

POR ACASO OS OPERÁRIOS ESTÃO SE SUICIDANDO? O ACIDENTE DE TRABALHO E A CULPA DA VÍTIMA EM DETERMINADA PRÁTICA JUDICIAL*

Ramón Sáez Valcárcel**

SUMÁRIO

- 1 QUANDO A CRIMINALIZAÇÃO É SOMENTE UMA MENSAGEM SIMBÓLICA**
- 2 INEFICÁCIA PENAL CONTRA O ACIDENTE DE TRABALHO**
- 3 A PRECARIEDADE E A MORTE NO TRABALHO**
- 4 CULPA DA VÍTIMA?**
- 5 A “AUTO-EXPOSIÇÃO” AO PERIGO E A RESPONSABILIDADE DO EMPRESÁRIO**

1 QUANDO A CRIMINALIZAÇÃO É SOMENTE UMA MENSAGEM SIMBÓLICA

Vivemos num tempo histórico em que se recorre à lei penal como meio de construir a solução para todo tipo de problemas. O discurso das vítimas, a insegurança e o medo, a precariedade, a perda de sentido regulador do trabalho e o desemprego em massa, a incapacidade dos governos de organizar e controlar a atividade das empresas transnacionais e o mercado, a profundidade que tem adquirido a desigualdade social entre o norte e o sul, bem como no interior de nossas sociedades, induziram a uma cultura de gestão do delito bem diferente. Tem-se imposto um discurso de vingança e o rigor punitivo para com setores inteiros de população, considerados perigosos, como os pobres, os marginais e os imigrantes, que difunde, a partir dos grandes meios de comunicação de massa, os valores da lei e da ordem. Não há piedade, o lema que mais se repete, à saciedade, e, ante qualquer realidade, é o da tolerância zero, que traz ressonâncias da distopia orwelliana (N.T.: apesar de “distopia” não estar dicionarizada em espanhol e, em português, ser um termo da área médica, segundo a Wikipédia, o termo significa, em diversas línguas, “anti-utopia” ou uma “utopia negativa”) e parece uma proclamação de ação protofascista, mas subjuga os políticos de todos os tipos. No discurso sobre a desorganização, os delitos e as penas; estabeleceu-se uma retórica que alguns denominaram de populismo punitivo e outros de pensamento patibular.

O projeto de lei *antidoping* que acaba de ser aprovado é um bom exemplo de tudo isso e do novo puritanismo que nos envolve. A lei (N.T.: lei espanhola) pretende evitar, segundo a Vice-Presidente, as “trapaças”, porque “para ganhar não vale tudo, nem no esporte nem na vida” e os esportistas de alto nível devem ser “um referencial de ética” para a sociedade. Para alcançar desígnios similares aos daquelas profundas jornadas de exercícios espirituais, católicos e nacionais

* Artigo original em espanhol. Traduzido pelo servidor da Escola Judicial Dalton Ricoy Torres. Inserido no *site* da Escola Judicial (www.mg.trt.gov.br/escola, seção Estudos/Artigos) em seu idioma original.

** Juiz Titular. 20ª Vara Criminal de Madri.

dos anos sessenta, logicamente, prega-se a tolerância zero e se cria outro delito para castigar os “atletas referencial-ético” que se doparem, não em busca dos prazeres da embriedade, mas na busca da sua meta e dos milhões, e seus treinadores ou agentes, que procuram o grande negócio que é hoje o esporte de elite. No mesmo dia, o editorial do “*El País*” publicava: “não vale tudo para vencer. De nada vale vencer se estiver sendo pisado o direito alheio, se a trapaça prevalecer sobre a equidade, se se permitir que a ilegalidade não tenha sanção. Para essas coisas é que é destinada a nova lei, atacar uma praga que muitas vezes encontra uma atitude compreensiva e injustificável. Porque nada há de menos justificável que a vulneração dos princípios éticos para conquistar o sucesso”. Acredite. Tremendo exercício de cinismo, num mundo onde o sucesso se mede pelo dinheiro, mais vale aquele que ganha mais (em sentido contrário à já antiga crença, ou aparência justificativa, de que aquele que mais vale, mais ganha), e aquele que ganha nos negócios leva tudo (e, na política, vejam a primeira eleição do presidente Bush, venceu por centenas de votos, mas obteve todo o poder, um paradoxo das nossas democracias de difícil explicação).

Isso é importante ressaltar, porque a Espanha é o segundo país da União Européia, antes da sua recente ampliação, atrás de Portugal, com mais acidentes de trabalho, no total e nos dados relativos à mortalidade. Os índices de trabalhadores mortos e gravemente feridos nas fábricas são impressionantes. Temos as maiores cifras de sinistralidade e de precariedade trabalhista. Esse diagnóstico apresenta um balanço da indignidade da realidade trabalhista, de certos trabalhos que são realizados em determinadas condições, que exige o planejamento e a execução de políticas ativas e eficazes. E, contudo, é clamoroso que a justiça criminal seja incapaz de pôr um ponto final nessa realidade.

