

FUNDAMENTOS DA DECISÃO

Art. 489. São elementos essenciais da sentença:

I - o relatório, que conterà os nomes das partes, a identificação do caso, com a suma do pedido e da contestação, e o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo;

II - os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito;

III - o dispositivo, em que o juiz resolverá as questões principais que as partes lhe submeterem.

§ 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:

I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida;

O primeiro inciso que refuta fundamentada a decisão, determina que a indicação, reprodução ou paráfrase de ato normativo não é causa de decidir. O legislador entendeu por bem expurgar a tendência em considerar-se suficiente à motivação da decisão a menção à norma que o Juiz entende cabível para o caso. Se o Juiz assim realiza sua motivação, não está de fato explicitando seu convencimento.

A finalidade da fundamentação não é alcançada quando assim realizada. A indicação do ato normativo não possibilita à parte insurgir-se utilmente quanto ao resultado da decisão, porquanto não saiba o que, daquele ato normativo mencionado, influenciou o Magistrado em seu convencimento.

É preciso, portanto, que o Magistrado, quando da indicação da norma aplicável ao deslinde da controvérsia, exponha de forma clara as razões pelas quais entende cabível aquele ato normativo, deixando evidente os motivos que o convenceram pela aplicação da norma. Quer dizer, não bastará que o Juiz mencione a norma que solucione o caso. Será imprescindível que o mesmo manifeste as razões que lhe convencem a aplicar aquela norma ao caso, pormenorizando o que daquela norma influencia a tomada de sua decisão.

II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso;

Os conceitos jurídicos indeterminados são aqueles cujo conteúdo e extensão são em larga medida incertos, ou seja, não são dotados de um sentido preciso e objetivo. Do ponto de vista estrutural, possuem uma zona de certeza quanto ao seu significado, habitualmente chamada de *núcleo conceitual*. Essa zona qualifica o campo dentro do conceito em que se tem uma noção clara e precisa do seu significado.

De um lado, há a *zona de certeza positiva*, representada pelo campo em que ninguém duvida da efetiva aplicação do conceito. De outro, há a *zona de certeza negativa*, qualificada pelo campo em que ninguém duvida da impossibilidade de aplicação do conceito.

Contudo, entre as zonas de certeza positiva e negativa, vigora um espaço de dúvidas quanto à aplicação ou não do conceito. Tal espaço é chamado de *zona de incerteza* ou *halo conceitual*.

O conceito jurídico indeterminado sempre gera discricionariedade? Qual a relação lógico-jurídica que necessariamente existe entre essas duas espécies conceituais?

Comungamos do entendimento de que os conceitos jurídicos indeterminados ora podem gerar discricionariedade, ora podem outorgar poder vinculado. A verificação só pode ser feita diante do caso concreto.

Primeiramente, é forçoso esclarecer que a dicotomia entre discricionariedade e interpretação é, em parte, falaciosa, uma vez que toda norma jurídica é resultado de um processo interpretativo. Já foi dito que a interpretação é, fundamentalmente, a atividade de transformar textos em normas jurídicas. E a interpretação não permite uma única solução verdadeira. Destarte, mesmo nas hipóteses de atribuição de poder discricionário, há que se realizar o trabalho de busca do sentido da norma jurídica. A discricionariedade começa onde termina a interpretação.

Nas hipóteses em que os fatos se subsumem à zona de certeza positiva ou negativa de um conceito jurídico indeterminado não há que se falar em poder discricionário. No entanto, há casos em que os fatos se situam na zona de incerteza ou no halo conceitual do conceito jurídico indeterminado. Consequentemente, a interpretação do conceito poderá resultar em mais de uma opção válida para o juiz, o qual deve utilizar todos os métodos possíveis de exegese para alcançar o interesse público que o legislador quis proteger ao conferir-lhe discricionariedade.

III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão;

Conforme Michelle Taruffo o conceito de fundamentação *per relationem*, “relacional” - em tradução literal - ou “referencial”, a qual entende presente “[...] quando, sobre um ponto decidido, o juiz não elabora uma motivação autônoma ad hoc, mas se serve do reenvio à motivação contida em outra decisão”

A motivação *per relationem* é geralmente apontada como sinônimo de motivação *aliunde*, malgrado seja possível visualizar diferenças entre ambas, pois enquanto aquela consiste em remeter a outras decisões ou pareceres e mesmo a alegações das partes, constantes dos próprios autos, esta consiste em adotar argumentos veiculados fora dos autos, especialmente em precedentes jurisprudenciais, para fundamentar a decisão, em vez de desenvolver originalmente seus próprios argumentos.

