

FUNDAÇÃO DE ENSINO “EURÍPIDES SOARES DA ROCHA”
CENTRO UNIVERSITÁRIO EURÍPIDES DE MARÍLIA – UNIVEM
CURSO DE DIREITO

RODOLFO RODRIGO DE MAGALHÃES VIOLATO

**A RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO EMPREGADOR NA
INDENIZAÇÃO CIVIL POR ACIDENTES DE TRABALHO**

MARÍLIA
2009

RODOLFO RODRIGO DE MAGALHÃES VIOLATO

A RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO EMPREGADOR NA
INDENIZAÇÃO CIVIL POR ACIDENTES DE TRABALHO

Trabalho de Curso apresentado ao Curso de Direito da Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”, mantenedora do Centro Universitário Eurípides de Marília – UNIVEM, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador:
Professor Doutor FLÁVIO BENTO

MARÍLIA
2009

VIOLATO, Rodolfo Rodrigo de Magalhães

A responsabilidade objetiva do empregador na indenização civil por acidente de trabalho / Rodolfo Rodrigo de Magalhães Violato; orientador: Flávio Bento. Marília, SP: [s.n.], 2009. 52 f.

Trabalho de Curso (Graduação em Direito) – Curso de Direito, Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”, mantenedora do Centro Universitário Eurípides de Marília – UNIVEM, Marília, 2009.

1. Responsabilidade. 2. Indenização. 3. Acidente de Trabalho.

CDD: 341.611



FUNDAÇÃO DE ENSINO "EURÍPIDES SOARES DA ROCHA"

MANTENEDORA DO CENTRO UNIVERSITÁRIO EURÍPIDES DE MARÍLIA – UNIVEM

Curso de Direito

Rodolfo Rodrigo de Magalhães Violato

RA: 35931-9

**A RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO EMPREGADOR NA
INDENIZAÇÃO CIVIL POR ACIDENTES DE TRABALHO**

Banca examinadora do Trabalho de Conclusão de Curso apresentada ao Programa de Graduação em Direito da UNIVEM, F.E.E.S.R, para obtenção do Título de Bacharel em Direito.

Nota: 10,0

ORIENTADOR(A): _____

Elávio Bento

1º EXAMINADOR(A): _____

Otávio Augusto Custódio de Lima

2º EXAMINADOR(A): _____

Alex Ferreira Batista

Marília, 15 de outubro de 2009.

AGRADECIMENTOS

Acima de tudo, a Deus.
A minha mãe, em especial.
A todos que, direta ou indiretamente,
contribuíram para a realização deste trabalho.

VIOLATO, Rodolfo Rodrigo de Magalhães. **A responsabilidade objetiva do empregador na indenização civil por acidentes de trabalho**. 2009. 52 f. Trabalho de Curso (Bacharelado em Direito) – Centro Universitário Eurípides de Marília, Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”, Marília, 2009.

RESUMO

A presente monografia tem como objeto de estudo, “A responsabilidade objetiva do empregador na indenização civil por acidentes de trabalho”. A evolução dos meios de produção passou a expor o empregado a maior risco de dano. Diante da insuficiência da responsabilidade subjetiva para todas as hipóteses que possam gerar direito de receber indenização, os doutrinadores criaram a responsabilidade objetiva. O Código Civil de 2002 trouxe em seu artigo 927, parágrafo único a aplicação da responsabilidade independente de culpa para as atividades de risco outorgando para a doutrina e jurisprudência a solução do novo panorama. Vislumbrar o alcance do tema impede que o operador do direito cometa injustiças, visto que ele deve proteger o trabalhador, que tem problemas em superar o ônus probatório e, por outro lado, objetivar uma correta responsabilização do empregador de modo a não inibir a criação de fontes de trabalho e evitar uma demanda excessiva de ações descabidas na Justiça do Trabalho. A utilização da responsabilidade objetiva precisa coadunar com o Texto Constitucional.

Palavras-chave: Responsabilidade. Indenização. Acidente de trabalho.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	07
CAPÍTULO 1 – RESPONSABILIDADE CIVIL	08
1.1 Definição de Responsabilidade	08
1.2 Aspectos Gerais da Responsabilidade	08
1.3 Definição de Responsabilidade Civil	09
1.4 Natureza jurídica da responsabilidade civil	10
1.5 Função da reparação civil	11
1.6 Síntese histórica da responsabilidade civil	11
1.7 Responsabilidade civil no direito brasileiro	13
1.8 Espécies	15
1.8.1 Contratual [negocial] e extracontratual [extranegocial]	15
1.8.2 Subjetiva e objetiva	16
1.8.3 Direta e indireta	18
CAPÍTULO 2 – O ATO ILÍCITO, O DANO, A CULPA E O NEXO CAUSAL	21
2.1 Definição de ato ilícito	21
2.2 Definição de dano	22
2.2.1 Caracterização	22
2.2.2 Normatização	22
2.2.3 Dano patrimonial [material] e dano extrapatrimonial [imaterial, moral]	24
2.2.4 Dano contratual e extracontratual	24
2.3 Definição de culpa	25
2.3.1 Graus de culpa	25
2.3.2 Formas de apreciação	26
2.3.3 Formas de comportamento culposo	26
2.3.4 Culpa contratual e extracontratual	26
2.3.5 Culpa exclusiva e culpa concorrente	27
2.4 Definição de nexo causal	27
2.4.1 A busca do nexo causal	28
2.4.1.1 A teoria da equivalência das condições [“conditio sine qua non”]	28
2.4.1.2 Teoria da causalidade adequada	29
2.4.1.3 Teoria dos danos diretos e imediatos [teoria da interrupção do nexo causal ou teoria da causalidade necessária]	29
2.4.1.4 A teoria adotada pelo Código Civil Brasileiro	30
2.4.2 Causas que excluem o nexo de causalidade	31
2.4.2.1 Culpa exclusiva da vítima	31
2.4.2.2 Fato de terceiro	32
2.4.2.3 Caso fortuito ou força maior	32
CAPÍTULO 3 – RESPONSABILIDADE CIVIL DECORRENTE DE ACIDENTE DE TRABALHO	34
3.1 Definição de acidente de trabalho	34
3.2 Movimento evolutivo da responsabilidade civil decorrente de acidente de trabalho	35

3.3 A aplicação subsidiária do Direito Civil conforme previsão na Consolidação das Leis do Trabalho	36
3.4 Natureza da responsabilidade civil por acidente de trabalho	36
3.5 A competência para o julgamento das lides oriundas da relação empregatícia	36
3.6 Do direito à indenização	38
3.7 A mudança do foco	39
3.8 Maior acesso à justiça	40
3.9 A Evolução da teoria do risco proveito para teoria do risco criado	40
3.10 A aplicação das teorias da responsabilidade nos Tribunais	40
3.11 O artigo 7º, inciso XXVIII, da Constituição Federal de 1988	44
3.12 A aplicação da responsabilidade objetiva em consonância com a Constituição Federal de 1988	46
CONCLUSÃO	48
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	50

INTRODUÇÃO

A evolução dos meios de produção, o progresso e a tecnologia promoveram uma grande mudança nas atividades laborativas, aumentando a complexidade da realização do trabalho e muitas vezes expondo o empregado a um risco potencial de sofrer algum tipo de lesão.

Diante da insuficiência da teoria da responsabilidade subjetiva para abranger todas as situações que possam gerar direito de receber indenizações acidentárias, os doutrinadores do direito construíram uma nova teoria onde não se analisa a culpa, devendo-se apenas provar o dano e o nexo causal entre a atividade desenvolvida e o prejuízo.

Em que pese o Código Civil de 2002 ter tratado com timidez da responsabilidade civil, já que na maior parte repetiu o que o Diploma de 1916 trazia, ele inovou ao prever no artigo 927, parágrafo único, a responsabilidade objetiva nas atividades de risco, deixando a cargo da doutrina e jurisprudência a solução deste novo cenário.

Perceber extensão do tema impede que o operador do direito cometa injustiças na análise de casos concretos, protegendo o trabalhador [hipossuficiente] que muitas vezes não consegue superar a barreira do ônus da prova por estar numa posição menos privilegiada, agravada pela situação fática de que na maior parte dos acidentes são os companheiros de serviço, subordinados ao mesmo empregador do acidentado, que presenciam o evento, ficando prejudicada a coleta probatória.

Por outro lado, deve ser objetivada uma correta aplicação da responsabilização do empregador, de modo a não inibir a criação de fontes de trabalho em um país marcado pelo desemprego, e também que ele não seja vítima de uma “enxurrada” de ações trabalhistas descabidas, não favorecendo o enriquecimento indevido do trabalhador.

Por fim, este trabalho de conclusão de Curso visa, sem a pretensão de esgotar o tema, explicar a aplicação da responsabilidade objetiva do empregador na indenização civil por acidentes decorrentes da relação de trabalho, em consonância com a Constituição Federal de 1988.

CAPÍTULO 1 – RESPONSABILIDADE CIVIL

1.1 Definição de responsabilidade

A palavra responsabilidade origina-se do latim “respondere”, que significa a obrigação que alguém tem de assumir com as consequências jurídicas de suas atividades, contendo, ainda, a raiz latina “spondeo”, forma usada no Direito Romano para vincular o devedor nos contratos verbais.

Responsabilidade. S. f. (Lat. de respondere, na acep. de assegurar, afiançar). Dir. Obr. Obrigação por parte de alguém de responder por alguma coisa resultante de um negócio jurídico ou de ato ilícito. OBS. A diferença entre responsabilidade civil e criminal está em que essa impõe o cumprimento da pena estabelecida em lei, enquanto aquela acarreta a indenização do dano causado (ACADEMIA BRASILEIRA DE LETRAS JURÍDICAS, 1999, p. 732-733).

Segundo Carlos Roberto Gonçalves (2008, p. 2), “coloca-se, assim, o responsável na situação de quem, por ter violado determinada norma, vê-se exposto às consequências não desejadas de sua conduta danosa, podendo ser compelido a restaurar o statu quo ante”.

Maria Helena Diniz define responsabilidade como:

[...] a aplicação de medidas que obriguem alguém a reparar o dano moral ou patrimonial causado a terceiros em razão do ato próprio imputado, de pessoa por quem ele responde, ou de fato de coisa ou animal sob sua guarda (responsabilidade subjetiva), ou ainda de simples imposição legal (responsabilidade objetiva) (DINIZ, 2003, p. 36).

A responsabilidade, portanto, refere-se à necessidade de recompor o bem jurídico avariado, ou, na impossibilidade de fazê-lo, que a vítima seja devidamente compensada pelo abalo sofrido.

1.2 Aspectos gerais da responsabilidade

Deve ser destacada a distinção entre responsabilidade e obrigação, pois, esta é um dever jurídico originário, enquanto aquela é um dever jurídico sucessivo, ou seja, a responsabilidade surge do descumprimento de uma obrigação.

Responsabilidade, para o Direito, nada mais é, portanto que uma obrigação derivada – um dever jurídico sucessivo – de assumir as consequências jurídicas de um fato, consequências essas que podem variar (reparação dos danos e/ ou punição pessoal do agente lesionante) de acordo com os interesses lesados (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2007, p. 3).

O amparo da matéria está no princípio geral do direito da proibição de ofender [“neminem leadere”]. Na ótica de Maria Helena Diniz, hodiernamente, o princípio que domina a matéria é o da “restitutiu in integrum”, ou seja:

[...] da reposição completa da vítima à situação anterior à lesão por meio de uma reconstituição natural, de recurso a uma situação material correspondente ou de indenização que represente do modo mais exato possível o valor do prejuízo no momento de seu ressarcimento. (DINIZ, 2003, p. 7).

Trata, a doutrinadora, dos casos em que se faz necessário restituir o bem jurídico lesado, retornando ao seu “status quo ante”, ou não sendo possível alcançar a reparação, deve a vítima receber uma indenização que efetivamente compense o sofrimento decorrente do prejuízo.

Pertinentemente, pontua Carlos Alberto Bittar citado por Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho:

A reparação representa meio indireto de devolver-se o equilíbrio às relações privadas, obrigando-se o responsável a agir, ou a dispor de seu patrimônio para a satisfação dos direitos do prejudicado. Já a pena corresponde à submissão pessoal e física do agente, para restauração da normalidade social violada com o delito, pois o princípio que governa toda essa matéria é o do neminem leadere – um dos princípios gerais do direito – consoante o qual a ninguém se deve lesar, cujos efeitos em concreto se espraiam pelos dois citados planos, em função do interesse maior violado (de pessoa, ou de pessoas, de um lado; da sociedade ou da coletividade, de outro) e conforme a técnica própria dos ramos do Direito que a regem, a saber: a) Direito Civil (para as violações privadas) e b) o Direito Penal (para a repressão pública) (BITTAR, apud, GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2007, p. 5).

O autor distingue a reparação da pena, nesta a coletividade foi abalada, e para que a normalidade social seja restabelecida é aplicada ao infrator submissão física, enquanto naquela o prejudicado é o indivíduo, que será ressarcido como medida a fim de recompor o seu bem avariado.

Para diferenciar a responsabilidade jurídica da responsabilidade moral é necessário observar que a violação da norma moral pode causar um problema perante a consciência do indivíduo, porém, não há o poder coercitivo de exigir o cumprimento que existe na responsabilidade jurídica, pois somente o Estado pode exercê-lo.

1.3 Definição de responsabilidade civil

A responsabilidade civil deriva da agressão a um direito particular, sujeitando o infrator ao pagamento de uma compensação pecuniária à vítima, quando não puder repor “in natura” o estado anterior das coisas.