Se aplicássemos esse discurso moralizante que vem justificando as políticas penais contra o *doping* no esporte ao acidente de trabalho, onde os tipos penais têm uma longa tradição de enfrentamento do assunto, a coisa não seria tão “pedagógica”, inclusive pareceria subversiva. Vejam o resultado da transposição: nem tudo vale para que os empresários (por exemplo, da construção civil) ganhem dinheiro em grande quantidade e consigam o sucesso - que os leva, portanto, a dirigir, com ânimo, os times de futebol associados ao negócio da construção civil, onde jogam as melhores estrelas agora elevadas ao pedestal de grandes homens da pátria - sobretudo, se isso for à custa da vida e da integridade dos seus operários, que são explorados em longas jornadas - com baixos salários e contratos precários, daqueles do tipo: “não volte amanhã” - e expõem a graves riscos de perder a vida. As mortes no trabalho são uma praga (ou uma “nódoa”, ou uma “epidemia”, escolham o substantivo patibular que mais lhes agradar), que muitos empresários desprezam, interessados numa concorrência truculenta com o fito de ganhar dinheiro transgredindo a ética dos negócios (se é que há alguma), uma vez que é intolerável que a trapaça nos negócios prevaleça sobre a vida e a integridade das pessoas, sob o preço de uma dívida de sangue que pagam os trabalhadores, já que os empresários devem ser um referencial ético para a nossa sociedade. (Nos tapumes que fecham as obras de um enorme túnel madrilense se vê escrito repetidamente o seguinte: trabalho a toque de caixa, não, 6 operários assassinados).

Criminalizando todo tipo de conflitos, banaliza-se o recurso punitivo e se esquece da distinta gradação dos bens jurídicos, pois só os mais agraciados devem

ser merecedores de atenção a partir dessa perspectiva, para garantir a eficácia do sistema e a correta atribuição dos recursos, materiais (a cadeia e os demais castigos) e imateriais (realçar valores, educar a opinião pública). Insiste-se em enfatizar o papel moralizante ou pedagógico das leis penais, para tanto, criam-se novos delitos, em lugar de procurar que os que protegem bens essenciais, como a vida e a saúde dos trabalhadores, sejam aplicados e ajudem a limitar um fenômeno intolerável. Sabemos que, nas áreas de atividade econômica ou empresarial, onde a delinquência é estrutural, a intervenção simbólica carece de virtualidade para transformar a realidade e proteger certos direitos essenciais, individuais e coletivos. É assim que se quer que seja, quando se reduz a funcionalidade da mensagem punitiva à mera transmissão de bons desejos. Ignorando que o sistema penal opera, na prática, essencialmente, como mecanismo de exclusão e incapacitação de pessoas pobres e marginais, mas apenas de maneira residual, e, muito dificilmente, no controle das condutas lesivas daqueles que detêm o poder econômico ou político.

2 INEFICÁCIA PENAL CONTRA O ACIDENTE DE TRABALHO

A opinião comum dos especialistas é de que, apesar de contar com um esquema de regulamentação normativa coerente, com corpo de funcionários destinados especialmente para essa missão, de espaço para o desenvolvimento da ação dos sindicatos e representantes dos trabalhadores, a sinistralidade trabalhista é refratária à atuação dos poderes públicos, e responde às características dos respectivos setores de atividade trabalhista. A importância do fenômeno, o número e o sentido das sentenças judiciais permitem constatar a ineficácia do direito penal no controle dessa sinistralidade e na motivação dos empregadores no sentido de modificarem os seus comportamentos, assumindo, de uma vez por todas, as suas obrigações para os trabalhadores poderem realizar as suas tarefas sem risco para a sua vida e a sua saúde.

As conseqüências penais por incorrer em condutas delituosas contra os direitos dos trabalhadores não são leves. Esse arsenal punitivo deveria garantir um funcionamento regular, no interior da fábrica, que protegesse a vida e a saúde dos operários. Mas, os dados evidenciam o fracasso das políticas públicas e confirmam as hipóteses que denunciavam a tendência criminosa dos negócios no mundo atual, no capitalismo desregulamentado, a sua difícil compatibilidade com o respeito às normas. Zygmunt Bauman, um dos melhores narradores da globalização, afirma que é impossível identificar, nas transações econômicas, uma vez que se libertaram das restrições legais, as operações regulares das quais têm uma origem delituosa, porque todas elas seguem o padrão dos negócios mafiosos e corruptos.¹

Esse fracasso do controle penal, talvez, deva-se à lenidade - já demonstrada pelos clássicos - na abordagem institucional da delinquência dos poderosos. O que explicaria a não-aplicação dos tipos de perigo concreto, previstos nos arts. 316 e 317 do Código Penal (N.T.: da Espanha), exceto quando o acidente, que resultar em morte ou em lesões, ocorreu, exigindo nesse caso um excesso de

¹ *Vidas desperdiçadas. La modernidad y sus parias*, Barcelona: ed. Paidós, 2005, p. 88.

exposição ao risco, por ausência de medidas de prevenção, de outros trabalhadores além daquele que tenha sido vítima no acidente.

Do mesmo modo, pode-se falar do fenômeno da normalização do acidente, ao qual dedicou Andrés Bilbao uma monografia, como fato freqüente e habitual no mundo do trabalho, normalização que se teria instalado na consciência social e na dos funcionários encarregados de impedir essas infrações. Como fato freqüente, ter-se-ia transformado em algo habitual e inevitável, acontecimento comum, um traço da relação de trabalho. Com uma ocorrência tão freqüente, tantas vezes, com as mesmas características, é a prova do fracasso das políticas institucionais. Morrer trabalhando virou algo normal na racionalidade econômica, mas não certamente na consciência social.²

Junto a esse processo de normatização, entre os juristas, pesa uma tradição que considera a imprudência como uma infração menor, que experimentam pessoalmente a partir do fato da circulação de veículos a motor e, de modo virtual, pelas catástrofes econômicas ou naturais da atualidade, expressivas dessa sociedade do risco de que todos falam - risco que não assumem os mais fracos, mas que se lhes impõe como um destino fatal. Ante as condutas negligentes, o direito só poderia agir garantindo uma reparação econômica do dano. Essa perspectiva poderia justificar certo trato benevolente, compreensivo, das imprudências dos empresários e dos seus representantes em matéria de segurança no trabalho.