Por entender que tanto uma como outra são espécies do gênero de fundamentação que prescinde de motivação autônoma, pouco importando se a motivação incorporada se encontra ou não entranhada nos autos, tratar-se-ão como sinônimos, identificadas pelo gênero e com referência exclusiva à motivação *per relationem*.

De qualquer sorte, a doutrina majoritária aponta os seguintes casos de fundamentação referenciada: a) o acórdão que confirma a sentença “por seus próprios fundamentos”; b) a decisão que se remete às razões da parte; c) a decisão que se remete ao pronunciamento do Ministério Público; d) a decisão em juízo de retratação; e) a decisão que se remete a jurisprudência ou Súmula.

Para atender ao requisito legal é preciso que os passos do raciocínio judicial para construção da decisão estejam perfeitamente identificados, para que as partes possam reconstruí-lo e assim alcancem os motivos do convencimento do julgador, mas não significa que não possam ser extraídos de raciocínio anterior, realizado pelo próprio julgador ou por outro operador do Direito, desde que nesta tarefa de substituição de fundamentos próprios por alheios satisfaçam-se todos os elementos constantes da tarefa de fundamentar a decisão.

IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador;

A decisão judicial - especialmente a sentença - deve, com efeito, ser completa, examinar todas as questões postas pelas partes - embora não precise examinar todos os argumentos das partes, limitando-se aos que possuam relevante influência na solução do litígio - ser expressa ao declinar os fundamentos, ser clara na exposição, ser coerente na linha de encadeamento dos fatos e na escolha da regra de direito selecionada para incidir sobre os mesmos, e por fim, ser lógica no desenvolvimento do raciocínio, de forma que demonstre o atingimento da verdade dos fatos através de uma causa suficiente.

Mas o que a decisão judicial não precisa, máxime quando a questão examinada é reprodução idêntica de outras, objeto de prévio enfrentamento e cognição, é ser repetitiva, tautológica ou redundante, como se ao magistrado fosse obrigatório, a cada nova decisão, transmutar em palavras próprias o que já foi decidido em casos idênticos, apenas para satisfazer uma suposta necessidade - que não consta em lugar algum da lei - de decisão autônoma.

Nota-se que o legislador utilizou o termo “em tese”, ou seja, o Magistrado deverá fazer uma análise minudente do argumento apresentado pela parte vencida para situar se o mesmo influenciaria na decisão em sentido contrário à solução que fora dada. Nesse sentido, o legislador manteve de certo modo subjetiva a questão da fundamentação, porquanto dependerá do próprio julgador em pronunciar-se sobre a influência ou não daquela tese vencida na decisão emanada. Com isso, poderá ocorrer de o juiz justificar a ausência de apreciação das teses e argumentos vencidos pelo simples fato de os mesmos não infirmarem o resultado do Julgamento.

V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;

A análise desse dispositivo desperta o exame de uma importante questão de fundo: muito embora o instituto do precedente judicial encontra-se presente em todos os sistemas jurídicos, a distinção a ser

analisada está na importância que os países que adotam o sistema da *common law* dão ao precedente judicial, bem como as hipóteses em que lhe é atribuído o caráter vinculante e as hipóteses em que o caso julgado é tratado apenas como um mero elemento de persuasão, que atue tão somente de maneira subjetiva no convencimento do Magistrado.

Assim, no sistema adotado no Direito Brasileiro – *civil law* – há a predominância da busca pela segurança jurídica, e, em contrapartida, na *common law*, os países que o adotam, disciplinam seu direito por meio de um Direito costumeiro, aplicado pela jurisprudência, no qual predomina a visão de pacificação e reconciliação dos litigantes.

Todo precedente é composto de duas partes distintas: *a)* as circunstâncias de fato que embasam a controvérsia; e *b)* a tese ou o princípio jurídico assentado na motivação (*ratio decidendi*) do provimento decisório. Referida *ratio decidendi* (“razão de decidir” ou “razão para que se decida”) é uma norma geral, construída doutrinariamente mediante raciocínio indutivo, representativa dos dados reputados relevantes no julgamento, a qual deve ser exposta na fundamentação das decisões proferidas pelos Magistrados, porquanto será ela a base da conclusão do Juiz acerca da questão *sub judice*.

Em adequação ao quanto determinado pelo dispositivo em comento, de se notar que o Magistrado deverá, sob pena de nulidade da decisão, identificar todos os fundamentos determinantes daquele precedente utilizado que se ajustem ao caso em debate, bem assim demonstrar de forma clara que a lide *sub judice* ajusta-se àqueles fundamentos.

