

RESPONSABILIDADE OBJETIVA E SUBJETIVA DO EMPREGADOR

EM FACE DO CÓDIGO CIVIL

Ofereço essa humilde obra a Jucilaine Vieira Sousa, Michelle de Freitas dos Santos, e Ellan Ribeiro dos Santos.

Ao Roquinho e à Maria, com eterna saudade.

AUTORIA

ENOQUE RIBEIRO DOS SANTOS
EVELYN RIBEIRO DOS SANTOS DE ALCÂNTARA



RESPONSABILIDADE OBJETIVA E SUBJETIVA DO EMPREGADOR

EM FACE DO CÓDIGO CIVIL

4ª EDIÇÃO
2023



LTr Editora Ltda.

© Todos os direitos reservados

Rua Jaguaribe, 571
CEP 01224-003
São Paulo, SP — Brasil
Fone (11) 2167-1101
www.ltr.com.br
Julho, 2023

Produção Gráfica e Editoração Eletrônica: PIETRA DIAGRAMAÇÃO
Projeto de capa: DANILO REBELLO
Impressão: LOG & PRINT GRÁFICA E LOGÍSTICA

Versão impressa — LTr 6411.9 — ISBN 978-65-5883-249-2
Versão digital — LTr 9896.4 — ISBN 978-65-5883-250-8

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
(Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)

Santos, Enoque Ribeiro dos

Responsabilidade objetiva e subjetiva do empregador em face do código civil [livro eletrônico]/Enoque Ribeiro dos Santos, Evelyn Ribeiro dos Santos de Alcântara. – 4. ed. rev. e ampl. – São Paulo: LTr, 2023.

PDF

Bibliografia.

ISBN 978-65-5883-250-8

1. Direito civil 2. Empregadores – Responsabilidade – Brasil 3. Justiça do trabalho 4. Relações de trabalho – Brasil I. Alcântara, Evelyn Ribeiro dos Santos de. II. Título.

23-157901

CDU-34:331(81)(094)

Índice para catálogo sistemático:

1. Brasil : Empregadores e empregados: Relações de trabalho: Legislação: Direito do trabalho 34:331(81)(094)

Aline Grazielle Benitez – Bibliotecária – CRB-1/3129

Nota do autor

“O livro Responsabilidade Objetiva e Subjetiva do Empregador em face do Código Civil tinha sido editado, nas suas primeiras edições, somente sob minha autoria. Porém, na 4ª edição, pela profundidade das análises doutrinárias, legislativas e jurisprudenciais que foram necessárias para a atualização da obra, a Dra. Evelyn assumiu um papel fundamental não apenas na revisão da edição anterior, apontando necessidade de aperfeiçoamentos na legislação, como pode facilmente ser constatado por V. Sas., bem como também empreendeu um esforço incomum na seleção de jurisprudência dos Tribunais Superiores para tornar a obra a mais atualizada possível. Justamente por estes motivos acima elencados que entendo que ela deve constar como Autora, como forma de reconhecimento de todo o trabalho que foi aportado à obra. Além disso, Dra. Evelyn é também advogada especializada na área trabalhista, há mais de dez anos desenvolvendo suas atividades, com vários artigos publicados em mídia trabalhista, além de ser mestranda em Direito do Trabalho na Faculdade Portuense, Portugal.”

SUMÁRIO

Prefácio	13
----------------	----

CAPÍTULO I

RESPONSABILIDADE OBJETIVA E SUBJETIVA DO EMPREGADOR EM FACE DO CÓDIGO CIVIL

1. Noções introdutórias	19
2. Gênese e evolução histórica da responsabilidade	22
3. Conceito e fundamento jurídico	24
4. A bipartição da responsabilidade civil	26
4.1. O fato do príncipe	26
5. A Responsabilidade social ou ética e as ações afirmativas (<i>affirmative actions</i>)	30
6. A natureza jurídica das ações afirmativas	38
7. Em direção à completude em matéria de responsabilidade civil no novo Código Civil	42
8. O significado atual da responsabilidade objetiva	45
9. Teorias sobre o nexo causal na Justiça do Trabalho	48
9.1. Teoria da equivalência dos antecedentes causais	51
9.2. Teoria da causalidade adequada	53
9.3. Teoria do dano direto e imediato	54
9.4. Interrupção do nexo causal	56
9.5. A relativização ou mitigação do nexo causal na aferição da responsabilização objetiva	57

CAPÍTULO II
TEORIA DO RISCO E DA RESPONSABILIDADE CIVIL
APLICÁVEIS AO DIREITO DO TRABALHO

1. A aplicação da teoria do risco no direito do trabalho e as teorias da responsabilidade civil	59
1.1. A teoria do risco integral	60
1.2. A teoria do risco administrativo	61
2. As teorias da responsabilidade civil	61
3. Os direitos da pessoa humana e os princípios sensíveis da Constituição Federal de 1988	63
4. O art. 93 da Lei n. 8.213/1991 (garantia no emprego)	64
5. A responsabilidade civil objetiva e subjetiva no direito do trabalho em face do Código Civil	68
6. A Súmula n. 341 do Supremo Tribunal Federal	70
7. A responsabilidade civil subjetiva.....	70
8. O abuso ou exercício irregular de um direito.....	71
9. A responsabilidade objetiva	72
10. A Súmula n. 227 do Superior Tribunal de Justiça	73
11. A integração do Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/1990), do Código Civil e do Direito do Trabalho em matéria de responsabilidade objetiva	74
12. A culpa in eligendo e in vigilando da empresa.....	78
13. A responsabilidade civil e a responsabilidade criminal.....	78
13.1. Quebra do sigilo bancário do empregador. Possibilidade	80
13.1.1. Falsificação de documento particular.....	81
13.1.2. Falsidade ideológica.....	81
14. Responsabilidade solidária.....	82
15. Transmissão da responsabilidade	84
16. Indenização.....	90
17. Despesas e lucros cessantes.....	91

17.1. Da condenação do beneficiário da justiça gratuita ao pagamento dos honorários de sucumbência	91
18. Responsabilidade civil no dano estético.....	93
19. Responsabilidade na injúria, difamação e calúnia.....	94
20. Responsabilidade na ofensa à liberdade e cárcere privado.....	95
21. Trabalhadores em situação análoga à de escravo	96
21.1. Alegações e fundamentos	98
22. Responsabilidade dos notários e titulares de cartórios não oficializados pelos atos de seus empregados e regime jurídico de emprego.....	100
22.1. Sucessão trabalhista nos cartórios não oficializados	112
23. Outros tipos de responsabilidade.....	117
24. Responsabilidade objetiva do Estado	117
25. Responsabilidade subjetiva do Estado	121
25.1. Denúnciação da lide	126
26. Responsabilidade da Administração Pública, o art. 71 da Lei n. 8.666/93 e a Súmula n. 331 do Tribunal Superior do Trabalho	132
27. Responsabilidade das Agências Reguladoras	144
28. Responsabilidade no abuso de autoridade	150
29. Responsabilidade e a Teoria do Fato Consumado	163
30. Responsabilidade no contrato preliminar	167
31. Responsabilidade na reintegração do empregado pela dispensa sem motivação no curso do estágio probatório	169
32. Responsabilidade pelos atos ilícitos na greve (Lei n. 7.783/1989).....	179
33. Responsabilidade subjetiva na Lei da Improbidade Administrativa (Lei n. 14.230/2021).....	191
33.4.1. Competência penal da Justiça do Trabalho	204
33.5. Prescrição na Lei de Improbidade Administrativa	212
33.6. Prescrição nos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos	221
34. Responsabilidade objetiva no dano ao meio ambiente	226
35. Competência trabalhista ou civil para julgar lides envolvendo o meio ambiente dos servidores públicos estatutários	234

36. Responsabilidade no contrato de franchising (franquia empresarial)	235
37. Responsabilidade no pagamento de invenções do empregado	238
38. Responsabilidade na relação de trabalho do Conselho Tutelar	241

CAPÍTULO III

A RESPONSABILIDADE OBJETIVA E SUBJETIVA DA EMPRESA NA PRÁTICA DO DIREITO DO TRABALHO (A POSIÇÃO DOS TRIBUNAIS DO TRABALHO)

1. Introdução.....	251
2. A posição de nossos Tribunais.....	251
2.1. Grupo de empresas.....	251
2.2. Grupo econômico típico.....	255
2.3. Sucessão trabalhista.....	255
2.4. Bancos. Sucessão trabalhista	256
2.5. Extinção de estabelecimento	258
2.6. Supressão de horas extras.....	260
2.7. Dispensa obstativa	261
2.8. Trabalho temporário.....	265
2.8.1. Terceirização permanente e temporária, lícita e ilícita	272
2.8.2. Terceirização e intermediação de mão de obra	279
2.8.3. Uma nova roupagem jurídica de terceirização ilícita pela Administração Pública.....	280
2.8.4. Preterição em concurso público em decorrência de terceirização dos serviços advocatícios e direito subjetivo à nomeação no cargo por empresa pública federal.....	283
2.8.5. Obrigatoriedade de motivação da dispensa do empregado de empresa pública ou sociedade de economia mista.....	288
2.8.6. Do Reconhecimento de Vínculo Empregatício de motorista da UBER.....	289

2.9. Empreiteiro principal	291
2.10. Falta de anotação da carteira de trabalho e previdência social (CTPS).....	293
2.11. Consórcio de empregadores rurais	295
2.12. Condomínios residenciais e operadores portuários	298
2.13. Dono da obra	300
2.14. Armador de navio.....	302
2.15. Transferência de empregado brasileiro para o exterior. Lei n. 7.064/1982 (Atualizada pela Lei n. 11.962, de 3 de julho de 2009)	312
2.16. Itaipu Binacional.....	318
2.17. Dispensa discriminatória.....	320
2.18. Empregada gestante	328
2.19. Empregado acidentado	334
2.19.1. Prescrição aplicável em ações com pedido de dano moral decorrente de acidente de trabalho.....	341
2.19.2. Empregado acidentado no contrato de experiência	347
2.20. Aviso-prévio indenizado	350
2.21. Seguro-desemprego.....	351
2.22. Planos de demissão voluntária	353
2.23. Execução trabalhista até a penhora.....	355
2.24. Redirecionamento da execução	358
2.24.1. Penhora de valores relativos à salário e aposentadoria	359
A respeito da penhorabilidade dos salários, a C. SBDI-2 do C. TST tem interativa e atual jurisprudência a respeito da possibilidade da penhora de salário para pagamento de dívida trabalhista.	
2.24.2. Responsabilidade do Sócio Retirante.....	362
2.25. Excludentes de responsabilidade civil.....	363
2.25.1. Dono da obra	363
2.25.2. Contrato de trabalho com associação de pais e mestres	364
2.26. A inimputabilidade civil.....	364
2.26.1. Suspensão da prescrição. A tese da incidibilidade dos direitos do menor	366

2.26.2. Caso fortuito e força maior.....	368
2.26.3. Culpa exclusiva da vítima e culpa concorrente.....	373
2.26.4. Estado de necessidade.....	376
2.26.5. Legítima defesa	378
2.26.6. Cumprimento do dever legal.....	379
2.26.7. Exercício regular de um direito	381
2.26.8. Fato ou culpa de terceiro	382
2.26.9. Cláusula de não indenizar.....	384
2.26.9.1. Formas de extinção contratual.....	386
2.26.9.2. Resolução	386
2.26.9.3. Resilição	387
2.26.9.4. Rescisão	388
CONSIDERAÇÕES FINAIS	389
REFERÊNCIAS	391

PREFÁCIO

Como é sabido, o principal objetivo do prefácio é apresentar ou justificar o texto de uma obra e, no presente caso, um trabalho científico, fruto de um estudo do jurista Enoque Ribeiro dos Santos a respeito de tormentoso tema do momento, intitulado pelo Autor como *Responsabilidade Objetiva e Subjetiva do Empregador em face do Novo Código Civil*.

Tivemos oportunidade de conhecê-lo quando, na senda do curso de pós-graduação *stricto sensu*, na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, fomos honrados ao compor a Banca Examinadora de seu Doutorado, então apresentada com o título “A problemática da negociação coletiva de trabalho frente ao fenômeno da descoletivização”.

Na oportunidade em 2 de outubro de 2003, foi aprovado em razão de brilhante defesa de referida tese. Ali, vislumbrávamos o futuro de um especialista notoriamente vocacionado, quer para a docência, quer como pesquisador.

Hoje, no exato momento que elaboramos a apresentação de mais uma de suas obras, temos a constatação inegável de que, naquela oportunidade acertávamos: em tão exíguo espaço de tempo, tornou-se ele, por Concurso de Provas e Títulos, Professor Doutor em Direito do Trabalho e da Seguridade Social da Universidade de São Paulo. Não bastasse, também por Concurso Público de Provas e Títulos, fora aprovado em 2º (segundo) lugar, para o cargo de Procurador do Trabalho, da respeitada e importantíssima instituição, qual seja o Ministério Público do Trabalho, tendo tomado posse no dia 9 de novembro de 2006.

Tais fatores engrandecem e dignificam a função do prefaciante, na exata medida em que outorgam-lhe maior responsabilidade.

O convite para o prefácio de referida pesquisa científica não decorreu do acaso. Por ocasião do honroso convite, o próprio Autor referiu saber de nossos estudos e algumas publicações sobre o intrigante tema da responsabilização objetiva e subjetiva do empregador, ante as normas da Lei n. 10.406, de 10.1.2002, que inseriu no ordenamento jurídico pátrio o Novo Código Civil.

A respeito do assunto, conforme já tivemos oportunidade de ponderar, destacamos a súmula de nosso pensamento, em escritos diversos⁽¹⁾, e mais

(1) BELTRAN, Ari Possidonio. Da responsabilidade subjetiva e objetiva do empregador por acidente do trabalho, ante as disposições do novo código civil. *Revista do Dep. de Dir. do Trabalho e da Seguridade Social* — FDUSP, São Paulo, p. 15-27, jan./jun. 2006.

especificamente no que se refere às acertadas inovações constantes do art. 927 e seu parágrafo único do atual Código Civil.

Sobre o tema, em alguns ensaios escrevíamos que muitos estudiosos vislumbraram na lei nova um avanço em direção à responsabilização objetiva do empregador, conforme as circunstâncias, em especial ante o disposto no parágrafo único do art. 927, a saber:

Parágrafo único. “Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem”.

Tem-se entendido que o novel dispositivo inseriu na legislação civil em exame a chamada teoria do *risco criado*, considerando-se, pois, que o dever de reparar o dano “surge da atividade normalmente exercida pelo agente, que cria risco a direitos ou interesses alheios”. Cuida-se, então, de atividade potencialmente geradora de risco a terceiros. Não há confundir-se com outras teorias a respeito do risco, como *v. g.*, a do *risco integral* (que exige, tão só, o nexo etiológico como condicionante do dever de indenizar), tampouco com a do *risco proveito* (fundamentada apenas na ideia da vantagem auferida pelo causador do dano), nem, ainda, com a dos *atos normais e anormais* (“medidos pelo padrão médio da sociedade”)⁽²⁾.

Ora, assim, torna-se indubitoso que em duas hipóteses a responsabilização do autor do dano será objetiva: a) nos casos especificados em lei; ou b) quando a atividade normalmente desenvolvida pelo “autor do dano” implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem. Destarte, a questão que parece mais complexa será a análise do novo dispositivo e, especialmente, seu confronto — em casos de acidente do trabalho, ou de patologias de origem ocupacional, hipóteses que representam grande parte dos litígios no contexto ora em exame —, ante o disposto no art. 7º da Constituição Federal, que assegura, entre os direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, em seu inciso XXVIII — “seguro contra acidentes de trabalho, a cargo do empregador, sem excluir a indenização a que está obrigado, quando incorrer em dolo ou culpa”.

Analisando as hipóteses inseridas no dispositivo do Código Civil supramencionado, Giovanni Ettore Nanni, exemplifica: “nos casos especificados em lei, como ocorre, por exemplo, na responsabilidade civil do Estado, nas relações de consumo, na legislação ambiental, nos acidentes aéreos, nos acidentes nucleares etc.”; [...] ou “quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano, logo preponderante e não esporádica e/ou eventual, implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem, que se pode citar, à luz da jurisprudência italiana em relação a

(2) SILVA, Regina Beatriz Tavares da; FIÚZA, Ricardo (coord.). *Novo código civil comentado*. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 820.

dispositivo legal similar, o transporte marítimo de petróleo, o transporte e estocagem de combustível, a produção de explosivos, a produção e comercialização de fogos de artifício etc.”⁽³⁾.

O mesmo autor argumenta, com razão, que em matéria de acidente do trabalho (e por extensão, de doenças de origem ocupacional), não há como aplicar-se a regra de lei ordinária — como estabelecido no parágrafo único do art. 927 do Código Civil —, quando a responsabilidade do empregador, em tal hipótese, por força da norma constitucional já mencionada alude, de forma expressa, à condição deste “incorrer em dolo ou culpa”. Em reforço de argumentação, salienta que quando o legislador constitucional desejou dispensar a demonstração de culpa do agente para fins de responsabilização, fê-lo de forma expressa, como no art. 21, inciso XXIII, *c*, *verbis*: “a responsabilidade civil por danos nucleares independe da existência de culpa”.