3 A PRECARIIDADE E A MORTE NO TRABALHO

Não se pode esquecer da influência que, na prática judicial, têm o desconhecimento das condições em que se trabalha em muitas das atividades empresariais e a posição subordinada do trabalhador na empresa, uma clara incompreensão das razões pelas quais muitas pessoas aceitam cotidianamente riscos elevados em seus trabalhos. Essas deficiências de informação, além de determinados preconceitos que produz a grande distância social de juizes e promotores em relação à experiência da precariedade, permitiram que uma certa corrente jurisprudencial construísse a figura da vítima como a de um ator livre, autônomo e responsável, que pode recusar ordens, exigir medidas de segurança ou questionar as decisões do empresário ou das suas chefias intermediárias. Talvez, por isso, muitas decisões judiciais se vêem condicionadas por uma primeira abordagem (NT.: a palavra *aproximación*, que se vê no original, poder-se-ia também ser traduzida como “estimativa” ou “abordagem”, além de “aproximação”), às vezes determinante, na qual prima a análise da conduta da vítima. Um tanto inusual nos demais conflitos, onde se veria como algo intolerável, uma autêntica demonstração de incorreção política. Esse enfoque na conduta do prejudicado desencadeia um discurso no qual se confrontam culpas (mas, qual seria a culpa, no sentido penal, da vítima?) ou nexos causais (N.T.: o original fala em: *curso causales*), que provoca

² A análise de Bilbao sobre a evolução do fenômeno, sob o argumento de que a normalização veio encobrir o conflito social subjacente, encontra-se no seu imprescindível estudo *El accidente de trabajo: entre lo negativo y lo irreformable*, ed. Siglo XXI, Madri, 1997.

uma minimização dos deveres do empresário e um enfraquecimento da finalidade protetora de bens jurídicos essenciais na execução do trabalho desses tipos penais e das normas setoriais. O preconceito fundamental, já um tópico entre especialistas e observadores, é de que a maioria dos acidentes de trabalho devem ser atribuídos à negligência ou ao descuido do trabalhador, ou seja, ao fator humano.

Todavia, não se leva em conta a posição de dependência do operário, que se acentuou nos períodos de alta flexibilidade, de desregulamentação e de precariedade, em que o trabalho perdeu certa centralidade, circunstâncias que obrigam as pessoas a aceitarem más condições de trabalho. Tampouco que a vítima carece de faculdades para decidir sobre a organização do trabalho, que obedece a modelos e critérios que lhe são impostos hierarquicamente, mediante a disciplina e os poderes de direção que o patrão detém de maneira exorbitante no espaço da fábrica, aos quais está submetido o empregado.³

A prevenção, a técnica, a cultura e a ideologia reposicionaram a vinculação entre o trabalhador e o acidente, diluindo mais a responsabilidade do empregador. É por isso que se dá mais atenção, de maneira principal, ao fator humano, ao descuido, à imperícia, ao desleixo e à infração da norma de precaução por parte da vítima. O indivíduo está no centro do problema, não a relação social de produção. Essa percepção, segundo Bilbao, permite a culpabilização do trabalhador pelo dano que sofreu, em seu próprio corpo, algo de que não se pode esquecer. Todas as vozes situam a deficiente cultura da prevenção na origem de todo desastre, porque o conflito social se esvaiu.

Além do mais, qualquer alternativa de tratamento da sinistralidade deve levar em conta que nossa sociedade viveu, nos últimos anos, uma série de experiências que afetaram a maioria das famílias e condicionaram a visão das coisas por parte dos trabalhadores. De um lado, o desemprego em massa, nos dois períodos compreendidos entre 1976 e 1985 e entre 1992 e 1994. Em seguida, o desemprego de longa evolução, que colocou os trabalhadores na instabilidade permanente, fonte de preocupação primária - de tal maneira que se chega a pensar que o maior risco não é o de acidente, mas o do desemprego⁴ - e as transformações na organização das empresas que propiciaram a flexibilidade: a descentralização produtiva, a exteriorização de atividades em empresas terceirizadas, que muitas vezes indicam longas cadeias de terceirização, difíceis de remontar quando se trata de indagar as responsabilidades pelo sinistro.

Junto a isso, há de se notar as conseqüências que têm as políticas de desregulamentação da mão-de-obra, o trabalho temporário, o emprego informal,

³ É muito informativa a leitura do trabalho de Jean-Paul de Gaudemar, *El orden y la producción. El nacimiento y formas de la disciplina de fábrica*, Madri: ed. Trotta, 1991, que indaga sobre a "submissão dos trabalhadores a um ordenamento produtivo que lhes é imposto em virtude da condição de assalariados, que pode, às vezes, transformar-se na pior das condições humanas", p. 42.

⁴ É uma das conclusões da pesquisa que realizou o sociólogo Javier Callejo na área metropolitana de Madri, nos arredores de Henares (N.T.: o autor poderia estar-se referindo a "Alcalá de Henares", cidade próxima a Madri), sobre condições de saúde e segurança, ver "*Fatalidad del mercado y cultura de la producción*", *Sociología del Trabajo*, n. 26, 1996, na qual expunha as características da cultura da precariedade.

os falsos autônomos e toda uma estratégia controlada de instabilidade, propiciada e ampliada pelas empresas transnacionais contra as quais não conseguiram resistir os governos dos Estados-Nação. Além do mais, a pressão da imigração extracomunitária de trabalhadores que vêm realizar, sujeitando-se a baixos salários, tarefas que os nacionais não aceitam. Sem dúvida, a substituição por operários imigrantes piorará o panorama de sinistralidade, pela intensa vulnerabilidade desses trabalhadores. Outro fator a considerar, para constituir o problema, é a crise de representação dos sindicatos, que deixaram de veicular os interesses dos desempregados, dos trabalhadores jovens, dos precarizados, dos autônomos, dos estrangeiros. A sua ausência nas pequenas empresas terceirizadas, e que concentram os maiores índices de acidente, é uma realidade negativa, que o descontrole propicia.