Nesse sentido, poderá o Juiz atuar de duas maneiras: 1. criar a *norma jurídica* do caso concreto, inovando seus fundamentos, ou 2. utilizar ao caso concreto a *norma geral*, devendo aqui demonstrar seus fundamentos, interpretando-a e aplicando-a caso a caso.

VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

O juiz deve pesquisar se já houve pronunciamento judicial sobre o tema e, constatando a existência, realizar um processo de decomposição do precedente.

A decomposição tem o objetivo de separar a *essência da tese jurídica* ou *razão de decidir* (*ratio decidendi* no direito inglês ou *holding* no direito norte-americano) das *considerações periféricas* (*obiter dicta*), pois é apenas o núcleo determinante do precedente que vincula (*binding precedent*) o julgamento dos processos posteriores.

Logo, a *ratio decidendi* é a regra de direito que foi posta como fundamento da decisão, enquanto *obiter dicta* (ou, no singular, *obiter dictum*), são as afirmações e argumentações que, embora possam ser úteis para a compreensão da decisão, não constituem parte de seu fundamento jurídico.

Depois de identificada a *ratio decidendi* de um precedente, o operador deve definir se o caso em julgamento é *suficientemente igual* ao precedente, demandando resposta judiciária idêntica, ou, ao contrário, se o caso em análise *não é suficientemente igual*, devendo, portanto, ser decidido de maneira diversa, como ocorreu no caso hipotético recém citado.

Esse ato de comparar, constatar disparidade e afastar a aplicação obrigatória do precedente é denominado de *distinguishing*, uma das espécies das *judicial departures*, gênero dos casos de afastamento de uma regra jurisprudencial. O afastamento do precedente, saliente, não provoca seu abandono. A norma permanece válida; todavia, não é aplicada em determinado caso concreto.

O *overruling*, outra espécie de *judicial departures*, além de afastar a aplicação do precedente ao caso concreto, objetiva infirmar a validade da regra paradigma. Um precedente deixa de corresponder aos modelos de congruência social no momento em que se distancia das vigentes proposições morais, políticas e de experiência. Deixa de ter consistência sistêmica quando não guarda coerência com outras decisões. E, por fim, é considerado errado somente na hipótese de um equívoco evidente, “[...] de modo a dar à Corte a nítida ideia de que a perpetuação do precedente constituirá uma ‘injustiça’.” (MARINONI).

O *overruling* pode ter *retrospective effects* (efeitos pretéritos) ou *prospective effects* (efeitos para o futuro). Quando se atribui efeitos pretéritos (*ex tunc*), o jurisdicionado é julgado com base em regra nova, inexistente quando agiu ou se omitiu de maneira indevida, sendo surpreendido com novo padrão de conduta. Por outro lado, quando se aplica o *overruling* com efeitos prospectivos, o novo entendimento

vigerá da data da decisão para frente (*ex nunc*), ou de outro marco temporal futuro (*pro futuro*), estabelecido pelo tribunal .

§ 2º No caso de colisão entre normas, o juiz deve justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão.

A proporcionalidade é o melhor método para solucionar racionalmente colisões entre os objetivos de princípios contrapostos. Assim sendo, as etapas de aferição da adequação e da necessidade referem-se à otimização em face das circunstâncias fáticas do caso concreto. Por outro lado, a etapa de aferição do sopesamento ou ponderação refere-se à otimização em face das circunstâncias jurídicas do caso concreto.

Para a aferição da adequação, um meio é adequado quando, com o seu auxílio, o objetivo perseguido pode ser fomentado. O objetivo não precisa ser completamente satisfeito por meio do emprego do meio; um fomento é suficiente. Logo, também esse obstáculo é bastante baixo.

A necessidade possui dois pressupostos, que devem ser preenchidos cumulativamente. Em primeiro lugar, o meio efetivamente empregado deve fomentar ou promover o objetivo almejado, no mínimo, na mesma medida em que o teria feito o meio alternativo. Em segundo lugar, pode o meio efetivamente empregado levar, no máximo, a uma interferência tão intensa sobre o princípio constitucional restringido quanto o emprego – hipotético – do meio alternativo.

Assim sendo, para a aferição da necessidade, é preciso determinar e – conforme o caso – comparar os efeitos do meio alternativo hipotético e do meio efetivamente empregado, tanto no que se refere à persecução do objetivo legítimo quanto à restrição do princípio constitucional. Se houver vários meios igualmente adequados e restritivos, a autoridade estatal possui a assim chamada discricionariedade para escolher meios [ou margem de conformação para escolher meios]: a autoridade pode escolher livremente entre esses meios.

O último nível de aferição da proporcionalidade é o sopesamento [ou ponderação], que também é chamado de proporcionalidade em sentido estrito.

