

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
CURSO DE ESPECIALIZAÇÃO EM DIREITO DO TRABALHO

LUCIANA DESSANTI COLPO

**ARGUMENTOS PARA A APLICAÇÃO DA CLÁUSULA GERAL DA TEORIA DO
RISCO NA RESPONSABILIDADE CIVIL DA EMPRESA DECORRENTE DO
ACIDENTE DO TRABALHO**

Porto Alegre
2013

LUCIANA DESSANTI COLPO

**ARGUMENTOS PARA A APLICAÇÃO DA CLÁUSULA GERAL DA TEORIA DO
RISCO NA RESPONSABILIDADE CIVIL DA EMPRESA DECORRENTE DO
ACIDENTE DO TRABALHO**

Monografia apresentada ao Curso de Especialização em Direito do Trabalho da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul como requisito parcial para obtenção do título de Especialista.

Orientadora: Prof^a Luciane Cardoso Barzotto

Porto Alegre
2013

LUCIANA DESSANTI COLPO

ARGUMENTOS PARA A APLICAÇÃO DA CLÁUSULA GERAL DA TEORIA DO RISCO NA RESPONSABILIDADE CIVIL DA EMPRESA DECORRENTE DO ACIDENTE DO TRABALHO

Monografia apresentada ao Curso de Especialização em Direito do Trabalho da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul como requisito parcial para obtenção do título de Especialista.

Aprovada emdede 2013.

Banca Examinadora

DEDICATÓRIA

Dedico este trabalho à minha querida filha, Laura, presente de Deus, pelo imenso amor e alegria que me proporciona com sua existência.

AGRADECIMENTO

Em primeiro lugar a DEUS, pela força e graça e por me oportunizar mais essa conquista.

À Universidade Federal do Rio Grande do Sul, instituição querida para a qual dediquei muitos anos de trabalho, por me propiciar mais essa oportunidade.

Ao meu marido Marciano, pelo apoio e auxílio na realização do Curso de Especialização em Direito do Trabalho e pela disponibilidade e ajuda no desenvolvimento da presente pesquisa.

Muito obrigada!

RESUMO

O presente trabalho versa acerca da aplicação da cláusula geral da teoria do risco, consubstanciada no parágrafo único do art. 927 do Código Civil de 2002 na responsabilidade civil da empresa decorrente do acidente do trabalho. Nesse âmbito, a questão envolvendo a aplicação da referida teoria suscita diversas polêmicas, mormente devido à disposição contida no inciso XXVIII do art. 7.º da Constituição Federal, que prevê a responsabilização do empregador quando da existência de culpa *lato sensu*. Há dois posicionamentos na doutrina: o primeiro defendendo a inaplicabilidade da teoria objetiva, com fulcro no dispositivo constitucional mencionado, e o segundo, a sua aplicação, propugnando a compatibilização do parágrafo único do art. 927 do novel Código com a Constituição Federal, por meio de uma interpretação sistemática e unitária do conjunto normativo contido em nossa Carta Maior. A partir da análise das argumentações doutrinárias expostas, dos artigos específicos versando sobre a matéria, da evolução da responsabilidade civil objetiva, da análise dos métodos hermenêuticos e do tratamento dado ao tema pela jurisprudência, foi possível concluir que, ao lado da teoria subjetiva, que permanece sendo a regra, a indenização devida pela empresa quando da ocorrência do infortúnio laboral, independe de culpa quando preenchidos os requisitos referidos na cláusula geral da teoria do risco.

Palavras-chave:

Responsabilidade civil objetiva. Risco. Indenização. Empregador. Acidente do trabalho.

ABSTRACT

This work deals with the application of the general clause of the risk theory, expressed in the sole paragraph of article 927 of the Civil Code of 2002 on the employer's civil liability arising from work accidents. In this framework, the application of this theory raises several controversies, especially due to the provision contained in line XXVIII of Article 7 in the Federal Constitution, which governs the liability of the employer upon the existence of fault (sensu lato). There are two procedures in the doctrine: the first advocates the inapplicability of the objective theory based on the constitutional provision mentioned, and the second defends its application, advocating the compatibility of the sole paragraph of art. 927 of the new Code with the Federal Constitution, through a single systematic interpretation of the set of rules contained in our Major Charter. By analyzing the doctrinal arguments exposed, specific articles concerning the issue, the evolution of objective civil liability, the hermeneutical methods and the treatment given to this theme by the jurisprudence, we conclude that, beside the subjective theory, which remains the rule, the indemnity due by the company when there is work accident is independent of guilt if the requirements in the general clause of risk theory are provided.

Keywords:

Objective civil liability. Risk. Indemnity. Employer. Work accident.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	09
2	NOÇÕES PRELIMINARES ACERCA DA RESPONSABILIDADE CIVIL.....	12
2.1	CONCEITO E FUNÇÃO	12
2.2	LINEAMENTOS HISTÓRICOS E EVOLUÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL....	14
2.3	RESPONSABILIDADE CONTRATUAL E EXTRA CONTRATUAL	18
2.4	RESPONSABILIDADE SUBJETIVA E OBJETIVA	20
2.5	ELEMENTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL	27
2.5.1	Conduta humana	27
2.5.2	Dano	28
2.5.3	Nexo Causal	33
2.6	EXCLUDENTES DA RESPONSABILIDADE CIVIL	34
3	A RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA E A CLÁUSULA GERAL DO PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 927 DO NOVO CÓDIGO CIVIL	38
3.1	RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA E A ATIVIDADE DE RISCO	38
3.2	MODALIDADES DO RISCO	44
3.3	A CLÁUSULA GERAL DA TEORIA DO RISCO CONTIDA NO ART.927 PARÁGRAFO ÚNICO DO CÓDIGO CIVIL	49
3.3.1	Pressupostos	51
3.3.2	Extensão	55
4	RESPONSABILIDADE CIVIL DA EMPRESA NOS ACIDENTES DO TRABALHO	62
4.1	CONCEITO DE ACIDENTE DO TRABALHO	62
4.2	BREVE HISTÓRICO DA LEGISLAÇÃO ACIDENTÁRIA BRASILEIRA	65
4.3	ACIDENTE DO TRABALHO: IMPORTÂNCIA DO PROBLEMA	68
4.4	REFLEXOS JURÍDICOS DO ACIDENTE DO TRABALHO	73
4.5	ARGUMENTOS PARA A APLICABILIDADE DA RESPONSABILIDADE OBJETIVA NAS INDENIZAÇÕES RESULTANTES DOS ACIDENTES DO TRABALHO	77
4.5.1	A teoria objetiva se consolidou a partir da problemática dos acidentes do trabalho .	79
4.5.2	A responsabilidade civil objetiva nos acidentes do trabalho tem aplicação excepcional	80
4.5.3	Impossibilidade de diferenciação de tratamento entre empregados e terceiros atingidos pelo mesmo acidente	86
4.5.4	Aplicação da teoria objetiva como meio de prevenir futuros acidentes	88
4.5.5	A prestação previdenciária não indeniza integralmente os prejuízos sofridos pela vítima	89
4.6	COMPATIBILIDADE DA CLÁUSULA GERAL DA TEORIA DO RISCO COM A CONSTITUIÇÃO FEDERAL	91
5	APLICAÇÃO DA TEORIA DO RISCO NA REPARAÇÃO CIVIL DE DIREITO COMUM NOS ACIDENTES DO TRABALHO: ANÁLISE CASUÍSTICA	104
6	CONSIDERAÇÕES FINAIS	110
	REFERÊNCIAS	114

1 INTRODUÇÃO

O Código Civil de 2002 trouxe ao ordenamento jurídico brasileiro significativas mudanças no tocante à responsabilidade civil, sendo uma das maiores novidades a inclusão da cláusula geral da teoria do risco, consubstanciada no parágrafo único do art. 927. Com isso, a responsabilidade civil subjetiva, que possui raízes milenares, hoje dá espaço para um grande número de hipóteses de reparação sem culpa, pois o Código Civil, ampliando, pelas disposições atuais, a aplicação da teoria objetiva, admite a convivência de ambas as espécies de Responsabilidade Civil, ao dispor a referida norma que, quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano, por sua natureza, implicar riscos para os direitos de outrem, haverá a obrigação de indenizar independentemente de culpa. Trata-se da cláusula geral da teoria do risco, que pela sua técnica legislativa, propositalmente ampla, fluída e vaga, permite uma maior abertura e flexibilidade ao sistema, possibilitando ao judiciário adaptar as situações a ele apresentadas à realidade, tornando assim o direito sempre atual diante da dinamicidade da vida moderna.

O desafio do trabalho, ora apresentado, é demonstrar a possibilidade de aplicação da referida cláusula geral nas indenizações de direito comum resultantes do acidente do trabalho, especialmente, diante dos ditames do inciso XXVIII do art. 7.º da Constituição Federal, o qual expressamente dispõe acerca da reparação devida pelo empregador, condicionada à existência de dolo ou culpa, ao lado da responsabilidade objetiva de cunho previdenciário a cargo da Previdência Social, por meio da indenização tarifada devida ao empregado. Dentro desse objetivo geral, encontram-se os seguintes objetivos específicos: estudar o instituto da responsabilidade civil; compreender a evolução histórica da responsabilidade civil e a eclosão da responsabilidade civil objetiva; examinar a cláusula geral da teoria do risco, seus pressupostos e extensão e quais os argumentos utilizados pela doutrina que entende pela aplicabilidade da teoria do risco no acidente do trabalho, e os meios para a compatibilização com o regramento constitucional mencionado.

A preocupação com os empregados vítimas de acidentes do trabalho é assunto de mais de século, notadamente a partir da segunda metade do século XIX, época em que o trabalho manual foi sendo gradativamente substituído pela máquina, o que resultou, por um lado numa avassaladora quantidade dos mais diversos acidentes e, por outro lado, no total desamparo às vítimas consideradas “desafortunadas”. O Direito não poderia ficar indiferente a essa realidade, e, pelos motivos expostos, foi exatamente nesse campo que iniciaram os

movimentos doutrinários visando a uma maior tutela à vítima, através da doutrina dos franceses Raymond Saleilles e Louis Josserand, impulsionada pela busca da reparação ao lesado com base no risco, já que, em determinados casos, exigir da vítima a rigorosa prova da culpa equivalia a deixá-la sem ressarcimento do dano.

Seguindo essa tendência, em 1919, o Brasil lança a primeira legislação específica regulando os acidentes do trabalho, a qual foi seguida por outras, sendo que hoje, quando da ocorrência do infortúnio, o sistema prevê indenização dúplice: a primeira, de natureza objetiva, é devida pela Previdência Social e é automaticamente concedida ao empregado, e a segunda, de direito comum, condicionada à prova da culpa *lato sensu* do empregador.

Assim, em que pese a discussão envolvendo a reparação por acidente do trabalho ser antiga, o tema posto à estampa se mostra recente, já que aborda a possibilidade de aplicação da cláusula geral da teoria do risco constante no Código Civil de 2002, o qual recepcionou a teoria objetiva no ordenamento brasileiro nesse diploma legal, antes limitada às hipóteses previstas na legislação esparsa, o que ampliará de forma bastante significativa as hipóteses de reparação, trazendo grande repercussão tanto para os trabalhadores quanto para as empresas, e, em última análise, para a sociedade, na qual as consequências desastrosas das vítimas desamparadas são reveladas. Por isso, o tema encerra grande polêmica, residindo nisto seu valor como objeto de análise, discussão e debate.

A metodologia funda-se, predominantemente, na pesquisa bibliográfica, que forneceu o suporte teórico para o desenvolvimento das idéias aqui lançadas, tanto as obras clássicas que embasaram os aspectos da evolução histórica da responsabilidade e seus fundamentos quanto as obras recentes, atualizadas de acordo com o Novo Código devido à novidade do tema e, ainda, as específicas relacionadas à reparação civil no acidente do trabalho, sendo de grande valia os artigos peculiares acerca do tema, publicados em revistas jurídicas do país. Outrossim, a análise jurisprudencial revelou-se de grande importância, dada a divergência existente em torno do assunto e o importante papel do judiciário na definição dos parâmetros da cláusula geral sob comento.

A amplitude do tema e a necessidade de limitá-lo fizeram com que considerações desenvolvidas por áreas afins, como o Direito Previdenciário, o Direito do Trabalho e o Direito Constitucional fossem bastante restringidas, embora utilizadas quando da análise dos assuntos a elas relacionados, como se pode observar nas referências bibliográficas e nas citações contidas em notas de rodapé, que demonstram a contribuição das obras consultadas. O estudo divide-se em quatro capítulos, sendo que no último consta a análise jurisprudencial, de suma importância para o trabalho, em razão da polêmica que reside em torno do tema.

O primeiro capítulo traça alguns aspectos relativos ao instituto da responsabilidade civil, a partir de sua conceituação, dos lineamentos históricos que o envolvem, com ênfase na evolução histórica pela qual passou o instituto até o desenvolvimento da teoria objetiva. Além disso, é analisada a divisão da responsabilidade, em contratual e extracontratual, bem como os fundamentos das duas espécies de responsabilidade civil: a subjetiva e a objetiva. Por fim, elenca os elementos para a configuração do dever de indenizar e as hipóteses de exclusão da responsabilidade. Sem o intuito de esgotar o tema, diante da complexidade, importância e extensão do assunto, o capítulo aborda apenas os aspectos gerais do instituto.

O segundo capítulo visa a aprofundar os fundamentos da responsabilidade objetiva, por meio da análise histórica que propiciou seu nascimento cujo berço foi a Revolução Industrial, cenário de grande número de acidentes do trabalho. Ainda, são analisadas as diversas modalidades de risco apresentadas pela doutrina. Por último, é analisada especificamente a cláusula geral da teoria do risco, por meio das exposições doutrinárias que discutem o significado das expressões nela contidas e sugerem hipóteses de aplicação, assunto ainda bastante polêmico devido à própria característica dessa técnica legislativa.

Por derradeiro, o terceiro capítulo aborda a problemática do acidente do trabalho, iniciando pelo conceito e relatando sucintamente a evolução histórica da legislação e de seu tratamento no ordenamento jurídico nacional no que concerne às indenizações, enfatizando a importância do estudo do assunto devido aos alarmantes números de acidente em nosso país e, por outro lado, na deficiência da tutela prestada pela Previdência Social. Após, busca-se averiguar os argumentos trazidos pela doutrina que considera aplicável a cláusula geral da teoria do risco nesse âmbito, e, em contraposição, o ataque da doutrina que entende ser inaplicável a cláusula geral do risco, por afronta ao mandamento constitucional contido no inciso XXVIII do art. 7.º da Constituição Federal. Com efeito, por último, são expostos os fundamentos pelos quais a doutrina objetivista propugna a compatibilização da cláusula geral com o dispositivo constitucional mencionado.

2 NOÇÕES PRELIMINARES ACERCA DA RESPONSABILIDADE CIVIL

O presente capítulo visa a abordar alguns aspectos relativos ao instituto da responsabilidade civil, dada a notável importância da sua compreensão para o desenvolvimento do trabalho em tela.

Para tanto, preliminarmente, será necessário verificar o conceito e finalidade do instituto no ordenamento jurídico e, em seguida, os lineamentos históricos que o envolvem, abordando a evolução histórica pela qual passou a responsabilidade civil, sendo esse aspecto de especial relação com o escopo deste estudo, já que justifica o espaço tomado pela responsabilidade objetiva no ordenamento jurídico atual.

Em seguida, será objeto de estudo a apresentação da responsabilidade civil nas relações contratuais e extracontratuais, com os reflexos e implicações trazidos pela doutrina em relação a cada uma. Ainda, serão analisadas as espécies do instituto, que variam de acordo com seu fundamento: a responsabilidade civil subjetiva, baseada na culpa, e a responsabilidade objetiva, calcada no risco.

Por último, serão estudados os elementos que compõem a responsabilidade civil, os quais variam dependendo da espécie a ser aplicada, sendo, para a subjetiva e para a objetiva, necessários a existência da conduta humana, dano e nexo causal, e especificamente para a teoria subjetiva, além desses, a culpa.

2.1 CONCEITO E FUNÇÃO

O vocábulo “responsabilidade” tem origem no verbo latino *respondere* e diz respeito à obrigação que alguém tem de arcar com as conseqüências jurídicas de sua atividade. Conforme explica José de Aguiar Dias, “a palavra contém a raiz *spondeo*, fórmula conhecida pela qual se ligava solenemente o devedor nos contratos verbais do direito romano.”¹

Nas palavras de Pablo Stolze Gagliano e Roberto Pamplona Filho, “a noção jurídica de responsabilidade pressupõe a atividade danosa de alguém que, atuando *a priori* ilicitamente, viola uma norma jurídica preexistente (legal ou contratual), subordinando-se dessa forma, às conseqüências desse ato (obrigação de reparar)”.²

¹ DIAS, José de Aguiar. *Da Responsabilidade Civil*. 11. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 04.

² GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 09.

Nesse sentido, Sérgio Cavalieri Filho, citando Alois Brinz, estabelece a distinção entre a obrigação e a responsabilidade, definindo a primeira como um dever jurídico originário e a segunda como sendo um dever jurídico sucessivo, consequência da violação daquele. Explica ele que “responsabilidade civil é um dever jurídico sucessivo que surge para recompor o dano decorrente da violação de um dever jurídico originário.”³

Assim sendo, considerando a responsabilidade como o descumprimento de uma obrigação anterior, é possível identificar o responsável analisando o dever violado e quem o descumpriu, seja por fato próprio (responsabilidade direta), seja por fato de outrem⁴ – pais, tutores, empregadores – ou ainda, pelo fato das coisas⁵ – animadas ou inanimadas – (responsabilidade indireta) que estiverem sob poder de guarda do agente, como também pela violação de um dever contratual.

O fundamento da responsabilidade está no princípio da “proibição de ofender”, ou seja, na ideia de que a ninguém se deve lesar, segundo a máxima *neminem laedere* do jurista romano Ulpiano.

Por isso, uma vez causado o dano, o objetivo é tentar recuperar o *status quo ante* do desequilíbrio, por meio da reparação civil. A propósito, Sérgio Cavalieri Filho⁶ aponta que “imperava neste campo o princípio da *restituiti in integrum*, isto é, tanto quanto possível, repõe à vítima a situação anterior à lesão”.

Na esfera civil, conforme assinala Carlos Alberto Bittar,⁷ “a reparação representa meio indireto de devolver-se o equilíbrio às relações privadas obrigando o responsável a agir, ou a dispor de seu patrimônio para a satisfação dos direitos do prejudicado.”

Relativamente às funções desempenhadas pela Responsabilidade Civil, Eugênio Facchini Neto afirma que a reparatória (também chamada de compensatória ou indenizatória) é a função clássica pela qual se atribui o dever de indenizar como forma de garantir a reparação de um prejuízo material, ou a compensação de um dano extrapatrimonial (utiliza-se essa expressão considerando que os danos imateriais, dentre os quais se inclui o dano moral, são, por essência, irreparáveis).⁸ A função reparatória visa à reposição do *status quo ante* diretamente, ou quando não mais possível, por meio de pagamento de *quantum* indenizatório.

³ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 5.ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 24-25; SILVA, Clóvis do Couto e. *A obrigação como processo*. São Paulo, Bushatsky, 1976, pp. 97-100.

⁴ Art. 932, I a III, do Código Civil.

⁵ Arts. 936 a 938 do Código Civil.

⁶ CAVALIERI FILHO, Sérgio, op. cit., p. 35.

⁷ BITTAR, Carlos Alberto. *Responsabilidade civil: Teoria e prática*. Rio de Janeiro: Forense, 1990, p. 03.

⁸ FACCHINI NETO, Eugênio. *Funções e modelos da Responsabilidade Aquiliana no Novo Código*. Revista Jurídica 309 – julho/2003. Porto Alegre: Ed. Notadez, 2003, p. 27.

Somadas à reparatoria, existem as funções punitiva do ofensor e dissuasória.⁹ A primeira, refere-se à idéia de punição do ofensor por alguma conduta praticada, tendo em vista uma conduta reprovável passada,¹⁰ persuadindo-o a não mais lesionar. Por sua vez, a segunda, objetiva tornar pública essa persuasão a fim de que condutas semelhantes não se repitam, sob pena de sofrerem as mesmas sanções. A dissuasória, embora não tenha uma finalidade direta, acaba gerando um “efeito colateral”, benéfico, com o objetivo de prevenção geral, de orientação para dissuadir condutas futuras, diferentemente da punitiva, por não ter em vista uma conduta passada, mas por buscar dissuadir condutas futuras.¹¹

José de Aguiar Dias, com base na doutrina de Marton, defende a ideia de prevenção como uma exigência econômico-política, “uma tendência, uma atividade do Estado, de caráter universal, desenvolvida com a finalidade de manter a ordem pública.”¹²

Essa função é de suma importância, já que a melhor forma de proteger o homem e sua dignidade é não lhe causando o dano. Porém, por vezes, constata-se, em determinados casos, que é economicamente mais vantajoso para alguns causar o dano (e repará-lo) do que buscar formas de preveni-lo. Nas palavras de Sérgio Cavalieri Filho,¹³ “o anseio de obrigar o agente causador do dano a repará-lo inspira-se no mais elementar sentimento de justiça”.

2.2 LINEAMENTOS HISTÓRICOS E EVOLUÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL

No intuito de melhor compreender o instituto da Responsabilidade Civil, faz-se oportuno traçar, sucintamente, os lineamentos históricos que o envolvem, desde suas origens até a concepção atual e seu tratamento no Direito Brasileiro.

Nos primórdios, o homem dispunha apenas de sua força física como meio de defesa, prevalecendo a força do homem contra o homem como forma de reparação.

Em que pese o conhecimento de antigos monumentos legislativos acerca do surgimento das noções de responsabilidade como a Lei de Ur-Nanmu, conhecida como Tábua de Nippur, datada de 2.050 a.C., e o Código de Manu, no dizer de Caio Mário da Silva

⁹ Pablo Stolze Gagliano e Roberto Pamplona Filho denominam esta de “função de desmotivação social da conduta lesiva”. GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo *Novo curso de direito civil*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 21.

¹⁰ Eugênio Facchini Neto cita o exemplo dos familiares de uma vítima de homicídio, para os quais uma indenização pecuniária devida pelo ofensor representaria uma forma estilizada e civilizada de vingança.

¹¹ FACCHINI NETO. Eugênio, op. cit., p. 27.

¹² [...] a prevenção é um princípio não somente da repressão penal, mas também da repressão civil. Pena e reparação, profundamente diferentes na estrutura interna, são, sem embargos, meios iguais da mesma política legislativa; servem, como disse muito bem Von Liszt, em derradeira análise, ao mesmo fim social, a defesa da ordem jurídica, lutando contra a injustiça. (MARTON *Apud* DIAS, op. cit., p. 122).

¹³ CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 5.ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 35.

Pereira,¹⁴ “o estudo da responsabilidade civil não se detém nesses sistemas, porque, se historicamente todas as noções se entrecruzam, é o direito romano que oferece subsídios a qualquer elaboração jurídica”.

Nesse sentido, explica Alvino Lima¹⁵ que o direito romano foi precursor da teoria clássica da culpa, oferecendo subsídios para a posterior sistematização do Instituto, que se deu pela grande obra da modernidade: o Código Napoleônico de 1804.

A responsabilidade civil, no direito romano, inicia com a vingança privada, à qual Alvino Lima se refere como sendo “forma primitiva, selvagem talvez, mas humana, da reação espontânea e natural contra o mal sofrido; solução comum a todos os povos nas suas origens.”¹⁶ Em seguida, houve uma evolução trazida pela famosa Pena de Talião, que se constitui numa forma legalizada na qual “o poder público passa a intervir no sentido de permiti-la ou excluí-la quando injustificável”. Traços dessa fase encontram-se na Lei das XII Tábuas.¹⁷ Não havia, na época, a ideia de culpa, sendo que vigorava a responsabilidade objetiva que se materializava mediante a reação violenta do lesado.

Posteriormente, sobreveio a fase da composição voluntária, pela qual “o lesado, podendo transigir, entra em composição com o ofensor, recebendo um resgate (*poena*), isto é, uma soma em dinheiro ou a entrega de objetos”.¹⁸ A mudança ocorreu devido à consciência de que seria mais conveniente entrar em acordo com o ofensor para que pagasse a *poena*, considerando que a retaliação costumeira com base no “olho por olho, dente por dente”, além de não reparar o dano, redobrava-o com a lesão do ofensor após a punição.

Mais tarde, surge a fase da composição tarifada, constituindo-se numa evolução da Lei das XII Tábuas, em que o legislador fixava, em casos concretos, o valor da pena a ser paga pelo agressor. Nos ensinamentos de Aguiar Dias,¹⁹ “veda a vítima, daí em diante, fazer justiça pelas próprias mãos, compelindo-a a aceitar a composição fixada pela autoridade”.

Embora subsista o sistema do delito privado, nota-se, entretanto, a influência da inteligência social, compreendendo-se que a regulamentação dos conflitos não é somente uma questão entre particulares.²⁰ Aqui, o Estado passa a se interessar pelas agressões contra o

¹⁴ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade Civil*. 9.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 2.

¹⁵ LIMA, Alvino. *Culpa e Risco*. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 19.

¹⁶ Idem, *ibidem*.

¹⁷ Tábua VII, 2.º lei – “*si membrum rupsit, ni cum e o pacit, talio est* - se for mutilado um membro e não houver composição, que se aplique o talião” (PESSOA, Eduardo. *História do Direito Romano*. São Paulo: habeas editora, 2001, p. 53).

¹⁸ LIMA, Alvino. *Culpa e Risco*. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 2.

¹⁹ DIAS, José de Aguiar. *Da Responsabilidade Civil*. 11.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 27.

²⁰ LIMA, Alvino. *op. cit.*, p. 21.

particular, percebendo que indiretamente, ao violar o particular, a ordem pública restaria violada.

Porém, segundo Alvino Lima,²¹ o grande marco na evolução do Instituto ocorre com a edição da Lex Aquilia, tanto que “emprestou seu nome à nova designação da responsabilidade delitual”. Já para Cretella Júnior,²² jurista que se dedicou ao estudo do Direito Romano, essa Lei resultou do “trabalho interpretativo dos jurisprudentes ou prudentes, jurisconsultos encarregados de preencher as lacunas deixadas pelas leis, adaptando continuamente os textos legais às mudanças sucessivas do direito vivo”.

Alvino Lima, em que pese reconheça o fato de muitos autores atribuírem à Lex Aquilia a origem do elemento culpa como fundamento da reparação do dano, questiona se ela teria introduzido a culpa como requisito essencial à reparação. De fato, consoante assevera, a maior parte da doutrina entende que sim, embora outros grandes doutrinadores entendam de forma contrária, argumentando que foi inserida gradativamente por força das necessidades sociais.²³ De todo modo, categoricamente expõe Alvino Lima:²⁴

É incontestável, entretanto, que a evolução do instituto da responsabilidade extracontratual ou aquiliana se operou, no direito romano, no sentido de se introduzir o elemento subjetivo da culpa, contra o objetivismo do direito primitivo, expurgando-se do direito a idéia de pena, para substituí-la pela reparação do dano sofrido.

Outrossim, grande contribuição trouxe a Lex Aquilia ao estabelecer a ideia de proporção da pena ao dano causado em substituição às multas fixas.²⁵ A propósito, Caio Mário da Silva Pereira²⁶ afirma que “toda a estrutura do dever reparatório, que antes o lesado procurava efetuar por suas próprias mãos, converteu-se no poder de pedir ao Estado a imposição de uma penalidade, não a título de vingança, porém de reparação”, originando-se, a partir daí, conforme arremata, “a ação de indenização”.

²¹ LIMA, Alvino. op. cit., p. 21.

²² CRETELLA JÚNIOR, José. *Direito romano moderno*. Rio de Janeiro: Forense, 1994, p. 23.

²³ Alvino Lima cita como aqueles que entendem que foi a Lex Aquilia que introduziu o elemento culpa Girard, Gaston May, E. Cuq, Pirson et Villé, Contardo Ferrini, Leonardo Colombo, e dentre os que possuem opinião contrária, Emilia Betti e Mario Cozzi. Leon e Henri Mazeaud, Frederico Pezella. (LIMA, Alvino. *Culpa e Risco*. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 24).

²⁴ Idem, p. 26.

²⁵ A lei Aquilia não se limitou a especificar melhor os atos ilícitos, mas substituiu as penas fixas, editadas por certas leis anteriores, pela reparação pecuniária do dano causado, tendo em vista o valor da coisa durante os 30 dias anteriores ao delito e atendendo, a princípio, ao valor venal; mais tarde, estendeu-se o dano ao valor relativo, por influência da jurisprudência, de sorte que a reparação podia ser superior ao dano realmente sofrido, se a coisa diminuísse de valor, no caso prefixado. (LIMA, Alvino. op. cit., p. 22)

²⁶ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade Civil*. 9.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 63.

Por sua vez, toda a construção acerca da concepção da responsabilidade civil no direito romano resultou, mediante inspiração na doutrina de Domat e Pothier,²⁷ na consolidação da teoria da culpa no Código Civil Napoleônico, o qual é paradigma para as legislações modernas (inclusive a do Brasil), que a consagrou como elemento básico da responsabilidade civil, consubstanciando-a em seu art. 1382. Por essa teoria, aquele que causa um dano a outrem, por violar um dever geral de conduta diligente, é responsável pela reparação do prejuízo.

A respeito do que representou esse princípio geral, Paulo Sérgio Gomes Alonso²⁸ assevera que

essa doutrina do antigo direito francês teve por mérito atribuir um princípio geral da responsabilidade civil, aperfeiçoando o direito romano, que estabelecia casos concretos. Domat estabelece a categoria de culpa que pode derivar do dano, ou seja: a) aquela provoca a responsabilidade penal do agente junto ao Estado, como também a responsabilidade civil junto à vítima; b) a daquelas pessoas que descumprem com as suas obrigações contratuais; e c) a culpa que tem origem na imprudência ou negligência, não guardando relação com o crime.

