

BEATRIZ CARDOSO MONTANHANA

**OS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO TRABALHADOR E AS
ESTRUTURAS SOCIAIS DE PODER DAS RELAÇÕES DE
TRABALHO: EM BUSCA DO CONSENSO SOBRE A
DIGNIDADE HUMANA**

Tese de Doutorado apresentada à Banca Examinadora da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para a obtenção do título de Doutor em Direito, sob orientação da Profa. Titular Walküre Lopes Ribeiro da Silva.

**FACULDADE DE DIREITO DA USP
SÃO PAULO
2011**

Enfim, o legislador, seja ele autônomo ou heterônomo, que identifica o trabalho como um fator de produção, não prioriza com a elaboração das normas maior prestígio a valores humanos, tais como proteção à vida, à saúde e à dignidade. Porém, se compreender o trabalho como um valor humano, o homem receberá o *status* não apenas de trabalhador, mas de cidadão, com deveres e com direitos individuais assegurados, dentre eles o respeito à vida e à saúde.

Fica claro, pois, que o valor humano do trabalho não resulta de um dado imposto pela ordem normativa ou um dado *a priori*, mas se trata de uma construção, cujo processo encontra-se em franco desenvolvimento.

2. Uma análise sobre a dignidade e a monetarização (tarifação) da saúde e da vida do trabalhador

Ao incorporar a dignidade no contexto das relações de trabalho subordinado, o sistema juslaboral rompeu com as fronteiras de sentido do discurso econômico, alheio às implicações de um sentido humano do trabalho. Entretanto, o sistema econômico sobrevive com sua coerência valorativa e segue provocando “irritações” no sistema jurídico:

A empresa – enquanto subsistema social do ‘subsistema econômico – (...) opera em um código próprio: lucro/prejuízo, não lhe fazendo sentido – salvo se houver repercussões econômicas – a licitude ou ilicitude de não recolher determinado tributo. (...) Como adverte Teubner, isso põe em causa a autoridade da validade jurídica enquanto tal e, por conseguinte, destrói a função do Direito enquanto meio de garantia de expectativas.⁴⁸⁵

A questão que se propõe a analisar é se o modelo juslaboral alicerçado na Consolidação das Leis do Trabalho mantém-se sob a base principiológica da Constituição Federal de 1988 ou se eventual anacronismo do texto consolidado permite a ruptura do sistema de disciplina do poder nas relações de trabalho subordinado. Para tanto, serão exploradas duas questões: a base de cálculo do adicional de insalubridade e a adoção da jornada de 12X36.

⁴⁸⁵DANTAS, David Diniz. op. cit., p. 139-140.

2.1. O modelo de reparação/compensatório *versus* o valor da saúde e da vida do trabalhador para a sociedade: a questão da base de cálculo do adicional de insalubridade

Na estrutura de poder das relações de trabalho subordinado, constata-se que o trabalhador – como indivíduo – é “irritado, influenciado e manipulado por diferentes racionalidades de comunicação, as quais são geradas pelos diferentes sistemas e subsistemas sociais, especialmente o sistema econômico e os subsistemas e regimes a ele conectados”⁴⁸⁶. A lógica do empregador e a contingencialidade das oscilações econômicas atingem a possibilidade de integração do ser humano e a esfera de liberdade interna do indivíduo.

A ausência de conceitos, de definições e a ampliação da discussão em torno da dignidade do trabalho permeada por vários discursos comprometem o sistema jurídico, que é instado à adaptação, mas pode sofrer irritação e fragilizar a sua organização. É o que ocorreu com a proposta de flexibilização e o exemplo do contrato a tempo parcial, banco de horas ou mesmo o contrato de trabalho por tempo determinado da Lei n. 9.601/1998.

Introduzem-se instrumentos ineficientes no que tange à promoção da dignidade humana, em nome de eficiência econômica e, no contexto sistêmico, os efeitos são danosos para toda a coletividade. Extrai-se, no processo dinâmico das relações de trabalho subordinado, o dissenso.

Para Celso Campilongo, a partir da teoria luhmanniana reconhece-se a legitimidade do dissenso, pois Niklas Luhmann procurou, em sua teoria, escapar da idealização de um consenso democrático, com base em noções como paz e bem comum. Não se discute que essas noções constituem valores com capacidade de agregar a sociedade, pois tem a função de criar uma base para a comunicação. Mas seria a legitimidade do dissenso contrário à democracia? Diante dessa questão, fundado no pensamento de Luhmann, Campilongo propõe outra indagação: “A função do sistema jurídico é garantir o consenso e fundar moralmente o ordenamento jurídico ou, ao contrário, é assegurar ao direito a capacidade de manter elevada a complexidade social e conferir às decisões judiciais uma adequada

⁴⁸⁶DE VINCENZO, Brunela Vieira de. op. cit., p. 116.

consistência em relação às expectativas normativas?”⁴⁸⁷ A resposta é induzida pela teoria dos sistemas autorreferenciais. O conceito de dignidade é um construído, a partir de um dado referencial. Assim, é possível que cada sistema adote uma noção diferente de dignidade, a exemplo de bem comum: “para uns, o ‘bem comum’ pode significar a ampla participação na vida pública, para outros pode representar a não interferência na vida privada”⁴⁸⁸.

Então, há várias racionalidades e o mais importante é reconhecer a lógica do discurso subjacente e a sua conformação com a proposta constitucional de promoção da dignidade do trabalhador. O Direito, dessa maneira, deve assumir a sua função de criar condições de emergência de cooperação entre os agentes, traduzida aqui na forma de contenção da colisão de discursos, com violação das condições dignas de trabalho.

O que se propõe aqui não é analisar o Direito com base no referencial econômico, mas eventualmente analisar os reflexos econômicos com base nos institutos jurídicos que regulam as relações de trabalho subordinado.

A análise econômica do Direito, portanto, não está alheia ao sistema jurídico, conforme destacou Gunther Teubner.⁴⁸⁹ O problema é adotar o sistema econômico como “deus único” e não compreender a complexidade da sociedade. Por exemplo, a análise dos custos pode resultar em desrespeito a direitos fundamentais, como o direito à vida e à saúde, na hipótese de o trabalhador transacionar o valor de sua vida e da sua saúde em troca de compensação financeira. Essas hipóteses denotam a ineficiência do modelo de incentivo de conduta, que envolve as atividades legislativa, administrativa e jurisdicional.

O que se constata, portanto, é que a teoria econômica da escolha racional não pode se arvorar na condição de dogma, como uma “religião” a ser seguida. Gunther Teubner ressalta que

Hoje o único Deus existente para o qual se admite que o Direito faça sacrifícios é a chamada escolha racional. Nos últimos trinta anos, o quase-religioso movimento se espalhou por todas as escolas de Direito da América do Norte com um particular entusiasmo. Depois do seu maior pastor - Richard Posner anunciou “a morte do direito como uma disciplina autônoma” – a racionalidade econômica se apresenta como a nova universalidade do Direito. Teoria dos custos de transação, teoria dos direitos de propriedade, escolha pública e a análise econômica do direito

⁴⁸⁷CAMPILONGO, Celso. *Política, sistema jurídico e decisão judicial*, cit., p. 125-126.

⁴⁸⁸Id. *Ibid.*, p. 125.