Responsabilidade Civil. Dir. Obr. imposição de reparar o dano causado a outrem, quer em razão da obrigação assumida (inexecução obrigacional), quer por inobservância de norma jurídica (responsabilidade extracontratual.) (ACADEMIA BRASILEIRA DE LETRAS JURÍDICAS, 1999, p. 733).

Silvio Rodrigues (2002, p. 6 - 7) sustenta que a responsabilidade civil se diferencia da responsabilidade penal porque nesta última o agente perturba norma de direito público, seu comportamento atinge a sociedade, já na primeira o interesse lesado é privado.

Existindo transgressão simultânea, ou seja, quando o causador do dano transgredir também a lei penal, este indivíduo se torna obrigado civil e penalmente e terá de responder perante o lesado e a sociedade, já que o fato danoso justifica acionar o mecanismo recuperatório da responsabilidade civil e impõe a movimentação do sistema repressivo da responsabilidade penal.

Caso não presentes os elementos caracterizadores da infração penal, o equilíbrio se restaura com a reparação civil, simplesmente (GONÇALVES, 2008, p. 25).

1.4 Natureza jurídica da responsabilidade civil

Para que o homem possa ser livre em sociedade ele deve responder pelos atos praticados, a responsabilidade civil vislumbra inibir práticas que conturbem as relações sociais, pois se sustenta no princípio da proibição de ofender [“neminem ledere”]. Uma vez perturbadas as relações sociais pela prática de ato lesivo do agente, a normalidade precisa voltar a existir.

A consequência lógico-normativa de qualquer ato ilícito é uma sanção, podendo esta ser definida, segundo afirma Eduardo Garcia Maynez citado por Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (2007, p. 19), como “a consequência jurídica que o não cumprimento de um dever produz em relação ao obrigado”.

Vale a pena ressaltar que existe diferença entre sanção e pena, são institutos distintos em que pese a similitude entre eles, o primeiro é gênero do qual o segundo é espécie. Afirma Goffredo Telles Jr. citado por Maria Helena Diniz (2003, p. 8) que a sanção é “uma medida legal que poderá vir a ser imposta por quem foi lesado pela violação da norma jurídica, de fazer reparar o dano causado ou de infundir respeito à ordem jurídica”. A pena decorre da sanção, é a constrição do direito sofrida pelo causador do dano.

Com o intuito de esclarecer o tema observa Carlos Alberto Bittar, mencionado por Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho:

[...] uma vez assumida determinada atitude pelo agente, que vem a causar dano, injustamente, a outrem, cabe-lhe sofrer os ônus relativos, a fim de que se possa recompor a posição do lesado, ou mitigar-lhe os efeitos do dano, ao mesmo tempo em que se faça sentir ao lesante o peso da resposta compatível prevista na ordem jurídica (BITTAR, apud GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2007, p. 20).

Compartilha do mesmo posicionamento Goffredo Telles Jr. mencionado por Maria Helena Diniz (2003, p. 8), que ensina: “a responsabilidade constitui uma sanção civil, por decorrer de infração de norma de direito privado, cujo objetivo é o interesse particular”.

Desta feita, é possível perceber que a natureza jurídica da responsabilidade civil é sancionadora.

1.5 Função da reparação civil

A doutrina elenca três funções da reparação civil, a saber: compensatória do dano à vítima; punitiva do ofensor e desmotivação social da conduta lesiva.

A primeira função refere-se a repor as coisas ao seu estado anterior; a segunda diz respeito a impor um efeito punitivo ao ofensor em razão da carência de acautelamento de seus atos; a última é decorrência da segunda, pois, a punição do agente lesionador torna público que medidas como aquela não serão toleradas, tem, nas palavras de Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (2007, p. 21), “cunho socioeducativo”.

1.6 Síntese histórica da responsabilidade civil

De acordo com a teoria clássica, a responsabilidade civil se assenta em três pressupostos: o dano, a culpa e o nexo de causalidade entre o fato e o dano.

No início da humanidade, a ocorrência de um evento danoso gerava a reação imediata do ofendido, não se discutia culpa, dominava a vingança privada, ou seja, reparação do mal pelo mal, e isso resultou, entre outras medidas, na Pena de Talião do “olho por olho e dente por dente”. O poder público intervinha para coibir abusos, manifestava-se para declarar se uma pessoa tinha ou não o direito de retaliação. (DINIZ, 2003, p. 9 - 10).

No Direito Romano, não havia diferença entre responsabilidade civil e penal, o preceito fundamental era de vingança, de devolver na mesma medida da ofensa sofrida (GONÇALVES, 2003, p. 18).

Sucedo o período da vingança privada o período da composição. O prejudicado passou a perceber vantagens na composição econômica, mas ficava a seu critério substituir a vingança pela composição. (GONÇALVES, 2003, p. 4)

Em uma fase mais avançada, o Estado veda a utilização da justiça pelas próprias mãos e a composição passa a ser obrigatória. Neste momento, o legislador cria tarifações [por exemplo: o ofensor pagar certa quantia, previamente fixada, por um membro do ofendido que foi amputado]. Essa é a época do Código de Ur-Nammu, do Código de Manu e da Lei das XII Tábuas. (GONÇALVES, 2003, p. 4 - 5).

Carlos Roberto Gonçalves acrescenta:

A diferenciação entre a pena e a reparação, entretanto, somente começou a ser esboçada ao tempo dos romanos com a distinção entre delitos públicos (ofensas mais graves de caráter perturbador da ordem) e os delitos privados. Nos delitos públicos, a pena econômica imposta ao réu deveria ser recolhida aos cofres públicos e, nos delitos privados, a pena em dinheiro caberia à vítima (GONÇALVES, 2008, p. 7).

O Estado assumiu, exclusivamente, a função de punir, e no momento em que o mecanismo repressivo passou a ser de sua titularidade, surgiu a ação de indenização. A responsabilidade civil tomou lugar ao lado da responsabilidade penal.

Analisa Maria Helena Diniz (2003, p. 10) que a Lex Aquilia cristalizou a ideia de reparação pecuniária do dano, impondo que o agente causador do infortúnio devia suportar com seu patrimônio a reparação, fixando que este se ausentaria de responsabilidade se tivesse agido sem culpa.

A supramencionada lei foi pioneira ao incluir na discussão da responsabilidade a análise da culpa do agente. Sua importância foi tão significativa que ela deu nome à responsabilidade civil delitual ou extracontratual, que ficou conhecida como responsabilidade aquiliana.

Sobre o momento da adoção da análise de culpa na responsabilidade civil explanam Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho:

Permitindo-se um salto histórico, observe-se que a inserção da culpa como elemento básico da responsabilidade civil aquiliana – contra o objetivismo excessivo do direito primitivo, abstraindo a concepção de pena para substituí-la paulatinamente pela ideia de reparação do dano sofrido – foi incorporada no grande monumento legislativo da idade moderna, a saber, o Código Civil de Napoleão, que influenciou diversas legislações do mundo, inclusive o Código Civil brasileiro de 1916 (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2007, p. 12).

O direito francês abandona a enumeração dos casos de composição obrigatória e passa a estabelecer princípios que norteiam a responsabilidade civil, entre eles o direito à indenização ainda que a culpa seja leve; a distinção entre responsabilidade civil e penal; a

existência de culpa contratual que não se liga nem a crime nem a delito. (GONÇALVES, 2003, p. 5 - 6).

Carlos Roberto Gonçalves (2008, p. 8) aponta que a noção da culpa em abstrato e a diferença de culpa delitual e culpa contratual foram inseridas no Código de Napoleão, o que inspirou a redação dos artigos 1.382 e 1383. ‘A responsabilidade civil se funda na culpa’ – foi a definição que repercutiu em todo mundo.

A respeito do direito primitivo português, elucida o retromencionado autor:

Pouca notícia se tem do direito primitivo português. A mais antiga responsabiliza a invasão dos visigodos pela primitiva legislação soberana de Portugal, com acentuado cunho germânico, temperado pela influência do cristianismo. Nessa época não se fazia diferença entre responsabilidade civil e responsabilidade criminal (GONÇALVES, 2008, p. 8 - 9).

“Após a invasão árabe a pena pecuniária passou a ser aplicada paralelamente às penas corporais” (GONÇALVES, 2008, p. 9).

O Código Civil Português de 1966, atento às evoluções da responsabilidade civil, em seu artigo 483 preceitua (GONÇALVES, 2008, p. 9):

Art. 483. Aquele que com dolo ou mera culpa, violar ilicitamente o direito de outrem ou qualquer disposição legal destinada a proteger os direitos alheios fica obrigado a indenizar o lesado pelos danos resultantes da violação. Só existe obrigação de indenizar independentemente de culpa nos casos previstos em lei.

Assim, nota-se que o legislador lusitano agasalhou a teoria subjetiva prevendo as modalidades contratual e extracontratual, deixando para os casos elencados em lei a aplicação da responsabilidade independente de culpa.

1.7 Responsabilidade civil no direito brasileiro

“O Código Criminal, atendendo às determinações da Constituição do Império, transformou-se em um código civil e criminal, fundado nas sólidas bases da justiça prevendo a integridade da reparação” (GONÇALVES, 2008, p. 9).

Neste período a reparação do dano era condicionada à condenação criminal, e, posteriormente, foi adotado o princípio da independência da jurisdição civil e criminal.

O Código Civil de 1916 adotou a teoria subjetiva que exige a análise da culpa do causador do dano para que ele seja obrigado a reparar o prejuízo que causou. Em alguns artigos presumia a culpa do lesante [artigos 1527 a 1529 e outros] (GONÇALVES, 2008, p. 9).

Previam os referidos artigos:

Art. 1527. O dono, ou detentor, do animal ressarcirá o dano por este causado, se não provar:

I – que o guardava e vigiava com cuidado preciso;

II – que o animal foi provocado por outro;

III – que houve imprudência do ofendido;

IV – que o fato resultou de caso fortuito, ou força maior.

[...]

Art. 1529. Aquele que habitar uma casa, ou parte dela, responde pelo dano proveniente das coisas que dela caírem ou forem lançadas em lugar indevido.

Todavia, o progresso da humanidade e o desenvolvimento industrial ocasionaram o surgimento de novas teorias que propiciariam maior proteção às vítimas, entre elas a teoria da responsabilidade objetiva.

No direito moderno a responsabilidade objetiva apresenta-se sob duas óticas: a teoria do risco criado e a teoria do dano objetivo.

A teoria do risco ganhou espaço por cobrir hipóteses em que a responsabilidade subjetiva se revela insuficiente. A responsabilidade é analisada objetivamente. Nesta teoria, o agente que se utiliza de atividade perigosa para obter lucro fica responsabilizado a ressarcir eventuais danos que resultem dela, ele só se exonera da responsabilidade de indenizar se provar que adotou todas as medidas para evitar o dano.

Na teoria do dano objetivo, ou teoria do risco integral, a existência de um dano gera o dever de indenizar, independentemente da ideia de culpa, ainda que o acidente ocorra por culpa exclusiva da vítima ou qualquer outra causa excludente do dever de indenizar.

É fácil perceber que a teoria do risco é a modalidade mais aceita pela doutrina.

Washington de Barros Monteiro (2003, p. 416) entende que a responsabilidade objetiva tornar-se-á regra, opinião contestada por alguns autores como, por exemplo, Carlos Roberto Gonçalves (2008, p. 11), que se posiciona no sentido que as duas modalidades de responsabilidade devem conviver harmonicamente.

O legislador ainda busca fundamentar a responsabilidade na ideia de culpa, porém quando esta se mostra insuficiente, ele tem fixado, em casos especiais, a aplicação da responsabilidade objetiva.

O Código Civil de 2002 inovou a matéria da responsabilidade ao prever a obrigação de reparar o dano quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar risco aos direitos de outrem, outorgando ao magistrado a possibilidade de que outras atividades perigosas, além das previstas em lei, fossem incluídas na aplicação da responsabilidade sem culpa.

Essa nova concepção difere da legislação civil de 1916, porque nesta as atividades perigosas eram exclusivamente as definidas em lei, caso não estivessem previstas, enquadravam-se na regra geral da responsabilidade subjetiva.

1.8 Espécies

1.8.1 Contratual [negocial] e extracontratual [extranegocial]

Quando o prejuízo advém de violação da lei, em virtude da atuação ilícita do agente infrator tem-se a responsabilidade extracontratual [ou aquiliana], entretanto, se entre os envolvidos já existia um contrato que os vinculava, e o dano ocorre exclusivamente do descumprimento da obrigação nele fixada, ocorre a responsabilidade contratual.

Discute-se a existência de diferença significativa entre a responsabilidade contratual e a extracontratual, existem autores que negam tal distinção porque ambas se fundam na culpa, para os contrários a essa posição, entre os quais se encontra Sílvio de Salvo Venosa (2004, p. 25), os argumentos são: primeiro que apesar de a responsabilidade negocial e a extranegocial se fundarem na culpa, nesta se examina a culpa em sentido amplo e naquela se analisa o inadimplemento da obrigação e segundo, porque o Novo Codex as disciplinou em dispositivos diferentes, contratual no artigo 389 e extracontratual no artigo 927.

Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (2007, p. 18) apontam três elementos básicos diferenciadores dessas duas formas de responsabilização que podem ser destacados: a necessária preexistência de uma relação jurídica entre lesionado e lesionante; o ônus da prova quanto à culpa; e a diferença quanto à capacidade.

