estudos sobre saúde do trabalhador, incorporou na CLT o artigo 611-B, Parágrafo Único, que exclui das normas de saúde, higiene e segurança do trabalho as regras sobre duração do trabalho e intervalos, permitindo flexibilização destas normas por meio de Negociação Coletiva, as quais podem prevalecer sobre a lei. Na visão da OIT, por exemplo, a redução da duração da jornada tem preserva a saúde, a segurança e a higiene do trabalho, além de ter grande valor em prevenir acidentes de trabalho e permitir que os trabalhadores tenham tempo adequado para o lazer (ONU, OIT, 2007).

Em suma, minha intenção ao destacar a crítica à terminologia “acidente”, na verdade, é revelar a carga simbólica da linguagem por trás da utilização da palavra, tratando como acidentes casos que não foram acidentais. Se não foram acidentais, ou foram intencionais ou ocorreram por negligência, imperícia ou imprudência e, por isso, não podem ser tratados como se fossem acidentes de fato. Se o empregador causou um “acidente” do trabalho por negligência, não estamos falando de um acidente no sentido estrito da palavra, mas de ato que decide negligenciar alguma medida que deveria ter sido tomada, mas não foi por opção. Feito este esclarecimento, vejamos o que se entende pela expressão técnica “acidente do trabalho”.

5.2 CONCEITO E HISTÓRICO DOS ACIDENTES DO TRABALHO NO BRASIL

A previsão normativa mais específica para a conceituação do acidente do trabalho vem da legislação previdenciária, mais especificamente da Lei 8.213/90, que dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social.

Em seu artigo 19, declara que acidente do trabalho é aquele que, ocorrendo pelo exercício do trabalho a serviço da empresa, provoca lesão corporal ou perturbação funcional que cause a morte ou a perda ou redução, permanente ou temporária, da capacidade para o trabalho.

Nos artigos 20 e 21, amplia a proteção a outros eventos que serão considerados como acidentes do trabalho ou serão a eles equiparados. O artigo 20 trata das doenças profissionais (também chamadas de doenças profissionais típicas, ergopatias ou tecnopatias) e doenças do trabalho (também chamadas de doenças profissionais atípicas ou mesopatias), que são consideradas como acidentes do trabalho:

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

I - doença profissional, assim entendida a produzida ou desencadeada pelo exercício do trabalho peculiar a determinada atividade e constante da respectiva relação elaborada pelo Ministério do Trabalho e da Previdência Social;

II - doença do trabalho, assim entendida a adquirida ou desencadeada em função de condições especiais em que o trabalho é realizado e com ele se relacione diretamente, constante da relação mencionada no inciso I.

[...]

§ 2º Em caso excepcional, constatando-se que a doença não incluída na relação prevista nos incisos I e II deste artigo resultou das condições especiais em que o trabalho é executado e com ele se relaciona diretamente, a Previdência Social deve considerá-la acidente do trabalho (BRASIL, 1991b).

Doutrinariamente, as duas categorias foram intituladas como espécies do gênero Doenças Ocupacionais e, apesar de não serem, de fato, acidentes, são tratadas e consideradas como tal, gerando os mesmos efeitos previdenciários que os acidentes descritos no artigo 19.

O artigo 21 trata de eventos que não são acidentes nos termos do artigo 19, nem são considerados como tal, conforme artigo 20, mas recebem tratamento equiparado a eles:

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

I - o acidente ligado ao trabalho que, embora não tenha sido a causa única, haja contribuído diretamente para a morte do segurado, para redução ou perda da sua capacidade para o trabalho, ou produzido lesão que exija atenção médica para a sua recuperação;

II - o acidente sofrido pelo segurado no local e no horário do trabalho, em 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 de trabalho:

a) na execução de ordem ou na realização de serviço sob a autoridade da empresa;

b) na prestação espontânea de qualquer serviço à empresa para lhe evitar prejuízo ou proporcionar proveito;

c) em viagem a serviço da empresa, inclusive para estudo quando financiada por esta dentro de seus planos para melhor capacitação da mão-de-obra, independentemente do meio de locomoção utilizado, inclusive veículo de propriedade do segurado;

d) no percurso da residência para o local de trabalho ou deste para aquela, qualquer que seja o meio de locomoção, inclusive veículo de propriedade do segurado³⁹ (BRASIL, 1991b).

É possível que se caracterize a natureza acidentária do evento também pelo nexó técnico epidemiológico (ou seja, uma relação de causa e efeito) entre a doença que acomete o trabalhador e a prestação dos serviços, conforme artigo 21-A da mesma Lei, incluído em 2006 pela Lei 11.430:

Art. 21-A. A perícia médica do Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) considerará caracterizada a natureza acidentária da incapacidade quando constatar ocorrência de nexó técnico epidemiológico entre o trabalho e o agravo, decorrente da relação entre a atividade da empresa ou do empregado doméstico e a entidade mórbida motivadora da incapacidade elencada na Classificação Internacional de Doenças (CID), em conformidade com o que dispuser o regulamento.

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

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

Note-se que a concepção de acidente do trabalho foi, cada vez mais, sendo ampliada para abarcar situações que não se resumem ao local específico de trabalho, mas a todo aquele que possa afetar e influenciar a vida e a integridade física do trabalhador, desde que relacionado à prestação dos serviços.

No Brasil, o tratamento formalizado do acidente do trabalho é recente. Sua primeira lei sobre acidentes de trabalho foi no período da República Velha, com o Decreto 3.724 de 1919, que considerava como acidente do trabalho:

Art. 1º [...]:

a) o produzido por uma causa subita, violenta, externa e involuntária no exercício do trabalho, determinadas lesões corporaes ou perturbações funcionaes, que constituam a causa unica da morte ou perda total, ou parcial, permanente ou temporaria, da capacidade para o trabalho;

³⁹ Vale ressaltar que os efeitos previdenciários do acidente de trajeto ou de percurso, hipótese desta alínea, não sofreram mudança após a Reforma Trabalhista de 2017, que excluiu o direito do trabalhador de serem computadas na jornada de trabalho as horas de trajeto ou de percurso, quando o empregador fornecia o transporte e o local da prestação de serviços estivesse em local de difícil de acesso ou não servido por transporte público, conforme anterior redação do Artigo 58, §2º da CLT (BRASIL, 1943).

b) a molestia contrahida exclusivamente pelo exercício do trabalho, quando este fôr de natureza a só por si causal-a, e desde que determine a morte do operario, ou perda total, ou parcial, permanente ou temporaria, da capacidade para o trabalho. (BRASIL, 1919).

O Decreto, em seu artigo 2º, já trazia a obrigação do empregador pagar indenização ao trabalhador acidentado ou a sua família, quando o evento ocorresse durante o trabalho ou em razão dele, exceto nos casos de força maior, culpa da vítima ou de terceiros. Ficava também o empregador obrigado a prestar socorro médico, farmacêutico e hospitalar ao trabalhador, desde o momento do acidente (BRASIL, 1919).

Havia, também, previsão semelhante ao já discutido no 3º Capítulo sobre o artigo 223-G da CLT, editado após a Reforma Trabalhista: exigia-se que a indenização fosse calculada conforme a gravidade das consequências do acidente, mas havia limite monetário que não poderia ser ultrapassado, mesmo que o trabalhador ganhasse acima dele (BRASIL, 1919).

Note-se que, seguindo a redação do Decreto, se a única causa do acidente era súbita e involuntária (conforme inciso a, do art. 1º), não poderíamos falar em obrigação do empregador em pagar indenização (conforme Art. 2º). Assim, desde os primórdios da normatização da questão acidentária no Brasil, já se fazia confusão com o tratamento do assunto.

Posteriormente, a Constituição de 1934 foi a primeira a contemplar os acidentes do trabalho, dispondo que

Art. 121 - A lei promoverá o amparo da produção e estabelecerá as condições do trabalho, na cidade e nos campos, tendo em vista a proteção social do trabalhador e os interesses econômicos do País.

§ 1º - A legislação do trabalho observará os seguintes preceitos, além de outros que colimem melhorar as condições do trabalhador:

[...]

h) assistência médica e sanitária ao trabalhador e à gestante, assegurando a esta descanso antes e depois do parto, sem prejuízo do salário e do emprego, e instituição de previdência, mediante contribuição igual da União, do empregador e do empregado, a favor da velhice, da invalidez, da maternidade e nos casos de acidentes de trabalho ou de morte (BRASIL, 1934).

Progressivamente, o assunto foi se tornando mais relevante e delicado para o Brasil, principalmente quando se intensificaram os processos produtivos e

se tornaram mais complexas as relações de trabalho, tendo, com isso, aumentado significativamente os números de acidentes do trabalho no país. Em 1966, foi criada a Fundação Centro Nacional de Segurança, Higiene e Medicina do Trabalho (atualmente Fundação Jorge Duprat Figueiredo de Segurança e Medicina do Trabalho – FUNDACENTRO), pela Lei 5.161, com o “objetivo principal e genérico a realização de estudos e pesquisas pertinentes aos problemas de segurança, Higiene e medicina do trabalho” (BRASIL, 1966). De acordo com o site oficial da instituição,

Criada oficialmente em 1966, a FUNDACENTRO teve os primeiros passos de sua história dados no início da década, quando a preocupação com os altos índices de acidentes e doenças do trabalho crescia no Governo e entre a sociedade. Já em 1960, o Governo brasileiro iniciou gestões com a Organização Internacional do Trabalho (OIT), com a finalidade de promover estudos e avaliações do problema e apontar soluções que pudessem alterar esse quadro (BRASIL, MTb, [20-?]).

Em 1974, a FUNDACENTRO foi vinculada ao Ministério do Trabalho e, com isso, ganhou mais atribuições. Muitas pesquisas importantes foram e ainda são realizadas pelos profissionais a ela ligados, de modo que, segundo seu *site*,

O ineditismo e a importância de seus estudos deram à FUNDACENTRO a liderança na América Latina no campo da pesquisa na área de segurança e saúde no trabalho. A Fundacentro é designada como centro colaborador da Organização Mundial da Saúde (OMS), além de ser colaboradora da Organização Internacional do Trabalho (OIT) (BRASIL, MTb, [20-?]).

A Constituição da República de 1988, em seu artigo 7º, elevou a direito de todos os trabalhadores a redução dos riscos inerentes ao trabalho, mediante normas de saúde, higiene e segurança, bem como o seguro contra acidentes de trabalho, a cargo do empregador, sem que ele exclua a indenização a que o empregador está obrigado, caso incorra em dolo ou culpa (BRASIL, 1988).

Nesta redação, acredito que a Constituição da República de 1988 usou a palavra “acidente” de uma forma mais coerente, porque garante o acesso ao seguro contra acidentes quando ocorrerem acidentes, mas amplia a proteção quando o empregador incorrer em dolo ou culpa. Neste último caso, além do direito ao seguro, o trabalhador também terá direito a receber indenização em razão da conduta do empregador ter sido dolosa ou culposa. Já analisei esta

questão no capítulo anterior e, no tópico a seguir, falo de maneira um pouco mais aprofundada sobre o seguro contra acidentes do trabalho.

Por se tratar de seguro, aplica-se o raciocínio por trás de qualquer seguro comum: não há cobertura quando o ofensor causa danos agindo com dolo ou culpa. Nenhum seguro aceitaria cobrir acidente do trabalho causado por um empregador negligente – pelo menos não um com preço razoável. Por esse motivo é que a legislação previdenciária prevê o dever do INSS mover ação de regresso contra o empregador negligente que der causa a algum acidente que exija afastamento do trabalhador por 16 ou mais dias e motive, neste caso, a concessão dos respectivos benefícios previdenciários aplicáveis à situação.

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

Assim, será obrigação do empregador devolver os valores gastos pela Previdência Social com o afastamento do trabalhador, porque foram financiados, inicialmente, com o pagamento das contribuições previdenciárias, pela lógica do seguro. O INSS funciona de maneira peculiar enquanto seguro, porque, orientado pelo Princípio da Solidariedade, primeiro fornece a cobertura ao trabalhador acidentado para não deixa-lo desamparado e somente depois move a ação de regresso contra o empregador para reaver os valores gastos.

Vale destacar a importância da ação de regresso, especialmente neste momento delicado em que a sociedade brasileira passa por um déficit da Previdência Social. Novamente a prevenção de acidentes do trabalho mostra-se benéfica, porque deixa ao cargo da Previdência Social apenas os acidentes que realmente foram acidentais, de modo que os negligentes seriam sustentados por quem lhes deu causa.

De acordo com uma atualização do Observatório Digital de Saúde e Segurança do Trabalho – MPT, após uma colaboração do MPT e da Secretaria da Previdência Social, revelou-se que de 2012 a 2017, mais de R\$67 bilhões foram gastos com pagamentos a vítimas de acidentes e doenças relacionadas ao trabalho. Se incluirmos os primeiros meses do ano de 2018, os gastos chegam a R\$73 bilhões (BRASIL, MPT, 2018d).

Há, ainda, impactos no Sistema Único de Saúde: segundo Rodolfo Vilela, da Faculdade de Saúde Pública da Universidade de São Paulo (USP), a rede SUS “atende acidentados de mais de 80% da força de trabalho do mercado formal e quase a totalidade do mercado informal” (BRASIL, MPT, 2018d). O Projeto de Lei nº 4.972/2009 (BRASIL, 2009) propunha aplicar ao SUS a mesma ação de regresso prevista no artigo 120 da Lei 8.213/91, mas foi rejeitado e arquivado, em 2011, na Comissão de Seguridade Social e Família, sob um argumento curioso: o de que os empregadores já faziam contribuições sociais. A mim não pareceria incoerente a proposta do PL 4.972/2009, por dois motivos que explico brevemente: I) já existe previsão normativa sobre isso na Lei 8.213/91; II) seria uma aplicação de um básico princípio de Responsabilidade Civil que exige que, se alguém deu causa a um dano, é responsável por arcar com as consequências dele.

Na opinião de Daniel Pullino (1996, p. 3), a previsão do artigo 120 da Lei 8.213/91 sobre a ação de regresso cria uma nova espécie de responsabilidade do empregador: uma de caráter subjetivo perante o órgão previdenciário. Defende, ainda que,

Em outras palavras, o seguro acidentário, público e obrigatório, não pode servir de alvará para que empresas negligentes com a saúde e a própria vida do trabalhador fiquem acobertadas de sua irresponsabilidade, sob pena de constituir-se verdadeiro (sic) e perigoso estímulo a esta prática socialmente indesejável.

Para ele, o empregador negligente descumpra “seu dever legal de obediência às normas de segurança e higiene do trabalho, causando com isso prejuízo para o instituto de previdência”, o que já seria suficiente para exigir ressarcimento das despesas. Ainda, destaca que “esses danos, [...] todavia, foram suportados por toda a sociedade, representada pela instituição de Previdência” (1996, p. 5). No sentido deste pensamento, o empregador negligente, então, descumpra o pacto de solidariedade sob o qual todos, Estado e sociedade, arcam com o acidente de fato, mas não com atos negligentes, os quais devem ser de responsabilidade de quem os causou.

Este pacto se dá em função do Princípio da Solidariedade que rege a Seguridade Social brasileira, especialmente porque a construção de uma sociedade “livre, justa e solidária” é um dos objetivos fundamentais da República

Federativa do Brasil, conforme artigo 3º da Constituição da República (BRASIL, 1988). Assim, vejamos de maneira um pouco mais aprofundada, no tópico a seguir, como funciona o seguro contra acidente do trabalho, atualmente intitulado GIIL-RAT.

5.3 GIIL-RAT: A CONTRIBUIÇÃO-SEGURO DOS ACIDENTES DO TRABALHO

A GIIL-RAT – Grau de Risco de Incidência de Incapacidade Laborativa decorrente de Riscos Ambientais do Trabalho, criada para substituir o SAT – Seguro de Acidente do Trabalho, refere-se ao seguro previsto na Constituição da República, em seu artigo 7º, inciso XXVIII, que dispõe:

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 (BRASIL, 1988).

O caput do art. 202 do Decreto 3.048/99 conceitua-a como

a contribuição da empresa, destinada ao financiamento da aposentadoria especial, nos termos dos arts. 64 a 70, e dos benefícios concedidos em razão do grau de incidência de incapacidade laborativa decorrente dos riscos ambientais do trabalho (BRASIL, 1999).

A GIIL-RAT corresponde à aplicação dos percentuais de 1, 2 ou 3%, incidentes sobre o total da remuneração paga, devida ou creditada a qualquer título, no decorrer do mês, ao segurado empregado e trabalhador avulso. Cada percentual depende, respectivamente, de ser leve, médio ou grave o risco da atividade preponderante na empresa, ou seja, aquela que “ocupa [...] o maior número de segurados empregados e trabalhadores avulsos”, conforme §3º do Artigo 202 do Decreto 3.048/99.

Segundo Frederico Amado, isto “atende ao Princípio da Equidade na Forma de Participação no Custeio, pois o percentual é proporcional à probabilidade de acidentes de trabalho” (2013, p. 337). Atividades que

apresentam maiores riscos de acidentes geram dever ao empregador de pagar uma maior contribuição.

A GIL-RAT tem como função custear a cobertura de eventos infortunisticos pelo Instituto Nacional do Seguro Social – INSS, o que ocorre por meio da concessão de benefícios previdenciários decorrentes de Acidentes de Trabalho. Segundo Frederico Amado,

os benefícios pagos por acidente de trabalho ao empregado [...] são os seguintes: pensão por morte por acidente de trabalho; auxílio-acidente por acidente de trabalho; auxílio-doença por acidente de trabalho e aposentadoria por invalidez por acidente de trabalho (AMADO, 2013, p. 401).

Porém, mesmo que o empregador sempre realize o pagamento percentual destinado à GIL-RAT, ele não está aderindo a um sistema de seguros tão abrangente a ponto de ser capaz de eximi-lo de dispender valores a título de indenização, quando incorrer em dolo ou culpa, conforme previsto no inciso XXVIII do artigo 7º da Constituição da República.

O pagamento da contribuição não se trata de autorizativo para agir de maneira desmedida no Meio Ambiente do Trabalho, como se o pagamento da contribuição já fosse suficiente para cobrir qualquer hipótese de acidente de trabalho. Inclusive, é dever do empregador e também é direito dos trabalhadores o disposto no artigo 7º, inciso XXII, da Constituição da República: a “redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança” (BRASIL, 1988).

Nas hipóteses em que encontramos dolo ou culpa do empregador, a contribuição GIL-RAT, que já foi paga mensalmente, serve para que o INSS cubra o benefício previdenciário que será pago ao trabalhador, não sendo afastada, porém, a possibilidade de indenização por danos morais eventualmente devida pelo empregador, a ser discutida na Justiça do Trabalho. Isto também é reforçado pelo artigo 342 do Decreto 3.048/99: “O pagamento pela previdência social das prestações decorrentes do acidente [...] não exclui a responsabilidade civil da empresa ou de terceiros” (BRASIL, 1999).