⁴⁸⁹TEUBNER, Gunther. *Altera pars auditur: law in collision of discourses*, cit., p. 172.

são diferentes correntes no largo curso de um movimento que pretende substituir o débil conceito de justiça com o ideal de eficiência econômica do Direito.⁴⁹⁰

Indagar sobre a racionalidade econômica, portanto, é indispensável. A teoria econômica baseia-se no seguinte comportamento do empregador: “Um empregador determinará se vai prevenir as doenças ou acidentes no local de trabalho comparando o custo da prevenção com o custo de não adotar a conduta preventiva”.⁴⁹¹ Com base nessa premissa, há, portanto, de se perquirir sobre o impacto dos direitos fundamentais sociais na dinâmica das relações de trabalho subordinado. Vale, então, considerar o modelo de reparação/compensação concebido na esfera das relações privadas, em face do reconhecimento constitucional de preservação da vida e saúde do ser humano. Para tanto, enuncia-se o exemplo da discussão sobre a base de cálculo do adicional de insalubridade.

O legislador infraconstitucional determinou que a base para cálculo do adicional de insalubridade é o salário-mínimo (artigo 192, *caput*, da CLT). Isso significa que um trabalhador, que perceba uma remuneração de mil e quinhentos reais e está exposto a um grau máximo de insalubridade, irá receber a título de adicional de insalubridade o valor de duzentos e dez reais.⁴⁹² Essa medida compensatória não impulsiona a estrutura das relações de trabalho subordinado para o propósito de efetivar a dignidade do trabalhador.

O empregador vai adotar medidas de redução de riscos até o ponto de ser menos custoso pagar aos trabalhadores o adicional sobre a remuneração do que investir na implementação de prevenção contra riscos à saúde e à segurança do trabalhador. Na hipótese do custo mensal com a manutenção e fiscalização do uso do EPI, que elimina o risco da insalubridade, ser superior ao valor da compensação – no exemplo proposto, de cento e oitenta reais -, será para ele mais interessante compensar o trabalhador do que adotar medidas de eliminação ou neutralização do risco.

No entanto, quanto à base de cálculo do adicional de insalubridade, a redação do artigo 192, *caput*, da CLT é anterior à Constituição Brasileira de 1988. Iniciou-se, então, um debate sobre a recepção ou não do artigo pela nova Carta Constitucional, em face do seu artigo 7º, inciso IV, *in verbis*:

⁴⁹⁰TEUBNER, Gunther. *Altera pars auditor: law in collision of discourses*, cit., p. 149.

⁴⁹¹SHAPIRO, Sidney A. op. cit., p. 598.

⁴⁹²Conforme o valor do salário mínimo fixado em R\$510,00 (quinhentos e dez reais) pela Medida Provisória nº 474, de 23 de dezembro de 2009.

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

[...]

IV – salário-mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender a suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo, **sendo vedada sua vinculação para qualquer fim.**⁴⁹³

A leitura do texto constitucional não deixa dúvidas acerca da *voluntas legislatoris*, ou seja, impedir que o salário-mínimo seja base de referência ou de cálculo para qualquer fim.

Levada a questão ao Tribunal Superior do Trabalho, seu entendimento foi reproduzido em duas Súmulas: a 228 e a 17. Inicia-se com a Súmula 228 que estabelece uma regra geral:

228. Adicional de insalubridade. Base de cálculo.

O percentual do adicional de insalubridade incide sobre o salário mínimo de que cogita o art. 76 da CLT, salvo as hipóteses previstas no Enunciado 17.

17. Adicional de insalubridade

O adicional de insalubridade devido a empregado que, por força de lei, convenção coletiva ou sentença normativa, percebe salário profissional será sobre este calculado.

No presente estudo, não cabe discorrer sobre o impacto hermenêutico das súmulas acima, como, por exemplo, o debate sobre qual a extensão da expressão “salário profissional”. Urge destacar que o TST manteve a base de cálculo fixada pelo legislador infraconstitucional, isto é, o salário-mínimo, admitindo apenas uma exceção à regra geral.

Debateu-se a matéria no Superior Tribunal Federal (STF), o qual, até abril de 2008, não havia firmado posição pacífica sobre o tema. A Primeira Turma do STF optava por decidir pela inconstitucionalidade da adoção do salário-mínimo como base de cálculo de

⁴⁹³BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*: promulgada em 5 de outubro de 1988. Contém as emendas constitucionais posteriores. Brasília, DF: Senado, 1988.

adicional de insalubridade⁴⁹⁴, enquanto a Segunda Turma inclinava-se para o posicionamento contrário.⁴⁹⁵

Vale citar os argumentos que levaram a decisões díspares na Suprema Corte Nacional. No Recurso Extraordinário (RE) n. 236.396, em decisão unânime, deu provimento ao recurso nos termos do voto do Ministro Sepúlveda Pertence. Em seu voto, o Ministro relator identificou a contrariedade ao artigo 7º, inciso IV da Constituição da República, quando o TST fixou o adicional de insalubridade em determinado percentual do salário-mínimo, incabível desde a promulgação da Constituição, remetendo os autos ao Tribunal Regional do Trabalho (TRT) de origem para decidir qual o critério substitutivo aplicável.

Na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n. 95, de 31.08.2006, prevaleceu o entendimento de que o artigo 7º, inciso IV, da Constituição Brasileira de 1988, não impediu a utilização do salário-mínimo como parâmetro quantificador para cálculo de indenização.

Posteriormente, em decisão proferida em 11.12.2007, a Segunda Turma, também em decisão unânime, acolheu o voto do relator, Ministro Gilmar Mendes, no RE n. 439035, afastando a vinculação do salário-mínimo. O Ministro Gilmar Mendes menciona posicionamento adotado pela Primeira Turma e o acolhe em sua decisão, dado que o artigo 7º, inciso IV da CLT veda a vinculação do salário-mínimo para qualquer fim. Ressalta-se que o Relator determina a remessa dos autos ao TRT de origem para que esse restabeleça o critério utilizado, qual seja, adoção da remuneração como base de cálculo do adicional de insalubridade. Ao proclamar o seu voto, o Ministro Eros Grau afirmou a superação do entendimento anterior preconizado pela Segunda Turma e reproduzido no acórdão do RE n. 458.802.

Essa discussão retrata propriamente o que enunciou Richard A. Posner, cuja citação ousa-se novamente reproduzir:

os casos litigados de acordo com regras ineficientes tendem a colocar mais coisas em jogo do que os casos litigados de acordo com regras eficientes porque as regras ineficientes, por definição, geram desperdício social, e quanto mais coisas estiverem em jogo numa disputa, tanto mais provável que esta seja litigada, ou seja, que não se chegue a um acordo;

⁴⁹⁴Ver RE 236.396; RE-AgR 451220; RE 451215 AgR; RE 487751 AgR.

⁴⁹⁵Ver AI-AgR 177959; RE 340.275; RE-AgR 561378; RE 458.802.

assim, os juízes terão uma possibilidade de reconsiderar a regra ineficiente.⁴⁹⁶

Ao STF foi atribuída a responsabilidade para reconsiderar a regra ineficiente e, em Sessão Plenária de 30.04.2008, aprovou a Súmula Vinculante n. 4:

Súmula Vinculante 4

Salvo nos casos previstos na Constituição, o salário-mínimo não pode ser usado como indexador de base de cálculo de vantagem de servidor público ou de empregado, nem ser substituído por decisão judicial.