No mesmo sentido, Maria Helena Diniz (2003, p. 119) afirma que a responsabilidade civil contratual resulta da violação de um dever estabelecido pela vontade dos contraentes, o devedor inadimplente causa prejuízo e deve indenizar a outra parte.

Na responsabilidade extracontratual, a lesão decorre da inobservância da lei, “é a lesão a um direito, sem que entre o ofensor e o ofendido preexista qualquer relação jurídica” (DINIZ, 2003, p. 120).

Na responsabilidade civil aquiliana a culpa deve ser provada pela vítima enquanto na contratual ela é, em regra, presumida, invertendo-se o “ônus probandi” e cabendo à vítima comprovar apenas que a obrigação foi descumprida, o devedor deverá provar a inexistência de sua culpa ou a presença de qualquer excludente do dever de indenizar.

Por fim, na responsabilidade contratual deve ser respeitada a capacidade para contratar, ou seja, a pessoa deve ser capaz, o menor púbere só se vincula quando assistido pelo seu representante legal – e excepcionalmente quando se declarar, maliciosamente, maior (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2007, p. 19).

Vale ressaltar que na responsabilidade aquiliana o menor sempre deverá recompor o prejuízo que causou porque se equipara ao maior quanto às obrigações resultante dos ilícitos em que for culpado (RODRIGUES, 2002, p. 10).

Carlos Roberto Gonçalves (2008, p. 26) entende que a responsabilidade contratual pode ser tácita, exemplificando que ao pegar um ônibus a pessoa celebra um contrato com a empresa para que esta conduza o passageiro com segurança até o ponto final do seu trajeto, se no percurso acontece um acidente, dá-se o inadimplemento contratual nos termos do artigo 389 do Código Civil.

Diante do que até então foi elencado, é possível perceber que existem diferenças importantes entre as espécies de responsabilidade, e que essas peculiaridades podem influir no ônus da prova, inclusive.

1.8.2 Subjetiva e objetiva

A teoria subjetiva pressupõe a culpa como fundamento da responsabilidade civil, se não existe culpa, não há responsabilidade. Diz-se subjetiva porque se esteia na ideia de culpa e prová-la passa a ser elemento necessário do dano indenizável.

Segundo essa doutrina, a responsabilidade civil tem como extremos legais; a existência de um dano contra o direito; b) a relação de causalidade entre esse dano e o fato imputável ao agente; c) a culpa deste, isto é, que ele tenha obrado com dolo ou culpa (negligência, imprudência ou imperícia) (MONTEIRO, 2003, p. 449).

A responsabilidade subjetiva é a decorrente de dano causado em função de ato doloso ou culposos. Esta culpa se caracteriza quando o agente causador do dano atuar com negligência ou imprudência, conforme cediço doutrinariamente, por meio do artigo 159 do Código Civil de 1916 e mantido pelo Código Civil de 2002 no artigo 186 (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2007, p. 13).

Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (2007, p. 13) entendem que a obrigação de indenizar é consequência do ato ilícito.

Prescreve o Código Civil que ocorre ato ilícito quando alguém por ação ou omissão voluntária [dolo], negligência ou imprudência [culpa] causa dano, ainda que exclusivamente

moral, a outrem, em face do que será responsabilizado pela reparação dos prejuízos (DINIZ, 2003, p. 40).

Para Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (2007, p. 14) a noção básica de responsabilidade civil, dentro da doutrina subjetiva, é o princípio segundo o qual cada um responde pela própria culpa. Por se caracterizar em fato constitutivo do direito à pretensão reparatoria, caberá ao autor, sempre, o ônus da prova de tal culpa do réu.

Quando a culpa é presumida, inverte-se o ônus da prova. O autor da ação só precisa provar a ação ou omissão e o dano resultante da conduta do réu, porque a culpa, como já foi mencionado, é presumida. O réu pode provar a existência de excludentes [ex. culpa exclusiva da vítima], se não lograr êxito será considerado culpado, em virtude da presunção.

Os casos de culpa presumida também serão hipóteses de responsabilidade subjetiva pois ainda se discute a culpabilidade do agente.

A noção de culpa presumida fez surgir a responsabilidade objetiva. A responsabilidade sem culpa é aplicada em inúmeras situações nas quais sua comprovação inviabilizaria a indenização para a parte mais vulnerável. A insuficiência da fundamentação da teoria da culpabilidade levou à criação da teoria do risco.

Responsabilidade Objetiva. Dir. Obr. Diz-se da que se baseia não na culpa, porém na atividade desenvolvida pelo agente, capaz de causar dano a terceiros. Responsabilidade assentada na teoria do risco, também chamada de teoria do *commodum* (ACADEMIA BRASILEIRA DE LETRAS JURÍDICAS, 1999, p. 734).

Na teoria do risco ou teoria do risco-proveito, quem cria risco deve suportar o prejuízo porque a atividade lhe proporciona benefício.

Sílvio de Salvo Venosa (2004, p. 20) pontua que “a explicação dessa teoria justifica-se também sob o título risco profissional. O dever de indenizar decorre de uma atividade laborativa. É o rótulo que explica a responsabilidade objetiva nos acidentes de trabalho”.

Conclui Sílvio de Salvo Venosa (2004, p. 21) que independente da qualificação do risco, o que importa é sua essência: “em todas as situações socialmente relevantes, quando a prova da culpa é um fardo pesado demais para a vítima, a lei opta por dispensá-la”.

A teoria do risco é a da responsabilidade objetiva. Segundo essa teoria, aquele que, através de sua atividade cria um risco de dano para terceiros deve ser obrigado a repará-lo, ainda que sua atividade e o seu comportamento sejam isentos de culpa. Examina-se a situação, e, se for verificada objetivamente, a relação de causa e efeito entre o comportamento do agente e o dano experimentado pela vítima, esta tem direito de ser indenizada por aquele (RODRIGUES, 2002, p. 11).

O Código Civil de 2002 no artigo 927, parágrafo único, inovou ao estabelecer 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”.

A nova concepção que deve reger a matéria no Brasil é de que vige uma regra geral dual de responsabilidade civil, em que temos a responsabilidade subjetiva, regra geral inquestionável do sistema anterior, coexistindo com a responsabilidade objetiva, especialmente em função da atividade de risco desenvolvida pelo autor do dano (conceito jurídico indeterminado a ser verificado no caso concreto, pela atuação judicial), ex vi disposto no artigo 927, parágrafo único (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2007, p. 15-16).

Oportunamente, expõe Sílvio de Salvo Venosa:

O raciocínio reside no seguinte fato: aquele que se serve da atividade alheia e dela tira proveitos responde pelos riscos a que expõe os empregados. Surge então a regra pela qual o patrão deve sempre indenizar os acidentes de trabalho sofridos pelos empregados, não se cogitando da culpa do patrão (VENOSA, 2004, p. 615).

Como forma de proporcionar melhor entendimento do conceito de atividade de risco, tem-se o exemplo muito citado pela doutrina da atividade realizada por uma empresa de fogos de artifício, mesmo que o empregador atenda todas as normas de segurança, o trabalho com pólvora apresenta perigo em si mesmo.

A doutrina se refere também à teoria do risco integral, modalidade extrema que justifica o dever de indenizar mesmo quando não existe nexos causal. O dever de indenizar está presente tão-só em virtude do dano, ainda que com culpa exclusiva da vítima, fato de terceiro, caso fortuito ou força maior (VENOSA, 2004, p. 21).

Sílvio de Salvo Venosa (2004, p. 615) se opõe a esse entendimento radical e pondera que ocorrendo culpa exclusiva da vítima, não se pode falar em indenização, pois o agente não contribuiu para o evento, inexistindo relação de causa e efeito, ocorre a exoneração da responsabilidade (CAVALIERI FILHO, 2004, p. 182).

Conforme se extrai do parágrafo anterior, deve existir um liame [nexo causal] entre o fato e o dano apresentado pela vítima, e, caso esta seja a única responsável pelo acontecimento lesante inexistirá dever de indenizar. O mesmo ocorre com o dano, ausente o prejuízo não há o que se falar em indenização ou ressarcimento .

Assim, o dano passa a ser elemento basilar para a existência da responsabilização do causador do infortúnio.

1.8.3 Direta e indireta

Com relação ao agente, a responsabilidade pode ser classificada em direta e indireta.

A responsabilidade será direta quando proveniente da própria pessoa imputada, o agente responderá por ato próprio, já a responsabilidade indireta advém de ato praticado por

terceiro, com o qual o agente tem vínculo legal de responsabilidade, de fato de animal e de coisas inanimadas sob sua guarda (DINIZ, 2003, p. 120).

Sílvio de Salvo Venosa (2004, p. 64) preleciona que o primeiro objetivo da responsabilidade, surge dos conceitos de justiça e equidade, “é fazer com que o próprio causador do dano seja responsabilizado pela reparação do prejuízo”, essa noção coincide com a punição do Direito Penal, cuja pena tem sentido social e repressivo.

Responsabilizar apenas os causadores do dano faria com que muitas ocasiões não pudessem ser ressarcidas, por isso que a lei descreve situações em que terceiros são responsáveis pelo prejuízo ainda que não tenham participado diretamente do evento.

Aponta Sílvio de Salvo Venosa (2004, p. 67) que “a culpa de um agente objetiva ou subjetiva faz nascer a responsabilidade de terceiro indigitado pela lei”.

O Código Civil de 1916 não trouxe norma geral sobre esse fenômeno. O artigo 1521, entretanto, estabelecia as bases para a responsabilidade por fato de terceiro. Imputava o dever de indenizar a quem exercia o poder diretivo sobre outra pessoa.

As pessoas elencadas, com exceção do inciso V, só responderiam se ficasse provada a sua culpa ou negligência, nos termos do artigo 1523. A jurisprudência brasileira suavizou a interpretação legal e cuidou de estabelecer a presunção de culpa em desfavor dos responsáveis previstos no artigo 1521.

Vale ressaltar que as formas previstas no artigo mencionado são formas de culpa “in vigilando”, com exceção da culpa por ato de empregado que se trata de culpa “in eligendo”.

O advento do novo diploma civil terminou com a presunção de culpa nesses casos e estabeleceu em seus artigos 932 e 933 que “as situações ali mencionadas dispensam a prova de culpa” (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2007, p. 149).

O artigo 932 do Código Civil de 2002 prescreve:

Art. 932. São também responsáveis pela reparação civil:

I - os pais, pelos filhos menores que estiverem sob sua autoridade e em sua companhia;

II - o tutor e o curador, pelos pupilos e curatelados, que se acharem nas mesmas condições;

III - o empregador ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele;

IV - os donos de hotéis, hospedarias, casas de albergue por dinheiro, mesmo que para fins de educação, pelos seus hóspedes, moradores e educandos;

V - os que gratuitamente houverem participado nos produtos de crime, até a concorrente quantia.

A expressão “também”, trazida pelo Novel Diploma gerou discussão no tocante a responsabilidade ser solidária ou subsidiária. Para Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (2007, p. 152) trata-se de responsabilidade solidária, oportunizando a vítima exigir a reparação civil diretamente do responsável legal.

O atual Código prevê, ainda, que incumbe ao terceiro quando acionado provar que o causador material do dano não agiu com culpa e a vítima não está obrigada a acionar o responsável pela vigilância, pode voltar-se diretamente contra o causador do infortúnio se isto for vantajoso.

Sob o espectro da teoria do enriquecimento sem causa, o terceiro, que arca com o pagamento da indenização, tem ação regressiva contra o causador direto do dano e pode reaver a importância que pagou como prevê o artigo 934 do Código Civil de 2002:

Art. 934. Aquele que ressarcir o dano causado por outrem pode reaver o que houver pago daquele por quem pagou, salvo se o causador do dano for descendente seu, absoluta ou relativamente capaz.

Fica nítido que o diploma legal faz ressalva para o caso de descendentes absoluta [menor de dezesseis anos] ou relativamente capazes [maiores de dezesseis e menores de dezoito anos] daquele que sanou o prejuízo, não há o que se falar em recomposição patrimonial deste, haja vista que em regra se trata da pessoa que detém o poder familiar sobre o menor, atenção ao disposto no art. 932, I do Código Civil de 2002.

CAPÍTULO 2 – O ATO ILÍCITO, O DANO, A CULPA E O NEXO CAUSAL

2.1 Definição de ato ilícito

A definição de ato ilícito é feita com habitual clareza por Maria Helena Diniz:

O ato ilícito é o praticado culposamente em desacordo com a norma jurídica, destinada a proteger interesses alheios; é o que viola direito subjetivo individual, causando prejuízo a outrem, criando o dever de reparar tal lesão. Para que se configure o ilícito será imprescindível um dano oriundo de atividade culposa. A prática de ato ilícito, infringindo preceito normativo de tutela de interesse privado, produzindo dano a um bem jurídico, lesando direitos pessoais ou reais, dá origem ao ressarcimento do prejuízo (DINIZ, 2003, p. 41).

Os atos ilícitos que repercutem na esfera da responsabilidade civil são os contrários a um dever contratual, legal ou social. Ofende dever contratual quando o indivíduo deixa de cumprir ou cumpre insatisfatoriamente a obrigação pactuada; viola dever legal quando o agente macula o ordenamento jurídico e por fim, pratica infração a dever social quando o agente não afronta diretamente a lei mas sim, os fins sociais a que ela se destina.

Atos ilícitos promanam da vontade, desde que elas sejam emanadas por sujeito capaz. Estes atos devem ser revestidos de ilicitude, ou seja, ocasionam efeitos jurídicos contrários ao ordenamento.