Todavia, em que pese o fundamento da culpa ter representado grande avanço na evolução do Instituto, aos poucos, foi se tornando insuficiente diante da intensificação das organizações industriais, abrindo, assim, espaço para a teoria objetiva, a qual propugna a reparação do dano decorrente exclusivamente do fato ou risco criado.

Alvino Lima²⁹ justifica essa evolução, do seguinte modo:

Os perigos advindos dos novos inventos, fontes exauríveis de uma multiplicidade alarmante de acidentes, agravados pela crescente impossibilidade, tanta vez, de se provar a causa do sinistro e a culpa do autor do ilícito, forçaram as portas, consideradas, até então, sagradas e inexpugnáveis da teoria da culpa, no sentido de se materializar a responsabilidade, numa demonstração eloqüente e real de que o Direito é, antes de tudo, uma ciência nascida da vida e feita para disciplinar a própria vida.

O movimento precursor da teoria objetiva iniciou na França, com os juristas Saleilles e Josserand, no final do século XIX. Desde então, a teoria objetiva tem conquistado terreno na legislação mundial e com grande destaque aqui no Brasil (tanto na legislação esparsa, quanto agora no Código Civil), justamente por ampliar as hipóteses de reparação, buscando soluções que a teoria baseada na culpa não poderia atender.

²⁷ LIMA, Alvino, op.cit., p. 43; DIAS, José de Aguiar. *Da Responsabilidade Civil*. 11. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 58.

²⁸ ALONSO, Paulo Sergio Gomes. *Pressupostos da responsabilidade civil objetiva*. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 10.

Neste ponto, foram traçados sucintamente os aspectos mais relevantes da evolução da responsabilidade civil, que serão complementados ao longo do presente trabalho na medida em que forem sendo abordadas as matérias relacionadas a eles, considerando que guardam total relação com o objeto do presente estudo.

2.3 RESPONSABILIDADE CONTRATUAL E EXTRA CONTRATUAL

Como já referido, a responsabilidade resulta de um dever jurídico preexistente, de uma obrigação, seja ela oriunda de um contrato, seja imposta por um mandamento legal.

Diante disso, a doutrina divide a responsabilidade civil levando em conta a qualidade da violação desse dever jurídico, em contratual e extracontratual. Acerca dessa divisão, explica Sérgio Cavalieri Filho³⁰ que

se existe um vínculo obrigacional, o dever de indenizar é consequência do inadimplemento, temos a responsabilidade contratual, também chamada de ilícito contratual ou relativo; se esse dever surge em virtude de lesão a direito subjetivo, sem que entre ofensor e a vítima preexistam qualquer relação jurídica que o possibilite, temos a responsabilidade extracontratual, também chamada de ilícito aquiliano ou absoluto.

Nota-se, a partir da distinção acima que, enquanto na responsabilidade civil contratual já existe uma relação jurídica anterior ao dano, formalizada por meio do contrato,³¹ na extracontratual essa relação se estabelece entre os sujeitos envolvidos após a ocorrência da lesão ao direito estabelecido pela lei, resultando no ato ilícito. Sobre isso, explica Carlos Roberto Gonçalves³²:

²⁹ LIMA, Alvino. *Culpa e Risco*. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 16.

³⁰ CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 5.ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 37.

³¹ Raimundo Simão de Melo afirma que o contrato de trabalho é um exemplo clássico de responsabilidade contratual, pois por meio dele “o trabalhador vende a sua força de trabalho e o empregador responsabiliza-se pela assunção, entre outras obrigações, de manter a integridade física e psíquica daquele em função do trabalho e do contrato que os une” (Direito ambiental do trabalho e a saúde do trabalhador: responsabilidades legais, dano material, dano moral, dano estético. São Paulo: LTr, 2004. p. 181). Nessa linha, explica Caio Mário da Silva Pereira: “foi assim que nasceu a obrigação de indenizar a vítima de um acidente de trabalho antes que este dever assumisse as venas de instituto autônomo Imaginou-se, diz De Page, que no contrato ocorre a ‘obrigação de seguridade’. Sobrevindo o acidente, o empregador tem o dever de indenizar, como efeito de uma obrigação contratual.” (PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade Civil*. 9.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 266). Em sentido contrário, todavia, Sebastião Geraldo de Oliveira afirma que “a indenização por acidente do trabalho ou doença ocupacional, em princípio, enquadra-se como responsabilidade extracontratual porque decorre de algum comportamento ilícito do empregador, por violação de deveres previstos nas normas gerais de proteção ao trabalhador e ao meio ambiente do trabalho. Essa responsabilidade não tem natureza contratual porque não há cláusula no contrato de trabalho prevendo a garantia de integridade psicobiofísica do empregado ou da sua incolumidade” (OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. *Indenizações por acidente do trabalho ou doença ocupacional*. São Paulo: LTr, 2009, p. 89).

³² GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade Civil*. São Paulo: Ed. Saraiva, 2009, p. 27.

Na responsabilidade extracontratual, o agente infringe um dever legal, e, na contratual, descumpre o avençado, tornando-se inadimplente. Nesta, existe uma convenção prévia entre as partes, que não é cumprida. Na responsabilidade extracontratual, nenhum vínculo jurídico existe entre a vítima e o causador do dano, quando este pratica o ato ilícito.

Além disso, a doutrina³³ elenca outras diferenças, como as relativas à capacidade do agente (relevante para a contratual e irrelevante para a extracontratual), e à contagem dos juros (a contar da citação para a contratual, nos termos do art. 405, CC, e a contar do evento, consoante art. 318 do CC e súmula 54 do STJ).

Outro aspecto interessante é o que se refere ao ônus da prova, que em se tratando de responsabilidade contratual, a inversão na atribuição do ônus da prova se opera em favor do credor, já que se espera que o devedor ao assumir a obrigação já preveja que a mesma esteja ao seu alcance e, assim, a simples falta material da prestação já é tida como sinal significativo da conduta culposa.³⁴

Arnaldo Rizzardo³⁵, ao dissertar acerca da distinção entre elas, esclarece:

Normalmente, a responsabilidade extracontratual é fundada na culpa, o que a torna subjetiva. Os casos de dispensa de culpa, e que importam na obrigação pelo fato do risco, não constituem a maioria, constando assinalados, em geral, na lei, como no acidente do trabalho. Já nos contratos desponta a violação do dever jurídico de adimplir, de portar-se segundo o combinado, de executar a atividade. Para ensejar a responsabilidade, parece que é condição a culpa. Não se cumpre o contrato em razão de ato da vontade, ou por negligência e imprudência. Há a omissão culposa no comportamento das avenças.

A respeito do assunto, explica Carlos Roberto Gonçalves³⁶:

Se a responsabilidade é contratual, o credor só está obrigado a demonstrar que a prestação foi descumprida. O devedor só não será condenado a reparar o dano se provar a ocorrência de alguma das excludentes admitidas na lei: culpa exclusiva da vítima, caso fortuito e força maior. Incumbe-lhe, pois, o onus probandi.

No entanto se a responsabilidade for extracontratual, a do art. 186 (um atropelamento, por exemplo), o autor da ação é que fica com o ônus de provar que o fato se deu por culpa do agente (motorista). A vítima tem maiores possibilidades de obter a condenação do agente ao pagamento da indenização quando a sua

³³ Cfe. GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil: Responsabilidade Civil*. São Paulo: Saraiva, 2006, pp. 18-19.

³⁴ Pontes de Miranda explica que “quanto ao ônus da prova: cabe ao devedor, se houve inexecução; ao credor em consequência do delito, se invoca os danos. Mas provar a inexecução é fazer a metade da prova da culpa. Demais, se a obrigação é negativa, o ônus cabe ao devedor, numa e noutra. Na positiva, ao credor. De modo que, numa e noutra responsabilidade, o ônus cabe ao autor. (MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. 2.ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1966, p. 180).

³⁵ RIZZARDO, Arnaldo. *Responsabilidade civil*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 38.

³⁶ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade Civil*. São Paulo: Ed. Saraiva, 2009, p.29

responsabilidade deriva do descumprimento do contrato, ou seja, quando a responsabilidade é contratual, porque não precisa provar a culpa. Basta provar que o contrato não foi cumprido e, em consequência, houve o dano.

Entretanto, Pontes de Miranda afirma que não existe na realidade uma diferença ontológica a respeito do tema da responsabilidade pela reparação dos danos.³⁷

De qualquer sorte, importante ressaltar que o direito brasileiro adotou a tese dualista pela qual se estabelece a distinção mencionada, tanto que o Código Civil dispõe acerca de ambas em artigos diversos. A responsabilidade contratual tem fundamento nos arts. 389 e seguintes e 395 e seguintes (arts. 1.056 e seguintes e 956 e seguintes do Código Civil de 1916), enquanto que a extracontratual está prevista nos arts. 186 a 188 e 927 e seguintes (arts. 159 e 1578 e seguintes do Código Civil de 1916) do Código Civil vigente.

2.4 RESPONSABILIDADE SUBJETIVA E OBJETIVA

Estabelecido o conceito de responsabilidade civil bem como estudada a fonte obrigacional desse Instituto, é oportuno determinar seu fundamento a fim de analisar o embasamento por meio do qual se atribuiu a responsabilidade ao causador do dano.

São duas as teorias que fundamentam a ação indenizatória: a teoria subjetiva, baseada na culpa, e a teoria objetiva, calcada no risco.

A teoria acerca da responsabilidade civil subjetiva foi desenvolvida pelos franceses, com base no Código Civil Francês de 1804 (Código Napoleônico), especificamente nos arts. 1382³⁸ e 1383,³⁹ e tem como fundamento a noção de culpa.

Diz-se, pois, ser subjetiva a responsabilidade quando se esteia na ideia de culpa. A prova da culpa do agente passa a ser pressuposto necessário do dano indenizável. Dentro dessa concepção, a responsabilidade do causador do dano somente se configura se agiu com dolo ou culpa.⁴⁰

A teoria subjetivista visa a analisar a conduta do agente, sendo necessário, para fins de responsabilização, que a vítima prove que o ofensor agiu ou se omitiu dolosa ou culposamente e levando-se em conta que o simples fato de atentar contra o direito de outrem

³⁷ Idem, p. 178; Nesse sentido, também VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: Responsabilidade Civil*. São Paulo: Atlas, 2005, p. 30.

³⁸ Art. 1382: “Tout fait quelconque de l’homme, qui cause à autrui un dommage, oblige à celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer”.

³⁹ Art. 1383: “Chacun est responsable du dommage qu’il a causé non seulement par son fait, mais encore par sa négligence ou par son imprudence”.

⁴⁰ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade Civil*. São Paulo: Ed. Saraiva, 2009, p. 22.

não acarreta a responsabilidade, caso não haja o elemento culpa *lato sensu*, neste compreendido o dolo e a culpa *strictu sensu*. Assim, conforme leciona Inocêncio Galvão Telles,⁴¹ o dolo se configura quando o agente tem a intenção de produzir o resultado, e acrescenta:

O dolo pressupõe um elemento intelectual e um elemento volitivo. O elemento intelectual consiste em prever o resultado antijurídico, tendo consciência da ilicitude da conduta; o elemento volitivo, em querer esse resultado, ou porque se actua com o intuito de o provocar ou porque pelo menos se aceita a sua ocorrência, tenha-se esta como segura ou apenas como eventual.

Culpa, por sua vez, no conceito do ilustre Aguiar Dias,⁴²

é a falta de diligência na observância da norma de conduta, isto é, o desprezo, por parte do agente, do esforço necessário para observá-la, com resultado, não objetivado, mas previsível, desde que o agente se detivesse na consideração das conseqüências eventuais da sua atitude.

Para Caio Mário da Silva Pereira,⁴³ a culpa é “um erro de conduta, cometido pelo agente que, procedendo contra o direito, causa dano a outrem, sem a intenção de prejudicar, e sem a consciência de que seu comportamento poderia causá-lo”.⁴⁴

São três os elementos da culpa: negligência, imperícia e imprudência.

Por *negligência*, entende-se a conduta de alguém que deixa de fazer algo que tinha obrigação de fazer. É a inobservância de um dever de cuidado. É o agir de modo omissivo. Já por *imprudência*, entende-se o agir de modo afoito, apressado, que acaba por resultar um dano. Trata-se, assim, de uma conduta positiva. Aqui, o sujeito “atua contra as regras básicas de cautela”.⁴⁵ Por fim, a *imperícia* é a falta de habilidade técnica do agente ao exercer uma atividade profissional ou ainda a inobservância de normas técnicas ao praticar determinado serviço.

O penalista Francisco de Assis Toledo,⁴⁶ com muita propriedade, explica acerca dos elementos da culpa, diferenciando-os, conforme segue:

⁴¹ TELLES, Inocêncio Galvão. *Direito das Obrigações*. 7.ed. Ver. Atual. Coimbra: Coimbra, 1999, p. 349.

⁴² DIAS, José de Aguiar. *Da Responsabilidade Civil*. 11.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 149.

⁴³ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade Civil*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 69.

⁴⁴ Idem, p. 66.

⁴⁵ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 129.

⁴⁶ TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 293.

A imprudência, entretanto, exprime um comportamento comissivo, ao passo que a negligência dá idéia de uma conduta omissiva. Na imprudência há culpa *in faciendo*, na negligência, *in non faciendo*, *in omittendo*. Por outro lado, a imperícia nada mais é do que uma espécie de imprudência, pois, em geral, com essa palavra se exprime a prática de certa atividade técnica ou profissional, sem o preparo necessário ou sem a experiência exigível para a sua eficiente realização.

Explica ainda o referido autor que existe um “dever objetivo de cuidado”, pelo qual o agente deve preocupar-se com as possíveis consequências perigosas de sua conduta, e orientar-se no sentido de evitar tais consequências, abstando-se de realizar um comportamento que possa causar um efeito lesivo, ou somente realizá-lo munido de condições especiais e suficientes de segurança.⁴⁷

A culpa ainda pode ser presumida. Neste caso, inverte-se o ônus da prova, sendo que o autor da ação só precisa provar a ação ou omissão e o dano resultante da conduta do réu. Neste caso, o réu é quem tem que provar que agiu sem culpa. “Trata-se, portanto, de classificação baseada no ônus da prova”.⁴⁸ Não há, no entanto, que confundir com a responsabilidade sem culpa ou objetiva, na qual se dispensa a culpa para o dever de indenizar, bastando apenas a demonstração da existência donexo causal entre o dano e o agente causador da conduta lesiva. Ainda, ressalta-se que sendo a culpa um elemento acidental que ora a vítima deverá provar, ora pode ser dispensada, dependendo da teoria a ser adotada (subjéitiva ou objetiva), este elemento foi abordado nesta parte do trabalho.

Vale destacar que, conforme entendimento doutrinário, não obstante o grande alargamento da responsabilidade objetiva decorrente da cláusula geral do risco trazida pelo novo código, a responsabilidade subjéitiva ainda se constitui na regra do ordenamento jurídico nacional, sendo a objetiva aplicada de modo excepcional nas hipóteses do art. 927, parágrafo único do Código Civil: quando prevista em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.⁴⁹

Gustavo Tepedino, em sentido contrário, refere que o Código Civil veio confirmar a tendência à consolidação da linha dualista da responsabilidade (entre a culpa e o risco), “tornando inteiramente ultrapassada a lição, ainda presente em alguns manuais de direito civil, segundo a qual a responsabilidade, em regra seria aquiliana ou subjéitiva, sendo a

⁴⁷ TOLEDO, Francisco de Assis, op. cit., p. 301.

⁴⁸ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade Civil*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 22.

⁴⁹ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: Responsabilidade Civil*. São Paulo: Atlas, 2005, p. 23; GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade Civil*, 2009, p. 27; Carlos Alberto Menezes Direito, Sergio Cavalieri Filho. *Comentários ao Novo Código Civil, volume XIII: da responsabilidade civil, das preferências e privilégios creditórios*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, pp. 34-5.

responsabilidade objetiva excepcional, engendrada e aplicada pelo direito público”.⁵⁰ Segundo ele, “consolida-se, assim, o modelo dualista que já se delineava no sistema anterior”, convivendo lado a lado a norma geral de responsabilidade subjetiva do atual art. 186, as normas reguladoras de determinadas atividades de natureza objetiva, e também a cláusula geral da teoria do risco contida na nova codificação civil.⁵¹

Nesse sentido, também defendem Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho que “o novo código civil, por seu turno, afastando-se da orientação da lei revogada, consagrou expressamente a teoria do risco e, ao lado da responsabilidade subjetiva (calcada na culpa), admitiu também a responsabilidade objetiva”.⁵² Ainda nessa linha, Raimundo Simão de Melo,⁵³ ao explicar sobre o grande espaço que tomou a teoria objetivista no Novo Código Civil, assevera:

Até então, a responsabilidade objetiva somente existia nos casos excepcionais e especificamente declinados em lei. Hoje não é mais assim, deixando o legislador, de forma aberta, a possibilidade ampla de reconhecimento da responsabilidade objetiva em face das atividades de risco, pelo que, já se pode dizer que o Brasil adota a responsabilidade subjetiva, e, ao seu lado, não mais como exceção, a responsabilidade objetiva, especialmente aquela baseada no risco da atividade, como reflexo das modificações tecnológicas do mundo moderno e do necessário aperfeiçoamento do Direito como ciência social.

Com efeito, passa a ser objeto de análise a teoria objetiva, a qual veio em oposição à teoria subjetivista, tendo sua origem também no direito francês, com a doutrina de Saleilles⁵⁴ e Josserand⁵⁵ que movimentou as críticas à concepção restritiva da culpa.

Nesse sentido, Alvino Lima⁵⁶ explica:

⁵⁰ TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. 3.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 203.

⁵¹ Idem, p. 195-6.

⁵² GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil: Responsabilidade Civil*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 136.

⁵³ MELO, Raimundo Simão de. *Direito ambiental do trabalho e a saúde do trabalhador: responsabilidades legais, dano material, dano moral, dano estético*. São Paulo: LTr, 2004. p. 192.

⁵⁴ Segundo SALEILLES: “Ocorrido o dano, é preciso que alguém o suporte. Não há culpa positiva de nenhum deles. Qual seria, então, o critério de imputação do risco? A prática exige que aquele que obtém proveito de iniciativa lhe suporte encargos, pelo menos a título de sua causa material, uma vez que essa iniciativa constitui um fato que, em si e por si, encerra perigos potenciais contra os quais os terceiros não dispõem de defesa eficaz.”(SALEILLES *apud* DIAS, José de Aguiar. *Da Responsabilidade Civil*. 11. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 77).

⁵⁵ Conforme JOSSEAND: “[...] há fatos que trazem em si mesmos a prova de sua origem, que são como que assinados; por sua própria natureza, excluem a culpa, intervenção ou negligência da vítima. É bastante citar, a título de exemplo, os descarrilamentos e as colisões de trens. O viajante, vítima de uma catástrofe desse gênero, não desempenhou senão um papel passivo; seria irrisório exigir-lhe, ou de seus herdeiros, provas da culpa da estrada; o fato danoso é fato culposo, o transportador é presumido em culpa, sendo-lhe ressaltado provar o caso de força maior; o ônus da prova lhe incumbe integralmente.” (JOSSEAND *apud* DIAS, José de Aguiar, op. cit., p. 81).

⁵⁶ LIMA, Alvino. *Culpa e Risco*. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 40.

O movimento iniciado na França por Saleilles e Josserand, julgando estreito o âmbito da culpa para resolver o problema da responsabilidade, pregara a reparação do dano decorrente, exclusivamente, do fato ou do risco criado, com o afastamento do *peché juridique*. Desencadeou-se um movimento intenso, doutrinário que veio influenciar, sem dúvida, a jurisprudência e encontrou, a princípio, uma legislação especial e de exceção, ampla aplicação, assim como forçou os defensores da teoria clássica a ampliar o conceito de culpa.

Raymond Saleilles, inconformado com a interpretação dada ao art. 1.384 do Código Civil Francês, defende que o que obriga à reparação do dano é o fato do homem como sua causa (*fait*, no sentido vulgar do entendimento do vocábulo *faute*, empregado nesse artigo), passando assim a desenvolver a teoria em que o dever de indenizar independe da culpa do agente, não interessando o elemento psicológico do agir. Louis Josserand, por sua vez, argumenta que o caráter perigoso da vida moderna não se adequa aos limites estritos da culpa para as conseqüências da vida alheia, devendo ceder lugar à responsabilidade pelos atos, culposos ou não, suscetíveis de causar dano injusto, anormal.⁵⁷

A partir daí surgiria a teoria do risco, fundamento da responsabilidade objetiva, que admitiria a possibilidade de responsabilização do sujeito que empreendesse atividade perigosa, independentemente da análise de sua culpa.⁵⁸

No direito brasileiro, o Código Civil de 1916, em seu art. 159, adotou a culpa como alicerce da responsabilidade, dispondo apenas em algumas hipóteses taxativas sobre a responsabilidade objetiva.⁵⁹

A grande novidade relacionada à responsabilidade civil trazida pelo Novo Código de 2002 foi a recepção da teoria do risco por meio da cláusula geral contida no parágrafo único do art. 927, ampliando as hipóteses já previstas na legislação especial⁶⁰. Assim, no dizer do desembargador Carlos Roberto Gonçalves⁶¹ “a inovação constante do parágrafo único do Código Civil será significativa e representará, sem dúvida, um avanço, entre nós, em matéria de responsabilidade civil”, mormente porque, conforme acrescenta,

⁵⁷ JOSSERAND *apud* BELMONTE, Alexandre Agra. *Instituições civis no direito do trabalho*: parte geral, obrigações, responsabilidade civil (incluindo dano moral) e contratos. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, pp. 249-50.

⁵⁸ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 124.

⁵⁹ Como exemplos: o art. 1527 do CC 1916 (responsabilidade pelo fato dos animais) e art. 1528 (responsabilidade decorrente da ruína (MORAES, Maria Celina Bodin de. Risco, Solidariedade e Responsabilidade Objetiva. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, ano 95, vol. 854, dez de 2006, p. 14).

⁶⁰ Numerosas disposições na legislação especial consagram essa teoria, como se pode citar primeiramente, a legislação acerca dos acidentes de trabalho (que será estudada na seqüência, com maior profundidade), o Código Brasileiro de Aeronáutica (Lei 7.565, de 19 de dezembro de 1986) e atualmente o Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990), dentre outras.

[...] a admissão da responsabilidade sem culpa pelo exercício de atividade que, por sua natureza, representa risco para os direitos de outrem, da forma genérica como consta do texto, possibilitará ao Judiciário uma ampliação dos casos de dano indenizável.⁶²

A propósito, Sérgio Cavalieri Filho⁶³ traça alguns apontamentos sobre a passagem da teoria subjetiva para a objetiva, *in verbis*:

Primeiramente, os Tribunais começaram a admitir uma maior facilidade na prova da culpa, extraindo-a, por vezes, das próprias circunstâncias em que se dava o acidente e dos antecedentes pessoais do participante. Evoluiu-se, depois, para a admissão da culpa presumida, na qual, como já visto, há a inversão do ônus da prova. Sem se abandonar a teoria da culpa, consegue-se, por via de uma presunção, um efeito próximo ao da teoria objetiva. O causador do dano, até prova em contrário, presume-se culpado, cabendo-lhe elidir sua presunção, isto é, prova que não teve culpa, o que, sem dúvida, favorece sobremaneira a posição da vítima. Passou-se, ainda, pela fase em que se ampliou o número de casos de responsabilidade contratual, até que, finalmente, chegou-se à admissão da responsabilidade sem culpa em determinados casos. Provados o dano e o nexa causal, ônus da vítima, exsurge o dever de reparar, independentemente de culpa. O causador do dano só se exime do dever de indenizar se provar alguma das causas de exclusão do nexa causal.

Nesse diapasão, Gustavo Tepedino,⁶⁴ também comenta:

O Código Civil Brasileiro de 1916, através do art. 159, consagrou a responsabilidade subjetiva como regra geral no sistema privado brasileiro, a reclamar reparação contra todos os atos culposos que causem dano injusto. Pouco a pouco, contudo, percebeu-se a insuficiência da técnica subjetivista, também chamada aquiliana, para atender a todas as hipóteses em que os danos deveriam ser reparados. Procedeu-se, primeiramente, por obra da jurisprudência, a uma expansão da responsabilidade subjetiva para hipóteses em que se presumia a culpa do agente. Em etapa sucessiva, veio o legislador a regular, mediante expressa previsão legislativa, hipóteses em que a reparação se impõe independentemente da conduta culposa do responsável, associando a reparação não já a seu comportamento mas ao risco provocado pela atividade da qual resultou o dano.

O referido autor prossegue afirmando que a Constituição ampliou sobremaneira a hipótese de reparação “para além dos confins da conduta culposa dos indivíduos”, prevendo ela própria hipóteses de reparação (como nos acidentes do trabalho, na cumulação dos danos materiais e morais) e abrindo caminho para o trabalho do legislador infraconstitucional e da

⁶¹ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade Civil*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 26.

⁶² Maria Celina Bodin de Moraes chega a afirmar que, a partir do Novo Código, “comparativamente, a responsabilidade subjetiva é que se torna residual, tantas são as hipóteses de responsabilidade que independem da culpa” (op. cit., p. 25).

⁶³ CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 5.ed. São Paulo: Malheiros, 2003, pp. 144-5.

⁶⁴ TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. 3.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 193.

jurisprudência, “no sentido de ampliar os confins da reparação civil e da repartição social dos danos”, como o fez com a instituição do parágrafo único do art. 927.⁶⁵

Segundo Venosa,⁶⁶ as primeiras atenuações em relação ao sentido clássico de culpa traduziram-se nas presunções de culpa⁶⁷ e em mitigações no rigor da apreciação da culpa em si, sendo que os Tribunais foram percebendo que a noção de culpa, aplicada rigorosamente, deixaria inúmeras situações de prejuízo sem ressarcimento.

Por oportuno, interessante frisar, com as palavras de Eugênio Facchini Neto⁶⁸ a possibilidade de convivência de ambas as teorias no ordenamento jurídico, subjetiva e objetiva, *in verbis*:

O fato é que a teoria da responsabilidade civil comporta tanto a culpa como o risco. Um como o outro devem ser encarados não propriamente como fundamentos da responsabilidade civil, mas sim como meros processos técnicos de que se pode lançar mão para assegurar às vítimas o direito à reparação dos danos injustamente sofridos. Onde a teoria subjetiva não puder explicar e basear o direito à indenização, deve-se socorrer da teoria objetiva. Isto porque, numa sociedade realmente justa, todo dano injusto deve ser reparado.

Isso se deve porque, nas palavras de Karl Larenz⁶⁹,

[...] trata-se de levar a cabo uma justa distribuição dos danos: quem causa um dano a outrem por meio de um ato antijurídico, ainda que sem culpa, está mais sujeito a ter que suportar o dano do que aquele que diretamente o sofreu, sem ter contribuído para o evento.

Importante frisar que devido à relevância do assunto para o presente trabalho a teoria objetiva e a cláusula geral da teoria do risco contida no novo código civil serão objeto de estudo mais aprofundado posteriormente, em capítulo especial, restando nesta oportunidade apenas uma noção geral acerca da responsabilidade objetiva, de modo a diferenciá-la da teoria subjetivista, apoiada na culpa *lato sensu*.

⁶⁵ Idem, pp. 194-5.

⁶⁶ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: Responsabilidade Civil*. São Paulo: Atlas, 2005, p. 24.

⁶⁷ Gustavo Tepedino ao tratar do tema relativo à presunção de culpa refere que “tamanho foi a evolução de tais teses no Brasil que ainda hoje, muitas vezes, se confunde, tanto nos manuais quanto na experiência pretoriana, a teoria da presunção da culpa, intensivamente aplicada, mediante a qual, em termos práticos, se inverte o ônus da prova em favor da vítima de dano injusto, com as teorias não subjetivistas, própria da responsabilidade objetiva, em que não se deve cogitar da culpa para a fixação da responsabilidade”. (TEPEDINO, Gustavo, op. cit., p. 199).

⁶⁸ FACCHINI NETO. Eugênio. Da responsabilidade civil no novo Código. In SARLET, Ingo Wolfgang (org), *O novo Código Civil e a Constituição*. Porto Alegre: Liv. do Advogado, 2006, p.180.

⁶⁹ KARL LARENZ *apud* FACCHINI NETO. Eugênio. Funções e modelos da Responsabilidade Aquiliana no Novo Código. *Revista Jurídica*. Porto Alegre, 309 – jul. 2003. Notadez, 2003, p. 26.

2.5 ELEMENTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Após a análise das teorias que fundamentam a responsabilidade civil, serão agora averiguados os elementos que condicionam o dever de indenizar. Nesse diapasão, para a teoria subjetiva, os elementos da responsabilidade são: culpa, dano e nexos causal, os quais emanam do art. 186 do Código Civil, que se constitui na base fundamental da responsabilidade civil e consagra o princípio de que a ninguém é dado causar prejuízo a outrem – *neminem laedere*. Também a responsabilidade objetiva pressupõe esses elementos, mas prescinde da culpa.

Do dispositivo legal citado é possível extrair os seguintes pressupostos gerais da responsabilidade civil: conduta humana (positiva ou negativa), dano ou prejuízo e nexos de causalidade.

Em que pese o elemento culpa estar contido no dispositivo supramencionado, quando das expressões “ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência”, a culpa não será enquadrada no presente trabalho como elemento básico para a configuração da responsabilidade civil, considerando que o ordenamento jurídico brasileiro prevê um sistema que a prescinde, admitindo tão-somente o risco para a configuração do dever de indenizar. Nesse sentido, Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho,⁷⁰ enfatizando a importância da teoria objetiva no Código Civil do Brasil, referem que “a culpa é um elemento “acidental”, e não “essencial”. Portanto, faltando-lhe o cunho da generalidade, não será examinado nesta parte do trabalho.