A ideia da Previdência Social é funcionar como um seguro contra as incertezas do futuro, para cobrir eventos de afastamento do trabalho por maternidade, velhice, incapacidade e, dentre outros, acidentes de fato, ou seja,

aqueles que ocorrem sem que possam ser previstos ou, se previstos, que não podem ser controlados. Por este motivo, caso preenchida a hipótese de dolo ou culpa do empregador, também é possível que a Previdência Social exerça seu direito de regresso contra os responsáveis pelo acidente, o qual não teria acontecido sem a conduta ou a omissão do empregador. Este deve devolver aos cofres públicos os valores gastos com quaisquer benefícios e serviços previdenciários destinados a cobrir acidentes de trabalho, doenças ocupacionais e eventos a estes equiparados, conforme previsto no já anteriormente citado artigo 120 da Lei 8.213/91 e no artigo 341 do Decreto 3.048/99, a seguir:

Art. 341. Nos casos de negligência quanto às normas de segurança e saúde do trabalho indicadas para a proteção individual e coletiva, a previdência social proporá ação regressiva contra os responsáveis.

Parágrafo único. O Ministério do Trabalho e Emprego, com base em informações fornecidas trimestralmente, a partir de 1o de março de 2011, pelo Ministério da Previdência Social relativas aos dados de acidentes e doenças do trabalho constantes das comunicações de acidente de trabalho registradas no período, encaminhará à Previdência Social os respectivos relatórios de análise de acidentes do trabalho com indícios de negligência quanto às normas de segurança e saúde do trabalho que possam contribuir para a proposição de ações judiciais regressivas (BRASIL, 1999).

Essas ações regressivas são propostas pela Procuradoria-Geral Federal, após instauração do Procedimento Interno Preparatório (PIP). Elas não constituem uma mera faculdade do Instituto Nacional do Seguro Social, mas um dever de postulação da tutela jurídica para que sejam ressarcidos os valores futuros e os já “gastos com as prestações sociais acidentárias, constituindo-se em relevante instrumento de concretização de política pública de prevenção de acidentes de trabalho” (BRASIL, TRABALHO SEGURO, [201-?]).

Para Suaiden e Miradouro (2018),

Nos últimos anos, o INSS tem ampliado a utilização da ação regressiva, ajuizando a referida ação contra os empregadores, não apenas para os casos de aposentadoria por invalidez e pensão por morte, mas ainda no intuito de obter o ressarcimento de valores pagos pela concessão de auxílio-doença acidentário (que são bem mais frequentes). Nesse novo cenário, a ação pode ter inclusive como escopo o ressarcimento de valores pagos para determinados grupos de empregados, caso apresentem o mesmo tipo de patologia/lesão.

Isto, de fato, é corroborado com as informações dadas pelo Programa Trabalho Seguro:

A postura institucional do Instituto Nacional de Seguro Social, por meio da Procuradoria-Geral Federal, é de que as ações regressivas têm caráter prioritário, conforme as Portarias nº 03/08 da CGCOB e nº 14/2010 da PGF. Notam-se os reflexos desse entendimento ao analisar o número de ações regressivas ajuizadas. De 1991 a 2007 foram ajuizadas apenas 223 dessas ações, uma média de 14 por ano. No período de 2008 a 2010 esse número subiu para 1.021 ações, com uma média anual de 340 ações regressivas, com uma margem de procedência de 92% (BRASIL, TRABALHO SEGURO, [S.D.]).

Alessandro Cardoso (2017) também fornece informações estatísticas mais detalhadas, explicando que

Apesar de prevista desde 1991, somente nos últimos dez anos que o INSS, através da Procuradoria Federal Especializada, começou a utilizar mais efetivamente esse direito de ação. Segundo dados da Advocacia da União, de 1994 a 2014 foram ajuizadas 3.929, sendo a metade no período de 2009 a 2014. Já a partir de 2008, o número de ajuizamento se exponencia, com 1.021 ações ajuizadas entre 2008 a 2010. E apenas no dia 28/04/15, data em que se comemora o dia de combate ao acidente de trabalho, foram ajuizadas 229 novas ações. O valor envolvido nessas ações, sem correção, é de R\$ 718.201.366,07. Como parâmetro, em 2013, o INSS pagou R\$ 733.638.248,00 em benefícios acidentários.

Com relação aos percentuais de 1, 2 ou 3% para pagamento da GIIL-RAT, é responsabilidade do empregador realizar seu próprio enquadramento na atividade preponderante, seguindo o Anexo V do Decreto 3.048/99. Neste, consta uma vasta lista de atividades e seus respectivos graus de risco, conforme a Classificação Nacional de Atividades Econômicas (CNAE). Isto será informado mensalmente na Guia de Recolhimento do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço e Informações à Previdência Social (GFIP), sendo possível, contudo, que a Previdência Social reveja o enquadramento realizado pelo empregador.

A Previdência Social pode fazer essa revisão utilizando as estatísticas de acidentes do trabalho, as quais demonstram, também, grande utilidade no direcionamento e no estímulo de investimentos em prevenção de acidentes, conforme artigos 22, §3º da Lei 8.212/91 e 203, caput do Decreto 3.048/99, a seguir:

Artigo 22. [...]

§ 3º O Ministério do Trabalho e da Previdência Social poderá alterar, com base nas estatísticas de acidentes do trabalho, apuradas em inspeção, o enquadramento de empresas para efeito da contribuição a que se refere o inciso II deste artigo, a fim de estimular investimentos em prevenção de acidentes (BRASIL, 1991a).

Artigo 203. A fim de estimular investimentos destinados a diminuir os riscos ambientais no trabalho, o Ministério da Previdência e Assistência Social poderá alterar o enquadramento de empresa que demonstre a melhoria das condições do trabalho, com redução dos agravos à saúde do trabalhador, obtida através de investimentos em prevenção e em sistemas gerenciais de risco (BRASIL, 1999).

As estatísticas podem ser obtidas a partir da análise da Comunicação de Acidente de Trabalho (CAT) emitida em cada evento acidentário, a qual constitui documento que serve a fins estatísticos e epidemiológicos e que, quando da ocorrência de qualquer acidente de trabalho – seja ele de qualquer natureza, incapacitante ou não, com danos temporários ou não, com afastamento por mais de quinze dias ou não⁴⁰ – deve ser obrigatoriamente emitido até o primeiro dia útil seguinte ao da ocorrência ou, em caso de morte, imediatamente, conforme

⁴⁰ Importante destacar que existe discussão sobre existir ou não obrigatoriedade de emitir a CAT em casos que não exijam afastamento superior a quinze dias para o trabalhador. Um exemplo disso é um Recurso Ordinário julgado pelo Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região (2016), onde a 3ª Turma decidiu que não existe tal obrigatoriedade. O argumento fixou-se em vários pontos, dos quais destaco dois principais: os artigos 22, §2º e 60, §4º da Lei 8.213/91. O artigo 60, §4º dispõe que “a empresa que dispuser de serviço médico, próprio ou em convênio, terá a seu cargo o exame médico e o abono das faltas correspondentes ao período referido no § 3º, somente devendo encaminhar o segurado à perícia médica da Previdência Social quando a incapacidade ultrapassar 15 (quinze) dias”. Discordo, contudo, da interpretação da Turma neste particular. Neste artigo, não se trata da emissão da CAT. Quer-se, apenas, distinguir os tipos de afastamentos que um trabalhador pode usufruir: se durar até 15 dias, é hipótese de interrupção do contrato de trabalho e não há necessidade do INSS realizar perícia, porque não cabe concessão de auxílio-doença (o §3º do mesmo artigo explica que “durante os primeiros quinze dias consecutivos ao do afastamento da atividade por motivo de doença, incumbirá à empresa pagar ao segurado empregado o seu salário integral”); mas, se durar 16 dias ou mais, é hipótese de suspensão do contrato de trabalho, sendo necessária a perícia realizada pelo INSS, porque ela é condição inafastável para a concessão do benefício. Com relação ao artigo 22, §2º, o Acórdão entendeu que ele faculta ao empregador o direito de se omitir quanto à emissão da CAT, porque elege outras pessoas como também legitimadas para emitir o documento, “apenas penalizando o empregador com uma multa administrativa (§ 5º)” (BRASIL, TRT3, 2016). Novamente, discordo da posição da Turma. Não restam dúvidas de que o artigo 22, *caput*, da Lei 8.213/91, bem como o artigo 336 do Decreto 3.048/99 determinam que a emissão da CAT é um dever do empregador, que, se não cumprido, gerará sua penalização com multa. Se existe pena de multa, existe uma obrigação anterior, fixada pelo Direito, de agir ou não agir de determinada forma. Não há sentido que uma faculdade de agir seja penalizada com multa. A multa não é uma taxa que o empregador paga para decidir não emitir a CAT. Os legitimados previstos no §2º existem para que a emissão da CAT não dependa exclusivamente do empregador, especialmente porque ele mesmo pode ser economicamente prejudicado com a emissão do documento e não faria sentido fixá-lo como exclusivo legitimado. Assim, a emissão da CAT é dever, não faculdade do empregador.

dispõem os artigos 336 do Decreto 3.048/99 (BRASIL, 1999) e 22 da Lei 8.213/91 (BRASIL, 1991b), sob pena do disposto no artigo 286 do Decreto 3.048/99:

Art. 286. A infração ao disposto no art. 336 sujeita o responsável à multa variável entre os limites mínimo e máximo do salário-de-contribuição, por acidente que tenha deixado de comunicar nesse prazo.

§ 2º A multa será elevada em duas vezes o seu valor a cada reincidência.

§ 3º A multa será aplicada no seu grau mínimo na ocorrência da primeira comunicação feita fora do prazo estabelecido neste artigo, ou não comunicada, observado o disposto nos arts. 290 a 292 (BRASIL, 1999).

Infelizmente, ainda esbarramos em empecilhos práticos. Apesar de não serem maioria, um número ainda expressivo de empregadores não emite a CAT de imediato nos casos de morte ou no dia seguinte ao acidente nos demais casos, especialmente quando o evento não exige afastamento do trabalhador ou quando exige afastamento inferior a quinze dias. Situações como estas são consideradas como menos graves e, às vezes, até irrelevantes e não são comunicadas às autoridades competentes. Consoante os dados ao Anuário Estatístico de Acidentes do Trabalho referente a 2017, do total de 549.405 acidentes ocorridos no período, 98.791 deles não tiveram CAT emitida, o que representa quase 18% do todo (BRASIL, MF, 2018, p. 15).

Muitos casos nem chegam a ser formalizados, seja por CAT, seja por outros meios, e não chegam ao conhecimento do Estado. Isso gera reflexos estatísticos nos já alarmantes dados de acidentes de trabalho e doenças ocupacionais no Brasil. Se todos os eventos fossem registrados, nossas estatísticas seriam ainda mais assustadoras.

Enfrentamos, ainda, um grande problema social com condições, transtornos e patologias psíquicas, a exemplo da depressão, da síndrome do pânico e da síndrome de *burnout*, principalmente quando constituem doenças ocupacionais. Elas são comumente tratadas de maneira muito preconceituosa, discriminatória e desinformada, de modo que o trabalhador acometido por alguma delas é visto como preguiçoso e desidioso. Em muitos casos, nem se considera que se está tratando de uma doença ocupacional.

Muitos esforços tem sido empreendidos por inúmeros grupos sociais para esclarecimento sobre a importância de levar a sério estas condições,

especialmente quando oriundas de trabalhos que demandam cargas e jornadas de trabalho exageradas ou que impõem ao trabalhador, por exemplo, assédio moral escondido sob a máscara de poder diretivo.

Sem dúvidas, evoluímos muito na informação da sociedade sobre a importância de se buscar ajuda profissional para tratar de questões psíquicas. Contudo, ainda temos um longo caminho a percorrer. Segundo a Organização Mundial da Saúde (2017), 322 milhões de pessoas sofrem com depressão no mundo todo, das quais 11.548.577 são brasileiras, o que representa 5,8% da população nacional. Ainda, o Brasil é um dos líderes mundiais em ansiedade, com 18.657.943 casos, representando 9,3% da população nacional. Muitas destas situações ainda não são vinculadas como doenças ocupacionais e isso reflete nas estatísticas de acidentes de trabalho e, por consequência, nas próprias políticas públicas que deveriam lidar com estas questões de maneira direcionada e específica.

Também, para contornar tais empecilhos práticos, a Previdência Social pode ter conhecimento da existência de dolo ou culpa do empregador por meio das decisões judiciais enviadas pelo Poder Judiciário Trabalhista, atestando a ocorrência do acidente de trabalho, as quais serão objeto de análise em tópico posterior. O Tribunal Superior do Trabalho, por meio da Recomendação Conjunta n. 2/GP.CGJT (BRASIL, TST, 2011), recomendou o encaminhamento, para a respectiva unidade da Procuradoria-Geral Federal – PGF, de cópias das sentenças e dos acórdãos que reconhecessem a conduta culposa do empregador em acidente de trabalho, para “subsidiar eventual ajuizamento de Ação Regressiva, nos termos do artigo 120 da Lei 8.213/91” (p. 2).

Retornando ao assunto dos percentuais de 1, 2 ou 3% da GIL-RAT, é possível que eles sejam afetados pelo FAP (Fator Acidentário de Prevenção) e pelo NTEP (Nexo Técnico Epidemiológico). O FAP, criado em 2009 e vigente desde 2010, consiste em um multiplicador capaz de aumentar em até 100% ou diminuir em até 50% os percentuais acima, dependendo do desempenho do empregador com relação aos índices de frequência, gravidade e custo dos acidentes de trabalho de sua atividade econômica, consoante o artigo 202-A, caput e §1º, do Decreto 3.048/99, *in verbis*:

Art. 202-A. As alíquotas constantes nos incisos I a III do art. 202 serão reduzidas em até cinqüenta por cento ou aumentadas em até cem por cento, em razão do desempenho da empresa em relação à sua respectiva atividade, aferido pelo Fator Acidentário de Prevenção – FAP.

§ 1o O FAP consiste num multiplicador variável num intervalo contínuo de cinco décimos (0,5000) a dois inteiros (2,0000), aplicado com quatro casas decimais, considerado o critério de arredondamento na quarta casa decimal, a ser aplicado à respectiva alíquota (BRASIL, 1999).

O que é analisado pelo FAP é o desempenho de cada empresa dentro de sua própria Subclasse referente à Classificação Nacional de Atividades Econômicas – CNAE, que aloca cada empresa dentro de uma categoria econômica de acordo com sua atividade. De acordo com a Subsecretaria de Arrecadação e Atendimento da Receita Federal (2014),

A CNAE é o instrumento de padronização nacional dos códigos de atividade econômica e dos critérios de enquadramento utilizados pelos diversos órgãos da Administração Tributária do país.

Trata-se de um detalhamento da CNAE – Classificação Nacional de Atividades Econômicas, aplicada a todos os agentes econômicos que estão engajados na produção de bens e serviços, podendo compreender estabelecimentos de empresas privadas ou públicas, estabelecimentos agrícolas, organismos públicos e privados, instituições sem fins lucrativos e agentes autônomos (pessoa física) (BRASIL, 2014).

Dentro de uma mesma Subclasse, existe uma média de acidentes, que depende do tipo de atividade desenvolvida. Assim, cada empresa será cobrada na medida das expectativas de sua subclasse e aquela que apresentar uma maior frequência de acidentes, com maior gravidade e maior custo, inevitavelmente sofrerá aumento no valor do GIL-RAT em função do multiplicador do FAP resultar maior. Eis a redação dos parágrafos 2º e 5º do artigo 202-A do Decreto 3.048/99:

Art. 202-A [...].

§ 2o Para fins da redução ou majoração a que se refere o caput, proceder-se-á à discriminação do desempenho da empresa, dentro da respectiva atividade econômica, a partir da criação de um índice composto pelos índices de gravidade, de frequência e de custo que pondera os respectivos percentis com pesos de cinquenta por cento, de trinta cinco por cento e de quinze por cento, respectivamente.

[...]

§ 5o O Ministério da Previdência Social publicará anualmente, sempre no mesmo mês, no Diário Oficial da União, os róis dos percentis de frequência, gravidade e custo por Subclasse da Classificação Nacional de Atividades Econômicas - CNAE e

divulgará na rede mundial de computadores o FAP de cada empresa, com as respectivas ordens de frequência, gravidade, custo e demais elementos que possibilitem a esta verificar o respectivo desempenho dentro da sua CNAE-Subclasse (BRASIL, 1999).

A metodologia para cálculo dos índices de frequência, gravidade e custo está disposta no parágrafo §4º do mesmo artigo 202-A do Decreto 3.048/99:

Art. 202-A [...].

§ 4º Os índices de frequência, gravidade e custo serão calculados segundo metodologia aprovada pelo Conselho Nacional de Previdência Social, levando-se em conta:

I - **para o índice de frequência**, os registros de acidentes e doenças do trabalho informados ao INSS por meio de Comunicação de Acidente do Trabalho - CAT e de benefícios acidentários estabelecidos por nexos técnicos pela perícia médica do INSS, ainda que sem CAT a eles vinculados;

II - **para o índice de gravidade**, todos os casos de auxílio-doença, auxílio-acidente, aposentadoria por invalidez e pensão por morte, todos de natureza acidentária, aos quais são atribuídos pesos diferentes em razão da gravidade da ocorrência, como segue:

a) pensão por morte: peso de cinquenta por cento;

b) aposentadoria por invalidez: peso de trinta por cento; e

c) auxílio-doença e auxílio-acidente: peso de dez por cento para cada um; e (Incluído pelo Decreto nº 6.957, de 2009)

III - **para o índice de custo**, os valores dos benefícios de natureza acidentária pagos ou devidos pela Previdência Social, apurados da seguinte forma:

a) nos casos de auxílio-doença, com base no tempo de afastamento do trabalhador, em meses e fração de mês; e

b) nos casos de morte ou de invalidez, parcial ou total, mediante projeção da expectativa de sobrevivência do segurado, na data de início do benefício, a partir da tábua de mortalidade construída pela Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE para toda a população brasileira, considerando-se a média nacional única para ambos os sexos (BRASIL, 1999, grifos meus).