Deste ponto surge a questão da imputabilidade, visto que não se pode falar em vontade no caso de inimputável, entretanto, o Código Civil de 2002 em seu artigo 928, permite a responsabilidade mitigada dos incapazes.

Observa Sílvio de Salvo Venosa (2004, p. 26) que, no campo da responsabilidade, o ato de vontade deve se revestir de ilicitude e que na maior parte das vezes será uma cadeia de atos ilícitos e não ato singular, para o doutrinador retromencionado, “o ato ilícito traduz-se em um comportamento humano voluntário que transgride um dever”.

Para a existência de ato ilícito é necessário que o indivíduo transgrida o dever com culpa “lato sensu” [dolo] ou “stricto sensu” [culpa, nas modalidades de imprudência, negligência e imperícia]. Uma vez que a responsabilidade subjetiva se baseia na culpa, se esta inexistir não haverá ato ilícito, isentando o agente de responsabilidade.

2.2 Definição de dano

Conforme observa Maria Helena Diniz (2003, p. 61), “o dano pode ser definido como a lesão [diminuição ou destruição] que, devido a um certo evento, sofre uma pessoa, contra sua vontade, em qualquer bem ou interesse jurídico patrimonial ou moral”.

Adota o mesmo posicionamento Sérgio Cavalieri Filho (2004, p. 88 - 89) que afirma: “não há indenização ou ressarcimento, em qualquer modalidade de responsabilidade, se não houver dano, este definido como a subtração ou diminuição de um bem jurídico patrimonial ou integrante da personalidade da vítima”.

Para a existência de uma ação indenizatória é indispensável o dano, porque este é um dos pressupostos da responsabilidade civil, contratual ou extracontratual.

O dano é um dos pressupostos da responsabilidade civil, contratual ou extracontratual, visto que não poderá haver ação indenizatória sem a existência de um prejuízo. Só haverá responsabilidade civil se houver um dano a reparar. Isto é assim porque a responsabilidade resulta em obrigação de ressarcir, que, logicamente, não poderá concretizar-se onde nada há o que reparar (CAHALI, apud DINIZ, 2003, p. 58).

O prejuízo é condição “sine qua non” para o direito à indenização. Provar a lesão ao bem jurídico, que pode ser patrimonial ou moral, é imprescindível.

Vale a pena ressaltar, “a priori”, que a reparação pecuniária em virtude do dano moral sofrido não quer dizer que a vítima esteja atribuindo um preço ao seu sofrimento. Trata-se de um meio para atenuar as consequências do prejuízo, de medida punitiva ao agente causador do dano, e também tem a finalidade de desestimular no seio da sociedade esses comportamento lesivos.

2.2.1 Caracterização

O dano se caracteriza quando há ofensa a algum bem jurídico protegido pelo Estado e deste infortúnio resulta abalo patrimonial ou moral à vítima. Como já foi exposto no item anterior, é imperiosa a prova do prejuízo para demonstrá-lo.

2.2.2 Normatização

Quanto ao direito de reparação do dano patrimonial, este já estava assegurado desde o Código Civil de 1916, o que não se repetia com o dano extrapatrimonial, é o que afirmou

Caio Mário da Silva Pereira citado por Carlos Roberto Gonçalves (2008, p. 374), ao assegurar que a razão da resistência ocorria porque não havia uma disposição genérica no Código Civil, admitindo a indenização pelo dano moral.

Ensina Carlos Roberto Gonçalves (2008, p. 374) que apesar de o Código Civil de 2002 ser oriundo de um projeto elaborado antes da Constituição de 1988, o Diploma Civil prevê a reparação do dano moral ao se referir no artigo 186, ao ato ilícito.

Art.186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem ainda que exclusivamente moral comete ato ilícito.

O advento da Constituição de 1988 pôs fim na recusa à reparação do dano moral, principalmente pelo que dispõe o artigo 5º incisos V [assegura o direito à indenização por dano material, moral e à imagem] e X [protege constitucionalmente a vida, a honra e a imagem das pessoas].

Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

V – é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem.

[...]

X – são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.

Com essas normas constitucionais, os juslaboralistas que negavam o direito à reparação do dano moral tiveram que admiti-lo

O Novo Código Civil ainda trouxe a possibilidade de o prejudicado buscar, além da recomposição do que se perdeu, aquilo que deixou de ganhar em decorrência da ocasião danosa, como assegura o artigo 402, “in verbis”:

Art. 402. Salvo as exceções expressamente previstas em lei, as perdas e danos devidas ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar.

O texto legal supracitado trouxe a possibilidade de se almejar a indenização pelos lucros cessantes ao mencionar: “o que razoavelmente deixou de lucrar”.

Sílvio de Salvo Venosa (2004, p. 242) contesta a expressão adotada pelo Código Civil de 2002: “perdas e danos”, para o autor elas são redundantes, de maneira que o dano emergente e o lucro cessante não estão abrangidos por essa terminologia.

Respeitada a crítica do autor retrocitado pela impropriedade no uso das terminologias empregadas, “perdas e danos”, vale a pena mencionar que o legislador, no art. 402, “caput”, afirmou que se o dano afeta também as atividades do prejudicado, e com esse evento ele deixa

de auferir os lucros decorrentes delas, certamente por isto também deverá ser ressarcido, na medida do que efetivamente ganharia, já que não se deve admitir o enriquecimento sem causa.

2.2.3 Dano patrimonial [material] e dano extrapatrimonial [imaterial, moral]

Dano patrimonial é aquele que pode sofrer avaliação pecuniária, é suscetível de ser recomposto por indenização em dinheiro, afeta somente o patrimônio do ofendido, divide-se em dano emergente e lucro cessante.

Dano emergente, segundo Sílvio de Salvo Venosa (2004, p. 36), é “aquilo que efetivamente se perdeu”. É o dano mais fácil de ser avaliado já que depende sempre de dados concretos.

Lucro cessante corresponde ao que a vítima razoavelmente deixou de auferir, ou seja, considera-se o que a vítima teria recebido se não tivesse sofrido o prejuízo.

O dano extrapatrimonial, cujo nome mais conhecido tanto entre os juristas quanto popularmente é dano moral, já estava sendo aceito por parcela da doutrina mesmo antes do advento da Constituição Federal de 1988, todavia, após ganhar o “status” de preceito constitucional, teve gigantesca dimensão. Tal modalidade abrange ainda os direitos da personalidade em geral, o direito à imagem, ao nome, à privacidade, entre outros.

Define Sílvio de Salvo Venosa (2004, p. 39) que “dano moral é o prejuízo que afeta o ânimo psíquico, moral e intelectual da vítima”, ou seja, ofende o indivíduo em seu âmago, como ser humano.

Para a análise do “quantum” indenizatório deve ser respeitado o critério objetivo do “homem médio”. Não serão indenizados os dissabores da vida social dos indivíduos e o caso concreto também precisa ser observado. Um exemplo citado pela doutrina se refere ao protesto indevido de um cheque, pois isto causará dano moral a quem nunca sofreu essa experiência, todavia será indiferente para o devedor contumaz (VENOSA, 2004, p.39).

2.2.4 Dano contratual e extracontratual

O dano contratual é mais fácil de aferir pois as partes já delimitam no contrato a conduta exigida e estipulam o valor a ser pago no caso de descumprimento [cláusula penal], e,

ainda que assim não seja, observa Sílvio de Salvo Venosa (2004, p. 241) que “os danos têm como base, em linhas gerais, o próprio valor do negócio envolvido”.

No dano extracontratual não há obrigação preexistente que lhe sirva de base, Sílvio de Salvo Venosa (2004, p. 242) destaca que no ato ilícito existem situações especiais onde não fica claro se existe ou não relação contratual anterior, como por exemplo no transporte gratuito.

2.3 Definição de culpa

A culpa também é um dos pressupostos da responsabilidade civil, pois no ordenamento jurídico brasileiro vigora, em regra, que o dever ressarcitório decorre da culpa.

Sérgio Cavalieri Filho (2004, p. 54) define culpa como a conduta voluntária contrária ao dever de cuidado imposto pelo Direito, com a produção de um evento danoso involuntário, previsto ou previsível.

Duas espécies de culpa são apontadas, a “lato sensu”, que se refere à culpa intencional, ou seja, ao dolo e a “stricto sensu”, esta trata da modalidade decorrente de negligência, imprudência e imperícia.

É imperioso destacar a distinção entre imprudência, negligência e imperícia: a primeira se refere a um dever de abster-se, o agente não deveria ter cometido o ato ou o fez sem a devida precaução [conduta positiva]; na segunda o sujeito não fez algo quando deveria ter realizado [conduta negativa]; na terceira existiu incapacidade técnica para o exercício de determinada atividade.

Os tópicos a seguir trarão, de forma sucinta, ante a vastidão do tema, algumas importantes observações acerca da culpa.

2.3.1 Graus de culpa

São três os graus de culpa: grave, leve e levíssima.

Culpa grave é a extremada, ela se aproxima do dolo, é séria violação do dever de diligência.

Culpa leve é aquela que se relaciona ao homem médio, na expressão usada por Sílvio de Salvo Venosa (2004, p. 30), infração do dever de conduta do “bom pai de família”.

Culpa levíssima para Carlos Roberto Gonçalves (2008, p. 300) “é a falta só evitável com atenção extraordinária, com extremada cautela”.

Embora a doutrina diferencie as modalidades de culpa, o Código Civil não observa tal distinção, adotou o critério romano no qual a indenização se mede pela extensão do dano [exceto para os casos de concorrência de culpas].

2.3.2 Formas de apreciação

No tocante aos modos de apreciação da culpa, Maria Helena Diniz (2003, p. 44) aponta dois modos, “in concreto” e “in abstrato”.

“In concreto”: analisa-se a culpa concretamente quando o juiz, no caso concreto, verifica as provas e decide se o autor do dano atuou com dolo ou culpa.

“In abstrato”: faz-se uma comparação entre a conduta do agente e o que se espera do homem médio.

2.3.3 Formas de comportamento culposo

O comportamento culposo pode ser desenvolvido nas seguintes maneiras (DINIZ, 2003, p. 44 - 45):

“In committendo” ou “in faciendo”, se refere a uma conduta positiva do agente que pratica uma ação geradora de uma lesão.

“In ommittendo”, trata-se de atitude omissiva [conduta negativa], o não agir provocou o infortúnio.

“In eligendo”, refere-se à eleição inadequada de pessoa designada a realizar atividade que originariamente era do indivíduo.

“In vigilando”, é a ausência de fiscalização sobre pessoa que esteja sob os cuidados do agente.

“In custodiendo” diz respeito à falha na guarda de coisa ou animal que pertence ao responsável pelo dano.

2.3.4 Culpa contratual e extracontratual

A culpa classificar-se-á conforme a natureza do dever violado, sendo contratual se oriunda de relação obrigacional preexistente e extracontratual se o dever violado for genérico, neste caso, preleciona Carlos Roberto Gonçalves (2008, p. 301) que é imperiosa a prova do prejuízo.

2.3.5 Culpa exclusiva e culpa concorrente

Quando o dano ocorre em virtude de culpa exclusiva da vítima, exonera-se o agente do dever de indenizar pela ausência de nexo de causalidade entre o evento e o infortúnio.

Carlos Roberto Gonçalves (2008, p. 305) afirma que culpa concorrente é aquela que advém de conduta da vítima e do autor do dano, e, sabendo-se que a culpa de um não extingue a do outro, “será valorada para estabelecer a proporção do que cada um deverá suportar”

No que concerne à valoração em caso de culpa concorrente, existem vozes da doutrina que entendem que a indenização deve ser repartida de forma igualitária entre autor e o prejudicado, ou seja, este último será ressarcido na metade dos prejuízos experimentados.

A tese da divisão igualitária não prevaleceu, porque em muitas situações em que a vítima teve participação de menor importância ela suportaria ônus indevido. Em contrapartida, existiriam vezes que a vítima contribuiu sobremaneira para o acontecimento e o autor seria compelido ao pagamento de indenizações desproporcionais.

O novo Código Civil estabeleceu em seu artigo 945 que a indenização será fixada levando-se em conta a gravidade da culpa da vítima em confronto com a do autor do dano.

2.4 Definição de nexo causal

Embora a culpa possa ser até mesmo prescindida [nos casos de responsabilidade objetiva], o mesmo não se repete com o nexo causal, este é indispensável tanto na hipótese de responsabilidade subjetiva quanto na responsabilidade sem culpa.

É a relação de causa e efeito entre o comportamento do agente e o resultado lesivo experimentado pela vítima, na explanação sintetizadora de Sílvio de Salvo Venosa (2004, p. 45), “nexo causal é o liame que une a conduta do agente ao dano”.

O dano sofrido pela vítima deve estar relacionado com o comportamento do agente, se existiu dano porém não houve contribuição da outra parte para o resultado, inexistente relação de causalidade e obrigação de indenizar.

2.4.1 A busca do nexa causal

Existirão situações em que várias circunstâncias contribuirão para o dano, neste caso, três teorias são apresentadas com o fito de tentar sanar a questão: a teoria da equivalência das condições, a teoria da causalidade adequada e a teoria dos danos diretos e imediatos [que exige que o dano seja consequência imediata do fato que o produziu].

São sábias as lições de Sérgio Cavalieri Filho:

Cumpra, entretanto, alertar que nenhuma teoria nos oferece soluções prontas e acabadas para todos os problemas envolvendo o nexa causal. Como teorias dão apenas um roteiro mental a seguir, o raciocínio lógico a ser desenvolvido na busca da melhor solução. Sempre sobrar espaço para a criatividade do julgador atento aos princípios da probabilidade, da razoabilidade, do bom senso e da equidade (CAVALIERI FILHO, 2004, p. 66).