Segue-se dessa ideia fundamental que todos os sopesamentos consistem em três fases de aferição. Em primeiro lugar, deve-se determinar a intensidade da interferência no caso concreto. Em segundo lugar, deve-se debater sobre quão importante no caso concreto é o fim perseguido por meio da interferência. E em terceiro lugar, deve-se aferir, considerando a relação entre as duas primeiras classificações, se a importância do objetivo pode justificar a intensidade da interferência. Apenas a separação clara desses três passos já conduz a um ganho considerável de transparência e racionalidade. Ela compele a uma estruturação da argumentação e a uma revelação ou divulgação dos argumentos relevantes. Em particular, pode-se evitar que argumentos referentes à intensidade da interferência sejam considerados na determinação da importância do objetivo, e vice-versa.

§ 3º A decisão judicial deve ser interpretada a partir da conjugação de todos os seus elementos e em conformidade com o princípio da boa-fé.

AS MÁXIMAS DE EXPERIÊNCIA

De acordo como o Art. 852-D, da CLT. O juiz dirigirá o processo com liberdade para determinar as provas a serem produzidas, considerado o ônus probatório de cada litigante, podendo limitar ou excluir as que considerar excessivas, impertinentes ou protelatórias, bem como para apreciá-las e dar especial valor às regras de experiência comum ou técnica.

As regras de experiência são definições ou juízos hipotéticos de conteúdo geral, independentes dos fatos concretos julgados no processo, e que procedem da experiência, porém independentes dos casos particulares de cuja observação foram induzidos e que, sobrepondo-se a estes, pretendem ter validade para outros novos. Para que um determinado evento seja qualificado como uma máxima da experiência não importa o número dos fatos observados que lhe deram origem; o que releva é que esse evento consista num episódio que a experiência comum demonstre como sendo aquilo que normalmente acontece.

As máximas da experiência apresentam conteúdo heterogêneo, formado por leis científicas e lógicas, noções provenientes das ciências naturais e humanas, generalizações empíricas, prevalências de comportamento, resultados experimentais adquiridos na valoração das ações humanas, frequências estatísticas etc. Relativas e variáveis por natureza, as máximas pertencem ao patrimônio cultural de uma dada sociedade em um certo período histórico, dispensando a produção de prova a quem as invoca, mas abertas à comprovação da sua inaplicabilidade em um determinado caso concreto.

As máximas de experiência também distinguem-se das noções de senso comum, de que seriam exemplos as seguintes assertivas: “quem não chora não está machucado”; “os bons genitores amam os filhos”; “quem se ruboriza mente”; “quem foge é culpado” etc. Por serem dotadas de um significativo dado subjetivo, tais noções mostram-se de pouca confiança, não servindo para revelar situações que a experiência demonstra como hábeis de serem observadas no futuro, tal qual o são as regras da experiência.

A categoria em apreço, outrossim, é subdividida em máximas da experiência comum e técnica. Essas últimas, provenientes da ciência, arte ou profissão – mas que também ingressam no patrimônio comum, como a noção de que a água ferve a 100°C – diferenciam-se das primeiras em razão da sua exatidão e concisão científicas.

Em realidade, a verdadeira problemática coloca-se na relevante distinção entre máximas da experiência técnica e aquelas informações específicas que dependem de prova pericial. Como observa Cândido Dinamarco, “é impossível traçar *a priori* uma nítida linha divisória entre a autorização a [ao juiz] valer-se de conhecimentos especializados próprios e a exigência de convocar peritos; cabe aos tribunais avaliar em cada caso o grau de convicção de que sejam portadores os raciocínios técnico-científicos desenvolvidos pelo próprio juiz.

Em qualquer hipótese, na motivação da sentença ele tem sempre o dever de desenvolver os raciocínios e demonstrações técnico-científicas em que apóia a conclusão”. O autor sustenta a imprescindibilidade da realização de perícia sempre que a matéria alcançar certa profundidade em termos técnicos porque sem ela as partes restariam privadas do exercício do contraditório e os tribunais não disporem das demonstrações de ordem objetiva a cargo dos peritos.

O PARADIGMA DA VERDADE

A perspectiva da verdade como finalidade última da prova no processo do trabalho precisa ser abandonada. Não pela nobreza do argumento que a justifica (este continuará existindo), mas, sobretudo, pelo reconhecimento de que a verdade não ocupa esse lugar no processo.

Pior quando a verdade pressupõe-se alcançada sob o prisma da evidência, como se o processo já tivesse atingido seu desiderato a partir do convencimento do julgador, relegando o discurso probatório ao campo das expectativas e presunções e contaminando as decisões com a pecha da autoridade decisória antidemocrática.