Cumprir observar assim que, quanto à principal questão levantada, — ou seja, as hipóteses de acidentes do trabalho e de doenças do trabalho —, prevalecem, como regra geral, os pressupostos tradicionais da responsabilidade civil, a saber: a) a ação ou omissão de qualquer pessoa que venha a acarretar dano a outrem; b) a ilicitude, consistente em culpa ou dolo do agente; c) a relação de causalidade, ou seja relação de causa e efeito entre a ação ou omissão do agente e o dano verificado; d) a ocorrência do dano, pois que, sem a prova do dano, ninguém pode ser responsabilizado civilmente⁽⁴⁾.

O trabalho que ora temos a honra de apresentar, levou o Autor a profunda análise, a saber, as noções introdutórias sobre as responsabilidades objetiva e subjetiva ante o novo Código; percutiente análise da teoria do risco e a responsabilidade civil aplicáveis ao Direito do Trabalho; a responsabilidade objetiva e subjetiva da empresa na prática do Direito do Trabalho, assinalando-se a posição dos Tribunais do Trabalho; a responsabilidade da empresa e dos sócios ante as disposições do novo Código Civil; tudo seguido pelas conclusões do Autor.

A propósito, eis a súmula final do pensamento do pesquisador, com a qual concordamos: “Somente com o aprimoramento de nossos institutos, teremos condições de mitigar a perpetração de ofensas materiais e principalmente morais à pessoa do trabalhador, pois ela, dependendo da pessoa, atinge as profundezas do ser, o recôndito do espírito, aquilo que ele possui de mais íntimo, que deveria ser indevassável, e uma vez atingido, de forma violenta e injusta, dificilmente desaparece”.

Não resta, pois, qualquer dúvida a respeito da importância da obra que temos a honra de prefaciar. O jurista Enoque Ribeiro dos Santos apresenta mais um trabalho indispensável ao operador do Direito do Trabalho. Contribui ele,

(3) NANNI, Giovanni Ettore. Responsabilidade no acidente do trabalho. *Jornal Gazeta Mercantil*, Caderno Legal & Jurisprudência, p. 1, 13.10.2003.

(4) GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade civil*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 25-28.

de forma notável para a compreensão do importantíssimo papel do Direito do Trabalho — ou mesmo do “Direito Social”, como enfatizava o saudoso Prof. Cesarino Júnior —, para a preservação dos Direitos Humanos na sociedade de trabalho pós-moderna.

Ari Possidônio Beltran

Advogado em São Paulo. Graduado, Mestre, Doutor e Livre Docente pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Professor de Direito do Trabalho da FDUSP. Membro da Academia Nacional de Direito do Trabalho, do Instituto de Direito Social Cesarino Júnior. Conselheiro da AASP — Associação dos Advogados de São Paulo. Ex-1º Secretário do Centro Acadêmico “XI de Agosto”.

“E ao anjo da Igreja, que está em Filadélfia escreve:

Isto diz o que é santo,

O que é verdadeiro,

O que tem a chave de Davi;

O que abre e ninguém fecha;

E fecha e ninguém abre;

Eu sei as suas obras;

Eis que diante de ti pus uma porta aberta,

E ninguém a pode fechar;

Tendo pouca força;

Guardaste a minha palavra,

E não negaste o Meu nome”.(Apocalipse 3: 7)

RESPONSABILIDADE OBJETIVA E SUBJETIVA DO EMPREGADOR EM FACE DO CÓDIGO CIVIL

1. Noções introdutórias

A responsabilidade civil objetiva e subjetiva do empregador constitui-se em um dos institutos mais relevantes do Direito na atualidade, principalmente após o advento do Código Civil de 2002, que deu uma nova roupagem jurídica ao conceito de responsabilidade civil.

Exemplo disso é a possibilidade atual de indenização pelo dano exclusivamente moral, que a Constituição Federal de 1988⁽¹⁾ já passara a contemplar.

O escopo do presente trabalho é o desenvolvimento da responsabilidade civil nas relações de trabalho, procurando sempre que possível alinhar a legislação, doutrina e jurisprudência, nas situações de ocorrências de danos patrimoniais, extrapatrimoniais ou ambos.

O vocábulo “responsabilidade” é utilizado para designar uma série de situações na seara das relações jurídicas. Em sentido mais flexível, a responsabilidade suscita a atribuição a um sujeito, do dever ou obrigação de assumir as consequências ou efeitos de uma determinada atitude, evento ou ação. Diz-se, por exemplo, dessa forma, que alguém é responsável por outrem, como o pai pelos filhos menores, o empregador por seus serviçais ou empregados etc. Em outro sentido, a responsabilidade denota a capacidade da pessoa. Os menores de 16 anos, por exemplo, são absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil, como se depreende do art. 3º do novo Código Civil⁽²⁾.

(1) Constituição Federal de 1988, art. 5º, inciso V: é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem; Inciso X: São invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.

(2) Art. 3º São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil: I — os menores de dezesseis anos; II — os que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário

No desenvolvimento do presente trabalho, interessa a responsabilidade da empresa ou do empregador por fato ou ato punível ou moralmente reprovável que implique violação de direito na interpretação do novo Código Civil, que venha a ensejar reflexos ou consequências jurídicas.

A rigor, o que se aprecia em sede de responsabilidade civil é a conduta do agente, pessoa jurídica ou física, isto é, a concatenação ou a sequência de atos ou fatos que produza efeitos geralmente lesivos no patrimônio material ou extrapatrimonial⁽³⁾ do ofendido. Apenas um único ato pode ser capaz de gerar, por si só, a obrigação ou o dever de indenizar.

No campo da responsabilidade civil, o que nos interessa é a identificação da conduta comissiva ou omissiva que produz o dever de indenizar. Nesse domínio, uma pessoa é responsável quando é capaz de sofrer uma sanção, independentemente de ter cometido um ato ilícito ou antijurídico pessoalmente. Nesse âmbito, a responsabilidade pode ser direta, quando liga o próprio causador do dano ao ilícito, ou indireta, quando o terceiro que comete o ato ou a sequência de atos lesivos a outrem é, de uma ou outra forma, ligado ao ofensor, de acordo com o ordenamento jurídico.

No Direito Civil, terceiros só podem ser chamados a indenizar quando a lei expressamente o determinar, diversamente do que ocorre no campo do Direito Penal, no qual a pena não pode passar da pessoa do agente, noção que já sofre contestação na doutrina penalista contemporânea.

Uma das grandes inovações do novo Código Civil foi a contemplação da responsabilidade objetiva, presente em várias leis, que desconsidera a noção de culpabilidade. A tendência jurisprudencial do alargamento do conceito de culpa, sob o prisma do dever genérico de não prejudicar, possibilitou a criação da Teoria do Risco em várias configurações.

Por essa teoria, o sujeito responsável por riscos inerentes à atividade econômica, ou perigos que sua atuação possa promover deve arcar com a indenização, mesmo que envide todos os esforços no sentido de evitar o dano. Já que o sujeito é privilegiado pelas vantagens ou benefícios do negócio ou atividade, deve responder por possíveis indenizações que essa atividade possa ocasionar. A legislação dos acidentes de trabalho constitui o exemplo claro da teoria da responsabilidade objetiva.

discernimento para a prática desses atos; III — os que, mesmo por causa transitória, não puderem exprimir sua vontade.

(3) De acordo com a Lei n. 10.224/01, o empregador (superior hierárquico) que, usando da função, constrange alguém a lhe prestar favores sexuais, está sujeito à pena de detenção de um a dois anos. A empresa, por seu turno, poderá ser punida se a vítima ajuizar uma ação reclamatória em face da empresa, e se condenada deverá geralmente pagar uma indenização pecuniária por danos morais e/ou materiais.

Foi Raymond Saleilles⁽⁴⁾ que iniciou os estudos dos critérios objetivos de imputação da responsabilidade civil, com a proposição de que este princípio fosse substituído por um princípio de causalidade, prescindindo, desta forma, da perquirição sobre o comportamento do causador do dano. No mesmo sentido, Louis Josserand⁽⁵⁾ passou a defender a noção de risco como critério de responsabilização, utilizando-se da jurisprudência francesa que tinha passado a aplicar a responsabilidade por guarda da coisa também de forma objetiva.

Para Anderson Schreiber⁽⁶⁾ “na esteira das obras de Saleilles e Josserand, a culpa tornou-se objeto do que já foi referido como o mais intenso dos ataques doutrinários que talvez se tenha registrado na evolução de um instituto jurídico. Por toda a parte, autores notáveis filiaram-se à ideia de uma responsabilidade objetiva, fundada na teoria do risco, e não menos notáveis foram os autores que se ergueram em defesa da culpa. Como fruto deste profícuo debate, a responsabilidade objetiva veio a ser adotada em quase todos os ordenamentos jurídicos, por meio de leis especiais, aplicáveis a setores específicos, relacionados aos anseios sociais mais graves no campo da responsabilidade civil. Na maior parte dos casos, todavia, fez-se necessário um longo período de maturação antes que a responsabilidade objetiva ganhasse espaços mais abertos”.

Ainda de acordo com este autor⁽⁷⁾, no Brasil, por exemplo, embora não estranha ao Código Civil de 1916, a responsabilidade objetiva ingressou efetivamente no ordenamento positivo por meio de diplomas especiais, como a Lei de Estradas de Ferro (Decreto n. 2.681/1912), o Código Brasileiro de Aeronáutica (Lei n. 7.565/1986) e a Lei n. 6.453/1977, relativa às atividades nucleares. A Constituição Federal de 1988 abriu novos caminhos, não apenas por força da previsão das hipóteses específicas (art. 7º, XXVIII, art. 21, XXIII, art. 37, § 6º), mas, sobretudo, pela inauguração de uma nova tábua axiológica, mais sensível à adoção de uma responsabilidade que, dispensando a culpa, se mostrasse fortemente comprometida com a reparação dos danos em uma perspectiva marcada pela solidariedade social.

O Código de Defesa do Consumidor foi outro exemplo notável de responsabilidade objetiva no ordenamento jurídico. Sérgio Cavalieri Filho⁽⁸⁾ afirma que a Lei n. 8.078/1990 introduz uma nova área de responsabilidade no Direito brasileiro, a responsabilidade nas relações de consumo, tão vasta que não haveria

(4) SALEILLES, Raymond. *Les accidents de travail et la responsabilité civile. Essai d'une théorie objective de la responsabilité délictuelle*. Paris: Arthur Rousseau, 1897.

(5) JOSSERAND, Louis. *Evolução da responsabilidade civil*. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. LXXXVI, p. 548 e ss., 1941.

(6) SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*. São Paulo: Atlas, 2007. p. 19.

(7) SCHREIBER, Anderson. *Op. cit.*, p. 19-20.

(8) CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 28.

nenhum exagero em dizer estar hoje a responsabilidade civil dividida em duas partes: a responsabilidade tradicional e a responsabilidade nas relações de consumo.

Não obstante, remanesce ainda entre nós que o princípio da responsabilidade extracontratual civil no Código Civil de 2002 continua sendo o da responsabilidade subjetiva, ou seja, responsabilidade fundada na culpa que recai nos institutos da negligência, imprudência ou imperícia do ofensor. A responsabilidade objetiva, ou responsabilidade sem culpa, somente pode ser aplicada, como dito, quando existe lei expressa que assim a autorize.

Podemos dizer que a maior inovação do Código Civil de 2002 foi a criação da cláusula geral de responsabilidade objetiva, nas atividades de risco, na redação que deu ao art. 927, parágrafo único:

“Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.”

Assim sendo, na ausência de lei expressa, a responsabilidade por ato antijurídico será subjetiva, pois esta é a norma geral aplicável no ordenamento jurídico pátrio. Entretanto, na análise do caso concreto, o magistrado, em casos excepcionais, considerando os aspectos da nova lei, poderá entender como aplicável a responsabilidade objetiva no caso *sub judice*⁽⁹⁾.

2. Gênese e evolução histórica da responsabilidade

O Código de Hamurabi, gravado em uma estela de basalto negro, que se acha conservada no Louvre, em Paris, tratava da responsabilidade entre 1792/1750 antes de Cristo. Tinha como princípio a proteção aos mais fracos e oprimidos. Era constituído por um sistema de leis sumérias e acadianas, que foram revisadas, adaptadas e ampliadas por Hamurabi. O Código estabelecia uma ordem social baseada nos direitos do indivíduo e aplicada na autoridade das divindades babilônicas e do Estado.

O texto do Código demonstra uma preocupação de Hamurabi em conferir ao lesado uma reparação equivalente. Essa noção pecuniária da reparação do dano possibilitava aos súditos do rei Hamurabi valerem-se das normas ditadas pelo seu Código. Nesse aspecto, os parágrafos do Código são ricos de interpretações do que foi um sistema de leis, fruto dos hábitos e costumes de uma civilização pujante e atraente.

(9) REIS, Clayton. *O dano moral*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 9.

Assim, o célebre axioma primitivo “olho por olho, dente por dente”, constituía uma forma de reparação do dano, inserto nos §§ 196, 197 e 200 do Código. Este axioma expressava a Lei do Talião, isto é, a justiça feita pelas próprias mãos, que originou a autotutela dos dias atuais⁽¹⁰⁾.

Clayton Reis⁽¹¹⁾ desenvolve o tema afirmando que “a ideia, hoje vigente, de reparação do dano por um valor monetário tinha por objetivo repor as coisas lesadas ao seu *status quo ante*, ou ainda, dar uma compensação monetária à vítima, em virtude do sofrimento experimentado por esta. Portanto, a imposição de uma pena econômica consistia, sem dúvida, em uma forma de, à custa da diminuição do patrimônio do lesante (que por si só constituía uma pena), proporcionar à vítima uma satisfação compensatória. Além dessa satisfação, a pena objetivava ainda a exclusão da vindita, sentimento contrário à unidade e harmonia do grupo social”.

Certo é que naquela época já havia uma preocupação social, cabendo ao Direito da época, por meio da codificação estabelecida pelo Rei da Babilônia, atribuir aos ofensores uma espécie de multa, ou compensação pecuniária, cujo objetivo fundamental consistia em coibir os abusos de violência, bem como reprimir o sentimento de vingança⁽¹²⁾.

No Direito Romano, a *Lex Aquilia* é o divisor de águas da responsabilidade civil. Esse diploma, de uso restrito a princípio, atinge dimensão ampla na época de Justiniano, como remédio jurídico de caráter geral; como considera o ato ilícito uma figura autônoma, surge, desse modo, a moderna concepção da responsabilidade extracontratual. O sistema romano de responsabilidade extrai da interpretação da *Lex Aquilia* o princípio pelo qual se pune a culpa por danos injustamente provocados, independentemente de relação obrigacional preexistente. Funda-se aí a origem da responsabilidade extracontratual⁽¹³⁾.

Por essa razão, denomina-se também responsabilidade aquiliana essa modalidade de responsabilidade extracontratual. A *Lex Aquilia* foi um plebiscito aprovado provavelmente em fins do século III ou início do século II antes de Cristo, que possibilitou atribuir ao titular de bens o direito de obter o pagamento de uma penalidade em dinheiro de quem tivesse destruído ou deteriorado seus bens. Como os escravos eram considerados coisas, a lei também se aplicava na hipótese de danos ou morte deles. Punia-se por uma conduta que viesse a ocasionar danos. A ideia de culpa é centralizadora nesse intuito de reparação. Em princípio, a culpa é punível, traduzida pela imprudência, negligência ou imperícia, ou pelo dolo⁽¹⁴⁾.

(10) SANTOS, Enoque Ribeiro dos. *O dano moral na dispensa do empregado*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2002. p. 53.

(11) REIS, Clayton. *O dano moral*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 10-11.

(12) *Op. cit.*, p. 11.

(13) VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 18.

(14) *Op. cit.*, p. 19.

Coube à Escola do Direito Natural ampliar o conceito da Lei Aquilia, até então casuística, a partir do século XVII. A teoria da reparação de danos somente começou a ser perfeitamente compreendida quando os juristas equacionaram que o fundamento da responsabilidade civil situa-se na quebra do equilíbrio patrimonial provocado pelo dano. Nesse sentido, transferiu-se o enfoque da culpa, como fenômeno centralizador da indenização, para a noção de dano. O Direito francês aperfeiçoou as ideias romanas, estabelecendo princípios gerais de responsabilidade civil⁽¹⁵⁾.

É inolvidável a contribuição de Fischer⁽¹⁶⁾, que preconizava que a “responsabilidade civil é pura resultante do equilíbrio violado pelo dano. Ela visa a repor o prejudicado à situação que desfrutava anteriormente, da forma mais completa possível, ou seja, *restitutio in integrum*. A eficiência do reparo será diretamente proporcional ao quanto mais perto alcance reconduzir a vítima ao *status quo ante*”.