Não é em vão que as características que definem o mercado de trabalho espanhol são a baixa taxa de ocupação, a alta precariedade trabalhista e a elevada porcentagem de trabalhos com baixa remuneração.⁵

A economia cresce destruindo emprego, os negócios se valorizam pelo rendimento das suas ações nos mercados financeiros, a importância do trabalho decresce, aumenta a liberdade das empresas que emigram, deslocam os seus centros de trabalho, desmembram-se em múltiplas e versáteis organizações preparadas para a mudança. O capital se move ao bel-prazer, ele ganhou a sua liberdade à custa do trabalho e da capacidade de arrecadação dos Estados-Nação. Os governos tentam convencer as empresas a manterem os seus investimentos no país. Para isso, de uns anos para cá, investem em políticas de flexibilização do mercado de trabalho, de desregulamentação, e baixam os impostos que gravam as sociedades mercantis. Políticas que induzem, em contraste com os objetivos perseguidos, as maiores doses de precariedade. Os profissionais da gestão empresarial obtêm o seu prestígio travando e ganhando batalhas contra os empregados, contra os seus quadros de pessoal, assim se reinventam as organizações, como assinala Richard Sennett.⁶

As empresas se acham submetidas a grandes pressões por causa da mundialização dos mercados financeiros, o que gera uma competitividade permanente e lhes obriga a ajustar-se com rapidez às flutuações desses mercados. Para isso, precisam libertar-se de qualquer obstáculo que possam representar os vínculos locais, do tipo trabalhista ou fiscal. A diretoria deve ter em conta que os grandes investidores, aos quais se devem, orientados pela busca de lucros a curto prazo, comparam, em tempo real, a rentabilidade das ações das empresas e punem os fracassos ocasionais. Depois do anúncio de uma operação de "cirurgia plástica"

⁵ *La situación social en España*, Vicenç Navarro (dir.), Fundación F. Longo Caballero, Madri, 2005, p. 39. O relatório Durán não podia ocultar que "parece digna de crédito a estreita associação entre temporariedade e risco de acidente de trabalho", p. 64, *Informe sobre riesgos laborales y su prevención. La seguridad y la salud en el trabajo en España*. Federico Durán López (dir.), Presidência de Governo, Madri, 2001.

⁶ *La corrosión del carácter. Las consecuencias personales del trabajo en el nuevo capitalismo*, Barcelona: ed. Anagrama, 2000, p. 48.

numa organização empresarial, que consiste na demissão de milhares de trabalhadores, os investidores destacam a decisão como um ato de gestão audaz.⁷

O acidente de trabalho é um indício da exploração. A desigualdade no sofrimento dos trabalhadores assim o demonstra. Conforme o tipo de atividade que se realiza, o tamanho da empresa, a idade do operário e o tipo de contrato, a pessoa estará submetida a um maior risco de morrer no trabalho ou de sofrer algum dano à saúde. É o final visível de uma sucessão de acontecimentos que descrevem um ambiente penoso para determinados indivíduos. A saúde, a doença e a morte estão associadas às condições de trabalho. Por isso, podem-se estabelecer certas conexões (N.T.: o original usa a palavra *frecuencias*) entre o trabalho por turnos de revezamento, os transtornos do sono e os acidentes fatais.

A desgraça se distribui desigualmente por várias razões. A leitura conjunta de dados e relatórios e as decisões da justiça penal permitem construir uma hipótese. O estatuto jurídico do trabalho por conta alheia caracteriza o perfil da vítima e explica a distribuição estatística do risco. Risco que afeta de maneira substancial aqueles que não têm capacidade de negociação de melhores condições trabalhistas, os jovens, aqueles que carecem de experiência, os trabalhadores temporários, os imigrantes. Por isso, o fator jurídico da temporariedade acaba sendo determinante.

Outro elemento importante tem caráter econômico. A descentralização produtiva que, mediante a fragmentação e a terceirização, gera um deslocamento dos riscos das empresas mais fortes, com emprego seguro e estável, bons salários e forte presença sindical, às empresas mais fracas. É o que se denomina a estratégia da terceirização. A competitividade obriga a redução dos custos trabalhistas, que se alcança por meio da flexibilização que possibilita a deterioração das garantias jurídicas do emprego. Desse modo, imputam-se os custos e os sacrifícios necessários para conseguir maiores lucros sobre os trabalhadores em forma de precariedade, de baixos salários e de escassa proteção. A diversa posição de poder determina que as organizações mais bem situadas repercutam o preço que requer o ajuste a um mercado flutuante e imprevisível, porque mede as suas capacidades segundo o valor na bolsa de valores, sobre as empresas terceirizadas, as menores, que, às vezes, só fornecem mão-de-obra, com relações de trabalho temporárias e salários inferiores, que dependem dos tempos de execução e, portanto, devem assumir maiores riscos de acidente para cumprir os seus compromissos e obter a sua correspondente quota do negócio. Essas empresas subordinadas carecem de margem de operatividade, têm pouca capacidade para decidir a sua organização do trabalho. O que poderia identificar-se, seguindo os modelos do esportista dopado, como uma lógica de trapaça que utilizariam as organizações de "alto nível", se não tivesse consequências criminais.

As situações de ilegalidade são também condicionantes da distribuição desigual do acidente, porque o mundo do trabalho assalariado e das empresas tem uma quota importante de atividade irregular. Desse modo, quando se trabalha sem contrato, sem reunir os requisitos do posto de trabalho ou se encarregam tarefas perigosas a aprendizes menores, situações das quais dão conta as decisões da justiça penal.