2.5.1 Conduta humana

A conduta é elemento imprescindível para a responsabilidade civil, seja subjetiva, seja objetiva. É possível afirmar que ela é gênero, e que a ação e a omissão são espécies. Com efeito, Sérgio Cavalieri Filho⁷¹ assim conceitua esse elemento: “Entende-se, pois, por conduta o comportamento humano voluntário que se exterioriza através de uma ação ou omissão, produzindo conseqüências jurídicas”.

⁷⁰ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 24; Rui Stoco, contudo, discorda dos referidos doutrinadores, tecendo críticas expressas direcionadas à essa afirmação, dizendo ser a teoria subjetiva regra geral ainda, e a objetiva exceção; e, portanto, a culpa seria elementar (GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 130).

⁷¹CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 5.ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 31.

A ação é um ato comissivo (no qual o agente pratica uma ação) ou omissivo (quando importa na abstenção, inércia, em relação a um fato em que deveria agir), que realizada voluntariamente pelo agente provoca um dano ou prejuízo.⁷²

Por oportuno, cumpre ressaltar que a responsabilidade pode ser por ato próprio, por ato de terceiro (art. 932 do CC), ou por fato do animal (art. 936 do CC) ou da coisa (arts. 937 e 938 do CC) sob a responsabilidade do agente. Note-se que o fato jurídico *lato sensu*, constituído pelos eventos da natureza, não geraria responsabilidade, já que não poderia ser atribuído ao homem.⁷³

2.5.2 Dano

O dano decorre da lesão a um direito. No dizer de Venosa,⁷⁴ “na noção de dano está sempre presente a noção de prejuízo”, dado que nem sempre a transgressão de uma norma ocasiona dano. Trata-se, assim, do dano injusto.

Rui Stoco,⁷⁵ acerca do dano, dispõe:

[...] é um elemento essencial e indispensável à responsabilização do agente, seja essa obrigação originada de ato lícito, nas hipóteses expressamente previstas; de ato ilícito, ou de inadimplemento contratual, independente, ainda, de se tratar de responsabilidade objetiva ou subjetiva.

Destarte, sem dano não há indenização, caso contrário se estaria diante do enriquecimento sem causa por parte daquele que a recebesse. Daí a afirmação de que “o dano é não somente o fato constitutivo mas, também, determinante do dever de indenizar”.⁷⁶

A lesão oriunda do dano, por sua vez, pode atingir bens que têm conteúdo econômico (material ou patrimonial), bens que não possuam essa conotação (imaterial, moral ou extrapatrimonial); ou, ainda, a beleza da pessoa (dano estético).

O dano material, também denominado de dano patrimonial, “pode ser identificado como aquele que desde logo aparece pelo reflexo direto no patrimônio da vítima, mesmo que não haja repercussão positiva no patrimônio do causador do dano.”⁷⁷

⁷² O art. 186 do CC na expressão “Aquele que, por ação ou omissão voluntária [...]” traduz essa ideia.

⁷³ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo, op. cit., p. 27.

⁷⁴ VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil: *Responsabilidade Civil*. São Paulo: Atlas, 2005, p. 41.

⁷⁵ STOCO, Rui. *Tratado de Responsabilidade Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 127.

⁷⁶ CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 5.ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 89.

⁷⁷ CASILLO, João. *Dano à pessoa e sua indenização*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1987, p.40.

Assim, essa espécie de dano atinge bens suscetíveis de uma valoração econômica e, nessa classificação, estão incluídos as perdas e danos que se dividem em danos emergentes e lucros cessantes, conforme preceitua o art. 402⁷⁸ do Código Civil. Atingem, portanto, “os bens integrantes do patrimônio da vítima, entendendo-se como tal ao conjunto de relações jurídicas de uma pessoa apreciáveis em dinheiro.”⁷⁹

Por dano emergente entende-se todo aquele que importa em efetiva e imediata diminuição do patrimônio, sendo na prática mais fácil de ser comprovado por envolver dados concretos (*verbi gratia*, num acidente de trânsito com perda total do veículo, o valor integral do automóvel).

Já no que se refere ao lucro cessante, o artigo anteriormente citado o define como sendo o que a vítima “razoavelmente deixou de ganhar”.

Acerca do assunto, Sérgio Cavalieri Filho leciona:

Consiste, portanto, o lucro cessante na perda do ganho esperável, na frustração da expectativa do lucro, na diminuição potencial do patrimônio da vítima. Pode decorrer não só da paralisação da atividade lucrativa ou produtiva da vítima, como, por exemplo, a cessação dos rendimentos que alguém já vinha obtendo da sua profissão, como também, da frustração daquilo que era razoavelmente esperado.⁸⁰

Diferentemente do dano emergente que é baseado em dados concretos para averiguação do prejuízo, o lucro cessante é mais difícil de ser constatado, pois deve ser considerado o que a vítima teria recebido caso não tivesse ocorrido o evento danoso (na hipótese do evento *supra*, o que a vítima deixou de receber durante os dias em que não pôde utilizar o carro).

No que se refere ao termo *razoavelmente*, no dizer de Venosa, “lembra, mais uma vez, que a indenização não pode converter-se em um instrumento de lucro”.⁸¹ Para tanto, Sérgio Cavalieri Filho sugere que “deve o juiz mentalmente eliminar o ato ilícito e indagar se aquilo que está sendo pleiteado a título de lucro cessante seria a consequência do normal desenrolar dos fatos, se aquele lucro poderia ser razoavelmente esperado, caso não tivesse ocorrido o ato ilícito.”⁸²

⁷⁸ Art. 402 do CC: “Salvo as exceções expressamente previstas em lei, as perdas e danos devidos ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de ganhar.”

⁷⁹ CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 5.ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 89.

⁸⁰ Idem, *ibidem*.

⁸¹ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: Responsabilidade Civil*. São Paulo: Atlas, 2005, p. 43.

⁸² CAVALIERI FILHO, Sergio, *op.cit.*, p. 91.

Sérgio Cavalieri Filho adverte acerca do cuidado que deve ter o magistrado na análise do caso concreto, para não confundir com lucro cessante, um lucro imaginário, um dano hipotético ou remoto, e por isso mesmo não indenizável.⁸³

Grande discussão já houve no que tange ao dano moral. Anteriormente à Constituição Federal, a doutrina e a jurisprudência já admitiam a reparação dos danos de ordem moral. Contudo, após a sua promulgação, consagrando expressamente a reparação em seu art. 5.º, X, superou-se a resistência relacionada à indenização pelos danos exclusivamente morais.

No conceito de Venosa⁸⁴ o dano moral é “o prejuízo que afeta o ânimo psíquico, moral e intelectual da vítima. Sua atuação é dentro dos direitos da personalidade”.

Com efeito, o jurista pondera que

não é também qualquer dissabor comezinho da vida que pode acarretar a indenização. Aqui, também é importante o critério objetivo do homem médio, o *bonus pater familias*; não se levará em conta o psiquismo do homem excessivamente sensível, que se aborrece com fatos diuturnos da vida [...].⁸⁵

Hoje, portanto, já não mais se discute se o dano moral é ou não indenizável, ou se pode ser cumulado com o dano material (súmula 37 do STJ), mas sim quando ele está configurado.

A doutrina atual define o dano moral como sendo a lesão, ou violação, a um direito da personalidade. A propósito, Sérgio Cavalieri afirma que, tendo a Constituição Federal consagrado o princípio da dignidade humana expressamente em seu artigo primeiro, inciso III, deu ao dano moral nova feição, já que a dignidade da pessoa humana é a base de todos os valores morais, a essência de todos os direitos personalíssimos (honra, imagem, nome, intimidade, privacidade e qualquer outro direito da personalidade).⁸⁶

João Casillo,⁸⁷ dissertando sobre a repercussão do abalo moral para a vítima, assinala:

Há um direito da vítima protegido pelo ordenamento jurídico, um bem que não pode ser lesionado, e, no entanto o é, sem que a vítima sofra um desfalque, mas sendo abalada, muitas vezes, de maneira mais grave e violenta do que se tivesse perdido todo o seu acervo material.

⁸³ Idem, ibidem.

⁸⁴ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: Responsabilidade Civil*. São Paulo: Atlas, 2005, p. 47.

⁸⁵ Idem, ibidem.

⁸⁶ CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 5.ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 94.

Explica, ainda, o referido autor que esse dano pode revelar-se de diversas formas, como mediante ofensa à honra, pelo dano físico que se exterioriza por meio da ofensa ao corpo, atingindo membros, funções, sentidos, ou simplesmente pelo dano psíquico, por meio de uma depressão ou constrangimento. Acrescenta ainda que há casos, por exemplo, em que inicialmente a vítima sofre um dano extrapatrimonial, mas as repercussões são patrimoniais, *verbi gratia*, quando da hipótese de difamação de um profissional que lhe acarreta a perda de clientes. Ressalta que esta última hipótese se insere na espécie de dano patrimonial.⁸⁸

Wilson Melo da Silva,⁸⁹ acerca do tema, expõe:

Na ocorrência da lesão, manda o direito ou a equidade que se não deixe o lesado ao desamparo de sua própria sorte. E tanto faz que tal lesão tenha ocorrido no campo de seus bens materiais ou na esfera daqueles outros bens seus, de natureza ideal. O que importa, o que é mister, é a reparação, pelo critério da equivalência econômica, num caso, ou pelo critério da simples compensação, da mera satisfação, como o queiram, no outro. Estar-se-ia diante de um dano a cuja reparação prover-se, esta é que a realidade. E muito embora, na hipótese do dano moral, a reparação se torne um tanto ou quanto dificultosa, não poderíamos, por isso, negar-lhe reparação seria ilógico, absurdo e mesmo injurídico que uma dificuldade de ordem material contribuísse para uma injustiça. A pureza de um princípio não poderia, jamais, ser imolada a uma questão contingente.

Importante observar que, pela primeira vez, o Código Civil trouxe em seu texto um capítulo sobre os direitos da personalidade (Capítulo II, arts. 11 a 21). Diante disso, uma vez violados os direitos da personalidade, caberá o dever de reparação. Conforme salienta Sílvio Rodrigues,⁹⁰ “será o juiz, no exame do caso concreto, quem concederá ou não a indenização e graduará de acordo com a intensidade e duração do sofrimento experimentado pela vítima.”⁹¹

Outrossim, pode o dano moral ser reflexo ou em ricochete,⁹² que ocorre quando a pessoa sofre, por reflexo, um dano que primariamente sofrido por outrem, como no caso de uma mãe restar abalada devido a um acidente que resultou na incapacidade física do filho.

O dano estético é aquele dano que atenta contra a beleza física, ou pelo menos, modifica para pior a aparência de uma pessoa.

⁸⁷ CASILLO, João. *Dano à pessoa e sua indenização*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1987, p.41.

⁸⁸ CASILLO, João. *Dano à pessoa e sua indenização*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987, p. 41-2.

⁸⁹ SILVA, Wilson Melo da. *O Dano moral e sua reparação*. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 560.

⁹⁰ RODRIGUES, Sílvio. *Direito Civil*. Responsabilidade Civil. 19.ed, São Paulo: Saraiva, 2002, p. 192.

⁹¹ A súmula 490 do Supremo Tribunal Federal define que a indenização é devida, em matéria de responsabilidade civil, em salário mínimo de modo a acompanhar as variações da moeda.

⁹² Dano reflexo ou derivado (*dommage par ricochet*) é o que vem a atingir pessoa que, como ocorre quando o ex-marido, obrigado a prestar alimentos aos filhos, vem a falecer ou ficar incapacitado para prestá-los, como consequência do dano causado por outrem (BELMONTE, Alexandre Agra. *Instituições Civis no Direito do Trabalho*. 2.ed. Rio e Janeiro; Renovar, 1997, p. 256).

Para Teresa Ancona Lopez⁹³, dano estético é “qualquer modificação duradoura ou permanente na aparência externa de uma pessoa, modificação esta que lhe acarreta um ‘enfeamento’ e lhe causa humilhações e desgostos, dando origem, portanto, a uma dor moral.” Explica a referida autora que o dano se configura a partir de qualquer modificação, não necessitando que sejam “feridas horripilantes, amputação de membros ou cicatrizes monstruosas”⁹⁴. Basta haver uma transformação, que seja permanente; ou, no mínimo, prolongada e ainda deve tornar a pessoa mais “feia”; pois, se após o sinistro, ficou igual ou melhor, não se pode falar em deformidade. Não precisa mais, como na lei anterior (CC de 1916, art. 1538), para configurar o dano estético, a existência de aleijão ou de uma grande deformidade.⁹⁵

No que se refere à possibilidade de cumulação das indenizações por dano moral e dano estético, prevaleceu, no STJ, o entendimento de que o dano estético é algo distinto do dano moral, correspondendo o primeiro a uma alteração morfológica de formação corporal que agride a visão, causando desagrado e repulsa; e o segundo, ao sofrimento mental, dor da alma, aflição e angústia a que a vítima é submetida. Deste modo, um pertence ao foro íntimo (subjetivo), e o outro é visível (objetivo).⁹⁶

O fundamento legal para o dano estético está na aplicação do art. 949 do Novo Código, que dispõe, de forma genérica, que “no caso de lesão ou outra ofensa à saúde, o ofensor indenizará o ofendido das despesas do tratamento e dos lucros cessantes até ao fim da convalescença, além de algum outro prejuízo que o ofendido prove haver sofrido”. Assim sendo, deixou a cargo dos tribunais a definição do dano estético. Na primeira parte do mencionado dispositivo, o Código disciplina a indenização pelo aspecto material, e na segunda, a possibilidade de indenização também por dano moral.

Outrossim, o art. 950 do Código Civil disciplina a possibilidade de indenização por perda ou redução da capacidade laborativa, que “além das despesas com tratamento e lucros cessantes até o fim da convalescença, incluirá pensão correspondente à importância do trabalho para o qual se inabilitou, ou da depreciação que ele sofreu”.

⁹³ LOPEZ, Tereza Ancona. *O dano estético: responsabilidade civil*. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 46.

⁹⁴ A propósito, também Carlos Alberto Menezes Direito e Sergio Cavalieri Filho dizem que “qualquer tipo de alteração morfológica deve merecer a reparação.” (*Comentários ao Novo Código Civil: da responsabilidade civil, das preferências e privilégios creditórios*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 422).

⁹⁵ MELO, Raimundo Simão de. *Direito ambiental do trabalho e a saúde do trabalhador: responsabilidades legais, dano material, dano moral, dano estético*. São Paulo: LTr, 2004. p. 431.

⁹⁶ DIREITO, Carlos Alberto Menezes; CAVALIERI FILHO Sergio. *Comentários ao Novo Código Civil: da responsabilidade civil, das preferências e privilégios creditórios*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, pp. 37-8.

2.5.3 Nexo Causal

Nexo causal é o liame existente entre a conduta do agente (positiva ou negativa) e o resultado da mesma – o dano. Segundo Cavalieri Filho⁹⁷ “o conceito de nexa causal não é jurídico; decorre das leis naturais. É o vínculo, a ligação ou relação de causa e efeito entre a conduta e o resultado”.

A questão concernente à prova do nexa causal é de suma relevância devido ao princípio segundo o qual ao autor incumbe a prova do que alega – *onus probandi incumbit ei qui dicit, non qui negat*. Outrossim, porque sem a prova do nexa causal descabe qualquer indenização.

Mas, a situação se torna mais complexa quando há uma cadeia de causas que concorrem para o evento, como acontece nas hipóteses de causalidade múltipla, ou *concausas*, sendo, daí, necessário identificar dentre elas qual a que efetivamente resultou no dano.

No que se refere às *concausas*, no dizer de Sérgio Cavalieri Filho, “é outra causa que, juntando-se à principal, concorre para o resultado. Ela não inicia e nem interrompe o processo causal, apenas o reforça, tal como um rio menor que deságua em outro maior, aumentando-lhe o caudal”⁹⁸.

Conforme assevera Caio Mário da Silva Pereira,⁹⁹ “este é o mais delicado elemento da responsabilidade civil e o mais difícil de ser determinado” e prossegue explicando que “no tocante à determinação do nexa causal, duas questões logo se apresentam. A primeira, diz respeito à dificuldade de sua prova. A segunda, situa-se na identificação do fato que constitui a verdadeira causa do dano, notadamente quando ocorre a causalidade múltipla”, já que nem sempre se tem condições de apontar qual a causa direta e eficiente do fato.

Sérgio Cavalieri¹⁰⁰ afirma, no entanto, categoricamente, que pode haver responsabilidade sem culpa – a objetiva, mas não pode haver responsabilidade sem nexa causal.¹⁰¹

⁹⁷CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 5.ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 66.

⁹⁸CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 5.ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 79.

⁹⁹PEREIRA, Caio Mário da Silva, op. cit., p. 76.

¹⁰⁰CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 5.ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 66.

¹⁰¹ Nessa linha, também refere Arnaldo Rizzardo: “Quanto à responsabilidade objetiva, unicamente um dos pressupostos acima retira-se, que é o da culpa, não apenas pela dificuldade de ser conseguida em certas situações especiais, mas porque a atividade ou o trabalho importa em indenizar se desencadear algum dano. Está-se diante da teoria do risco, ou da teoria do risco criado, comum em profissões perigosas, e que está implícita na sua execução a probabilidade do dano. Os demais elementos- ação ou omissão, relação de causalidade e dano – devem estar presentes. (RIZZARDO, Arnaldo. *Responsabilidade civil*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 32).

Sobre isso, Claudio Luiz Bueno de Godoy¹⁰² na responsabilidade pelo risco da atividade compreende-se a própria noção de nexo causal, como explica:

Apenas que, tratando-se de responsabilidade pelo risco da atividade, tal qual já se referimos itens precedentes, compreende-se a própria noção de nexo causal. Ou seja, uma causalidade não mais física, mas normativa, jurídica. Na observação de Anderson Schreiber, assiste-se, nesse sentido, a uma erosão da idéia tradicional de causalidade, ao menos física, para recompreendê-la como o nexo causal entre o evento danoso e o fator de atribuição ou o âmbito de proteção coberto pela norma (...)

Destarte, esse elemento é de suma importância dado que é por intermédio dele que será possível identificar quem foi o causador do dano, sendo indispensável em ambas as espécies de responsabilidade civil, subjetiva ou objetiva.

2.6 EXCLUDENTES DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Analisados os elementos para a configuração da responsabilidade civil, cabe averiguar as causas excludentes do dever de indenizar. É que a lei excepciona algumas situações em que, mesmo ocorrido o dano, o agente se exonera da responsabilidade. Assim, serão traçadas a seguir as principais hipóteses de exclusão da responsabilidade elencadas pela doutrina e que se relacionam ao objeto do presente estudo – a responsabilidade civil decorrente do acidente do trabalho, quais sejam: culpa exclusiva da vítima, fato de terceiro, caso fortuito ou força maior.

Se o evento ocorrer em razão da *culpa exclusiva da vítima* desaparece a responsabilidade do agente. É o típico exemplo da vítima que é atropelada ao atravessar, embriagada, uma estrada de alta velocidade. Nessa hipótese, o agente atuou apenas como instrumento do acidente ocorrido.¹⁰³ Sobre isso, Cláudio Luiz Bueno de Godoy¹⁰⁴ tece os seguintes esclarecimentos:

Outro elemento de rompimento do nexo causal e, dessarte, de exclusão da responsabilidade pelo risco da atividade é a culpa exclusiva da vítima. Ou seja, hipóteses em que o dano se deve à atuação do próprio ofendido e em que o agente é

¹⁰²GODOY, Cláudio Luiz Bueno de Godoy. *Responsabilidade civil pelo risco da atividade*: uma cláusula geral no Código Civil de 2002. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 121.

¹⁰³Raimundo Simão de Melo cita como exemplo o caso de um acidente do trabalho, em atividade potencialmente perigosa, sem que o trabalhador estivesse usando os equipamentos de proteção, e levando-se em conta a observância do empregador acerca do fornecimento dos Equipamentos de Proteção Individual - EPIs, nos moldes do Enunciado 289 do TST. (MELO, Raimundo Simão de. *Direito ambiental do trabalho e a saúde do trabalhador*: responsabilidades legais, dano material, dano moral, dano estético. São Paulo: LTr, 2004, pp. 186-7).

¹⁰⁴GODOY, Cláudio Luiz Bueno de Godoy. *Responsabilidade civil pelo risco da atividade*: uma cláusula geral no Código Civil de 2002. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 124.

mero instrumento desse evento lesivo. Pense-se no clássico exemplo da vítima que se suicida atirando-se diante de um veículo de transporte. Não há a necessidade, para a incidência da eximente, de que o ato da vítima seja deliberado, propositado. Nem mesmo se exige que a vítima seja imputável, bastando imaginar o mesmo suicídio, mas perpetrado por um amental. O efeito é o mesmo, de rompimento do nexa causal. E, aliás, bem por isso sempre melhor falar em fato da vítima, no lugar de culpa da vítima.

Importante destacar que a culpa exclusiva da vítima não se confunde com culpa concorrente da mesma em relação ao evento danoso. Aqui, autor e vítima contribuem para a produção do dano, estando a situação prevista no art. 945¹⁰⁵ do Código Civil que dispõe acerca do abrandamento da indenização nas hipóteses de culpa concorrente, proporcional à contribuição da vítima para a ocorrência do resultado danoso.

No que concerne ao fato de terceiro como excludente da responsabilidade, este se configura quando um terceiro, entendido como “alguém que não tem nenhuma ligação com o causador aparente do dano e o lesado”, é a causa do evento, afastando qualquer relação de causalidade entre a conduta do autor aparente e a vítima.¹⁰⁶

Acerca dessa excludente na relação de trabalho, José Affonso Dallegrave Neto assim explica:

Quanto ao fato de terceiro, tido como pessoa diversa do agente e do ofendido, resta saber se foi ele o causador único ou concorrente do dano sofrido pela vítima. Deve-se investigar, também, se o terceiro não é um preposto da empresa ou mesmo colega de trabalho da vítima, pois, nesse caso, por força do que dispõem a lei, a responsabilidade civil recairá solidariamente ao agente direto e ao empregador (responsabilidade solidária da empresa por ato do preposto ou empregado praticado em razão do contrato de trabalho).¹⁰⁷

Destarte, deve-se analisar se esse terceiro não tem relação com a empresa; pois, neste caso, persistirá a responsabilidade da mesma, nos termos do art. 932, III, do Código Civil.

O Código Civil de 2002, a exemplo do diploma anterior, dispôs acerca do caso fortuito e força maior na parte relativa ao inadimplemento das obrigações, estando previstos no art. 1058, o qual estabelece que “o devedor não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito ou força maior, se expressamente não se houver por eles responsabilizado.”

¹⁰⁵ Art. 945 do CC: “Se a vítima tiver concorrido para o evento danoso, a sua indenização será fixada tendo-se em conta a gravidade de sua culpa em confronto com a do autor do dano”.

¹⁰⁶ CAVALIERI FILHO, Sérgio de. *Responsabilidade civil*. 5.ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 83.

¹⁰⁷ DALLEGRAVE NETO. José Affonso. *Responsabilidade Civil no Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2005, p. 154

Na lição de Sérgio Cavalieri Filho, há distinção entre o caso fortuito¹⁰⁸ e a força maior, embora ambos possuam como característica comum o fato de seus efeitos não poderem ser evitados. A propósito expõe:

Estaremos em face de caso fortuito quando se tratar de evento imprevisível e, por isso, inevitável; se o evento for inevitável, ainda que previsível, por se tratar de fato superior às forças do agente, como normalmente são os fatos da Natureza, como as tempestades, enchentes, etc, estaremos em face da força maior, como o próprio nome o diz. É o *act of God*, no dizer dos ingleses, em relação ao qual o agente nada pode fazer para evitá-lo, ainda que previsível. A imprevisibilidade, portanto, é elemento indispensável para a caracterização do caso fortuito, enquanto a inevitabilidade o é da força maior.¹⁰⁹

Relativamente à força maior, a CLT, diferentemente do CC que exclui, como visto, a responsabilidade, não elide o direito à indenização pelo empregado, sendo, contudo, devida pela metade quando ela for capaz de afetar substancialmente a empresa ou sua situação econômica,¹¹⁰ conforme estabelece a combinação do arts. 501 e 502 da CLT.

Por fim, inclui-se, nas hipóteses de exclusão da responsabilidade civil, especificamente no campo contratual, a cláusula de não indenizar, definida como aquela estipulação por meio da qual uma das partes contratantes, declara a outra, que se exime da responsabilidade pelo dano por esta experimentado e que resulta da execução inadequada ou inexecução de um contrato, dano este que sem essa convenção, deveria ser ressarcido pelo estipulante.¹¹¹

Oportuno salientar que a cláusula de não indenizar, avença fruto da autonomia privada, não encontra aplicação na relação de trabalho por diversos fatores, dentre os quais, o fato do contrato de trabalho ser um contrato de adesão, pelo princípio da hipossuficiência aplicável nas relações trabalhistas e ainda pelo fato de ferir o próprio conceito de empregador

¹⁰⁸Carlos Alberto Menezes Direito e Sergio Cavalieri Filho explicam que o caso fortuito, em algumas hipóteses de responsabilidade objetiva, como no caso do transportador e do fornecedor de produtos e serviços, não exclui o dever de indenizar. Para estes casos, a doutrina o divide em fortuito interno e externo, sendo o primeiro imprevisível, e por isso inevitável, mas que se relaciona aos riscos da atividade da empresa (exemplos: estouro de um pneu de um ônibus, o mal súbito do motorista), e o externo, que também é imprevisível e inevitável, mas é estranho à organização do negócio (eventos da natureza). O caso fortuito interno não é, nesse sentido, considerado excludente da responsabilidade. (DIREITO, Carlos Alberto Menezes; CAVALIERI FILHO Sergio. *Comentários ao Novo Código Civil: da responsabilidade civil, das preferências e privilégios creditórios*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, pp. 88-9).

¹⁰⁹CAVALIERI FILHO, Sergio. *Responsabilidade civil*. 5.ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 84.

¹¹⁰DALLEGRAVE NETO. José Affonso. *Responsabilidade Civil no Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2005, p. 154

¹¹¹RODRIGUES, Sílvio. *Direito Civil*. Responsabilidade Civil. 19.ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 179.

contido no art. 2.º da CLT, pelo qual se depreende que empregador é aquele que assume os riscos da atividade econômica.¹¹²

¹¹²DALLEGRAVE NETO. José Affonso, op.cit., p.155.

3 A RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA E A CLÁUSULA GERAL DO PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 927 DO NOVO CÓDIGO CIVIL

Conforme constatado no decorrer do presente estudo, a teoria do risco como fundamento da responsabilidade objetiva representou um grande avanço para a evolução da responsabilidade civil, por ampliar a possibilidade de reparação do dano em determinados casos, devido à dispensa da prova da culpa. No ordenamento brasileiro, a referida teoria era observada em leis especiais e em alguns casos pontuais no Código Civil de 1916.¹¹³ Porém, recentemente, com o advento do Novo Código Civil de 2002, foi recepcionada a teoria do risco como cláusula geral, prevista no parágrafo único do art. 927, alargando ainda mais as possibilidades de sua aplicação e conquistando imenso território antes pertencente à responsabilidade subjetiva.

Nesse sentido, considerando o escopo do presente trabalho, este capítulo visa a aprofundar os fundamentos da responsabilidade objetiva que se apóia na teoria do risco, analisando os argumentos doutrinários e sua aplicação no ordenamento jurídico brasileiro. Para melhor compreensão da referida teoria, ela será abordada em suas diversas modalidades apresentadas pela doutrina e pela jurisprudência, mas sempre gravitando em torno da ideia central do risco.

Outrossim, será estudada a cláusula geral da teoria do risco, constante no Novo Código, por meio da análise de seus pressupostos e sua extensão, assunto este ainda bastante polêmico na doutrina devido à própria vagueza semântica característica dessa técnica legislativa, consoante será abordado.

3.1 RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA E A ATIVIDADE DE RISCO

A responsabilidade subjetiva tem raízes milenares e está ligada de forma intrínseca à responsabilidade civil.¹¹⁴ Contudo, com a multiplicidade de riscos advindos com o mundo moderno e a revolução tecnológica, começaram a surgir cada vez mais casos de danos sem reparação, dado que a vítima não lograva comprovar a culpa do causador do prejuízo, ficando,

¹¹³Como exemplos: o art. 1527 do CC, 1916 - responsabilidade pelo fato dos animais, art. 1528 - responsabilidade decorrente da ruína (MORAES, Maria Celina Bodin de. Risco, Solidariedade e Responsabilidade Objetiva. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, ano 95, vol. 854, dez. 2006, p. 14).

¹¹⁴A idéia subjacente à responsabilidade subjetiva possui raízes tão profundas na cultura ocidental que nunca foi preciso, realmente, explicar porque a culpa enseja responsabilidade, sendo ela própria a sua razão justificada. (MORAES, Maria Celina Bodin de. Risco, Solidariedade e Responsabilidade Objetiva. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, ano 95, vol. 854, dez. 2006, p. 22).

assim, sem reparação. Diante disso, os estudiosos passaram a buscar soluções para abrandar, ou mesmo excluir, o rigorismo da prova da culpa como pressuposto para o dever de indenizar.

O movimento objetivista que buscava fundamentar o dever de reparar a vítima não mais na culpa, mas no fato material de haver causado o dano, conforme aponta Caio Mário da Silva Pereira, iniciou na França, no final do século XIX, quando, em 1897, Raymond Saleilles publicou estudo especializado intitulado “Les Accidents de Travail et la Responsabilité Civile – Essai d’une théorie objective de la responsabilité delictuelle”.¹¹⁵ Em seguida, o também francês Louis Josserand, Professor de Direito Civil da Faculdade de Lyon, publicou a obra “Responsabilité de Fait des Choses Inanimés”, na qual defendeu abertamente a teoria objetiva.