A verdade também não pode ser menosprezada ao papel utilitário de motivação psicológica do julgador, que, mesmo ciente de que poderá não alcançá-la, nela se escora para legitimar sua atuação.

O paradigma da verdade deve ser colocado no seu devido lugar. Não como finalidade última da prova. Não como evidência instrumental do processo. Não como elemento psicológico de inspiração do julgador.

Deve a verdade ser posta como um dos vários elementos de conectividade do sistema processual, compondo e contribuindo para o diálogo democrático do processo, visto como direito fundamental capaz de assegurar a todos que dele participem a construção da providência jurisdicional.

TÉCNICAS DE AFERIÇÃO DA PROVA EM CASOS DIFÍCEIS

TEORIA DA REDUÇÃO DO MÓDULO DA PROVA.

Pela Teoria da Redução do Módulo das Provas, sempre que não estiver presente uma prova inequívoca no sentido de que o fato alegado pelo autor tenha efetivamente ocorrido, pois a natureza da relação não permite que se tenha provas robustas, mas, por outro lado, não se vislumbra qualquer indicativo de fraude, gerando o denominado paradigma de verossimilhança, permite-se que o julgador faça o seu convencimento pelo conjunto indiciário de provas produzidas, somadas à experiência comum.

Tal teoria permite que, diante da elementar dificuldade de produção de prova absoluta de todas as circunstâncias que integram a pretensão do autor, possa o julgador utilizar-se de padrões de verossimilhança para definição dos fatos, passando a ser incumbência probatória da parte ré demonstrar, em razão do artigo 373, inciso II, do NCPC, a absoluta impossibilidade do evento ter ocorrido.

TEORIA DAS CARGAS PROBATÓRIAS DINÂMICAS E COMPARTILHADAS

Teoria Dinâmica de Distribuição do Ônus da Prova consiste em retirar o peso da carga da prova de quem se encontra em evidente debilidade de suportá-lo, impondo-o sobre quem se encontra em melhores condições de produzir a prova essencial ao deslinde do litígio.

O cerne da Teoria Dinâmica da Distribuição do Ônus da Prova está justamente em permitir ao juiz uma maior flexibilização das regras dos ônus probatórios de acordo com seu próprio convencimento e conforme seja a situação particular das partes em relação à determinada prova verificada por ele mesmo no processo submetido ao seu crivo, e não só aplicar os critérios anteriormente definidos na lei.

O NCPC adota a teoria das cargas probatórias dinâmicas no art. 373, §1º, ao prelecionar que, nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do caput ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada, caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído.

PROVA INDICIÁRIA

Prova indiciária é aquela que aponta a existência de elementos mínimos - portanto, elementos de suspeita e não de certeza - no sentido de que o demandado é partícipe, direto ou indireto, da improbidade administrativa investigada, subsídios fáticos e jurídicos esses que o retiram da categoria de terceiros alheios ao ato ilícito.

Segundo a teoria tradicional, cada indício deve reunir, isoladamente, três requisitos, quais sejam: a gravidade (quanto à intensidade do convencimento); precisão (quanto à clareza de sua existência); e concordância com o fato probandum. Somente um conjunto de indícios com esses caracteres serve de prova do fato probandum. Essa teoria, embora tenha surgido no âmbito penal, vem perdendo peso atualmente em razão do seu extremo rigorismo.