É dado ao empregador o acesso aos dados que levaram à fixação do seu FAP respectivo, sendo possível que o conteste, caso não concorde com algum dos índices de frequência, gravidade e custo analisados, conforme artigo 202-B do Decreto 3.048/99

Art. 202-B. O FAP atribuído às empresas pelo Ministério da Previdência Social poderá ser contestado perante o Departamento de Políticas de Saúde e Segurança Ocupacional da Secretaria Políticas de Previdência Social do Ministério da Previdência Social, no prazo de trinta dias da sua divulgação oficial.

§ 1º A contestação de que trata o caput deverá versar, exclusivamente, sobre razões relativas a divergências quanto aos elementos previdenciários que compõem o cálculo do FAP.

§ 2º Da decisão proferida pelo Departamento de Políticas de Saúde e Segurança Ocupacional, caberá recurso, no prazo de trinta dias da intimação da decisão, para a Secretaria de Políticas de Previdência Social, que examinará a matéria em caráter terminativo (BRASIL, 1999).

Quando o FAP analisa o desempenho de cada empresa dentro de sua Subclasse da CNAE, tem a função de, basicamente, tratar de maneira mais equânime os empregadores que, dentro da mesma atividade econômica e, portanto, sujeitos a riscos semelhantes, conseguem concretizar a exigência do artigo 7º, inciso XXII, da Constituição da República de reduzir os riscos inerentes ao trabalho.

Se dentro de um mesmo grupo de atividades econômicas verificamos a probabilidade da ocorrência de acidentes para definir qual será o percentual do GIL-RAT, nada mais justo do que reduzir o pagamento para aqueles que conseguem, concretamente, reduzir acidentes de trabalho típicos e doenças ocupacionais. Observemos como nosso ordenamento já utiliza estímulos econômicos para promover maior investimento em prevenção e precaução no Meio Ambiente do Trabalho e, no mesmo sentido, o caráter punitivo-pedagógico da indenização atuária também como estímulo econômico. É muito mais salutar para o empregador e para o trabalhador que os danos não aconteçam, porque, caso contrário, pode haver consequências muito mais onerosas: ao empregador, porque corre o risco de pagar indenizações vultosas e ao trabalhador, porque corre o risco de sofrer com danos irreversíveis à sua saúde, à sua integridade física e até à sua vida. Neste sentido, o artigo 203 do Decreto 3.048/99:

Art. 203. A fim de estimular investimentos destinados a diminuir os riscos ambientais no trabalho, o Ministério da Previdência e Assistência Social poderá alterar o enquadramento de empresa que demonstre a melhoria das condições do trabalho, com redução dos agravos à saúde do trabalhador, obtida através de investimentos em prevenção e em sistemas gerenciais de risco.

§ 1º A alteração do enquadramento estará condicionada à inexistência de débitos em relação às contribuições devidas ao Instituto Nacional do Seguro Social e aos demais requisitos estabelecidos pelo Ministério da Previdência e Assistência Social (BRASIL, 1999).

Por sua vez, o NTEP pode refletir nos índices de frequência, gravidade e custo levados em consideração para definir o FAP e, ao final, isso pode afetar o valor do GIIL-RAT. O NTEP tem valor considerável para a perícia realizada pelo INSS, porque instituiu a possibilidade do cruzamento de dados entre o trabalho e o agravo, ou seja, entre a atividade do empregador e a entidade mórbida⁴¹ incapacitante sofrida pelo trabalhador, conforme artigos 21-A da Lei 8.213/91 e 337 do Decreto 3.048/99, *in verbis*:

Art. 21-A. A perícia médica do Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) considerará caracterizada a natureza acidentária da incapacidade quando constatar ocorrência de nexos técnico epidemiológico entre o trabalho e o agravo, decorrente da relação entre a atividade da empresa ou do empregado doméstico e a entidade mórbida motivadora da incapacidade elencada na Classificação Internacional de Doenças (CID), em conformidade com o que dispuser o regulamento (BRASIL, 1991b).

Art. 337. O acidente do trabalho será caracterizado tecnicamente pela perícia médica do INSS, mediante a identificação do nexo entre o trabalho e o agravo.

I - o acidente e a lesão;

II - a doença e o trabalho; e

III - a causa mortis e o acidente.

§ 1º O setor de benefícios do Instituto Nacional do Seguro Social reconhecerá o direito do segurado à habilitação do benefício acidentário.

§ 3º Considera-se estabelecido o nexo entre o trabalho e o agravo quando se verificar nexo técnico epidemiológico entre a atividade da empresa e a entidade mórbida motivadora da incapacidade, elencada na Classificação Internacional de Doenças - CID em conformidade com o disposto na Lista C do Anexo II deste Regulamento.

§ 4º Para os fins deste artigo, considera-se agravo a lesão, doença, transtorno de saúde, distúrbio, disfunção ou síndrome de evolução aguda, subaguda ou crônica, de natureza clínica ou subclínica, inclusive morte, independentemente do tempo de latência.

§ 5º Reconhecidos pela perícia médica do INSS a incapacidade para o trabalho e o nexo entre o trabalho e o agravo, na forma do § 3º, serão devidas as prestações acidentárias a que o beneficiário tenha direito.

A utilidade do NTEP é notável especialmente nas situações em que a CAT não foi emitida, pois permite que o INSS estabeleça o nexo causal entre o agravo e o trabalho, mesmo na ausência da manifestação documental que deveria, inicialmente, partir do empregador. Se a CAT não foi emitida, isto não vai impedir

⁴¹ Conforme o Código Internacional de Doenças – CID.

que o trabalhador segurado se dirija ao INSS para solicitar seu benefício previdenciário. Nesta situação, o INSS, ao conceder o benefício, tem a oportunidade de fixar o nexos causal ou não, caracterizando o benefício como acidentário⁴² ou previdenciário⁴³.

Isto é expresso no conteúdo do Anuário Estatístico de Acidentes do Trabalho referente a 2017, que destaca que o NTEP é “mais um instrumento auxiliar na análise e conclusão acerca da origem da incapacidade laborativa pela perícia médica do INSS” (BRASIL, MF, 2018, p. 10). O documento explica que

A partir da implementação do NTEP, a perícia médica passa a adotar três etapas seqüenciais e hierarquizadas para a identificação e caracterização da natureza da incapacidade – se acidentária ou não-acidentária (previdenciária). As três etapas são: 1 – Identificação de ocorrência de Nexo Técnico Profissional ou do Trabalho – NTP/T – verificação da existência da relação “agravo – exposição” ou “exposição – agravo” (Listas A e B do Anexo II do Decreto nº 3.048/1999); 2 – Identificação de ocorrência de Nexo Técnico Epidemiológico Previdenciário – NTEP – averiguação do cruzamento do código da CNAE com o código da CID-10 e a presença na matriz do NTEP (publicada na Lista C do Anexo II do Decreto nº 3.048/1999); 3 – Identificação de ocorrência de Nexo Técnico por Doença Equiparada a Acidente do Trabalho – NTDEAT – implica a análise individual do caso, mediante o cruzamento de todos os elementos levados ao conhecimento do médico perito, da situação geradora da incapacidade e a anamnese (BRASIL, MF, 2018, p. 10 e 11).

Assim, a ocorrência de qualquer um desses três nexos implicará a concessão de um benefício de natureza acidentária. Não havendo nenhum dos nexos, o benefício será classificado como previdenciário (BRASIL, MF, 2018, p. 11). O INSS modificou os procedimentos que antes adotava “e a existência de uma CAT registrada deixou de ser condição fundamental para a caracterização de um benefício como acidentário”, embora a entrega da CAT ainda seja uma obrigação legal (BRASIL, MF, 2018, p. 11). E o fim desta condição acabou gerando alterações nas estatísticas obtidas e apresentadas no AEAT 2017. “Passou-se a ter um conjunto de benefícios classificados como acidentários pelo INSS, para os quais não há CAT registrada” e o número total de acidentes passou a englobar os com e sem emissão da CAT (BRASIL, MF, 2018, p. 11).

⁴² Aquele vinculado a Acidente do Trabalho, este compreendido de maneira ampla a partir dos artigos 19, 20 e 21 da Lei 8.213/91.

⁴³ Aquele oriundo de acidente de qualquer natureza, que não se enquadre como Acidente do Trabalho.

Havendo a caracterização do benefício como acidentário, é possível, contudo, que o empregador, posteriormente, se manifeste – e a ele caberá o ônus da prova de demonstrar a inexistência do nexo causal – contra a decisão do INSS, havendo espaço também para a manifestação do trabalhador, conforme garantido pelos artigos 21-A, §§1º e 2º da Lei 8.213/91 e 337, §§6º, 7º e 10 a 13º do Decreto 3.048/99:

Art. 21-A [...].

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

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

Art. 337 [...]

§ 6º A perícia médica do INSS deixará de aplicar o disposto no § 3º quando demonstrada a inexistência de nexo entre o trabalho e o agravo, sem prejuízo do disposto nos §§ 7º e 12.

§ 7º A empresa poderá requerer ao INSS a não aplicação do nexo técnico epidemiológico ao caso concreto mediante a demonstração de inexistência de correspondente nexo entre o trabalho e o agravo.

[...]

§ 10. Juntamente com o requerimento de que tratam os §§ 8º e 9º, a empresa formulará as alegações que entender necessárias e apresentará as provas que possuir demonstrando a inexistência de nexo entre o trabalho e o agravo. (Redação dada pelo Decreto nº 6.939, de 2009)

§ 11. A documentação probatória poderá trazer, entre outros meios de prova, evidências técnicas circunstanciadas e tempestivas à exposição do segurado, podendo ser produzidas no âmbito de programas de gestão de risco, a cargo da empresa, que possuam responsável técnico legalmente habilitado.

§ 12. O INSS informará ao segurado sobre a contestação da empresa para que este, querendo, possa impugná-la, obedecendo, quanto à produção de provas, ao disposto no § 10, sempre que a instrução do pedido evidenciar a possibilidade de reconhecimento de inexistência do nexo entre o trabalho e o agravo.

§ 13. Da decisão do requerimento de que trata o § 7º cabe recurso, com efeito suspensivo, por parte da empresa ou, conforme o caso, do segurado ao Conselho de Recursos da Previdência Social, nos termos dos arts. 305 a 310 (BRASIL, 1999).

Importante destacar a breve análise de Paulo Rogério Albuquerque de Oliveira (2014) sobre a evolução histórica da proteção social do trabalhador,

dividida em três gerações e da qual o NTEP faz parte. Na primeira, iniciada em 1919, fixou-se a “obrigatoriedade, por parte da empresa, de sustentar um Seguro de Acidente do Trabalho para cobrir as indenizações aos acidentados do trabalho”. Ele explica que, à época, acidentes do trabalho precisavam ser levados às autoridades policiais e que o seguro era privado, condição esta que durou até 1967, com a Lei 5.316.

Para o autor, esta Lei inaugura a segunda geração e estatiza o seguro, afastando “das empresas a responsabilização acidentária [...], transferindo-a ao Seguro Social (INPS à época) relativamente aos empregados” (OLIVEIRA, 2014). Paulo Oliveira tece uma crítica ao período, afirmando que havia uma maior valorização do trabalho em detrimento do trabalhador e uma maior preocupação com a produção e não com a pessoa humana. Na sua concepção,

prevaleceram as teorias da epiização (prática do EPI como meio de proteção); do ato inseguro do acidentado (culpa da vítima); da cartorização (apenas papel, sem preocupação com resultados) de programas PPRA/PCMSO; do viés trabalhista para questões óbvias de saúde pública; indústria de laudos/atestados; do falso-negativo, bem como a narrativa ideológica do estado ineficiente por não dar conta dos milhões-ano de acidentados que batem à porta da Previdência Social sem explicitar à sociedade brasileira quais são as empresas produtoras desses agravos. Tudo isso por conta de 1%, 2% e 3% de SAT sobre a folha de salários.

Por fim, a Constituição da República de 1988 inaugurou a terceira geração, tendo como “símbolo a instituição do Nexo Técnico Epidemiológico Previdenciário-NTEP em 2007 que avança no sentido da gestão de desempenho” (OLIVEIRA, 2014). Na visão crítica do autor, o empregador é,

em alguma medida, [...] vítima, e refém, de um sistema obsoleto, anacrônico, monopolista de poder representado pela medicina do trabalho, apenas para exigir contratação pela NR 04⁴⁴ do MTE e fazer ASO⁴⁵ pela NR 07⁴⁶ do MTE; e da engenharia de segurança do trabalho para prescrever e comprar EPI. Essas disciplinas obsoletas (A CRFB-88 as derogou, colocando no lugar a saúde do trabalhador baseada em higiene, saúde e segurança no campo ambiental e da saúde pública), carecem de um choque de ciência para se atualizar, ao passo que o sistema jurídico padece de mal genético instalado no DNA do trabalhismo segundo o qual é a empresa que decidirá na mesa de negociação o que deve ser fiscalizado.

⁴⁴ Trata dos Serviços Especializados em Engenharia de Segurança e em Medicina do Trabalho.

⁴⁵ Atestado de Saúde Ocupacional.

⁴⁶ Trata do Programa de Controle Médico de Saúde Ocupacional (PCMSO).

Paulo Oliveira (2014) critica a atuação do empregador para destacar que a ele cabe “assumir seu papel social e transformador da sociedade”, de modo que a sociedade possa ter, ao mesmo tempo, produção boa, bonita e barata juntamente com um meio ambiente e trabalhadores saudáveis. Ele defende que “perde menos quem faz gestão”, bem como que a decisão de equilibrar o meio ambiente é a mais inteligente, mais lucrativa, além de ser transmissora direta de efetiva responsabilidade social à sociedade e aos trabalhadores. “Segue-se: cenário bom é aquele que há menos riscos (probabilidades) combinado com baixas perdas (mercadológicas, corporativas, hominais, econômicas, ambientais, patrimoniais)” (OLIVEIRA, 2014).

É importante que percebamos a importância e os reflexos práticos de instrumentos econômicos de dissuasão como estes. Se o Estado reconhece que cada setor econômico possui uma média esperada de acidentes, dependendo da complexidade e dos riscos de cada atividade, e se privilegia economicamente os empregadores que conseguem ficar abaixo dessa média, não há dúvidas de que estímulos econômicos podem ter efeitos positivos na proteção do trabalhador.

Um cenário muito melhor se colocaria se os empregadores – no sentido do apontado por Paulo Oliveira (2014), conforme acima discutido – efetivamente desenvolvessem consciência de que é melhor prevenir do que arriscar na probabilidade de ocorrerem danos. Enquanto isso gradualmente vai ocorrendo, os estímulos econômicos proporcionados pelo Estado podem nos guiar ao mais importante: aos resultados concretos de proteção à vida e à integridade física dos trabalhadores. Se, para conseguir redução tributária, o empregador investirá em melhorias no Meio Ambiente do Trabalho, estaremos apenas beneficiando a concretização dos tão importantes princípios da prevenção e da precaução.

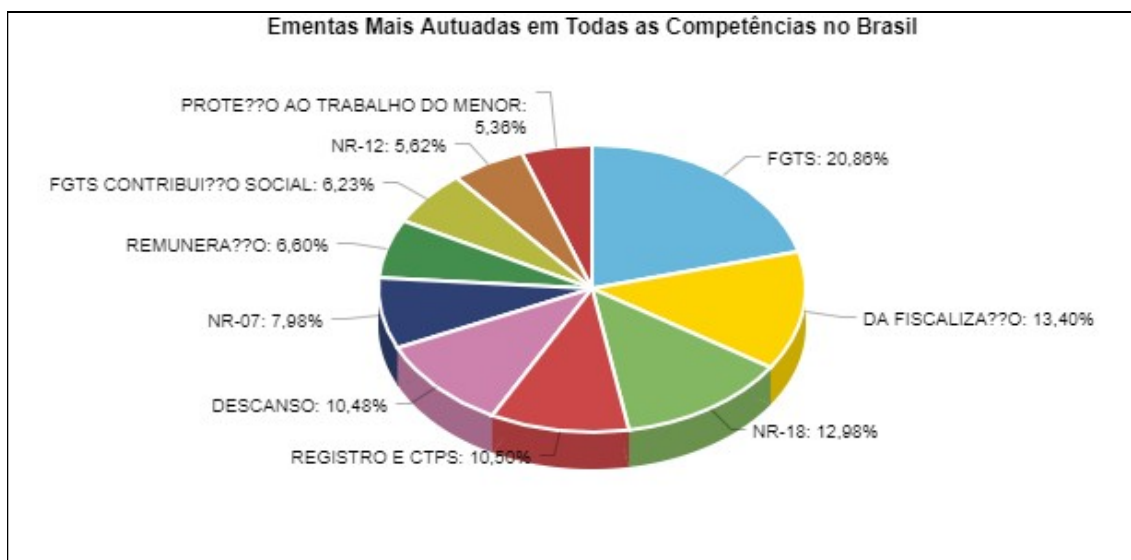
5.4 A NEGLIGÊNCIA COMO FATOR CENTRAL DOS ACIDENTES DO TRABALHO OCORRIDOS NO BRASIL

Talvez poucas das palavras desta tese seriam úteis se os acidentes do trabalho no Brasil fossem, de fato, acidentais e se realmente acontecessem em

função de situações imprevisíveis ou de situações previsíveis, mas de efeitos incontroláveis. Não se precisaria, talvez, nem discutir maneiras de melhorar a saúde e a segurança do trabalho, porque já teríamos superado os eventuais erros humanos que pudessem acontecer.

Esta, infelizmente, não é nossa realidade. Os dados alarmantes anteriormente apresentados apenas são alarmantes, porque não estamos falando de acidentes de fato, mas de negligência na prevenção e na precaução de riscos no Meio Ambiente do Trabalho.

O gráfico abaixo apresenta os assuntos que mais receberam autuações no Brasil, entre 2012 e 2018:

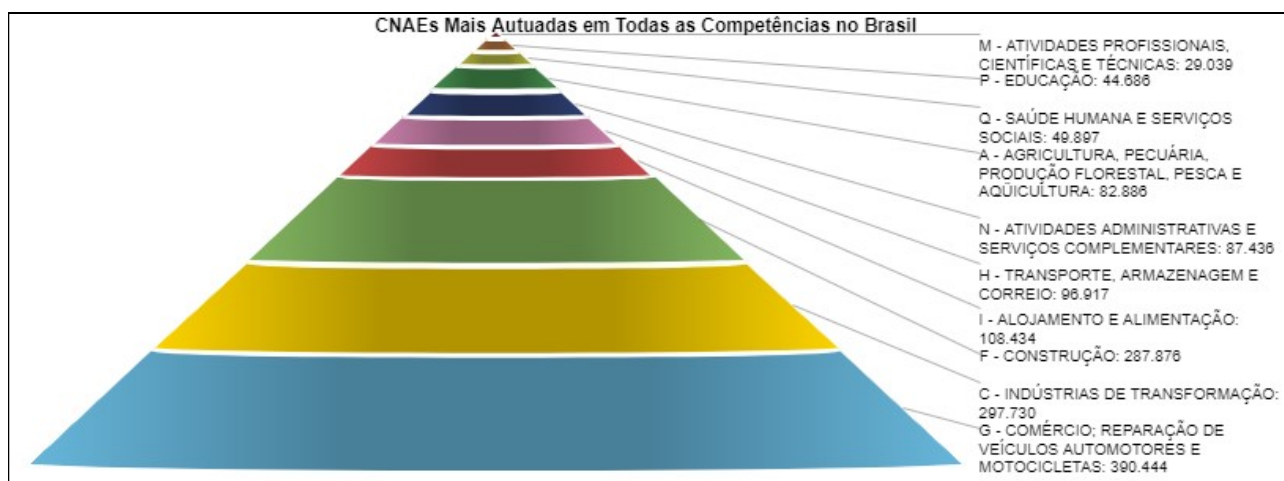


Fonte: MTb, SIT, 2018.