A propósito, Fischer⁽¹⁷⁾ ainda afirma que “a indenização tem caráter sucedâneo. Ela põe-se no lugar do dano. O acontecimento danoso interrompe a sucessão normal dos fatos: o dever do indenizante, em tal emergência, é provocar um novo estado de coisas que se aproxime o mais que for possível à situação frustrada daquela situação, que, segundo os cálculos da experiência humana e às leis da probabilidade, seria existente a não ter-se interposto o dano”.

Em se tratando o Direito do Trabalho de um ramo da árvore frondosa do Direito Civil, no qual a proteção do trabalhador hipossuficiente suscita uma maior proteção, preconizamos não apenas o maior rigor dos magistrados na apuração e determinação da reparação subjetiva e objetiva, como também a incorporação em nosso ordenamento jurídico dos institutos do *punitive and exemplary damage*⁽¹⁸⁾(perdas e danos exemplares) oriundos do Direito norte-americano, na aferição e na reparação dos danos morais e materiais em sede trabalhista, mormente os perpetrados contra o empregado.

3. Conceito e fundamento jurídico

Responsabilidade civil pode ser conceituada como a obrigação de responder pelas consequências jurídicas decorrentes do ato ilícito praticado, reparando o prejuízo ou dano causado.

(15) VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 19.

(16) FISCHER, H. *A reparação dos danos no direito civil*. Tradução de Ferrer de Almeida. Coimbra: Armênio Amado, 1938. p. 165.

(17) *Ibidem*, p. 166.

(18) Sob o tema, nosso artigo: Contribuições à fixação da indenização do dano moral trabalhista — a tese da aplicação dos exemplary ou punitive damages. *Revista Justiça do Trabalho*, Porto Alegre, ano 21, n. 246, p. 7-17, jun. 2004.

Essa responsabilidade pode ser contratual ou extracontratual, ou aquiliana, derivada da *Lex Aquilia*, oriunda do Direito Romano, que se traduz na violação de um preceito de lei, sem conexão com uma norma contratual.

Silvio Rodrigues⁽¹⁹⁾ informa-nos que a responsabilidade civil vem definida por Savatier⁽²⁰⁾ como a obrigação que tem uma pessoa de reparar o prejuízo causado a outra, por fato próprio, ou por fato de pessoas ou coisas que dela dependam.

A responsabilidade civil, entre nós, vem regulada, entre outros, pelos arts. 186 e 927 do novo Código Civil de 2002. Estatui o art. 186, *in verbis*:

“Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.”

Por seu turno, o art. 927 do Código Civil assim se expressa:

“Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, riscos para os direitos de outrem.”

Já o art. 187 do Código Civil diz:

“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.”

Dessa forma, não apenas o ato lícito, como também o ato ilícito são considerados espécies do gênero ato jurídico.

Na seara do Direito do Trabalho, o art. 8º da CLT (Consolidação das Leis do Trabalho), por sua vez, preceitua em seu § 1º que o direito comum será fonte subsidiária do direito do trabalho, em sua nova redação estabelecida pela Lei n. 13.467/2017.

Dessa forma, constituem requisitos da responsabilidade civil:

- a) a ação ou omissão (fato lesivo);
- b) o dano ou prejuízo;
- c) o nexo de causalidade; e
- d) a culpa ou o dolo do agente, bem como eventual ato abusivo (art. 187 do código civil).

(19) RODRIGUES, Silvio. *Direito civil*. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 4, p. 6.

(20) SAVATIER, René. *Traité de la responsabilité civile en droit français civil*. Paris, 1939. v. 1, n. 1: Les sources de la responsabilité civile.

4. A bipartição da responsabilidade civil

A responsabilidade civil biparte-se em responsabilidade civil objetiva e responsabilidade civil subjetiva.

A responsabilidade civil objetiva já é tratada pelo Direito do Trabalho há décadas, conforme preceitua o art. 2º, § 2º, da CLT, que enuncia:

“Sempre que uma ou mais empresas, tendo, embora, cada uma delas, personalidade jurídica própria, estiverem sob a direção, controle ou administração de outra, ou ainda quando, mesmo guardando cada uma sua autonomia, integrem grupo econômico, serão responsáveis solidariamente pelas obrigações decorrentes da relação de emprego”. (Redação dada pela Lei n. 13.467, de 2017)

Esse tipo de responsabilidade funda-se na Teoria do Risco, independentemente de dolo ou culpa. Neste caso, o empregador, ou a empresa, assume os riscos da atividade econômica, em qualquer circunstância (pandemia da COVID-19, recessão, crise econômica, cambial, financeira, de competitividade, ou até mesmo na força maior e casos fortuitos, conforme dispõem os arts. 501 e 502⁽²¹⁾ da Consolidação das Leis do Trabalho).

O art. 504 da CLT ainda declara que, comprovada a falsa alegação do motivo de força maior, é garantida a reintegração aos empregados estáveis, e aos não estáveis o complemento da indenização já percebida, assegurado a ambos o pagamento da remuneração atrasada.

4.1. O fato do princípio

Visualizamos nestes artigos da CLT a ocorrência do *factum principis*, ou seja, a paralisação do trabalho por ato de autoridade, que constitui uma das espécies da força maior. Se uma lei municipal impede ou obstrui as atividades de uma empresa, o município responderá solidariamente pelos débitos trabalhistas.

Mozart Victor Russomano⁽²²⁾ declara que o *factum principis* é ato de autoridade pública que determina a suspensão temporária ou definitiva das atividades da

(21) Art. 501 da CLT. Entende-se como força maior todo acontecimento inevitável, em relação à vontade do empregador, e para a realização do qual este não concorreu, direta ou indiretamente. § 1º A imprevisibilidade do empregador exclui a razão de força maior. § 2º À ocorrência do motivo de força maior que não afetar substancialmente, nem for suscetível de afetar, em tais condições, a situação econômica e financeira da empresa, não se aplicam às restrições desta Lei referentes ao disposto neste Capítulo. Art. 502 da CLT. Ocorrendo motivo de força maior que determina a extinção da empresa, ou de um dos estabelecimentos em que trabalhe o empregado, é assegurada a este, quando despedido, uma indenização da seguinte forma: I — sendo estável, nos termos dos arts. 477 e 478. II — não tendo direito à estabilidade, metade da que seria devido em caso de rescisão sem justa causa. III — havendo contrato por prazo determinado, aquela a que se refere o art. 479 desta Lei, reduzida igualmente à metade.

(22) RUSSOMANO, Mozart Victor. *CLT anotada*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 149.

empresa, evidentemente, na forma da definição do art. 501 e ss., é modalidade de força maior.

Declara ainda que sobre o *factum principis* existe norma especial, contida no art. 486 da CLT, que transfere a responsabilidade pelo pagamento das verbas rescisórias à pessoa jurídica de Direito Público, que praticou o ato determinante da suspensão (temporária ou definitiva) do trabalho da empresa⁽²³⁾.

A título ilustrativo, transcrevemos as seguintes ementas dos Tribunais do Trabalho sobre o tema:

FACTUM PRINCIPIS – CARACTERIZAÇÃO – INTELIGÊNCIA DO ART. 486 DA CLT. No caso vertente, de acordo com o quadro fático delineado pela decisão regional, a rescisão do contrato de trabalho dos reclamantes deu-se por meio de ato da Administração Pública (desapropriação de imóvel rural para fins de reforma agrária), bem como que os proprietários do imóvel não concorreram para a desapropriação do imóvel e não tiveram como evitá-la. Esta Corte, em casos análogos, tem admitido a responsabilidade indenizatória do ente estatal com fulcro no art. 486 da CLT, quando restou comprovado que empregador não concorreu, direta ou indiretamente, para o encerramento das atividades empresariais. Nessa linha, descabe falar em violação 486 da CLT, tendo em vista a conclusão do acórdão regional de que o empregador não concorreu para a desapropriação do imóvel, razão pela qual restou caracterizada a hipótese de *factum principis* prevista no dispositivo legal referenciado. Precedentes. Agravo de instrumento a que se nega provimento. (TST – AIRR 17644420135030038 DEJT 29/09/2017)

FACTUM PRINCIPIS – ART. 486 DA CLT – CONTRATO DE GESTÃO REALIZADO COM O ESTADO – TERMO FINAL – PREVISIBILIDADE – NÃO CARACTERIZAÇÃO – CRÉDITOS TRABALHISTAS IMPUTÁVEIS AO EMPREGADOR

A figura jurídica do *factum principis* estatuída no art. 486 da CLT, doutrinariamente caracterizada modalidade de força maior, se constitui causa de resolução da avença laboral pela inviabilidade de sua permanência por ato absolutamente alheio à vontade do empregador, uma vez que imputável a responsabilidade pela paralisação do empreendimento à pessoa de direito público. Entretanto, não se configura quando, rompido contrato de gestão entre a empregadora e o Estado, por advento do termo final, substrato previsível, pela natureza da avença, precária e temporária. Nesse passo, fica atribuído à empregadora o ônus da satisfação dos créditos trabalhistas ao trabalhador reconhecidos na demanda. (TRT12R – ROT – 0000141-20.2019.5.12.0058, Rel. LIGIA MARIA TEIXEIRA GOUVEA, 5ª Câmara, Data de Assinatura: 17/03/2020).

AGRAVO DE INSTRUMENTO – RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO ANTES DA LEI N. 13.015/2014 – DESAPROPRIAÇÃO DE IMÓVEL RURAL PARA FINS DE REFORMA AGRÁRIA – FACTUM PRINCIPIS – CARACTERIZAÇÃO – INTELIGÊNCIA DO ART. 486 DA CLT. No caso vertente, de acordo com o quadro fático delineado pela decisão regional, a rescisão do contrato de trabalho dos reclamantes deu-se por meio de ato da Administração Pública (desapropriação de imóvel rural para fins de reforma agrária), bem como que os proprietários do imóvel não concorreram para a desapropriação do imóvel e não tiveram como evitá-la. Esta Corte, em casos análogos, tem admitido a responsabilidade indenizatória do ente estatal com fulcro no

(23) RUSSOMANO, Mozart Victor. *CLT anotada*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 149.

art. 486 da CLT, quando restou comprovado que empregador não concorreu, direta ou indiretamente, para o encerramento das atividades empresariais. Nessa linha, descabe falar em violação do art. 486 da CLT, tendo em vista a conclusão do acórdão regional de que o empregador não concorreu para a desapropriação do imóvel, razão pela qual restou caracterizada a hipótese de *factum principis* prevista no dispositivo legal referenciado. Precedentes. Agravo de instrumento a que se nega provimento. (TST AIRR 1764-44.2013.5.03.0038 -, Rel. Maria Helena Mallmann, 2ª Turma, DEJT 29/09/2017).

Com exceção desses casos, a responsabilidade é sempre da empresa que deve arcar com o risco do negócio. O empregado não pode ser constrangido a socializar prejuízos para os quais não concorreu. Não acarreta, ademais, a responsabilidade do ente público pelos encargos trabalhistas do empregador.

Se o empregador, por sua culpa exclusiva, der causa à interdição de um ou mais de seus estabelecimentos ou plantas industriais, pelo órgão fiscalizador, deverá assumir, na integralidade, a responsabilidade por sua incúria ou negligência na administração de seus negócios, como aliás preconiza o art. 501 da CLT, anteriormente enunciado. Nesse caso, não poderá invocar a ocorrência de força maior, nem o enquadramento do evento na Teoria da Imprevisão para tentar se desincumbir do pagamento dos encargos.

Para a configuração do fato do príncipe, de forma que o empregador possa elidir a sua responsabilidade pelo evento, será necessária a ocorrência das seguintes situações fáticas, quais sejam:

- a) a imprevisibilidade do evento danoso;
- b) a inexistência de concurso direto ou indireto do empregador no aludido fato;
- c) a necessidade imperativa de que o evento atinja frontalmente e significativamente a situação econômico-financeira do empreendimento do empregador.

Portanto, o instituto do fato do príncipe, regido pelo art. 486, da CLT às situações de extinção de estabelecimentos, fechamento de empresas, ou longas paralisações de atividade, motivados por fatos alheios e totalmente imprevisíveis, sem qualquer participação ou concorrência do empregador, que lhe tenha provocado prejuízos imensuráveis, levando-o ao total colapso e ruptura de suas atividades econômicas e produtivas.

Geralmente ocorre quando o Poder Público, na sua linha estratégica de planejamento urbano, e com olhar direcionado ao interesse público primário, implementa, por exemplo, uma linha de metrô, uma reforma de rodovia, viaduto etc., promovendo a interdição de espaços públicos e privados, que provocam a ruptura das atividades econômicas e o desenvolvimento dos negócios circunvizinhos. Semelhante caso ocorre com as desapropriações. São casos pontuais.

No caso da pandemia do coronavírus (COVID-19), no entanto, a situação é diversa, pois envolve uma força maior desproporcional, atípica, totalmente imprevisível, fora do controle humano, um verdadeiro “act of God”, jamais vivenciado nas últimas décadas, que atingiu todo o planeta, em face da globalização e encurtamento das distâncias, suscetível de provocar a extinção e o desaparecimento de inúmeros estabelecimentos, especialmente os pequenos e médios, que não dispõem de uma estrutura saudável de capital próprio, e no qual se encontra justamente alocado o maior número de empregados com carteira assinada no Brasil.

Sendo assim, o enquadramento do coronavírus como pandemia, pela Organização Mundial da Saúde, o situa no plano da calamidade pública, atingindo virtualmente todas as empresas do planeta, provocando uma gigantesca canalização de recursos financeiros do Estado para a saúde pública, já que a vida das pessoas encontra-se em primeiro lugar.

Ante este fato, o Congresso Nacional votou em 2020, a liberação de recursos maciços para a Saúde, ignorando até mesmo o teto fiscal do orçamento público estabelecido anteriormente. A União deverá renegociar ainda dívidas com municípios e Estados, além da ajuda a empregadores e empregados.

É neste cenário que não podemos ficar retidos em uma análise literal sobre a responsabilização dos danos, aqui incluindo o instituto do fato do príncipe, albergado no art. 468, da CLT, pois nas últimas décadas jamais o mundo enfrentou tantos problemas ao mesmo tempo, cada um exigindo uma solução mais imediata que a outra. Por isso, o assunto merece interpretação sistemática e maior aprofundamento jurisprudencial na seara trabalhista.

Na Justiça do Trabalho há raríssimos julgados deferindo ganho de causa com fulcro no fato do príncipe, como condição de excludente da responsabilidade do empregador. O que se vê na prática, invariavelmente, é a atribuição do risco ao empregador, consoante art. 2º., parágrafo 2º., da CLT.

Em outras palavras, a Justiça do Trabalho têm se inclinado no sentido de que todas as verbas rescisórias e do contrato de trabalho são devidas pelo empregador, nas dispensas individuais ou coletivas. Raros são os casos de responsabilidade do Estado com base no “factum principis”.

Considerando o instituto do fato do príncipe, como excludente de responsabilidade do empregador pelo pagamento de verbas rescisórias, por ato de autoridade, embora haja lei de regência (art. 486 da CLT) diante do caso concreto da pandemia do coronavírus, seu caráter inusitado, impensável, suas repercussões no cenário internacional, bem como as determinações do Estado, de índole preventiva, acautelatória, em prol da dignidade da pessoa humana e relacionadas a matéria de ordem pública, de imperatividade absoluta, tudo isto conduz à

conclusão de sua difícil aplicabilidade no plano concreto, à luz da dominante e remansosa jurisprudência do Judiciário trabalhista⁽²⁴⁾.

5. A Responsabilidade social ou ética e as ações afirmativas (*affirmative actions*)

Além da responsabilidade civil objetiva e subjetiva, poderíamos até mesmo dizer que existe um terceiro gênero de responsabilidade, ou um desdobramento implícito das duas primeiras enunciadas, a responsabilidade social ou ética da empresa ou do empregador, que deve permear a realização de todos os negócios jurídicos, com base nos princípios da boa-fé, da razoabilidade, da proporcionalidade, bem como na função social do contrato.

Essa responsabilidade ética ou social também é conhecida como governança corporativa ou responsabilidade corporativa, por meio da qual as empresas responsáveis realizam seus negócios jurídicos. Como a empresa constitui uma associação de interessados, este tipo de responsabilidade visa à garantia das minorias, dos hipossuficientes em face da supremacia do poder econômico das grandes organizações empresariais.

A ética, como ciência da moral, é uma forma de comportamento humano que se encontra em todos os tempos e em todas as sociedades. Constitui, assim, uma forma específica de comportamento humano, cujos agentes são os indivíduos concretos, indivíduos, porém, que só agem moralmente quando em sociedade, dado que a moral existe necessariamente para cumprir uma função social. Os indivíduos ou grupos defrontam-se com a necessidade de pautar o seu comportamento por normas que julgam mais apropriadas ou mais dignas de ser cumpridas. Estas normas são aceitas intimamente e reconhecidas como obrigatórias: de acordo com elas, os indivíduos compreendem que têm o dever de agir desta ou daquela maneira⁽²⁴⁾.