As teorias sobre o nexa causal visam auxiliar o raciocínio a ser desenvolvido, o julgador não está obrigado a adotar qualquer uma delas.

2.4.1.1 A teoria da equivalência das condições [“conditio sine qua non”]

Para a teoria da equivalência das condições, tudo o que contribuiu para o evento danoso é considerado como causa, inexistente a necessidade de determinar qual delas foi a responsável imediata para a configuração do dano.

Para Carlos Roberto Gonçalves (2008, p.331), “a sua equivalência resulta de que, suprimida uma delas o dano não se verificaria”.

Afirmam Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (2007, p. 86) que por isso se diz equivalência de condições, porque “todos os fatores causais se equivalem, caso tenham relação com o resultado”.

Os autores citados acima ensinam que se pode extrair uma fórmula de eliminação hipotética, segundo a qual “causa seria todo o antecedente que, se eliminado, faria com que o resultado desaparecesse” (GAGLIANO, PAMPLONA FILHO, 2007, p. 87).

A crítica a essa teoria reside no fato de ela poderia retroagir sem limites, por exemplo, “na hipótese de um homicídio, poderia fazer-se estender a responsabilidade do evento ao próprio fabricante da arma com a qual o dano se perpetrou” (GONÇALVES, 2008, p. 332).

Como já foi exposto, critica-se essa teoria porque se tudo o que contribuiu para o resultado for levado em consideração e tido como causa, poderão existir excessos, visto que ela poderia retroagir infinitamente.

2.4.1.2 Teoria da causalidade adequada

Para esta teoria, não se considera como causa toda condição que tenha, de qualquer forma, contribuído para a efetivação do resultado, é desenvolvido sobre o ocorrido um juízo de probabilidade, ou seja, considera-se causa “o antecedente abstratamente idôneo à produção do efeito danoso” (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2007, p. 88).

Sérgio Cavalieri Filho, mencionado por Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (2007, p. 88), resume bem o assunto ao explicar que causa para essa teoria “é o antecedente, não só necessário, mas, também adequado à produção do resultado. Logo, nem todas as condições serão causa, mas apenas aquela que for mais apropriada para produzir o evento”.

Analisando as orientações dos doutrinadores, é possível concluir que para a teoria da causalidade adequada, considera-se como causa do dano a condição que, por si mesma, é capaz de produzi-lo.

A crítica a esta teoria reside no fato de que é conferido ao juiz um grau extremado de discricionariedade porque a ele será atribuída a tarefa de avaliar se “o fato ocorrido no caso concreto pode ser considerado, realmente, causa do evento danoso” (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2007, p. 90).

2.4.1.3 Teoria dos danos diretos e imediatos [teoria da interrupção do nexos causal ou teoria da causalidade necessária]

O professor Agostinho Alvim, citado por Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho, desenvolveu no Brasil a teoria dos danos diretos e imediatos e, com o intuito de elucidar a questão, pontifica:

A Escola que melhor explica a teoria do dano direto e imediato é a que se reporta à necessidade da causa. Efetivamente, é ela que está mais de acordo com as fontes históricas da teoria do dano, como se verá. E em outro ponto de sua obra: Suposto certo dano, considera-se como causa dele a que lhe é próxima ou remota, mas com relação a esta última, é mister que ela se ligue ao dano, diretamente. Assim, é indenizável todo dano que se filia a uma causa, ainda que remota, desde que ela lhe seja causa necessária, por não existir outra que explique o mesmo dano. Quer a lei que o dano seja o efeito direto e imediato da execução (ALVIM, apud, GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2007, p. 90-91).

Essa teoria leva em consideração aquilo que diretamente produziu o dano, não pode existir outra causa que explique o mesmo dano.

Elucida bem a matéria Carlos Roberto Gonçalves (2008, p. 333), para o doutrinador, segundo a teoria dos danos diretos e imediatos, “cada agente responde, assim, somente pelos danos que resultarem direta e imediatamente, isto é, proximamente, de sua conduta”.

Um evento posterior ao dano pode interromper o nexos de causalidade, não sendo correto impor ao autor do primeiro dano as consequências remotas decorrentes do infortúnio.

2.4.1.4 A teoria adotada pelo Código Civil Brasileiro

Os operadores do direito não são precisos, existem atualmente duas vertentes doutrinárias, a primeira que adota a teoria da causalidade adequada e segunda que entende ser correta a aplicação teoria dos danos diretos e imediatos (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2007, p. 92).

Para Sérgio Cavalieri Filho, o Código Civil adotou a teoria da causalidade adequada. “Logo, em sede de responsabilidade civil, nem todas as condições que concorrem para o resultado são equivalentes [...], mas somente aquela que foi a mais adequada a produzir concretamente o resultado” (CAVALIERI FILHO, 2004, 68 - 69).

Carlos Roberto Gonçalves (2008, p. 333) entende que a teoria adotada pelo Código Civil vigente é a teoria dos danos diretos e imediatos, porque, para o autor, o artigo 403 do referido Codex se refere aos danos diretos e imediatos, como se pode perceber:

Art. 403. Ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato, sem prejuízo do disposto na lei processual.

O jurista acima, valendo-se da opinião de Agostinho Alvim, conclui que, ao optar pela teoria dos danos diretos e imediatos, o legislador repugnou a hipótese de o autor do dano suportar todas as consequências de seu ato, quando já não ligadas a ele diretamente. (ALVIM, apud, GONÇALVES, 2008, p. 334).

2.4.2 Causas que excluem o nexo de causalidade

Analisando demasiadas obras, as causas que excluem o nexo causal mais mencionadas pelos autores são: a culpa exclusiva da vítima, o fato de terceiro e o caso fortuito ou força maior.

Ocorrendo qualquer uma dessas hipóteses, não há o que se falar em responsabilidade civil porque inexistirá contribuição do agente para o dano experimentado pela vítima, ou seja, não estará presente a relação causal entre o comportamento do agente e o resultado prejudicial suportado pelo lesado.

2.4.2.1 Culpa exclusiva da vítima

Na hipótese de culpa exclusiva da vítima, esta contribui diretamente para o acontecimento pernicioso, o agente é mero instrumento para a prática do sinistro, neste caso o causador do dano se isenta de qualquer responsabilidade.

Sílvio de Salvo Venosa (2004, p. 46) aponta que a hipótese não consta expressamente no ordenamento, vem de construção da doutrina e jurisprudência, entretanto, se ocorrer, “desaparece a relação de causa e efeito entre o dano e seu causador”.

É imperioso advertir que a atuação da vítima é exclusiva, se o prejuízo ocorrer de ação do agente e da vítima haverá concorrência de culpas e neste caso, a indenização será proporcional à atuação de cada sujeito [regra] (GAGLIANO, PAMPLONA FILHO, 2007, p. 115).

Importantes são as lições de Miguel Maria de Serpa Lopes no que se refere à culpa exclusiva da vítima:

[...] se a culpa da vítima for integral, total, com exclusão de qualquer fato imputável ao causador material do dano, então aplica-se, por assim dizer, o princípio obrigacional – res domini – quer dizer, ela, a vítima sozinha, enfrenta a responsabilidade total dos prejuízos que sobre ela recairão inexoravelmente (LOPES, 1995, p. 206).

A vítima suportará sozinha todos os encargos oriundos do evento, uma vez que, como já foi mencionado, o indivíduo que causou o dano foi “utilizado” para a produção do resultado [mero instrumento do acidente].

2.4.2.2 Fato de terceiro

Terceiro, como observa Sílvio de Salvo Venosa (2004, p. 56), é “alguém mais além da vítima e do causador do dano”, e conclui, “nessa situação aqui tratada, não se cuida de pessoas que tinham relação com o agente causador”.

É o acontecimento que não se pode atribuir àquele que causou o dano, porque, na verdade, o evento existiu graças ao ato praticado por terceiro [evidentemente, não se trata de pessoa da qual o agente causador seja responsável, por exemplo, filhos menores].

Com o habitual brilhantismo Maria Helena Diniz (2003, p. 104) pontifica que “se a ação de terceiro causou o dano, esse terceiro será o único responsável pela composição do prejuízo”.

2.4.2.3 Caso fortuito ou força maior

A matéria correspondente ao caso fortuito ou força maior está prevista no Código Civil no artigo 393, “in verbis”:

Art. 393. O devedor não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito ou força maior, se expressamente não se houver por eles responsabilizado.

Nota-se que o legislador não se preocupou em diferenciar caso fortuito e força maior, atribuindo os mesmos efeitos a essas modalidades, entretanto, no campo doutrinário tem-se uma intensa controvérsia acerca destes dois institutos.

José Aguiar Dias, mencionado por Sílvio de Salvo Venosa (2004, p. 48), entende que as expressões são sinônimas e que é inútil distingui-las.

Sobre as posições da doutrina, pontifica Sílvio de Salvo Venosa:

A doutrina costuma apresentar as mais equívocas compreensões dos dois fenômenos. Ambas as figuras equivalem-se, na prática, para afastar o nexo causal. Para alguns autores, caso fortuito se ligaria aos critérios de imprevisibilidade e irresistibilidade. Assim, o caso fortuito seria aquela situação normalmente imprevisível, fato da natureza ou fato humano. A força maior seria caracterizada por algo também natural ou humano a que não se poderia resistir, ainda que possível prever sua ocorrência. (VENOSA, 2004, p. 49).

Na visão de alguns estudiosos do direito caso fortuito se refere aos fenômenos da natureza, e força maior os atribuídos à ação humana (DINIZ, 2003, p. 105); para outros, é exatamente o contrário, caso fortuito são os decorrentes da ação humana e força maior os oriundos das forças da natureza (GONÇALVES, 2008, p. 449).

Trata-se de questão doutrinária, na prática os efeitos são os mesmos, ambos afastam o nexo causal por se tratarem de acontecimentos inevitáveis, que ocorrem sem culpa do devedor [salvo se o autor houver *expressamente* se responsabilizado pela ocorrência de caso fortuito ou força maior]. Para Maria Helena Diniz (2003, p.105), cessam a responsabilidade porque esses fatos eliminam a culpabilidade, por razão da sua inevitabilidade.

CAPÍTULO 3 – RESPONSABILIDADE CIVIL DECORRENTE DE ACIDENTE DE TRABALHO

3.1 Definição de acidente de trabalho

Antigamente, o acidente de trabalho era considerado um acontecimento desgostoso na vida do trabalhador. Para De Plácido e Silva, citado por Raimundo Simão de Melo (2006, p. 23), era: “todo acontecimento infeliz que advém fortuitamente ou atinge o operário, quando do exercício normal de suas atividades profissionais”.

Essa concepção não se sustenta mais nos dias atuais, haja vista que inúmeros acidentes de trabalho são causados pela inobservância por parte do empregador das medidas preventivas, pela falta de respeito às normas de segurança, dentre outros fatores.

O artigo 19 da Lei número 8.213 de 24 de julho de 1991 tenta explicar o que é acidente de trabalho e em qual momento restará configurado:

Art.19. Acidente do trabalho é o que ocorre pelo exercício do trabalho na empresa ou pelo exercício do trabalho dos segurados referidos no inciso VII do art. 11 desta Lei, provocando lesão corporal ou perturbação funcional que cause a morte ou a perda ou a redução, permanente ou temporária da capacidade para o trabalho.

O dispositivo legal acima não é suficiente para definir todas as hipóteses de acidente de trabalho, em virtude da imensidão do assunto. Ademais, inúmeras situações podem surgir, já que a matéria sofre constantes modificações diante da evolução dos modos de trabalho e produção de riquezas.

Sobre acidente de trabalho, são válidas as lições de Miguel Maria de Serpa Lopes que assevera:

[...] a responsabilidade por acidente de trabalho não abrange apenas o acidente propriamente dito, ocorrido através de uma lesão corporal produzida pela ação da máquina, como também a própria doença desde que ela seja uma consequência do trabalho desenvolvido pelo operário (LOPES, 1995, p. 336).

Na concepção do retromencionado autor, não só o acidente de trabalho é causa ensejadora para o dever de reparação dos danos pelo empregador, as doenças resultantes da prática laborativa também geram o dever de indenizar.

Na verdade, o empregador deve ser responsável pelos danos decorrentes da atividade sejam eles de ordem física ou psíquica desde que tenham relação com o trabalho desenvolvido pelo empregado.

3.2 Movimento evolutivo da responsabilidade civil decorrente de acidente de trabalho

O surgimento da máquina nos meios de produção gerou um desenvolvimento vertiginoso, isso levou a um significativo aumento nos acidentes de trabalho, e a jurisprudência não estava pronta para tal desafio. As atividades, cada vez mais repetitivas, era um fator que potencializava a ocorrência de mais desastres.

Os acidentados muitas vezes ficavam sem a devida reparação quando o empregador se isentasse de culpa.

Isso se repetiu até os fins do século XIX, pois, segundo Miguel Maria de Serpa Lopes (1995, p. 332), na Inglaterra veio a concepção da “common employment”, que se tratava da concepção da teoria da culpa “em sua profundidade”, não provada a culpa do patrão, o operário tinha que arcar com as consequências do acidente.

Após esse período introduziu-se a aplicação da inversão do ônus da prova, onde caberia ao empregador demonstrar a inexistência de culpa por sua parte.