De todos os assuntos, os temas NR-12 (sobre Segurança no Trabalho em Máquinas e Equipamentos), NR-07 (sobre Programa de Controle Médico de Saúde Ocupacional), NR-18 (sobre Condições e Meio Ambiente de Trabalho na Indústria da Construção) e Descanso representam 37,06% do total de autuações. É um percentual muito considerável.

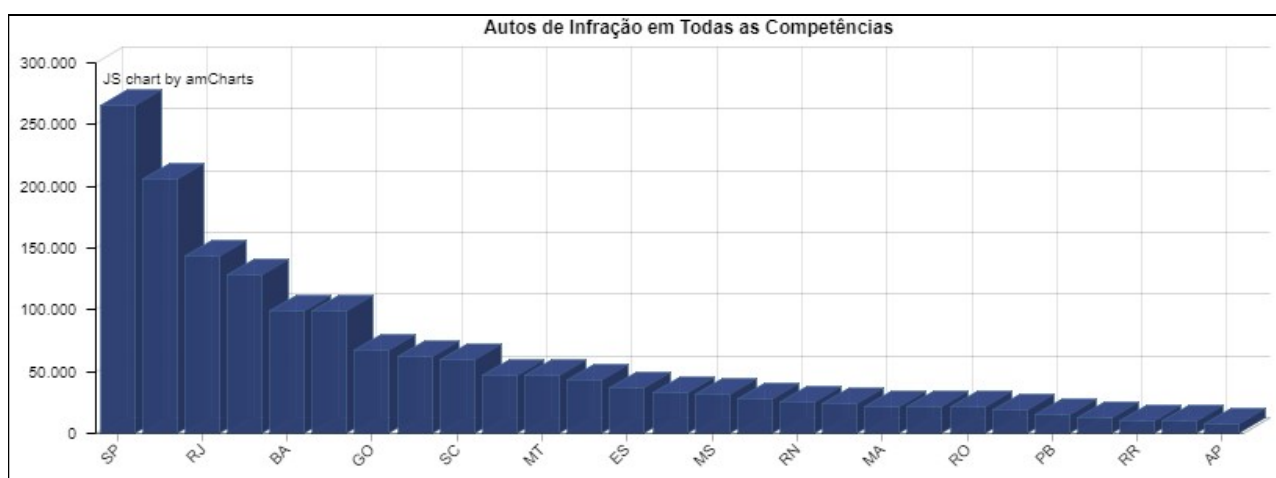
Todos eles tem importância direta para o tema dos Acidentes de Trabalho, especialmente porque as autuações demonstram que algo de errado havia no Meio Ambiente de Trabalho e isto poderia ter contribuído para a ocorrência de acidentes. É importante destacar que as autuações ocorrem fundamentadas pelas normas trabalhistas e fazem exigências de obrigações que os empregadores deveriam ter cumprido.

Abaixo, um gráfico sobre as Classificações Nacionais de Atividades Econômicas (CNAEs) que mais recebem autuações no Brasil, merecendo atenção os três primeiros lugares, nos quais os acidentes de trabalho são muito comuns: I) Comércio e Reparação de Veículos Automotores e Motocicletas, com 390.444 autuações; II) Indústrias de Transformação, com 297.730; e III) Construção, com 287.876.



Fonte: MTb, SIT, 2018.

Ainda, importante realçar a quantidade de autuações em cada um dos Estados, dos quais dou destaque aos quatro primeiros lugares: I) São Paulo, com 265.848 autuações; II) Minas Gerais, com 205.768; III) Rio de Janeiro, com 144.268; e IV) Rio Grande do Sul, com 127.923.



Fonte: MTb, SIT, 2018.

Os bancos de dados brasileiros são riquíssimos em casos de acidentes de trabalho ocasionados por negligência. Selecionei alguns para apresentar exemplos concretos de diversas formas de negligência do empregador no Meio Ambiente do Trabalho. Em todos eles, nenhum investimento de grande porte era necessário e as perdas humanas geradas são graves e irreparáveis.

No Processo 0079800-06.2009.5.08.0005, de competência do Tribunal Regional do Trabalho da 8ª Região (BRASIL, 2009), um trabalhador, cuja função era produzir gelo e limpar um silo para seu armazenamento e transporte, em um frigorífico localizado na Ilha do Marajó, Estado do Pará, sofreu um acidente gravíssimo. O silo possuía, em sua base, uma engrenagem de ferro, denominada “caracol”, responsável pelo tritramento e impulsionamento de gelo, através de uma mangueira, até as embarcações que armazenavam peixe para transporte e venda. O “caracol” era coberto por duas grades de ferro, como medida de segurança, para proteger os trabalhadores do contato com a lâmina de trituração.

Por várias vezes, o trabalhador acidentado e outros colegas de trabalho tiveram que adentrar o silo e comunicaram ao seu superior hierárquico que as grades necessitavam ser trocadas, porque apresentavam ferrugem e deterioração. Nenhuma das demandas foi atendida e, infelizmente, um dia, enquanto alimentava a máquina trituradora, uma das grades quebrou enquanto o trabalhador se encontrava lá dentro. Ele foi ao encontro do “caracol” e sofreu severos danos em sua perna direita, necessitando amputá-la a partir do joelho.

Em notícia no site da Escola Nacional de Inspeção do Trabalho (ENIT), foi apresentado o caso de um trabalhador caminhoneiro que faleceu ao transportar uma pedra de cerca de 35 toneladas e que, juntamente com 23 outras pessoas, foi vitimado em um acidente de trânsito, provavelmente devido às más condições de trabalho e à excessiva jornada de trabalho, conforme conclusões da Auditoria Fiscal do Trabalho.

“Nossa análise do acidente é feita à luz das normas trabalhistas e procura identificar as condições daquele empregado que se acidentou. No caso desse acidente, conseguimos alguns dados que nos permitiram fazer uma retrospectiva do trabalho do motorista da carreta que provocou o acidente, mas não quer dizer que a culpa é dele”, pontua o Auditor-Fiscal do Trabalho, Bernardo Velasco, integrante do Grupo Especial de Fiscalização do Trabalho em Transportes (Getrac) que apurou as circunstâncias do acidente (BRASIL, SIT, ENIT, 2018).

De acordo com a Auditoria, ele havia trabalhado 14 horas seguidas na véspera do acidente e não descansou o tempo mínimo necessário antes de voltar a dirigir. “As informações foram obtidas a partir do relatório de rastreamento via satélite da frota [...]. Por lei, motoristas profissionais só podem dirigir por até 12 horas, já contando a jornada extra” (BRASIL, SIT, ENIT, 2018). Por vários dias, o trabalhador excedeu esse tempo e, entre 14 e 16 de junho, ele trabalhou 24 horas sem descanso, apenas com algumas paradas de curto intervalo.

Às vésperas do acidente, Velasco disse que o caminhoneiro rodou 15 horas seguidas, entre os dias 19 e 20 de junho, e no dia 21, mais 14 horas. O intervalo para descanso entre uma jornada e outra, que tem de ser de no mínimo 8 horas, também não foi respeitado. Pouco antes do acidente, Nadson havia descansado entre 23h39 e 2 horas. Então, ele pegou a estrada e, quatro horas depois, no quilômetro 343 da BR 101, invadiu a contramão e bateu de frente com um ônibus da viação Águia Branca e com ambulâncias dos municípios de Jerônimo Monteiro e Alfredo Chaves (BRASIL, SIT, ENIT, 2018).

Outra falha identificada pela Auditoria Fiscal foi sobre a manutenção da frota de caminhões da empresa. “A empresa foi autuada porque não tinha nada documentado e não era possível saber quando os veículos tinham passado por revisão” (BRASIL, SIT, ENIT, 2018).

Um outro caso foi levantado pelo Ministério do Trabalho⁴⁷ (FERREIRA, 2016), quando averiguava um acidente de trabalho em uma mineradora, em Minas Gerais, constatando que o fato ocorrido não tinha características de um acidente propriamente dito. Quatro trabalhadores, contratados por uma prestadora de serviços à empresa mineradora, realizavam o revestimento do poço de uma mina, elevados e sustentados por uma plataforma metálica. Ao final da jornada – momento em que muitos dos acidentes acontecem –, a plataforma despencou enquanto os trabalhadores a içavam, causando a morte de dois deles e lesões graves nos outros dois. O poço tinha 510 metros de profundidade e a plataforma

⁴⁷ O extinto Ministério do Trabalho, em 2014, divulgou diversas fichas com resumos de acidentes e doenças do trabalho analisados pelas inspeções, um rico e importante arquivo que merece muito mais atenção do que eu pude dar nesta tese. O acesso aos arquivos se dava pelo link <http://acesso.mte.gov.br/seg_sau/analise-deacidentes-e-doencas-do-trabalho.htm>, o qual se encontra, no momento, expirado, após a lamentável extinção do Ministério. Contudo, Fernando Araújo Ferreira (2016) percebeu, a tempo, quão valioso era o material e organizou todas as fichas com os casos em um livro digitalmente disponível, conforme referências bibliográficas abaixo.

pesava 2,8 toneladas e tinha 2 pisos de chapas metálicas de trabalho, em dois andares tendo o primeiro (superior) com 2,8 metros de altura e o segundo (inferior) de 5,5 metros de altura. Os dois trabalhadores mortos se encontravam no piso inferior e os dois acidentados que sofreram lesões graves se encontravam no piso superior. A plataforma tinha uma roldana na parte superior e um conjunto de 6 roldanas soldadas (3 em cada nível) nas laterais para facilitar seu deslizamento pelo poço [...] (FERREIRA, 2016, p. 574).

Em conclusão, determinou-se que os fatores que contribuíram para a ocorrência do incidente foram: I) falha na antecipação/detecção de risco/perigo; II) circulação de informações deficiente entre contratante e contratada; III) material deteriorado ou defeituoso; IV) sistema/máquina/equipamento mal construído/mal instalado; V) ausência de manutenção preditiva e preventiva de máquinas e equipamentos; VI) inexistência/falta de acesso a manuais/recomendações do fabricante; VII) ausência/insuficiência de registros de manutenções. Além disso, o sistema de roldanas da plataforma não tinha freio de emergência, em violação ao que exige a NR-22.

Também em 2014, o Ministério do Trabalho inspecionou as condições de um acidente de trabalho ocorrido na sede de uma empresa de comunicações, quando um trabalhador veio à óbito após cair de uma torre de transmissão de TV (FERREIRA, 2016). Depois de trabalhar por 7 das 8 horas de sua jornada comum, ele subiu por 50 metros de altura com proteção inadequada e tentou afixar seu cinto de segurança à estrutura da torre. Não conseguindo, escorregou, chocou-se com partes da torre e caiu em cima do telhado da sala de transmissores que estava logo abaixo.

De acordo com o Ministério do Trabalho, os fatores que contribuíram para o evento foram: I) Uso impróprio/incorreto de equipamentos/materiais/ferramentas; II) modo operatório perigoso/inadequado a segurança; III) Interferência de fatores climáticos; IV) Falta de planejamento/preparação do trabalho; V) Falta/inadequação de análise de risco da tarefa; VI) Inexistência/inadequação de sistema de permissão de trabalho; VII) Ausência/insuficiência de treinamento; VIII) Designação de trabalhador não qualificado/treinado/habilitado; IX) Procedimentos de trabalho inexistentes/inadequados; X) Ausência/insuficiência de supervisão.

A empresa não forneceu o EPI adequado à situação, desobedecendo ao disposto nos itens 35.5.3.2 da NR-35 e 18.23.5 da NR-18, a qual, desde 2011, exige ser obrigatório o uso de duplo talabarte em

serviços de montagem industrial, montagem e desmontagem de guias, andaimes, torres de elevadores, estruturas metálicas e semelhantes onde haja necessidade de movimentação do trabalhador e não seja possível a instalação de cabo-guia de segurança (FERREIRA, 2016, p. 1005).

No caso em questão, o trabalhador utilizava cinto de talabarte simples, não duplo⁴⁸, motivo pelo qual subiu por 50 metros sem estar sempre afixado e expondo-se ao risco de queda a cada momento em que se soltava de um ponto para se afixar em outro. Qualquer simples análise, dotada de bom senso do empregador, constataria que o EPI era inadequado, porque expunha o trabalhador a um risco grave e desnecessário.

Não se pode falar que houve evento acidental: nenhuma situação externa imprevisível ou incontrolável foi determinante para causar a morte do trabalhador. E são grandes as indicações de que a utilização do EPI adequado teria sido capaz de evitar tal evento: se o trabalhador estivesse usando o talabarte duplo quando escorregou, ainda estaria preso à estrutura da torre e não teria caído.

Outro caso (FERREIRA, 2016, p. 35 e 36) tratava-se de um trabalhador de 26 anos que realizava a atividade de limpeza de um tanque de combustível com capacidade de armazenamento para 12.000 litros. Sem proteção, adentrou no tanque de combustível vazio, momento em que desmaiou e foi a óbito. O laudo de necropsia constatou que a *causa mortis* foi insuficiência respiratória aguda, provavelmente pela presença de vapores de querosene de aviação no tanque. Além disso, ele fraturou a coluna cervical nas vértebras C1 e C2 (pescoço) e teve queimaduras de 2º grau devido ao contato com o taque exposto ao sol.

Os Auditores Fiscais do Trabalho concluíram que os fatores que contribuíram para o evento foram: I) Ventilação natural e, ou artificial insuficiente e, ou inadequada; II) Modo operatório inadequado à segurança / perigoso; III) Falha na antecipação / detecção de risco / perigo; IV) Trabalho em ambiente

⁴⁸ EPI que conecta o cinto do trabalhador com o ponto em que ele ficará afixado. O tipo duplo possui duas pontas de ancoragem diferentes e, assim, permite que o trabalhador se locomova na estrutura, sempre mantendo um engate preso enquanto solta o outro para ser afixado em local diferente. Assim, a locomoção do trabalhador em altura torna-se mais segura, pois o trabalhador sempre deve estar preso por pelo menos um dos engates do talabarte. No talabarte simples, há apenas uma ponta de engate, não sendo recomendado para locomoção, pois, ao soltá-lo, o trabalhador não terá outro engate que o proteja de quedas. Atualmente, em 2019, um talabarte duplo custa menos de R\$200.

confinado em atmosfera IPVS; V) Ausência de projeto; e VI) Procedimentos de trabalho inexistentes ou inadequados.

Não há que se falar em acidente, novamente. Não são necessários conhecimentos muito aprofundados para afirmar que nenhuma pessoa pode adentrar, sem proteção, um tanque de armazenamento de combustível, ainda que vazio, para qualquer fim. Mesmo os resíduos de combustível do tanque são muito nocivos à saúde humana e provocam asfixia rápida.

Um outro caso (FERREIRA, 2016, p. 147 e 148) analisado relata a morte de um trabalhador de 20 anos por descarga elétrica. O evento se deu no subsolo da obra de construção de um condomínio residencial, onde estava sendo executado o serviço de escavação da rede de esgoto/drenagem do prédio. O piso era de terra, havia algumas valas feitas e a iluminação natural era insuficiente.

O empregado acidentado foi contratado para exercer a função de servente de obras e, no dia do acidente ia começar a operar o martelo rompedor⁴⁹. No momento do acidente, precisou ligar o martelo a uma extensão, a qual estava ligada em um quadro de tomadas improvisado e não atendia à NR-18 do Ministério do Trabalho, que trata das Condições e Meio Ambiente de Trabalho na Indústria da Construção. Ela não possuía fio com duplo isolamento, não estava protegida contra impactos por meio de calha, canaleta ou eletroduto, além de estar estendida no chão até a área onde os trabalhadores estavam fazendo as escavações. A extensão foi fabricada pelo próprio eletricista da obra, possuía plugue e tomada de modelos antigos e só tinha capacidade para ligar um plugue. Quando o trabalhador acidentado ligou o plug do martelo na tomada, segurou a tomada da extensão e recebeu uma descarga elétrica, vindo a óbito (FERREIRA, 2016, p. 147).

A inspeção do Trabalho concluiu que os seguintes fatores contribuíram para o acidente: I) Iluminação insuficiente e, ou inadequada; II) Falta de aterramento elétrico; III) Circuito desprotegido; IV) Outras falhas de instalações elétricas; V) Terreno irregular (montanhoso, esburacado, pantanoso, etc); VI) Posto de trabalho ergonomicamente inadequado; VII) Uso impróprio / incorreto de equipamentos / materiais / ferramentas; VIII) Modo operatório inadequado a

⁴⁹ Ferramenta elétrica utilizada em atividades de demolição.

segurança / perigoso; IX) Improvisação; X) Intervenção ignorando o estado do sistema.

Decerto, não seria muito difícil e muito custoso planejar o Meio Ambiente do Trabalho deste empreendimento para fornecer uma estrutura elétrica adequada que permitisse ao trabalhador ligar um equipamento básico na tomada.

Mais um caso analisado pelos Auditores Fiscais do Trabalho revela acidente ocorrido com um trabalhador de 50 anos, em um canteiro de obras de um condomínio de apartamentos. A obra estava em fase de acabamento e a função do trabalhador acidentado era fazer o revestimento da fachada oeste da edificação, no nível da quarta laje, a aproximadamente 12 metros de altura,

sobre uma plataforma constituída de duas pranchas de madeira, instaladas entre a parede onde se aplicava o reboco e uma das faces laterais da torre do elevador de obras (utilizado para transporte de passageiros e materiais). O trabalhador dispunha, para realizar sua atividade, de 0,7m (setenta centímetros) entre a parede e a torre do elevador, que estava em plena operação, e de 1,5m (um metro e meio), na direção longitudinal do piso de trabalho (equivalente ao comprimento das pranchas).