Karl Marx considerava que a moral, a política e o direito nada mais são do que produtos necessários das forças econômicas que agem na sociedade, e que essas forças econômicas não agem sozinhas: são apropriadas, não por indivíduos isolados uns dos outros, mas por uma classe social que os agrupa segundo seus próprios interesses. Para ele, a classe dominante — a burguesia capitalista — procura transformar o interesse próprio da classe dominante, em interesse comum de toda a sociedade, sob a forma moral, de direito e de legitimidade política⁽²⁵⁾.

(24) SANCHEZ VAZQUEZ, Adolfo. *Ética*. 16. ed. São Paulo: Civilização Brasileira, 1996. p. 14.

(25) MARX, Karl. *A ideologia alemã: crítica da filosofia alemã mais recente*. Lisboa: Presença, 1980. p. 1082.

Com efeito, no mundo atual, caracterizado pelo desemprego, pela automação, pelo risco onipresente de uma guerra nuclear, não há como não concordar com Hannah Arendt, quando afirma: “os acontecimentos políticos, sociais e econômicos de toda parte conspiram silenciosamente com os instrumentos totalitários inventados para tornar os homens supérfluos”⁽²⁶⁾.

Na verdade, nunca o mundo vivenciou tamanha prosperidade, e é inegável que todos vivemos em melhores condições materiais. Devido ao progresso científico estamos vivendo mais tempo. Mas, também, nunca as diferenças entre os ricos e os pobres foram tão acentuadas. O processo de acumulação de riqueza capitalista tem sido responsável, em grande parte, pela exclusão social, que provoca toda sorte de desequilíbrios no tecido social.

Analisando os dois grandes modelos políticos e ideológicos que se confrontaram no século XX, é oportuno trazer a interessante observação de Domenico de Masi, quando declara que “o comunismo demonstrou saber distribuir a riqueza, mas não saber produzi-la; o capitalismo demonstrou saber produzi-la, mas não distribuí-la — nem distribuir equitativamente o trabalho, o poder e o saber”⁽²⁷⁾.

E é com este pensamento em mente que não podemos esquecer as advertências, de enorme atualidade, de Hannah Arendt, sobre o totalitarismo e os enormes riscos que dele emanam: transformar grande parte da população do planeta em seres descartáveis, e sem esperança, o que pode, eventualmente, suscitar um retorno ao terror dos regimes de exceção, afastados do Estado Democrático de Direito.

É preciso que nos unamos para que as normas fundamentais que protegem a dignidade da pessoa humana, ou seja, os direitos humanos fundamentais, em todas as suas dimensões, tenham aplicabilidade e eficácia imediata na órbita do mundo do trabalho e da sociedade como um todo.

Temos atualmente notáveis exemplos que atestam um progresso na ética e na responsabilidade das empresas, nas suas relações com os empregados e com a comunidade.

Criado em 1982, o Prêmio Eco reconhece anualmente os melhores projetos de ação social desenvolvidos por empresas privadas nas áreas de cultura, educação, preservação ambiental, participação comunitária e saúde. A Ethos — Instituto de Empresas e Responsabilidade Social — é uma organização não governamental que atua na área da cidadania empresarial ou corporativa. Possui 134 empresas

(26) LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Cia das Letras, 1998. p. 154.

(27) DE MASI, Domenico. *O futuro do trabalho: fadiga e ócio na sociedade pós-industrial*. Rio de Janeiro: José Olympio, 1999. p. 15.

associadas e promove a responsabilidade social das empresas com todos os públicos com os quais se relaciona⁽²⁸⁾.

A responsabilidade social das empresas tem como base uma relação ética com os trabalhadores, os sindicatos, a comunidade e outros parceiros sociais. Pressupõe a transformação dos sistemas de gestão, mediante a utilização de um conjunto de ferramentas que agirão sobre todos os relacionamentos organizacionais. Em outras palavras, a responsabilidade social envolve a redefinição dos relacionamentos em todos os quadrantes da organização (trabalhadores, sindicatos, acionistas, fornecedores, entidades governamentais, etc.).

A responsabilidade social das empresas apresenta similitude com o conceito de governança corporativa, que consiste no conjunto de procedimentos de gestão que lida com o poder de aplicar os recursos da empresa segundo o interesse de seus diversos financiadores e colaboradores (incluindo aqui os trabalhadores), cabendo aos gestores evitar que haja expropriação de um grupo por outro. Dessa forma, prevê a participação democrática de todos os parceiros, primando pela proteção e representação das minorias, dentro do princípio da boa-fé e da transparência nas relações.

Logo, a responsabilidade social da empresa envolve a contabilidade de dados verdadeiros, tornados públicos, por meio de auditorias independentes, comprometidas com os princípios da transparência. A Ford Brasil, por exemplo, criou uma gerência de responsabilidade social e, em parceria com o Sindicato dos Metalúrgicos do ABC Paulista, estabeleceu o MOVA (Movimento de Alfabetização de Jovens e Adultos), que atua desde 1999. Caberá a essa gerência envolver-se com todas as políticas relacionadas com os empregados⁽²⁹⁾.

Recentemente, como provável fruto das pressões e demandas por parte das organizações sindicais, as políticas de empregos em favor da igualdade de oportunidade a segmentos sociais que se encontram em posições desfavoráveis (mulheres, negros, deficientes físicos etc.) têm conseguido, finalmente, ser objeto da pauta das negociações coletivas. Em alguns casos, o interesse de corrigir tradicionais práticas discriminatórias e de superar suas novas transformações tem levado várias empresas a ser protagonistas na preparação e execução de políticas de empregos, promovendo ações que afirmam os princípios de igualdade de oportunidades. É assim que elas vêm sendo chamadas — ações afirmativas (*affirmative actions*)⁽³⁰⁾.

(28) Cresce cidadania empresarial. *Folha de S. Paulo*, São Paulo, 2 abr. 1999, Caderno Dinheiro, p. 1.

(29) CAMPOS, Stela. Um cargo inédito para o assunto do momento: responsabilidade social. *Jornal Valor Econômico*, São Paulo, p. D4, 12 fev. 2001.

(30) CAPPELLIN, Paola. Ações afirmativas, gênero e mercado de trabalho: a responsabilidade social das empresas na União Europeia. In: ROCHA, Maria Isabel Baltar da (org.). *Trabalho e gênero: mudanças, permanências e desafios*. São Paulo: Editora 34, 2000. p. 265.

As ações afirmativas, estabelecidas pelos países da União Europeia em 1984, por meio da Comissão Europeia, na direção-geral Emprego, Relações Industriais e Questões Sociais, têm como objetivo contribuir para cancelar ou corrigir as desigualdades de fato, de maneira a promover a presença e a participação de mulheres em todos os setores profissionais e em todos os níveis de responsabilidade. Logo, tais iniciativas visam predispor a condutas que afirmam os princípios de igualdade de tratamento, remuneração, ascensão de carreira, promoção e formação entre homens e mulheres nos locais de trabalho. Muitas ações afirmativas nas empresas refletem o novo patamar do diálogo negociado entre trabalhadores, sindicatos, Estado e empresários em favor da igualdade de fato⁽³¹⁾.

De acordo com Paulo Lucena de Menezes, ações afirmativas, nos dias correntes, é uma expressão de amplo alcance que designa o conjunto de estratégias, iniciativas ou políticas que visam favorecer grupos ou segmentos sociais que se encontram em piores condições de competição em qualquer sociedade, em razão, na maior parte das vezes, da prática de discriminações negativas, sejam elas presentes ou passadas. Colocando-se de outra forma, pode-se asseverar que são medidas especiais que buscam eliminar os desequilíbrios existentes entre determinadas categorias sociais até que eles sejam neutralizados, o que se realiza por meio de providências efetivas em favor das categorias que se encontram em posições desvantajosas⁽³²⁾.

Paradigmático a esse respeito é o pensamento de Ronald Dworkin, que defende veementemente as ações afirmativas sob o prisma distributivo, ainda que calcado em argumentos voltados para a utilidade social. Declara ele: “não obstante o objetivo imediato da ação afirmativa ser o de favorecer uma maior participação de determinados grupos na sociedade, a sua finalidade última reside na redução das desigualdades sociais nela existentes, especialmente aquelas relacionadas com a divisão do poder e da riqueza. Dessa forma, os custos e os sacrifícios exigidos para tal redução, que são suportados pelos indivíduos não beneficiados pela política da ação afirmativa implantada, são plenamente justificáveis pelo fato de eles reverterem em favor de um bem maior (distribuição

(31) CAPPELLIN, Paola. Ações afirmativas, gênero e mercado de trabalho: a responsabilidade social das empresas na União Europeia..., cit., p. 266.

(32) MENEZES, Paulo Lucena de. *A ação afirmativa (affirmative action) no direito norte-americano*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 27. Prefaciando esta obra, Manoel Gonçalves Ferreira Filho afirma: “A *affirmative action* inscreve-se na visão clássica da justiça, pois, consiste esta, na expressão de Rui Barbosa, em tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida em que se desiguam? Com efeito, é nesse ponto que mais sofrem as minorias em relação a situações anteriores de discriminação, de desigualização negativa. Não é fácil, porém, estabelecer a justa medida da desigualização a ser corrigida, como nem sempre é o determinar quem realmente integra um grupo penalizado pela discriminação. Ademais, pode ela ter efeitos indesejados e indesejáveis, como o mostra a vivência norte-americana, prejudicando muitos quando desigualada para favorecer a outros”.

de justiça) que alcança toda a comunidade, visto que uma sociedade igualitária tende a ser uma sociedade mais justa”⁽³³⁾.

O fato mais importante dessas afirmações consiste na sua dupla fundamentação: o fulcro no princípio da igualdade, assegurado pelas Constituições e leis federais de virtualmente quase todos os países do globo, em conjunto com práticas que combatem qualquer forma de discriminação e injustiças, em perfeita sincronia com o princípio primacial de proteção dos direitos humanos fundamentais.

As transformações no mundo do trabalho, o aumento da competitividade, uma democratização maior nas relações de trabalho encaminham-se para que as empresas sejam levadas a considerar, como parte de sua estratégia, o relacionamento com seus interlocutores sociais: as entidades sindicais. Essas mediações institucionais das ações afirmativas, inseridas como parte das estratégias das relações industriais, podem gerar fruto a médio e longo prazo.

Nesse caso, tais ações colocam-se como um instrumento que incentiva adesão e participação crescentes, aprimorando o estilo de performance/qualidade da própria empresa. É interessante o exemplo da Bélgica: quando as empresas assinaram as convenções com os sindicatos para implementarem as ações afirmativas — setor metalúrgico, de construção, da eletrônica — conseguiram responder às necessidades de recrutamento e manutenção do pessoal qualificado. Tais empresas conseguiram qualificar o segmento de mão de obra feminina recém-desempregada, que já formava o exército de reserva, possibilitando sua nova reinserção nos ofícios técnicos tradicionalmente ocupados apenas por homens⁽³⁴⁾.

No Brasil, os sindicatos e as centrais sindicais podem se apresentar como os principais protagonistas da inserção das ações afirmativas na pauta das negociações coletivas, não isoladamente, mas de maneira difusa no meio sindical. A partir de sua disseminação e efetiva utilização prática nas negociações coletivas, não resta dúvida de que elas irão fortalecer as propostas de igualdade de oportunidades entre os trabalhadores, ou seja, a igualdade profissional, que constitui uma das metas principais das ações afirmativas.

A Lei n. 6.404/1976 (Lei das Sociedades Anônimas), o art. 50 do novo Código Civil, e vários outros artigos desse diploma legal referentes à Teoria da Empresa atribuem responsabilização dos dirigentes, administradores e gerentes, por abuso de direito e desvio de finalidade na gestão do negócio empresarial.

(33) DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio*. 3. reimpr. Tradução de Marta Guastavino. Barcelona: Ariel, 1997. p. 327-348.

(34) CAPPELLIN, Paola. Ações afirmativas, gênero e mercado de trabalho: a responsabilidade social das empresas na União Europeia. In: ROCHA, Maria Isabel Baltar da (org.). *Trabalho e gênero: mudanças, permanências e desafios*. São Paulo: Editora 34, 2000.p. 274.

Assim estatui o art. 117 da Lei n. 6.404/1976, que trata da responsabilidade do acionista controlador:

“Art. 117. O acionista controlador responde pelos danos causados por atos praticados com abuso de poder. § 1º São modalidades de exercício de abuso de poder: a) orientar a companhia para fim estranho ao objeto social ou lesivo ao interesse nacional, ou levá-la a favorecer outra sociedade, brasileira ou estrangeira, em prejuízo da participação dos acionistas minoritários nos lucros ou no acervo da companhia, ou da economia nacional; b) promover a liquidação de companhia próspera, ou a transformação, incorporação, fusão ou cisão da companhia, com o fim de obter, para si ou para outrem, vantagem indevida, em prejuízo dos demais acionistas, dos que trabalham na empresa ou dos investidores em valores mobiliários emitidos pela companhia; c) promover alteração estatutária, emissão de valores mobiliários ou adoção de políticas ou decisões que não tenham por fim o interesse da companhia e visem a causar prejuízo a acionistas minoritários, aos que trabalham na empresa ou aos investidores em valores mobiliários emitidos pela companhia; d) eleger administrador ou fiscal que sabe inapto, moral ou tecnicamente; e) induzir, ou tentar induzir, administrador ou fiscal a praticar ato ilegal, ou, descumprindo seus deveres definidos nesta Lei e no estatuto, promover, contra o interesse da companhia, sua ratificação pela assembleia-geral; [...] § 2º No caso da alínea e do § 1º, o administrador ou fiscal que praticar o ato ilegal responde solidariamente com o acionista controlador.”

O art. 158 dessa Lei trata da Responsabilidade dos Administradores e assim estatui:

“Art. 158 da Lei n. 6.404/1976. O administrador não é pessoalmente responsável pelas obrigações que contrair em nome da sociedade e em virtude de ato regular de gestão; responde, porém, civilmente, pelos prejuízos que causar, quando proceder:

I — dentro de suas atribuições ou poderes, com culpa ou dolo;

II — com violação da lei ou do estatuto.

§ 1º O administrador não é responsável por atos ilícitos de outros administradores, salvo se com eles for conivente, se negligenciar em descobri-los ou se, deles tendo conhecimento, deixar de agir para impedir a sua prática. Exime-se de responsabilidade o administrador dissidente que faça consignar sua divergência em ata de reunião do órgão de administração ou, não sendo possível, dela dê ciência imediata e por escrito ao órgão da administração, no conselho fiscal, se em funcionamento, ou à assembleia geral?

§ 2º Os administradores são solidariamente responsáveis pelos prejuízos causados em virtude do não cumprimento dos deveres impostos por lei para assegurar o funcionamento normal da companhia, ainda que, pelo estatuto, tais deveres não caibam a todos eles.

[...]

§ 5º Responderá solidariamente com o administrador quem, com o fim de obter vantagem para si ou para outrem, concorrer para a prática de ato com violação da lei ou do estatuto.”⁽³⁵⁾

(35) TRT da 3ª Região 5.7.2006 — TRT/MG: Bens de administradores de S/A. podem ser penhorados em caso de má-gestão.

Nestes casos, compete à companhia, mediante prévia deliberação da assembleia geral, a ação de responsabilidade civil contra o administrador pelos prejuízos causados a seu patrimônio. Essa deliberação poderá ser tomada em assembleia geral ordinária ou extraordinária.

Poderá ser responsabilizado não apenas o administrador, sócio do empreendimento, como o administrador não sócio, desde que seu comportamento omissivo ou comissivo se enquadre no tipo legal, uma vez que a lei não discrimina a espécie de administrador. E onde o legislador não especifica, não cabe ao intérprete fazê-lo.

Qualquer acionista poderá promover a ação, se não for proposta no prazo de 3 (três) meses da deliberação da assembleia geral e se esta deliberar pela não propositura da ação, poderá ser proposta por acionista que represente 5% (cinco) por cento, pelo menos, do capital social, conforme estatui o art. 159 da Lei n. 6.404/1976.

De outra sorte, a responsabilidade social das empresas veio dar ensejo à discussão nas negociações coletivas de trabalho, por meio de seus instrumentos jurídicos: acordo ou convenção coletiva de trabalho, das ações afirmativas (*affirmative actions* do Direito norte-americano), que tem como objetivo a proteção de minorias étnicas, negros, hispânicos, mulheres e classes desfavorecidas de trabalhadores, como acabamos de desenvolver anteriormente.

Além disso, a responsabilidade social da empresa também inclui preceitos da Constituição Federal de 1988, notadamente a função social da propriedade urbana e rural, estabelecidos em seus arts. 182 e 184, como segue:

O TRT de Minas, por sua 5ª Turma, determinou o prosseguimento de execução em face dos bens particulares dos administradores de sociedade anônima, devedora de contribuições previdenciárias decorrentes de créditos deferidos em ação trabalhista.