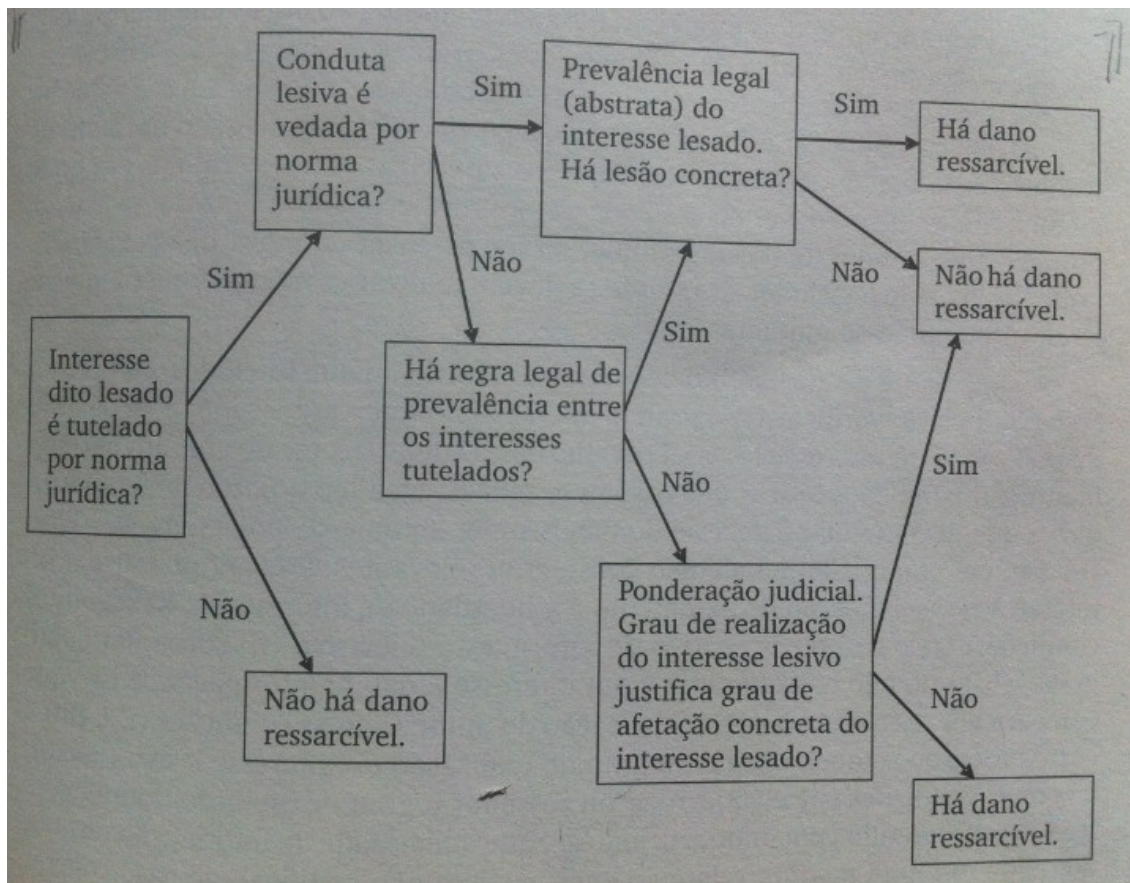
DISTRIBUIÇÃO ESTÁTICA DO ÔNUS DA PROVA E O EMPATE PROBATÓRIO

No processo do trabalho, existe na doutrina o que se chama de princípio da proteção ao trabalhador, que é desmembrado em três princípios diversos: "in dubio pro operario", "aplicação da lei que trazer a norma mais favorável" e "aplicação da condição mais benéfica ao trabalhador".

Interessa-nos para a solução do caso concreto o princípio do in dubio pro operario. Tal princípio se aplica quando houver dúvida acerca de qual interpretação da norma aplicar no caso em específico, de modo que deverá ser utilizada a que favorecer o trabalhador.

Porém, há divergência quanto à aplicação do princípio em sede de direito processual, ao valorar as provas. Há duas correntes: a primeira dita que o princípio também é aplicável em matéria probatória, uma vez que o direito processual tem a finalidade de instrumentalizar o direito material: ou seja, na dúvida, entende-se verdadeira a prova que favoreça o trabalhador; a segunda corrente sustenta que a questão deve ser solucionada pelo critério do ônus da prova.

MÉTODO DE AFERIÇÃO DO DANO



QUANTIFICAÇÃO DO DANO MORAL

Uma vez caracterizado o dano, a etapa seguinte é o arbitramento do valor da indenização – ou compensação, O termo "indenização" pressupõe a restituição de algo perdido, o que não é o caso na lesão de caráter subjetivo. Além da compensação propriamente dita, a indenização tem ainda outras duas finalidades: punir o causador do dano e prevenir a ocorrência de novas situações passíveis de gerar danos.

O problema se estabelece porque a legislação não fixa critérios objetivos: ela usa termos genéricos como "proporcionalidade", "razoabilidade", "extensão do dano" e "equitativamente". "A operação judicial na fixação da reparação de dano moral é das mais difíceis e complexas, porque o legislador deixou ao critério prudencial do juiz a atribuição de quantificar o valor da indenização".

O primeiro passo é identificar o dano da forma mais objetiva possível e, a partir daí, classificar a lesão moral (leve, grave ou gravíssima, segundo a intensidade ou o grau de culpa). A partir daí, entram outros critérios, como a repercussão do dano na esfera social e a capacidade econômica do ofensor. Para chegar a um montante "proporcional e razoável" à "extensão do dano", muitas vezes o juiz se vale, além da [Constituição](#) e do [Código Civil](#), de outros subsídios, como a pena de multa prevista no artigo 49 do [Código Penal](#) ou o artigo 53 da [Lei de Imprensa](#) (Lei nº 5.250/1967), antes de ser considerada incompatível com a Constituição pelo Supremo Tribunal Federal no [julgamento da ADPF 130](#).