Não havia guarda-corpo de segurança, as pranchas não possuíam fixação ou travamento e o talabarte era ligado a um cabo pendente - em um laço feito na própria corda [...]. A torre estava sem a tela de proteção, no trecho próximo às plataformas de trabalho do pedreiro. Anote-se que não chovia na ocasião do acidente de trabalho e o tempo estava ensolarado (FERREIRA, 2016, p. 691).

O elevador funcionava por um cabo, passava muito próximo às costas do trabalhador acidentado e era operado remotamente por um trabalhador que ficava em uma cabine no solo. Havia problemas em alguns dispositivos de segurança e comunicação e o posto de trabalho do operador “era notoriamente desorganizado, com diversos materiais e entulho amontoados, como armações de ferro, caixa d’água, pranchas de madeira, tapumes telados etc.”.

O acidente aconteceu quando o elevador chegou ao nível em que estava o trabalhador vitimado e sua parte inferior prendeu o talabarte do cinto de segurança do acidentado, puxando-o para o interior da torre.

O corpo do empregado ficou comprimido entre as estruturas metálicas da torre e os mecanismos de movimento do elevador, o que fez com que ele praticamente parasse. Como a máquina forçava a continuação do movimento de descida, lesionando ainda mais o pedreiro, um servente, rapidamente, abriu a porta do equipamento, desligando-o por interrupção da corrente elétrica.

Em seguida, com a ajuda de outros trabalhadores, o servente resgatou o trabalhador acidentado, tendo que, para isso, cortar o cinto e o talabarte que comprimiam seu tórax. (FERREIRA, 2016, p. 692).

O trabalhador foi levado ainda com vida para o hospital, mas veio a óbito cerca de 4 horas depois do evento, “devido aos múltiplos ferimentos (politraumatismos) ocasionados pela ação esmagadora do elevador” (FERREIRA, 2016, p. 692).

Podemos chamar este caso de acidente? Podemos chamar qualquer destes casos de acidentes? É com pesar que as estatísticas, as pesquisas e as análises sobre acidentes do trabalho apenas comprovam e reforçam uma à outra quando nos confirmam que a grande maioria dos acidentes de trabalho não tem, na verdade, origem acidental, mas negligente.

Nenhum dos eventos acima exigiu grandes investimentos no Meio Ambiente de Trabalho, o que nos leva a perceber que o problema é maior do que parece. A negligência pouco ou nada se justifica até economicamente, o que seria um argumento forte vindo do empregador. A negligência nestes casos demonstra a triste desvalorização da vida do trabalhador, que ainda é tratado como elemento de produção.

Um levantamento da BBC News Brasil (2018) revelou que 106 pessoas morreram em silos de armazenamento de grãos, na última década, no país. A matéria apresenta o caso raro de um trabalhador que conseguiu sobreviver a um acidente, mas também nos expõe à triste realidade do descaso com a vida do trabalhador quando ele é colocado em comparação com o lucro.

Ele entrou no silo para ajudar a carregar um caminhão e ajudar um colega que havia prendido a perna nos grãos. Ambos estavam sem cinto de segurança. Tendo sucesso, ambos estavam saindo do silo quando o trabalhador afundou em segundos, ficando preso até a cintura. Ao afundar mais, por sorte, encontrou uma estrutura metálica e nela se apoiou com um pé, ali ficando por cinco horas até ser resgatado pelo corpo de bombeiros. “Ele diz que a pressão da soja o obrigava a respirar ‘bem devagarinho’. ‘Vai apertando como lata de sardinha; você não sente dor numa parte, sente em tudo’”, relatou o trabalhador (BBC, 2018).

Apesar da situação em que se encontrava e da gravidade do acidente, mesmo assim a empresa relutou em esvaziar o silo para ajudar no resgate, “pois não queria perder dinheiro com o descarte. Mas relata que os bombeiros

insistiram e abriram uma fenda na lateral da construção, permitindo que o nível de soja baixasse e ele fosse puxado” (BBC, 2018).

O professor Idelberto Almeida afirma que a maioria dos acidentes em silos ocorre quando medidas de prevenção não são adotadas ou não funcionam de forma adequada. "As estratégias para evitar esses acidentes são amplamente conhecidas há pelo menos 15 anos", diz (BBC, 2018).

Descasos como estes são comuns e frequentemente contribuem para a morte e para a lesão de trabalhadores, sendo necessário que o Direito reforce seus instrumentos de punição, dissuasão e pedagogia. Quaisquer que estes sejam, importa que resultem na maior proteção do trabalhador e, assim, cumprimos nosso papel moral e constitucional de valorizar a vida de uma classe tão explorada e tão exposta a riscos desnecessários.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Acidentes do Trabalho são uma lamentável realidade no Brasil. Ocupamos o 4º lugar mundial em ocorrências desse tipo e, só no Brasil, mais de 1 milhão e 700 mil casos foram registrados desde 2016, envolvendo mortes, mutilações e doenças, além de trabalhadoras, trabalhadores e famílias gravemente machucadas, física e emocionalmente.

Trabalhadores são frequentemente usados como elemento de produção e não plenamente considerados enquanto seres humanos pelo empregador negligente. Uma relação humana igualitária e digna não aceita expor ninguém ao risco de danos irreparáveis. Para o empregador negligente, o impacto de um acidente de trabalho se dilui rapidamente, pois é fácil preencher a vaga de trabalho perdida pelo trabalhador que faleceu, adoeceu ou se lesionou permanentemente, mas este e sua família permanecem com as consequências para sempre.

Vi no caráter punitivo-pedagógico uma saída instrumental para dar mais dignidade à vida do trabalhador exposto a riscos desnecessários por empregadores negligentes que não se importam com as vidas humanas a eles subordinadas. Concluí que o empregador raciocina pela linguagem econômica de custos e benefícios e inclui a proteção do trabalhador nesses cálculos, mas acredito que o caráter punitivo-pedagógico pode participar desta equação enquanto elemento de desestímulo que atue em favor do trabalhador.

Para isso, precisei buscar as raízes do instituto, na filosofia e no direito inglês e norte-americano, para extrair sua fundamentação e depois concluir que, no Brasil, não aplicamos os *punitive damages* tal qual a metodologia de seus países de origem – e nem deveria ser assim –, mas que aplicamos e temos espaço para sua fundamentação, que é adequada a nossos princípios.

O caráter punitivo-pedagógico já é atribuído à indenização em decisões judiciais que querem mostrar ao ofensor que ele não agiu corretamente e que, por isso, merece sofrer algum tipo de sanção pedagógica. As decisões, contudo, ainda possuem fundamentações confusas, que não refletem adequadamente nos valores fixados, além de sopesarem outros elementos que acabam contribuindo

para a redução dos valores, a exemplo da capacidade econômica da própria vítima do dano e da vedação ao enriquecimento ilícito.

O objetivo é fazer justiça à vítima e impedir que a conduta se repita com a mesma pessoa ou com outras pessoas na mesma condição. Essa sanção, no âmbito da Responsabilidade Civil, é pecuniária e acredito que ela constitui a melhor forma de dialogar com o empregador negligente e reforçar a proteção do trabalhador enquanto elemento a ter mais peso em seus cálculos.

Foi por este motivo que achei relevantes as teorias da Análise Econômica do Direito e do Liberalismo Igualitário. A primeira representa o infeliz raciocínio utilitarista adotado pelos empregadores negligentes, porque pesam os custos de investir na prevenção contra riscos no Meio Ambiente do Trabalho junto com a probabilidade dos acidentes acontecerem. Muitas vezes, isto não é feito sistematicamente, com cálculos concretos, mas apenas suposições, já que boa parte dos acidentes teria sido evitada com pequenos e pontuais investimentos. Esta conduta, a meu ver, é absolutamente rechaçável quando estão envolvidos trabalhadores vulneráveis e, principalmente, por vivermos em um dos países com um dos mais graves índices de acidente do trabalho no mundo todo. Não é aceitável qualquer análise de custos e benefícios neste sentido, porque a vida humana é o maior de todos os bens imateriais, sendo o próprio sentido de todos os outros direitos.

É possível levantar uma objeção contra meu argumento: ora, então mesmo que o investimento possua valor absurdo, o empregador é obrigado a fazê-lo, sob pena de ser caracterizado como negligente? Há alguns problemas nessa objeção: ela é bastante irreal e ignora que são raríssimos os casos em que os altos investimentos são desproporcionais com o porte da empresa. Não é necessário que o empregador demonstre ter adquirido os equipamentos mais modernos disponíveis no mercado. É necessário que sejamos razoáveis e é no âmbito do processo que se vai analisar cada caso concreto, com partes participativas e magistrados que busquem analisar se, naquela situação, o melhor possível foi feito.

Se o empregador agiu de forma negligente, mas tinha elementos evidentes e suficientes para agir diferente e, mesmo assim, optou por não fazê-lo, o caráter punitivo-pedagógico deve ter papel fundamental na apuração de sua responsabilidade. Não pretendo nenhum tipo de vingança, porque tratar o

empregador com igual consideração e respeito é atitude genuína e necessária, não se podendo permitir que o valor da indenização seja exagerado e desmedido a ponto de leva-lo à falência ou colocá-lo em grave dificuldade financeira. Agir de forma diferente é agir com injustiça, além de gerar um efeito em cascata que prejudicaria outros sujeitos envolvidos com a atividade do empregador: credores, fornecedores e, principalmente, os demais trabalhadores a ele vinculados, seja com o atraso no pagamento de suas remunerações, seja com dispensas sem justa causa pontuais para cortes de gastos, seja, na pior das hipóteses, com o encerramento por completo das atividades.

Se a dissuasão (*deterrence*) pode ser considerada uma das principais finalidades da aplicação dos *punitive damages*, no mesmo sentido podemos analisar o caráter punitivo-pedagógico – chamado até de *teoria do desestímulo* –, pois os efeitos oriundos de sua aplicação são capazes de fazer um possível futuro infrator desistir de sua conduta danosa quando tem expectativa das consequências econômicas.

Tanto a dissuasão, quanto a pedagogia podem estimular a prevenção de riscos. A dissuasão promove prevenção quando aplica instrumentos concretos que impeçam ou desestimulem a prática de atos danosos, impondo ao ofensor o sofrimento de algum tipo de sanção. Parte de uma análise consequencialista, porque o ofensor em potencial desiste da conduta danosa por não querer sofrer as sanções que lhe serão impostas pelo Estado. O caráter pedagógico, por sua vez, estimula análises apriorísticas sobre os danos e promove prevenção quando o agente desiste de praticar um ato potencialmente danoso apenas por saber que é moralmente errado causar danos a outrem, interferindo em uma esfera de liberdade que não lhe cabe interferir.

Reconhecer a prevenção como um objetivo também da dissuasão significa oferecer uma justificativa de que a punição não existe como fim em si mesma e não é uma finalidade isolada que existe por si só, pelo simples fato de punir por punir. A própria punição tem razão de ser na necessidade de proteger vidas vulneráveis e ela mesma precisa ser comprometida com a Justiça e com a Igualdade. Ao punirmos um ofensor, ou ao usarmos a punição como uma ameaça a quem cogita cometer danos a outrem, não estamos buscando a punição por si mesma, mas como um elemento que aplique princípios de justiça a alguém que

tomou para si parte da esfera de liberdade de outrem, bem como que desestimule e previna acidentes do trabalho.

A punição só existe porque temos a necessidade de fazer frente a qualquer tipo de raciocínio que faça o dano ao trabalhador valer a pena. Além disso, ela precisa ser aplicada de maneira conjunta com o caráter pedagógico, para que, juntas e ao mesmo tempo, sejam capazes tanto de conscientizar quanto de concretamente desestimular condutas danosas, contribuindo para que tenhamos punições muito mais humanas e mais eficazes. O caráter pedagógico dá sentido à punição, porque permite ao infrator saber por que está sendo punido. É um direito dele saber que há fundamento moral por trás da punição, e não mera arbitrariedade e uso puro e simples da força do Estado.

Não estou defendendo o fim das análises de custos e benefícios. Elas são realmente eficientes em diversas áreas de nossas vidas. Porém, não podemos pretender que todas as transações sejam alheias a exigências morais, pois há coisas que não são transacionáveis por valor algum. E essa decisão moral sobre o que pode ou não ser transacionado deve ocorrer antes da transação. Se permitirmos o contrário, estaremos, por exemplo, autorizando que primeiro os acidentes de trabalho aconteçam para que depois façamos uma análise moral sobre deveria ter sido feito para evita-lo.

Contudo, acredito que essas análises não podem levar em consideração unicamente os elementos dor/custos/contras e prazer/benefícios/prós que dizem respeito a nós mesmos, porque assim estamos agindo como individualistas ao extremo. As outras pessoas também merecem nossa consideração, especialmente aquelas pelas quais somos responsáveis de alguma forma. Por isso, a análise de custos e benefícios realizada pelo empregador não pode levar em consideração somente o que é mais benéfico e prejudicial para ele, mas também o que beneficia e prejudica o trabalhador. Não agir dessa forma apenas reforça que o trabalhador está sendo visto e usado como elemento de produção e não como pessoa digna de igual respeito e consideração.

O pensamento da análise econômica justifica que há precauções que não devem ser tomadas se seu custo não se justificar. Porém, não há como valorar economicamente, na mesma balança, a vida do trabalhador e os custos de prevenção. A prevenção sempre virá em primeiro lugar e a monetização dos riscos só deve ter espaço quando mais nada houver para ser feito. Nem sempre

precisamos aumentar as riquezas ou a utilidade das pessoas e, em muitas situações, precisamos protegê-las contra as exigências da riqueza e da utilidade.

Respeitar a dignidade humana do trabalhador exige diversas condutas do empregador, da sociedade e do Estado e a preservação de sua saúde e sua segurança é uma das mais importantes, constituindo, inclusive, uma liberdade fundamental para Rawls: “[...] em uma sociedade justa, as liberdades fundamentais são inquestionáveis e os direitos garantidos pela justiça não estão sujeitos a negociações políticas nem ao cálculo dos interesses sociais” (2008, p. 34).

Se os bens primários em Rawls são direitos fundamentais e se o objetivo dos princípios de justiça é atingi-los, não há dúvidas da importância da teoria para a seara trabalhista. Acidentes de trabalho envolvem os bens primários, os direitos fundamentais mais valiosos ao ser humano: a sua própria vida e sua integridade física. Se permitimos que esses bens sejam transacionados por análises de custos e benefícios, estamos autorizando que o utilitarismo atue em uma área onde não deveria, porque compara, na mesma balança, valores diferentes: o dinheiro e a vida humana.

Em Dworkin, aprendemos que somos todos livres para prosseguir com nossos planos de vida, mas que essa liberdade não é plena e temos o dever de nos preocupar com a vida do outro. Assumir a responsabilidade por nossas próprias aspirações e opções, aceitando a responsabilidade de fazer parte de uma comunidade de igual consideração e respeito, significa considerar o preço e o reflexo de nossos próprios planos na vida das demais pessoas.

Não podemos permitir que o poderio econômico dê liberdade irrestrita ao empregador e submeta o trabalhador a riscos com decisões tomadas a partir de cálculos. Se reduz a vida e a integridade física de uma pessoa a uma análise de custos e benefícios, não estou tratando-a com igual consideração e respeito.

Frequentemente, o trabalhador tem sua autonomia e sua liberdade enfraquecidas por se encontrar subordinado a um contrato de trabalho que se aproveita de sua condição de vulnerabilidade. Para os acidentes de trabalho, essa vulnerabilidade é expressiva, porque o trabalhador se submete ao risco mesmo que não queira, porque precisa do emprego para sua subsistência e a de sua família.

Danos morais, imateriais ou extrapatrimoniais guardam a característica intrínseca de não permitirem apreciação econômica objetiva. Por tratarem de direitos da personalidade, tem valor maior justamente porque não tem valor econômico. Não são fungíveis, substituíveis, reparáveis e não permitem retorno ao status quo ante. Uma vez infringidos, a vítima será constrangida a conviver com os danos, sejam eles psíquicos ou físicos.

Além disso, não podem ser nem integral nem parcialmente restituídos. Ainda, a compensação, mesmo sendo a finalidade mais aplicada, não é capaz de satisfazer plenamente a vítima em função dos danos que sofreu. Considerando o acidente de trabalho, a ótica da compensação não é a mais adequada para lidar com o dano moral e, para ela, não deveria importar a natureza da conduta do ofensor, mas o dano causado a determinado bem.

Se a análise é sobre a conduta, é outro elemento que deve ser levado em consideração. Por isso, o caráter punitivo-pedagógico é que deve ser levado em consideração para condutas dolosas e culposas, sendo as negligentes especialmente importantes para este trabalho. Quando se aplica este caráter, pretende-se aplicar algum tipo de punição educativa ao ofensor, uma vez que os aspectos de sua conduta são o elemento principal a ser levado em consideração.

Preocupar-se com o enriquecimento ilícito da vítima, nestes casos, tira o foco da conduta do empregador negligente. Se nossa primeira preocupação é coibir que a conduta negligente se repita, é nela que primeiro devemos focar e, posteriormente, nossa preocupação deve se voltar à busca de uma indenização que, ao mesmo tempo, seja eficaz para coibi-la e suficiente para não causar, por exemplo, falência ao empregador.

Nossa Constituição da República é preocupada com a garantia da dignidade da pessoa humana, do valor do trabalho, do respeito ao trabalhador e do zelo por sua vida e sua integridade física. Seu artigo 7º quer a melhoria da condição social do trabalhador e seu inciso XXII almeja a redução dos riscos inerentes ao trabalho. É dela que advém a Responsabilidade Trabalhista e sob sua ótica é que esta deve ser interpretada primeiramente.

Retomando Dworkin, o conteúdo criado pelo legislador no artigo 223-G da CLT rompeu com o princípio legislativo ao produzir normas moralmente incoerentes e que quebram com o romance em cadeia do Direito do Trabalho brasileiro, que busca a melhoria das condições do trabalhador. O legislador

elegeu um critério utilitarista, objetivo, econômico e bastante limitador, além de inadequado com nossos princípios constitucionais e trabalhistas: o último salário contratual do ofendido, como baliza para o valor das indenizações por danos extrapatrimoniais. Isto, basicamente, transforma o trabalhador em um número e a este elemento numérico e econômico que o legislador vinculou sua dignidade e seu valor humano.

Danos extrapatrimoniais envolvem bens muito valiosos. A análise da indenização deve ser feita com compromisso e zelo, porque estamos invadindo a individualidade de quem sofreu com o acidente, pondo preço em sua dor, mas nem a própria pessoa consegue traduzir e verbalizar o que seria necessário para compensar esses danos.