Uma breve análise regressiva dos argumentos do STF sobre a matéria, até a aprovação da Súmula Vinculante n. 4, permite concluir que o argumento favorável à não recepção do artigo 192 da CLT está atrelado à interpretação literal do artigo 7º, inciso IV, parte final, da Constituição Federal de 1988; por outro lado, o argumento então esposado pela Segunda Turma do STF, embora pautada em uma interpretação literal, inclui conceitos que não se extraem da norma constitucional, mas parece avaliar os impactos econômicos, ou seja, tentam se aproximar de uma análise econômico-normativa. Alguns termos extraídos dos julgados citados, como “indexação” e “inflacionamento”, justificam a decisão que sustenta a adoção do salário-mínimo como base de cálculo do adicional. Mas aqui cabe uma ponderação: com base nos custos sociais decorrentes de acidentes de trabalho já apresentados, uma análise econômico-normativa não deveria estar voltada para os impactos no comportamento do empregador no âmbito da relação de trabalho, partindo da premissa de que a conduta a ser incentivada é a eliminação ou neutralização dos riscos à vida e à saúde do trabalhador?

O que se observa do conteúdo da Súmula Vinculante 4 é uma conclamação implícita para que o legislador infraconstitucional estabeleça os parâmetros para cálculo do adicional de insalubridade, conforme os ditames e os limites constitucionais. O STF objetivou retirar dos órgãos judiciários a atribuição de legislar sobre a matéria, pois:

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

[...]

XXIII – adicional de remuneração para as atividades penosas, insalubres ou perigosas, na forma da lei.

⁴⁹⁶POSNER, Richard A. op. cit., p. 484.

Enquanto não disciplinada infraconstitucionalmente, qual critério será utilizado, diante do texto da Súmula Vinculante n. 4? Situações desse jaez demonstram a fragilidade, a inconsistência, ou quiçá, a ausência de premissas sólidas de um modelo jurídico de incentivo de condutas, pois, no cenário atual, pode-se mesmo sustentar que a previsão do adicional de insalubridade, na ausência de norma regulamentadora, não produz efeitos jurídicos. A consequência disso, do ponto de vista técnico-jurídico positivo, é a ausência de obrigatoriedade de compensar os riscos decorrentes do ambiente de trabalho insalubre, até que o legislador se pronuncie sobre os parâmetros para aplicação da norma constitucional.

Cumprе mencionar que, no julgamento do recurso extraordinário com repercussão geral (RE n. 565.714), a partir do qual se aprovou a referida Súmula Vinculante, a Confederação Nacional das Indústrias destacou o aumento dos custos que uma decisão contrária à vinculação do salário-mínimo ensejaria, isto é, precisamente provocaria um aumento no “passivo” das empresas. O Governo do Estado de São Paulo alegou que, no caso de o STF entender que a vinculação ao salário-mínimo ofende o artigo 7º, inciso IV da Constituição Brasileira, haveria de se entender que, na ausência de norma infraconstitucional vigente, o direito ao adicional de insalubridade seria inexigível. Ressaltou o Governo do Estado de São Paulo que se manteria o pagamento do adicional vinculado ao salário-mínimo, dada a falta de norma regulamentadora em sentido contrário.⁴⁹⁷ Tal entendimento foge à coerência do sistema jurídico, ao promover o desestímulo à preservação da saúde e da segurança do meio ambiente do trabalho.

Outra norma jurídica que não induz ao padrão devido – eliminação ou neutralização dos riscos de acidentes do trabalho – é a impossibilidade de acumulação de adicionais de periculosidade e insalubridade, decorrente do § 2º do artigo 193 da CLT. O trabalhador que é exposto, por exemplo, a agentes químicos (insalubridade) e a agentes ionizantes (periculosidade) somente pode receber um dos adicionais previstos na lei. Focando na estrutura da norma, repousa subentendida a preocupação de redução de custos imediatos de produção: se o meio ambiente desfavorável à saúde do trabalhador é decorrente da atividade econômica desenvolvida, que seja pago um adicional, porém tão somente um. Qual o incentivo para o empregador eliminar ou neutralizar a insalubridade, se o trabalhador preferir o adicional de periculosidade e não houver a obrigação do empregador de compensar o risco com a insalubridade? Essa lógica, como se verifica, não considera os

⁴⁹⁷TV JUSTIÇA. Sessão plenária de 30.04.2008. Disponível em: <<http://videos.tvjustica.gov.br/?video=1301>>. Acesso em: 16 jun. 2008.

custos sociais decorrentes a médio e longo prazos e acabam por gerar consequências desastrosas e ineficientes.

2.2. O risco da ineficiência das medidas compensatórias

De acordo com os dados da publicação do Ministério do Trabalho e Emprego mencionada, em 2003, os gastos da Previdência Social com pagamento de benefícios acidentários e aposentadoria especial totalizaram cerca de 8,2 bilhões de reais:

Segundo Pastore (1998), para cada real gasto com o pagamento de benefícios previdenciários, a sociedade paga quatro reais, incluindo gastos com saúde, horas de trabalho perdidas, reabilitação profissional, custos administrativos etc. Esse cálculo eleva a um custo total para o país de aproximadamente 33 bilhões de reais por ano. [...] O número de dias de trabalho perdidos em razão dos acidentes aumenta o custo da mão de obra no Brasil, encarecendo a produção e reduzindo a competitividade do país no mercado externo. Estima-se que o tempo de trabalho perdido anualmente devido aos acidentes de trabalho seja de 106 milhões de dias, apenas no mercado formal, considerando-se os períodos de afastamento de cada trabalhador.⁴⁹⁸

O Direito objetiva evitar quadros de ineficiência, ou seja, conter as falhas decorrentes das relações entre os particulares, como o relatado acima. Observa-se que a opção pela proteção da vida e da saúde do trabalhador é uma escolha social maximizadora de “riqueza”, isto é, uma escolha racional. A elaboração de normas de incentivo de conduta deve priorizar a prevenção da ocorrência dos danos. Mas um dos incentivos de conduta são os mecanismos de efetividade (*enforcement*), que geram custos. Para o Estado Brasileiro, a Justiça do Trabalho constitui um exemplo de custos que o Estado assume para assegurar a efetividade de direitos sociais. Além da Justiça Especializada, o Poder Executivo mantém todo um aparato burocrático voltado à fiscalização de irregularidades no campo do trabalho subordinado. Ou seja, o Estado arca com custos para garantir que os demais custos decorrentes do cumprimento da legislação trabalhista sejam devidamente pagos pelo empregador, para evitar outros maiores custos sociais futuros. O custo variará conforme o

⁴⁹⁸BRASIL. MINISTÉRIO DO TRABALHO E EMPREGO. *Política Nacional de Segurança e Saúde do Trabalhador*. Proposta para Consulta Pública – versão pronta após sugestões – 29.12.2004, cit., p. 8.

grau de proteção conferido pelo ordenamento jurídico, o que culmina em uma obviedade: quanto maior a proteção, maior o custo.