Conforme explica Maria Celina Bodin de Moraes,¹¹⁶ em 1896, a jurisprudência francesa determinou a reparação pelo patrão dos prejuízos causados pelo empregado num caso emblemático, conhecido como decisão “Teffaine”:

Em 1896, a Corte de Cassação francesa, na chamada decisão “Teffaine”, ao determinar a reparação pelo patrão dos prejuízos causados a um empregado pela explosão de uma caldeira, introduziu a noção de risco no direito francês. A jurisprudência criou neste acórdão a regra da responsabilidade civil pelo fato das coisas, fundando-a no art. 1.384, alínea I, e na idéia de que o proprietário deve assumir o risco pelo acidente decorrente do trabalho. O legislador não ficou insensível à elaboração jurisprudencial e, em seguida, uma lei especial interveio para regular tais casos. Assim, em 1898, promulgou-se a lei francesa sobre acidentes de trabalho, estabelecendo-se a responsabilidade do patrão, independentemente de culpa, com fundamento no risco profissional.

Diante disso, e impulsionados pelas ideias precursoras desses doutrinadores franceses, veio à tona um novo movimento, contrário ao princípio absoluto da culpa, ampliando a incidência da responsabilidade civil sem anular o fundamento da culpa. Nesse sentido, explica Alvino Lima,¹¹⁷ grande defensor da teoria objetiva aqui no Brasil:

O movimento inovador se levanta contra a obra secular; a luta se desencadeia tenazmente e sem tréguas; Ripert proclama Saleilles e Josserand os “síndicos da massa falida da culpa”, e, a despeito das afirmações de que a teoria do risco desfaleceu no ardor de seu ataque, seus defensores persistem na tarefa, e as necessidades econômicas e sociais da vida moderna intensa obrigam o legislador a abrir brechas na concepção da teoria clássica da responsabilidade. Ambas porém, continuarão a subsistir, com forças paralelas, convergindo para um mesmo fim, sem que jamais, talvez, se possam exterminar ou se confundir, fundamentando, neste ou

¹¹⁵PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade Civil*. 9.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 16.

¹¹⁶MORAES, Maria Celina Bodin de. Risco, Solidariedade e Responsabilidade Objetiva. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, ano 95, vol. 854, dez. 2006, p. 12.

¹¹⁷LIMA, Alvino. *Culpa e Risco*. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 41.

naquele caso, a imperiosa necessidade de ressarcir o dano, na proteção dos direitos lesados.

Esse movimento foi inspirado pelas significativas mudanças trazidas pela Revolução Industrial, ocorrida a partir da segunda metade do século XIX, que representou um grande aumento dos riscos devido ao desenvolvimento de produção em massa, mecanização da indústria, construção de prédios e pontes, utilização de novas fontes de energia (eletricidade e petróleo) e desenvolvimento dos meios de transporte. Assim, se por um lado a Revolução Industrial trouxe enormes avanços tecnológicos, proporcionando maior bem-estar e qualidade de vida, por outro lado “constatou-se que o homem ficou sujeito a um sistema sobre o qual ele não tinha nenhum controle”.¹¹⁸

As dificuldades encontradas pelas vítimas relacionadas à prova obstaculizavam, e por vezes, inviabilizavam a obtenção do ressarcimento, já que “deveria a vítima de um acidente oferecer três tipos de provas: a primeira, que havia sofrido um dano; a segunda, que o agente cometeu um delito, e, por último, que o dano decorreu do delito: dano, culpa e relação de causalidade”.¹¹⁹

Nesse contexto histórico, em que o homem se encontrava exposto a uma situação permanente de perigo, conseqüência do desenvolvimento tecnológico implementado com a Revolução Industrial, e sujeito aos mais diversos infortúnios, sem que pudesse obter reparação com base na teoria clássica da culpa, é que a responsabilidade civil objetiva tomou espaço. Nessa época, devido à inexistência de leis que disciplinassem as condições de segurança no trabalho, os empregados eram considerados culpados quando da ocorrência de infortúnios sob o argumento de que haviam agido de forma negligente e desatenta, prevalecendo o interesse das classes empresariais, visando não prejudicar as indústrias em desenvolvimento com eventuais indenizações.

Assim, “a teoria objetiva desvinculou a obrigação de reparação do dano sofrido da idéia da culpa, baseando-se no risco ante a dificuldade da prova da culpa pelo lesado para obter a reparação”.¹²⁰

De acordo com Cavalieri,¹²¹ foi no campo dos acidentes do trabalho e nos acidentes com transportes coletivos, principalmente de trens, que a noção de culpa revelou-se insuficiente:

¹¹⁸ALONSO, Paulo Sergio Gomes. *Pressupostos da Responsabilidade Civil Objetiva*. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 35.

¹¹⁹Idem, p. 38.

¹²⁰ALONSO, Paulo Sergio Gomes. *Pressupostos da responsabilidade civil objetiva*. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 40.

Na medida em que a produção passou a ser mecanizada, aumentou vertiginosamente o número de acidentes, não só em razão do despreparo dos operários mas, também, e principalmente, no empirismo das máquinas então utilizadas, expondo os trabalhadores a grandes riscos. O operário ficava desamparado diante da dificuldade – não raro, impossibilidade – de provar a culpa do patrão. A injustiça que esse desamparo representava estava a exigir uma revisão do fundamento da responsabilidade civil. Algo idêntico ocorreu com os transportes coletivos, principalmente trens, na medida em que foram surgindo. Os acidentes multiplicaram-se, deixando as vítimas em situação de desvantagem. Como iriam provar a culpa do transportador por um acidente ocorrido a centenas de quilômetros de casa, em condições desconhecidas para as vítimas ou seus familiares?

Acrescenta Cavalieri que os juristas perceberam a insuficiência da teoria subjetiva para atender a essa transformação social e constataram que, se a vítima fosse obrigada a provar a culpa do causador do dano como meio para reparação, ficaria sem indenização, dando causa a outros problemas sociais; porquanto, para quem vive de seu trabalho, o acidente corporal significa a miséria, impondo-se organizar sua reparação.¹²²

É Venosa quem lembra que

a teoria do risco aparece na história do Direito, portanto, com base no exercício de uma atividade, dentro da idéia de que quem exerce determinada atividade e tira proveito direto ou indireto dela responde pelos danos que causar, independentemente de culpa sua ou de prepostos. O princípio da responsabilidade sem culpa ancora-se em um princípio de equidade: quem afeita os cômodos de uma situação deve também suportar os incômodos. O exercício de uma atividade que possa representar um risco obriga por si só a indenizar pelos danos causados a ela.¹²³

Nas palavras de Cavalieri “risco é perigo, é probabilidade de dano, importando isso, dizer que aquele que exerce uma atividade perigosa deve-lhe assumir os riscos e reparar o dano dela decorrente”.¹²⁴ E acrescenta:

A doutrina do risco pode ser, então, assim resumida: todo prejuízo deve ser atribuído ao seu autor e reparado por quem o causou, independentemente de ter ou não agido com culpa. Resolve-se o problema na relação de causalidade, dispensável qualquer juízo de valor sobre a culpa do responsável, que é aquele que materialmente causou o dano.

Raimundo Simão de Melo¹²⁵ elenca como fundamentos da responsabilidade civil objetiva os seguintes:

¹²¹CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de Responsabilidade Civil*. São Paulo: Malheiros Editores, 2003, p. 144.

¹²²Idem, *ibidem*.

¹²³VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: Responsabilidade Civil*. São Paulo: Atlas, 2005, p. 25.

¹²⁴CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de Responsabilidade Civil*. São Paulo: Malheiros Editores, 2003, p. 144.

São fundamentos da responsabilidade objetiva, em todos os ordenamentos jurídicos: os perigos da vida contemporânea, aumentados especialmente a partir da Revolução Industrial; os feitos tecnológicos e a multiplicação dos eventos danosos; a facilitação para a vítima poder ser indenizada; a hipossuficiência desta, sobretudo nos acidentes de trabalho; os princípios de equidade, de justiça social e de socialização do Direito e, finalmente, a necessidade de reequilíbrio dos patrimônios afetados pelo evento danoso, o que justifica a função social da responsabilidade objetiva.

No ordenamento jurídico brasileiro, a responsabilidade objetiva foi sancionada, inicialmente, em diversas leis esparsas. O primeiro caso de responsabilidade civil fundada na teoria do risco¹²⁶ foi o Decreto n.º 2.681, de 07 de dezembro de 1912, o qual disciplinou a Responsabilidade das estradas de ferro, visando resguardar os proprietários marginais das estradas de ferros pelos danos a eles causados na exploração das linhas, como por exemplo, nos casos de incêndios nas plantações causados por fagulhas expelidas pela locomotiva.

Posteriormente, surge a legislação relativa ao acidente do trabalho que começou com o Decreto n.º 24.637, de 15 de janeiro de 1919, sendo hoje a matéria regulada pela Lei 8.213/91. Desde 1967, a reparação do dano resultante do acidente do trabalho vem sendo coberta por um seguro coletivo, custeado pelo empregador e a cargo do INSS que transfere a indenização independentemente de análise da culpa. Conforme previsto na Constituição Federal de 1988, art. 7.º, XXVIII, o trabalhador tem direito à indenização por acidente do trabalho, que é baseada na teoria objetiva, pela qual mesmo que tenha dado causa ao acidente fará jus à indenização previdenciária (composta de prestações mensais) e, ainda, com base no mesmo dispositivo legal, nas hipóteses de culpa ou dolo do empregador, fará jus a uma indenização de direito comum a cargo desse, na qual poderá o acidentado pleitear a reparação material, moral e estética decorrente do infortúnio. Há, portanto, pela redação do dispositivo, possibilidade de dúplice indenização: a primeira, de natureza objetiva, e a segunda, baseada na responsabilidade subjetiva.

Outrossim, pode-se citar como mais um exemplo de legislação específica que recepcionou a teoria objetiva a Lei n.º 6.194, de 19 de dezembro de 1974, a qual instituiu o seguro obrigatório de responsabilidade civil para os proprietários de veículos automotores – DPVAT – que visa a garantir uma indenização mínima às vítimas de acidentes de veículos, mesmo que não haja culpa do motorista autor do dano. Ainda, dentre outras previsões de responsabilidade objetiva na legislação especial, há o Código de Mineração, Decreto-lei n.º

¹²⁵MELO, Raimundo Simão de. *Direito ambiental do trabalho e a saúde do trabalhador*: responsabilidades legais, dano material, dano moral, dano estético. São Paulo: LTr, 2004, p. 200.

¹²⁶CAVALIERI FILHO, Sergio, op. cit, p. 150.

227, de 28 de fevereiro de 1967 e no Código Brasileiro de Aeronáutica, Lei n.º 6.997, de 7 de junho de 1982.

Nessa linha, a Constituição Federal também recepcionou a teoria do risco em alguns dispositivos, como no §6.º do art. 37, ao dispor expressamente acerca da responsabilidade civil do Estado, bem como no art. 21, XXIII, alínea *c* da Constituição Federal, que prevê a responsabilidade independente de culpa nos casos de danos nucleares. Além disso, em seu art. 225, § 3.º, a Carta Maior do Brasil dispôs acerca da reparação aos danos causados ao meio ambiente. Nesse aspecto, interessante frisar que a doutrina¹²⁷ defende a aplicação da teoria objetiva em relação aos danos causados pelo empregador ao meio ambiente laboral, mediante a análise conjunta do mencionado dispositivo com o art. 200, VIII, o qual inclui o local de trabalho no conceito de meio ambiente.

O Código de Proteção e Defesa do Consumidor, Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990, é considerado um marco da responsabilidade civil objetiva no Brasil, contemplando expressamente a reparação independente de culpa em diversos dispositivos, como por exemplo, nos arts. 12 e 14, que tratam da responsabilidade pelo fato do produto e do serviço, e os arts. 18 e 19, que dispõem sobre a responsabilidade por vício do produto e do serviço, respectivamente. Assim, diante da recepção da responsabilidade objetiva em nosso ordenamento, nas mais diversas áreas, o mestre Alvino Lima¹²⁸ destaca:

A teoria do risco tem conquistado terreno sobre a responsabilidade fundada na culpa, quer na elaboração dos próprios preceitos do direito comum, como em sua interpretação pelos tribunais, quer na legislação especial, resolvendo hipóteses que não o poder ser, com justiça e equidade, no âmbito estreito da culpa.

Contudo, até o advento do Código Civil de 2002, a responsabilidade subjetiva foi a regra geral, sendo que a responsabilidade sem culpa foi admitida aos poucos e praticamente limitada às hipóteses previstas em lei.

Entretanto, o Novo Código Civil, no parágrafo único do art. 927, alargou as possibilidades de aplicação da dita teoria, dispondo-a numa cláusula geral que prevê a aplicação da reparação baseada na teoria do risco, além dos casos previstos em lei, “quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, riscos para os direitos de outrem”. Além disso, estabeleceu outras hipóteses expressas de aplicação da teoria do risco, tais como o art. 931 (responsabilidade civil pelo fato do produto) e o art.

¹²⁷ OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. *Indenizações por acidente do trabalho ou doença ocupacional*. São Paulo: LTr, 2009, p.101; MELO, Raimundo Simão de. *Direito ambiental do trabalho e a saúde do trabalhador: responsabilidades legais, dano material, dano moral, dano estético*. São Paulo: LTr, 2004, pp. 223-8;

933 (responsabilidade civil pelo fato de outrem), e, ainda, disposições que contém a aplicação da responsabilidade objetiva de forma implícita, tais como os arts. 937 (danos causados pela ruína de prédio) e 938 (coisas lançadas ou caídas de prédios). Sílvio Rodrigues,¹²⁹ ao elogiar a inovação trazida pela cláusula geral da teoria do risco, comenta:

Em conclusão, poder-se-ia dizer que o preceito do novo Código representa um passo à frente na legislação sobre responsabilidade civil, pois abre uma porta para ampliar os casos de responsabilidade civil, confiando ao prudente arbítrio do Poder Judiciário exame do caso concreto, para decidi-lo não só de acordo com o direito estrito, mas também, indiretamente, por equidade.

Maria Celina Bodin de Moraes atribui essa transformação da responsabilidade civil em direção à objetivação a uma mudança sócio-cultural de significativa relevância e que continua a influenciar o direito civil do início deste século, como se verifica a partir da inclusão da cláusula geral da teoria do risco no novo código, a uma mudança de paradigma, que se traduz na passagem do modelo individualista-liberal de responsabilidade (compatível com o Código de 1916) para um modelo solidarista baseado na Constituição Federal e no Código de 2002, e que se funda na atenção ao lesado, sendo que “questiona-se hoje se à vítima deve ser negado o direito ao ressarcimento e não mais, como outrora, se há razões para que o autor do dano seja responsabilizado”.¹³⁰

Segundo Sebastião Geraldo de Oliveira,¹³¹ referentemente ao parágrafo único do art. 927, afirma “representa a consolidação da teoria da responsabilidade objetiva no Brasil, que, que passa a conviver no mesmo patamar de importância e generalidade da teoria da responsabilidade subjetiva”.¹³²

3.2 MODALIDADES DO RISCO

Como visto, a doutrina objetivista fundamenta o dever de reparação do dano no risco. Dada a importância desse elemento, e após o estudo acerca dos fundamentos da responsabilidade objetiva, cumpre analisar as várias concepções em torno da idéia central do

¹²⁸LIMA, Alvino. *Culpa e Risco*. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 42.

¹²⁹RODRIGUES, Sílvio. *Direito Civil. Responsabilidade Civil*. 19.ed, São Paulo: Saraiva, 2002, p. 162.

¹³⁰MORAES, Maria Celina Bodin de. Risco, Solidariedade e Responsabilidade Objetiva: *Revista dos Tribunais*. São Paulo, v. 854, 2006, pp. 18-9.

¹³¹OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. *Indenizações por acidente do trabalho ou doença ocupacional*. São Paulo: LTr, 2009, p. 106.

¹³²A propósito, Sergio Cavalieri Filho e Carlos Alberto Menezes Direito, afirmam que “por sua extensão e importância, e, ainda, por não guardar relação e subordinação com o *caput*, a matéria deveria ter sido

risco, por intermédio da análise das modalidades expostas pela doutrina, dentre as quais merecem destaque as teorias do risco-proveito, do risco criado, do risco profissional, do risco excepcional e do risco integral.

De acordo com a teoria do risco-proveito, aquele que tira proveito ou vantagem do fato causador do dano é obrigado a repará-lo. Destarte, aquele que aproveita dos bônus, deve também arcar com o ônus – *ubi emolumentum, ibi onus*.

Nesse diapasão, necessário esclarecer o que vem a ser considerado proveito, se este poderia ser qualquer tipo de proveito (de cunho moral, por exemplo), ou se deveria ser necessariamente econômico; pois, sendo o proveito apenas de ordem econômica, estar-se-ia diante de dois conflitos. Primeiramente, em não havendo lucro, eventuais danos não poderiam ser indenizados e, segundo, se voltado apenas às atividades econômicas, estaria restringindo apenas aos comerciantes e industriais. Além da problemática exposta, segundo Cavalieri “a vítima teria o ônus de provar a obtenção desse proveito, o que importaria o retorno ao complexo problema da prova.”¹³³ Nessa linha, Caio Mario da Silva Pereira afirma que “a demonstração por parte da vítima de que o mal foi causado não porque o agente empreendeu uma atividade geradora do dano; porém, porque desta atividade ele extraiu um proveito, é envolver, em última análise, uma influência subjetiva na conceituação da responsabilidade civil”.¹³⁴

Alvino Lima aponta Jossierand como o mais notável precursor da teoria do risco proveito.¹³⁵ Explicando os argumentos dos defensores dessa modalidade de risco, leciona que “não é justo, nem racional, nem tampouco eqüitativo e humano, que a vítima, que não colhe os proveitos da atividade criadora dos riscos e que para tais riscos não concorreu, suporte os azares da atividade alheia”.¹³⁶

Pela teoria do risco criado, diferentemente da modalidade anterior, a reparação do dano é devida pela criação do risco, independentemente de ter o agente logrado ou não proveito com a atividade. Desse modo, é mais abrangente que a teoria do risco proveito.

Cario Mário da Silva Pereira¹³⁷ defende expressamente sua opção pela teoria do risco criado:

disciplinada em artigo autônomo.”(Comentários ao Novo Código Civil, volume XIII: da responsabilidade civil, das preferências e privilégios creditórios. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 144).

¹³³FILHO, Sergio Cavalieri. *Programa de Responsabilidade Civil*. Programa de Responsabilidade Civil. São Paulo: Malheiros Editores, 2003, p. 146.

¹³⁴PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade Civil*. 9.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 287.

¹³⁵LIMA, Alvino. *Culpa e Risco*. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 119.

¹³⁶JOSSERAND *apud* LIMA, Alvino, op. cit., p. 119.

¹³⁷PEREIRA, Caio Mário da Silva, op. cit., p. 270.

A meu ver, o conceito de risco que melhor se adapta às condições de vida social é o que fixa no fato de que, se alguém põe em funcionamento uma qualquer atividade, responde pelos eventos danosos que esta atividade gera para os indivíduos, independentemente de determinar se em cada caso, isoladamente, o dano é devido à imprudência, à negligência, a um erro de conduta, e assim de configura a teoria do risco criado.

Segundo o referido doutrinador, na teoria do risco criado não se cogita do fato de ser o dano correlativo de um proveito ou vantagem para o agente. Assim, embora se suponha que a atividade possa ser proveitosa para o agente, não se subordina o dever de reparar ao pressuposto da vantagem, sendo que o que importa é a atividade em si mesma, independente do resultado bom ou mau que advenha para o agente.¹³⁸

Acerca da referida teoria, Raimundo Simão de Melo dispõe:

Essa teoria procura colocar a vítima inocente em igualdade de condições em que se acham os novos empreendimentos, pela crescente industrialização, utilização de maquinários e a intensificação de atividades potencialmente perigosas. Seus fundamentos deitam raízes nas idéias de fraternidade, solidariedade humana, sentimento de responsabilidade, equidade, segurança e socialização do Direito. É, pois, a mais consentânea com a evolução do Direito.¹³⁹

De suma importância para o presente trabalho o estudo da teoria do risco criado, pois foi a teoria adotada pelo legislador do Código Civil de 2002 para a formulação da cláusula geral da teoria do risco (art. 927, parágrafo único).¹⁴⁰

Nesse sentido, Caio Mário da Silva Pereira,¹⁴¹ que foi o autor do Primeiro Projeto do Código Civil (Projeto do Código de Obrigações de 1965), o qual foi seguido pelo Projeto de Código Civil de 1975 (Projeto 634-B), sendo a proposta original acolhida no texto legal do Novo Código, expõe:

Como já mencionei (Capítulo XVIII, *supra*), ao elaborar o Projeto de Código das Obrigações de 1965, defini-me por ela, no que foi seguido pelo Projeto de Código Civil de 1975 (Projeto 634-B). Depois de haver o art. 929 deste Projeto enunciado o dever ressarcitório fundado no conceito subjetivo, seu parágrafo único espousa doutrina do risco criado, a dizer que, independentemente de culpa, e dos casos especificados em lei, haverá obrigação de reparar o dano “quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem”.

¹³⁸Idem, pp. 284-5.

¹³⁹MELO, Raimundo Simão de. *Direito ambiental do trabalho e a saúde do trabalhador*: responsabilidades legais, dano material, dano moral, dano estético. São Paulo: LTr, 2004, p. 190.

¹⁴⁰CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 5.ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p.171; VENOSA, Sílvio de Salvo, *Direito Civil: Responsabilidade Civil*. São Paulo: Atlas, 2005, p. 26.

¹⁴¹PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade Civil*. 9.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 284.

Assim, nas palavras de Caio Mário da Silva Pereira, o fundamento para a obrigação de reparar o dano “é a existência de uma atividade desenvolvida ou posta em jogo por alguém que causa a obrigação de ressarcir, quando essa atividade por si mesma, e independentemente de todo fato anímico, traz o efeito danoso.”¹⁴²

Venosa afirma que sob a denominação risco criado, “o agente deve indenizar quando, em razão de sua atividade ou profissão, cria um perigo.”¹⁴³ A propósito disso, Paulo Sérgio Gomes Alonso, destaca que “a noção central da teoria do risco está no elemento perigo existente em algumas atividades que, em razão de sua natureza ou dos meios utilizados, está inserido, sujeitando o homem a riscos de toda ordem, inclusive à própria vida.”¹⁴⁴

A teoria do risco profissional foi inspirada na obra de Saleilles, de 1897, e parte da lógica de que o empregador, ao obter os lucros por intermédio de suas atividades, deve suportar os prejuízos daí resultantes.¹⁴⁵ Destarte, o desenvolvimento dessa teoria está diretamente ligado aos acidentes do trabalho.

Nesse diapasão, Sérgio Cavaliere¹⁴⁶ explica:

A responsabilidade fundada na culpa levava, quase sempre, à improcedência da ação acidentária. A desigualdade econômica, a força de pressão do empregador, a dificuldade do empregado de produzir provas, sem se falar nos casos em que o acidente decorria das próprias condições físicas do trabalhador, que pela sua exaustão, quer pela monotonia da atividade, tudo isso acabava por dar lugar a um grande número de acidentes não indenizados, de sorte que a teoria do risco profissional veio para afastar esses inconvenientes.

Aqui, diferentemente da teoria do risco criado, a indenização é devida independentemente da atividade realizada implicar riscos, sendo estendida aos empregadores de modo geral. Assim sendo, ocorrendo o acidente, o empregado recebe indenização que é custeada pela empresa por meio do Seguro de Acidente do Trabalho – SAT, mas que fica a cargo da Previdência Social. Esse seguro tem previsão constitucional, contida no art. 7.º, XXVIII, da Carta Maior, que estabelece no rol de direitos dos trabalhadores o “seguro contra acidentes de trabalho, a cargo do empregador”.

Em que pese a contribuição do empregador ter como destinatário o Instituto Nacional de Seguridade Social - INSS, a contribuição para fins de acidente é custeada pelo empregador,

¹⁴²Idem, p. 289.

¹⁴³VENOSA, Sílvio de Salvo, op. cit., p. 26.

¹⁴⁴ALONSO, Paulo Sérgio Gomes. *Pressupostos da responsabilidade civil objetiva*. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 67.

¹⁴⁵DALLEGRAVE NETO. José Affonso. *Responsabilidade Civil no Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2005, p. 108.

¹⁴⁶CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de Responsabilidade Civil*. Malheiros Editores, 2003, p. 144.

a qual integra um caixa específico para este fim. Por isso, aplica-se nesse caso a Teoria do Risco Profissional na indenização previdenciária pelo infortúnio do trabalho.

A teoria do risco excepcional prega o dever de indenizar, sem análise da culpa, sempre que o dano decorrer de uma atividade que constitui um risco acentuado à coletividade. São exemplos de risco excepcional as atividades com redes elétricas de alta tensão, exploração de energia nuclear ou manipulação de materiais radioativos.¹⁴⁷ Diante disso, conforme ensina Sérgio Cavalieri Filho, “em razão dos riscos excepcionais a que essas atividades submetem os membros da coletividade de modo geral, resulta para aqueles que as exploram o dever de indenizar, independentemente de indagação de culpa”.¹⁴⁸

De todas as modalidades de risco, a teoria baseada no risco integral é a mais extremada, já que exige tão-somente o dano para a configuração do dever de indenizar, independentemente de qualquer outro elemento, como nexos de causalidade.¹⁴⁹ Sendo assim, ainda que o prejuízo seja decorrente de “culpa exclusiva da vítima, fato de terceiro, caso fortuito ou de força maior”,¹⁵⁰ permanece o dever de indenizar, “bastando que esse dano ocorra e esteja vinculado a determinado fato para assegurar à vítima a sua reparação”.¹⁵¹

Segundo alguns doutrinadores,¹⁵² dentre eles Caio Mário da Silva Pereira¹⁵³, a tese da teoria do risco integral se apresenta no direito público, no campo da responsabilidade civil do Estado, com base no art. 37, § 6.º da Constituição Federal.

Todavia, qualquer que seja a teoria a ser adotada, as quais giram em torno da idéia central do risco, a preocupação é de assegurar, nessa sociedade moderna onde os riscos são cada vez mais crescentes, a reparação à vítima.

Ainda, oportuno referir a posição de Álvaro Villaça Azevedo, que ao comentar o artigo do projeto do Código Civil atual que originou o parágrafo único do art. 927, diz que “esse final do dispositivo analisado proporciona abertura a interpretação mais elástica [...]”.

¹⁴⁷ CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de Responsabilidade Civil*. São Paulo: Malheiros Editores, 2003, p. 146.

¹⁴⁸ Idem, p. 147.

¹⁴⁹ Maria Celina Bodin de Moraes comenta que “a teoria do risco integral, ao não admitir excludentes de qualquer espécie, é a mais extremada, sendo adotada em nosso país, através do mecanismo do seguro obrigatório, apenas nos casos de atropelamento por veículos automotores” (MORAES, Maria Celina Bodin de. *Risco, Solidariedade e Responsabilidade Objetiva: Revista dos Tribunais*. São Paulo, v. 854, 2006, p. 16.)

¹⁵⁰ CAVALIERI FILHO, Sergio, op. cit., p. 147.

¹⁵¹ ALONSO, Paulo Sergio Gomes. *Pressupostos da responsabilidade civil objetiva*. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 10.

¹⁵² ALONSO, Paulo Sergio Gomes. *Pressupostos da responsabilidade civil objetiva*. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 57

¹⁵³ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade Civil*. 9.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 270.

Melhor seria fosse acolhido meu entendimento de que a responsabilidade objetiva deve admitir-se somente quando prevista em lei, para maior segurança dos interessados.”¹⁵⁴

3.3 A CLÁUSULA GERAL DA TEORIA DO RISCO CONTIDA NO ART. 927, PARÁGRAFO ÚNICO DO CÓDIGO CIVIL

Como visto, a evolução histórica da responsabilidade civil está diretamente relacionada com o surgimento da responsabilidade civil objetiva. No ordenamento jurídico brasileiro a responsabilidade decorrente do risco desde o início do século passado já se apresentava na legislação especial, constou expressamente em alguns dispositivos da Constituição Federal de 1988 e foi recepcionada de forma bastante incisiva no Código de Defesa do Consumidor, causando enorme repercussão no meio jurídico.

Mas, a grande inovação atinente à responsabilidade objetiva diz respeito à disposição contida no art. 927, parágrafo único, do Código Civil que assim dispõe, *in verbis*:

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187) causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. Parágrafo único: Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

Trata-se da cláusula geral da teoria do risco.

Esta é mais uma das várias outras cláusulas gerais adotadas pelo legislador do novo código,¹⁵⁵ o qual privilegiou a utilização dessa técnica legislativa em seu texto, constituindo-se numa característica marcante do Código Civil de 2002. Conforme conceitua Judith Martins Costa¹⁵⁶, as cláusulas gerais

[...] são normas cujo enunciado, ao invés de traçar punctualmente a hipótese e suas conseqüências, é intencionalmente desenhado uma vaga moldura, permitindo, pela abrangência de sua formulação, a incorporação de valores, princípios, diretrizes e máximas de conduta originalmente estrangeiros ao *corpus* codificado, bem como a constante formulação de novas normas,

¹⁵⁴ AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Curso de direito civil: teoria geral das obrigações*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 299.

¹⁵⁵ São exemplos de cláusulas gerais constantes no Código Civil de 2002: cláusula geral da função social do contrato (art. 421) e cláusula geral da boa-fé objetiva (art. 422).