É o empregador que age com negligência, expondo os trabalhadores a ele subordinados a riscos desnecessários, que está enriquecendo ilícitamente por quebrar sua obrigação contratual de zelar pela vida e pela integridade física dos trabalhadores. Se esta obrigação exige investimentos no Meio Ambiente do Trabalho e o empregador, sabendo e podendo fazê-los, não os faz, especialmente por ter intenção estrita de economizar, está, sem dúvidas, enriquecendo ilícitamente quando decide por em risco desnecessário as vidas a ele subordinadas.

Saber se a negligência teve ou não papel importante no caso é um elemento extremamente importante para auxiliar o Estado a adotar políticas públicas e o magistrado a definir a quantificação da indenização. Descasos com o Meio Ambiente do Trabalho são comuns e frequentemente contribuem para a morte e para a lesão de trabalhadores, sendo necessário que o Direito reforce seus instrumentos de punição, dissuasão e pedagogia. Quaisquer que estes sejam, importa que resultem na maior proteção do trabalhador e, assim, cumprimos nosso papel moral e constitucional de valorizar a vida de uma classe tão explorada e tão exposta a riscos desnecessários.

7 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGÊNCIA BRASIL. **Brasil é quarto no mundo em acidentes de trabalho, alertam juízes**. Agência Brasil, 2016. Disponível em: <http://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2016-04/brasil-e-quarto-do-mundo-em-acidentes-de-trabalho-alertam-juizes>. Acesso em: 10 de abril de 2018.

ALMEIDA, Ildeberto Muniz de. **Construindo a Culpa e Evitando a Prevenção: Caminhos da Investigação de Acidentes do Trabalho em Empresas de Municípios de Porte Médio – Botucatu-SP**. Tese (Doutorado em Saúde Ambiental) – Faculdade de Saúde Pública, USP. São Paulo, 2001.

ANDRADE, André Gustavo Corrêa. **Indenização Punitiva**. Rio de Janeiro: Banco do Conhecimento do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, 2018. Disponível em: http://www.tjrj.jus.br/c/document_library/get_file?uuid=dd10e43d-25e9-478f-a346-ec511dd4188a. Acesso em: 13 de setembro de 2018.

ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS MAGISTRADOS DO TRABALHO (ANAMATRA). **Ação Direta de Inconstitucionalidade com Pedido de Medida Cautelar**. Brasília, DF, 2017a. Disponível em: <https://www.anamatra.org.br/files/01-Anamatra-STF-ADI-DanoMoral-Tabela-Inicial---Assinado.pdf>. Acesso em: 20 de janeiro de 2018.

_____. **Ação Direta de Inconstitucionalidade com Pedido de Medida Cautelar**. Brasília, DF, 2018. Disponível em: <https://www.anamatra.org.br/images//Anamatra-STF-ADI-SemMP-DanoMoral-Tabela-Inicial-Nova-1.pdf>. Acesso em: 21 de dezembro de 2018.

_____. **Enunciados aprovados na 2ª Jornada**. [jornadanacional.com](http://www.jornadanacional.com), 2017b. Disponível em: <http://www.jornadanacional.com.br/listagem-enunciados-aprovados.asp>. Acesso em: 05 de novembro de 2017.

AUSNESS, Richard C. **Retribution and Deterrence: The Role of Punitive Damages in Products Liability Litigation**. Kentucky: UKnowledge, 1985. Disponível em: https://uknowledge.uky.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=https://www.google.com/&httpsredir=1&article=1185&context=law_facpub. Acesso em: 26 de junho de 2017.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Teoria Geral das Obrigações e Responsabilidade Civil**. 11ª ed. São Paulo: Atlas, 2008.

BBC NEWS BRASIL. **As silenciosas mortes de brasileiros soterrados em armazéns de grãos**. São Paulo: BBC, 2018. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-45213579>. Acesso em: 29 de agosto de 2018.

BERMUDES, Sérgio. **Introdução ao Processo Civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

BEVILAQUA, Clóvis. **Direitos das Obrigações**. 5ª edição. São Paulo: Livraria Editora Freitas Bastos, 1940.

_____. **Teoria Geral do Direito Civil**. Campinas: RED Livros, 2001.

BITTAR, Carlos Alberto. **Reparação Civil por Danos Morais**. 4ª edição. São Paulo: Saraiva, 2015.

BRANDÃO, Cláudio Mascarenhas. **Jornada de Trabalho e Acidente de Trabalho**: reflexões em torno da prestação de horas extraordinárias como causa de adoecimento no trabalho. Brasília: Revista do TST, vol. 75 nº 2, 2009.

Disponível em:

https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/13497/003_brandao.pdf?sequence=5&isAllowed=y. Acesso em: 02 de dezembro de 2018.

BRASIL. CÂMARA DOS DEPUTADOS (CD). RESOLUÇÃO Nº 17, de 1989. Aprova o Regimento Interno da Câmara dos Deputados. Brasília, DF, 1989.

Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/regimento-interno-da-camara-dos-deputados/arquivos-1/RICD%20atualizado%20ate%20RCD%2027-2018a.pdf>. Acesso em: 15 de agosto de 2018.

_____. CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL (CJF). **ENUNCIADO Nº 379**. Brasília, DF, 2006. Disponível em:

<https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/517>. Acesso em: 15 de julho de 2018.

_____. _____ **ENUNCIADO Nº 588**. Brasília, DF, 2015. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/827>. Acesso em: 15 de julho de 2018.

_____. **CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DOS ESTADOS UNIDOS DO BRASIL**. Rio de Janeiro, RJ, 1934. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm. Acesso em: 13 de novembro de 2018.

_____. **CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL**. Brasília, DF, 1988. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm.

_____. **DECRETO Nº. 3.048**, de 6 de maio de 1999. Aprova o Regulamento da Previdência Social, e dá outras providências. Brasília, DF, 1999. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3048.htm. Acesso em: 15 de junho de 2018.

_____. **DECRETO Nº. 3.724**, de 15 de janeiro de 1919. Regula as obrigações resultantes dos acidentes no trabalho. Rio de Janeiro, RJ, 1919. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1910-1919/decreto-3724-15-janeiro-1919-571001-publicacaooriginal-94096-pl.html>. Acesso em: 10 de novembro de 2018.

_____. **EXPOSIÇÃO DE MOTIVOS DA MP808**. Brasília, DF, 2017a. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Exm/Exm-MP-808-17.pdf. Acesso em: 15 de novembro de 2017.

_____. **LEI Nº 5.161**, de 21 de outubro de 1966. Autoriza a instituição da Fundação Centro Nacional de Segurança, Higiene e Medicina do Trabalho e dá outras providências. Brasília, DF, 1966. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5161.htm. Acesso em: 10 de novembro de 2018.

_____. **LEI Nº 5.250**, de 9 de fevereiro de 1967. Regula a liberdade de manifestação do pensamento e de informação. Brasília, DF, 1967. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5250.htm. Acesso em: 25 de junho de 2018.

_____. **LEI Nº 8.078**, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Brasília, DF, 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078compilado.htm. Acesso em: 23 de junho de 2018.

_____. **LEI Nº 8.212**, de 24 de julho de 1991. Dispõe sobre a organização da Seguridade Social, institui Plano de Custeio, e dá outras providências. Brasília, DF, 1991a. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8212cons.htm. Acesso em: 15 de junho de 2018.

_____. **LEI Nº 8.213**, de 24 de julho de 1991. Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências. Brasília, DF, 1991b. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8213cons.htm. Acesso em: 15 de junho de 2018.

_____. **LEI Nº 10.406**, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Brasília, DF, 2002a. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm. Acesso em: 10 de novembro de 2017.

_____. **LEI Nº 13.467**, de 13 de julho de 2017. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei no 5.452, de 1º de maio de 1943, e as Leis nos 6.019, de 3 de janeiro de 1974, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 8.212, de 24 de julho de 1991, a fim de adequar a legislação às novas relações de trabalho. Brasília, DF, 2017b. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Lei/L13467.htm#art1. Acesso em: 13 de julho de 2017.

_____. **MEDIDA PROVISÓRIA Nº 808/2017**. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. Brasília, DF, 2017c. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Mpv/mpv808.htm. Acesso em: 14 de novembro de 2017.

_____. MINISTÉRIO DA FAZENDA (MF). INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL (INSS). **Anuário Estatístico de Acidentes do Trabalho – AEAT 2017**. MF, 2018. Disponível em: <http://sa.previdencia.gov.br/site/2018/09/AEAT-2017.pdf>. Acesso em: 10 de novembro de 2018.

_____. MINISTÉRIO DO TRABALHO (MTb). FUNDAÇÃO JORGE DUPRAT FIGUEIREDO DE SEGURANÇA E MEDICINA DO TRABALHO (FUNDACENTRO). **História**. MTb, [20-?]. Disponível em: <http://www.fundacentro.gov.br/institucional/historia>. Acesso em: 11 de novembro de 201

_____. _____. **Guia de Análise de Acidentes do Trabalho**. Brasília, DF: MTb, [201-?]. Disponível em: https://www.trt8.jus.br/sites/portal/files/pdfs/publicacao_de_trabalho_seguro/guia_de_analise_de_acidentes_do_trabalho_-_mte.pdf. Acesso em:

_____. _____. **Norma Regulamentadora nº 18**, de 08 de Junho de 1978 (Condições e Meio Ambiente de Trabalho na Indústria da Construção). Brasília, DF: MTb, 1978.

_____. _____. **Total inspeções realizadas em Segurança e Saúde do Trabalho – Brasil**. MT, 2016. Disponível em: http://trabalho.gov.br/dados-abertos/estatistica-saude-e-seguranca-do-trabalho/seguranca-trabalho-2016/item/download/7321_0c0a53907080bc8e519c4c72b19a827a. Acesso em: 05 de julho de 2018.

_____. MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO (MPT). **Brasil é quarto lugar no ranking mundial de acidentes de trabalho**. MPT, 2018a. Disponível em: http://portal.mpt.mp.br/wps/portal/portal_mpt/mpt/sala-imprensa/mpt-noticias/7441f527-ad53-4a0a-901f-66e40f1a1cae. Acesso em: 10 de abril de 2018.

_____. _____. **Gastos com acidentes e doenças do trabalho chegam a R\$ 67 bi em 6 anos, aponta Observatório**. Brasília, DF: MPT, 2018b. Disponível em: http://portal.mpt.mp.br/wps/portal/portal_mpt/mpt/sala-imprensa/mpt+noticias/b1e7dd1a-ab3e-479d-b89e-6a017c91bdbe. Acesso em: 13 de outubro de 2018.

_____. _____. **MPT discute impactos da Reforma Trabalhista em seminário na Câmara**. MPT, 2018c. Disponível em: http://portal.mpt.mp.br/wps/portal/portal_mpt/mpt/sala-imprensa/mpt+noticias/cd05c5a5-b7eb-4878-9dbd-ba456ad97c39. Acesso em: 05 de julho de 2018.

_____. _____. **Perdas com acidentes de trabalho custam mais de R\$ 26 bi da Previdência**. MPT, 2018d. Disponível em: http://portal.mpt.mp.br/wps/portal/portal_mpt/mpt/sala-imprensa/mpt-

noticias/57067f73-133e-4a0a-aed0-9cb43a1332d1. Acesso em: 25 de novembro de 2018.

_____. _____. OBSERVATÓRIO DIGITAL DE SAÚDE E SEGURANÇA DO TRABALHO. MPT, 2018e. Disponível em: <https://observatoriosst.mpt.mp.br/>. Acesso em: 06 de dezembro de 2018. Não sei citar a informação (3º cap buscar por “3.868 mortes”)

_____. PROJETO DE LEI nº 276/2007. Altera o Código Civil, instituído pela Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002b. Brasília, DF, 2007. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=343231>. Acesso em: 12 de janeiro de 2018.

_____. PROJETO DE LEI nº 4.972/2009. Obriga as empresas a ressarcirem ao Sistema Único de Saúde (SUS) as despesas decorrentes da assistência prestada aos seus empregados vítimas de acidente do trabalho ou doença profissional ou do trabalho. Brasília, DF, 2009. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=428741>. Acesso em: 25 de novembro de 2018.

_____. PROJETO DE LEI nº 6.960/2002. Dá nova redação aos artigos 2º, 11, 12, 43, 66, 151, [...], 944, [...], 2038 e 2045 da Lei nº. 10.406 de 10 de janeiro de 2002, que "Institui o Código Civil", acrescenta dispositivos e dá outras providências. Brasília, DF, 2002c. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=FE6CA80C6CF6F762CE5B438DA07C4BD5.proposicoesWebExterno1?codteor=50233&filename=PL+6960/2002. Acesso em: 12 de janeiro de 2018.

_____. SECRETARIA DE INSPEÇÃO DO TRABALHO (SIT). Painel de Informações e Estatísticas da Inspeção do Trabalho no Brasil. Brasília: SIT, 2018. Disponível em: <https://sit.trabalho.gov.br/radar/>. Acesso em: 30 de dezembro de 2018.

_____. _____. ESCOLA NACIONAL DE INSPEÇÃO DO TRABALHO (ENIT). Inspeção divulga relatório sobre acidente na BR-101. Brasília: ENIT, 2018. Disponível em: <https://enit.trabalho.gov.br/portal/index.php/arquivo-de-noticias/332-inspecao-divulga-relatorio-sobre-acidente-na-br-101>. Acesso em: 20 de abril de 2018.

_____. SUBSECRETARIA DE ARRECADAÇÃO E ATENDIMENTO DA RECEITA FEDERAL. CNAE: Apresentação. Brasília, DF, 2014. Disponível em: <http://idg.receita.fazenda.gov.br/orientacao/tributaria/cadastros/cadastro-nacional-de-pessoas-juridicas-cnpj/classificacao-nacional-de-atividades-economicas-2013-cnae/apresentacao>. Acesso em: 20 de junho de 2018.

_____. SUGESTÃO LEGISLATIVA Nº 12/2018. Institui o Estatuto do Trabalho e regulamenta os Arts. 7º a 11 da Constituição Federal. Brasília, DF, 2018. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=7729797&ts=1543011051845&disposition=inline>. Acesso em: 20 de maio de 2018.

_____. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (STJ). AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL: AgInt no AREsp 1067993/RO (2017/0054897-8). Relator: Ministro Marco Aurélio Bellizze. DJ: 09/11/2017. STJ, 2017a. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1654325&num_registro=201700548978&data=20171117&formato=PDF. Acesso em: 20 de janeiro de 2018.

_____. _____. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL: AgInt no AREsp 1249098/SP (2018/0024713-0). Relator: Ministro Ricardo Villas Boas Cuêva. DJ: 16/06/2018. STJ, 2018a. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1725172&num_registro=201800247130&data=20180627&formato=PDF. Acesso em: 13 de outubro de 2018.

_____. _____. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL: AgInt no AREsp 1077842/GO (2017/0070980-6). Relator: Ministro Mauro Campbell Marques. DJ: 21/09/2017. STJ, 2018b. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1725172&num_registro=201800247130&data=20180627&formato=PDF. Acesso em: 20 de janeiro de 2018.

_____. _____. RECURSO ESPECIAL: REsp 1677957/PR (2016/0322963-5). Relator: Ministro Ricardo Villas Boas Cuêva. DJ: 24/04/2018. STJ, 2018c. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1705300&num_registro=201603229635&data=20180430&formato=PDF. Acesso em: 13 de outubro de 2018.

_____. _____. RECURSO ESPECIAL: REsp 1652588/SP (2016/0012863-4). Relator: Ministro Ricardo Villas Boas Cuêva. DJ: 26/09/2017. STJ, 2017b. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1640894&num_registro=201600128634&data=20171002&formato=PDF. Acesso em: 20 de janeiro de 2018.

_____. _____. RECURSO ESPECIAL: REsp 1645744/SP (2016/0101168-8). Relator: Ministro Ricardo Villas Boas Cuêva. DJ: 06/06/2017. STJ, 2017c. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1576653&num_registro=201601011688&data=20170613&formato=PDF. Acesso em: 20 de janeiro de 2018.

_____. _____. RECURSO ESPECIAL: REsp 1680689/RJ (2017/0129439-6) Relator: Ministro Herman Benjamin. DJ: 21/09/2017. STJ, 2017d. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1637884&num_registro=201701294396&data=20171009&formato=PDF. Acesso em: 20 de janeiro de 2018.

_____. _____. SÚMULA Nº 37. São cumuláveis as indenizações por dano material e dano moral oriundos do mesmo fato. DJ: 17/03/1992. Brasília, DF, 1992. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp#TIT1TEMA0>. Acesso em: 10 de julho de 2018.

_____. _____. SÚMULA Nº 387. É lícita a cumulação das indenizações de dano estético e dano moral. DJe 01/09/2009. Brasília, DF, 2009. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp#TIT1TEMA0>. Acesso em: 10 de julho de 2018.

_____. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). AGRAVO DE INSTRUMENTO: AI 455846/RJ. Relator: Ministro Celso de Mello. DJ: 11/10/2004. Ementa: RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA DO PODER PÚBLICO [...]. TEORIA DO RISCO ADMINISTRATIVO. FATO DANOSO PARA O OFENDIDO, RESULTANTE DE ATUAÇÃO DE SERVIDOR PÚBLICO NO DESEMPENHO DE ATIVIDADE MÉDICA [...]. DANO MORAL. RESSARCIBILIDADE. DUPLA FUNÇÃO DA INDENIZAÇÃO CIVIL POR DANO MORAL (REPARAÇÃO-SANÇÃO): (a) CARÁTER PUNITIVO OU INIBITÓRIO ("EXEMPLARY OR PUNITIVE DAMAGES") E (b) NATUREZA COMPENSATÓRIA OU REPARATÓRIA. DOCTRINA. JURISPRUDÊNCIA. AGRAVO IMPROVIDO. STF, 2004. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2134409>. Acesso em: 20 de janeiro de 2018.

_____. _____. RECURSO EXTRAORDINÁRIO 447.584-7 RIO DE JANEIRO. Relator: Ministro Cezar Peluso. DJ: 16/03/2007. STF, 2007. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/imprensa/pdf/re447584ementa.pdf>. Acesso em: 30 de junho de 2018.

_____. TRABALHO SEGURO – Programa Nacional de Prevenção de Acidentes do Trabalho. Ações Regressivas. Brasília, DF, [201-?]. Disponível em: <http://www.tst.jus.br/web/trabalhoseguro/regressivas-2>. Acesso em: 17 de junho de 2018.