Na óptica do sistema econômico capitalista, os custos determinam o valor da mercadoria. O valor do trabalho, como fator de produção, influencia o preço final da mercadoria produzida. Sob essa perspectiva, o capitalista tenta reduzir ao máximo o custo da produção ou para tornar o preço da mercadoria atrativo ao consumidor ou para aumentar sua margem de lucro. Conforme foi citado no início do tópico anterior, os empregadores adotarão medidas de redução de riscos até o ponto de ser menos custoso pagar aos trabalhadores o adicional sobre a remuneração do que investir na implementação de prevenção contra riscos à saúde e à segurança do trabalhador.⁴⁹⁹

Dada a postura do empregador, há de avaliar as implicações jurídicas, em face do conteúdo econômico presente nas relações de trabalho subordinado. Um dos princípios basilares do Direito do Trabalho é o princípio da norma mais favorável, o qual decorre da constatação de que, nas relações de trabalho subordinado, não há igualdade material entre as partes. Ainda que o sistema jurídico reconheça que a subordinação é decorrência imediata e direta do contrato de trabalho e não se confunde com subordinação econômica, na dinâmica da relação entre empregado e empregador, a “desigualdade jurídica material” traduz-se em assimetria de informação, responsável pela origem de três tipos de problemas: a) seleção adversa; b) risco moral (*moral hazard*); e c) contratos incompletos. E esses problemas, embora sejam avaliados sob uma perspectiva econômica, são traduzidos pelo sistema jurídico.

2.1.1. Seleção adversa (informação escondida)

Uma vez estabelecido o contrato, o agente pode se aproveitar da assimetria de informação e descumprir o acordado. Por exemplo, no contrato de trabalho, o empregador sabe avaliar melhor os riscos que a atividade econômica que ele explora geram à saúde e à vida do trabalhador, e será de seu interesse compensar o trabalhador com um valor inferior ao risco. Daí o legislador fixar o valor da compensação, a exemplo da insalubridade, de modo gradativo: riscos máximo, médio e mínimo.

⁴⁹⁹SHAPIRO, Sidney A. op. cit., p. 596.

2.1.2. Risco moral (*moral hazard*)

Quando há segurança de que o dano será indenizado, o agente se preocupará menos (redução do cuidado) em evitá-lo, aumentando a probabilidade de sua ocorrência. No exemplo do contrato de trabalho, uma vez que fique definida a responsabilidade objetiva do empregador em ressarcir os danos causados em acidente do trabalho, o trabalhador (vítima) não terá incentivo em se esforçar por manter o cuidado devido para evitar acidentes de trabalho ou doenças profissionais.

2.1.3. Contratos incompletos

Dos três problemas apresentados, os contratos incompletos assumem relevância dentro do Direito do Trabalho porque evocam um dos seus princípios basilares: o princípio da norma mais favorável. Dada a desigualdade entre os agentes econômicos, os contratos tendem a prestigiar os interesses de uma das partes em desvantagem da outra. Ademais, o cenário inicial em que o contrato foi celebrado pode sofrer alterações. A tendência do legislador é interpretar a norma com vistas a buscar o interesse da parte hipossuficiente (com menos informação). No sistema juslaboral, o princípio da norma mais favorável assume essa função.

É possível afirmar que o contrato de trabalho subordinado, originário dos séculos XVIII e XIX, constitui um exemplo dos atuais contratos de adesão. A principal característica dos contratos de adesão é a assimetria de poder, ou seja, desigualdade, o que pressupõe a hipossuficiência de uma parte perante a outra no momento da tomada de decisão ou, melhor dizendo, no momento do exercício da autonomia da vontade (liberdade). Armando Castelar Pinheiro e Jairo Saddi chegam a concluir que o próprio direito do consumidor é mais um direito do trabalhador. Para os dois autores, como “a grande parcela de consumidores é constituída, portanto, de agentes econômicos que são também trabalhadores assalariados das mais diversas áreas”, na medida em “que eram

percebidos avanços nos direitos humanos, ao trabalhador, principalmente, eram asseguradas novas conquistas”⁵⁰⁰, como os direitos do consumidor.

Enfim, a tutela do trabalhador e o sistema de defesa do consumidor surgem da constatação de que, nas relações de trabalho e de consumo, os agentes envolvidos detêm informação assimétrica. Por conseguinte, no caso de discussão sobre o alcance e o sentido de uma cláusula contratual, o princípio da norma mais favorável visa a uma interpretação que reproduza o interesse da parte hipossuficiente e restabeleça seus direitos eventualmente infringidos. A aplicação do princípio da norma mais favorável, nessa perspectiva, traduz-se por um instrumento de restabelecimento de equilíbrio, do incentivo ao padrão devido e, portanto, da maximização de “riqueza”. Contudo, Marcelo Bатуíra da C. Losso Pedroso, ao propor uma análise econômica do Direito do Trabalho, concluiu que:

se o aplicador do direito pender para o trabalhador, na solução de um litígio, com base na validade desse critério hermenêutico [*in dubio pro operario*], estará fazendo com que o interesse do particular (do empregado) prevaleça sobre o bem comum, que é representado pela empresa que constitui a fonte de sobrevivência de vários outros trabalhadores.⁵⁰¹

O bem comum ou a “riqueza” de uma sociedade, de acordo com o ordenamento vigente, é representado pelas escolhas (preferências) sociais destacadas da Constituição Federal, dentre elas a garantia da dignidade humana. Associar o bem comum à figura da empresa, como fonte de sobrevivência de outros trabalhadores, sem atentar para a garantia da vida e da saúde do ser humano, pode levar a situações de exploração da mão-de-obra justificada pelos interesses exclusivos da parte com mais informação. Além disso, constitui o risco de assumir uma postura institucionalista, encontrada nos regimes autoritários, os quais primavam pela negação de uma sociedade pluralista. Considere-se o caso julgado pela Quarta Turma do Tribunal Superior do Trabalho (TST), no Recurso de Revista (RR) nº 660481.2000.0. A empresa American Bank Note Company Gráfica e Serviços Ltda. foi condenada ao pagamento de indenização por obrigar um empregado a ficar nu em corredor espelhado para fazer revista visual. Condenada em primeira instância, a empresa, contudo, havia sido absolvida pelo Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região (TRT/RJ). O TRT/RJ considerou a revista de empregados lícita. As circunstâncias, segundo o

⁵⁰⁰PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. op. cit., p. 397.

⁵⁰¹PEDROSO, Marcelo Bатуíra da C. Losso. op. cit., p. 157.

entendimento do TRT/RJ, justificaram a revista, pois a empresa produzia material impresso para o qual a segurança é indispensável, por envolver o direito dos usuários dos serviços prestados. Além disso, o órgão de segunda instância levou em consideração, como justificativa para a revista, a notícia-crime registrada pela empresa em delegacia de polícia sobre a ocorrência de furtos do material confeccionado na gráfica. A revista era realizada na saída do prédio, momento em que “os empregados da American Bank Note eram obrigados ficar nus em um compartimento. Depois, entravam num corredor de um metro de largura por 3,5 metros de comprimento, todo espelhado, para fazer o percurso de ida e volta. Do lado de fora, eram observados pelos funcionários encarregados da revista visual.”⁵⁰² A submissão à nudez, entendeu o TRT/RJ, seria a única forma de a empresa realizar uma revista eficaz, dado que os produtos comercializados pela empresa seriam de pequeno tamanho e ínfimo volume. Dessa maneira, o TRT/RJ não analisou as consequências (risco de danos psicológicos e, portanto, comprometimento à saúde) em razão da constante exposição do trabalhador à nudez nessas condições. Na decisão do TST, que restabelece a condenação da empresa, buscou-se resgatar a dignidade do ser humano-trabalhador: “A fiscalização deve dar-se (...) mediante métodos razoáveis, de modo a não expor o empregado a uma situação vexatória e humilhante, não expô-lo ao ridículo nem à violação de sua intimidade”.⁵⁰³