¹⁵⁶ COSTA, Judith Hofmeister Martins. *A Boa-Fé no Direito Privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 283.

justamente porque, “possuem uma utilização normativa que utiliza em seu enunciado uma linguagem intencionalmente ‘aberta’, ‘fluida’, ou ‘vaga’”. Explica, ainda, que a inspiração do Código vem da Constituição, que é farta em modelos jurídicos abertos, e acrescenta:

Sua linguagem, à diferença do que ocorre com os códigos penais, não está cingida à rígida descrição de *fattispecieis* cerradas, à técnica da casuística. **Um Código não-totalitário tem janelas abertas para a mobilidade da vida, pontes que o ligam a outros corpos normativos – mesmo os extrajurídicos – e avenidas, bem trilhadas, que o vinculam, dialeticamente, aos princípios e regras constitucionais.**¹⁵⁷ [grifo nosso]

Nesse sentido, consoante refere Pietro Perlingieri, “legislar por cláusulas gerais significa deixar ao juiz, ao intérprete, uma maior possibilidade de adaptar a norma às situações de fato.”¹⁵⁸ Também relativamente a essa forma de legislar, Ruy Rosado de Aguiar Júnior¹⁵⁹ expõe:

O Estado que assim legisla assume o compromisso de submeter a economia a princípio éticos, pois as cláusulas gerais da boa-fé, da responsabilidade pelo dano, do enriquecimento ilícito, da lesão enorme, da função social do contrato, etc. irão permitir que a decisão sobre os negócios atenda a valores que não são econômicos, mas éticos, garantidores de uma justiça material.

E prossegue:

A cláusula geral, portanto, exige do juiz uma atuação especial, e através dela é que se atribui uma mobilidade do sistema, mobilidade que será externa, na medida em que se utiliza de conceitos além do sistema, e interna, quando desloca regramentos criados especificamente para um caso e os translada para outras situações. [...] É um trabalho bem mais complexo do que o da simples subsunção. Nesta, o juiz tem a norma, definido o fato e escolhida uma das normas positivas aplicáveis, basta explicar as razões dessas duas proposições para que se entenda a conclusão. No caso da cláusula geral, contudo, primeiro se exige a definição da própria norma de conduta, cujo conteúdo tem de ser encontrado para o caso, e somente depois disso será feita a subsunção da conduta efetivada em relação a tal preceito.

Sendo assim, considerando a impossibilidade de existência de um código totalitário que contenha num mesmo texto a solução para todas as hipóteses, como propugnava Montesquieu (para o qual a figura do juiz limitava-se apenas “a pronunciar a vontade da lei”),

¹⁵⁷ COSTA, Judith Hofmeister Martins. O Direito Privado como um "sistema em construção": as cláusulas gerais no Projeto do Código Civil brasileiro. *Jus Navegandi*, Teresina, ano 4, n. 41, maio 2000. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br>>. Acesso em: 03 out. 2006.

¹⁵⁸ PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil: Introdução do Direito Civil Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 27.

¹⁵⁹ AGUIAR JÚNIOR Ruy Rosado de. O Poder Judiciário e a concretização das cláusulas gerais: limites e responsabilidade. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, vol. 18, 2000, p. 223.

essa técnica legislativa permite maior mobilidade do direito e tem a vantagem de criar aberturas no direito legislado à dinamicidade da vida social.

Acerca dessa nova concepção, refere Róger Silva¹⁶⁰ Aguiar:

De tudo o que foi dito, sobreleva como importante a idéia de que as soluções envolvendo a responsabilidade civil não podem mais ser coletadas pelo aplicador do direito na lei, semelhante a alguém que comparece a um supermercado e escolhe, entre as prateleiras e gôndolas, o produto que lhe parece mais adequado. O Código Civil de 2002 propõe e espera que, as decisões sejam preparadas com o auxílio da lei, esculpidas à luz dos fatos, e construídas pelo senso de justiça que irmana sociedade.

A doutrina muito tem discutido acerca abrangência e dos pressupostos da segunda parte do parágrafo único do art. 927, diante da amplitude característica desse tipo normativo, e, também em razão da importância da recepção da teoria objetiva no código, ao lado da teoria baseada na culpa. Refere o mencionado dispositivo que se aplica a teoria objetiva, além das hipóteses previstas em lei, também “quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.” Diante disso, serão objeto de estudo nos tópicos seguintes, os pressupostos e a extensão da referida norma.

3.3.1 Pressupostos

O novo código civil ampliou sobremaneira a responsabilidade calcada no risco, já que consagrou a responsabilidade objetiva, ao lado da responsabilidade subjetiva, baseada na culpa.

Pela redação do mencionado dispositivo é devida a responsabilidade, independente de culpa, nas seguintes hipóteses:

- a) nos casos especificados em lei, e
- b) quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, riscos para os direitos de outrem.

Quanto à primeira hipótese, não há dúvidas, porque o legislador reiterou a possibilidade de aplicação da teoria objetiva nas situações previstas na legislação especial, e, nesse aspecto, nada mudou com o novo código. O pressuposto, dessa forma, é a previsão em lei da aplicação da teoria do risco. Importante frisar que, conforme já referido, além da legislação extravagante (como é o caso do Código de Defesa do Consumidor), o próprio

¹⁶⁰ AGUIAR, Roger Silva. *Responsabilidade civil objetiva: do risco à solidariedade*. São Paulo: Atlas, 2007, p. 101.

código traz alguns dispositivos com hipóteses expressas de aplicação da teoria objetiva, como é possível concluir a partir da análise, *verbi gratia*, dos arts. 931 (responsabilidade pelos produtos postos em circulação) e 933 (responsabilidade pelo fato de terceiros) do Código Civil.

Por meio da previsão contida na hipótese da alínea *b* acima, a responsabilidade civil objetiva, agora, pode ser aplicada mesmo inexistindo lei que regulamente o fato, desde que preenchidas as condições previstas na cláusula. Isso tem gerado grande discussão por parte da doutrina justamente por se tratar de uma cláusula geral, de conteúdo aberto e vago.

Deste modo, com o intuito de melhor compreender o conteúdo da norma, é necessário “desmembrá-la”, a fim de averiguar o sentido de cada expressão utilizada em seu texto. Assim, serão analisadas a seguir, individualmente, as expressões “atividade normalmente desenvolvida” e “por sua *natureza implica riscos* para os direitos de outrem”.

No que concerne à expressão “atividade normalmente desenvolvida”, Cavalieri¹⁶¹ afirma, com propriedade, que, enquanto para configurar a responsabilidade subjetiva que normalmente decorre de uma conduta individual, o código se valeu das expressões “ação ou “omissão” (art. 186 CC), para a configuração da responsabilidade objetiva, na cláusula geral da teoria do risco, valeu-se da expressão “atividade”. Segundo ele “aqui não se tem em conta uma conduta individual, isolada, mas sim a atividade como conduta reiterada, habitualmente exercida, organizada de forma profissional ou empresarial para realizar fins econômicos.”

Outrossim, explica o autor que a palavra “atividade” da forma como está empregada designa “serviço”, termo este assim utilizado pela doutrina¹⁶² e também pela lei¹⁶³. Consoante Maria Celina Bodin de Moraes¹⁶⁴, “uma atividade é uma série contínua e coordenada de atos e não se confunde com um ato único ou com atos isolados, que permanecem sob o âmbito da incidência da culpa.”

No que se refere ao advérbio “normalmente”, Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho assim o explicam:

No nosso entendimento, ao consignar o advérbio “normalmente”, o legislador quis referir-se a todos os agentes que, em troca de determinado proveito, exerçam com

¹⁶¹CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de Responsabilidade Civil*. São Paulo: Malheiros Editores, 2003, pp. 171-3.

¹⁶²Para reforçar essa argumentação Cavalieri utiliza os conceitos de serviço público trazidos pelos administrativistas Celso Antonio Bandeira de Melo, Maria Sylvia Di Pietro e José dos Santos Carvalho Filho, os quais na conceituação fazem referência à expressão atividade.

¹⁶³O CDC, no §2.º do seu art. 3.º, dispõe que “Serviço é qualquer *atividade* fornecida no mercado de consumo...”

¹⁶⁴MORAES, Maria Celina Bodin de Risco, Solidariedade e Responsabilidade Objetiva. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, ano 95, vol. 854, dez. 2006, op. cit., p. 28.

regularidade atividade potencialmente nociva ou danosa aos direitos de terceiros. Somente essas pessoas, pois, empreenderiam a mencionada atividade de risco, apta a justificar a sua responsabilidade objetiva.¹⁶⁵

Na opinião dos referidos autores, deve-se, ainda, somar o pressuposto “obtenção de proveitos”,¹⁶⁶ em geral de natureza econômica, por parte daqueles que exercem essa atividade de risco (risco-proveito).

Contudo, interessante referir que, conforme afirma Sérgio Cavalieri Filho,¹⁶⁷ reiterando as palavras de Caio Mário da Silva Pereira, a cláusula geral prevista no parágrafo único do art. 927 do Código Civil, acolheu das modalidades de risco anteriormente estudadas a teoria do risco criado, cujos fundamentos já foram objeto de estudo neste trabalho.

Ainda sobre a expressão “atividade normalmente desenvolvida”, Sílvio de Salvo Venosa¹⁶⁸ adverte que o juiz deve analisar, no caso concreto, a atividade costumeira do causador do dano, e não uma atividade esporádica ou eventual, qual seja, aquela que por um momento ou por uma circunstância possa ser um ato de risco.

Cumpra agora analisar a expressão “por sua natureza implica riscos para os direitos de outrem”.

Na obra *Dicionário Jurídico*, Maria Helena Diniz define a palavra *risco* do seguinte modo:

RISCO. Direito civil e direito comercial. 1. Possibilidade da ocorrência de um perigo ou sinistro causador de dano ou prejuízo, suscetível de acarretar a responsabilidade civil na sua reparação. 2. Medida de danos ou prejuízos potenciais, expressa em termos de probabilidade estatística de ocorrência e de intensidade ou grandeza das conseqüências previsíveis. 3. Relação existente entre a probabilidade de que uma ameaça de evento adverso ou acidente determinados se concretize com o grau de vulnerabilidade do sistema receptor a seu efeitos.¹⁶⁹

O elemento perigo é intrínseco à noção de risco. E é nesse aspecto que a teoria objetiva se difere da teoria subjetivista, considerando que aqui não é necessário que a atividade seja ilícita, porque “da análise dos fatos que geram a responsabilidade, encontramos o desencadeamento de determinada ação que tem origem no exercício de uma atividade lícita, carregada de perigo”.¹⁷⁰

¹⁶⁵ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 138.

¹⁶⁶ Idem, p. 139.

¹⁶⁷ CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 5.ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 171.

¹⁶⁸ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: Responsabilidade Civil*. São Paulo: Atlas, 2005, p. 23.

¹⁶⁹ DINIZ, Maria Helena. *Dicionário Jurídico*. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 215. vol. 4.

¹⁷⁰ ALONSO, Paulo Sergio Gomes. *Pressupostos da responsabilidade civil objetiva*. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 67

Com efeito, importe frisar que na responsabilidade objetiva fundada no risco, independe se a atividade realizada é lícita,¹⁷¹ não podendo o causador do dano argumentar que obtinha a autorização legal para o funcionamento de determinado serviço, por exemplo.

A propósito, Rui Stoco considera atividade perigosa “aquela que possa pôr em risco a segurança e a incolumidade de terceiros, ou seja, de pessoas que estão fora da prática dessa atividade, mas cujo exercício pode causar estes últimos efeitos maléficos e danosos”.¹⁷² Mas, ele adverte que “o disposto no parágrafo único do art. 927 do Código Civil incide tão-somente nas atividades em que se imponha um risco ‘anormal e especial’”.¹⁷³

Carlos Alberto Bittar¹⁷⁴ cita algumas atividades que considera geradoras de acentuado grau de perigo à vida, à saúde e a outros bens, tais como as indústrias de explosivos, as que utilizam substâncias venenosas e as produtoras de energia elétrica, em contraposição àquelas que, em princípio, não apresentam riscos, como as empresas prestadoras de serviços técnicos ou administrativos, dentre as quais as consultorias, auditorias e outras.

Explica ainda o referido jurista que “deve ser considerada perigosa aquela atividade que contenha em si uma grave probabilidade, uma notável potencialidade danosa, em relação ao critério da normalidade média e revelada por meio de estatísticas, elementos técnicos de experiência comum.”¹⁷⁵

Por fim, nas palavras de Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho¹⁷⁶, o parágrafo único do artigo 927 do Código Civil, é

um dos dispositivos mais polêmicos do Novo Código Civil, que, pela sua característica de conceito jurídico indeterminado, ampliará consideravelmente os poderes do magistrado. Isso porque o conceito de atividade de risco – fora da previsão legal específica – somente poderá ser balizado jurisprudencialmente, com a análise dos casos concretos submetidos à apreciação judicial.

¹⁷¹“Nota-se, inclusive, que não se exige que a conduta lesionante seja ilícita *stricto sensu*, mas, sim, pelo fato de que seu exercício habitual pode, potencialmente, gerar danos a outrem, não sendo razoável admitir-se que a autorização legal para o exercício de uma atividade importe em considerar lícita a lesão a direitos de terceiros.” GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 139.

¹⁷²STOCO, Rui. *Tratado de Responsabilidade Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 165.

¹⁷³Idem, p. 167.

¹⁷⁴*Apud* ALONSO, Paulo Sergio Gomes. op. cit., p. 67.

¹⁷⁵FACCHINI NETO, Eugênio. Da responsabilidade civil no novo Código. In SARLET, Ingo Wolfgang (org), *O novo Código Civil e a Constituição*. Porto Alegre: Liv. do Advogado, 2006, p.186.

¹⁷⁶GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 139.

Essa posição é pacífica: considerando a abrangência dos termos utilizados pelo legislador para a elaboração da cláusula geral da teoria do risco, e considerando a própria característica da técnica legislativa das cláusulas gerais, os operadores do direito, a partir dos casos levados ao judiciário, é que poderão preencher o conteúdo da norma.

Podem surgir, por exemplo, em decorrência dos acelerados avanços tecnológicos, atividades hoje inexistentes que venham a se enquadrar como atividade de risco, podendo, assim, o juiz aplicar a cláusula geral que foi constituída de modo aberto, justamente para abarcar as mudanças advindas com a modernidade.

3.3.2 Extensão

Após a análise da exposição doutrinária acerca dos pressupostos contidos na cláusula geral da teoria do risco, cumpre verificar algumas hipóteses de aplicação, por meio dos exemplos doutrinários e jurisprudências.

Miguel Reale¹⁷⁷, ao discorrer sobre a orientação seguida na elaboração do Projeto de Lei n.º 634-B/75, que se transformou no atual Código Civil, ensina:

Pois bem, quando a estrutura ou natureza de um negócio jurídico – como o do transporte, ou de trabalho, só para lembrar os exemplos mais conhecidos – implica a existência de riscos inerentes à atividade desenvolvida, impõe-se a responsabilidade objetiva de quem dela tira proveito, haja ou não culpa. O reconhecimento da responsabilidade objetiva ocorre, hoje em dia, no Direito de todos os países cultos, bastando lembrar, nesse sentido, as Súmulas 341 e 492 do Supremo Tribunal Federal.

Interessante conclusão traz Cavalieri¹⁷⁸ ao explicar que, na década de 70 do século passado, quando da elaboração do projeto do código, o legislador estava atento às inúmeras atividades em que, embora exploradas empresarialmente e geradoras de grandes riscos para a sociedade, a responsabilidade dos exploradores era subjetiva e exemplifica com transportes, luz, gás, telefonia, seguros, bancos, financeiras, saúde, sendo que os riscos decorrentes da exploração eram arcados pelos usuários. Assim sendo, ressaltando o fato de que o projeto foi elaborado antes do Código de Defesa do Consumidor (o qual tratou da matéria no art. 14), entende o autor que “o objetivo do legislador foi estabelecer uma cláusula geral de responsabilidade objetiva que abrangesse toda essa vasta área de serviços.”

¹⁷⁷ REALE, Miguel. *História do Novo Código Civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 235.

¹⁷⁸ CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 5.ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 173.

No direito comparado,¹⁷⁹ é possível identificar a ocorrência de dispositivos semelhantes ao atualmente disposto no parágrafo único do art. 927 do Código Civil, conforme se depreende do Código Civil do México, da Itália e de Portugal.

A análise dos sistemas jurídicos estrangeiros, neste caso, notadamente, o da Itália e o de Portugal, é de suma importância, já que por vezes “emprestam” ao legislador brasileiro normas ou até mesmo auxílio na compreensão das regras similares às constantes no Direito do Brasil.

Carlos Roberto Gonçalves,¹⁸⁰ afirmando que o parágrafo único do art. 927 do Código brasileiro, foi inspirado pelo Código Civil Italiano (art. 2.050), conclui que o Código Civil de 2002 adotou solução mais avançada, porquanto não prevê a possibilidade de o agente, mediante inversão do ônus da prova, exonerar-se da responsabilidade, demonstrando que adotou todas as medidas para evitar o dano. É importante observar, todavia, que o Código nacional, conforme salienta Sebastião Geraldo de Oliveira, é um diploma bem mais recente, promulgado já no século XXI, e por isso, não surpreende o fato de ter ido bem além dos dispositivos citados.¹⁸¹

No direito brasileiro, em que pese a indefinição gerada pela cláusula geral, a doutrina vem sugerindo algumas hipóteses de aplicação.

Para Carlos Roberto Gonçalves, dentro da teoria do risco há uma responsabilidade decorrente do exercício de atividade perigosa tomada no sentido dinâmico, relativa à utilização de veículos, máquinas, objetos e utensílios, e uma atividade de cunho estático do bem, que se inclui na responsabilidade pelo fato das coisas. Assim, a obrigação de reparar o

¹⁷⁹Código Civil do México: Artículo 1913. Cuando una persona hace uso de mecanismos, instrumentos, aparatos o substancias peligrosas por si mismos, por la velocidad que desarrollen, por su naturaleza explosiva o inflamable, por la energía de la corriente eléctrica que conduzcan o por otras causas análogas, esta obligada a responder del daño que cause, aunque no obre ilícitamente, a no ser que demuestre que ese dano se produjo por culpa o negligencia inexcusable de la víctima; Código Civil da Itália: Art. 2.050. Aquele que ocasionar perigo a outrem no exercício de uma atividade perigosa, pela sua natureza ou pela natureza dos meios adotados, ficará obrigado à indenização se não provar ter adotado todas as medidas idôneas para evitar o prejuízo; Código Civil de Portugal: Artigo 793º. 2. Quem causar danos a outrem no exercício de uma actividade, perigosa por sua própria natureza ou pela natureza dos meios utilizados, é obrigado a repará-los, excepto se mostrar que empregou todas as providências exigidas pelas circunstâncias com o fim os prevenir. (Cfe. OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. *Indenizações por Acidentes do Trabalho ou Doença Ocupacional*. São Paulo: LTr, 2009, p. 114).

¹⁸⁰GONÇALVES, Carlos Roberto. Responsabilidade Civil (Palestra proferida em 31/10/2001). *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*. São Paulo: IMESP, n.º 57/58, jan/dez. 2002 pp. 44/273. Disponível em: <www.pge.sp.gov.br>. Acesso em: 10. mar. 2007.

¹⁸¹OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. *Indenizações por Acidentes do Trabalho ou Doença Ocupacional*. São Paulo: LTr, 2009, p. 114.

dano surge do simples exercício da atividade que o agente desenvolve em seu interesse e controle, em função do perigo que decorre para terceiros.¹⁸²

Acrescenta ele¹⁸³, valendo-se da experiência do ordenamento estrangeiro, que na Itália segue-se muito o critério estatístico. Assim, se determinada atividade estatisticamente causa danos a muitas pessoas, então é considerada potencialmente perigosa. Conclui ele que, provavelmente, esse critério será também adotado aqui no Brasil. Outrossim, comentando o dispositivo do Código Mexicano, afirma que também aqui no Brasil, por exemplo, quem lida com explosivos certamente passará a ter responsabilidade objetiva pelo Novo Código.

Destarte, será possível, por exemplo, por meio de uma análise estatística, a partir do momento em que determinada atividade comece a figurar como fonte de freqüentes disputas judiciais, com comprovada ocorrência de danos a terceiros, constatar que a mesma seja uma atividade de risco. Esse também é o entendimento de Maria Celina Bodin de Moraes¹⁸⁴, para a qual,

a atividade é considerada perigosa, portanto, quando do ponto de vista estatístico, causa danos quantitativamente numerosos e qualitativamente graves. Estes critérios, a serem aproveitados em nosso ordenamento, criam um *standard* flexível que será definido pela inter-relação destes dois elementos: a magnitude do dano e sua probabilidade.

Raimundo Simão de Melo¹⁸⁵ afirma que será a natureza da atividade o fator determinante para a caracterização do risco capaz de ocasionar acidentes. Adverte que não é qualquer atividade que pode ensejar risco, mas aquela que inerente ao seu desenvolvimento a potencialidade concreta, e não suposta, de provocar danos, e que por si só cria risco para as pessoas. Para melhor ilustrar, ele cita alguns exemplos da doutrina e da jurisprudência:

a) o transporte ferroviário, que foi um dos primeiros casos reconhecidos pela Lei como atividade de risco; b) na atualidade, o transporte de passageiros de um modo geral; c) a produção e transmissão de energia elétrica; d) a exploração da energia nuclear; e) a fabricação e transporte de explosivos; f) o contato com inflamáveis e explosivos; g) o uso de arma de fogo etc.; h) no âmbito trabalhista, para começar, toda e qualquer atividade legalmente reconhecida como insalubre e perigosa.

¹⁸²GONÇALVES, Carlos Roberto. Responsabilidade Civil (Palestra proferida em 31/10/2001) *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*. São Paulo IMESP, n.º 57/58, jan - dez. 2002 p. 50 - 273. Disponível em: www.pge.sp.gov.br. Acesso em: 10 mar. 2007.

¹⁸³GONÇALVES, Carlos Roberto. Responsabilidade Civil (Palestra proferida em 31/10/2001) *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*. São Paulo IMESP, n.º 57/58, jan - dez. 2002 p. 50 - 273. Disponível em: www.pge.sp.gov.br. Acesso em: 10 mar. 2007.

¹⁸⁴MORAES, Maria Celina Bodin. Risco, Solidariedade e Responsabilidade Objetiva. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, ano 95, vol. 854, dez. 2006, p. 28.

¹⁸⁵MELO, Raimundo Simão de. *Direito ambiental do trabalho e a saúde do trabalhador: responsabilidades legais, dano material, dano moral, dano estético*. São Paulo: LTr, 2004, pp. 202-3.

Nesse diapasão, adverte o referido autor que o determinante da obrigação de reparar pela teoria objetiva é o exercício de uma atividade de risco para quem a exerce ou para aquele que sofre os seus reflexos (as pessoas, em geral), e não o produto ou resultado dessa atividade. Por este motivo, não se pode condenar o fabricante de uma navalha utilizada como instrumento de suicídio, o produtor de energia pelo choque de alta tensão tomado por usuário, por descuido próprio, ou pelo electricista, nem os fabricantes de cigarro e bebidas alcoólicas pelos produtos colocados, se estes tiverem a advertência dos perigos aos usuários.¹⁸⁶

Rui Stoco, ao tratar do alcance da cláusula geral da teoria do risco, expõe:

Significa que a periculosidade é ínsita à própria atividade, com força para dispensar qualquer outra indagação para impor a obrigação de reparar, **devendo aquele que exerce ocupação, profissão, comércio ou indústria perigosa assumir os riscos dela decorrentes, pois, mesmo sabendo da potencialidade ou possibilidade de danos a terceiros**, ainda assim optou por dedicar-se a esse mister.¹⁸⁷ [grifo nosso]

Para melhor esclarecer, o doutrinador sugere algumas hipóteses de aplicação:

Algumas atividades são notoriamente perigosas, como a das empresas de segurança, o serviço de carro-forte no transporte de bens e valores, a geração e distribuição de energia, a exploração de minas (subsolo), a extração mineral com uso de explosivos. Também as atividades de fabricação de armas, bombas, explosivos, as empresas de demolição e outros.¹⁸⁸

Para Wendell Lopes Barbosa de Souza¹⁸⁹, “algumas atividades do dia a dia são eminentemente perigosas, como a fabricação, a guarda, o manuseio e o transporte de explosivo e de combustíveis, ensejando, sem maiores indagações, a aplicação da responsabilidade objetiva genérica pela atividade arriscada.”

Visando melhor esclarecer o dispositivo em comento, Adalberto Pasqualoto, apresentou, na Jornada de Direito Civil promovida pelo Conselho da Justiça Federal, realizada no Superior Tribunal de Justiça, Brasília, no período de 11 a 13 de setembro de 2002, o Enunciado 38, que assim dispõe:

A responsabilidade fundada no risco da atividade, como prevista na segunda parte do parágrafo único do artigo 927, do novo Código Civil, configura-se quando a

¹⁸⁶ MORAES, Maria Celina Bodin de. Risco, Solidariedade e Responsabilidade Objetiva. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, v. 854, 2006, p. 209.

¹⁸⁷ STOCO. Rui. *Tratado de Responsabilidade Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 167.

¹⁸⁸ Idem, pp. 167-8.

¹⁸⁹ SOUZA, Wendell Lopes Barbosa de. *A responsabilidade civil objetiva fundada na atividade de risco*. São Paulo: Atlas, 2010, p. 04.

atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano causar à pessoa determinada um ônus maior do que aos demais membros da coletividade.¹⁹⁰

Não seria qualquer risco, diante da abrangência do conceito, mas um risco maior, um risco especial, um risco diferenciado. Mas como identificar esse risco acima do normal?

Sobre isso, Cláudio Luiz Bueno de Godoy¹⁹¹ explica:

Antes de tudo entende-se, a partir da constatação estatística dos danos pelo seu exercício provocados. Cuida-se, na lição de Franzoni, de um percentual de sinistralidade, de a experiência indicar uma consideração verdadeiramente estatística sobre o maior grau de ocorrências danosas referentes a certa atividade desenvolvida. É mesmo um cálculo de regularidade estatística com o qual o evento parece como uma consequência normal e constante da atividade antecedente.

Isso, nunca é demais repetir, mesmo que a atividade não seja essencialmente de risco e mesmo que ela não se apresente defeituosa. A casuística colacionada no capítulo seguinte se encarregará da tentativa de exemplificá-lo.

Ou, ainda como acrescenta, de novo, Massimo Franzoni, meios técnicos podem também servir à demonstração de um risco especial que certa atividade carrega. Algo, a bem dizer, que somente se pode aferir caso a caso, dada a relatividade natural do conceito. Com efeito, conforme o desenvolvimento da técnica, da ciência, o risco maior pode reduzir-se substancialmente.

Ainda assim, não obstante a tentativa de nortear os operadores do direito na busca do sentido da norma, pouco esclareceu, deixando a questão em aberto para os Tribunais estabelecerem o alcance e os limites da aplicação da teoria objetiva.¹⁹²

Destarte, em que pese o receio em torno da extensão da referida cláusula, a teoria objetiva vem sendo aplicada pela jurisprudência pátria¹⁹³. Isso demonstra o espaço conquistado pela teoria objetiva a partir do Novo Código, ainda mais se considerar o fato de que “se migra de uma ‘corrente doutrinária’, cuja aplicação seria facultativa, para uma regra

¹⁹⁰ Cfe. CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 5.ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 171.

¹⁹¹ GODOY, Cláudio Luiz Bueno de Godoy. *Responsabilidade civil pelo risco da atividade: uma cláusula geral no Código Civil de 2002*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 115-116.

¹⁹² A propósito Sergio Cavaliere comenta: “O enunciado, como se vê, pouco esclarecer, não ajudará muito”. (CAVALIERI FILHO, Sergio, op. cit., p. 171).

¹⁹³ APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA. ART. 927, PAR. ÚNICO DO CÓDIGO CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO EMPREGADOR PELO ATO DE SEU PREPOSTO. ART. 932, III, DO CÓDIGO CIVIL. TRANSPORTE DE VALORES EM AGÊNCIA BANCÁRIA. ASSALTO COM TIROTEIO. MORTE DE CLIENTE QUE UTILIZAVA O AUTO-ATENDIMENTO DA AGÊNCIA BANCÁRIA. DEVER DE INDENIZAR CONFIGURADO. TEORIA DO RISCO DECORRENTE DA ATIVIDADE DESENVOLVIDA. DANOS EXTRAPATRIMONIAIS. PENSIONAMENTO DEVIDO ATÉ A MORTE DA PRIMEIRA AUTORA. DENUNCIÇÃO À LIDE PROCEDENTE. LIMITES DA APÓLICE A SEREM OBSERVADOS. ISENÇÃO DA DENUNCIADA QUANTO AOS ÔNUS SUCUMBENCIAIS POR TER ACEITO A DENUNCIÇÃO. - RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA - ART. 927, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CÓDIGO CIVIL - O dever de reparar o dano advindo da prática de ato ilícito, tratando-se de ação baseada na responsabilidade civil objetiva, regrada pelo art. 927, parágrafo único do Código Civil, exige o exame da questão com base nos pressupostos da matéria, quais sejam, a ação/omissão, o nexo causal e o resultado danoso. – (...) (Apelação Cível

legal de aplicação geral e obrigatória cuja incidência gera importantes reflexos em diversos setores da economia.”¹⁹⁴

Mário Frota, em artigo em que realiza estudo comparativo entre a responsabilidade civil brasileira e a de Portugal, explica que no ordenamento jurídico português só existe obrigação de indenizar independente de culpa nos casos especificados em lei, não havendo abertura para aplicação jurisprudencial, como segue:

Afigura-se-nos, porém, salvo melhor juízo, que o direito brasileiro se aparta neste particular do português ao declarar ínsita na responsabilidade objectiva as atividades assentes no risco, na caracterização que dele se trace.

O direito português, porém, estabelece um núcleo rígido de responsabilidade objectiva ou pelo risco; é a lei que define as hipóteses nela enquadráveis, não o deixando a bel talante ou ao prudente arbítrio da jurisprudência.