⁷ Também aqui se pode seguir o relato de Zygmunt Bauman em algumas das suas últimas obras, como *Trabajo, consumismo y nuevos pobres*, Barcelona: ed. Gedisa, 2000, p. 84 ou *La globalización. Consecuencias humanas*, Buenos Aires: FCE, 1999, p. 75.

“A precariedade se inscreve num modo de dominação de novo cunho, que se funda na instituição de um estado generalizado e permanente de insegurança que procura subjugar os trabalhadores à submissão, à aceitação da exploração”, conclui Pierre Bourdieu como diagnóstico do sentido das políticas de precariedade.⁸

4 CULPA DA VÍTIMA?

Algumas das decisões judiciais penais levantam o conflito a partir dos delitos de resultado, como já foi dito, em termos de nexos causais (N.T.: o original fala em: *cursos causales*) que se chocam: o comportamento do autor, o empresário ou os seus representantes, no sentido do cumprimento das suas obrigações de procurar meios de segurança, e a conduta da vítima, do trabalhador que sofreu a lesão. Essa construção do problema exprime a normalização e objetivação do fenômeno que antes resumimos.

Em muitas ocasiões as vítimas aceitam trabalhar em condições de alto risco, sem exigir nem adotar medidas de precaução. Diante disso, algumas sentenças examinam o que denominam a culpa da vítima ou a sua influência na produção do resultado lesivo, para chegar a conclusões absolutórias ou reduzir a imprudência do empregador.

Paradigma dessas decisões foi a Sentença da Audiência Provincial de Barcelona, sec. 2ª, de 02.09.2003 (ARP 2003/619), que provocou um debate público e o repúdio da decisão absolutória por parte de políticos, responsáveis ministeriais, sindicalistas e juristas. A sentença revogava a condenação prolatada por uma Vara Criminal pelo delito de lesões imprudentes. O prejudicado era um trabalhador que recebeu a ordem de rejuntar os azulejos de um lavadouro (N.T.: nos povoados espanhóis e portugueses, é comum haver grandes tanques públicos em forma de piscinões encimados por chafarizes que vertem água em que as senhoras lavam suas roupas e que são chamados de lavadouros). Subiu numa cumeeira para alcançar a altura necessária. Levava na mão um recipiente com cimento e uma colher de pedreiro. Quando desceu da cumeeira perdeu o equilíbrio e caiu de uma altura de 3,5 metros, por um vão da fachada, que carecia de medidas de segurança. Ficou tetraplégico. O empresário era consciente do estado de coisas.

Ditava a decisão que era preciso “avaliar as condutas imprudentes protagonizadas por um e por outro”, empresário e trabalhador. E recriminava a posição processual deste: “O que não se pode aceitar é a postura do Sr. Enrique de pretender negar o seu comportamento imprudente com base em que os acusados não lhe tinham proporcionado meio algum de segurança, e além disso porquanto o fato de subir para realizar o seu trabalho numa cumeeira situada, num momento dado, próximo a um vão na fachada sem proteção alguma é, queira ou não o prejudicado, uma conduta clamorosamente imprudente”. Destarte, teria aceitado “voluntariamente o risco de ter despencado no ar”. Do ponto de vista da “causalidade material ambas condutas concorreram em idêntica medida”.

⁸ Como dizia Bourdieu, a precariedade está em todas as partes, influencia a tudo e a todos. Desestruturou as nossas existências, criando medo e insegurança. “*La precariedad est aujourd’hui partout*”, intitula-se um dos capítulos do seu livro *Contre-feux*, p. 95, Paris: Liber-Raisons d’agir, 1998.

Para resolver esse problema de causalidade, a resolução acorria aos critérios de causa preponderante e de previsibilidade. Considerava que era mais grave a culpa do trabalhador, que tinha sido “causalmente determinante” do resultado. Porque a ausência de medidas de segurança não tornava, para o empresário, “inevitavelmente previsível o evento lesivo”, pois “cabia pensar que o trabalhador, na hipótese de que não se recusara a realizar o trabalho encomendado, teria adotado as medidas de precaução adequadas para evitar um resultado lesivo para si mesmo, inclusive pedindo ajuda a outros trabalhadores de tal maneira que, garantindo que estes segurassem aquele ou, em caso de queda, o mesmo não despencasse”. Todavia, para a vítima, era inevitável a previsão do acidente ante qualquer perda do equilíbrio. A infração do dever de tomar cuidado por parte da vítima foi da maior importância, porque “foi ele que determinou exclusivamente a forma e circunstâncias da sua realização, determinando, em última instância, o acidente produzido”.

A decisão assumia como certos alguns dados contrários, contudo, às regras de experiência: a) que o trabalhador decidia como se executava a tarefa que lhe tinham ordenado, b) que assumia o risco de acidente, c) que pôde recusar o cumprimento da ordem e d) que pôde adotar, por conta própria, as medidas de precaução (fechar o buraco da fachada) ou pedir ajuda de um companheiro. Tudo isso demonstra uma reconstrução das relações trabalhistas que bem pouco corresponde à realidade do trabalho dependente.

A argumentação exprime a incerteza que gera a aplicação da técnica do concurso de culpas já que não há modelos claros, tampouco são explícitos, para medir a gravidade das concausas e efetuar o juízo de comparação.

A solução que se adota, aqui e em outras muitas sentenças, lembra os tipos de decisão aplicáveis a casos de acidente ocorridos no trânsito onde tomam parte, em pé de igualdade, pessoas que causam risco por causa de como dirigem e ocupam as vias públicas, aos quais o ordenamento jurídico impõe obrigações similares de cuidado. Todavia, trata-se de tipos de risco diferentes. Na atividade empresarial, existem comandos (N.T.: no original, a palavra é “mandatos” que significa o mesmo que em português, entretanto, pareceu-me melhor esta palavra que é mais consentânea com a idéia que expressa o texto) legais concretos dirigidos ao empregador de garantir a vida e a saúde dos trabalhadores, inclusive antecipando-se aos erros ou imprudências dos seus subordinados. Por isso, os §§ 3º e 4º do art. 15 da Lei de Prevenção Contra Riscos Trabalhistas (N.T.: lei espanhola) requerem que empresário adote as medidas necessárias a fim de garantir que apenas os trabalhadores que tiverem recebido informação suficiente e adequada possam ter acesso às zonas de risco grave e exige dele que preveja as distrações ou imprudências não-temerárias que possam cometer o trabalhador.