A Turma entendeu que, embora o administrador não seja pessoalmente responsável pelas obrigações que contrai em nome da sociedade em ato regular de gestão (art. 158 da Lei n. 6.404/76), responde civilmente pelos prejuízos que causar quando proceder com culpa ou dolo e com violação da lei ou do estatuto social, isto é, em caso de gestão fraudulenta ou ilícita.

Aplicou-se também ao caso o disposto na Lei n. 8.620/93 que, em seu art. 13, parágrafo único, dispõe sobre a responsabilidade solidária dos acionistas controladores, administradores, gerentes e diretores de sociedade limitada quanto às obrigações para com a Seguridade Social, se comprovada sua culpa.

Ficou provada no processo a má gestão por parte da diretora da executada, que levou a sociedade a grave crise financeira, comprometendo todo o seu patrimônio e impossibilitando a execução direta contra esta. A própria falta de recolhimento das contribuições previdenciárias devidas, em violação a dispositivos legais, configura gestão temerária, ensejando a responsabilização dos administradores, que devem responder com seu patrimônio particular pelos débitos não quitados pela sociedade.

A decisão é também respaldada pelo art. 28, § 5º do Código de Defesa do Consumidor, aplicável subsidiariamente no processo trabalhista, o qual determina a desconsideração da personalidade jurídica da empresa para que a execução recaia diretamente sobre o sócio. (AP n. 00905-1998-036-03-00-6)

“§ 2º A propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor.

§ 4º É facultado ao Poder Público municipal, mediante lei específica para área incluída no plano diretor, exigir, nos termos da lei federal, do proprietário do solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado, que promova seu adequado aproveitamento, sob pena, sucessivamente, de:

I — parcelamento ou edificação compulsórios;

II — imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana progressivo no tempo;

III — desapropriação com pagamento mediante títulos da dívida pública de emissão previamente aprovada pelo Senado Federal, com prazo de resgate de até dez anos, em parcelas anuais, iguais e sucessivas, assegurados o valor real da indenização e os juros legais.

Art. 186. A função social é cumprida quando a propriedade rural atende, simultaneamente, segundo critérios e graus de exigência estabelecidos em lei, aos seguintes requisitos:

I — aproveitamento racional e adequado;

II — utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente;

III — observância das disposições que regulam as relações de trabalho;

IV — exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores.”

Além disso, a responsabilidade social da empresa também inclui o dever de cumprir todas as leis ambientais, ecológicas e do meio ambiente de trabalho, provendo um ambiente hígido, equilibrado, e de bem-estar para seus empregados, orientados pelos princípios da precaução, prevenção, poluidor pagador, participação, informação, função socioambiental da propriedade e responsabilização integral, que esteja em consonância com o desenvolvimento econômico e social do país, nos termos dos arts. 200 e 225⁽³⁶⁾ da Constituição Federal de 1988.

Vemos assim que os princípios nucleares de criação do novo Código Civil brasileiro — eticidade, operabilidade e socialidade — já eram princípios imanentes no Direito do Trabalho, sendo exercidos na prática do dia a dia pela jurisprudência predominante de nossos Pretórios.

O empregador, ainda que não tenha contribuído para o evento danoso ou deletério, é responsável pelo pagamento dos salários e demais direitos trabalhistas, inclusive os acidentes de trabalho⁽³⁷⁾ e as doenças profissionais. Esse tipo de responsabilidade deriva apenas da exigência do dano sofrido pelo empregado (material ou moral, ou ambos) e da correspondente imposição legal de indenização, independentemente de culpa ou dolo.

(36) § 3º As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.

(37) A Lei n. 10.778, de 2003, determina que, em caso de violência física ou psíquica contra a mulher trabalhadora, os serviços de saúde são obrigados a fazer a notificação compulsória ao Ministério da Saúde. O art. 11 da Lei n. 6.259, a que a Lei n. 10.778 faz remissão expressa, diz que “recebida a notificação, a autoridade sanitária é obrigada a proceder à investigação epidemiológica pertinente para elucidação do diagnóstico e averiguação da disseminação da doença na população sob risco”.

Já a responsabilidade subjetiva do empregador tem como pressuposto a culpabilidade do agente, seja na forma de culpa estrita (negligência ou imprudência) ou de dolo, que vem a ser a intenção deliberada de produzir um resultado danoso para a vítima.

6. A natureza jurídica das ações afirmativas

A natureza jurídica das ações afirmativas ou discriminações positivas é de políticas públicas e privadas, voltadas à concretização do mandamento constitucional da igualdade material, e não de igualdade meramente formal, e à mitigação ou neutralização dos efeitos da discriminação racial, de gênero, de idade, de origem, de sexo, de cor, de hígidez física etc.

As ações afirmativas podem ser definidas, nas palavras do ministro Joaquim B. Barbosa Gomes⁽³⁸⁾ “como um conjunto de políticas públicas e privadas de caráter compulsório, facultativo ou voluntário, concebidas com vistas ao combate à discriminação racial, de gênero, por deficiência física e de origem nacional, bem como para corrigir ou mitigar os efeitos presentes da discriminação praticada no passado, tendo por objetivo a concretização do ideal de efetiva igualdade de acesso a bens fundamentais como a educação e o emprego. Diferentemente das políticas governamentais antidiscriminatórias baseadas em leis de conteúdo meramente proibitivo, que se singularizam por oferecerem às respectivas vítimas tão somente instrumentos jurídicos de caráter reparatório e de intervenção *ex-post factum*, as ações afirmativas têm natureza multifacetária e visam evitar que a discriminação se verifique nas formas usualmente conhecidas — isto é, formalmente, por meio de normas de aplicação geral ou específica, ou por meio de mecanismos informais, difusos, estruturais, enraizados nas práticas culturais e no imaginário coletivo. Em síntese, trata-se de políticas e de mecanismos de inclusão concebidos por entidades públicas, privadas e por órgãos dotados de competência jurisdicional, com vistas à concretização de um objetivo constitucional universalmente reconhecido — o da efetiva igualdade de oportunidades a que todos os seres humanos têm direito”.

As ações afirmativas objetivam dar concretude ao princípio constitucional da igualdade de oportunidades no mercado do trabalho, por meio de exigências legais de inserção de categorias menos privilegiadas em funções privadas e públicas, por meio de reservas de vagas para negros em universidades, para portadores de deficiência nos concursos públicos (reservas de vagas) e mesmo cumprimento pelas empresas privadas ou públicas com mais de 100 empregados da cota de 2% a 5% (art. 93 da Lei n. 8.213/1991).

(38) GOMES, Joaquim B. Barbosa. *Ação afirmativa e princípio constitucional da igualdade*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 78 e ss.

Alguns autores entendem que ações afirmativas envolvendo direitos humanos fundamentais, como o direito à saúde, à educação e à vida, por si só constituem títulos executivos constitucionais e podem ser exigidos, de plano, do Estado, por meio de ações de execução.

Pelo fato de considerarmos os serviços essenciais (educação, saúde, transporte e segurança, entre outros), a serem providos pelo Estado, como direitos públicos subjetivos, a tutela jurisdicional desses direitos poderá ser exercida por meio de ações individuais em face do Estado, cujo patrimônio constitui a hipoteca legal⁽³⁹⁾ e garantia desses direitos, aplicando-se por analogia o art. 466 do Código de Processo Civil.

Como alhures, defendemos esses direitos essenciais à dignidade humana são exequíveis de plano, já que possuem o *status* jurídico semelhante aos títulos⁽⁴⁰⁾ executivos constitucionais⁽⁴¹⁾, exigíveis tão logo não providos pelo Estado, principalmente por atos omissivos, por meio da obtenção em juízo de uma sentença liminar.

O fundamento legal para esse tipo de tutela escora-se no fato de que nos dias de hoje deve-se dar uma interpretação social às demandas, especialmente aquelas que emanam de direitos constitucionais do cidadão, e não uma interpretação meramente literal ou gramatical.

Entendemos que deve-se aplicar nas demandas aqui mencionadas os preceitos do art. 300 e seguintes CPC/2015, por constituir fato de extrema relevância social, providos de emergencialidade⁽⁴²⁾. O art. 300 do CPC/2015 assim dispõe:

“Art. 300. A tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo.”

Já o 294 do CPC/2015, *in verbis*:

“Art. 294. A tutela provisória pode fundamentar-se em urgência ou evidência. Parágrafo único. A tutela provisória de urgência, cautelar ou antecipada, pode ser concedida em caráter antecedente ou incidental”.

(39) Art. 466. A sentença que condenar o réu no pagamento de uma prestação, consistente em dinheiro ou em coisa, valerá como título constitutivo de hipoteca judiciária, cuja inscrição será ordenada pelo juiz na forma prescrita na Lei de Registros Públicos.

(40) DOS REQUISITOS NECESSÁRIOS PARA REALIZAR QUALQUER EXECUÇÃO DO INADIMPLEMENTO DO DEVEDOR. Art. 580. Verificado o inadimplemento do devedor, cabe ao credor promover a execução. Parágrafo único. Considera-se inadimplente o devedor que não satisfaz espontaneamente o direito reconhecido pela sentença, ou a obrigação, a que a lei atribuir a eficácia de título executivo.

(41) Art. 566. Podem promover a execução forçada:

I — o credor a quem a lei confere título executivo.

(42) Consideramos emergência, tanto a adoção de medidas urgentes no sentido de eliminar os riscos contra a saúde e segurança do trabalhador no local de trabalho, a eliminação de condições nocivas ao meio ambiente e aos bens difusos (em geral, poluição, gases na atmosfera), bem como manter uma criança desprovida do ensino fundamental e obrigatório.

Por sua vez, a tutela dos direitos do meio ambiente, em particular do meio ambiente de trabalho, serão exigíveis tanto de forma individual como coletiva, já que não existe litispendência entre as ações individuais e coletivas, provenientes do mesmo pedido e causa de pedir, conforme se deflui do art. 104 do Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/1990). A nosso sentir, aplicam-se nesses casos, os fundamentos mencionados.

No entanto, cremos que após o cancelamento do Enunciado n. 310 do TST, o sindicato da categoria profissional, como substituto processual, tem ampla legitimidade para postular os direitos coletivos de seus associados, de acordo com o art. 8º, inciso III, da Constituição Federal de 1988.

Transcrevemos algumas ementas para ilustrar juridicamente a matéria:

RECURSO ORDINÁRIO – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – CONTRATAÇÃO DE EMPREGADOS PORTADORES DE DEFICIÊNCIA OU REABILITADOS – BASE DE CÁLCULO – ART. 93 DA LEI N. 8.213/91. 1. O dever de construir um país com acessibilidade, amparado na consciência de que não é apenas o limite individual que determina a deficiência, mas as barreiras impostas pelo ambiente e pela coletividade, é do Estado e de toda a sociedade civil, que devem assumir, em atuação conjunta, a obrigação de garantir o exercício da cidadania e a equiparação de oportunidades entre pessoas com e sem deficiência, em todo o território nacional. 2. Sob essa perspectiva, visando promover a inserção de pessoas com deficiência e/ou reabilitados no concorrido mercado de trabalho, o legislador criou um sistema de reserva de cargos, por meio do art. 93 da Lei n. 8.213/91, cuja observância constitui dever social das empresas com mais de cem empregados. 3. O C. Tribunal Superior do Trabalho, analisando o alcance do aludido dispositivo legal, já firmou o posicionamento de que a cota mínima nele estabelecida tem como base de incidência o número total de empregados da empresa, considerado o seu efetivo global, e sem qualquer ressalva ou exceção de cargos ou atividades para o respectivo cômputo. Precedentes. 4. No caso, ficou demonstrado o descumprimento, pela reclamada, do disposto no art. 93 da Lei n. 8.213/91, não tendo a empresa, sequer, logrado comprovar que efetuou todas as diligências que estavam ao seu alcance para a regular observância da norma em questão. Devida, assim, a condenação da ré nas obrigações de fazer pertinentes, bem como no pagamento de indenização por danos morais coletivos. Recurso ordinário do Ministério Público do Trabalho parcialmente provido. (TRT6 RO – 0000107-58.2018.5.06.0313, Redator: Solange Moura de Andrade, Data de julgamento: 29/07/2019, Segunda Turma, Data da assinatura: 31/07/2019).

ADMINISTRATIVO – AÇÕES AFIRMATIVAS – COTA SOCIAL – CONCURSO PÚBLICO – FENÓTIPO – Autodeclaração. PRESUNÇÃO DE VERACIDADE. Heteroidentificação. AUSÊNCIA DE PROVA DE MÁ-FÉ. 1- Diante dos casos de fraudes no sistema de cotas por candidatos que falsificam a autodeclaração buscando acesso a uma vaga em cargo público ou em universidades, a jurisprudência vem entendendo legal a utilização de critérios posteriores à autodeclaração, a fim de avaliar sua veracidade. 2- A Administração possui a obrigação de ofertar o percentual legal de vagas aos candidatos por cotas raciais, com base em autodeclaração verificável por meio de procedimento determinado pela própria administração, em edital. Após esse momento, não será possível, em razão da segurança jurídica, a revisão dos atos, pois estaria incorrendo em ilegalidade, a qual supera a sua esfera de independência – A Administração não é livre para rever seus critérios retroativamente para o fim de excluir alunos de ações afirmativas. 3- Em qualquer decisão a respeito de acatamento de autodeclaração de etnia ou de desligamento do candidato, o julgador se encontra obrigado a decidir entre duas possíveis ilegalidades: a ilegalidade do candidato, quando constatada a fraude,

o que autoriza a revogação do direito anteriormente concedido; Ou da Instituição, quando, sem motivos suficientes, desfaz um entendimento em tese já consolidado para excluir quem já se dedicou ao curso ou cargo, possivelmente abdicando de outras possibilidades. 4- Diante da subjetividade que subjaz à definição do grupo racial de uma pessoa por uma comissão avaliadora e havendo dúvida quanto a isso, tem-se que a presunção de veracidade da autodeclaração deve prevalecer. 5- Tendo-se concluído, apenas pelo critério da heteroidentificação, que o apelante não era considerado pardo, sem qualquer indicação de comprovação de que o candidato estaria agindo de má-fé ao autodeclarar-se pardo, impõe-se a reforma da sentença para reconhecer que incorreram as decisões de 1ª e 2ª instâncias administrativas em ilegalidade que deve ser rechaçada na esfera judicial. (TRF-4ª R. – AC 5056166-08.2016.4.04.7000 – Rel. Des. Fed. Rogerio Favreto – J. 18.06.2019)

AUTO DE INFRAÇÃO – INOBSERVÂNCIA DA CONTRATAÇÃO DE PORTADORES DE NECESSIDADES ESPECIAIS E REABILITADOS – REQUISITOS – MULTA – ILICITUDE.
1. É obrigação da pessoa jurídica que explora a atividade econômica identificar e recrutar, no mercado de trabalho, integrantes do grupo cogitado no art. 203, inciso IV, da CF, cumprindo, assim, as cotas fixadas de forma cogente pelo artigo 93 da Lei 8.231/1991. 2. A excepcional inobservância do percentual fixado pela norma de regência somente se admite quando comprovado, de modo inequívoco, o emprego de todos os meios disponíveis para seleção e contratação de pessoal com deficiência ou reabilitado, sendo a providência frustrada, total ou parcialmente, por limitações mercadológicas. 3. Presente prova robusta nesse sentido, é ilegítima a punição imposta pela Superintendência Regional do Trabalho. 4. Recurso conhecido e desprovido.” (TRT 10R 0000818-68.2016.5.10.0007 – Acórdão 2ª Turma – Relator: Desembargador João Amilcar Silva E Souza Pavan – Data do Julgamento: 21/02/2018 – Data da Publicação no DEJT: 28/02/2018)

AÇÃO CIVIL PÚBLICA – CONTRATAÇÃO DE EMPREGADOS PORTADORES DE DEFICIÊNCIA OU REABILITADOS – BASE DE CÁLCULO – ART. 93 DA LEI N. 8.213 /91.
1. O dever de construir um país com acessibilidade, amparado na consciência de que não é apenas o limite individual que determina a deficiência, mas as barreiras impostas pelo ambiente e pela coletividade, é do Estado e de toda a sociedade civil, que devem assumir, em atuação conjunta, a obrigação de garantir o exercício da cidadania e a equiparação de oportunidades entre pessoas com e sem deficiência, em todo o território nacional. 2. Sob essa perspectiva, visando promover a inserção de pessoas com deficiência e/ou reabilitados no concorrido mercado de trabalho, o legislador criou um sistema de reserva de cargos, por meio do art. 93 da Lei n. 8.213 /91, cuja observância constitui dever social das empresas com mais de cem empregados. 3. O C. Tribunal Superior do Trabalho, analisando o alcance do aludido dispositivo legal, já firmou o posicionamento de que a cota mínima nele estabelecida tem como base de incidência o número total de empregados da empresa, considerado o seu efetivo global, e sem qualquer ressalva ou exceção de cargos ou atividades para o respectivo cômputo. Precedentes. 4. No caso, ficou demonstrado o descumprimento, pela reclamada, do disposto no art. 93 da Lei n. 8.213 /91, não tendo a empresa, sequer, logrado comprovar que efetuou todas as diligências que estavam ao seu alcance para a regular observância da norma em questão. Devida, assim, a condenação da ré nas obrigações de fazer pertinentes, bem como no pagamento de indenização por danos morais coletivos. Recurso ordinário do Ministério Público do Trabalho parcialmente provido. (TRT6R RO – 0000107-58.2018.5.06.0313, Redator: Solange Moura de Andrade, Data de julgamento: 29/07/2019, Segunda Turma, Data da assinatura: 31/07/2019)

Observe que as ações afirmativas podem ser efetivadas por meio de processo legislativo (federal, estadual ou municipal), por meio da negociação coletiva de trabalho e seus instrumentos jurídicos (contrato coletivo dos portuários, acordos

e convenções coletivas), bem como por meio de regulamento empresarial e por intermédio de sentença judicial emanada do poder judiciário.