Responsabilidade objectiva ou pelo risco é a que se funda no Código Civil e nas leis extravagantes.¹⁹⁵

E ainda prossegue:

No âmbito do ordenamento jurídico luso, a responsabilidade pelo risco não se atém exclusivamente às situações que plasmadas se acham no Código Civil.

Inúmeros outros domínios, que diplomas avulsos abarcam, se espraiam, a saber, a título meramente exemplificativo:

- acidentes de trabalho
- acidentes de actividade venatória
- acidentes provocados pela energia nuclear¹⁹⁶.

Diferentemente, no Brasil, o modelo adotado foi o adoção de uma cláusula geral, como já visto, a qual permite ampla abertura para a interpretação do caso concreto.

Isso traz como consequência, como refere Roger Silva Aguiar¹⁹⁷, no trecho abaixo transcrito, a impossibilidade de se estabelecer um rol taxativo das hipóteses contidas no parágrafo único do art. 927 do Código Civil, permitindo uma maior atuação do magistrado:

Nº 70044794956, Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Leonel Pires Ohlweiler, Julgado em 29/08/2012

¹⁹⁴ ARALDI, Udelson Josue. Responsabilidade civil objetiva: alcance do disposto no parágrafo único do art. 927 do novo Código Civil. *Jus Navegandi*, Teresina, n. 1070, 6 jun. 2006. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br>. Acesso em: 01 de ago. de 2013.

¹⁹⁵ FROTA, Mário. Estudo contrastivo da responsabilidade civil nos Códigos Civis do Brasil e de Portugal. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 14, n. 53, p. 151-180, jan./mar. 2005, p. 1001.

¹⁹⁶ FROTA, Mário. Estudo contrastivo da responsabilidade civil nos Códigos Civis do Brasil e de Portugal. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 14, n. 53, p. 151-180, jan./mar. 2005, p. 1007.

¹⁹⁷ AGUIAR, Roger Silva. *Responsabilidade civil objetiva: do risco à solidariedade*. São Paulo: Atlas, 2007, p. 101.79-80.

A circunstância de algo “implicar risco para outrem” deve ser auferida no caso em concreto, levando-se em conta as características do ofensor, da atividade, das condições em que esta se processa e, sobretudo, da vítima, porque aquilo que é perigoso, em determinadas situações, para certas pessoas, pode não ser efetivamente perigoso para outras, sob outras condições.

(...)

A todo custo é preciso se evitar – sob pena de se reduzir a nada a perspectiva aberta pelo art. 927, parágrafo único – que a jurisprudência deságüe na criação de um rol, de um elenco de atividades julgadas “perigosas”, que determinem a aplicação da responsabilidade objetiva, indiferentemente da situação fática observada. Caso assim ocorra, então a responsabilidade civil estará novamente cega.

No campo dos acidentes do trabalho, a discussão é enorme. Assim, diante da relevante importância para o objeto do trabalho em tela, a discussão existente bem como a análise casuística, serão abordados nos capítulos seguintes.

4 RESPONSABILIDADE CIVIL DA EMPRESA NOS ACIDENTES DO TRABALHO

Após traçados breves lineamentos acerca da responsabilidade civil, especialmente sobre a evolução histórica e os fundamentos da responsabilidade objetiva, bem como estudada com mais profundidade a cláusula geral da teoria do risco prevista no Novo Código, cumpre verificar a possibilidade de aplicação da dita teoria nas indenizações de direito comum resultantes do acidente do trabalho.

Para tanto, no presente capítulo, serão estudados o conceito, a evolução histórica do acidente do trabalho e a importância do problema. Posteriormente, serão analisadas as diferentes exposições doutrinárias acerca da aplicação da teoria objetivista no campo dos infortúnios laborais e, por fim, a possibilidade de compatibilizar a cláusula geral da teoria do risco, contida no parágrafo único do art. 927 do Código Civil, com o disposto na Constituição Federal (art. 7.º, XXVIII), visando à obtenção da reparação civil sem a prova da culpa.

4.1 CONCEITO DE ACIDENTE DO TRABALHO

O acidente de trabalho tem um conceito legal, previsto na Lei n.º 8.213 de 1991, a qual dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências. Em seu art. 19, há a seguinte disposição:

Art. 19 Acidente do trabalho é o que ocorrer pelo exercício do trabalho e serviço da empresa ou pelo exercício do trabalho dos segurados referidos no inciso VII do art. 11¹⁹⁸ desta Lei, provocando lesão corporal ou perturbação funcional que cause a morte ou a perda ou redução, permanente ou temporária, da capacidade para o trabalho.

Nesse sentido, Sebastião Geraldo de Oliveira¹⁹⁹ adverte que para a postulação judicial das indenizações por danos materiais, morais e/ou estéticos por parte do empregado vítima do infortúnio laboral, é necessário que o evento danoso esteja enquadrado nas hipóteses contidas na Lei n.º 8.213 de 1991²⁰⁰ como acidente do trabalho.

¹⁹⁸O inciso VII do art. 11 relaciona como segurado especial o produtor, o parceiro, o meeiro e o arrendatário rurais, o garimpeiro, o pescador artesanal e assemelhado, que exerçam suas atividades, individualmente ou em regime de economia familiar, ainda que com o auxílio eventual de terceiros, bem como seus respectivos cônjuges ou companheiros e filhos maiores de quatorze anos ou a ele equiparados, desde que trabalhem, comprovadamente, como grupo familiar respectivo.

¹⁹⁹OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. *Indenizações por Acidentes do Trabalho ou Doença Ocupacional*. São Paulo: LTr, 2009, p. 37.

²⁰⁰Segundo o referido autor, “antes de avaliar a possível indenização, será necessário estabelecer indubitavelmente o enquadramento da ocorrência como acidente do trabalho ou situações legalmente

A expressão “exercício do trabalho”, contida no dispositivo legal supramencionado, deve ser considerada em seu sentido amplo, tendo em vista que a legislação previdenciária equipara ao acidente do trabalho as doenças profissionais e do trabalho (art. 20), os acidentes *in itinere*, ocorridos no percurso da residência para o local de trabalho ou deste para aquela, além, ainda, das demais hipóteses de acidente por equiparação (art. 21). Outrossim, os acidentes ocorridos no período de descanso ou por ocasião da satisfação de outras necessidades fisiológicas (art. 21, §1.º) também são abrangidos no conceito de acidente do trabalho.

A Previdência Social divulga estatísticas apontando três principais espécies de acidente do trabalho: o acidente típico, as doenças ocupacionais e o acidente de trajeto, sendo que, com base na estatística oficial de 2003, o acidente típico atingiu uma média de 82% das ocorrências, e as outras hipóteses, 18%.²⁰¹

Conforme explica José de Oliveira,²⁰² o acidente-tipo é o acidente propriamente dito, também conhecido como acidente-típico, o qual tem em seu conceito a subitaneidade da causa e o resultado imediato, e de um dano ocasionado por um acontecimento repentino que ocorre no exercício do trabalho, diferentemente, as doenças ocupacionais, as quais caracterizam-se, “pela progressividade e mediatidade do resultado”. Portanto, pode-se afirmar que enquanto o acidente é um fato súbito e externo ao trabalhador, as doenças ocupacionais se manifestam no interior do empregado e com tendência ao agravamento.

Relativamente ao acidente *in itinere* ocorrido no percurso do trabalho, acrescenta o referido autor, que é assim equiparado ao acidente do trabalho, uma vez que “ao dirigir-se para o trabalho, já se encontra à disposição do empregador, e o ir e vir do operário é exigência da própria atividade laborativa, ficando, por isso mesmo, coberto pela tutela infortunistica”.²⁰³

As doenças ocupacionais²⁰⁴ dividem-se em doença profissional e doença do trabalho, assim diferenciada pelo art. 20 da Lei 8213/91:

Art. 20. Consideram-se acidente do trabalho, nos termos do artigo anterior, as seguintes entidades mórbidas:
I – doença profissional, assim entendida a produzida ou desencadeada pelo exercício do trabalho peculiar a determinada atividade e constante da respectiva relação elaborada pelo Ministério do Trabalho e da Previdência Social;

equiparadas, isto é, verificar se tal síntese evento guarda nexos de causalidade com a execução do contrato de trabalho.” (Idem, p. 38).

²⁰¹ OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de, op cit., p. 39.

²⁰² OLIVEIRA, José de. *Acidentes do trabalho*. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 3.

²⁰³ Idem, ibidem.

²⁰⁴ A relação das doenças profissionais e do trabalho mencionadas no art. 20, I, está inserida como Anexo II do atual Regulamento da Previdência Social (Decreto n.º 3.048, de 6 de maio de 1999).

II – doença do trabalho, assim entendida a adquirida ou desencadeada em função de condições especiais em que o trabalho é realizado e com ele se relacione diretamente, constante da relação mencionada no inciso I.

Destarte, a doença profissional é aquela que atinge trabalhadores de determinada profissão, e possui o nexo causal presumido, bastando tão-somente comprovar a prestação do serviço na atividade e o acometimento da doença profissional, conforme explica Sebastião Geraldo de Oliveira.²⁰⁵ Por exemplo, quanto aos trabalhadores de mineração, sabe-se de há muito, que estão sujeitos à exposição do pó de sílica; e, portanto, com chances de contrair a silicose; sendo, pois, esta considerada uma doença profissional. Outros exemplos, são o saturnismo, doença causada pelo chumbo, o hidragismo, causada pela exposição ao mercúrio.²⁰⁶ A tenissinovite, doença muito comum, que afeta os digitadores, montadores e pianistas, também é exemplo de doença profissional.²⁰⁷

Por sua vez, a doença do trabalho, também conhecida como mesopatia ou doença do meio, é a doença indiretamente profissional, por não ter no trabalho sua causa única ou exclusiva, mas que decorre das condições em que o trabalho é realizado. Este tipo de doença não está vinculado a determinada profissão²⁰⁸, e não possui nexo causal presumido pela lei, sendo o nexo determinável mediante provas periciais, testemunhais e até indiciárias. A bronquite asmática normalmente provém de um risco genérico e pode acontecer a qualquer pessoa, mas se o trabalhador exercer sua atividade sob condições especiais, o risco genérico transforma-se em risco específico indireto.²⁰⁹

Além disso, determina a Lei 8.213/91, em seu artigo 20, § 2º, que mesmo eventuais doenças não relacionadas nas listas elaboradas pelo Ministério do Trabalho e Emprego, mas que resultem das condições especiais em que o trabalho é realizado, deverão ser consideradas acidentes do trabalho. Conseqüentemente, o empregado também nessas hipóteses passará a usufruir o auxílio-doença acidentário e ser-lhe-á garantida a estabilidade provisória do emprego, pelo período mínimo de doze meses após a cessação do recebimento do benefício,

²⁰⁵ OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. *Indenizações por Acidentes do Trabalho ou Doença Ocupacional*. São Paulo: LTr, 2009, p. 46.

²⁰⁶ MONTEIRO, Antonio Lopes. *Acidentes do trabalho e doenças ocupacionais: conceito, processos de conhecimento e de execução e suas questões polêmicas* 3.ed.atual. São Paulo, LTr, 2005, p. 15.

²⁰⁷ OLIVEIRA, José de. *Acidentes do trabalho*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 2.

²⁰⁸ O grupo atual das LER/DORT é um exemplo oportuno das doenças do trabalho, já que podem ser adquiridas ou desencadeadas em qualquer atividade, sem vinculação direta a determinada profissão (OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de, op. cit., p. 46).

²⁰⁹ MONTEIRO, Antonio Lopes. *Acidentes do trabalho e doenças ocupacionais: conceito, processos de conhecimento e de execução e suas questões polêmicas* 3.ed. São Paulo, LTr, 2005, p. 15.

conforme lhe assegura o art. 118 do dispositivo legal supramencionado²¹⁰. Assim sendo, conclui-se que a relação contida na lista elaborada pelo Ministério não tem caráter exaustivo, mas apenas exemplificativo.

4.2 BREVE HISTÓRICO DA LEGISLAÇÃO ACIDENTÁRIA BRASILEIRA

As primeiras leis acidentárias surgiram como resposta ao grande aumento do número de mutilações e mortes decorrentes do incremento da industrialização que ocorreu a partir do século XIX. No Brasil, no Código Comercial de 1850, já havia disposições que versavam acerca do acidente do trabalho.²¹¹

Porém, a primeira lei acidentária no mundo, específica aos acidentes do trabalho, foi elaborada na Alemanha, em 1884, e seu modelo se espalhou pelo mundo²¹². No Brasil, em que pese os diversos projetos visando criar uma lei específica para regulamentar a infortúnica do trabalho, somente em 1919 foi aprovado o Decreto Legislativo n.º 3.724, de 15 de janeiro de 1919, o qual regulou as obrigações resultantes dos acidentes do trabalho, constituindo-se no marco da legislação acidentária no Brasil.²¹³ Essa lei estabelecia a

²¹⁰ Diz-se ser provisória a estabilidade, pois desde a implantação do regime do FGTS, com o art.7.º, I e III da CF/88, não há mais a figura da estabilidade permanente (e decenal), prevista originalmente no art. 492 da CLT; e diz-se ser relativa a estabilidade provisória, pois o empregado está protegido tão somente da despedida sem justa causa, podendo ser despedido por justa causa mesmo sem a ação judicial do empregados, nos casos de atitudes desaconselhadas/abusivas do empregado constantes no rol elencado pelo art. 482 da CLT- ou seja, pode o acidentado ser despedido pelo empregador sem a necessidade obrigatória de ajuizamento de ação trabalhista *sui generis*, o denominado inquérito para apuração de falta grave (diversamente do que é exigido, v.g., para o dirigente sindical). (ARAÚJO, Francisco Rossal de; RUBIN, Fernando. Elementos para investigação/caracterização do nexa causal em matéria acidentária. *Revista Justiça do Trabalho*: Porto Alegre, v.27, n.320, p. 43-52, ago. 2010, p. 45)

²¹¹ Art. 79. Os acidentes imprevistos e inculcados, que impedirem aos prepostos o exercício de suas funções, não interromperão o vencimento do seu salário, contanto que a inabilitação não exceda a 3 (três) meses contínuos; Art. 560. Não deixará de vencer a soldada ajustada qualquer individuo da tripulação que adoecer durante a viagem em serviço do navio, e o curativo será por conta deste; se, porém, a doença for adquirida fora do serviço do navio, cessará o vencimento da soldada enquanto ela durar, e a despesa do curativo será por conta das soldadas vencidas; e se estas não chegarem, por seus bens ou pelas soldadas que posam vir a vencer.

²¹² SAAD, Teresinha Lorena Pohlmann “o exemplo da Alemanha foi seguido pela maioria dos países industriais da Europa, como, Áustria (1887), Noruega (1894), Inglaterra (1897), França (1898), Dinamarca (1898), Itália (1898), Espanha (1900) e pela primeira lei acidentária brasileira, em 1919 (SAAD, Teresinha Lorena Pohlmann. *Responsabilidade civil da empresa nos acidentes do trabalho*: compatibilidade da indenização acidentária com a de direito comum, Constituição de 1988 – art. 7.º XXVIII. 3.ed. São Paulo: LTr, 1999, p. 35).

²¹³ Por esta lei, o empregador ficou onerado pelo pagamento das indenizações acidentárias, as quais eram tarifadas, estando disposto em seu art. 6.º o valor máximo a ser pago por uma indenização (2.400\$000 anuais), e, em caso de morte, a indenização consistia numa soma igual ao salário de três anos da vítima, pago de uma só vez à família, cônjuge sobrevivente e herdeiros necessários, além de 100\$000 para as despesas com o funeral. No caso de incapacidade total, por exemplo, a indenização consistia na soma do salário de três anos pago diretamente à vítima.

obrigatoriedade do empregador de pagar a indenização à vítima, mas não havia garantia desse pagamento, porque não instituíam o seguro obrigatório.²¹⁴

A Constituição Republicana de 1891 então vigente, assim como a Imperial de 1824, nada disciplinaram sobre o acidente do trabalho.²¹⁵ Sob a égide da Constituição de 1934 (artigo 121, § 1º, alínea *h*), adveio a segunda lei acidentária, por intermédio do Decreto n.º 24.637/34, o qual ampliou o conceito de acidente para abranger as doenças profissionais atípicas e ainda estabeleceu a obrigação do seguro privado ou depósito em dinheiro junto ao Banco do Brasil ou Caixa Econômica Federal, visando a garantir o custeio das indenizações, variando o valor do depósito a ser pago pela empresa de acordo com o número de empregados. Entretanto, previa que “a indenização estatuída pela presente lei exonera o empregador de pagar à vítima, pelo mesmo acidente, qualquer outra indenização de direito comum” (art. 12), excluindo expressamente a responsabilidade civil do empregador.

Mais tarde, em 10 de novembro de 1944, na vigência da Constituição de 1937, e recepcionada pela Constituição de 1946 (art. 157, XVII), sobreveio a terceira lei acidentária, por meio do Decreto-lei n.º 7.036.

Essa lei estabelecia a garantia do pagamento da indenização ao acidentado pela exigência de seguro obrigatório, pago diretamente na instituição de Previdência Social a que estivesse filiado o beneficiário, nos moldes do art. 95. Deste modo, o empregador ficava exonerado de qualquer outra indenização de direito comum, relativa ao mesmo evento acidentário, com a ressalva expressa no art. 31 (“[...] a menos que este resulte de dolo seu ou de seus prepostos”).²¹⁶ Outrossim, este Decreto ampliou ainda mais o conceito de acidente do trabalho, incorporando as concausas²¹⁷ e o acidente *in itinere*.

Assim, a previsão legal possibilitando, pela primeira vez, a acumulação dos direitos acidentários com as reparações por responsabilidade civil foi um aspecto de grande relevância nesse Decreto. Por intermédio da interpretação desse dispositivo, a jurisprudência avançou, equiparando ao dolo a culpa grave do empregador, culminando, em 1963, na adoção da

²¹⁴SAAD, Teresinha Lorena Pohlmann. *Responsabilidade civil da empresa nos acidentes do trabalho: compatibilidade da indenização acidentária com a de direito comum*, Constituição de 1988 – art. 7.º XXVIII. 3. ed. São Paulo: LTr, 1999, p. 46.

²¹⁵SOUZA, Mauro César Martins de. *Responsabilidade civil decorrente do acidente do trabalho: doutrina e jurisprudência*. Campinas/SP: Agá Júris Editora, 2000, p. 55.

²¹⁶SAAD, Teresinha Lorena Pohlmann. *Responsabilidade civil da empresa nos acidentes do trabalho: compatibilidade da indenização acidentária com a de direito comum*, Constituição de 1988 – art. 7.º XXVIII. 3.ed. São Paulo: LTr, 1999, p. 47.

²¹⁷BRASIL. *Decreto-Lei n.º 7.036*, de 10 nov de 1944, art. 3.º: “Considera-se caracterizado o acidente, ainda quando não seja ele a causa única e exclusiva da morte ou da perda ou redução da capacidade do empregado, bastando que o evento e a morte ou incapacidade haja uma relação de causa e efeito”

Súmula 229 pelo STF, a proclamar que “A indenização acidentária não exclui a do direito comum, em caso de dolo ou culpa grave do empregador”.²¹⁸

Em 1967, surgiu o Decreto-Lei n.º 293, de 28-02-1967, baixado pelo Ato Institucional n.º 04, e com ele voltou a exploração do seguro de acidentes de trabalho pelas seguradoras privadas, em concorrência com o Instituto Nacional de Previdência Social. Consoante assevera Terezinha Saad, “foi um dos diplomas legais mais impróprios, retrocedendo a tudo quanto de bom havido sido conquistado na legislação sobre infortunistica”.²¹⁹ O citado Decreto teve duração efêmera, pois foi revogado seis meses após.

No mesmo ano, foi promulgada a Lei n.º 5.316 – quinta lei acidentária – que aumentou as situações infortunisticas e transferiu ao Instituto Nacional de Previdência Social o monopólio do seguro acidentário. Nessa época, vigorava a Constituição de 1967 que, em seu art. 158, inciso XVII, assegurava como direito do trabalhador o seguro obrigatório contra acidente do trabalho, a cargo do empregador. Aqui, segundo Mauro Cesar Martins de Souza “iniciou-se a utilização da teoria do risco social em acidente do trabalho, aumentando novamente as situações infortunisticas e tornando obrigatório o ajuste de seguro de acidentes do trabalho junto à Previdência Social.”²²⁰ No mesmo sentido, Terezinha Saad assevera que “com essa lei inicia a implantação da teoria do risco social, seja pela integração do seguro de acidentes do trabalho na Previdência, seja por tutelar o trabalhador no acidente de trajeto, fato que, escapando, totalmente da vigilância do empregador, decorre do risco genérico.”²²¹

Posteriormente, sob a vigência da Emenda Constitucional n.º 1/69 (art. 165, XVI), a Lei 6.367, de 19-10-1976, manteve a garantia do seguro contra acidente do trabalho, integrando-o totalmente como seguro social junto à Previdência Social. Todavia, ainda assim, a jurisprudência e a doutrina continuaram aplicando a Súmula 229 do STF.

Por sua vez, a Constituição Federal de 1988 representou um grande avanço no que concerne às indenizações de direito comum resultantes do acidente do trabalho, por estabelecer a possibilidade de indenização de direito comum, a cargo do empregador, quando este incorrer em dolo ou culpa. Reza o art. 7.º, XXVIII, da Constituição Federal:

²¹⁸ OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. *Indenizações por Acidentes do Trabalho ou Doença Ocupacional*. São Paulo: LTr, 2009, p. 35.

²¹⁹ SAAD, Teresinha Lorena Pohlmann, op. cit., p. 101.

²²⁰ SOUZA, Mauro César Martins de. *Responsabilidade civil decorrente do acidente do trabalho: doutrina e jurisprudência*. Campinas/SP: Agá Júris Editora, 2000, p. 55.

²²¹ SAAD, Teresinha Lorena Pohlmann. *Responsabilidade civil da empresa nos acidentes do trabalho: compatibilidade da indenização acidentária com a de direito comum*, Constituição de 1988 – art. 7.º XXVIII. 3. ed. São Paulo: LTr, 1999, p. 47.

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

[...]

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

Desde então, por disposição expressa da Constituição Federal, não é mais necessária a existência de culpa grave, bastando que tenha ele agido tão-somente com culpa. É possível concluir que a intenção do legislador constituinte foi a de ampliar as hipóteses de reparação aos empregados.

Atualmente, vigora a Lei 8.213, de 24 de julho de 1991, que, em seus arts. 19 a 23, disciplina os aspectos centrais do acidente do trabalho, a qual foi regulamentada pelo Decreto n.º 3.048, de 06 de maio de 1999, que estabeleceu as regras para o segurado ter direito aos benefícios da Previdência Social.²²²

Destarte, a evolução da responsabilidade civil decorrente do acidente do trabalho está diretamente ligada à noção de culpa. Em suma, é possível afirmar que (a) inicialmente vigorava a fase da irresponsabilidade patronal, a qual foi, após, substituída pela (b) responsabilidade em caso de dolo, a qual a jurisprudência (c) estendeu a proteção admitindo também nos casos de culpa grave (súmula 229 STF), e (d) a partir da Constituição de 1988, bastando a presença da culpa, tão-somente, independente do grau em que se apresentava.

Hoje, por sua vez, em que pese a grande discussão doutrinária, levanta-se o questionamento acerca da possibilidade de aplicação da responsabilidade sem culpa, baseada no art. 927, parágrafo único, do Código Civil de 2002. Conclui-se, assim, a constante evolução no sentido de proteger a vítima do acidente resultante do exercício do trabalho, em prol dos princípios da justiça social e do valor social do trabalho em tantas oportunidades expressado na Constituição Federal.

4.3 ACIDENTE DO TRABALHO: IMPORTÂNCIA DO PROBLEMA

O estudo acerca da problemática envolvendo os acidentes do trabalho bem como a possibilidade de maior amparo à vítima desses infortúnios é de notável importância, se observadas as estatísticas do Brasil.

²²²O Decreto n.º 3.048, de 06 de maio de 1999, sofreu recentemente algumas alterações no tocante ao custeio dos encargos previdenciários decorrentes dos riscos ambientais do trabalho, por meio do Decreto n.º 6.042, de 12 de fevereiro de 2007.

A propósito, Sebastião Geraldo de Oliveira²²³ ressalta que

quando nos debruçamos sobre o tema do acidente do trabalho deparamo-nos com um cenário dos mais aflitivos. As ocorrências nesse campo geram conseqüências traumáticas que acarretam, muitas vezes, a invalidez permanente ou até mesmo a morte, com repercussões danosas para o trabalhador, sua família, a empresa e a sociedade. O acidente mais grave corta abruptamente a trajetória profissional, transforma sonhos em pesadelos e lança um véu de sofrimento sobre vítimas inocentes, cujos lamentos ecoarão distante dos ouvidos daqueles empresários displicentes que jogam com a vida e a saúde dos trabalhadores com a mesma frieza com que cuidam das ferramentas utilizadas na sua atividade.

Na década de 70 do século passado, o Brasil ostentou o título de campeão mundial de acidentes do trabalho. Em 1975, por exemplo, segundo dados oficiais, dos 12.996.796 trabalhadores com registro formal, 1.869.689 sofreram acidente do trabalho típicos, acarretando 4.001 mortes. Durante os vinte anos seguintes, por sua vez, os números baixaram consideravelmente, da casa de 2 milhões para 400 mil anuais. De 1995 a 2001 a quantidade manteve-se praticamente no mesmo patamar. Após, voltou a subir, demonstrando necessidade de adoção de medidas legais e governamentais urgentes para reverter essa tendência. Todavia, nos últimos dez anos, a quantidade de acidentes manteve-se praticamente nesse mesmo patamar.²²⁴

Os dados constantes na tabela²²⁵ abaixo revelam os alarmantes números de acidentes de trabalho existentes no Brasil:

Anos	Trabalhadores formais	Total dos acidentes	Acidentes típicos	Acidentes de trajeto	Doenças ocupacionais	Mortes
1975	12.996.796	1.916.187	1.869.689	44.307	2.191	4.001
1976	14.945.489	1.743.825	1.692.833	48.394	2.598	3.900
1977	16.589.605	1.614.750	1.562.957	48.780	3.013	4.445
1978	16.638.799	1.551.501	1.497.974	48.511	5.016	4.342
1979	17.637.127	1.444.627	1.388.525	52.279	3.823	4.673
1980	18.686.355	1.464.211	1.404.531	55.967	3.713	4.824
1981	19.188.536	1.270.465	1.215.539	51.722	3.204	4.808
1982	19.476.362	1.178.472	1.117.832	57.874	2.766	4.496
1983	19.671.128	1.003.115	943.110	56.989	3.016	4.214
1984	19.673.915	961.575	901.288	57.054	3.233	4.058
1985	21.151.994	1.077.861	1.010.340	63.515	4.006	4.384
1986	22.163.827	1.207.859	1.129.152	72.693	6.014	4.578
1987	22.617.787	1.137.124	1.065.912	64.830	6.382	5.738
1988	23.661.579	991.581	926.354	60.202	5.025	4.616

²²³ OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. *Indenizações por Acidentes do Trabalho ou Doença Ocupacional*. São Paulo: LTr, 2009, p. 27.

²²⁴ OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. *Indenizações por Acidentes do Trabalho ou Doença Ocupacional*. São Paulo: LTr, 2009, p. 31.

²²⁵ A tabela foi extraída da obra de Sebastião Geraldo de Oliveira (*Indenizações por Acidentes do Trabalho ou Doença Ocupacional*. São Paulo: LTr, 2009, p. 31).

1989	24.486.553	888.343	825.081	58.524	4.838	4.554
1990	23.198.656	693.572	632.012	56.343	5.217	5.355
1991	23.004.264	632.322	579.362	46.679	6.281	4.527
1992	22.272.843	532.514	490.916	33.299	8.299	3.516
1993	23.165.027	412.293	374.167	22.709	15.417	3.110
1994	23.667.241	388.304	350.210	22.824	15.270	3.129
1995	23.755.736	424.137	374.700	28.791	20.646	3.967
1996	23.830.312	395.455	325.870	34.696	34.889	4.488
1997	24.104.428	421.343	347.482	37.213	36.648	3.469
1998	24.491.635	414.341	347.738	36.114	30.489	3.793
1999	24.993.265	387.820	326.404	37.513	23.903	3.896
2000	26.228.629	363.868	304.963	39.300	19.605	3.094
2001	27.189.614	340.251	282.965	38.799	18.487	2753
2002	28.683.913	393.071	323.879	46.881	22.311	2.968
2003	29.544.927	399.077	325.577	49.642	23.858	2.674
2004	31.407.576	465.700	375.171	60.335	30.194	2.839
2005	33.238.617	499.680	398.613	67.971	33.096	2.766
2006	35.155.249	512.232	407.426	74.636	30.170	2.798
2007	36.772.641	653.090	414.785	78.564	20.786	2.804

Conforme destaca Sebastião Geraldo de Oliveira²²⁶, até 2006 a estatística era feita com base tão somente nas informações prestadas pelas Comunicações dos Acidentes do Trabalho – CAT²²⁷. Todavia, muitos acidentes ou doenças ocupacionais não são comunicados à Previdência Social, por ignorância dos envolvidos, por receio das consequências ou por falta de registro formal do trabalhador. Avalia-se que as comunicações só atingem por volta de 50% dos acidentes efetivamente ocorridos, principalmente a partir de 1991, quando o art. 118 da Lei n.º 8.213 instituiu a garantia de emprego por doze meses, após a cessação do auxílio-doença acidentário.