O paradoxo aparente que se depreende de muitos acidentes, como destacou Andrés Bilbao, seria a existência de um grau variável de cumprimento da disciplina trabalhista por parte do trabalhador. Haveria um diferente grau de dependência do operário, de acordo com o objeto a que se referisse. Se se tratasse da execução material das tarefas, do traçado da obra, do desenho do produto, teria de seguir fielmente as indicações dos planos ou instruções, qualquer alteração consciente seria considerada uma infração, mas se poderia interpretar de maneira flexível as indicações que afetarem a sua vida e saúde, a segurança pessoal, permitindo-lhe

não cair numa vala ou trabalhar sem cinto. Em caso de acidente, em que pagará o subordinado com a sua integridade física, como se fosse um imposto de sangue em benefício do lucro empresarial, entender-se-á que descumpriu as normas ou as instruções que tinha recebido.

A leitura de algumas decisões dos tribunais penais que atribuem a causa do acidente ao trabalhador, àquele que foi a vítima, evoca, de alguma maneira, o tratamento que, em certos tribunais, dava-se à violência sexual contra as mulheres. Por exemplo, quando se indagava, em primeiro lugar, acerca da atitude da mulher ante o agressor e o fato violento: se tinha provocado o ataque, se tinha assumido o risco (literalmente, se estava “disposta a ser usada sexualmente”), se tinha recusado com firmeza a abordagem do acusado, se tinha resistido. Neste caso, quando um pedreiro realiza uma tarefa perigosa, sob ordem de um patrão e, em troca de um salário diário, em determinada altura, sem proteção individual ou coletiva que neutralizassem a possibilidade de queda, ainda se pergunta se ele se colocou em perigo por sua própria conta. Parece que se pode descartar, muito pelo contrário e em princípio, que o operário se suicide na fábrica.

5 A “AUTO-EXPOSIÇÃO” AO PERIGO E A RESPONSABILIDADE DO EMPRESÁRIO (N.T.: *autopuesta* é um neologismo criado pelo autor, cuja melhor tradução pareceu-me outro neologismo, posto entre aspas, “auto-exposição”)

O problema da intervenção da vítima no delito de imprudência foi abordado pela jurisprudência, como já vimos, por meio da doutrina da concorrência ou concurso de culpas ou de condutas. Embora se declarasse que, no âmbito penal, a compensação de culpas não fosse aplicável, na prática, valorizava-se o comportamento do ofendido para lhe negar a proteção. Com esse fim, propunha-se um juízo de ponderação no plano causal para decidir se alguma das condutas implicadas teria “eficácia preponderante, análoga ou de inferioridade” considerando “principais ou prevalentes ...as reputadas como originárias ou propulsoras inicialmente dos acontecimentos, tendo carácter secundário as que meramente favorecerem aos mesmos...” (STS 25.02.1991, RJ 1991/1412) (N.T.: STS significa acórdão do Tribunal Supremo da Espanha). De acordo com esses parâmetros, de difícil concretização, a maior virtualidade da conduta do prejudicado, “a possível interferência de culpa da vítima no resultado comum”, permitiria a minoração do grau de imprudência do autor, inclusive a sua irrelevância.

Essa técnica não oferecia critérios claros para a comparação e, na prática, ocorria-se à previsibilidade do resultado, imprecisão que propiciava uma espécie de “decisionismo” judicial, entre a equidade e o puro arbítrio. Podia-se detectar, contudo, uma espécie de chamada de atenção que pontualizava esta solução: “no âmbito das relações trabalhistas a responsabilidade pela falta de cuidado diante de riscos extraordinários não fica excluída pela simples transferência tácita da mesma aos trabalhadores. Se assim o fosse, é indubitável que isso importaria, na prática, numa liberação de todo dever de cuidado por parte do empregador, que, como é lógico, sempre poderia amparar-se na tácita renúncia do trabalhador para justificar o seu descumprimento” (STS 24.11.1989, RJ 1989/8724).

Recorreu-se, também, ao princípio de auto-responsabilidade para justificar uma hipotética “auto-exposição” ao perigo por parte do trabalhador. Essa doutrina se sustenta, segundo Cancio Meliá - que a sistematizou entre nós⁹, a quem seguimos-, na autonomia da liberdade da pessoa, no reconhecimento de um âmbito próprio de auto-organização e a sua correspondente responsabilidade. O titular do bem jurídico tem uma posição preferencial, de tal maneira que condutas como a autolesão ou a exposição ao perigo não são castigadas, em princípio, pelo direito penal. É por isso, nas hipóteses de interação entre o autor e a vítima, que esta deve assumir, de forma prioritária, embora não exclusiva, o dano para com a sua vida ou saúde como consequência da sua liberdade de agir de maneira arriscada. A intervenção da vítima afetaria o campo da tipicidade do comportamento do autor, a delimitação do que lhe é proibido.

São modelos que permitem resolver conflitos em que estiver sendo questionada a liberdade das pessoas diante de ingerências externas. Requer, em consequência, que os sujeitos se achem em pé de igualdade, um autor e uma vítima que interajam em níveis similares. Ou seja, exige uma vítima autônoma, não-dependente nem tutelada na sua capacidade de configuração vital. Se o ordenamento jurídico estabelecesse cuidados que tivesse de observar o autor, com a finalidade de proteger os bens da vítima, desapareceria a premissa sobre a qual opera o princípio de auto-responsabilidade, já que não seria reconhecido para esta uma liberdade de configuração da sua liberdade, uma autonomia de organização, condições imprescindíveis para considerá-lo responsável preferencial.