Considerando que a Constituição Federal de 1988 é um instrumento inacabado e uma obra aberta, suscetível de inclusão de novos direitos (art. 5º, § 2º, CF/1988), nada obsta e tudo favorece que novos tipos de direitos e de ações afirmativas sejam inseridos, por meio de reconhecimento de tratados ou convenções internacionais versantes sobre direitos humanos, exigíveis pelos cidadãos do Estado, pelos instrumentos jurídicos anteriormente mencionados.

É justamente neste sentido que assistimos à ratificação de várias Convenções da OIT — Organização Internacional do Trabalho, versando sobre direitos humanos, e que incorporam ao ordenamento jurídico nacional como normas (emendas) constitucionais, consoante art. 5º, § 3º, da Constituição Federal de 1988.

7. Em direção à completude em matéria de responsabilidade civil no novo Código Civil

É inegável para nós que o Código Civil de 2002, embora tenha mantido a responsabilidade civil subjetiva, ou seja, a responsabilidade que tem como fundamento a culpa (nas modalidades de imprudência e negligência) e o dolo, no art. 186, também veio contemplar a responsabilidade objetiva, embora não com base no risco integral, mas sim com fundamento na teoria do risco criado ou desenvolvido pelo agente, conforme preceitua o art. 927.

Hoje as duas teorias se completam em nosso ordenamento jurídico, em face da enorme desigualdade econômica e social que prevalece em nossa economia, especialmente entre empregado e empregador, fazendo crescer a necessidade de se abolir qualquer indagação sobre os aspectos subjetivos do lesante ou perpetrador de atos ensejadores da reparação civil.

Incontestável dizer que houve uma evolução salutar no conceito da responsabilidade civil, passando-se de um conceito em que se exigia a existência de culpa para a noção de responsabilidade civil sem culpa, com fundamento no risco.

O conceito de completude no ordenamento jurídico em termos de responsabilidade civil que ora contemplamos tem como escopo a conjugação dos dois tipos de responsabilidade: objetiva e subjetiva em nosso sistema jurídico, tornando mais eficaz a prestação jurisdicional, porém, não se confunde com o dogma da completude jurídica, conceito ligado à corrente do positivismo jurídico.

O positivismo jurídico⁽⁴³⁾ ao contemplar o dogma da completude apresentava o direito como um sistema fechado de normas e tinha como escopo a miragem

(43) A derrocada do positivismo jurídico coincidiu com a época em que o homem passou a se preocupar mais com os direitos sociais, atribuindo uma dimensão superior à necessidade de solucionar os conflitos

da codificação, isto é, a completude de uma regra para cada caso concreto. Com o advento dos códigos não mais existiriam lacunas⁽⁴⁴⁾, sejam elas de natureza

independentemente das leis. De acordo com Miguel Reale, na Teoria Tridimensional do Direito (fato, valor e norma), nem sempre a lei é legítima e nem sempre ela corresponde aos anseios e à vontade social. Doutrinadores da estirpe de Ronald Dworkin e Alexis começaram a dar a configuração atual e a densidade do pós-positivismo jurídico, que em linhas gerais, atribui uma maior importância aos princípios do direito e não apenas e tão somente às leis. Ninguém melhor conceituou princípios que Celso Bandeira de Mello, para o qual: princípio é, por essência, “mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico”. Nessa tônica, considerando que as normas jurídicas desdobram-se em princípios e regras jurídicas, os princípios, como espécies de normas, inegavelmente possuem um campo muito mais abrangente de aplicação, uma vez que têm o condão de interferir nas demais normas inferiores, no sentido de obter daquela, seu verdadeiro sentido e alcance, mas tudo no sentido de garantir efetivamente os direitos sociais da pessoa humana. Na ótica do pós-positivismo jurídico, os princípios jurídicos assumem uma dimensão muito mais importante no direito, na medida em que perpassam a mera função integradora do direito, utilizada na colmatação de lacunas, assumindo e conquistando o status de normas jurídicas vinculantes. Temos inúmeros exemplos de positividade de normas jurídicas constitucionais e infraconstitucionais em nosso ordenamento jurídico: exemplos são o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF/88), fundamento de validade do Estado Democrático de Direito e o princípio da boa-fé objetiva (art. 113 do novo Código Civil). Daí, podemos concluir com aqueles doutrinadores estrangeiros e entre nós, com Luís Roberto Barroso, que a superação histórica do jusnaturalismo e o fracasso político do positivismo jurídico deram ensejo ou mesmo pavimentaram o caminho para a formação de um conjunto amplo e ainda inacabado de reflexões sobre o Direito, sua função social e uma nova interpretação. O pós-positivismo posta-se, dessa forma, como uma designação provisória e genérica de um ideário difuso, no qual se incluem a definição das relações entre valores, princípios e regras, aspectos da chamada Nova Hermenêutica Constitucional e a Teoria dos Direitos Fundamentais, toda ela edificada sobre o fundamento da dignidade da pessoa humana. A valorização dos princípios e sua incorporação, explícita ou implícita, nos textos constitucionais, bem como o reconhecimento de sua normatividade pela ordem jurídica faz parte desse ambiente de reaproximação entre Direito e Ética.

(44) Entendemos por lacuna, a incompletude insatisfatória dentro da totalidade jurídica prevalecente, advinda do progresso econômico, técnico, cultural, político e social, por meio do qual ocorrem modificações de situações fáticas, aparecendo posteriormente novos regramentos para suprir e regular tais comportamentos humanos ou negócios jurídicos. Para suprir essas omissões, o intérprete recorre à heterointegração (integração por meio de recurso a ordenamentos jurídicos diversos e a fontes diversas daquela que é dominante) — lei, e à autointegração (integração do ordenamento suprida por meio do mesmo ordenamento — mesma fonte dominante — sem se recorrer a outros ordenamentos). De outra parte, podemos conceituar lacunas normativas como o silêncio da lei sobre determinado tema (não regulação positiva do Direito), exigindo à ordem jurídica a integração, nesses casos, pelo magistrado para a solução no caso concreto. Esse tipo de lacuna normativa se diferencia do silêncio eloquente, pois nesse último caso o legislador, de forma deliberada, se recusa a contemplar uma dada situação no ordenamento jurídico. Exemplo disso é a não contemplação na Constituição Federal do instituto da estabilidade no emprego, no rol dos direitos no art. 7º, posto que a Lei n. 8.036/90 passou a regular, de forma ampla, o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS), que, com o advento da Constituição, em 5.10.1988, espancou o instituto da estabilidade, remanescendo entre nós, no setor privado, apenas a garantia provisória no emprego, espécie daquela, com os exemplos do trabalhador acidentado, dirigente sindical, empregadas gestantes, diretor de cooperativa eleito pelos empregados, empregados

normativa, ontológica ou axiológica. Por esse conceito, então, o código bastava a si próprio, pois o problema das lacunas restaria superado, sendo que para o magistrado esse código seria como um prontuário infalível, dada a confiança cega e absoluta na suficiência das leis para regular cada caso concreto que lhe fosse submetido.

Já dizia um sábio filósofo grego: “O mundo é o mais perigoso dos lugares, a vida é a mais perigosa das experiências, e o homem é o mais perigoso dos animais. Contemplá-lo é a essência da sabedoria. Não conviver com ele é o rumo mais sábio de todos”. Autores do gabarito do eminente Professor Goffredo da Silva Telles Junior, em sua obra *Iniciação à Ciência do Direito*, asseveram que as formigas e as abelhas formam comunidades que preservam mais seus semelhantes que o homem, que, nem no passado, e muito menos no presente, usa de solidariedade ou caridade para com seu próximo.

As ameaças à vida, à integridade, à saúde, as pandemias, como a COVID-19, que ceifou milhares de vidas em todo o mundo, aliadas aos perigos e às vicissitudes da vida moderna, à multiplicidade, à diversidade de acidentes e de doenças do trabalho, à crescente dificuldade de se provar a causa de grande parte dos sinistros e mesmo a culpa do autor do ato, seja ele ilícito ou lícito (temos hipóteses de ressarcimento de prejuízos sem que se cogite da ilicitude da ação), entre outras, foram responsáveis pelo aparecimento da Teoria do Risco ou da responsabilidade objetiva, como para colocar uma pá de cal na dialética de que o direito surge dos fatos econômicos, sociais, políticos, culturais, históricos etc., que constituem as fontes materiais do Direito.

Desse modo, a Teoria do Risco ou da responsabilidade objetiva não tem como escopo a cogitação ou perquirição da intenção ou modo de atuação do agente. Basta provar o nexu etiológico (relação de causalidade) entre a ação lesiva e o dano ou prejuízo provocado, pois neste caso também podemos aplicar o adágio:

eleitos para as CIPAs, empregados com assento nos Conselhos do FGTS e do INSS etc. Não podemos confundir aqui a estabilidade que ainda remanesce no setor público, disposta no art. 41 da CF/88, após a Emenda Constitucional n. 19/98 e os casos de estabilidade de espécies diferenciadas de servidores públicos (Magistrados, membros do Ministério Público, Procuradores, Advogados da União etc.). Lacunas ontológicas, por outro lado, ocorrem quando determinado instituto jurídico, normalmente positivado pelo ordenamento jurídico, não mais corresponde aos fatos sociais. Em outras palavras, as lacunas ontológicas são decorrentes do anciloseamento (envelhecimento) da regra positiva, fruto do avanço tecnológico, cultural, histórico, político ou social de uma dada realidade social. Temos, nesse caso, a quebra do equilíbrio que deve existir entre o fato social, o valor e a norma, na filosofia da teoria tridimensional do Direito de Miguel Reale. Finalmente, as lacunas axiológicas ou valorativas, as quais Norberto Bobbio denominava de lacunas ideológicas, acontecem sempre que se observa a ausência de uma norma justa para um determinado caso concreto ou situação fático-normativa. O exemplo mais corriqueiro para esse tipo de lacuna se manifesta na existência de uma norma jurídica, que se for aplicada no caso concreto produzirá uma solução injusta, e, portanto, indesejável para a sociedade.

pas de indemnization sans grief (não há indenização sem prejuízo), princípio de grande aplicação prática no Direito Processual Civil.

Neste sentido, importante decisão do STJ, como segue:

APELAÇÃO CÍVEL – DIREITO ADMINISTRATIVO – RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO ESTADO. Ação de indenização, na qual pretendem os autores a condenação do Estado-réu ao pagamento de danos morais, ao argumento de falha no atendimento médico que ocasionou o óbito de seu filho e irmão, por ocasião do parto. Conjunto probatório dos autos, especialmente o laudo pericial, dos quais se extraem ter restado comprovada a falha no atendimento médico prestado à esposa e mãe dos autores, e que ocasionou a morte do recém-nascido André, não logrando o Estado-réu, de seu turno, demonstrar qualquer excludente de responsabilidade, ônus que lhe competia, a teor do disposto no art. 373, II, do CPC/15, e do qual não se desincumbiu. Dano moral caracterizado. Quantificação que ora se reduz em obediência aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade. De seu turno, a irresignação do recorrente com relação à verba honorária igualmente não se sustenta, haja vista que, conforme corretamente consignado no decisum, os honorários advocatícios foram fixados no patamar mínimo da tabela do art. 85, § 3º, I, do CPC/15. Sentença reformada, em parte e tão somente, para reduzir a indenização por danos morais à R\$ 25.000,00 (vinte e cinco mil reais), em relação ao irmão do obituado, restando mantida em seus demais termos. Provimento parcial do recurso. (TJRJ APL 0438828-70.2015.8.19.0001. Vigésima Câmara Cível. Julgamento 28 de agosto de 2019. Relator Des(a). Maria Inês da Penha Gaspar)

DIREITO ADMINISTRATIVO – RECURSO EXTRAORDINÁRIO – REPERCUSSÃO GERAL – DANO MATERIAL – ATOS E OMISSÕES DANOSAS DE NOTÁRIOS E REGISTRADORES – TEMA 777. ATIVIDADE DELEGADA – RESPONSABILIDADE CIVIL DO DELEGATÁRIO E DO ESTADO EM DECORRÊNCIA DE DANOS CAUSADOS A TERCEIROS POR TABELIÃES E OFICIAIS DE REGISTRO NO EXERCÍCIO DE SUAS FUNÇÕES – SERVENTIAS EXTRAJUDICIAIS – ART. 236, § 1º, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA – RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO ESTADO PELOS ATOS DE TABELIÃES E REGISTRADORES OFICIAIS QUE, NO EXERCÍCIO DE SUAS FUNÇÕES, CAUSEM DANOS A TERCEIROS, ASSEGURADO O DIREITO DE REGRESSO CONTRA O RESPONSÁVEL NOS CASOS DE DOLO OU CULPA – POSSIBILIDADE. (RE 842846 SC – SANTA CATARINA. Órgão Julgador Tribunal Pleno. PRECTE.(S) ESTADO DE SANTA CATARINA, RECD. (A/S) SEBASTIÃO VARGAS. RE 842846 RG/SC. PublicaçãoDJe-175 13-08-2019. Julgamento 27 de Fevereiro de 2019 Relator Min. LUIZ FUX)

APELAÇÃO – DANOS MORAIS – RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO ESTADO – OCORRÊNCIA. 1. Restando comprovado o nexo de causalidade entre o fator gerador do ato ilícito e a omissão da prestação do serviço público, tem o ente federativo obrigação de arcar com o pagamento de indenização por dano moral. 2. Apelação conhecida e desprovida. Remessa necessária prejudicada. (TJAM APL 0604398-91.2016.8.04.0001 AM 0604398-91.2016.8.04.0001. Órgão Julgador: Segunda Câmara Cível. Publicação15/07/2019. Relator Elci Simões de Oliveira)

8. O significado atual da responsabilidade objetiva

A responsabilidade objetiva, em que não se perquire sobre a culpabilidade do ofensor, de certo modo afastou o foco sobre o elemento culpa e o fixou no nexo

de causalidade, na exata medida em que não havendo a prova do nexo etiológico descabe a responsabilização do suposto ofensor.

Percebe-se que a lei ao dispor sobre a objetivação da responsabilidade civil àqueles que se utilizam do risco em suas atividades empresariais, tirando proveito econômico, ao mesmo tempo em que expõem outrem neste desiderato, embora disponham de instrumentos para mitigá-lo ou preveni-lo, adotando as medidas acautelatórias, não pretendeu inibir o desenvolvimento das atividades econômicas empresariais, mas, sobretudo, assegurar a devida reparação ou indenização àqueles que forem lesados e que devem receber do direito uma proteção especial.

Hodiernamente verifica-se uma progressiva conscientização de que a responsabilidade objetiva advém de um tipo de responsabilização não mais fulcrada na causa do ilícito (geralmente relacionada à conduta do ofensor — na conduta displicente, negligente ou suscitadora de risco), mas muito voltada ao resultado, ou seja, ao dano ou lesão que pode provocar. Em outras palavras, a responsabilidade objetiva afastou-se do conceito de socialização dos riscos para se aproximar mais de uma discussão teleológica voltada a socialização das perdas, tendo como pano de fundo o princípio da solidariedade humana que caracteriza o Estado social.

Sabemos que o próprio conceito de empresa, de empreendimento econômico, traz o conceito de risco embutido em sua atividade empresarial. Empresa é risco, e isto vem muito bem disposto no art. 2º, § 2º da CLT. O risco, portanto, constitui o elemento objetivo que traz sentido à organização empresarial e que justifica a receita do empresário.