A análise do caso concreto permitirá ao juiz considerar, na dosagem da indenização, circunstâncias agravantes ou atenuantes, como ocorre na fixação da pena criminal. A negligência do empregador que expõe ilegalmente um trabalhador a riscos desnecessários, por exemplo, exigirá uma indenização maior do que a resultante de um caso fortuito – ainda que, nos dois casos, o trabalhador tenha sofrido o mesmo tipo de lesão.

É o caráter punitivo da pena. Na apreciação do caráter didático ou preventivo, um aspecto relevante é o poder econômico do empregador. Isso não significa que uma ofensa sofrida pelo empregado de uma microempresa seja menos grave do que aquela sofrida por um trabalhador de uma

multinacional – mas, para que a pena cumpra sua função didática de prevenir novas ofensas, ela tem de ser maior para a grande empresa.

Por outro lado, também não significa que o empregado, apenas por trabalhar para uma empresa de grande poder econômico, deva, só por isso, receber uma indenização milionária. "A pena deve representar um montante razoável do patrimônio do ofensor, para que ele não persista na conduta ilícita, mas é preciso que haja equilíbrio entre o dano e o ressarcimento".

HIPÓTESES DE RESPONSABILIDADE OBJETIVA

a) Atividade de risco

Dispõe o artigo 927, parágrafo único, do código civil, que “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.” (BRASIL, 2002). Assim, sendo o acidente de trabalho resultado da exploração de uma atividade de risco por parte do empregador, sua responsabilização será inegavelmente objetiva.

Entretanto, não constitui tarefa fácil definir o que deve ser entendido como atividade de risco, para efeito de responsabilidade objetiva. Oliveira (2006, p. 107) acredita que “[...] a questão deverá ser analisada casuisticamente, considerando a natureza da atividade, ou seja, o grau específico de risco [...]”.

Shreiber (2013, p. 21-28), por sua vez, sistematiza a teoria do risco abraçada pelo código civil de 2002. Para o autor, para que possa existir a responsabilidade sem culpa é preciso que o dano tenha se originado em uma atividade habitualmente explorada pelo infrator, não se inserindo, na espécie, realizações esporádicas ou eventuais. Por outro lado, não existiria qualquer relação do artigo 927, parágrafo único, do código civil com a teoria do risco proveito, impondo-se a responsabilidade simplesmente com base no elevado risco da atividade – seja pela sua natureza, seja pelos métodos empregados na sua consecução.

Em se tratando de danos decorrentes de acidente de trabalho, um dos critérios mais utilizados para indicar o risco da atividade do empregador se dá nas hipóteses em que o empregado percebe adicional de periculosidade, nos moldes do artigo 193 da CLT¹. Entretanto, outras atividades que não estão enquadradas naquelas tidas pela lei como perigosas poderão ser consideradas atividade de risco, a depender da situação concreta verificada.

Finalmente, não se pode deixar de incluir como atividade de risco aquela que envolve a exploração de serviços e instalações nucleares de qualquer natureza, monopolizada pelo Estado, cuja responsabilidade pelos danos independe da existência de culpa, conforme artigo 21, XXIII, “d”, da constituição federal².

b) Fato de terceiro empregado

1 CLT, art. 193. São consideradas atividades ou operações perigosas, na forma da regulamentação aprovada pelo Ministério do Trabalho e Emprego, aquelas que, por sua natureza ou métodos de trabalho, impliquem risco acentuado em virtude de exposição permanente do trabalhador a: I - inflamáveis, explosivos ou energia elétrica; II - roubos ou outras espécies de violência física nas atividades profissionais de segurança pessoal ou patrimonial. [...] § 4º São também consideradas perigosas as atividades de trabalhador em motocicleta. (BRASIL, 1943)

2 CF/88, Art. 200. Compete à União: [...], XXIII - explorar os serviços e instalações nucleares de qualquer natureza e exercer monopólio estatal sobre a pesquisa, a lavra, o enriquecimento e reprocessamento, a industrialização e o comércio de minérios nucleares e seus derivados, atendidos os seguintes princípios e condições: [...] d) a responsabilidade civil por danos nucleares independe da existência de culpa

De acordo com o artigo 932, III, do código civil, “são também responsáveis pela reparação civil: [...] III – o empregador ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele” (BRASIL, 2002). Já o artigo 933 do mesmo código determina que a responsabilidade ocorrerá ainda que não haja culpa do empregador. Destarte, todas as vezes que um empregado, no exercício de suas atribuições, causar danos a alguém, o empregador será obrigado a repará-los objetivamente.