Angustiado em deixar o trabalhador desamparado e não podendo violar a lei aplicando a responsabilidade sem culpa a jurisprudência buscou atar a responsabilidade ao contrato de trabalho, “esse foi o ponto de vista de dois grandes juristas de valor: Sainctelette, na Bélgica e Narc Sauze, na França”. Tal concepção se fundava em “elemento precário”, baseava-se numa obrigação “implicitamente assumida pelo empregado, no momento da formação do vínculo contratual de trabalho”, por isso não teve franca acolhida (LOPES, 1995, p. 332).

Josserand e Saleilles tentaram ligar a responsabilidade por acidentes ao conceito de risco, eles extraíram do Código Civil francês, que previu a presunção de responsabilidade recaindo ao guarda da coisa o dever de reparar o prejuízo, um princípio inovador pelo qual se presumia a culpa ou até mesmo a responsabilidade (LOPES, 1995, 333).

Se por um lado a França aderiu a interpretação, os Tribunais da Bélgica recusaram a extensão buscada pelos autores acima referidos.

Todavia, a importância desses juristas é que eles iniciaram as discussões que culminaram na criação da teoria do risco.

3.3 A aplicação subsidiária do Direito Civil conforme previsão na Consolidação das Leis do Trabalho

A responsabilidade civil é citada por vários autores como o tema mais importante do Direito Civil, suas relações vão além da matéria civilista irradiando efeitos em outras, no Direito do Trabalho, inclusive.

A aplicação da responsabilidade civil no Direito do Trabalho se deve ao parágrafo único do artigo 8º da Consolidação das Leis do Trabalho que prevê:

Art. 8º, parágrafo único. O direito comum será fonte subsidiária do direito do trabalho, naquilo em que não for incompatível com os princípios constitucionais deste.

Assim, tal dispositivo autoriza que os conceitos e pressupostos da responsabilidade civil sejam aplicáveis ao Direito do Trabalho (SCHIAVI, 2006, p. 575). Merece atenção que o texto legal faz ressalva à compatibilidade com os princípios constitucionais do direito do trabalho.

3.4 Natureza da responsabilidade civil por acidente de trabalho

Para Miguel Maria de Serpa Lopes (1995, p. 334), a natureza da responsabilidade civil por acidente de trabalho é contratual-legal, uma vez que a lei intervém no contrato de trabalho, assim, quando se celebra um contrato de trabalho, o patrão assume a responsabilidade por qualquer acidente sofrido pelo operário durante o desempenho de suas habituais atividades e, em outro ponto de sua obra conclui elencando dois pressupostos, primeiro que o acidente tenha ocorrido durante o trabalho e segundo que entre patrão e empregado exista uma relação contratual de trabalho.

3.5 A competência para o julgamento das lides oriundas da relação empregatícia

No tocante às lides oriundas da relação empregatícia, a Consolidação das Leis do Trabalho preceitua:

Art. 643. Os dissídios, oriundos das relações entre empregados e empregadores bem como de trabalhadores avulsos e seus tomadores de serviços, em atividades reguladas na legislação social, serão dirimidos

pela Justiça do Trabalho, de acordo com o presente Título e na forma estabelecida pelo processo judiciário do trabalho.

Por existir previsão legal, não há dificuldade, havendo dissídios entre empregador e empregado, à Justiça do Trabalho cabe o julgamento.

Existia certa dúvida no que dizia respeito à competência para o julgamento das ações de indenização decorrentes de acidente de trabalho, porém, a Emenda Constitucional número 45 de 8 de dezembro de 2004 e também com o novo posicionamento do Supremo Tribunal Federal [no julgamento do Conflito Negativo de Competência número 7.204, no qual o ministro-relator Carlos Ayres Brito teve seu voto acompanhado pelos demais ministros no sentido de que a competência para o julgamento das indenizações decorrentes de acidente de trabalho que envolvam empregado e empregador são de competência da Justiça Laboral], a questão ficou pacificada.

A Emenda Constitucional número 45/2004, conferiu nova redação ao artigo 114, a competência para o julgamento das ações decorrentes de acidente de trabalho foi atribuída à Justiça do Trabalho. Notável acerto uma vez que os acidentes de trabalho estão umbilicalmente ligados ao contrato de trabalho.

Dessa forma, a Justiça do Trabalho “é a competente para apreciar e julgar as ações que envolvam o pedido de pagamento de indenização por danos morais e materiais em decorrência de acidente de trabalho” (VILLELA, 2006, p. 841).

Antigamente, entretanto, a Justiça do Trabalho não era considerada competente para julgar litígios relacionados com os danos morais. Veja-se esse julgado do Tribunal Superior do Trabalho:

Incompetência da justiça laboral para julgar pedido de reparação por danos morais. A lei máxima em seu artigo cento e quatorze, expressamente, dispõe que é competente esta justiça especializada para julgar conflitos entre patrão e empregado decorrentes da relação de trabalho. Recurso não conhecido. (Tribunal Superior do Trabalho. Acórdão n. 6682, Decisão: 16.10.1996, Proc: RR, n. 156930, Ano: 1995, Recurso de Revista, Turma: 02, Recorrente: Auto Viação Mil e Um Ltda. Recorrido: Orovaldo Tavares. Relator Ministro Moacyr Roberto Tesch Auersvald).

A jurisprudência, todavia, mesmo antes da Emenda Constitucional número 45/2004, evoluiu para admitir a competência material da Justiça do Trabalho para o julgamento o julgamento litígios relacionados com os danos morais. Nesse sentido:

DANO MORAL. COMPETENCIA MATERIAL. JUSTIÇA DO TRABALHO. 1. Inscreve-se na competência material da justiça do trabalho o equacionamento do litígio entre empregado e empregador, agindo nesta condição, por indenização decorrente de dano moral. Trata-se de dissídio concernente a cláusula acessória do contrato de emprego (CLT, artigo seiscentos e cinquenta e dois, inciso quatro), pela qual se obrigam empregado e empregador a respeitarem-se a dignidade, a reputação, a honra,

o bom nome e, enfim, o valioso e inestimável patrimônio moral de que cada pessoa é titular. Inteligência do artigo cento e quatorze, da Constituição Federal de 88. Precedente específico do STF (proc: re num: 0238737, relator: ministro Sepúlveda Pertence, decisão: unânime, data:17-11-98 fonte: DJ data:05-02-98). Inteligência do artigo cento e quatorze da Constituição Federal de 88. Recurso Não Conhecido. [...] (Tribunal Superior do Trabalho. Acórdão n. 450338. Decisão: 14 04 1999. Proc: RR, n. 450338. Ano: 1998. Recurso de Revista. Turma: 01. Recorrentes: Chocolates Garoto S/A. Recorrido: Silverio Jose Cobe. Relator Ministro João Oreste Dalazen).

Não importa o tipo de relação de emprego, “seja a urbana, a rural, a doméstica, o emprego em domicílio, etc., basta estar-se diante da relação empregatícia para a questão situar-se no âmbito da competência material da Justiça do Trabalho” (MASCARO apud ALMEIDA, 2007, p. 240 - 241).

Por fim, é necessário advertir que nas lides entre o Instituto Nacional de Seguridade Social [entidade autárquica federal] e o trabalhador, a competência não é da Justiça Trabalhista, e sim da Justiça Comum, trata-se de previsão Constitucional, “in verbis”:

Art. 109. Aos juízes federais compete processar e julgar:

I - as causas em que a União, entidade autárquica ou empresa pública federal forem interessadas na condição de autoras, rés, assistentes ou oponentes, exceto as de falência, as de acidentes de trabalho e as sujeitas à Justiça Eleitoral e à Justiça do Trabalho;

[...]

§ 3º - Serão processadas e julgadas na justiça estadual, no foro do domicílio dos segurados ou beneficiários, as causas em que forem parte instituição de previdência social e segurado, sempre que a comarca não seja sede de vara do juízo federal, e, se verificada essa condição, a lei poderá permitir que outras causas sejam também processadas e julgadas pela justiça estadual.

[...]

§ 4º - Na hipótese do parágrafo anterior, o recurso cabível será sempre para o Tribunal Regional Federal na área de jurisdição do juiz de primeiro grau.

Por não se tratar de relação de trabalho e sim de conflito entre segurado e o Instituto Nacional de Seguridade Social, a Constituição Federal de 1988 define a competência para a Justiça Comum.

3.6 Do direito à indenização

Ocorrendo o acidente de trabalho surge para o empregado o direito de ser ressarcido em seu prejuízo, todavia, vale observar que a indenização acidentária paga pelo Instituto Nacional de Seguridade Social [INSS] não exclui a indenização civil, decorrente do

comportamento lesivo do empregador, quando ele incorre em dolo ou culpa e também nos casos de atividade de risco.

Desta feita, por serem matérias distintas, havendo acidente, o trabalhador pode pleitear, além do benefício previdenciário [dever do Estado], reparações a cargo do empregador.

É o posicionamento do Supremo Tribunal Federal que, por compreender de igual modo editou a súmula 229, a qual prevê: “a indenização acidentária não exclui a do direito comum, em caso de dolo ou culpa grave do empregador”.

Atualmente, não se exige mais a culpa grave do empregador como afirma a súmula, basta que haja culpa, em qualquer intensidade [grave, leve ou levíssima].

Com efeito, ocorrido o acidente, três hipóteses poderão existir, conforme o caso concreto: 1) ambos (empregador e INSS) estarão obrigados a reparar os danos sofridos pelo trabalhador, cada qual a sua forma; 2) apenas o INSS terá responsabilidade pelo fato; 3) não haverá obrigação de qualquer deles. A primeira hipótese será factível quando houver culpa do empregador. A segunda, quando inexistir negligência patronal. A terceira, quando além de não haver culpa do empregador, também não for devida a prestação de benefício (p.ex.: ato fraudulento do empregado) (PEREIRA, 2006, p. 74).

No que se refere à Previdência Social [Instituto Nacional de Seguridade Social], o benefício deve ser concedido desde que provado o evento, o dano e o nexos causal entre ambos, trata-se de responsabilidade objetiva como regra (MELO, 2006, p. 23).

Convém lembrar que o empregador não pode [não é lícito] abater do valor da indenização que lhe foi atribuída a quantia já paga pelo Instituto Nacional de Seguridade Social ao trabalhador, este preceito se extrai do artigo 121 da Lei 8.213 de 24 de julho de 1991, que prevê: “o pagamento, pela Previdência Social, das prestações por acidente de trabalho não exclui a responsabilidade civil da empresa ou de outrem”.

3.7 A mudança do foco

Os precursores da responsabilidade objetiva, criadores da teoria do risco, modificaram o ponto de vista, alteraram o ângulo de visão da questão, objetivando apreciar todo o contexto da responsabilidade civil pela ótica da vítima (VILELLA, 2006, p. 840).

Ou seja, a matéria da responsabilidade passou a ser analisada pela ótica do empregado, que está em uma situação desfavorável, analisa Alexandre Sabariego Alves:

[...] os operadores do Direito, especialmente advogados que representam trabalhadores vitimados, se vêem às voltas com dificuldades em produzir provas, notadamente a prova da culpa do empregador no acidente do

trabalho. Fatores de ordem econômica e técnica alimentam estas dificuldades, na medida em que o empregador, no geral, tem, no mínimo, melhor aptidão para a prova. Fácil concluir que o resultado das demandas revela, quase sempre, a ausência de culpa (prova) do empregador, senão a culpa do próprio trabalhador vitimado (ALVES, 2007).

Antes desta mudança o empregador estava em uma posição cômoda, só seria compelido ao pagamento de indenização quando restasse provada sua culpa, o que é muito difícil, pois ele que detém os meios de produção, domina todo o funcionamento da atividade, certamente contará com amplo acesso jurídico, não havendo deste modo paridade de armas num eventual processo.

3.8 Maior acesso à justiça

A adoção da responsabilidade objetiva garante ao trabalhador maior acesso à justiça, o que pode ser extraído da leitura do item anterior, pois essa espécie de responsabilização faz com que o empregador, seja responsabilizado por ter criado risco ao empregado e por ser o beneficiário maior da atividade produzida pelo operário.

3.9 A Evolução da teoria do risco proveito para teoria do risco criado

Extraí-se das afirmações do Procurador do Trabalho Fábio Goulart Villela (2006, p. 841), que a teoria do risco criado é considerada pela doutrina como evolução da teoria do risco proveito, nesta, responsabiliza-se o autor do fato que o desencadeia com o objetivo de obtenção de proveito econômico, naquela dispensa a prova que o autor do fato obtenha vantagens econômicas da atividade que acarretou o dano, uma vez que o risco incidirá em todas as atividades desenvolvidas pelo agente tenha proveito econômico ou não.

3.10 A aplicação das teorias da responsabilidade nos Tribunais

Em estudo publicado (BENTO; VIOLATO, 2008, p. 98 – 99), foi observado o comportamento da jurisprudência quando esta se depara com situações de acidente de trabalho que envolva o dever do empregador de indenizar o empregado acidentado e também foi analisado de que maneira os operadores do direito aplicam as teorias da responsabilidade para solucionar esses casos.

Nesse contexto, ganha importância a discussão acerca do artigo 927 do Código Civil, que prevê a responsabilidade objetiva de reparar o dano, “quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem”, em confronto com o artigo 7º da Constituição Federal, inciso XXVIII, que prevê o direito do trabalhador a “seguro contra acidentes de trabalho a cargo do empregador, sem excluir a indenização a que este está obrigado, quando incorrer em dolo e culpa”.

Observamos que, como regra geral, a reparação de dano decorrente de acidente de trabalho permanece fundada na responsabilidade subjetiva do empregador, que exige a comprovação de dolo ou culpa deste.