Ana Frazão⁽⁴⁵⁾ ao discorrer sobre o tema informa que “[...] responsabilidade fundada na culpa começa a se tornar insuficiente, principalmente na chamada era das máquinas. Vários acidentes em ferrovias, fábricas, começam a mostrar as dificuldades de um sistema que se baseia na culpa, que tem uma prova difícil de culpa, cujo ônus até cabe à vítima. Portanto, a grande questão que se colocava diante de algumas hipóteses, inclusive de acidente de trabalho é: mesmo a culpa da vítima, que é uma excludente tradicional de responsabilidade subjetiva, é algo realmente justo, equitativo que possa afastar a responsabilidade do empresário? Será que não há outro modelo de responsabilidade em que a culpa da vítima possa ser vista sob outra perspectiva? Em que medida isso poderá ser contemplado por esse novo modelo de responsabilidade? É claro que, paralelamente a mudanças, que são essencialmente econômicas, houve também uma grande mudança jurídica — estamos falando do final do século XIX e começo do século XX —, uma transição, portanto, do Estado Liberal para o Estado Social, maior

(45) FRAZÃO, Ana. *Exclusão da responsabilidade: caso fortuito interno e caso fortuito externo*. Palestra proferida no Tribunal Superior do Trabalho *Perfil contemporâneo da responsabilidade civil*, 10 e 11.11.2014.

preocupação com a solidariedade, com a justiça distributiva, com a igualdade material. É claro que esses raciocínios são todos muito correlacionados à ideia de responsabilidade objetiva”.

E continua a autora⁽⁴⁶⁾: “A propósito, não é sem razão que vários autores se referiam à responsabilidade subjetiva como responsabilidade por equidade. É interessante ressaltar isso porque, muitas vezes, somos condicionados a pensar na responsabilidade objetiva sempre a partir de uma definição denexo causal. Aquela ideia de que temos o dano, o nexocausal, a conduta e a culpa, na responsabilidade objetiva, é claro, tiramos a culpa e ficamos com o restante. [...] Em um resumo muito apressado, essa responsabilidade objetiva, fundada na equidade e não mais na culpa, não deixa de ser técnica de socialização de danos. Isso pode e normalmente é levado às últimas consequências. Ou seja, quando pensamos numa responsabilidade objetiva do empresário, essa responsabilidade, via de regra, impacta no aumento de custos, que, por sua vez, impacta no preço final de produtos e serviços, que, por sua vez, é pago pelos consumidores finais. Então, estamos falando, sim, em uma socialização plena sobre esses danos diante de uma sociedade cada vez mais complexa, e, portanto, dependente de máquinas, de atividades econômicas que são arriscadas e com base em parâmetros distributivos”.

E conclui a autora⁽⁴⁷⁾, citando Saleilles e Josserand: “[...] justificar-se-ia esse novo modelo de responsabilidade, que tem como foco prioritário, nesse momento, a responsabilidade de patrões e também de empresários. Vejam que há uma questão interessante também. É a ideia de que esses autores já defendem um rompimento com aquela ideia de causalidade, pelo menos, aquela ideia de causalidade clássica tão comum na responsabilidade subjetiva. A ideia, portanto, é de que essa responsabilidade teria como fundamento a assunção voluntária do risco, inclusive dos proveitos desse risco. Portanto, a responsabilidade pelos danos seria tão somente a contrapartida pela assunção também dos proveitos do risco. [...] Alguns autores têm salientado recentemente que a responsabilidade pelo risco não onera tanto a macroempresa, porque ela tem condições de lidar com esse risco de uma maneira muito mais competente, de diluí-lo, de calculá-lo, de repassar esse risco para o preço final de produtos e serviços. São situações que nem sempre estão presentes na pequena empresa, ou seja, são autores que já procuram mostrar que talvez até a modulação e a compreensão desse risco devem acontecer, levando-se em consideração sim, o tamanho da empresa e as condições em que a própria atividade está sendo exercida pelo empresário. [...] A responsabilidade objetiva foi pensada diversas vezes principalmente nesses primeiros momentos, para hipóteses em que o dano foi causado pelo empregador, que, muitas vezes, não se utilizou de um procedimento de que deveria

(46) FRAZÃO, Ana. Exclusão da responsabilidade: caso fortuito interno e caso fortuito externo. Palestra proferida no Tribunal Superior do Trabalho *Perfil contemporâneo da responsabilidade civil*, 10 e 11.11.2014.

(47) *Idem*.

ter-se utilizado ao mexer em determinada máquina e, exatamente em razão disso ocorreu o acidente. Mas a partir do momento em que pensamos no risco, a ideia fundamental a orientar o nosso raciocínio não é propriamente a de quem causou o acidente, e sim a quem cabe o risco pelo acidente. Ou seja, em que medida esse acidente pode ser conectado ou não à atividade do empresário; em que medida pode ser considerado ou não como um risco do empresário para ser, aí sim, uma hipótese de responsabilização dele. A primeira lei de 1919 quando trata da responsabilidade pelo acidente de trabalho, diz ser salvo força maior ou dolo da própria vítima ou de terceiros. Então a culpa da vítima não aparece como excludente de responsabilidade, mas só o dolo”.

Percebe-se, desta forma, que o foco da responsabilidade objetiva atualmente repousa muito mais na pessoa da vítima (do ofendido) e na situação econômica e financeira do ofensor, visando a uma reparação ou indenização em que houve o afastamento do elemento culpa, porém, ensejando a análise percuciente pelo magistrado do nexos causal para a cientificidade jurídica na formação de seu convencimento em relação à determinação do *quantum* indenizatório devido.

Anderson Schreiber⁽⁴⁸⁾, a propósito, declara que: “[...] em tais situações, a responsabilidade objetiva parece revelar a sua verdadeira essência na contemporaneidade: não a de uma responsabilidade por risco, mas a de uma responsabilidade independente de culpa ou de qualquer outro fator de imputação subjetiva, inspirada pela necessidade de se garantir reparação pelos danos que, de acordo com a solidariedade social, não devem ser exclusivamente suportados pela vítima — uma proposição, portanto, essencialmente negativa”.

Por isso é que se faz necessário, neste momento, a análise das várias teorias do nexos causal, bem como a teoria ora prevalecente na doutrina e jurisprudência trabalhistas.

9. Teorias sobre o nexos causal na Justiça do Trabalho

É cediço que o dever ou obrigação de reparar um dano depende da existência de nexos causal entre certa conduta e o resultado danoso. Esta conduta analisada na Justiça do Trabalho é do empregador, diante de seus deveres de proteção em face

(48) SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*. São Paulo: Atlas, 2007. p. 29. Importante ressaltar que sobre a presunção do nexos causal este autor assim se pronuncia: “[...] certo é que, muitas vezes, o que se chama de presunção do nexos causal não passa de uma etapa lógica de sua verificação, em que o juiz recorre a regras comuns da experiência ou a uma suposta normalidade dos fatos para aferir se há relação de causalidade entre a atividade lesiva e o dano. Verifica-se, contudo, em diversas ocasiões, o recurso a expedientes drásticos, como a desconsideração de uma excludente de causalidade ou a aplicação de teorias que, sem se propor a explicar o significado da causalidade jurídica, logram expandir a margem de discricionariedade do juiz na imposição da responsabilidade civil”. *Op. cit.*, p. 63.

do empregado, e também do empregado, nos casos que se procura o rompimento da cadeia causal, por força da culpa exclusiva da vítima, ou fato da vítima ou de terceiros, bem como as excludentes dos fortuitos interno e externo (força maior).

Portanto, o nexu causal, nexu etiológico ou ainda relação de causalidade é geralmente conceituado como o vínculo que se estabelece entre dois eventos, de maneira que um se apresenta como consequência do outro. Por mais simples que pareça este conceito, o nexu causal é considerado na doutrina e jurisprudência como o mais difícil elemento da responsabilidade civil de ser aferido em concreto.

Com o advento da cláusula geral da responsabilidade objetiva entre nós, no Código Civil brasileiro, e o afastamento da perquirição do elemento culpa, exige-se redobrada atenção em relação ao elemento nexu causal, pois nas palavras de Anderson Schreiber⁽⁴⁹⁾: “cuja interrupção consiste, em tais hipóteses, no único caminho concedido ao réu para o afastamento da condenação. Assim, não apenas o convencimento acerca da causalidade perdeu seu antecedente moral justificador da responsabilização — a prova da culpa —, mas também toda a discussão, nas ações de responsabilidade objetiva, passou a gravitar em torno da noção jurídica de nexu causal”.

Existe uma grande cizânia e perplexidade na doutrina civilista e trabalhista no sentido de que o nexu de causalidade é feita de forma intuitiva, atécnica, às vezes sem cientificidade, ora sob a influência de uma escola doutrinária, ora sobre o respaldo de outra, mas invariavelmente com uma preocupação excessiva de proteger o empregado, a qualquer custo, ainda mais se foi vítima de uma doença profissional ou acidente de trabalho.

Gisela Sampaio da Cruz Guedes⁽⁵⁰⁾ informa que “tantas foram as teses que se desenvolveram, principalmente na Alemanha, França e Itália, com o objetivo de estabelecer os limites definidores do nexu causal na ordem jurídica, que a jurisprudência se perdeu em meio a um emaranhado de teorias — tanto mais no Brasil, diante da redação do art. 403 do CC, que é tão pouco explicativa. Se é assim na justiça comum, não é diferente na trabalhista, seara em que o nexu causal chega a ser até mesmo desconsiderado, sob o fundamento de que a natureza é

(49) *Ibidem*, p. 52. Alega ainda o autor que “chega-se, hoje, a afirmar que o juízo de responsabilidade, nos casos de responsabilidade objetiva acaba por traduzir-se no juízo da existência de nexu de causalidade entre o dano e o fato”. E os tribunais têm mesmo declarado, com algum exagero, que o “nexu causal é a primeira questão a ser enfrentada na solução de demandas envolvendo responsabilidade civil e sua comprovação exige absoluta segurança quando ao vínculo entre determinado comportamento e o evento danoso” (TJRJ, Ap. Civ. 2004.001.10228. Rel. Des. Sergio Cavalieri Filho, j. 4.8.2004).

(50) GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. Causalidade em acidentes de trabalho. In: TEPEDINO, Gustavo; MELLO FILHO, Luiz Philippe Vieira de; FRAZÃO, Ana; DELGADO, Gabriela Neves (coords.). *Diálogos entre o direito do trabalho e direito civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 505.

objetiva, como se essa espécie de responsabilidade também não dependesse da prova da relação de causalidade. [...] na esfera trabalhista. Confunde-se também frequentemente nexos causal com culpa, tamanha é a associação feita entre esses dois elementos da responsabilidade civil”.

E continua⁽⁵¹⁾: “o problema se acentua, no campo trabalhista, com a constatação de que o empregador responde na maioria dos casos por omissão, seja porque não ofereceu ao seu empregado o equipamento de segurança adequado, seja porque não o treinou para a prática daquela atividade de risco ou mesmo porque não o advertiu a respeito de um perigo especial ou simplesmente não cumpriu com o seu dever de informar. O exame do nexo de causalidade na responsabilidade por omissão é ainda mais dramático, porque passa pela questão de se saber quando a “omissão” equivale realmente à conduta comissiva para fins de responsabilização. Os tribunais também costumam confundir as teorias. É comum encontrar no inteiro teor das decisões referências à teoria da causalidade adequada ou à teoria do dano direto e imediato, quando, em realidade, todo o fundamento da decisão aponta para a aplicação da malfadada teoria da equivalência das condições. Ou então, decisões invocando a teoria da causalidade adequada, mas aplicando a ideia de interrupção do nexo”.

Um cuidado especial deve ser tomado na análise dos elementos da responsabilização para não se confundir a natureza da responsabilidade, se objetiva ou subjetiva, com o próprio nexo de causalidade.

Tomemos um exemplo. Um empregador é responsabilizado objetivamente por doença profissional, uma vez que o empregado trabalhou na empresa por dez anos em ambiente com ruído superior a 85 dcb, e foi acometido de disacusia plena em um dos ouvidos, ou seja, ficou surdo de um dos ouvidos, de forma irreversível. Porém, o fato é que veio aos autos, provas de testemunhas que o empregado se recusava a se utilizar dos equipamentos de proteção auricular e jamais os utilizou, pelo que o empregador pleiteou o enquadramento da situação em culpa exclusiva da vítima. Passemos à análise. Observe-se que a própria natureza da atividade da empresa é de risco. Será que a conduta da vítima (se agiu com culpa ou dolo) é suficiente para alterar a natureza jurídica da responsabilidade? Sabemos que a natureza da responsabilidade é aferida e depende do risco que a própria atividade empresarial provoca em relação a seus empregados e a terceiros. Contudo, o tal fato coisa nenhuma tem a ver com o nexo de causalidade, na medida em que ambas, a responsabilidade subjetiva e a objetiva dependem da prova do nexo de causalidade, ainda que a responsabilidade objetiva desconsidera ou não perquire sobre o elemento “culpa”.

(51) *Ibidem*, p. 510.

Na análise deste caso, a culpa ou o fato exclusivo da vítima, embora não altere a natureza jurídica da responsabilidade (de risco ou não da empresa), acaba por influenciar a decisão judicial, pois provoca o rompimento da cadeia ou ciclo causal que poderia relacionar a conduta omissiva da empresa ao dano. Este constitui apenas um mero exemplo de confusão entre o nexos causal e o elemento culpa, e principalmente o momento em que ocorre o rompimento da cadeia causal, que, se não tivesse ocorrido, poderia conduzir à responsabilização do empregador.

Para elucidarmos as principais teorias sobre o nexos causal, pedimos vênia para reproduzirmos a síntese do estudo de Gisela Sampaio da Cruz Guedes⁽⁵²⁾ sobre o tema, como segue.

9.1. Teoria da equivalência dos antecedentes causais

Também chamada de teoria da equivalência das condições, teoria objetiva da causalidade ou teoria da *conditio sine qua non* é atribuída ao penalista alemão Maximiliano von Buri. A origem dessa teoria remonta, consoante abalizada doutrina aos estudos de John Stuart Mill, que em 1843, na obra *A system of logic* afirmou que “todas as condições eram igualmente indispensáveis para a produção do conseqüente e o estabelecimento da causa é incompleto se não introduzirmos, de uma ou outra forma, todas elas”.

A ideia central desta teoria é a de que é causa toda a condição da qual dependeu a produção do resultado, sem considerar sua maior ou menor proximidade ou importância, pois, para seus defensores, todas as condições são equivalentes. Tanto as causas quanto as condições assumem, indistintamente, funções de concausa, daí, a denominação “equivalência dos antecedentes causais”. Tal equivalência decorre da assertiva de que todo efeito tem uma multiplicidade de condições causais e cada uma delas é necessária para a produção do resultado.

De acordo com esta teoria, quando há pluralidade de causas, todas devem ser consideradas igualmente eficientes na produção do dano. Assim, uma relação de causalidade só poderá existir entre uma concausa e sua consequência quando for possível afirmar que tal consequência não teria ocorrido, não fosse a atuação daquela causa, isto é, quando não se puder eliminar a causa sem prejuízo da consequência. Significa dizer, por outras palavras, que um fenômeno é condição de outro, quando o primeiro não puder ser suprimido mentalmente, sem que o resultado desapareça em sua forma particular.

(52) GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. Causalidade em acidentes de trabalho. In: TEPEDINO, Gustavo; MELLO FILHO, Luiz Philippe Vieira de; FRAZÃO, Ana; DELGADO, Gabriela Neves (coords.). *Diálogos entre o direito do trabalho e direito civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2013. p. 505-515.

Em seu auge, a teoria da equivalência dos antecedentes causais chegou a influenciar estatutos penais de diversos países, inclusive o Código Penal Brasileiro em vigor, não obstante, quanto ao tema da superveniência de causa relativamente independente, a legislação brasileira tenha acolhido a concepção de condição qualificada. No âmbito do direito civil, entretanto, a teoria da equivalência dos antecedentes causais acabou sendo considerada por demais ampla quanto aos seus efeitos, razão pela qual críticas não lhe faltaram.

Neste sentido, observa Wilson Mello da Silva⁽⁵³⁾ que a teoria da equivalência dos antecedentes causais “[...] pela nenhuma restrição à ampla regra do estabelecimento da relação de causa e efeito entre condições necessariamente dependentes uma das outras, embora lógica, pode conduzir a resultados aberrantes dentro do direito”. Com efeito, responderia por homicídio culposo o sujeito que ao ferir levemente com uma pedra certo transeunte, acaba matando-o em razão de sua condição de homofílico, desconhecida pelo agressor. Diante disso, até os autores, como Demogue⁽⁵⁴⁾, a consideravam a única teoria cientificamente exata, “acusam-na de transformar a série causal em uma cadeia sem fim, por meio dos mais pitorescos exemplos. Ao afirmar que o nascimento de uma pessoa não pode, em absoluto, servir de causa do acidente de que ela própria foi vítima, o referido autor deixa entrever o ponto fraco da teoria”.