A imputação no campo de responsabilidade da vítima exige, segundo essa proposta, que a atividade tenha sido organizada conjuntamente por um autor e uma vítima autônomos e que o autor não tenha deveres específicos de tutela dos bens da vítima.

Como sabemos, nas relações trabalhistas, as partes não operam em pé de igualdade. O empregador conduz a prestação do trabalhador, tem poderes para isso, inclusive disciplinares. Portanto, não se pode falar em organização conjunta: trata-se de uma relação hierárquica, o trabalhador está subordinado, não decide os modos nem as formas de cumprimento dos seus deveres, cede a sua força de trabalho e subordina a sua obediência ao poder privado do patrão. É o autor, o empresário ou os seus representantes, que organiza a atividade em que se gera o risco para os bens da vítima.

Além do mais, o empresário tem obrigações precisas e intensas de proteger a saúde e a vida dos seus trabalhadores, portanto, adquire uma posição de garante em virtude das suas faculdades de direção e organização. A vítima é uma pessoa dependente do autor, o empresário ou do seu representante, que é quem tem de cumprir as obrigações de controle das fontes de risco que lhe impõe a lei, inclusive aquelas que têm a sua origem em condutas imprudentes dos seus trabalhadores.

As normas que regulamentam a relação de trabalho e procuram garantir a segurança no trabalho limitam a aplicabilidade da doutrina da imputação sobre a

⁹ Cancio Meliá, M., em *Conducta de la víctima e imputación objetiva en derecho penal*, Barcelona: Bosch, 1998.

vítima, a denominada auto-responsabilidade, e modificam os termos do risco permitido e o funcionamento do princípio de confiança.¹⁰

Ante a insatisfação que produziam aqueles métodos de análise de conflito, a jurisprudência evoluiu da concorrência de culpas à imputação objetiva do resultado, declarando a inadequação e a escassa aplicação de técnicas, como as da “auto-exposição” ao perigo.

Nesse sentido, pronuncia-se a STS 1611/2000, de 19 de outubro, num caso de homicídio culposo (N.T.: o termo original é “homicídio imprudente”) ocorrido durante a execução de um trabalho perigoso, a construção de uma caixa-d’água que se localizava sob uma linha de condução elétrica aérea de alta tensão. O trabalhador tinha dezoito anos, o empregador não tinha assinado carteira nem o tinha inscrito na seguridade social. Não existiam medidas de segurança nem lhe foram dadas instruções com relação a esse risco notório. Uma descarga elétrica provocou a morte do jovem, quando encostou no cabo de alta tensão com uma vara de metal que utilizava para medir a quantidade de água na caixa. Segundo a sentença, não houve “auto-exposição” ao perigo e podia-se imputar objetivamente o resultado à conduta do empresário, que foi quem ordenou que se realizasse esse trabalho - portanto, colocou-o num perigo juridicamente reprovável - num lugar por onde passava a rede de alta tensão, de modo que era obrigatório fornecer os meios para que a tarefa fosse realizada sem risco. O motivo da impugnação se fundava na ruptura do nexu causal entre o descumprimento do empregador e o resultado, devido à culpa do trabalhador que contribuira, de maneira decisiva, para a sua morte. A questão levantada afetava o tipo objetivo e, segundo a sentença, devia ser resolvida com a técnica da imputação objetiva, que permite:

explicar a relação que deve distar entre ação e resultado e substituir uma relação de causalidade sobre bases exclusivamente naturais introduzindo considerações jurídicas, seguindo os modelos marcados pela teoria da relevância. Nesse campo, a verificação da causalidade natural seria um limite mínimo, mas não suficiente para a atribuição do resultado.

Conforme esses postulados, comprovada a necessária causalidade natural, a imputação do resultado requer, além do mais, verificar: 1º) se a ação do autor foi a causa de um perigo juridicamente reprovável na produção do resultado; 2º) se o resultado produzido por tal ação é a realização do mesmo perigo (juridicamente reprovável) causado pela ação.

Caso falem algumas dessas duas condições complementares da causalidade natural (N.T.: a palavra *natural*, em espanhol, pode significar “espontâneo”), eliminar-se-ia a tipicidade da conduta e, por conseguinte, a sua relevância para o direito penal ... percebe-se (N.T.: no original, “se presenta”) evidentemente que o resultado produzido - morte do trabalhador sob suas ordens - é a realização do perigo (juridicamente reprovável) causado pela conduta do acusado.

¹⁰ Cancio Meliá, citado, p. 314, sustenta que “uma conduta da vítima que, noutras circunstâncias, teria conduzido à imputação da atividade arriscada ao seu campo de responsabilidade pode gerar um comportamento típico do sujeito obrigado”. Arroyo Zapatero afirma que se produz uma inversão radical do princípio de confiança, *Manual de derecho penal del trabajo*, Madri, 1988, p. 90.

Não é a vítima a que se põe voluntariamente, assumindo o risco existente, num perigo já criado previamente pelo acusado ao ordenar-lhe trabalhar nas proximidades de cabos de alta tensão. É o acusado e ninguém mais quem cria um perigo para a vítima, que deveria ter previsto, se tivesse adotado as medidas de precaução e cautela exigíveis e que lhe teriam permitido tomar as medidas de segurança imprescindíveis para evitar o resultado, ainda mais quando se trata de um trabalhador da construção civil, com longa experiência em obras como a que se estava realizando, sem que se pretenda acusar a própria vítima, um jovem de dezoito anos e sem experiência de trabalho, de não ter adotado medidas de precaução que não lhe tinham sido informadas quando tampouco fora avisado do risco que corria ao realizar o trabalho encarregado. Nem a vítima contribuiu com negligência decisiva para a produção do resultado, nem lhe pode ser aplicável o princípio da “auto-exposição” a perigo, nem da própria responsabilidade.