_____. TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 3ª Região (TRT3). RECURSO ORDINÁRIO: Processo 0010645-07.2015.5.03.0081. Relator: Frederico Leopoldo Pereira. DJ: 31/08/2016. TRT3, 2016. Disponível em: https://pje-consulta.trt3.jus.br/visualizador/pages/conteudo.seam?p_tipo=2&p_grau=2&p_id=KoKK%2F6ZMyKE%3D&p_idpje=MCmnC3TTvuU%3D&p_num=MCmnC3TTvuU%3D&p_npag=x. Acesso em: 21 de junho de 2018.

_____. TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 4ª REGIÃO (TRT4). RECURSO ORDINÁRIO: Processo 0001492-57.2011.5.04.0017. DANO EXISTENCIAL. JORNADA EXTRA EXCEDENTE DO LIMITE LEGAL DE TOLERÂNCIA. DIREITOS FUNDAMENTAIS. Relator: José Felipe Ledur. DJ: 13/11/2013. TRT4, 2013. Disponível em: <https://trt-4.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/128841254/recurso-ordinario-ro->

14925720115040017-rs-0001492-5720115040017. Acesso em: 21 de junho de 2018.

_____. TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 8ª REGIÃO (TRT8). Processo nº 0079800-06.2009.5.08.0005 (Ação de Indenização por Acidente de Trabalho). Belém, PA: TRT8, 2009.

_____. TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO (TST). AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. RECURSO DE REVISTA. Processo nº RR-131175-26.2014.5.13.0007. Relator: Ministro Hugo Carlos Scheuermann. Ementa: EMPREGADO OPERADOR DE SERIGRAFIA. EXIGÊNCIA DE CERTIDÃO DE ANTECEDENTES CRIMINAIS. CONDUTA NÃO JUSTIFICADA PELA NATUREZA DO OFÍCIO. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. DJ: 27 de setembro de 2017. TST, 2017a. Disponível em: <http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=html&highlight=true&numeroFormatado=RR%20-%20131175-26.2014.5.13.0007&base=acordao&rowid=AAANGhABIAAAOUYAAM&dataPublicacao=29/09/2017&localPublicacao=DEJT&query=Car%E1ter%20and%20punitivo%20and%20pedag%F3gico%20and%20indeniza%E7%E3o%20and%20131175>. Acesso em: 20 de janeiro de 2018.

_____. _____. AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA (SEGUNDO RECLAMADO). RECURSO DE REVISTA (PRIMEIRA RECLAMADA). Processo nº ARR-18500-47.2007.5.17.0010. Relator: Ministro José Roberto Freire Pimenta. Ementa: [...] DANOS MORAIS. NEXO DE CAUSALIDADE. QUEDA DE UMA BOBINA DE PAPEL PESANDO APROXIMADAMENTE 700 KG QUE ATINGIU O AUTOR. FERIMENTOS EM SUA COLUNA CERVICAL E LOMBAR, TRAUMATISMO CRÂNIO ENCEFÁLICO (TCE), E PERDA DE DOIS DENTES. COMPROVAÇÃO EFETIVA DO DANO. DESNECESSIDADE [...]. PRESCRIÇÃO. MARCO INICIAL. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS DECORRENTES DE ACIDENTE DE TRABALHO. QUEDA DE UMA BOBINA DE PAPEL PESANDO APROXIMADAMENTE 700 KG QUE ATINGIU O AUTOR. FERIMENTOS EM SUA COLUNA CERVICAL E LOMBAR, TRAUMATISMO CRÂNIO ENCEFÁLICO (TCE), E PERDA DE DOIS DENTES. CIÊNCIA INEQUÍVOCA DA LESÃO. APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. ACTIO NATA. DJ: 13 de dezembro de 2017. TST, 2017b. Disponível em: <http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=html&highlight=true&numeroFormatado=ARR%20-%2018500-47.2007.5.17.0010&base=acordao&rowid=AAANGhABIAAAPuIAAD&dataPublicacao=15/12/2017&localPublicacao=DEJT&query=%27Car%E1ter%20punitivo-pedag%F3gico%27%20and%20indeniza%E7%E3o%20and%202017>. Acesso em: 20 de janeiro de 2018.

_____. _____. AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. Processo nº AIRR-24252-13.2013.5.24.0004. Relatora: Ministra Maria Helena Mallmann. Ementa: INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. QUANTUM INDENIZATÓRIO. DECISÃO REGIONAL QUE REDUZ O VALOR FIXADO DE R\$ 10.000,00 (DEZ MIL) PARA R\$ 5000,00 (CINCO MIL). AUSÊNCIA DE INCAPACIDADE LABORATIVA. DJ: 13 de dezembro de 2017. TST, 2017c.

Disponível em:

<http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=html&highlight=true&numeroFormatado=AI RR%20-%2024252-13.2013.5.24.0004&base=acordao&rowid=AAANGhAAFAABAOPAAL&dataPublicacao=19/12/2017&localPublicacao=DEJT&query=%27Car%E1ter%20punitivo-pedag%F3gico%27%20and%20indeniza%E7%E3o%20and%202017>. Acesso em: 20 de janeiro de 2018.

_____. _____. AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA (PRIMEIRA RECLAMADA). RECURSO DE REVISTA (RECLAMANTE). Processo nº ARR-733-82.2011.5.09.0008. Relatora: Ministra Maria Helena Mallmann. Ementa: PROFESSOR. INTERVALO ENTRE AS AULAS E RECREIO. TEMPO À DISPOSIÇÃO DO EMPREGADOR [...]. HORA-AULA NOTURNA [...]. INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. MORA SALARIAL REITERADA. VALOR DESPROPORCIONAL [...]. DJ: 05 de dezembro de 2017. TST, 2017d. Disponível em:

<http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=html&highlight=true&numeroFormatado=ARR%20-%20733-82.2011.5.09.0008&base=acordao&rowid=AAANGhABIAAAPuUAAO&dataPublicacao=15/12/2017&localPublicacao=DEJT&query=%27Car%E1ter%20punitivo-pedag%F3gico%27%20and%20indeniza%E7%E3o%20and%202017>. Acesso em: 20 de janeiro de 2018.

_____. _____. AGRAVO REGIMENTAL EM EMBARGOS EM EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM RECURSO DE REVISTA. Processo nº AgR-E-ED-RR-102200-25.2013.5.13.0008. Relator: Ministro Hugo Carlos Scheuermann. Ementa: OPERADOR DE ACABAMENTO. EXIGÊNCIA DE CERTIDÃO DE ANTECEDENTES CRIMINAIS. CONDUTA NÃO JUSTIFICADA PELA NATUREZA DO OFÍCIO. DANO MORAL CARACTERIZADO. MATÉRIA PACIFICADA. DJ: 07 de dezembro de 2017. TST, 2017e. Disponível em:

<http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=html&highlight=true&numeroFormatado=AgR-E-ED-RR%20-%20102200-25.2013.5.13.0008&base=acordao&rowid=AAANGhABIAAAPkOAN&dataPublicacao=15/12/2017&localPublicacao=DEJT&query=%27Car%E1ter%20punitivo-pedag%F3gico%27%20and%20indeniza%E7%E3o%20and%202017>. Acesso em: 20 de janeiro de 2018.

_____. _____. AGRAVO REGIMENTAL EM EMBARGOS EM RECURSO DE REVISTA. Processo nº AgR-E-ED-RR-205300-48.2013.5.13.0023. Relator: Ministro Hugo Carlos Scheuermann. Ementa: OPERADOR DE SERIGRAFIA. EXIGÊNCIA DE CERTIDÃO DE ANTECEDENTES CRIMINAIS. CONDUTA NÃO JUSTIFICADA PELA NATUREZA DO OFÍCIO. DANO MORAL CARACTERIZADO. MATÉRIA PACIFICADA. DJ: 07 de dezembro de 2017. TST, 2017f. Disponível em:

<http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=html&highlight=true&numeroFormatado=AgR-E-ED-RR%20-%20205300-48.2013.5.13.0023&base=acordao&rowid=AAANGhABIAAAPjPAAB&dataPublicacao=15/12/2017&localPublicacao=DEJT&query=%27Car%E1ter%20punitivo->

pedag%F3gico%27%20and%20indeniza%E7%E3o%20and%202017. Acesso em: 20 de janeiro de 2018.

_____. _____. AGRAVO REGIMENTAL EM EMBARGOS EM RECURSO DE REVISTA. Processo nº AgR-E-RR-210300-74.2013.5.13.0008. Relator: Ministro Hugo Carlos Scheuermann. Ementa: OPERADOR DE MISTURA. EXIGÊNCIA DE CERTIDÃO DE ANTECEDENTES CRIMINAIS. CONDUTA NÃO JUSTIFICADA PELA NATUREZA DO OFÍCIO. DANO MORAL CARACTERIZADO. MATÉRIA PACIFICADA. DJ: 14 de dezembro de 2017. TST, 2017g. Disponível em: <http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=html&highlight=true&numeroFormatado=AgR-E-RR%20-%20210300-74.2013.5.13.0008&base=acordao&rowid=AAANGhAAFAAA/ncAAM&dataPublicacao=19/12/2017&localPublicacao=DEJT&query=%27Car%E1ter%20punitivo-pedag%F3gico%27%20and%20indeniza%E7%E3o%20and%202017>. Acesso em: 20 de janeiro de 2018.

_____. _____. Empregada do Walmart será indenizada por participação obrigatória em rituais motivacionais. TST, 2015. Disponível em: http://www.tst.jus.br/noticias/-/asset_publisher/89Dk/content/empregada-do-walmart-sera-indenizada-por-participacao-obrigatoria-em-rituais-motivacionais. Acesso em: 19 de março de 2018.

_____. _____. Recomendação Conjunta n. 2/GP.CGJT, de 28 de outubro de 2011. Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho, Brasília, DF, n. 850, 8 nov. 2011. Caderno Jurídico do Tribunal Superior do Trabalho, p. 1. Recomendação conjunta do Tribunal Superior do Trabalho e da Corregedoria-Geral da Justiça do Trabalho. Republicação. Disponível em: https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/17439/2011_rec_conj0002_tst_cgjt_rep01_bi.pdf?sequence=7&isAllowed=y. Acesso em 20 de junho de 2018.

_____. _____. RECURSO DE REVISTA. Processo nº RR-115700-40.2010.5.17.0013. Relator: Ministro José Roberto Freire Pimenta. Ementa: [...] INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. VALOR ARBITRADO (R\$ 5.000,00). RECURSO AMPARADO EM DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL INESPECÍFICA [...]. DJ: 13 de dezembro de 2017. TST, 2017h. Disponível em: <http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=html&highlight=true&numeroFormatado=RR%20-%20115700-40.2010.5.17.0013&base=acordao&rowid=AAANGhABIAAAPmUAAO&dataPublicacao=15/12/2017&localPublicacao=DEJT&query=%27Car%E1ter%20punitivo-pedag%F3gico%27%20and%20indeniza%E7%E3o%20and%202017>. Acesso em: 20 de janeiro de 2018.

_____. _____. RECURSO DE REVISTA. Processo nº RR-19000-47.2006.5.17.0011. Relatora: Ministra Delaíde Miranda Arantes. Ementa: ACIDENTE DE TRABALHO. DOENÇA OCUPACIONAL. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS [...]. DANOS MORAIS. MAJORAÇÃO DO QUANTUM INDENIZATÓRIO [...]. DJ: 13 de dezembro de 2017. TST, 2017i. Disponível em:

<http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=html&highlight=true&numeroFormatado=RR%20-%2019000-47.2006.5.17.0011&base=acordao&rowid=AAANGhAAFAAA/mVAAG&dataPublicacao=19/12/2017&localPublicacao=DEJT&query=%27Car%E1ter%20punitivo-pedag%F3gico%27%20and%20indeniza%E7%E3o%20and%202017>. Acesso em: 20 de janeiro de 2018.

_____. _____. RECURSO DE REVISTA. Processo nº RR-595-32.2014.5.10.0801. Relator: Ministro José Roberto Freire Pimenta. Ementa: DANOS MORAIS. BANCÁRIO. TRANSPORTE DE VALORES. QUANTUM INDENIZATÓRIO ARBITRADO EM R\$ 60.000,00 (SESSENTA MIL REAIS). REDUÇÃO DO VALOR PARA R\$ 32.000,00 (TRINTA E DOIS MIL REAIS) [...]. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. SEQUESTRO DE GERENTE DE BANCO E DE TODA A SUA FAMÍLIA. CÁRCERE PRIVADO. QUANTUM INDENIZATÓRIO ARBITRADO EM R\$ 300.000,00 (TREZENTOS MIL REAIS). REDUÇÃO INDEVIDA [...]. DJ: 13 de dezembro de 2017. TST, 2017j. Disponível em:

<http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=html&highlight=true&numeroFormatado=RR%20-%20595-32.2014.5.10.0801&base=acordao&rowid=AAANGhABIAAAPqGAAK&dataPublicacao=15/12/2017&localPublicacao=DEJT&query=%27Car%E1ter%20punitivo-pedag%F3gico%27%20and%20indeniza%E7%E3o%20and%202017>. Acesso em: 20 de janeiro de 2018.

_____. _____. **SÚMULA 277**. Ementa: CONVENÇÃO COLETIVA DE TRABALHO OU ACORDO COLETIVO DE TRABALHO. EFICÁCIA. ULTRATIVIDADE. Brasília, DF, 2012. Disponível em: http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_251_300.html#SUM-277. Acesso em: 15 de junho de 2018.

CAHALI, Yussef Said. **Dano Moral**. 4ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

CALABRESI, Guido. **The Decision for Accidents: An Approach to Non-Fault Allocation of Costs**. Disponível em: https://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=https://www.google.com/&httpsredir=1&article=3037&context=fss_papers. Acesso em: 05 de novembro de 2017.

CARDOSO, Alessandro Mendes. **Ação regressiva previdenciária, uma realidade**. JOTA, 2017. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/acao-regressiva-previdenciaria-uma-realidade-09022017>. Acesso em: 20 de junho de 2018.

CAVALIERI, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 10ª edição. São Paulo: Editora Atlas, 2012.

COASE, Ronald Harry. **The Problem of Social Cost**. The Journal of Law and Economics, Vol. III. Chicago: The University of Chicago Press, 1960, pg. 1-44.

COLEMAN, Jules; HERSHOVITZ, Scott; MENDLOW, Gabriel. **Theories of the Common Law of Torts**. The Stanford Encyclopedia of Philosophy (Winter 2015 Edition). Edward N. Zalta (ed.). Disponível em: <https://plato.stanford.edu/archives/win2015/entries/tort-theories/>. Acesso em: 10 de junho de 2017.

COTTINGHAM, John. **Varieties of Retribution**. The Philosophical Quarterly, Vol. 29. Hoboken: Blackwell Publishing, 1979. Disponível em: <http://www.johncottingham.co.uk/resources/Varieties-of-Retribution.pdf>. Acesso em: 05 de fevereiro de 2017.

DALLEGRAVE NETO, José Affonso. **Elementos da Responsabilidade Civil nos Acidentes do Trabalho**. Revista do TST, Brasília, vol. 76, nº 1, jan/mar 2010. Disponível em: https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/13699/2010_dallegrave_netto_elementos_responsabilidade.pdf?sequence=4. Acesso em: 19 de junho de 2018.

DELGADO, Maurício Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. **A Reforma Trabalhista no Brasil: com os comentários à Lei n. 13.467/2017**. São Paulo: LTr, 2017.

DEMOGUE, René. **Réparation Civile Des Délits**. Paris: Librairie Nouvelle de Droit et de Jurisprudence, 1898. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/bd000077.pdf>. Acesso em: 19 de junho de 2018.

DÍAZ, Julio Alberto. **Unjust Enrichment And Roman Law**. Pensar, Fortaleza, p. 114-121, abr. 2007. Disponível em: <https://www.ucc.ie/academic/law/restitution/archive/articles/diaz.pdf>. Acesso em: 10 de abril de 2018.

DUQUE, Bruna Lyra; e CARONE, Julia Silva. **Os efeitos do inadimplemento das obrigações**. Portal Jurídico Investidura, Florianópolis/SC, 21 Jul. 2009. Disponível em: www.investidura.com.br/ufsc/110-direito-civil/3964-os-efeitos-do-inadimplemento-das-obrigacoes. Acesso em: 10 de março de 2018.

DWORKIN, Ronald. **Law's Empire**. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1986.

_____. **O Império do Direito**. São Paulo, SP: Martins Fontes, 2010.

_____. **A Virtude Soberana: A Teoria e a Prática da Igualdade**. Tradução de Jussara Simões. São Paulo, SP: Martins Fontes, 2011.

ELLIS JR., Dorsey D. **Fairness and Efficiency in the Law of Punitive Damages**. Los Angeles, California: Southern California Law Review, 1982.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA (EUA). DISTRICT COURT OF APPEAL, FOURTH DISTRICT, CALIFORNIA. *Grimshaw v. Ford Motor Co.* 119 Cal. App. 3d

771 (1981). Disponível em: <https://h2o.law.harvard.edu/cases/5596>. Acesso em: 21 de janeiro de 2018.

_____. SUPREMA CORTE DOS ESTADOS UNIDOS. BMW of North America, Inc. v. Gore, 517 U.S. 559 (1996). Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/517/559/>. Acesso em 23 de janeiro de 2018.

_____. _____. Brandenburg v. Ohio, 395 U.S. 444 (1969). Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/395/444/>. Acesso em: 10 de novembro de 2018.

_____. _____. Browning-Ferries Industries v. Kelco Disposal. 492 U.S. 257 (1989). Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/492/257/>. Acesso em 21 de janeiro de 2018.

_____. _____. Cooper Industries, Inc. v. Leatherman Tool Group, Inc. 532 U.S. 424 (2001). Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/532/424/>. Acesso em: 12 de janeiro de 2018.

_____. _____. Debs v. United States, 249 U.S. 211 (1919a). Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/249/211/>. Acesso em: 10 de novembro de 2018.

_____. _____. Frohwerk v. United States, 249 U.S. 204 (1919b). Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/249/204/>. Acesso em: 10 de novembro de 2018.

_____. _____. Honda Motor Co. v. Oberg, 512 U.S. 415 (1994). Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/512/415/>. Acesso em: 22 de janeiro de 2018.

_____. _____. Pacific Mutual Life Insurance Company v. Haslip. 499 U.S. 1 (1991). Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/499/1/>. Acesso em: 21 de janeiro de 2018.

_____. _____. Philip Morris USA v. Williams, 549 U.S. 346 (2007). Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/549/346/>. Acesso em: 22 de janeiro de 2018.

_____. _____. Schenck v. United States, 249 U.S. 47 (1919c). Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/249/47/>. Acesso em: 10 de novembro de 2018.

_____. _____. State Farm Mutual Automobile Insurance Co. v. Campbell. 538 U.S. 408 (2003). Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/538/408/>. Acesso em: 12 de janeiro de 2018.