A teoria da equivalência dos antecedentes causais mereceu, portanto, as críticas da doutrina, em razão de seu excessivo apego à causalidade natural. Em passagem elucidativa, afirma Serpa Lopes⁽⁵⁵⁾ que não se deve confundir a relação de causalidade, que importa a determinação de elementos objetivos, externos, consistentes na atividade ou inatividade do seu sujeito atentatório dos direitos de terceiros, com a imputabilidade, que diz respeito a um elemento subjetivo, interno. A primeira trata de *impuctatio facti*; a segunda, de *impuctatio juris*. Além disso, conforme já advertia Wilson Mello da Silva⁽⁵⁶⁾: “[...] quanto mais se procura remontar a causa primeira do evento, mais se aprofundaria, em verdadeira progressão geométrica, na infinita série de antecedentes causais”.

Esta teoria conduz o julgador a exageros inaceitáveis e, por consequência, a soluções invariavelmente injustas, razão pela qual deve ser afastada — tanto do âmbito do direito civil como no do direito do trabalho. Das reiteradas tentativas de evitar seus devaneios, acabou por derivar a distinção entre as diversas concausas. Isto é, já não mais se reconhece como causa toda *conditio sine qua non* do dano, senão apenas uma ou algumas determinadas, a serem individualizadas conforme o critério particular que se adote.

(53) SILVA, Wilson Mello da. *Responsabilidade sem culpa*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1974. p. 122.

(54) DEMOGUE, René. *Traité des obligations en general: sources des obligations*. Paris: Librairie, 1931. v. I, t. IV.

(55) SERPA LOPES, Miguel Maria. *Curso de direito civil*. 4. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1995. v. 5, p. 219.

(56) SILVA, Wilson Mello da. *Responsabilidade sem culpa*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1974. p. 122.

9.2. Teoria da causalidade adequada

A teoria da causalidade adequada examina a adequação da causa em função da probabilidade de determinado resultado vir a ocorrer, à luz da experiência comum. Significa dizer que a ação tem que ser idônea para conduzir o resultado. E, para que se verifique a adequação da causa, realiza-se um juízo retrospectivo de probabilidade que, no âmbito doutrinário, é denominado “*prognose póstuma*” e cuja fórmula se resume na seguinte indagação: “*la accion ou omision que se juzga era per se apta o adecuada para produzir normalmente esta consecuencia?*”

De acordo com esta teoria, quanto maior é a probabilidade com que determinada causa se apresenta para gerar um dano, tanto mais adequada é em relação a este dano. Não basta, então, que um fato seja condição de um evento. É preciso que se trate de uma condição tal que, normalmente ou regularmente, provoque o mesmo resultado. Esse é o chamado “juízo de probabilidade”, realizado em abstrato — e não em concreto, considerando os fatos como efetivamente ocorreram. Assim, diante de uma pluralidade de concausas, indaga-se qual delas, em tese, poderia ser considerada apta a causar o resultado. Respondida esta primeira pergunta, questiona-se se essa causa, capaz de provocar o dano, é também hábil segundo as leis naturais.

Nesse sentido, o processo hipotético de eliminação não é suficiente para que se determine a existência de uma relação de causalidade. É necessário que o julgador em sua análise, retroaja mentalmente até o momento da ação ou omissão para estabelecer se essa era ou não adequada para produzir o dano. Realize-se, assim, uma “*prognose póstuma*”, já que o julgador se coloca no momento da ação, como se o resultado não tivesse ocorrido, a fim de determinar sua probabilidade.

Nesse juízo ou prognóstico *a posteriori* de adequação abstrata, deve-se atender — e esta foi a opinião que prevaleceu — tanto as circunstâncias cognoscíveis à data da produção do fato, por uma pessoa normal (concepção objetivista ou prognóstico objetivo) como àquelas conhecidas do agente (concepção subjetivista ou prognóstico subjetivo). “Exemplo:: C agride D com um pequeno encontro, o qual em todo o caso lhe ocasiona a morte, devido a uma grave lesão craniana. A agressão de C a D não é, em princípio, adequada a pôr em perigo a vida deste último. Porém, se a deficiência de D era conhecida de C ou se este tinha a obrigação de conhecê-la, já existirá um nexo de causalidade adequado entre a agressão e a morte.”⁽⁵⁷⁾

Os críticos também não pouparam a teoria da causalidade adequada considerando-a demasiadamente filosófica, além de complexa e imprecisa. Até mesmo os autores que a defenderam com convicção admitem hoje que é preciso introduzir na teoria da causalidade adequada ao menos uma correção: a adequação

(57) SILVA, Wilson Mello da. *Responsabilidade sem culpa*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1974. p. 122.

não deve abranger apenas a causa e o efeito isoladamente considerados, mas todo o processo causal. É que, conforme adverte Pessoa Jorge, pode acontecer de o comportamento do agente ser adequado, por si e em abstrato, a provocar o dano, mas este se produza por um processo diferente.

“Quando se diz que disparar um tiro contra alguém é causa adequada da morte, está naturalmente a pensar-se na hipótese de o projétil atingir órgãos vitais do visado: é pensando neste processo que podemos afirmar constituir causa adequada da morte o comportamento de quem aponta uma pistola para outra e prime o gatilho. Suponhamos, porém, que a vítima, apenas ligeiramente ferida venha a morrer num desastre da ambulância que a conduza ao hospital. Há aqui os dois polos da adequação causal (o disparar da pistola e a morte), simplesmente, o resultado não se produziu concretamente pelo processo porque o fato era abstratamente sua causa adequada.”⁽⁵⁸⁾

Neste exemplo, o agente que disparou a pistola não deve responder pela morte. Analisando-se todo o processo causal, fica claro que ocorreu interrupção do nexa causal por fato de terceiro: a conduta do motorista da ambulância que provoca o acidente (por exemplo, com o avanço indevido de um sinal de trânsito), interferiu na primeira série causal, provocando a sua interrupção. Hoje, quem defende a teoria da causalidade adequada acaba desta forma, ao final, analisando se houve ou não interrupção do nexa causal. Daí a teoria da causalidade adequada e a teoria do dano direto e imediato estarem, num certo sentido, convergindo, embora cada uma delas tenha seus próprios defensores.

Apesar das críticas, a teoria da causalidade adequada tem prevalecido em vários ordenamentos e é uma das teorias mais invocadas no Brasil, onde doutrina e jurisprudência se dividem entre esta e a teoria do dano direto e imediato, exposta a seguir.

9.3. Teoria do dano direto e imediato

A escola que teve mais êxito ao explicar a teoria do dano direto e imediato e, bem assim, o significado da expressão “direto e imediato”, contida na redação do art. 403 do CC, foi a doutrina da necessariedade da causa que, criada por Dumoulin e Pothier⁽⁵⁹⁾, contou, aqui no Brasil, com o apoio de Agostinho Alvim. De acordo com a escola da necessariedade, o dever de reparar somente surge quando o evento danoso é efeito necessário de determinada causa.

(58) COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Direito das obrigações*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 1999. p. 675.

(59) POTHIER, R. J. *Tratado das obrigações*. Tradução de Adrian Sotero de Witt Batista e Douglas Dias Ferreira. Campinas: Servanda, 2002. p. 148-149.

Para seus defensores, a expressão “direto e imediato” deve ser interpretado, em conjunto, como “necessário”. Segundo essa escola, ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, este só responde pelos danos que são consequência necessária do inadimplemento, mas, não pelos originados de outras circunstâncias de mera ocasião⁽⁶⁰⁾. Excluem-se, pois, os danos ulteriores, oriundos de novas causas, sempre que estas não sejam efeito imediato e direto do inadimplemento da obrigação. A teoria do dano direto e imediato distingue portanto, entre o conjunto de antecedentes causais, a causa das demais condições.

Nesse sentido, conforme lição de Agostinho Alvim⁽⁶¹⁾, a causa direta e imediata nem sempre é a mais próxima do dano, mas sim aquela que necessariamente o ensejou, pois não é a distância temporal entre a conduta e o dano que rompe o nexos causal. “A ideia central, enunciada e repetida pelos autores é, pois, a de que o aparecimento de outra causa é que rompe o nexos causal e não a distância entre a inexecução e o dano.” O dano indireto pode ser passível de ressarcimento, contanto que seja consequência direta de um ato ilícito ou de uma atividade objetivamente considerada. Em regra, conforme salienta Agostinho Alvim, os danos indiretos ou remotos não são indenizáveis, porque quase sempre deixam de ser efeito necessário, em decorrência do aparecimento de concausas, mas se isso não ocorrer, eles devem ser indenizados.

A teoria do dano direto e imediato mostra-se mais apta a enfrentar o problema da causalidade múltipla do que as teorias expostas anteriormente. É a teoria adotada no Brasil, segundo grande parte da doutrina, não obstante a jurisprudência ainda vacile, invocando sem precisão científica outras teorias.

A teoria do dano direto e imediato não tem, como reconhece, o próprio Agostinho Alvim⁽⁶²⁾, o condão de resolver todas as dificuldades práticas que o tema suscita, mas é a que de modo mais simples traduz a ideia expressa no art. 403 do CC. A simples demonstração de que outra concausa concorreu com a conduta do agente para a produção do dano não o exime do dever de indenizar, no máximo

(60) Anderson Schreiber informa neste particular que: “desenvolveu-se, deste modo, no âmbito da própria teoria da causalidade direta e imediata, a chamada subteoria da necessariedade causal, que entende que as expressões dano direto e dano imediato de forma substancial, como reveladoras de um liame de necessariedade — e não de simples proximidade — entre a causa e o efeito. Haverá assim, dever de reparar quando o evento danoso for efeito necessário de determinada causa. Desta forma, podem-se identificar danos indiretos, passíveis de ressarcimento, desde que sejam consequência necessária da conduta tomada como causa. De fato, a melhor doutrina conclui, atualmente, que a necessariedade consiste no verdadeiro núcleo da teoria da causalidade direta e imediata, não se excluindo a ressarcibilidade excepcional de danos indiretos, quando derivados necessariamente da causa em questão”. *Novos paradigmas...*, cit., p. 58.

(61) ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas consequências*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 384.

(62) ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas consequências*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 372.

atenua sua responsabilidade. Para que se exclua seu dever de indenizar, é preciso que se comprove que houve interrupção da cadeia causal, com a verificação de certos pressupostos.

Na prática, como se vê, a difícil questão de se saber onde chega o nexo causal, como já salientava Enneccerus⁽⁶³⁾, em que não se pode resolver “*nunca de uma maneira plenamente satisfactoria mediante reglas abstractas, sino que em los casos de duda há de resolverse por el juez segun su libre conviccion, poderando todas las circunstancias*”. E, ressalte-se, sem perder de vista a vítima, que deve ser sempre que possível amparada pelo direito, embora não a qualquer custo.

9.4. Interrupção do nexo causal

A interrupção do nexo de causalidade pode ocorrer, como reconhece a doutrina, por fato exclusivo de terceiro, da própria vítima ou por um evento de caso fortuito ou de força maior e, pressupõe: (i) a existência de um nexo de causalidade, a ser interrompido, entre o 1º fato e o dano; (ii) que o 2º fato seja completamente independente do primeiro, no sentido de que não seja uma consequência necessária (ou adequada) sua; (iii) que o 2º fato tenha provocado o efeito independentemente do 1º fato, de tal maneira que só a eficácia causal do 2º fato tenha operado o dano.

Sem o primeiro desses pressupostos não há que se falar de interrupção do nexo causal, mas apenas em ausência de causalidade. O segundo pressuposto refere-se à relação entre o 1º e o 2º fato (e não mais entre o 1º fato e o dano). Se não existir qualquer relação entre estes dois fatos, ou se entre o 1º fato existir apenas uma relação de mera condicionalidade, pode ocorrer a interrupção do nexo causal. No entanto, se entre o 1º e o 2º fato existir uma relação de necessariedade, de tal modo que o 2º fato seja consequência necessária do 1º, não há que se falar em interrupção do nexo causal. O 2º fato, nesta última hipótese, dependeu do 1º, ou seja, o 2º fato não significará uma interrupção do nexo, mas, ao revés, uma fase ou termo do processo causal 1º fato — dano”.

Esses dois primeiros pressupostos são imprescindíveis, mas, por si só, não bastam para caracterizar a interrupção do nexo causal. Suponha-se o seguinte exemplo formulado por Pereira Coelho⁽⁶⁴⁾: um veículo muito pesado por culpa do condutor, danifica gravemente uma casa que passa a ameaçar ruína. Poucos dias depois, a casa que já estava com estrutura danificada, desmorona em consequência de um ciclone. Não há dúvida: o 2º fato — ciclone — é independente do 1º fato (acidente com o veículo), que nem sequer o condicionou. Ocorre que

(63) ENNECCERUS, Ludwig; KIPP, Theodor; WOLF, Martin. *Tratado de derecho civil: derecho de obligaciones*. 2. ed. Barcelona: Bosch, 1954. t. II, p. 67

(64) PEREIRA COELHO, Francisco Manuel. *O problema da causa virtual na responsabilidade civil*. Coimbra: Almedina, 1998. p. 32 e ss.

foi justamente o estado de ruína da casa, provocado pelo 1º fato, que favoreceu a eficácia causal do 2º fato para a produção do dano. E se foi assim, o 1º fato cooperou efetivamente com o 2º, para o dano concretamente verificado. Nessas circunstâncias, também não se pode considerar interrompida a relação de causalidade”.

Conclui-se que a exigência de que o 2º fato seja independente do 1º fato está certa, no sentido de que não seja uma sua consequência necessária, porém não é suficiente. Para ocorrer a interrupção do nexos causal é preciso, ainda, a presença de um terceiro pressuposto, qual seja, que o 2º fato tenha provocado o efeito independente do 1º fato, de forma que só a eficácia causal do 2º fato tenha operado o dano. Aqui uma observação se faz necessária: se o 1º fato for apenas condição do 2º, sem que efetivamente tenha favorecido a sua eficácia, a interrupção deve ser reconhecida. Do contrário, estar-se-ia aplicando a teoria da equivalência dos antecedentes causais.

9.5. A relativização ou mitigação do nexos causal na aferição da responsabilização objetiva

Se o foco jurisprudencial, e de certa forma doutrinário, na responsabilização objetiva passou a ser o de assegurar às vítimas, e no Direito do Trabalho especialmente ao empregado, a reparação pelos danos sofridos, este fato pode ser atribuído à paulatina ausência ou perda de rigor científico na apreciação do nexos de causalidade.

De acordo com Anderson Schreiber, a análise das decisões em sua totalidade revela, no entanto, o efeito negativo dos expedientes empregados pela jurisprudência. A ampla margem de discricionariedade na aferição da causalidade jurídica não apenas produz decisões incoerentes, mas também resulta, por toda parte, em certa insegurança no que concerne às suas próprias responsabilidades. Pior: a liberdade com que o Poder Judiciário trata a questão do nexos causal estimula pedidos de reparação, fundados mais na desgraça da vítima que em uma possibilidade jurídica de imputação dos infortúnios ao sujeito que se considera responsável. Fala-se, neste sentido, em vitimização social ou *blame culture*“(65).

(65) SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas...*, cit., p. 75. Porém, o autor também destaca que: “é certo que tal cultura responde, em parte, a uma maior conscientização do cidadão e do consumidor com relação aos seus direitos e a um crescente acesso aos seus meios de tutela. Igualmente verdadeiro, que, em muitos casos, a responsabilização acaba alcançando agentes perpetradores de abusos frente aos quais a vítima permaneceria sem remédio na disciplina tradicional da responsabilidade civil. A via escolhida, contudo, embora pareça justificada em face destas premissas, mostra-se inconsistente. A presunção do nexos causal, não raro, imputa a responsabilidade de tragédias pessoais a outros indivíduos ou agentes econômicos que acabam suportando, individualmente, um ônus que uma postura coerente atribuiria à sociedade como um todo, e não simplesmente à pessoa mais próxima da fatalidade”.

Pelo exame da jurisprudência realmente chega-se à ilação de que o exame do nexu causal não obteve êxito em substituir o elemento culpa como obstáculo à reparação ou indenização na responsabilidade objetiva. E, conforme pensamento de Anderson Schreiber: “à semelhança com o que ocorreu com a prova da culpa, a prova do nexu causal parece tendente a sofrer, no seu papel de filtragem da reparação, uma erosão cada vez mais visível. O resultado desta tendência é a realização do pior temor dos juristas da Modernidade: a extraordinária expansão do dano ressarcível”⁽⁶⁶⁾.

(66) SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas...*, cit., p. 75. Porém, o autor também destaca que: “é certo que tal cultura responde, em parte, a uma maior conscientização do cidadão e do consumidor com relação aos seus direitos e a um crescente acesso aos seus meios de tutela. Igualmente verdadeiro, que, em muitos casos, a responsabilização acaba alcançando agentes perpetradores de abusos frente aos quais a vítima permaneceria sem remédio na disciplina tradicional da responsabilidade civil. A via escolhida, contudo, embora pareça justificada em face destas premissas, mostra-se inconsistente. A presunção do nexu causal, não raro, imputa a responsabilidade de tragédias pessoais a outros indivíduos ou agentes econômicos que acabam suportando, individualmente, um ônus que uma postura coerente atribuiria à sociedade como um todo, e não simplesmente à pessoa mais próxima da fatalidade”.