Como expôs Mauro Schiavi:

[...] entendemos que não há como se sustentar em todos os casos a responsabilidade objetiva do empregador, pois a regra geral é a da responsabilidade subjetiva fixada no art. 7º, XXVIII e, como se trata de uma responsabilidade fixada na constituição, não há como se entender que as regras do art. 2º, da CLT ou do art. 927, parágrafo único do CC prevaleçam sobre a norma constitucional (SCHIAVI, 2006, p. 579).

A verificação da jurisprudência, por amostragem, levou-nos à identificação de algumas inclinações que serão destacadas no presente estudo.

A primeira tendência admite a aplicação do artigo 927 do Código Civil e a responsabilidade objetiva do empregador de reparar o dano sofrido pelo empregado acidentado, quando a atividade exercida pelo empregador importar em risco à saúde e à vida do empregado. Esse é o entendimento, na doutrina mais recente, de Teresinha Lorena Pohlmann Saad (2006), Fábio Goulart Villela (2006), Raimundo Simão de Melo (2006). Essa é a posição mais comum nas jurisprudências que admitem a responsabilidade objetiva.

Para essa corrente, o risco, ou a atividade de risco, somado ao dano, leva à responsabilidade objetiva. Nas relações de trabalho protegidas pelo direito laboral, as atividades insalubres e perigosas, como regra, podem representar a situação de risco referida no artigo 927 do Código Civil. Verifica-se o posicionamento acima descrito no seguinte acórdão:

Acidente de trabalho. Indenização por danos morais. Atividade que implique em riscos para o trabalhador. Teoria da responsabilidade objetiva do empregador. Considerando o risco de dano à saúde e à vida do trabalhador provocado pela atividade exercida pelo empregador e a efetivação do dano com o acidente ocorrido, aplica-se ao caso a teoria da responsabilidade objetiva do empregador. Inteligência do art. 927, parágrafo único, do Código Civil e art. 2º, da Consolidação Das Leis do Trabalho (Tribunal Regional do Trabalho da 22ª. Região. RO n. 00755, de 2005. Decisão: 29.08.2006. Recorrente: Águas e Esgotos do Piauí S.A. – Agepisa. Recorrido: Sebastião João dos Santos Filho. Relator Desembargador Francisco Meton Marques de Lima).

Conforme Francisco Jorge Ferreira Neto, a responsabilidade objetiva, nesse aspecto, funda-se no princípio da equidade, pois o empresário que lucra com o exercício da atividade empresarial deve responder pelo risco ou pelas desvantagens dela resultantes (NETO apud SCHIAVI, 2006).

Uma segunda corrente admite a responsabilidade objetiva do empregador quando o acidente simplesmente ocorrer na prestação de serviços em benefício do empregador, pressupondo, no caso, a falta de zelo do empregador na prevenção de acidentes. Nesse sentido, destacamos a seguinte decisão:

Acidente de trabalho - dever de indenizar - deve o empregador zelar pela incolumidade física de seus funcionários, não só buscando a criação de um ambiente de trabalho livre de riscos - ou ao menos a minimização destes -, como também, nos casos em que o perigo se concretize, prestando a assistência devida para que as conseqüências do dano sejam as menores possíveis. Se não foi a demandada hábil em prevenir o acidente, ao menos deveria ter cuidado para que o atendimento ao obreiro fosse eficiente e, principalmente, imediato. [...] Na hipótese dos autos, tem-se que sobre a reclamada recai a responsabilidade objetiva, pois o acidente se deu enquanto o empregado estava trabalhando. É que o empregador deve zelar pela incolumidade física de seus funcionários, não só buscando a criação de um ambiente de trabalho livre de riscos - ou ao menos a minimização destes -, como também, nos casos em que o perigo se concretize, prestando a assistência devida para que as conseqüências do dano sejam as menores possíveis. Se não foi a demandada hábil em prevenir o acidente, já que mantém uma barra de ferro, desprovida de qualquer proteção, em local mal iluminado e com piso escorregadio, ao menos deveria ter cuidado para que o atendimento ao obreiro fosse eficiente e, principalmente, imediato [...] (Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região. RO n. 00962, de 2002. Decisão: 21.03.2003. Recorrente: FG Alimentos Ltda. Recorrido: Carlos Cardoso Rodrigues. Relator Juiz Alexandre Nery de Oliveira).

Uma terceira inclinação permite a responsabilidade objetiva do empregador em razão deste assumir os riscos da atividade. Essa posição difere da primeira apresentada porque preceitua a responsabilidade objetiva como regra, e não como exceção às atividades de risco. Nesse contexto, o empregador assumiria todos os riscos da atividade [Consolidação das Leis do Trabalho, artigo 2º].

Conforme decisão do Tribunal Regional do Trabalho da 22ª Região, se “incontroversa a ocorrência de acidente de trabalho, aplica-se a responsabilidade objetiva por danos morais e/ou materiais, pois cabe ao empregador suportar o risco da atividade, mormente quando concessionário de serviço público” (Tribunal Regional do Trabalho da 22ª Região. RO n. 01551, de 2003. Decisão: 22.11.2004. Recorrente: Auto Viação Teresinense Ltda. Recorrido: Francisco José de Oliveira Bezerra. Relator Desembargador Wellington Jim Boavista).

Parte da jurisprudência, entretanto, ainda não admite a aplicação do artigo 927 do Código Civil e a responsabilidade objetiva do empregador de reparar o dano sofrido pelo

empregado acidentado. O principal argumento jurídico contrário à aplicação da teoria da responsabilidade objetiva é, em razão de a Constituição Federal prever a responsabilidade simplesmente subjetiva.

Nesse sentido:

Indenização. Danos morais e materiais. Doença profissional. Hérnia umbilical. A responsabilidade civil do empregador pressupõe dolo ou culpa. Não há responsabilidade objetiva para a hipótese. Constituição Federal, art. 7º, inciso XXVIII, parte final. Culpa do empregador não demonstrada. Doença que, ademais, não está seguramente vinculada ao período contratual. Histórico profissional com indicação de atividades idênticas em outras empresas. Indenização afastada. Recurso da ré a que se dá provimento (Tribunal Regional do Trabalho da 2ª. Região. Acórdão n 20070074113. Decisão: 06.02.2007. RO01 n. 00510, de 2006. Recorrentes: Independência Alimentos Ltda. Recorridos: Edson Leite Cassimiro. Relator Eduardo de Azevedo Silva).

Segue esse pensamento Cristiane Ribeiro da Silva (2007).

Em outras situações pesquisadas, não se admite a responsabilidade objetiva: a) na hipótese de situações equiparadas à acidente de trabalho [percurso trabalho/casa e vice-versa]; b) no caso de culpa do empregado; c) no caso de ausência de qualquer nexos relacional entre o acidente [doença profissional ou do trabalho] e a atividade prestada pelo empregado. Nesse sentido, respectivamente:

Acidente de trabalho. Percurso trabalho-casa. Ao presente caso não se aplica a responsabilidade objetiva, uma vez que esta é de caráter excepcional, somente sendo aplicada quando há previsão legal ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano for de risco. Deste modo, não é aplicável ao caso o disposto no parágrafo único, do art. 927, do CC. Vale ressaltar, mais uma vez, que o acidente não decorreu da atividade exercida pela autora, já que na peça inaugural diz que o acidente aconteceu durante o percurso trabalho/casa. Recurso conhecido e desprovido (Tribunal Regional do Trabalho da 19ª. Região. Decisão: 06.03.2007. RO n. 00633-2006-057-19-00-9, de 2006. Recorrente: Maria das Dores da Silva. Recorrido: Destilaria Autônoma Porto Alegre Ltda. Relator Juiz Severino Rodrigues).

Indenização por dano moral e material - acidente de trabalho - morte do empregado - responsabilidade objetiva do empregador - não ocorrência. O empregador não responde objetivamente pela morte do empregado que, na ocasião do acidente, já se encontrava com dezesseis anos completos, tendo a prova revelado que o mesmo ocorreu devido à imprudência do empregado [...] (Tribunal Regional do Trabalho da 3ª. Região. Decisão: 07.08.2006. RO n. 00234, de 2006. Recorrente: Euripedina Fatima de Toledo. Recorrido: Francisco de Melo Lemos. Relatora Deoclecia Amorelli Dias).

Acidente do trabalho. Responsabilidade do empregador não configurada. Indenização indevida. Evidenciado nos autos um conjunto de elementos excludentes do nexos de causalidade entre a moléstia diagnosticada pela perícia do INSS e o trabalho prestado pela obreira no âmbito da empresa, não há como responsabilizar a empregadora pelo dano, sendo indevida a indenização postulada. Ainda que se admitisse a responsabilidade objetiva do empregador, dispensando-se o elemento da culpa, em vista da atividade

empresarial, jamais se poderia prescindir do nexo causal entre a conduta ilícita e o dano sofrido pela vítima, de molde a justificar a reparação. Na hipótese, não há como imputar a culpabilidade à reclamada, em face constatação de que a reclamada, desde a admissão da autora, já vinha adotando medidas preventivas de segurança e saúde dos seus empregados para as atividades que exigem esforços repetitivos, tendo tomados todas as providências necessárias para evitar os males decorrentes do trabalho, com especial atenção à reclamante, desde que apresentou os primeiros sinais de debilidade na sua saúde. Reforça esse entendimento a declaração do perito quanto à possibilidade real de recuperação da obreira, e o conseqüente retorno ao mercado de trabalho (Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. Decisão: 21.06.2004. RO n. 01604, de 2002. Recorrentes: Layff Kosmetic Ltda; Sandra Mara Ferreira da Silva. Recorridos: os mesmos. Relatora Juíza Maria Laura Franco Lima de Faria).

Nas hipóteses de acidente de trabalho, a responsabilidade do empregador de prestar a indenização ao empregado acidentado é, como regra, subjetiva, conforme os termos do artigo 7º da Constituição Federal. Aplica-se a responsabilidade objetiva, em caráter excepcional, quando a atividade exercida pelo empregador importar em risco de dano à saúde e à vida do empregado.

3.11 O artigo 7º, inciso XXVIII, da Constituição Federal de 1988

Por muitas vezes é indagado se a Constituição Federal de 1988 restringiu a aplicação da responsabilidade para os casos em que o empregador incorrer em dolo ou culpa e ainda, se a aplicação dos artigos 927 parágrafo único do Código Civil e 2º da Consolidação das Leis do Trabalho não afrontam o Texto Constitucional.

Prevê a Carta Magna em seu art. 7º, inciso XXVII, “in verbis”:

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

[...]

XXVIII – seguro contra acidentes de trabalho, a cargo do empregador, sem excluir a indenização a que está obrigado quando incorrer em dolo ou culpa.

Uma leitura simples do artigo supra, sem as devidas vênias aos princípios constitucionais, uma análise literal, pode levar à conclusão que o legislador admitiu unicamente a responsabilidade fundada na culpa [responsabilidade subjetiva] pois usou as expressões “incorrer em dolo ou culpa”.

Sobre o tema posiciona-se Rui Stocco citado por Raimundo Simão de Melo:

Data vênia, não concordo integralmente com essa posição, ante a necessidade de aprimoramento e evolução da responsabilidade civil, comungando assim, entre outros, com Antonio Elias Queiroga e Carlos Roberto Gonçalves, para os quais os novos rumos da responsabilidade civil caminham no sentido de considerar objetiva a responsabilidade das empresas pelos danos causados aos empregados, com base na teoria do risco - criado,

cabendo a estes somente a prova do dano e do nexa causal com o acidente (STOCCO, apud MELO, 2006, p. 24).

Ainda que crescente o número de doutrinadores que paulatinamente vão aderindo à responsabilidade objetiva para todos os casos de acidente de trabalho [salvo na hipótese de excludente do nexa de causalidade], o entendimento acima não traduz a posição que atualmente é adotada pela maioria dos juristas, para os quais a reparação do dano decorrente de acidente de trabalho permanece fundada na responsabilidade subjetiva do empregador, que exige a comprovação do dolo e culpa deste, como regra geral, mas excepciona ao prever no Código Civil de 2002, em seu artigo 927, parágrafo único, a aplicação da responsabilidade nos casos previstos em na lei e nas atividades de risco.

Diversas são as vertentes adotadas, a seguir uma breve exposição dos dois extremos.

Existem doutrinadores que sustentam a incompatibilidade do preceito constitucional com a responsabilidade objetiva, porque para eles o legislador foi claro, previu a maneira de resolução conflitiva, a responsabilidade nos casos em que o empregador incorrer em dolo ou culpa, assim, as normas inferiores [artigo 927 do Código Civil e artigo 2º da Consolidação das Leis do Trabalho] não podem se sobrepor ao preceito constitucional.

Enéas de Oliveira Matos citado por Edy Wilson Biava Teixeira, entende que:

[...] a norma que dispõe sobre a responsabilidade do empregador por acidentes do trabalho é constitucional, assim, essa é hierarquicamente superior ao Código Civil, devendo prevalecer como é notório, e devemos salientar que não se deve torcer o texto constitucional para se conformar ao texto inferior; o contrário é devido: devem todos textos normativos se conformarem com o texto constitucional, operando-se uma interpretação conforme a Constituição, que tem dentre seus limites, o teor literal dos dispositivos constitucionais, que, no caso, é claro no sentido de que a responsabilidade do empregador por acidentes do trabalho é por ‘culpa ou dolo’, ou seja, depende de prova de culpa sua, nos termos do art. 7º, inciso XXVIII, da CF/1988 (MATOS, apud, TEIXEIRA, 2007).