Nesse sentido, Sebastião Geraldo de Oliveira²²⁸ ressalta:

Mesmo desconsiderando-se a subnotificação, os números dos acidentes do trabalho deixam à mostra a marca dolorosa do problema, mormente nos setores da construção civil, transporte, indústria extrativa e na indústria da transformação. **Basta dizer, com base apenas na estatística preliminar de 2007, que ainda ocorrem no Brasil por volta de oito mortes a cada dia por acidente do trabalho. Se somarmos o número de mortes por acidente do trabalho (2.804), com a quantidade daqueles que se aposentam por incapacidade permanente (8.504), concluiremos que diariamente 31 pessoas deixam definitivamente o mundo do trabalho no Brasil.** Além disso, em média, 772 trabalhadores por dia entram em gozo de auxílio-doença acidentário com afastamento por período superior a 15 dias. Diante desses números, continua atual a conclusão do Engenheiro da Fundacentro Dorival Barreiros argumenta que **“a problemática do acidente e da doença do trabalho tem, no Brasil, as feições de uma guerra civil”**. [grifo nosso]

²²⁶ OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. *Indenizações por Acidentes do Trabalho ou Doença Ocupacional*. São Paulo: LTr, 2009, p. 32.

²²⁷ O art. 22, §2.º da Lei 8213/91

²²⁸ OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. *Indenizações por Acidentes do Trabalho ou Doença Ocupacional*. São Paulo: LTr, 2009, p. 33.

A reparação no âmbito previdenciário é, em todas as hipóteses de acidente do trabalho, de natureza objetiva. A sistemática é a seguinte: enquanto afastado temporariamente do trabalho, os primeiros quinze dias do afastamento são pagos pelo empregador, e, a partir do décimo sexto dia, o empregado acidentado passa a perceber o auxílio-doença acidentário. Esse seguro é custeado pelo empregador e fica a cargo da Previdência Social. Assim, independentemente de culpa, o empregador se responsabiliza pelos danos oriundos de acidentes do trabalho de seus empregados, mediante o custeio de seguro específico. Esse denomina-se SAT²²⁹ – Seguro de Acidente do Trabalho, previsto na primeira parte do art. 7.º, XXVIII da CF.

A problemática que gira em torno da indenização previdenciária é a de que as prestações decorrentes do seguro de acidente do trabalho são de caráter marcadamente alimentar, pois asseguram tão-somente a sobrevivência da vítima. Assim sendo, não objetivam a reparação do dano sofrido pelo empregado.

Outrossim, anteriormente à Lei 9.528/97, o benefício era vitalício e, inclusive, 50% incorporava-se à pensão se o segurado falecesse em gozo do benefício. A partir dessa lei, o benefício deixou de ser vitalício, qualidade que sempre manteve nas legislações anteriores, cessando com a concessão de aposentadoria de qualquer natureza, o que resulta em grande prejuízo para o acidentado, já que esse valor estava acrescido na renda familiar do trabalhador e sua perda lhe trará maiores dificuldades financeiras. Além disso, a autarquia previdenciária cria diversos empecilhos para a concessão do referido benefício, sendo que exige, além da mudança de função, a necessidade de dispêndio de maior esforço para exercer a atividade e, ainda, exige que a incapacidade resultante do acidente, após a alta médica, seja equivalente a 50%.²³⁰

Devido a isso, Sebastião Geraldo de Oliveira questiona a denominação *seguro de acidente do trabalho*, já que este não tem natureza jurídica nem conteúdo de seguro privado, já que “não contempla indenização alguma, nem determina reparação dos prejuízos sofridos; apenas concede benefícios previdenciários para garantir a sobrevivência da vítima e/ou de

²²⁹A Lei 9.732/98 prevê que o custeio do SAT, a cargo da empresa, será de 1%, 2% ou 3% sobre o total das remunerações pagas ou creditas pela empresa no decorrer do mês aos segurados empregados ou avulsos, em proporção ao risco de acidentes de trabalho, respectivamente, em leve, médio e grave. O Decreto 3.048/99, em seu Anexo V, define o grau de risco da empresa, conforme a classificação nacional de atividades econômicas.

²³⁰MONTEIRO, Antonio Lopes. *Acidentes do trabalho e doenças ocupacionais: conceito, processos de conhecimento e de execução e suas questões polêmicas* 3.ed.atual. São Paulo, LTr, 2005, p. 39-40.

seus dependentes, como ocorre com os demais segurados da Previdência Social.”²³¹ A respeito do assunto, Feijó Coimbra²³² assinala:

O legislador teve em vista, na realidade, foi substituir a indenização por morte ou incapacidade por prestações previdenciárias tais como auxílio-doença, auxílio acidente, auxílio suplementar, aposentadoria por invalidez, pensão por morte ou pecúlio, com o que caracterizava a proteção contra o acidente do trabalho como pura e simples ação da previdência social. [...] Na verdade, seguro, no sentido mercantilista, já não existe, em tema de acidente de trabalho. O que há, agora, é a ação de um organismo da previdência social, proporcionando prestações previstas na Constituição.

Nesse diapasão, Eduardo Gabriel Saad²³³, em artigo doutrinário publicado há mais de vinte anos, já ressaltava a precariedade da reparação previdenciária devida ao lesado, por garantir ao mesmo apenas um mínimo para sua sobrevivência; sem, contudo, reparar os danos sofridos, *in verbis*:

O empregado recebe da Previdência Social, na condição de acidentado, não uma indenização, mas um benefício especial, de caráter alimentar, que lhe permite sobreviver enquanto subsistir a causa incapacidade para o trabalho. O desfalque patrimonial do empregado motivado pelo acidente não é coberto pelo seguro social do acidente do trabalho, eis que o correspondente benefício não se equipara a uma indenização.

Por isso, é pacífico o posicionamento no sentido de que a reparação devida pela Previdência Social não tem o cunho de indenizar o lesado na completude dos prejuízos por ele sofridos em virtude do infortúnio laboral. As prestações devidas são mensais e possuem caráter alimentar²³⁴. Quanto aos danos de toda ordem sofridos pelo empregado quando da ocorrência do acidente, sejam eles materiais, morais, estéticos, deverão ser pleiteados judicialmente em ação indenizatória autônoma, em que, pela regra geral, incumbe ao empregado a comprovação da culpa *lato sensu* do empregador.

²³¹ OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. *Indenizações por acidente do trabalho ou doença ocupacional*. São Paulo: LTr, 2009, p. 122.

²³² Idem, p. 123..

²³³ SAAD, Eduardo Gabriel. “O acidente do trabalho, o benefício previdenciário e a indenização de direito comum”. *Revista LTr*. vol. 47, n.º 8, p. 906, 1983.

²³⁴ Raimundo Simão de Melo refere que existe uma parcela indenizatória a cargo do seguro social que não tem natureza salarial. “Trata-se do auxílio-acidente, que é devido após a cessação do auxílio-doença, em razão da redução da capacidade laborativa do segurado para a atividade habitual, após a consolidação das lesões decorrentes do acidente do trabalho (Lei 8.213/91, art. 86 e §§), que não pode ser confundida com a reparação civil aludida no art. 7.º, inciso XXVIII, da CF.” (*Direito ambiental do trabalho e a saúde do trabalhador: responsabilidades legais, dano material, dano moral, dano estético*. São Paulo: LTr, 2004, p. 214).

Eugênio Facchini Neto²³⁵, ao dissertar sobre a Constitucionalização do Direito Privado, refere que o direito público e o privado tendem a convergir, sendo que o direito privado se desloca em direção ao público, como são exemplos a funcionalização de vários institutos tipicamente privados: função social da empresa, função social do contrato, função social da propriedade, função social da família e, até mesmo, a função social da responsabilidade civil. Concernente a esse último instituto, assevera que “quanto mais débeis e pouco protetoras forem as instituições previdenciárias de um Estado, mais importantes tendem a ser os mecanismos da responsabilidade civil para a proteção dos interesses dos indivíduos atingidos por danos pessoais.”

Destarte, considerando a ineficiência do seguro obrigatório e admitindo a possibilidade de extensão da cláusula geral da teoria do risco no campo das indenizações por acidente do trabalho, nas hipóteses previstas na cláusula 927, parágrafo único, do CC, quando a atividade normalmente desenvolvida pela empresa impuser riscos aos empregados, seria um grande avanço em termos de tutela aos empregados, tornando possível a reparação integral dos prejuízos sofridos.

4.4 REFLEXOS JURÍDICOS DO ACIDENTE DO TRABALHO

A partir da ocorrência de um acidente do trabalho surgem diferentes efeitos jurídicos para o empregado e para a empresa, com implicações nas diversas áreas do direito: direito do trabalho, direito administrativo, direito ambiental, previdenciário, tributário, penal e civil. Destarte, ocorrido o infortúnio laboral, vários ramos do direito se articulam visando à proteção do trabalhador lesado.

Para o direito do trabalho, verifica-se que faz surgir o efeito da suspensão do contrato de trabalho, havendo lesão que enseje o afastamento superior a 15 dias (Lei 8.213/91, art. 59). No que tange à prevenção dos infortúnios, estabelece a CLT, em seu artigo 157, o dever de cumprir e fazer cumprir as normas de proteção ao trabalho, no sentido de fornecer e obrigar seus empregados a utilizarem os equipamentos de proteção, individuais e coletivos. É, inclusive, hipótese de punição do empregador por justa causa a recusa à utilização de tais equipamentos.

O acidente do trabalho gera ainda efeitos trabalhistas específicos, como são os casos de gerar garantia de emprego ao empregado (artigos 475 da CLT e 118 da Lei 8.213/91 e

²³⁵FACCHINI NETO, Eugênio. Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado. In SARLET, Ingo Wolfgang (org). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Porto Alegre: Liv.

Súmula 318 do TST), bem como o dever de readaptar o empregado que, após a consolidação das lesões, voltar ao trabalho (art. 461, parágrafo 4º da CLT).²³⁶

Na hipótese de descumprimento da norma pelo empregador, incide na prática de ato ilícito que enseja, dentre outras, a atuação administrativa do Ministério do Trabalho. Na hipótese da existência de grave e iminente risco para o trabalhador, pode haver interdição do estabelecimento, setor de serviço, máquinas ou equipamentos, ou embargo de obra, nos termos do artigo 201 da CLT.

Há ainda a possibilidade de responsabilização criminal pelo descumprimento das normas de proteção ao trabalho, com fundamento no artigo 19, parágrafo da Lei 8.213/91. Nessa esfera, os acidentes podem implicar na caracterização como dolo eventual e “na configuração dos crimes de homicídio, lesão corporal ou de perigo comum bem como atrair as infrações da legislação ambiental (art. 15 da lei 6.938/81, arts. 3º, 8º, 21, 22 da Lei 9605/98, aplicando-se inclusive à pessoa jurídica”.²³⁷

Sob o prisma da proteção ambiental, importante destacar que a noção de meio ambiente engloba o meio ambiente do trabalho. A Constituição Federal, em seu art. 225, § 3.º, dispôs que a reparação aos danos causados ao meio ambiente é objetiva. Em razão disso, a doutrina²³⁸ defende a aplicação da teoria objetiva em relação aos danos causados pelo empregador ao meio ambiente laboral, mediante a análise conjunta do mencionado dispositivo com o art. 200, VIII, o qual inclui o local de trabalho no conceito de meio ambiente.

No âmbito previdenciário, dentre outras²³⁹, as conseqüências dizem respeito à percepção do auxílio acidente durante o afastamento do empregado, e, após o retorno às atividades, havendo seqüelas que reduzam a capacidade laborativa, o auxílio-acidente, que corresponde a um percentual de 50% pago ao obreiro pelo órgão previdenciário e se constitui numa pensão vitalícia mensal paga pela Previdência Social, renda essa que se somará à sua remuneração normal. Ainda sobre a questão da incapacidade para o trabalho, caso seja total para o ofício ou profissão, o empregado poderá pleitear indenização de direito comum com base no artigo 950, parágrafo único, do Código Civil, o qual prevê que cabe ao empregador

do Advogado, 2003, p. 26.

²³⁶SILVA, Paulo Renato Fernandes da. Os efeitos dos acidentes de trabalho. *Revista Justiça do Trabalho*. Porto Alegre, ano 29, n.º 339, mar. 2012, p. 70.

²³⁷PRISTCH, Cesar Zucatti. Responsabilidade Civil decorrente de acidente de Trabalho ou doença ocupacional. *Revista LTr*, vol. 76, n.º 03, mar. 2012, p. 308.

²³⁸OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. *Indenizações por acidente do trabalho ou doença ocupacional*. São Paulo: LTr, 2009, p. 100-101; MELO, Raimundo Simão de. *Direito ambiental do trabalho e a saúde do trabalhador: responsabilidades legais, dano material, dano moral, dano estético*. São Paulo: LTr, 2004, pp. 223-8;

²³⁹ Há ainda a possibilidade de percepção pelos familiares, em caso de morte, de pensão. Ainda, pode ocorrer a aposentadoria por invalidez e a reabilitação profissional em razão de acidente do trabalho (Lei 8.213/91)

arcar com pensionamento em valor correspondente à sua remuneração como se estivesse na ativa.²⁴⁰

Sobre isso, Paulo Renato Fernandes da Silva²⁴¹ explica:

Nos casos em que o trabalhador vier a falecer o pensionamento será devido a todos os seus dependentes, sendo aos menores de idade (como filhos, enteados, etc), até os 24 anos, salvo se incapazes. O artigo 950 do Código Civil prevê a possibilidade da pensão mensal ser paga de uma única vez, calculando-se as prestações mensais até a expectativa média de vida de 75 anos.

A constituição do capital garantidor do pensionamento é outro aspecto legal que decorre *ex lege* (art. 466 do CPC), mas que também pode ser pedido e representa um efeito do acidente do trabalho.

Acerca dos efeitos do acidente, explica Léia Guimarães Carvalho Ribeiro²⁴²:

Interessante apontar que, além da responsabilidade civil e previdenciária, a partir da ocorrência do acidente, podem decorrer outras hipóteses de responsabilidade, como a responsabilidade contratual, que pode ocasionar a suspensão do contrato de trabalho e o reconhecimento da estabilidade acidentária prevista no art. 118 da Lei 8.213/91, e a responsabilidade penal, a que está submetida o “empregador que expuser a perigo atual ou iminente seus empregados, a teor do art. 132 do Código Penal”

Contudo, importante destacar que a reparação devida pela Previdência Social não tem o cunho de indenizar o lesado na completude dos prejuízos por ele sofridos em virtude do infortúnio laboral. As prestações devidas são mensais e possuem caráter alimentar.

No que tange ao aspecto tributário, vale destacar as recentes alterações na legislação em meados de 2008, que entrou em vigor em 2010, a partir das quais houve mudança no mecanismo do Fator Acidentário de Prevenção - FAP, que corresponde a pagamentos de ordem tributário-previdenciária e que servem para indenizar danos produzidos aos trabalhadores de uma atividade empresarial. Esses valores, pagos pelo empregador, “são dinâmicos e podem crescer e decrescer, em faixas preestabelecidas, a depender do grau de segurança e qualidade no exercício laboral.”²⁴³ O FAP varia de 0,5 a 2,0 e se constitui num

²⁴⁰ CC, Art. 950: Se da ofensa resultar defeito pelo qual o ofendido não possa exercer o seu ofício ou profissão, ou se lhe diminua a capacidade de trabalho, a indenização, além das despesas do tratamento e lucros cessantes até o fim da convalescença, incluirá pensão correspondente à importância do trabalho para que se inabilitou, ou da depreciação que ele sofreu.

²⁴¹ SILVA, Paulo Renato Fernandes da. Os efeitos dos acidentes de trabalho. *Revista Justiça do Trabalho*. Porto Alegre, ano 29, n.º 339, mar. 2012, p. 70-71.

²⁴² RIBEIRO, Léia Guimarães Carvalho. A responsabilidade civil e previdenciária pelo acidente do trabalho. *Revista LTr*, vol. 61, n.º 02, fevereiro de 1997, p. 195.

²⁴³ MARINHO FILHO, Luciano. O Nexo Técnico Epidemiológico Previdenciário- NTEP como elemento de defesa do trabalhador e da sociedade. *Revista Justiça do Trabalho*. Porto Alegre, ano 27, n.º 323, nov. 2010, p. 78.

índice aplicável diretamente às alíquotas do SAT (1,2 e 3%), podendo reduzi-las pela metade ou aumentá-las ao dobro.

Com isso, dependendo da atenção dada pelas empresas à questão da segurança do trabalho os custos com o SAT poderão diminuir significativamente, o que as forçará a tomarem cuidados extras nesse âmbito, o que refletirá invariavelmente na qualidade de vida dos empregados no meio ambiente laboral.

Nesse ponto, interessante referir a inclusão do artigo 21-A na Lei 8.213/91 pela Lei Lei nº 11.430, de 26/12/06, que diz respeito ao Nexo Técnico Epidemiológico, a partir do qual a perícia do INSS considerará caracterizada a natureza acidentária da incapacidade quando houver ocorrência de relação causal entre a lesão e o trabalho desenvolvido pelo obreiro, como segue:

Art. 21-A. A perícia médica do INSS considerará caracterizada a natureza acidentária da incapacidade quando constatar ocorrência de nexos técnico epidemiológico entre o trabalho e o agravo, decorrente da relação entre a atividade da empresa e a entidade mórbida motivadora da incapacidade elencada na Classificação Internacional de Doenças - CID, em conformidade com o que dispuser o regulamento.

§ 1º A perícia médica do INSS deixará de aplicar o disposto neste artigo quando demonstrada a inexistência do nexos de que trata o caput deste artigo.

§ 2º A empresa poderá requerer a não aplicação do nexos técnico epidemiológico, de cuja decisão caberá recurso com efeito suspensivo, da empresa ou do segurado, ao Conselho de Recursos da Previdência Social.”

Desse modo, existem dois parâmetros que passam a ser utilizados para a caracterização da natureza da moléstia: a atividade da empresa e a entidade mórbida. Assim, o NTEP, é, em suma, a relação entre o CID-10 da doença que acometeu o trabalhador com a classe CNAE (Classificação Nacional de Atividade Econômica) da empresa.

Quanto aos danos de toda ordem sofridos pelo empregado quando da ocorrência do acidente, sejam eles materiais, morais, estéticos, deverão ser pleiteados judicialmente em ação indenizatória autônoma, em que, pela regra geral, incumbe ao empregado a comprovação da culpa *lato sensu* do empregador.

O Código Civil de 2002 possibilitou, contudo, uma ampliação das possibilidades de reparação civil nos casos de acidente do trabalho. Isso porque, atualmente, em se tratando de acidente do trabalho ocorrido no exercício de atividade de risco, a responsabilização da empresa se dá independentemente da existência da culpa.

4.5 ARGUMENTOS PARA A APLICABILIDADE DA RESPONSABILIDADE OBJETIVA NAS INDENIZAÇÕES RESULTANTES DOS ACIDENTES DO TRABALHO

A Constituição Federal, ao tratar dos direitos dos trabalhadores, em seu art. 7.º, inciso XXII, reconheceu-lhes o direito à redução dos riscos inerentes ao trabalho por meio de normas de higiene, saúde e segurança. Considerando, contudo, a inevitabilidade dos infortúnios, muitas vezes por serem intrínsecos aos riscos inerentes à natureza de determinada atividade, o constituinte resolveu atribuir, no inciso XXVIII, a obrigação do pagamento de seguro por parte do empregador, a cargo da Previdência Social, bem como consagrou a indenização em prol do empregado (indenização complementar de direito comum),²⁴⁴ sempre que incorrer o empregador em dolo ou culpa.

Conforme anteriormente analisado, essa disposição representou um grande avanço na tutela dos acidentados, já que, anteriormente, a legislação específica (Decreto n.º 7.036/44) exigia para a configuração do dever de indenizar por parte da empresa a ocorrência de “dolo seu ou de seus prepostos”, e, mais tarde, mediante entendimento preconizado pela súmula 229 do STF, deveria o empregado demonstrar o dolo, ou culpa grave, para obter a respectiva indenização. À época, nos tribunais, permanecia o questionamento se a reparação do empregador era subjetiva ou independente, ou seja, no cálculo da indenização cabia ou não a compensação dos valores recebidos pela vítima em decorrência da lei acidentária²⁴⁵. Mas, prevaleceu a corrente defensora das duas indenizações e, ainda, sem qualquer compensação, percebendo a vítima o benefício previdenciário e também as reparações resultantes da responsabilidade civil.

A partir da Constituição de 1988, qualquer que fosse o grau de culpa do empregador no acidente, estaria sujeito ao dever de indenizar em complementação à indenização previdenciária, consoante disposição expressa do art. 7.º, XXVIII. Na mesma linha, o art. 121 da Lei 8.213/91 estabeleceu que “o pagamento, pela Previdência Social, das prestações por acidente do trabalho não exclui a responsabilidade civil da empresa ou de outrem”.

Pela redação do dispositivo, quando da ocorrência do infortúnio laboral, o empregado faz jus à proteção previdenciária, conferida pelo art. 86 da Lei 8.213/91, por meio da qual lhe é alcançado uma prestação mensal de caráter alimentício, calculada com base no

²⁴⁴Conforme disposição contida no art. 8, parágrafo único, da Consolidação das Leis do Trabalho “o direito comum será fonte subsidiária do direito do trabalho, naquilo em que não for incompatível com os princípios fundamentais deste”. Assim, as normas relativas à responsabilidade civil são as aplicáveis quando da ocorrência dos acidentes de trabalho.

salário-de-benefício (que não difere dos outros benefícios previdenciários) e, no caso de redução da capacidade laborativa, o auxílio-acidente que se constitui em 50% do salário-de-benefício devido na data da ocorrência do acidente, conforme já analisado anteriormente. Essa indenização é de natureza objetiva e dispensa a averiguação da culpa por parte do empregado.

Além disso, no caso de acidente no qual lograr a prova da culpa *lato sensu* do empregador, cabe ainda a indenização por meio da qual pode a vítima ser reparada pelos danos materiais, imateriais e estéticos. Esta, de natureza subjetiva, fica a cargo apenas do empregador e, por abranger toda a extensão dos danos decorrentes do acidente, é mais completa e atende aos fins da responsabilidade civil, que se funda no princípio da *restituti in integrum*.

Todavia, não logrando êxito o empregado na demonstração da culpa da empresa, resta-lhe somente a indenização previdenciária.

Acerca da evolução da teoria do risco no que se refere aos acidentes de trabalho, expõe Washington de Barros Monteiro.²⁴⁶

Mais um passo e chegou-se, finalmente, à teoria do risco profissional, fundada na prévia aferição dos riscos e nas obrigações provenientes do contrato de trabalho. O risco profissional vem a ser o risco inerente a determinada atividade, sem que se leve em conta, sem que entre em jogo, a culpa do patrão, ou do empregado. Igualmente, não se deve indagar da culpa do patrão. Assim como o operário arrisca sua integridade física em troca de uma reparação pessoal, o patrão, por sua vez, aceita os riscos oriundos da prestação de serviços, sem perquirir da eventual culpa do serviçal por ocasião do acidente. Recolhe o patrão os benefícios da produção; logo, há de ser ele quem suporte não só os riscos da perda de materiais como os resultantes dos acidentes sofridos pelos obreiros (*ubi commoda, ibi et incommoda*). Quem se beneficia com as vantagens deve sofrer também os incômodos. São os inevitáveis riscos imanescentes à atividade que exerce.

Segundo ele “percebe-se, uma gradual substituição da responsabilidade subjetiva pela objetiva”. O patrão indeniza, não porque tenha culpa, mas como dono da maquinaria ou das coisas inanimadas que causaram o dano resultante do infortúnio.”²⁴⁷

A partir da vigência do Novo Código Civil²⁴⁸, o qual recepcionou a teoria do risco de forma expressa na cláusula geral contida no parágrafo único do art. 927, intensificaram-se as

²⁴⁵ OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. *Indenizações por acidente do trabalho ou doença ocupacional*. São Paulo: LTr, 2009, p. 76.

²⁴⁶ MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso do Direito Civil: Direto das Obrigações*, 1.^a parte. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 46.

²⁴⁷ MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso do Direito Civil: Direto das Obrigações*, 1.^a parte, São Paulo: Saraiva, 2003, p. 46.

²⁴⁸ Oportuno frisar sob esse aspecto que, logo após a entrada em vigor do Código Civil de 2002, foi promulgada a Emenda Constitucional n.º 45, de 08 de dezembro de 2004, que incluiu no art. 114 o inciso VI, sendo que a justiça do trabalho teve reconhecida a sua competência para julgamento das ações envolvendo reparações de

manifestações doutrinárias no sentido de estender a aplicação também para o campo dos acidentes do trabalho. A seguir, serão expostos os argumentos para a adoção da teoria objetiva nesse campo.

4.5.1 A teoria objetiva se consolidou a partir da problemática dos acidentes do trabalho

O primeiro argumento trazido pela doutrina que entende pela aplicabilidade da teoria objetiva é o de que foi justamente no campo dos acidentes do trabalho que iniciaram os movimentos para alargar as hipóteses de reparação, a partir da dispensa da difícil prova da culpa pelo empregado acidentado.

Nesse diapasão, oportuno frisar os comentários de Caio Mário da Silva Pereira:²⁴⁹

O caso mais flagrante de aplicação da doutrina do risco é da indenização por acidente do trabalho. Historicamente, assenta na concepção doutrinária enunciada por Sauzet na França, e por Sainctelette na Bélgica, com a observação de que na grande maioria dos casos os acidentes ocorridos no trabalho ou por ocasião dele, restavam não indenizados. A desigualdade econômica, a força de pressão do empregador, a menor disponibilidade de provas por parte do empregado levavam freqüentemente à improcedência da ação de indenização. Por outro lado, nem sempre seria possível vincular o acidente a uma possível culpa do patrão, porém causada direta ou indiretamente pelo desgaste do material ou até pelas condições físicas do empregado, cuja exaustão na jornada de trabalho e na monotonia da atividade proporcionava o acidente. A aplicação da teoria da culpa, levava bastas vezes à absolvição do empregador. Em tais hipóteses, muito numerosas a freqüentes, a aplicação dos princípios jurídicos aceitos deixava a vítima sem reparação, contrariamente ao princípio ideal de justiça, embora sem contrariedade ao direito em vigor. Observa-se, portanto, um divórcio entre o legal e o justo.

Raimundo Simão de Melo afirma que é sem dúvida no âmbito trabalhista que se encontrará o maior número de casos de atividades de risco, cujo fato é notório e deu origem exatamente à responsabilidade objetiva desde os primórdios do instituto da responsabilidade civil no mundo, sobretudo a partir da Revolução Industrial, com o aumento dos acidentes e das doenças do trabalho,²⁵⁰ como já visto, o que se deu com a doutrina dos franceses Saleilles e Josserand, no final do século XIX, passando a influenciar o arcabouço teórico do instituto para os demais danos causados às vítimas, de modo geral.

ordem moral e material, oriundas de fatos relativos à relação de trabalho. O STF interpretou o referido dispositivo e concluiu pela competência da Justiça do Trabalho para o julgamento também das ações envolvendo acidentes de trabalho. Diante disso, a competência que antes era da Justiça Comum, passou para a Justiça Especializada do Trabalho, exceto nos processos que já foram sentenciados na Justiça Comum, que devem permanecer na Justiça Comum para apreciação pelos Tribunais de Justiça dos recursos de apelação

²⁴⁹PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade Civil*. 9.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 275.

²⁵⁰MELO, Raimundo Simão de. *Direito ambiental do trabalho e a saúde do trabalhador: responsabilidades legais, dano material, dano moral, dano estético*. São Paulo: LTr, 2004. p. 287).

Acrescenta ele que

o que justifica a reparação é a necessidade de compensar a vítima pelo prejuízo sofrido em razão de danos causados por outrem; o motivo de se facilitar a obtenção dessa reparação repousa nos princípios de justiça, moral, solidariedade e no fato real das dificuldades, em muitos casos, de a vítima comprovar em juízo a culpa ou dolo do agente do dano. Talvez o exemplo mais importante seja exatamente do trabalhador, que perante o seu empregador encontra-se em grau de inferioridade. Foi isso que justificou a inclusão no Código Brasileiro de Proteção e Defesa do Consumidor da responsabilidade objetiva do fabricante, produtor e fornecedor de produtos e serviços e a inversão do ônus da prova como direito do consumidor, quando esse for considerado hipossuficiente ou o fato for verossímil.²⁵¹

Compartilhando do mesmo entendimento, Sebastião Geraldo de Oliveira²⁵²:

Não se deve esquecer que o desenvolvimento da responsabilidade objetiva tem estreita ligação histórica com a questão dos acidentes do trabalho. É principalmente nesse tema, tão aflitivo para o trabalhador, que a teoria do risco encontra a primazia de sua aplicação e a maior legitimidade dos seus preceitos.

Questiona-se, assim, se a não admissão da teoria objetiva, prevista na cláusula geral contida no parágrafo único do artigo 927 do Código Civil, justamente no campo dos acidentes do trabalho não seria um paradoxo na medida em que foi justamente nesse âmbito que surgiu a doutrina acerca da responsabilização independentemente da prova da culpa.

Verifica-se que quis o legislador do Novo Código Civil assegurar maior proteção às vítimas dos acidentes oriundos de atividades potencialmente perigosas, justamente pela dificuldade da prova da culpa, ou mesmo porque o risco é inerente e não há como ser evitado (e não é por isso que a vítima deve arcar com os danos). E como já visto, seria um contra-senso inadmiti-la nas hipóteses de acidente do trabalho, já que foi com base nessa espécie de infortúnio que a teoria se consolidou.

4.5.2 A responsabilidade civil objetiva nos acidentes do trabalho tem aplicação excepcional

Um argumento importante destacado pela doutrina é o de que não se aplicará a teoria objetiva indistintamente a todos os acidentes do trabalho, pois há critérios rigorosos a serem observados.

²⁵¹ MELO, Raimundo Simão de. *Direito ambiental do trabalho e a saúde do trabalhador: responsabilidades legais, dano material, dano moral, dano estético*. São Paulo: LTr, 2004, p. 250.