É inquestionável que há decisões judiciais ineficientes, tanto do ponto de vista jurídico, como econômico-social. Richard A. Posner ressalta, entretanto, que tais decisões, por definição, vão impor custos sociais maiores do que aqueles impostos por decisões eficientes; o resultado é que “os que perdem os casos erradamente decididos de um ponto de vista econômico terão um incentivo maior, em termos gerais, a pressionar por correção mediante recurso, por um novo processo ou por ação legislativa, do que os que perderem os casos judiciosamente decididos de um ponto de vista econômico”.⁵⁰⁴ Ademais, prossegue Richard A. Posner,

os casos litigados de acordo com regras ineficientes tendem a colocar mais coisas em jogo do que os casos litigados de acordo com regras eficientes (porque as regras ineficientes, por definição, geram desperdício social, e quanto mais coisas estiverem em jogo numa disputa, tanto mais provável que esta seja litigada, ou seja, que não se chegue a um acordo;

⁵⁰²NOTÍCIAS DO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. Disponível em: <http://ext02.tst.gov.br/pls/no01/no_noticias.Exibe_Noticia?p_cod_noticia=4581&p_cod_area_noticia=ASCS>. Acesso em: 23 jul. 2008.

⁵⁰³Id., loc. cit.

⁵⁰⁴POSNER, Richard A. op. cit., p. 483-484.

assim, os juízes terão uma possibilidade de reconsiderar a regra ineficiente.⁵⁰⁵

O fundamento da decisão depende da concepção de trabalho adotada. Em se tratando de relações de trabalho subordinado, de acordo com o que já foi abordado, deve-se conceber o trabalho como uma ação humana, resultado de uma escolha, fundamentada por valores e normas. Por isso, não é possível pensar em trabalho sem liberdade. Disso decorre que a ideia de trabalho digno depende de um quadro de liberdade para o trabalhador expressar-se como ser humano em todo o seu potencial. O reconhecimento dos direitos fundamentais do trabalhador visou, dessa maneira, à proteção da integridade do trabalhador, em respeito à sua condição humana. Discutir-se-ia, então, como são concebidos os direitos nesse novo contexto que abarca os direitos humanos.

Stephen Holmes e Cass R. Sunstein lembram que a concepção de direitos depende do enfoque do sujeito-observador. Como exemplo, os autores trazem o direito a não poluição. Para eles, o teórico da moral no direito deverá dizer, em abstrato, que não existe direito de poluir. Por outro lado, o positivista sabe, com base na jurisprudência norte-americana, o dono das terras rio acima pode adquirir o direito de poluir do proprietário das terras situadas no desaguadouro do rio.⁵⁰⁶ E a questão que se põe é: qual dos dois paradigmas deve ser adotado? Ou ainda: é possível apontar a existência de um paradigma único? A resposta está na organização do sistema jurídico e a função a que ele se destina.

2.3. O excesso de comunicação no sistema jurídico: o modelo da responsabilidade subjetiva do empregador por acidentes de trabalho à luz do Código Civil de 2002

A conclusão a que chegou o Ministério do Trabalho e Emprego em publicação já citada nesse estudo é de que o “atual sistema de segurança e saúde do trabalhador carece de mecanismos que incentivem medidas de prevenção, responsabilizem os empregadores, propiciem o efetivo reconhecimento dos direitos do segurado, diminuam a existência de

⁵⁰⁵POSNER, Richard A. op. cit., p. 484.

⁵⁰⁶HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. op. cit., p. 18.

conflitos institucionais, tarifem de maneira mais adequada as empresas e possibilitem um melhor gerenciamento dos fatores de riscos ocupacionais”.⁵⁰⁷

De fato, a própria previsão de compensação financeira ineficiente pelo risco à saúde do trabalhador decorrente do meio ambiente do trabalho já constitui uma adequação a interesses de grupos com maior poder de barganha e não à maximização da utilidade coletiva: proteção da vida e da saúde. Ao menos, em princípio, poder-se-ia imaginar que uma base de cálculo maior impulsionaria o empregador, em sua óptica de lucro-prejuízo, à adoção de medidas de redução e eliminação de riscos no meio ambiente do trabalho.

Contudo, a premissa “os empregadores adotarão medidas de redução de riscos até o ponto de ser menos custoso pagar aos trabalhadores o adicional sobre a remuneração do que investir na implementação de prevenção contra riscos à saúde e à segurança do trabalhador” revela que o aumento da compensação não gera necessariamente incentivo de conduta conforme o padrão devido. Giovanni Immordino e Marco Pagano ressaltam que “ao aumentar o custo de produção para as empresas, padrões mais rígidos aumentam o incentivo para o descumprimento e, portanto, exigem medidas de coerção mais intensivas”.⁵⁰⁸

Sidney A. Shapiro conclui que “mesmo se mais trabalhadores fossem compensados com índices de compensação mais altos, os empregadores poderiam ainda ter falta de um forte incentivo econômico para investir em medidas de saúde. A decisão de um administrador em investir em prevenção de doenças não está baseada na compensação dos gastos, a qual resulta das ações passadas, mas na probabilidade de que o investimento prevenirá doenças futuras”.⁵⁰⁹ Como as doenças profissionais são resultados de longa exposição, as consequências da conduta não são verificadas prontamente. Mais que isso, Sidney A. Shapiro avalia que “os administradores sabem que muitos trabalhadores mudarão de emprego durante o longo período de latência (dos efeitos da doença), o que livra o empregador do pagamento da compensação quando o trabalhador vier a adoecer”.⁵¹⁰

⁵⁰⁷BRASIL. MINISTÉRIO DO TRABALHO E EMPREGO. *Política Nacional de Segurança e Saúde do Trabalhador*: Proposta para Consulta Pública – versão pronta após sugestões – 29.12.2004, cit., p. 8.

⁵⁰⁸IMMORDINO, Giovanni; PAGANO, Marco. The costs of rights – an economic analysis. *Diritto & Questioni Pubbliche*, Palermo, n. 4, p. 88, ano 2004.

⁵⁰⁹SHAPIRO, Sidney A. op. cit., p. 607.

⁵¹⁰Id., loc. cit.

O resultado é que as medidas de compensação, tais como adicionais sobre a remuneração, não são eficientes por si só, ainda que as regras fossem bem elaboradas. Tomadas isoladamente, as medidas de compensação remuneratórias não incentivam condutas de eliminação ou neutralização de riscos à saúde ou à vida dos trabalhadores.

A tendência é que as medidas de coerção indireta cedam espaço paulatinamente a medidas de coerção direta ou o estímulo à busca de indenização pelas vias judiciais. Para isso, o modelo deve considerar a conjugação de medidas compensatórias elaboradas de maneira eficiente a um modelo de responsabilidade civil que incentive a conduta de acordo com o padrão devido. Muitas vezes a aplicação da legislação resulta em esforços paliativos, quando se propõem medidas compensatórias ineficientes para atender a grupos de interesses econômicos com maior poder de barganha.