_____. _____. TXO Production Corp. v. Alliance Resources Corp., 509 U.S. 443 (1993). Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/509/443/>. Acesso em: 22 de janeiro de 2018.

FERREIRA, Fernando Araújo. **Análises de Acidentes e Doenças do Trabalho: feitas por Auditores Fiscais do Trabalho e publicadas no site do MTPS (Ministério do Trabalho e Previdência Social)**. 1ª edição. [S.L.: S.N.], 2016. Disponível em: <https://segurancadotrabalhonwn.com/livro-analises-de-acidentes-e-doencas-do-trabalho-download/#comments>. Acesso em: 17 de março de 2017.

FERRO, Thania Maria Bastos Lima. **A Função Punitiva da Responsabilidade Civil em Acidentes de Trabalho**. São Paulo: LTr, 2016.

FÓRUM NACIONAL DE PREVENÇÃO E ERRADICAÇÃO DO TRABALHO INFANTIL (FNPETI). **Acidentes de trabalho vitimam mais de 40 mil crianças e adolescentes em dez anos**. FNPETI.ORG, 2018. Disponível em: <http://www.fnpeti.org.br/noticia/1931--acidentes-de-trabalho-vitimam-mais-de-40-mil-criancas-e-adolescentes-em-dez-anos.html>. Acesso em: 20 de maio de 2018.

FRANÇOIS, Clément. **Présentation des articles 1303 à 1303-4 du nouveau chapitre III “L’enrichissement injustifié”**. L’Institut d’Études Judiciaires Jean Domat de l’Université Paris 1, 2016. Disponível em: <https://iej.univ-paris1.fr/openaccess/reforme-contrats/titre3/stitre3/chap3-enrichissement-injustifie/>. Acesso em: 10 de abril de 2018.

FREDERICO AMADO. **Direito e Processo Previdenciário Sistematizado**. 4ª edição. Salvador: Juspodivm, 2013.

FRANCO FILHO, Georgenor de Sousa. **Curso de Direito do Trabalho**. 4ª edição. São Paulo: LTr, 2018.

GARGARELLA, Roberto. **As Teorias da Justiça Depois de Rawls: Um Breve Manual de Filosofia Política**. Tradução de Alonso Reis Freire. São Paulo, SP: WMF Martins fontes, 2008.

GHISLENI FILHO, João; PACHECO, Flávia Lorena; VARGAS, Luiz Alberto de; e FRAGA, Ricardo Carvalho. **Valor adequado nas ações de indenização por dano moral**. Revista Eletrônica: acórdãos, sentenças, ementas, artigos e informações, Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região, Porto Alegre, RS, v. 7, n. 113, p. 72-85, mar. 2011. Disponível em: https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/78547/2011_filho_joao_valor_adequado.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em 25 de novembro de 2017.

GUEST, Stephen. **Ronald Dworkin**. 3ª edição. Stanford, California: Stanford University Press, 2013.

_____. **Ronald Dworkin**. Rio de Janeiro: Elsevier Editora, 2010.

INGLATERRA. COURT OF COMMON PLEAS. Huckle v. Money. Westminster, 1763a. Disponível em: <http://www.commonlii.org/uk/cases/EngR/1799/225.pdf>. Acesso em: 18 de janeiro de 2018.

_____. _____. Huckle v. Money. Westminster, 1763b. Disponível em: <https://swarb.co.uk/huckle-v-money-1763/>. Acesso em: 18 de janeiro de 2018.

_____. _____. Huckle v. Money. Westminster, 1763c. Disponível em: <http://press-pubs.uchicago.edu/founders/documents/amendIVs3.html>. Acesso em: 18 de janeiro de 2018.

_____. _____. Wilkes v. Wood. Westminster, 1763d. Disponível em: <http://www.commonlii.org/uk/cases/EngR/1763/103.pdf>. Acesso em: 18 de janeiro de 2018.

_____. _____. Wilkes v. Wood. Westminster, 1763e. Disponível em: <https://swarb.co.uk/wilkes-v-wood-ccp-6-dec-1763/>. Acesso em: 18 de janeiro de 2018.

_____. _____. Wilkes v. Wood. Westminster, 1763f. Disponível em: <http://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/CP/1763/J95.html>. Acesso em: 18 de janeiro de 2018.

_____. DEPARTMENT OF CONSTITUCIONAL AFFAIRS (DCA). The Law on Damages. Consultation Paper CP 09/2007, 04/05/2007. Disponível em: <http://webarchive.nationalarchives.gov.uk/+http://www.dca.gov.uk/consult/damages/cp0907.pdf>. Acesso em 21 de janeiro de 2018.

_____. HOUSE OF LORDS. Kuddus v. Chief of Constable of Leicestershire Constabulary. Londres, 2001. Disponível em: <https://publications.parliament.uk/pa/ld200001/ldjudgmt/jd010607/kuddus-1.htm>. Acesso em: 20 de janeiro de 2018.

_____. _____. Rookes v. Barnard. Londres, 1964. Disponível em: <http://www.bailii.org/uk/cases/UKHL/1964/1.html>. Acesso em: 19 de janeiro de 2018.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**. Coleção Os Pensadores. São Paulo: Editora Abril, 1973.

KEMP, David S. **The Constitution and Punitive Damages: A Ten-Year Anniversary Discussion of State Farm v. Campbell**. Justia: Verdict, 2013. Disponível em: <https://verdict.justia.com/2013/04/08/the-constitution-and-punitive-damages>. Acesso em: 21 de janeiro de 2018.

KYMLICKA, Will. Filosofia Política Contemporânea: Uma Introdução. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo, SP: Martins Fontes, 2006.

LIMA, Alvino. **Da culpa ao risco**. São Paulo: Empresa Gráfica da Revista dos Tribunais, 1938. Disponível em:
<<http://www.stf.jus.br/bibliotecadigital/DominioPublico/43165/pdf/43165.pdf>>.
Acesso em: 15 de Maio de 2016.

LINHARES, BEATRIZ RIBEIRO; MACHADO, ALANNA THÉLIA OLIVEIRA; TABOSA FILHO, ANASTÁCIO LOURENÇO; LIMA, ANA TEREZA GOMES; ALBUQUERQUE, GERSON LUIZ APOLIANO. **Segurança do Trabalho: Uso de EPI's e Acidentes na Construção Civil na Cidade de Sobral**. Foz do Iguaçu: Congresso Técnico Científico da Engenharia e da Agronomia, 2016. Disponível em:
<http://www.confrea.org.br/media/contecc2016/civil/seguran%C3%A7a%20do%20trabalho%20uso%20de%20epi%E2%80%99s%20e%20acidentes%20na%20constru%C3%A7%C3%A3o%20civil%20na%20cidade%20de%20sobral.pdf>. Acesso em: 23 de novembro de 2018.

LISBOA, Roberto Senise. **Responsabilidade Civil nas Relações de Consumo**. 3ª edição. São Paulo: Saraiva, 2012.

MCMICHAEL, Benjamin J. e VISCUSI, W. Kip. **The Punitive Damages Calculus: The Differential Incidence of State Punitive Damages Reforms**. Lubbock-Texas: Southern Economic Journal, 2017, p. 82-97.

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

MOREIRA, Mario Thiago. **APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DE VEDAÇÃO AO ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA NO ORDENAMENTO JURÍDICO CIVIL BRASILEIRO: O CASO DA SUB-ROGAÇÃO DAS SEGURADORAS**. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, v. 108, p. 803-830, jan./dez. 2013. Disponível em:
https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/download/68004/pdf_29/. Acesso em: 10 de abril de 2018.

MULGAN, Tim. **Utilitarismo**. Petrópolis, RJ: Vozes, 2012.

MURPHY, John. **Noxious Emissions and Common Law Liability: Tort In The Shadow of Regulation**. In: LOWRY, John e EDMUNDS, Rod (Editores). **Environmental Protection and The Common Law**. Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing, 2000.

NOZICK, Robert. **Philosophical Explanations**. Cambridge – Massachusetts: The Belknap Press of Harvard University Press, 1981.

OLIVEIRA, Paulo Rogério Albuquerque de. **O final de uma era e início da terceira geração de proteção social da saúde do trabalhador**. Previdencia.gov.br, 2014. Disponível em:
<http://sa.previdencia.gov.br/site/2015/05/O-final-de-uma-era-e-in%C3%ADcio-da-terceira-gera%C3%A7%C3%A3o-de-prote%C3%A7%C3%A3o-social-da>

sa%C3%BAde-do-trabalhador-CGMBI-DPSSO-SPPS-MPS.pdf. Acesso em: 17 de junho de 2018.

OLIVEIRA, Paulo Antônio Barros; CAMPELLO, Jaqueline Cunha. **Cargas de Trabalho e seu Impacto sobre a Saúde**: Estudo de Caso em Quatro Instituições Financeiras em Porto Alegre. Porto Alegre: Boletim da Saúde, Volume 20, número 1, 2006. Disponível em: <http://www.boletimdasaude.rs.gov.br/conteudo/1356/cargas-de-trabalho-e-seu-impacto-sobre-a-saude:-estudo-de-caso-em-quatro-instituicoes-financeiras-em-porto-alegre>. Acesso em: 02 de dezembro de 2018.

OLIVEIRA, Sebastião Geraldo. **Indenizações por acidente do trabalho ou doença ocupacional**. 10ª edição. São Paulo: LTr, 2018.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE (OMS). **Depression and Other Common Mental Disorders**: Global Health Estimates. OMS, 2017. Disponível em: <http://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/254610/WHO-MSD-MER-2017.2-eng.pdf>. Acesso em: 25 de junho de 2018.

_____. ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO (OIT). **CONSTITUIÇÃO DA ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO (OIT) E SEU ANEXO (Declaração de Filadélfia)**. OIT, 1944. Disponível em: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/---ilo-brasilvia/documents/genericdocument/wcms_336957.pdf. Acesso: 30 de junho de 2018.

_____. _____. **Convenção nº 155** (Segurança e Saúde dos Trabalhadores). Genebra, Suíça: OIT, 1981.

_____. _____. **História da OIT**. OIT, [20-?]. Disponível em: <https://www.ilo.org/brasilvia/conheca-a-oit/hist%C3%B3ria/lang--pt/index.htm>. Acesso em: 30 de junho de 2018.

_____. _____. **Riscos emergentes e novas formas de prevenção num mundo de trabalho em mudança**. OIT, 2010. Disponível em: https://www.ilo.org/public/portugue/region/eurpro/lisbon/pdf/28abril_10_pt.pdf. Acesso em: 27 de outubro de 2017.

_____. _____. **Safety and Health at Work**. OIT, 2018?. Disponível em: <https://www.ilo.org/global/topics/safety-and-health-at-work/lang--en/index.htm>. Acesso em: 30 de novembro de 2018.

_____. _____. **Working Time Around the World**: trends in working hours, laws and policies in a global comparative perspective. OIT, 2007. Disponível em: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/---publ/documents/publication/wcms_104895.pdf. Acesso em: 28 de novembro de 2018.

OWEN, David G. **The Moral Foundations of Punitive Damages**. Tuscaloosa, Alabama: Alabama Law Review, 1989.

OWEN, Richard. **Essential Tort Law**. Third Edition. London: Cavendish Publishing Limited, 2000.

PADILHA, Norma Sueli. **Do Meio Ambiente do Trabalho Equilibrado**. São Paulo, SP: LTr, 2002.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade Civil**. 11ª edição. São Paulo: Saraiva, 2016.

POSNER, Richard Allen. **A Economia da Justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

_____. **Fronteiras da Teoria do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

_____. **A Problemática da Teoria Moral e Jurídica**. São Paulo: Martins Fontes, 2012a.

_____. **Problemas de Filosofia do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2012b.

RAWLS, John. **Uma Teoria da Justiça**. São Paulo, SP: Martins Fontes, 2008.

PULLINO, Daniel. **Ação Regressiva contra as empresas negligentes quanto à Segurança e à Higiene do Trabalho**. Revista de Previdência Social: LTr, 1996.

Disponível em:

<http://www.pgt.mpt.gov.br/publicacoes/seguranca/acidentedanielpulino.pdf>.

Acesso em: 22 de novembro de 2018.

RAMAZZINI, Bernardino. **As doenças dos trabalhadores**. Tradução de Raimundo Estrêla. 4ª edição. São Paulo: FUNDACENTRO, 2016.

REES JR, Paul G. **Unavoidable Accident – A Misunderstood Concept**. Arizona: Arizona Law Review, vol. 5, 1964. Disponível em:

<https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/arz5&div=18&id=&page=>. Acesso em 22 de outubro de 2017.

REIS, Clayton. **Os novos rumos da indenização do dano moral**. 1ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

RIPERT, Georges. **O regimen democrático e o direito civil moderno**. São Paulo: Saraiva, 1937.

RODRIGUEZ, Américo Plá. **Princípios de Direito do Trabalho**. 3ª edição. São Paulo: LTr, 2000.

ROUFA, Timothy. What Is the Difference Between Law Enforcement and Policing? [S.L.]: Dotdash, 2018. Disponível em: <https://www.thebalancecareers.com/law-enforcement-vs-policing-974604>. Acesso em 25 de Agosto de 2018.

SANDEL, Michael J. Justiça: **O que é Fazer a Coisa Certa?** 4ª Edição. Rio de Janeiro, RJ: Civilização Brasileira, 2009.

_____. **O que o dinheiro não compra:** os limites morais do mercado. Rio de Janeiro: Editora Civilização Brasileira, 2012.

SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Princípio da reparação integral.** São Paulo: Saraiva, 2010.

SANTOS, Antônio Jeová. **Dano Moral Indenizável – Conforme Novo CPC.** 6ª edição. Salvador: Juspodivm, 2016.

SCHUBERT, William. **Simplifying Punitive Damages in the U.S.:** Due Process and the Pursuit of Manageable Awards and Procedures. Belgium: European Journal of Consumer Law, 2011. Pgs. 2 a 4. Disponível em: http://www.luc.edu/media/lucedu/law/centers/antitrust/pdfs/publications/workingpapers/punitive_damages_09242010.pdf. Acesso em 20 de abril de 2017.

SILVA, Homero Batista Mateus da. **Comentários à Reforma Trabalhista.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

SILVA, Rafael Peteffi da; e WALKER, Mark Pickersgill. **Punitive Damages:** características do instituto nos Estados Unidos da América e transplante do modelo estrangeiro pela jurisprudência brasileira do Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Sequência (Florianópolis), Florianópolis, nº 74, p. 295-326, 2016. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2177-70552016000300295#fn4. Acesso em 26 de janeiro de 2018.

SOUSA, Angela Alves e KFOURI NETO, Miguel. **AS GRANDES EMPRESAS, O CIDADÃO E A FUNÇÃO PUNITIVA DO DANO MORAL:** BREVES REFLEXÕES, À LUZ DA OBRA DE SUZANNE CARVAL. Maringá: Revista Percurso, vol. 16, 2016. Disponível em: <http://revista.unicritiba.edu.br/index.php/percurso/article/viewFile/1730/1124>. Acesso em: 19 de março de 2018.

SOUSA, Rainer. **Guerra dos Sete Anos.** Brasil Escola, [20-?]. Disponível em: <https://guerras.brasilecola.uol.com.br/seculo-xvi-xix/guerra-dos-sete-anos.htm>. Acesso em 20 de janeiro de 2018.

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. **A quem interessa essa “reforma” trabalhista?** www.jorgesoutomaior.com, 2017. Disponível em: <https://www.jorgesoutomaior.com/blog/a-quem-interessa-essa-reforma-trabalhista>. Acesso em: 18 de junho de 2017.

_____; SEVERO, Valdete Souto. **A “reforma” já era – Parte V: MP 808, a balbúrdia total!** www.jorgesoutomaior.com, 2017. Disponível em:

<https://www.jorgesoutomaior.com/blog/a-reforma-ja-era-parte-v-mp-808-a-balburdia-total>. Acesso em: 02 de julho de 2018.

STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil**. 9ª edição. São Paulo: Editoria Revista dos Tribunais, 2013.

SUAIDEN, Chede Domingos e MIRADOURO, Luiz Felipe de Alencar Melo. **O novo cenário das ações regressivas do INSS contra as empresas**. Administradores, 2018. Disponível em: <http://www.administradores.com.br/noticias/negocios/o-novo-cenario-das-acoes-regressivas-do-inss-contras-as-empresas/125198/>. Acesso em: 20 de junho de 2018.

TALIADOROS, Jason. **The Roots of Punitive Damages at Common Law: A Longer History**. Cleveland: Cleveland State Law Review, vol. 64, 2016. Disponível em: <https://engagedscholarship.csuohio.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3903&context=clevstlrev>. Acesso em: 15 de janeiro de 2018.

THE GUARDIAN. **Camelford water poisoning: timeline**. Londres, 2012. Disponível em: <https://www.theguardian.com/society/2012/mar/14/camelford-water-poisoning-timeline-cornwall>. Acesso em: 20 de janeiro de 2018.

THEODORO JUNIOR, Humberto. **Dano Moral**. 8ª edição. São Paulo: Forense, 2016.

TOPAN, Luiz Renato. **Do Controle Prévio e Abstrato dos Contratos de Adesão pelo Ministério Público**. São Paulo: Justitia 54 (159), jul/set., 1992.

VALLANO, Boris. **Qu'est-ce que le préjudice d'affection?** LesFurets.com, 2017. Disponível em: <https://www.lesfurets.com/assurance/guide/prejudice-affection>. Acesso em: 25 de junho de 2018.

VITA, Álvaro de. Liberalismo Igualitário e Multiculturalismo. In: Lua Nova: Revista de Cultura e Política, v. 55-56. São Paulo, SP: Lua Nova, 2002, p. 5-27.

_____. Liberalismo, Justiça Social e Responsabilidade individual. In: Dados, v. 54, nº 4. Rio de Janeiro, RJ: Dados, 2011. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/dados/v54n4/03.pdf>. Acesso em: 15 de Março de 2018.

WALEN, Alec. **Retributive Justice**. The Stanford Encyclopedia of Philosophy (Winter 2016 Edition). Edward N. Zalta (ed.). Disponível em: <https://plato.stanford.edu/archives/win2016/entries/justice-retributive/>. Acesso em: 17 de abril de 2016.

WEST'S ENCYCLOPEDIA OF AMERICAN LAW. **Accident**. The Free Dictionary by Farlex: The Gale Group, Inc., 2008. Disponível em: <http://legal-dictionary.thefreedictionary.com/accident>. Acesso em: 20 de janeiro de 2018.

ZANETTI, Fátima. **A problemática da fixação do valor da reparação por dano moral**. São Paulo: LTr, 2009.