Em outro caso de morte de um trabalhador, que se precipitou no vazio quando executava um trabalho em certa altura, com ausência absoluta de medidas de segurança - não havia passarela na parte de cima do alpendre nem lhe fora fornecido um cinto, a Audiência Provincial (N.T.: Tribunal de 2º Grau com competência hierárquica sobre as varas da província) reduziu a culpa do empresário, argüindo que a vítima era um profissional qualificado, com experiência e que não solicitara ao empregador os meios de segurança adequados. O Tribunal Supremo considerou que a solução da sentença era “totalmente inadequada” e condenou-o por delito de homicídio culposo (N.T.: o texto original usa o termo “*homicidio imprudente*”). “A pretendida concorrência de culpas, quando existe, tem a sua incidência no ordenamento civil da responsabilidade, mas rara vez no ordenamento penal, já que cada um dos culpados concorrentes devem ser julgados em separado segundo a sua participação no fato e segundo o seu nível de responsabilidade ... não se avalia (N.T.: “aprecia” no original) de modo algum a existência de culpa da vítima, nem, em conseqüência, a diminuição de responsabilidade do acusado, já que não se pode fazer depender, nem em todo, nem em parte, a sua evidente falta de cuidado da possível solicitação que poderia ter feito o operário para evitar o acidente, pois o cuidado devido era-lhe imposto *ope legis* apenas pelas próprias normas de proteção trabalhista. Tampouco constitui argumento válido o de que a vítima pôde negar-se a realizar o seu trabalho em tão precárias condições, quando, segundo relata a sentença, o encarregado ou patrão se achava presente e foi quem lhe ordenou a realização dos trabalhos, o que significa que é muito difícil exigir do subordinado a desobediência dessas ordens” (STS 1853/2001, de 17 de outubro).

Um bom resumo dessa maneira de operar que supera a técnica do concurso de culpas se encontra em alguns acórdãos das Audiências. Ressaltaremos a fundamentação que continha a SAP Madri (N.T.: Seção da Audiência Provincial: correspondente às turmas dos tribunais brasileiros), sec. 15ª, 26.4.2004 (JUR 2004/270485):

a partir da perspectiva da conduta da vítima, convém precisar que se é inquestionável que esta interveio causalmente no resultado (plano causal-naturalístico), isso não quer dizer que possa ser-lhe imputado objetivamente

o mesmo à sua conduta (plano axiológico-jurídico da imputação objetiva). E isso porque, nesse tipo de imprudências trabalhistas, o dever objetivo de cuidado do empresário ou do seu representante na empresa abrange também a previsão e a neutralização dos riscos derivados das negligências em que poderiam incorrer os trabalhadores devido à própria possibilidade de risco do trabalho que prestam. Pois, como é sabido, o fato de estar acostumado com o risco e o hábito de estar sempre em circunstâncias perigosas acaba levando a um descaso com as situações arriscadas. Descaso que deve ser previsto e vigiado pelo empresário e seus representantes, que devem acentuar a vigilância e a direção presencial para evitar as situações desse tipo, impondo para isso de forma estrita o cumprimento de medidas de segurança e proporcionando os meios para a sua aplicação. A partir de tal perspectiva, a doutrina considerou que, nas atividades trabalhistas vinculadas com fatores importantes de risco, inverte-se de certo modo o princípio de confiança aplicável em outras áreas sociais (tráfego), substituindo-se mais especificamente pelo princípio da desconfiança. De forma que, sendo evidente que a rotina, o automatismo e a monotonia no trabalho acabam fazendo com que o trabalhador desconsidere o risco, deve-se incrementar o dever objetivo de cuidado do empresário, dos representantes e dos encarregados com o fim de prever e neutralizar essas situações. De modo que, esses, em lugar de confiar no comportamento cuidadoso e diligente do operário, devem muito mais «desconfiar» de tal possibilidade e acentuar as medidas de segurança e de vigilância, com o fim de evitar os riscos derivados dos descuidos dos trabalhadores, a quem devem impor de forma definitiva (N.T.: no original, aparece *concluyente* que também poderia ser “convicente”) e inapelável o cumprimento da normativa de segurança no trabalho diário.

Nesse sentido, deve-se enfatizar que uma das obrigações básicas do empresário é atender e antecipar-se às possíveis negligências do trabalhador, às suas omissões ordinárias, aos erros em que possa incorrer pelo seu costume de encontrar-se em situação de risco e pela repetição de tarefas, segundo o critério de proteção efetiva (art. 15.4 LPRL). Como prolata a STS 1329/2001, de 05 de setembro, “é um princípio definitivamente adquirido no campo das relações trabalhistas, o da proteção do trabalhador diante das suas próprias imprudências profissionais, princípio que inspira toda a legislação em matéria de acidentes de trabalho. A própria dedicação à tarefa pedida, como nesse caso, a realização do escoramento do telhado que se vai construir, concentra a mente do operário nessa tarefa e, então, se acontecer um descuido, deve estar protegido para evitar, apesar disso, o percalço”.

A superação daquela linha de análise e tratamento de acidentes de trabalho pelos tribunais, que antepõe a culpa da vítima, é condição necessária para uma maior eficácia da intervenção penal em defesa de direitos básicos dos trabalhadores. Pois é o empresário que é sujeito de obrigação, devedor de segurança, e o consentimento do trabalhador de assumir o risco da tarefa que lhe foi ordenada carece de relevância penal.