O custo da compensação aumenta ou é devidamente calculado em função da informação do risco da atividade de que detém o trabalhador. Quanto mais ele sabe que a atividade por ele realizada provoca risco, maior será a sua demanda por compensação. Ocorre que o risco não é individual, mas de uma coletividade de trabalhadores. Dessa forma, o cálculo do risco é coletivo e não individual; depende, pois, da organização do grupo de trabalhadores envolvidos para pressionar o empregador à negociação.

Isso significa que o adicional compensatório que um trabalhador pode obter em razão da exposição a riscos do ambiente de trabalho é uma função do poder de negociação do trabalhador.⁵¹¹ Dada a dificuldade de integração dos trabalhadores no ambiente de trabalho, a figura do sindicato torna-se determinante para o exercício do processo de barganha e disseminação da informação. No entanto, no Brasil, o sistema de unicidade sindical, com contribuição sindical compulsória, garante o “monopólio” da representação e não exige do sindicato uma atuação competitiva em busca da maior representatividade. O resultado é a reduzida integração entre sindicatos e trabalhadores, que permanecem, assim, desintegrados e desinformados.

A solução apresentada pelo ordenamento jurídico, conforme visto, concentra-se no exercício do poder de polícia administrativa para fiscalizar as normas de proteção ao trabalhador. Ou seja, a proposta fundamenta-se na coerção para incentivar condutas. O problema é que tal solução deixa de ser eficiente, na medida em que, na falta de graves e iminentes riscos à vida do trabalhador, apenas cabem medidas de coerção indiretas, quais

⁵¹¹SHAPIRO, Sidney A. op. cit., p. 600.

sejam, as autuações. A imposição de multas não promove a regularização e aumento do bem-estar (utilidade) e o empregador inclui, portanto, a medida administrativa (ação fiscal e auto de infração) como parte do risco da atividade econômica e não como mecanismo eficiente de melhoria das condições de trabalho. A legislação apenas prevê medidas coercitivas diretas no caso de grave e iminente risco. Nessa hipótese, o Estado impõe embargo ou interdição, paralisando a atividade econômica. O empregador, nessa circunstância, é impelido à promoção das medidas de proteção à vida do trabalhador.

Observa-se que a hipótese do grave e iminente risco se reduz à exposição a acidentes que gerem risco de morte imediata. Contudo, demais hipóteses de risco à saúde não ensejam medidas coercitivas diretas; há falta de incentivo para os casos em que os danos são provocados a médio ou a longo prazo, como na hipótese de perda de audição (doença profissional). E os custos com o pagamento de benefícios previdenciários ou aposentadorias por invalidez permanente são suportados pela coletividade, resultando em um quadro de ineficiência, conforme as análises trazidas nesse breve estudo.

Em face disso, embora as normas regulamentadoras de saúde e segurança sejam um importante instrumento de proteção à saúde do trabalhador, a sua efetividade depende de grande aporte de investimento público na área de fiscalização do trabalho e no aparato judicial, os quais acabam por compensar a deficiência de informação do trabalhador e a baixa representatividade dos sindicatos. Diante das limitações orçamentárias, as medidas compensatórias e o aparato estatal (administrativo e judicial) tornam-se pouco eficientes, em face dos custos apontados.

2.4. Modelo de responsabilidade civil extracontratual

A fim de estimular as condutas, além das medidas compensatórias e do aparato estatal, o legislador adota um modelo de responsabilidade civil extracontratual. O critério para um modelo eficiente de responsabilidade civil extracontratual, isto é, no contexto de uma análise econômica do Direito, deve ser o custo. A responsabilidade contratual deriva das próprias cláusulas elaboradas pelos agentes econômicos ou partes contratantes. A questão reside no modelo de atribuição de responsabilidade decorrente de ato ilícito (responsabilidade extracontratual). De forma pragmática, há três regras possíveis as quais se passa a analisar.

2.4.1. Regra da responsabilidade zero

Dados dois indivíduos, qualquer um dos dois pode assumir a condição de agente ou de vítima, dependendo a quem for atribuída a responsabilidade. Se não houver qualquer atribuição de responsabilidade pela falta de cuidado, o grau de diligência dos agentes econômicos tende a ser nulo.

Dessa maneira, se a responsabilidade zero for atribuída ao empregador (agente): não haverá nenhum incentivo à implementação de medidas de prevenção a acidentes de trabalho, pois o custo será atribuído integralmente ao trabalhador (vítima).

Por outro lado, se a responsabilidade zero for atribuída ao trabalhador (agente): não haverá nenhum cuidado do trabalhador em evitar o risco, já que saberá que o mesmo será integralmente arcado pelo empregador (vítima).

Na primeira situação, o empregador provoca o dano em razão da falta de adoção do cuidado devido para evitar o acidente, já que o custo do dano para ele é zero. Portanto, o empregador assume a condição de agente e o trabalhador é a vítima. Na segunda hipótese, o trabalhador não age com o cuidado devido, pois sabe que a compensação do dano será integralmente atribuída ao empregador.

2.4.2. Responsabilidade estrita (objetiva)

Há apenas uma solução ótima que minimiza os custos sociais da sociedade. Nesse caso, dados os dois agentes econômicos, atribui-se o custo do dano integralmente ao agente que explora a atividade de risco e que detém presumidamente a maior informação. Diante da assimetria de informação, o agente que se encontra comparativamente em vantagem assume o risco do dano causado e, portanto, ele terá de arcar com o custo total de cuidado para evitar o dano. Haveria de se indagar: como evitar o risco moral (*moral hazard*) a que estará sujeito o empregador?

Na hipótese de responsabilidade objetiva e de acordo com a teoria do risco moral, “os trabalhadores tendem a ser menos vigilantes e, portanto, sofrem mais (e mais sérios)

danos à saúde, porque benefícios cada vez maiores diminuem os riscos econômicos pessoais associados a tais danos”.⁵¹²

Embora o legislador brasileiro não tenha adotado o modelo de responsabilidade estrita (conforme foi enunciado no capítulo anterior), a CLT prevê que a ausência de cuidado do empregado, uma vez atendidas as normas de proteção e segurança (ou seja, o empregador arcou com o custo total de cuidado/prevenção contra acidentes), autoriza o empregador a dispensar o trabalhador por justa causa. Do contrário, em um modelo de responsabilidade objetiva, haveria o risco de que o empregado propositalmente aproveitasse qualquer oportunidade, por exemplo, para não usar o EPI e, sendo dever do empregador garantir o efetivo uso, em caso da ocorrência do dano, o trabalhador teria direito a uma indenização. A dispensa por justa causa é uma medida de incentivo para o trabalhador agir com o cuidado devido.