Embora referido dispositivo refira-se à responsabilidade do empregador por danos que seus empregados, nesta condição, causem a terceiros, é perfeitamente possível, a luz do direito civil-constitucional, a extensão da responsabilidade aos danos que um empregado cause a outro empregado. Ora, o que está em destaque é a ampla reparação do vitimado pelo dano sofrido. Se o empregador responde objetivamente pelos prejuízos suportados por terceiros em virtude das condutas de seus empregados, inexistente razão para negar a mesma responsabilização pelos danos que outros empregados vierem a sofrer em idêntica situação.

A dignidade de uma vítima que não integra o quadro funcional da empresa, abalada pelo ato lesivo de um empregado, é exatamente a mesma pertencente ao funcionário que sofre danos pela conduta do “colega de trabalho”. Descabida, aqui, a exclusão preconizada por Stoco, (2007, p. 777), para quem a previsão trazida pelos artigos 932, III e 933 do código civil não é extensível quando os danos são causados por um empregado a outro. Isto porque, repita-se, a dignidade do empregado vitimado pelo ato do companheiro de trabalho, objeto maior da responsabilidade civil a partir de uma visão civil-constitucional, é inegavelmente igual a dignidade de um terceiro vitimado. Se a teoria objetiva é aplicável para este, não pode ser afastada para àquele.

c) Poluição ao meio ambiente do trabalho

O meio ambiente – definido pelo artigo 3º, I, da Lei nº 6.938/1981 como “[...] o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas” (BRASIL, 1981) – compreende o meio ambiente do trabalho, conforme expressamente previsto no artigo 200, VIII, da constituição de 1988³.

Lemos (2010, p. 41), valendo-se do magistério de Araújo e Nunes Júnior, considera o meio ambiente do trabalho como o “espaço-meio de desenvolvimento da atividade laboral [...]”. Figueiredo (2007, p. 40-41), por sua vez, esclarece que o conceito de meio ambiente do trabalho vai além de uma concepção meramente espacial, alcançando não apenas o estabelecimento (espaço geográfico), mas tudo aquilo que remete a ação laboral, ainda que fora dos pátios industriais, escritórios e lojas.

Destarte, é perfeitamente possível que o acidente de trabalho, com os danos morais e materiais dele decorrentes, tenham origem na poluição ao meio ambiente do trabalho. Em tais casos, a teor do disposto no artigo 14, §1º, da Lei nº 6.938/1981⁴, responderá o poluidor, independentemente da existência de culpa, a reparar os prejuízos gerados.

3 CF/88, Art. 200. Ao sistema único de saúde compete, além de outras atribuições, nos termos da lei: [...]VIII - colaborar na proteção do meio ambiente, nele compreendido o do trabalho. (BRASIL, 1988)

4 Lei nº 6.938/1981. Art. 14 [...] §1º. Sem obstar a aplicação das penalidades previstas neste artigo, é o poluidor obrigado, independentemente da existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade. O Ministério Público da União e dos Estados terá legitimidade para propor ação de responsabilidade civil e criminal, por danos causados ao meio ambiente.

Para Lemos (2010, p. 155), levando-se em conta que o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado é um direito fundamental do ser humano (inclusive do trabalhador), “[...] todo aquele que atue de forma contrária a esse direito deve ser responsabilizado”, sendo certo que isso ocorrerá independentemente da presença do elemento subjetivo consubstanciado na culpabilidade do infrator.

Exemplo comum de acidente de trabalho que decorre de poluição ambiental diz respeito à denominada doença osteoarticular relacionada ao trabalho (DORT), fruto de condições ambientais inapropriadas, sobretudo em razão da falta de adequação ergométrica, bem como ruído ou calor acima dos limites de tolerância.

d) Empregador público

Conforme previsto no artigo 37, §6º, da constituição federal, “as pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa” (BRASIL, 1988). Assim, todas as vezes que determinado agente público, no exercício de suas atribuições, causar danos, a Administração Pública será obrigada a repará-los objetivamente.

Ressalte-se que, apesar de o citado dispositivo mencionar que os danos indenizáveis devem ser causados a terceiros, não há qualquer justificativa plausível, a luz das premissas metodológicas do direito civil-constitucional, para excluirmos os empregados públicos de idêntico direito à reparação. Assim, sempre que um agente público causar danos a outro agente público, inclusive acidentários, o empregador público será objetivamente responsável pelo ressarcimento, sem prejuízo do exercício de seu legítimo direito de regresso.