Na citação acima o autor defende a interpretação literal do artigo 7º, inciso XXVIII, da Constituição Federal de 1988, para ele, a responsabilidade nos casos de acidente de trabalho é subjetiva, devendo as leis inferiores respeitar o preceito constitucional.

Em contrapartida, outros operadores do direito afirmam que o intuito do legislador foi o de estabelecer as garantias mínimas, não impedindo que a legislação infraconstitucional ampliasse o rol de direitos, para essa parcela dos juristas, a adoção da responsabilidade objetiva coaduna com a Constituição Federal de 1988 e com os princípios do Direito do Trabalho de proteção ao hipossuficiente.

A justificativa dos juslaboralistas que aceitam a aplicação da responsabilidade objetiva é que o dispositivo do inciso XXVIII [Constituição Federal, artigo 7º, inciso XXVIII] está ligado sobremaneira ao “caput” do artigo 7º e este trouxe a expressão: “além de outros que

visem à melhoria de sua condição social”, assim, a Magna Carta permitiu que normas infraconstitucionais pudessem surgir para garantir novos direitos que, como já foi dito, melhorem as condições dos trabalhadores.

Pertinentes os ensinamentos de Amauri Mascaro Nascimento para elucidar a questão:

A Constituição deve ser interpretada como um conjunto de direitos mínimos e não de direitos máximos, de modo que nela mesma se encontra o comando para que direitos mais favoráveis ao trabalhador venham a ser fixados através da lei ou das convenções coletivas. Ao declarar que outros direitos podem ser conferidos pelo trabalhador, a Constituição cumpre tríplice função. Primeiro, a elaboração das normas jurídicas, que não deve perder a dimensão da sua função social de promover a melhoria da condição do trabalhador. Segundo, a hierarquia das normas jurídicas, de modo que, havendo duas ou mais normas, leis, convenções coletivas, acordos coletivos, regulamentos de empresa, usos e costumes, será aplicável o que mais beneficiar o empregado, salvo proibição por lei. Terceiro, a interpretação das leis de forma que, entre duas interpretações viáveis para a norma obscura, deve prevalecer aquela que de melhor maneira venha a atender aos interesses do trabalhador (NASCIMENTO, apud MELO, 2006, p. 25).

Na citação acima é possível perceber que na visão de Amauri Mascaro Nascimento, quando a Constituição Federal previu “outros direitos podem ser conferidos ao trabalhador” ela garantiu a aplicação da norma mais favorável ao trabalhador, princípio que norteia o direito do trabalho.

Assim, para os autores que interpretam o artigo 7º, inciso XXVIII como um rol mínimo de direitos, pode a legislação inferior vir a ampliá-los, portanto, se o Código Civil em seu artigo 927, parágrafo único, favoreceu o empregado no tocante a colheita das provas e na efetivação da prevenção de acidentes, ele certamente não tem a pecha de inconstitucionalidade.

3.12 A aplicação da responsabilidade objetiva em consonância com a Constituição Federal de 1988

Para os doutrinadores que sinalizam favoravelmente à aplicação da responsabilidade objetiva, outras disposições e princípios constitucionais [além daquelas já vistas no item anterior pertencentes à interpretação do artigo 7º, inciso XXVIII, da Constituição Federal] autorizam a utilização da responsabilidade sem culpa.

Forte argumento é que ao estabelecer a dignidade da pessoa humana, a Constituição indiretamente previu a dignidade do trabalho, uma vez que é através deste que o homem subsiste.

Dayse Coelho de Almeida, apud Alexandre Sabariego Alves (2007) afirma que “o único caminho que pode despontar para a satisfação de uma sociedade justa e igualitária é garantir, por força e proteção da Constituição Federal, a dignidade do trabalho”.

O indivíduo obtém sua subsistência através do trabalho, por isso não se cogitam todos os direitos que compõem a dignidade do ser humano se o direito ao trabalho for ignorado. O ser humano é o elemento principal do direito, para garantir o seu bem estar e a paz social que as normas são criadas.

[...] a responsabilidade objetiva encontra apoio no Texto Constitucional sobre dois aspectos principais: (a) incentiva a adoção de medidas preventivas de acidentes do trabalho, conduta que se compatibiliza com o princípio da dignidade humana (art. 1º, inciso III, da Constituição Federal), o princípio da inviolabilidade do direito à vida (art. 5º, caput, da Constituição Federal) e o princípio da valorização do trabalho humano (art. 170, caput, da Constituição Federal); e (b) favorece o trabalhador, já que a obtenção da reparação pelo dano ao seu patrimônio físico ou intelectual, resultado do acidente do trabalho, torna-se mais fácil sem o pesado ônus de provar a culpa segundo a teoria da responsabilidade subjetiva, já criticada anteriormente (ALVES, 2007).

Ao prever a responsabilidade objetiva, a Constituição Federal de 1988 fez com que o empregador tivesse mais acautelamento no tocante às medidas preventivas de acidente de trabalho, o que vai ao encontro do princípio da dignidade da pessoa humana e com a inviolabilidade do direito à vida. A lei, ou qualquer outra norma deve ser interpretada considerando esses fundamentos.

Favorece também ao empregado na busca pela indenização já que este só precisa provar o nexo entre a atividade desempenhada e o dano.

CONCLUSÃO

Após tudo o que foi estudado acerca da responsabilidade civil, subjetiva e objetiva, concluo que a jurisprudência majoritária está correta ao aplicar como regra a responsabilidade subjetiva, porque atende ao disposto na Constituição Federal de 1988, e evita que uma “avalanche” de processos ausentes de sentido abarrote a Justiça Trabalhista, esta que sempre é aclamada por sua celeridade.

Vivemos em um país marcado pelo desemprego por isso interpretações que acabam diminuindo as possibilidades de trabalho devem ser inibidas e adotar a responsabilidade objetiva como regra tornaria mais difícil a criação de empregos e de atividades laborativas.

O artigo 7º, inciso XXVIII, da Magna Carta, não proibiu a aplicação da responsabilidade objetiva, referida norma apresenta um rol mínimo de garantias, nada impede que lei, acordo coletivo, ou outra previsão qualquer aumente os direitos dos trabalhadores.

Todavia, não pode o operador do direito valer-se de instrumentos que não estão previstos em lei, se o legislador elenca hipóteses de utilização da responsabilidade objetiva, fazendo uma interpretação “contrario sensu”, ele previu que as demais ocasiões deverão ater-se à responsabilidade subjetiva.

Não seria correto punir aquele que cria empregos e possibilita a efetivação da dignidade da pessoa humana, o empregador deve ser compelido a pagar indenização se operar com dolo ou culpa.

No que se refere às atividades de risco, deve ser aplicado o Código Civil de 2002, artigo 927, parágrafo único, que prevê a utilização da responsabilidade objetiva para os casos previstos em lei e para essas hipóteses de atividades de risco, não como regra, como querem os doutrinadores mais vanguardistas.

O legislador não conseguiu definir o que é “atividade de risco”, nem poderia, o direito do trabalho deve evoluir com a sociedade e os modos de produção estão em contínua mudança, por isso, não é possível traçar de maneira definitiva o que é “atividade de risco”, nem elencar um rol taxativo de situações em que ela restaria configurada, cabe ao magistrado e aos demais operadores do direito fazer uso do bom senso em cada caso concreto para aplicar a responsabilidade independente de culpa.

O simples desenvolvimento de uma atividade, de um modo geral, não gera risco aos direitos de outrem, pode até *esporadicamente* colocar em perigo o empregado, mas o

legislador se referiu àquelas atividades que *normalmente* exponham o empregado a sofrer um dano.

A aplicação da responsabilidade objetiva nas atividades de risco se justifica primeiramente porque nesses casos há a previsão legal [Código Civil, art. 927, parágrafo único]; segundo por serem atividades, em geral, mais complexas; terceiro porque mesmo que o empregador tome todos os cuidados para evitar um acidente só o desempenho da atividade já expõe o trabalhador a um risco considerável de ser vitimado por um acidente.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Amador Paes de. **Direito do Trabalho**: material, processual e legislação especial. 2 ed. São Paulo: Rideel, 2007.

ALVES, Alexandre Sabariego. **A constitucionalidade da responsabilidade civil objetiva do empregador nos acidentes do trabalho**. Juris Síntese, Porto Alegre, nº 69, jan./fev. 2007. Cd-Rom.

BENTO, Flávio; VIOLATO, Rodolfo Rodrigo de Magalhães. A responsabilidade da empresa por indenização civil de acidentes de trabalho. **In: 48º. Congresso Brasileiro de Direito do Trabalho, 2008, São Paulo. Jornal do 48º. Congresso Brasileiro de Direito do Trabalho. São Paulo : Editora LTr., 2008. p. 98-99.**

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Vade Mecum: obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Antonio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Livia Céspedes. 7. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. **Código Civil**. Vade Mecum: obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Antonio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Livia Céspedes. 7. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. **Consolidação das Leis do Trabalho**. Vade Mecum: obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Antonio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Livia Céspedes. 7. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. **Lei n. 8.213 de 24 de julho de 1991**. Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências. Vade Mecum: obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Antonio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Livia Céspedes. 7. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. Supremo Tribunal Federal. Súmula nº 229. A indenização acidentária não exclui a do direito comum, em caso de dolo ou culpa grave do empregador. VADE Mecum: obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Antonio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Livia Céspedes. 7. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. **Acórdão n. 6682**. Decisão: 16.10.1996. Proc: RR, n. 156930. Ano: 1995. Recurso de Revista. Turma: 02. Recorrente: Auto Viação Mil e Um Ltda. Recorrido: Orovaldo Tavares. Relator Ministro Moacyr Roberto Tesch Auersvald.

Disponível em: <<http://brs02.tst.jus.br/cgi-bin/nph-brs?d=BLNK&s1=dano+e+moral+e+compet%EAncia+e+Justi%E7a+e+Trabalho+e+ju01.bas e.&u=http://www.tst.gov.br/brs/juni.html&p=1&r=136&f=G&l=0>>. Acesso em: 5 set. 2009.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. **Acórdão n. 450338**. Decisão: 14.04.1999. Proc: RR, n. 450338. Ano: 1998. Recurso de Revista. Turma: 01. Recorrentes: Chocolates Garoto S/A. Recorrido: Silverio Jose Cobe. Relator Ministro João Oreste Dalazen. Disponível em: <<http://brs02.tst.jus.br/cgi-bin/nph-brs?d=BLNK&s1=dano+e+moral+e+compet%EAncia+e+Justi%E7a+e+Trabalho+e+ju01.bas e.&u=http://www.tst.gov.br/brs/juni.html&p=1&r=134&f=G&l=0>>. Acesso em: 5 set. 2009.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 5 ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

DINIZ, Maria Helena. **Direito Civil Brasileiro: responsabilidade civil**. São Paulo: Saraiva, 2003.v.7.

GAGLIANO. Pablo Stolze; FILHO. Rodolfo Pamplona. **Novo Curso de Direito Civil: responsabilidade civil**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2007. v.3.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil**. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. **Direito Civil Brasileiro**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2008. v.4.

MELO, Raimundo Simão de. **Responsabilidade objetiva e inversão da prova nos acidentes de trabalho**. Revista Legislação do Trabalho. São Paulo, v. 70, n. 1, p. 23- 33, janeiro de 2006.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil: direito das obrigações 2ª parte**. 34 ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

LOPES, Miguel Maria de Serpa. **Curso de Direito Civil: fontes actuais das obrigações - responsabilidade civil**. 4 ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1995. v.5.

PEREIRA, Alexandre Demetrius. **Novos aspectos jurídicos da responsabilidade civil por acidente ou doença do trabalho**. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região, São Paulo, n. 28, p. 73-87, 2006. Disponível em: <http://www.trt15.jus.br/escola_da_magistratura/Rev28Art5.pdf>. Acesso em: 24 ago. 2009.

RESPONSABILIDADE. In: SIDOW, J. M.Othon, et all. **Dicionário jurídico: Academia Brasileira de Letras Jurídicas**. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999.

RESPONSABILIDADE CIVIL. In: SIDOW, J. M.Othon, et all. **Dicionário jurídico: Academia Brasileira de Letras Jurídicas**. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999.

RESPONSABILIDADE OBJETIVA. In: SIDOW, J. M.Othon, et all. **Dicionário jurídico: Academia Brasileira de Letras Jurídicas**. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999.

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil: responsabilidade civil**. 19 ed. São Paulo: Saraiva, 2002. v.4.

SCHIAVI, Mauro. **Aspectos polêmicos do acidente de trabalho – responsabilidade objetiva do empregador pela reparação dos danos causados – prescrição**. Revista Legislação do Trabalho. São Paulo, v. 70, n. 5, p. 574 - 584, maio de 2006.

TEIXEIRA, Edy Wilson Biava. **A responsabilidade civil do empregador por acidentes do trabalho**. Juris Síntese, Porto Alegre, nº 65, mai./jun. 2007. Cd-Rom.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: parte geral**. 4 ed. São Paulo: Atlas, 2004. v.1.

_____. **Direito Civil: responsabilidade civil**. 4 ed. São Paulo: Atlas, 2004. v.4.

_____. **Direito Civil: responsabilidade civil**. 6 ed. São Paulo: Atlas, 2006. v.4.

VILLELA, Fábio Goulart. **Responsabilidade civil do empregador no acidente de trabalho**. Revista Legislação dos Tribunais. São Paulo, v. 70, n. 7, p. 839- 844, julho de 2006.