Uma vez que se consiga criar mecanismos de minimização do risco moral, a responsabilidade objetiva apresenta como vantagem a diminuição do custo de transação arcado pela vítima e maior incentivo à adoção do cuidado devido pelo agente. É por essa razão que, ainda que o texto constitucional preveja que a indenização por dano causado por acidente dependa da comprovação de dolo ou culpa do empregador, o Ministério da Previdência Social elaborou um quadro que aponta a existência de relação entre a lesão ou agravo e a atividade desenvolvida pelo trabalhador, a partir de estudos científicos fundados em dados estatísticos e epidemiológicos. Trata-se do denominado “Nexo Técnico Epidemiológico Previdenciário” (NTEP). De acordo com informações do próprio Ministério da Previdência Social,

o NTEP foi implementado nos sistemas informatizados do INSS, para concessão de benefícios, em abril/2007 e de imediato provocou uma mudança radical no perfil da concessão de auxílios-doença de natureza acidentária: houve um incremento da ordem de 148%. Este valor permite considerar a hipótese que havia um mascaramento na notificação de acidentes e doenças do trabalho. O Departamento de Saúde e Segurança Ocupacional da Secretaria de Políticas de Previdência Social apresenta a apuração mensal da quantidade de auxílios-doença concedidos, de natureza previdenciária e acidentária, segundo os códigos da Classificação Internacional de Doenças – CID-10 e semestralmente apresentará a evolução do quadro. Os dados informados abrangem,

⁵¹²SHAPIRO, Sidney A. op. cit., p. 604.

inicialmente, as análises relativas aos anos de 2006 e 2007 e as informações parciais mensais relativas a 2008.⁵¹³

A partir do NTEP, identificaram-se doenças causalmente relacionadas a determinadas atividades econômicas, isto é, houve cruzamento dos dados do CNAE (Classificação Nacional de Atividade Econômica) com os do CID-10 (Classificação Internacional de Doenças) e, estatisticamente, constatou-se riscos inerentes a atividades econômicas. Isso significa que ao trabalhador não é transferido o ônus de comprovar o nexo causal, pois este é objetivamente calculado pelo NTEP. Trata-se de um avanço no sistema de previdência rumo à adoção da teoria do risco.

Como analisa Rui Stocco, a responsabilidade do empregador, em caso de acidente de trabalho, deveria ser objetiva, por força da teoria do risco ⁵¹⁴. Mas não foi essa a inteligência do legislador constituinte, escolha essa que, com base em uma análise econômica, não foi eficiente em uma sociedade complexa e de risco.

2.4.3. Responsabilidade subjetiva (culpa ou dolo)

De acordo com o artigo 7º, inciso XXVIII, da Constituição Federal, em caso de acidente de trabalho e comprovado o dolo ou a culpa, o empregador estará obrigado a pagar indenização. Isso significa que o modelo baseia-se em um padrão devido de cuidado, o qual, conforme se depreende, está expresso no conteúdo das normas de saúde e de medicina do trabalho.

Questionou-se se o legislador manteve a opção pelo modelo da responsabilidade subjetiva, após o advento do Código Civil de 2002 (CC/2002), que, em seu artigo 927, dispõe: “Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos

⁵¹³BRASIL. MINISTÉRIO DA PREVIDÊNCIA SOCIAL. *Informações Estatísticas Relativas à Segurança e Saúde Ocupacional*. Disponível em: <<http://www.previdencia.gov.br/conteudoDinamico.php?id=500>>. Acesso em: 02 jan. 2009.

⁵¹⁴STOCCO, Rui. *Tratado de responsabilidade civil: responsabilidade civil e sua interpretação doutrinária e jurisprudencial*. 5. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2001. p. 476.

especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem”.⁵¹⁵

O dispositivo acima permite indagar se haveria responsabilidade objetiva quando a atividade normalmente desenvolvida implica risco para os direitos de outrem. Gustavo Filipe Barbosa Garcia, ao se debruçar sobre o tema, identificou duas correntes: a primeira corrente entende pela aplicação da norma do Código Civil em caso de acidente de trabalho; a outra é contrária, mantendo a necessidade de comprovação de dolo ou culpa para responsabilização do empregador. Segundo o autor, os que defendem a responsabilidade objetiva nos acidentes de trabalho sustentam que seria paradoxal que um terceiro, uma vez identificada a atividade como de risco, pudesse receber indenização sem necessidade de comprovar culpa ou dolo, enquanto o trabalhador tivesse de suportar esse ônus por força do texto constitucional. Contrariamente a essa orientação, defende-se a responsabilidade subjetiva (aquiliana) sob o argumento de que a responsabilidade objetiva deve constar expressamente do texto legal e não pode decorrer de uma interpretação extensiva. Ademais, o texto constitucional é claro e traz uma norma específica em casos de acidente de trabalho, a qual não pode ser derogada por disposição genérica infraconstitucional. Nem caberia cogitar da aplicação da norma mais favorável, pois a mesma se restringe à interpretação das cláusulas e das normas trabalhistas que incidem sobre o contrato de trabalho, e a responsabilidade do empregador estudada é de natureza civil e extracontratual.⁵¹⁶

A partir dessas considerações, observa-se que o modelo adotado pelo Código Civil é de responsabilidade objetiva do empregador diante de danos causados a terceiros, com vistas a diminuir o custo de transação, dado que a atividade econômica explorada é reconhecida pelo ordenamento jurídico como de risco. É a hipótese do dano nuclear, previsto no art. 21, inciso XXIII, *d*, da Constituição Federal de 1988.

Examina-se o impacto do artigo 927 do CC/2002 frente ao dispositivo constitucional, que determina a responsabilidade subjetiva do empregador em acidentes de trabalho. A interpretação do artigo do Código Civil é de que, para fins de responsabilidade

⁵¹⁵CAHALI, Yussef. (Org.). *Constituição Federal, Código Civil, Código de Processo Civil, Código Comercial*. 9. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2007. p. 337.

⁵¹⁶GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. *Meio ambiente do trabalho: direito, segurança e medicina do trabalho*. São Paulo: Ed. Método, 2006. p. 46-47.

por acidente de trabalho, os empregados não se enquadram na categoria de “terceiros”⁵¹⁷, prevalecendo o texto constitucional (responsabilidade subjetiva). Mas, e se o empregado sofre um acidente de trabalho ou adquire uma doença profissional em decorrência de dano nuclear? Nessa hipótese, é o próprio texto constitucional que estabelece a responsabilidade objetiva do empregador, que pode ser a Administração Pública ou um empregador que exerça a atividade nuclear em regime de concessão ou permissão.

A inconsistência e a falta de um modelo eficientemente elaborado permitem falhas de comunicação e de informação. O resultado é o aumento do custo de transação e, mais ainda, pouco incentivo para estimular condutas conforme o devido padrão de cuidado (minimização de danos e, portanto, mais custos).

Gustavo Filipe Barbosa Garcia propõe a modificação do dispositivo constitucional sobre responsabilidade civil do empregador por acidente do trabalho, “de modo a permitir a incidência da *responsabilidade objetiva* para os casos em que a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem”⁵¹⁸, a exemplo do que já fez o constituinte ao tratar da responsabilidade por dano nuclear.

De acordo com a legislação vigente, a atribuição da responsabilidade objetiva do empregador não implicaria, como visto, ausência de custo com o cuidado por parte da vítima (empregado). O empregado assume, na relação de trabalho, a responsabilidade de agir, conforme o devido padrão de cuidado definido pela legislação. Isto é, uma vez que o empregador adotou as medidas de proteção de saúde e de medicina do trabalho integralmente, o comportamento do empregado deve se orientar conforme as medidas implementadas, sob pena de arcar com o custo da perda do emprego. Nesse caso, a responsabilidade do empregado é subjetiva, pois, uma vez comprovado o dolo ou a culpa, autoriza-se o empregador a proceder com a dispensa por justa causa do trabalhador. Porém a dispensa nesses moldes deve ocorrer antes do advento do dano à saúde ou à vida do trabalhador, pois a legislação prevê estabilidade de 12 (doze) meses, a contar do retorno ao trabalho, para o empregado acidentado no trabalho ou acometido por doença

⁵¹⁷Vide TRT 2ª Reg – RO 01187200204802008 – Ac. 7ª T. 20050595177 – Relª. Juíza Catia Lungov – DJSP 09.09.2005, p. 16.

⁵¹⁸GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. *Meio ambiente do trabalho: direito, segurança e medicina do trabalho*, cit., p. 51.

profissional⁵¹⁹. Portanto, durante o período de afastamento e antes de completados doze meses de retorno ao trabalho, o empregado não poderá ser dispensado.

Quais as consequências de um modelo dessa natureza, sob uma análise econômica? Assume-se a hipótese de que o modelo é de responsabilidade objetiva para as atividades de risco, como a atividade nuclear. O empregador adota todas as medidas de segurança previstas, ou seja, o agente suporta integralmente com o custo com cuidado. Porém, se, plenamente informado sobre o modelo de responsabilidade objetiva, o empregado adotar uma postura negligente, porque sabe que o custo do dano será suportado pelo empregador? Sabe-se que o trabalhador tem o custo da perda do emprego, antes de ocorrido o dano. Mas e se o dano ocorrer por culpa do trabalhador, antes da dispensa por justa causa pelo empregador?

Aqui se enfrenta o problema de, em um modelo de responsabilidade civil objetiva, contornar as falhas do modelo jurídico de racionalidade, que visa aproximar o homem real a um homem ideal. A partir da ideia de razão humana maximizadora do bem “vida”, pode parecer absurdo que um trabalhador deixe de usar um EPI e propositalmente exponha a sua vida a uma situação de risco, com vistas à percepção de uma indenização. Mas o Direito não pode afastar as consequências do risco moral (*moral hazard*) e da seleção adversa. Na situação mencionada, há duas possibilidades de análise: a) o empregador é responsável objetivamente, em face do risco da atividade; ou b) o empregador é responsável subjetivamente, ou seja, será responsável se restar comprovada a *culpa in vigilando* ou *in eligendo*.

No primeiro item, a solução não seria eficiente, na medida em que, independentemente da adoção de medidas de proteção ou não, o empregador seria responsável, mesmo quando o trabalhador tivesse dado origem ao dano por culpa ou dolo. A responsabilidade objetiva, nessa situação, sem admitir a hipótese do *moral hazard*, não incentivaria condutas de cuidado. Imagine-se a situação em que o empregador acaba de adquirir um novo EPI, que elimina o risco da insalubridade. O empregador promove treinamento a seus trabalhadores, todos qualificados e com formação adequada para o exercício da atividade laboral. Um dos trabalhadores, contudo, por interesse particular,

⁵¹⁹Lei 8.213/91: “Art. 118 - O segurado que sofreu acidente do trabalho tem garantida, pelo prazo mínimo de doze meses, a manutenção do seu contrato de trabalho na empresa, após a cessação do auxílio-doença acidentário, independentemente de percepção de auxílio-acidente.”

pondera os bens envolvidos – vida *versus* vantagem pecuniária – e opta pela indenização, sem considerar a ineficiência de sua escolha em termos de custo total. Dolosamente, esse trabalhador retira abruptamente o EPI durante a jornada de trabalho e, antes que seja possível evitar o dano ou tomar qualquer outra medida, sofre acidente com redução permanente de capacidade laborativa. Essa hipótese narrada soa como uma situação limite, mas que não pode ser descartada no processo de modelagem, com base no modelo de comportamento dos agentes econômicos. A responsabilidade objetiva do empregador, nesse caso, seria ineficiente. A solução mais adequada seria atribuir ao empregador a responsabilidade subjetiva, transferindo ao trabalhador o custo da comprovação da culpa ou do dolo. Ainda com base no exemplo enunciado, caberia ao trabalhador comprovar:

1) culpa *in vigilando*: o trabalhador, desconhecendo o grau do risco a que está exposto (informação assimétrica), não foi devidamente orientado, treinado ou fiscalizado durante a adoção das medidas de segurança (ex. uso do EPI);

2) culpa *in eligendo*: o trabalhador, pouco qualificado ou com má formação técnica e educacional, não consegue absorver a informação sobre as medidas de segurança (ex. contratação de mão-de-obra desqualificada porque o custo salarial é mais baixo).

Essas são meras considerações acerca de um modelo de responsabilidade objetiva, em face da interpretação do artigo 7º, inciso XXVIII, segunda parte, combinado com o artigo 21, inciso XXIII, *d*, ambos da Constituição Federal de 1988. Mas sabe-se que o legislador manifestou sua preferência pela responsabilidade subjetiva. E o comportamento do empregador pauta-se na comparação entre o custo do agente operar abaixo do padrão devido de cuidado e o custo do dano causado; se o custo do dano for menor, não haverá incentivo.

No modelo de responsabilidade subjetiva, como parte do custo do dano, agrega-se o custo de transação a ser suportado pela vítima (ex. comprovação do nexo causal, tempo, desgaste psicológico, custos judiciais), que pode desestimular a busca pela indenização e aumentar a falta de incentivo para a adoção do padrão de cuidado pelo agente causador do dano. A consequência é o aumento do custo social, com altos gastos suportados pela Previdência Social e a formação de um considerável contingente de indivíduos parcial ou totalmente incapacitados para o trabalho.

O modelo de responsabilidade civil, como exemplo aqui tratado, possibilita a condenação, pela via judicial, de reparar os danos individuais sofridos pelo trabalhador.

Contudo, conforme foi analisado, o universo laboral envolve não apenas o indivíduo, mas toda uma coletividade. Enquanto as medidas de proteção de saúde e medicina do trabalho não forem eficientemente incentivadas, o risco da atividade permanece, isto é, a vida e a saúde não estão protegidas, comprometendo a razão de ser da própria sociedade e do Estado.

2.5. A coerência valorativa do sistema juslaboral laboral e a adoção da jornada de 12X36

A Consolidação das Leis do Trabalho, em seu artigo 193, dispõe:

Art. 193 - São consideradas atividades ou operações perigosas, na forma da regulamentação aprovada pelo Ministério do Trabalho, aquelas que, por sua natureza ou métodos de trabalho, impliquem o contato permanente com inflamáveis ou explosivos em condições de risco acentuado.

§ 1º - O trabalho em condições de periculosidade assegura ao empregado um adicional de 30% (trinta por cento) sobre o salário sem os acréscimos resultantes de gratificações, prêmios ou participações nos lucros da empresa.

§ 2º - O empregado poderá optar pelo adicional de insalubridade que porventura lhe seja devido.

O artigo 194 prevê a supressão do pagamento do adicional de insalubridade ou de periculosidade, em caso de eliminação de risco:

Art. 194 - O direito do empregado ao adicional de insalubridade ou de periculosidade cessará com a eliminação do risco à sua saúde ou integridade física, nos termos desta Seção e das normas expedidas pelo Ministério do Trabalho.

Observa-se que a legislação admite a exposição do trabalhador a um meio ambiente de trabalho que comprometa a sua saúde e o compensa com o pagamento de um adicional. O texto do artigo 194 deixa claro que o pagamento do adicional é devido, enquanto não cessada a eliminação do risco à saúde ou integridade física do trabalhador. Destarte, o dispositivo do diploma consolidado permite que o empregador avalie os custos entre pagar o adicional ou dotar o meio ambiente de condições favoráveis à eliminação do risco. Chega-se à seguinte conclusão: ainda que seja possível garantir a saúde do trabalhador –