²⁵² OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. *Indenizações por acidente do trabalho ou doença ocupacional*. São Paulo: LTr, 2009, p. 109.

Para a aplicabilidade da teoria objetiva, devem estar presentes todos os pressupostos da cláusula geral, não podendo ser aplicável de modo geral aos acidentes do trabalho, dado que nas atividades em que não se encontram presentes os requisitos do parágrafo único do art. 927, anteriormente analisados, permanece a regra da teoria subjetiva.

Além disso, é necessária a ocorrência de um dano, sendo que o simples exercício da atividade de risco não gera ressarcimento algum a título de responsabilidade civil. No caso de simples exercício da atividade de risco, o empregado pode sim ser ressarcido com o pagamento de um adicional de insalubridade ou periculosidade, conforme disposições específicas constantes no regramento próprio da Consolidação das Leis do Trabalho.

Contudo, se essas atividades ensejadoras do respectivo adicional, impuserem riscos a direito de outrem, um risco acentuado, com potencialidade de causar danos, em havendo o infortúnio, caberá a indenização.

Daí surge o questionamento: quais são as atividades que podem ser enquadradas como de risco?

Tal discussão já foi objeto de análise no capítulo anterior. Todavia, no que tange especificamente aos acidentes do trabalho, o assunto deve ser verificado com bastante atenção, devido ao fato de que, numa primeira análise, poderia se concluir que qualquer trabalho pode gerar algum tipo de risco.

Nesse diapasão, Raimundo Simão de Melo explica:

Toda pessoa está sujeita pelo menos a três modalidades de risco. Em primeiro lugar, o risco genérico a que se expõem todas as pessoas. Em seguida, na qualidade de trabalhador, está sujeito ao risco específico do trabalho. Por fim, em determinadas circunstâncias, o risco genérico se agrava pelo fato ou pelas condições de trabalho – donde um risco genérico é agravado.²⁵³

Destarte, o risco apto a configurar a aplicação da responsabilidade objetiva será o último, que não se trata de um risco qualquer, normal e inerente a qualquer atividade humana, mas a atividade cujo risco a ela inerente é excepcional e incomum, embora previsível. É um risco, portanto, que dá praticamente como certa a ocorrência de eventos danosos para as pessoas, devido à experiência já acumulada. Somada a isto, a atividade deve ser desenvolvida com regularidade por aquele que busca o resultado. Por esse motivo, além de levar em conta os pressupostos recomendados pela doutrina, necessários para o preenchimento da cláusula geral, importante frisar que “a atividade de risco é aquela que tem, pela sua característica,

²⁵³MELO, Raimundo Simão de. *Direito ambiental do trabalho e a saúde do trabalhador: responsabilidades legais, dano material, dano moral, dano estético*. São Paulo: LTr, 2004, p. 283.

uma peculiaridade que desde já pressupõe a ocorrência de acidentes; é a atividade que tem, intrinsecamente ao seu conteúdo, um perigo potencialmente causador de dano a alguém.”²⁵⁴

Em artigo de doutrina, Luciane Cardoso Barzotto²⁵⁵ também se manifesta pela aplicação da teoria objetiva, reiterando que não deve ser aplicada indistintamente a todos os acidentes, mas somente naqueles que atribuem risco excessivo pela natureza normal da atividade, conforme expõe:

O caso central da regra do art. 927, parágrafo único, do CC, a ser considerado, deve ser examinado à luz da razoabilidade. O consectário desta afirmação é que não se pode atribuir a responsabilidade objetiva a todo e qualquer risco de qualquer atividade. Isto porque a assunção dos riscos da atividade econômica faz parte do próprio conceito de empregador (art. 2.º da CLT). Seria absurdo considerar sempre a responsabilidade objetiva do empregador, para toda e qualquer circunstância. [...]
Neste caso, para existir a possibilidade de responsabilidade objetiva é necessário comparar se a exposição do perigo para o empregado é superior aos demais membros da coletividade somado ao fato de que é a atividade normalmente desenvolvida pelo empregador. Logo, toda a situação deve ser avaliada com cuidado visto que o acidente pode estar intimamente vinculado a um maior risco na ocupação do obreiro.

Relativamente ao questionamento acerca de que atividade de risco, poderá ensejar a responsabilidade por parte do empregador, Sebastião Geraldo de Oliveira²⁵⁶, seguindo as orientações contidas no Enunciado 38 da Jornada de Direito Civil, promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho de Justiça Federal logo após a publicação do Novo Código, explica:

Pelos parâmetros do Enunciado, para que haja indenização será necessário comparar o risco da atividade que gerou o dano com o nível de exposição ao perigo dos demais membros da coletividade. De fato, qualquer um pode tropeçar, escorregar e cair em casa ou na rua, ser atropelado na calçada por um automóvel descontrolado, independentemente de estar ou não no exercício de qualquer atividade, podendo mesmo ser um desempregado ou aposentado. No entanto, acima desse risco genérico que afeta indistintamente toda coletividade, de certa forma inerente à vida atual, outros riscos específicos ocorrem pelo exercício de determinadas atividades, dentro da concepção da teoria do “risco criado”. (...) Assim, se a exposição do trabalhador estiver acima do risco médio da coletividade em geral, caberá o deferimento da indenização, porquanto, nessa hipótese, foi o exercício do trabalho naquela atividade que criou esse risco adicional. Em outras palavras, considera-se de risco, para fins da responsabilidade civil objetiva prevista no art. 927, parágrafo único, do Código Civil, as atividades que expõem os empregados a uma maior probabilidade de sofrer acidentes, comparando-se com a média dos demais trabalhadores.

²⁵⁴MELO, Raimundo Simão de. *Direito ambiental do trabalho e a saúde do trabalhador*: responsabilidades legais, dano material, dano moral, dano estético. São Paulo: LTr, 2004, p. 283.

²⁵⁵BARZOTTO, Luciane Cardoso. Responsabilidade civil do empregador. *Revista Eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho da 4.ª Região*. ano I, Número 15, 2.ª Quinzena de Outubro de 2005, pp. 66-7. Disponível em: <http://www.trt4.gov.br>. Acesso em: 15 nov. 2006.

²⁵⁶OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. *Indenizações por acidente do trabalho ou doença ocupacional*. São Paulo: LTr, 2009, p. 117-118.

Raimundo Simão de Melo elenca várias hipóteses em que, pela natureza do trabalho realizado, o risco é inerente, resultando na grande potencialidade de provocar eventos danos, mas que não estão disciplinadas em lei:

É o caso do trabalho em minas; com arma de fogo; no corte de cana, em que o trabalhador pode a qualquer momento ser atacado por animais peçonhentos; do trabalho em alturas; no fundo mar e uma infinidade de situações encontráveis no dia-a-dia.²⁵⁷

Acrescenta, ainda, outras atividades, que poderiam, em caso de acidente, ensejar a responsabilização objetiva:

a) o transporte ferroviário, que foi um dos primeiros casos reconhecidos pela lei como atividade de risco; b) o transporte de passageiros de um modo geral; c) a produção e transmissão de energia elétrica; d) a exploração de energia nuclear; e) a fabricação e transporte de explosivos; f) o contato com inflamáveis e explosivos; g) o uso de arma de fogo; h) o trabalho em minas; i) o trabalho em alturas; j) o trabalho de mergulhador subaquático; k) as atividades nucleares, e l) as atividades insalubres e perigosas.²⁵⁸

Edicton Meirelles afirma que na área trabalhista, pode-se pensar naquelas empresas que envolvam grandes riscos à vida e à saúde do trabalhador, como, por exemplo, na manipulação de produtos químicos, sódio-ativos e cancerígenos²⁵⁹, ou mesmo em situações que coloquem o ser humano em constante risco de acidente.²⁶⁰

Fábio Goulart Villela, ao defender a responsabilidade objetiva, explica que a submissão aos riscos pelo empregado, além de extrair-se da atividade que exerce, intensifica-se ainda mais com o estado de subordinação jurídica em que o labor é prestado, dado o poder

²⁵⁷MELO, Raimundo Simão de. *Direito ambiental do trabalho e a saúde do trabalhador: responsabilidades legais, dano material, dano moral, dano estético*. São Paulo: LTr, 2004, p. 203.

²⁵⁸Idem, p. 286.

²⁵⁹Um exemplo de atividade que estatisticamente comprovou-se causar câncer de pulmão aos empregados nela inseridos, é que decorre da exposição ao amianto ou asbesto, fibra de origem mineral, que possui propriedades de isolamento térmico e incombustibilidade, sendo que as estatísticas revelam que em cada 1000 trabalhadores com esse mineral, cinco morrem por câncer de pulmão. As indústrias de mineração e cimento-amianto, ligadas a um importante grupo multinacional, por exemplo, já reconheceram ao Ministério Público de SP a existência de 2.500 vítimas no Brasil do amianto, sendo que “80% delas já foram modicamente indenizadas através de acordos extrajudiciais (indenizações de 5 a 15 mil reais) e 500 ainda resistem, aguardando decisões judiciais, conforme relata a Auditora-Fiscal do Ministério do Trabalho e Emprego de SP, Fernanda Giannasi, a qual defende para esse tipo de situação, a aplicação da teoria objetiva. (GIANNASI, Fernanda. Câncer ocupacional por amianto no Brasil: “a crônica da morte anunciada. *Revista Justiça do Trabalho*. Porto Alegre, jul. 2004, p. 73-8).

²⁶⁰MEIRELLES, Edicton. *O novo Código Civil e o Direito do Trabalho*. 3.ed. São Paulo: LTR, 2005, p. 130.

diretivo do empregador. Exemplifica como hipótese de atividade de risco “a empresa que trabalha com reparo de instalações elétricas”²⁶¹.

Inclusive, o direito do trabalho já tem disciplinado algumas atividades consideradas de risco, tais como as exercidas em contato permanente com inflamáveis ou explosivos, consoante disposição expressa da Consolidação das Leis do Trabalho, art. 193, como eletricidade, nos termos da Lei 7.410/85 e Decreto n.º 92.530/86, que a regulamentou, trabalho em contato com radiatividade, conforme Portaria 3.393/87, baixada nos termos do art. 200, VI, da CLT.

No Direito do Trabalho, as empresas são enquadradas segundo o grau de risco de sua atividade, nos termos do art. 162 da CLT e Lei n.º 8.212/91, art. 222, inciso II, alíneas, *a*, *b* e *c*. Assim, o enquadramento também poderá servir para averiguar a potencialidade de riscos de determinada atividade.²⁶²

A respeito do que pode ser considerada atividade de risco, exemplifica Cesar Zucatti Pritsch²⁶³:

Atividade de risco é aquela que impõe a pessoa determinada um ônus maior que aos demais membros da coletividade, o que pode ser demonstrado através de presunções decorrentes das regras da experiência cotejadas com os fatos e documentos dos autos, especialmente com os documentos laborais que consignam a existência de riscos ocupacionais (como os Atestados de Saúde Ocupacional – ASO, o Programa de Controle Médico de Saúde Ocupacional – PCMSO e o Programa de Prevenção de Riscos Ambientais – PPRA) e com a eventual existência do Nexo Técnico Epidemiológico Previdenciário – NTEP.

Teresinha Pohlman Saad²⁶⁴ ressalta que, restringindo a aplicação da teoria objetivista no acidente do trabalho apenas às hipóteses de preenchimento das condições impostas pela cláusula geral do Código Civil, como deve ser feito, não serão muitas as situações de aplicação, já que os critérios para aplicação devem ser rigorosamente seguidos, conforme explica:

Necessário, por conseguinte refletir que, nada obstante à viabilidade constitucional, no que tange à aplicação do parágrafo único, *in fine* do art. 927 do Código Civil, em sede dos infortúnios laborais, tal norma não tem campo de muitas incidências, em face de dois aspectos centrais contidos no âmbito do próprio texto legal: o preceito, diz respeito ao modo pelo qual se desenvolve a atividade. Para que possa suscitar a sua aplicação, a atividade tem que ser desenvolvida normalmente, no sentido de não

²⁶¹VILLELA, Fábio Goulart. Responsabilidade civil do empregador no acidente de trabalho. *Revista LTr: Legislação do Trabalho*. São Paulo, v.70, n.7, jul. 2006, p. 842-3.

²⁶²MELO, Raimundo Simão de. *Direito ambiental do trabalho e a saúde do trabalhador*: responsabilidades legais, dano material, dano moral, dano estético. São Paulo: LTr, 2004. p. 286.

²⁶³PRISTCH, Cesar Zucatti. Responsabilidade Civil decorrente de acidente de Trabalho ou doença ocupacional. *Revista LTr*, vol. 76, n.º 03, mar. 2012, p. 320.

²⁶⁴SAAD, Teresinha Lorena Pohlmann Saad. Responsabilidade Civil pelos acidentes do trabalho inclusive nas atividades terceirizadas: da Constitucionalidade do art. 927, parágrafo único, *in fine*, do Código Civil de 2002. *Revista LTr*. São Paulo, vol. 70, n.º 12, dez. 2006, p. 1480.

ser esporádica ou eventual. O segundo aspecto, refere-se à identidade da fonte do risco, mediante a identificação da natureza da atividade. A atividade considerada de risco deverá apresentar, na sua essência, riscos imbricados com uma periculosidade acima dos parâmetros normais, posto que se o risco for normal e previsível, o terreno da responsabilidade civil sobre o qual incidirá a responsabilidade pelo efeito danoso do acidente, poderá ser o da responsabilidade subjetiva. [...] Neste ponto cabe lembrar a existência de um expressivo número de acidentes de trabalho, cuja gênese do risco não tem liame com a natureza da atividade, mas constituem o resultado dos riscos que grassam na sociedade contemporânea, em escala cada vez mais alargada. Esses riscos estranhos à natureza da atividade, obviamente, desautorizam a aplicação da norma objetivista sob comento.

Dessa forma, diante da necessidade da observância dos rigorosos critérios consubstanciados na cláusula geral da teoria do risco, os casos de infortúnios laborais que darão ensejo à aplicação da teoria objetiva serão inexpressivos se comparados à totalidade dos acidentes de trabalho ocorridos.

Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho²⁶⁵ afirmam que a regra prevista no parágrafo único do art. 927 “parece ser feita sob medida para relações empregatícias; pois, como já exposto, é o empregador que deve assumir os riscos da atividade econômica.”²⁶⁶ Diante disso, explicam os autores que “como uma situação excepcional, é possível, sim, responsabilizar objetivamente o empregador”. E prosseguem afirmando que,

por força de normas regulamentares, há uma série de atividades lícitas que são consideradas de risco para a higidez física dos trabalhadores, parecendo-nos despidendo imaginar que, provados os três elementos essenciais para a responsabilidade civil – e ausente qualquer excludente de responsabilidade – ainda tenha o empregado lesionado de provar a culpa do empregador, quando aquele dano já era potencialmente esperado[...]

Paulo Roberto Lemgruber Ebert²⁶⁷ defende a aplicação da cláusula geral da teoria do risco nesse âmbito e exemplifica do seguinte modo:

São situações que, muitas vezes, decorrem de desequilíbrios labor-ambientais criados pelos empregadores, mas que mantêm relação direta e inafastável com a atividade econômica por eles desempenhada. É justamente tal característica que distingue a responsabilidade objetiva calcada no art. 927, parágrafo único do Código

²⁶⁵GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 243. (Na obra, os autores assumem que o posicionamento de ambos em relação ao tema é diverso: Pablo Stolze Gagliano propugna pela teoria subjetivista e Rodolfo Pamplona Filho pela responsabilidade civil objetiva, conforme referem na nota n.º 14, p. 247, da obra citada, embora tenham adotado o posicionamento conclusivo quanto à responsabilidade de natureza objetiva).

²⁶⁶Os referidos doutrinadores, nessa afirmação, reportam-se à disposição contida no art. 2.º da CLT, o qual estabelece o conceito de empregador, assim preceituando: “Considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal dos serviços.”

²⁶⁷EBERT, Paulo Roberto Lemgruber. O meio ambiente do trabalho – conceito, responsabilidade civil e tutela. *Revista LTr*, São Paulo, vol. 76, n.º 11, p. 1333-1354, nov. 2012, p. 1347.

Civil daquela estudada no item anterior, a contemplar, de modo mais amplo, toda a gama de infortúnios decorrentes de poluição no meio ambiente de trabalho. Como exemplo de tal situação, tome-se a hipótese dos bancos que, no contexto atual, encontram-se sujeitos a operações criminosas cada vez mais ousadas e violentas, a envolverem, muitas vezes, ameaças, assaltos com reféns, seqüestro de funcionários, ações a envolverem fatalidades decorrentes do uso de armas de fogo, etc. pode-se dizer, portanto, que a atividade desempenhada por tais estabelecimentos (manuseio e guarda de valores) traz consigo o risco de que venham ocorrer acidentes laborais decorrentes tais sinistros, de modo a ensejar a incidência da responsabilidade objetiva prevista no art. 927, parágrafo único, do Código Civil. Nesse mesmo sentido, tem-se a situação das empresas concessionárias que transmitem energia elétrica das usinas às residências através de cabos de altíssima voltagem. Naturalmente, a atividade por elas desempenhada acarreta risco de morte e de severos danos à integridade física a seus trabalhadores, por maiores que sejam as cautelas tomadas pela empresa no fito de evitar a materialização de tais infortúnios. [grifo nosso]

Por fim, de acordo com essas exposições doutrinárias, pode-se concluir que, quanto à responsabilização do empregador pelos danos advindos dos infortúnios laborais, que o critério mais adequado é o da aplicação, conforme o caso, da regra da responsabilidade subjetiva, que pressupõe a noção de culpa, ou a responsabilidade objetiva, decorrente do risco criado em consequência da natureza da atividade desenvolvida, a qual se limita à averiguação do nexo de causalidade entre o risco e o evento danoso, prescindindo do elemento culpa.

4.5.3 Impossibilidade de diferenciação de tratamento entre empregados e terceiros atingidos pelo mesmo acidente

Outro aspecto interessante exposto pela doutrina é o que se refere ao tratamento desigual que seria atribuído às vítimas, em não sendo acolhida a responsabilidade objetiva no âmbito dos acidentes do trabalho. É que, ocorrendo o acidente resultante de uma atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano e que impunha riscos a terceiros, haveria diferenciação na responsabilidade para os empregados que trabalhariam nessa atividade, e terceiros atingidos. A propósito, Raimundo Simão de Melo²⁶⁸ tece o seguinte exemplo:

Imaginemos, para ilustrar, a ocorrência de um acidente fatal numa determinada empresa, decorrente da sua atividade de risco, que atinja duas pessoas: um engenheiro autônomo contratado especificamente para fazer reparos numa máquina de alta tensão elétrica e um ajudante geral, empregado da referida empresa. De acordo com o parágrafo único do art. 927 do Código Civil, a família do engenheiro que pretender uma reparação do dano dessa empresa terá que provar apenas a ocorrência do fato, o nexo com o trabalho que desenvolvia e o dano experimentado (responsabilidade objetiva). Enquanto isso, adotando-se a teoria da responsabilidade

²⁶⁸MELO, Raimundo Simão de. *Direito ambiental do trabalho e a saúde do trabalhador: responsabilidades legais, dano material, dano moral, dano estético*. São Paulo: LTr, 2004, p. 289.

subjettiva, a família daquele ajudante geral teria que comprovar, além dos elementos acima, a culpa do seu empregador.

Seria, desta forma, um “inexplicável paradoxo”, como ressalta o doutrinador. Conclui ele que esse tipo de resultado não interessa porque “incompatível com a finalidade do Direito, com os princípios que informam o Direito do Trabalho, com os métodos de interpretação da norma jurídica (especialmente o teleológico e o sistemático) e com os primados da dignidade humana e dos valores sociais do trabalho (CF, art. 1.º)”.²⁶⁹

Nessa linha, Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho²⁷⁰ levantam o mesmo questionamento acerca do tratamento desigual atribuído às vítimas do mesmo acidente, conforme segue:

Todavia, parece-nos inexplicável admitir a situação de um sujeito que: por força de lei, assume os riscos da atividade econômica; por exercer uma determinada atividade que implica, por sua própria natureza, risco para os direitos de outrem, responde objetivamente pelos danos causados; ainda assim, *em relação aos seus empregados*, tenha o direito subjetivo de somente responder, *pelos seus atos*, se os hipossuficientes provarem culpa... [...] A aceitar tal posicionamento, vemo-nos obrigados a reconhecer o seguinte paradoxo: o empregador, pela atividade exercida, responderia objetivamente pelos danos por si causados, mas, em relação a seus empregados, por causa de danos causados justamente pelo exercício da mesma atividade que atraiu a responsabilização objetiva, teria um direito a responder subjetivamente [...]

Sebastião Geraldo de Oliveira, também aponta essa aparente incoerência, fazendo as seguintes considerações:

[...] a prevalecer o entendimento da primeira corrente, chegaríamos a conclusões que beiram o absurdo ou ferem a boa lógica. Se um autônomo ou um empreiteiro sofrer acidente, o tomador dos serviços responde pela indenização, independentemente de culpa, com apoio na teoria do risco; no entanto, o trabalhador permanente, com os devidos registros formalizados, não tem assegurada essa reparação! Se um bem ou equipamento de terceiros foi danificado pela atividade empresarial, haverá indenização, considerando os pressupostos da responsabilidade objetiva, mas o trabalhador, exatamente aquele que executa a referida atividade, ficará excluído [...]²⁷¹

Nesse sentido também questiona Cláudio Brandão, o qual ao refutar a possibilidade de tratamento desigual nessas hipóteses, refere que “seria um contra-senso admiti-la (a

²⁶⁹ Idem, *ibidem*.

²⁷⁰ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 247.

²⁷¹ OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. *Indenizações por acidente do trabalho ou doença ocupacional*. São Paulo: LTr, 2009, p. 109.

responsabilidade objetiva) para o cliente do estabelecimento, por exemplo, na condição de terceiro alcançado pelos efeitos do ato praticado, e negá-la ao empregado, que nele atua cotidianamente, estando muito mais sujeito, potencialmente, ao risco.” Esse caso representa afronta ao direito fundamental da igualdade perante a lei, preconizado no art. 5.º, *caput*, da Carta Maior brasileira.

Em suma, “não se poderia pensar que, em um acidente que atingisse diversas pessoas, dentro do exercício de uma atividade empresarial com risco inerente, a empresa respondesse objetivamente em relação a todos, à exceção dos seus empregados”.²⁷²

4.5.4 Aplicação da teoria objetiva como meio de prevenir futuros acidentes

Outro argumento bastante interessante relacionado à aplicação da teoria objetiva é o de que, a partir do momento em que a empresa que exerce atividade que atribui riscos, começar a indenizar, investirá na busca de soluções para a redução desses riscos²⁷³. Muito melhor que reparar é prevenir e, portanto, tanto para os empregados quanto para as empresas o “efeito colateral” (função dissuasória da responsabilidade civil) da indenização será favorável.

Contudo, sendo os riscos inevitáveis, “convém resguardar o primado da livre iniciativa, reconhecendo o direito à exploração daquela atividade econômica e o seu proveito social (o emprego, conforme artigo 170, VIII, da CF), mas garantindo ao trabalhador a compensação financeira pelo desgaste e/ou pelo risco consentido.”²⁷⁴

Em reportagem recente publicada na Revista Amanhã,²⁷⁵ há interessante matéria sobre os diversos riscos a que estão submetidas as empresas. Nela, há um relato do responsável pela administração do risco corporativo da Petrobrás, Jorge Nahas, o qual comenta que o acidente ocorrido com a Plataforma P-36, em 2001, o qual matou dez empregados foi um aprendizado que fez a política de gestão ficar mais intensa. No que

²⁷²SALIM, Adib Pereira Netto. A Teoria do Risco Criado e a Responsabilidade Objetiva do Empregador em Acidentes do Trabalho. *Revista LTr*, São Paulo, vol. 69, n.º 4, abr. 2005, p. 458.

²⁷³Segundo Antunes Varela, a responsabilidade objetiva “[...] constituirá [...] um estímulo eficaz ao aperfeiçoamento da empresa, tendente a diminuir o número e a gravidade dos riscos na prestação do trabalho, bem como a segurar os empregados contra os acidentes a que comumente se encontram expostos” (*Apud BRANDÃO, Cláudio. Acidente do trabalho e responsabilidade civil do empregador*. 2.ed. São Paulo: LTr, 2006, p. 268).

²⁷⁴FELICIANO, Guilherme Guimarães. Meio ambiente do trabalho e responsabilidade civil por danos causados ao trabalhador: dupla face ontológica. *Jus Navigandi*, Teresina. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br>. Acesso em: 01 jun. 2006.

²⁷⁵LOREA, Eduardo; GRACIANI, Marcos. Obras do Descaso. *Revista Amanhã (Gestão, Economia e Negócios)*, Porto Alegre, vol. 21, n.º 229, p. 46-53, março 2007.

concerne aos acidentes de trabalho, houve uma queda significativa de freqüência: “o índice foi de 3,6 acidentados por 1 milhão de homens-hora trabalhadas em 2000 para 0,76 no ano passado [2006]”.

Na mesma reportagem, o especialista norte-americano David Apgar, autor do livro *Risk Intelligence*, garante que “a maioria dos riscos não é aleatória”. Ou seja, os acidentes não ocorrem simplesmente. Deste modo, com um aprendizado dos fenômenos, é possível fazer previsão e prevenção de eventos²⁷⁶. Adiante, Eduardo Lorea e Marcos Gradani, autores da referida reportagem afirmam “os especialistas garantem: a maioria dos acidentes não nasce do acaso; nasce do descaso.”²⁷⁷

É certo que ainda haverá casos em que os riscos são inevitáveis. Mesmo assim, persiste a responsabilidade, não podendo a empresa argumentar a licitude da atividade, já que a cláusula geral da teoria do risco não exige que a atividade seja ilícita para gerar o dever de indenizar.

4.5.5 A prestação previdenciária não indeniza integralmente os prejuízos sofridos pela vítima

Somados aos argumentos anteriormente expostos, há ainda outros que favorecem a aplicação da teoria do risco, como o fato de que o seguro obrigatório não tem o condão de reparar os danos sofridos pela vítima.

Terezinha Lorena Pohlmann Saad explica que é devida a cumulação das duas formas de reparação, porquanto “as causas e os sujeitos passivos da obrigação de reparar são distintos.” Segundo ela, a cobertura securitária constitui-se numa prestação pecuniária tarifada em lei, a qual é submetida a um teto e mesmo que o empregado receba além desse teto, o benefício fica atrelado ao limite legal, sendo que é devido pela Previdência e custeado pela empresa e também pelo próprio empregado, já a responsabilidade civil é devida pelo empregador e visa a reparar os demais danos que o evento acarreta, como danos emergentes e lucros cessantes.²⁷⁸

Nesse sentido, recorda Sebastião Geraldo de Oliveira que “como o seguro de acidente do trabalho da Previdência Social não indeniza, no sentido técnico, os prejuízos da

²⁷⁶LOREA, Eduardo; GRACIANI, Marcos. Obras do Descaso. *Revista Amanhã (Gestão, Economia e Negócios)*, Porto Alegre, vol. 21, n.º 229, março 2007, p. 47.

²⁷⁷Idem, p. 52.

vítima, há um amplo espaço para o acolhimento da responsabilidade civil de natureza objetiva”.²⁷⁹ Nessa linha, Cléber Lúcio de Almeida²⁸⁰ conclui:

limitar a responsabilidade do empregador aos danos não suportados pelo seguro social à hipótese de prova de dolo ou culpa é privar o trabalhador da reparação dos danos decorrentes dos riscos próprios da atividade de quem se vale da força de trabalho, atribuindo-lhe, com isto, os ônus da referida atividade, em total inversão de valores, na medida em que a lei quer, como dito, que o empregador suporte os ônus de seu empreendimento.

Esse é um aspecto de grande relevância, já que conforme exposto em item próprio, a proteção dada ao empregado pela Previdência Social, na hipótese de acidente, é muito precária, podendo ser considerada de natureza alimentar somente, ficando o mesmo, de acordo com a teoria subjetiva e não logrando êxito na prova da culpa, sem a cobertura dos danos materiais, morais e estéticos. Diante disso, admitindo-se nas atividades de risco a responsabilidade objetiva, a vítima do acidente, para o qual não concorreu já que pelo risco da atividade exercida já havia a potencialidade de sofrer a qualquer momento a lesão, ficaria mais bem tutelada pela ordem jurídica.

A propósito dessa tendência, Eugênio Facchini Neto²⁸¹ explica que, do ponto de vista das estruturas dogmáticas do direito objetivo, percebe-se uma evolução no sentido de despatrimonialização do Direito Civil, por meio da qual a tutela das situações patrimoniais deixa de estar no centro das preocupações jurídicas, devido ao fato de que, a partir de uma visão constitucionalizada do direito privado, a primazia passa para as situações não-patrimoniais, buscando-se dar efetividade ao princípio da dignidade da pessoa humana. Assim, o Estado passa a proteger as vítimas dos danos, já que

a nova responsabilidade civil tem compromisso com as vítimas, buscando garantir a reparação/compensação de qualquer dano injusto, relativizando-se a visão clássica que partia do enfoque sobre o agente causador do dano e que sempre exigia a presença de uma culpa.

²⁷⁸SAAD, Teresinha Lorena Pohlmann. *Responsabilidade civil da empresa nos acidentes do trabalho: compatibilidade da indenização acidentária com a de direito comum*, Constituição de 1988 – art. 7.º XXVIII. 3. ed. São Paulo: LTr, 1999, p. 241.

²⁷⁹OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. *Indenizações por acidente do trabalho ou doença ocupacional*. São Paulo: LTr, 2009, p. 125; MELO, p. 101.

²⁸⁰ALMEIDA, Cléber Lúcio de. *Responsabilidade civil do empregador e acidente de trabalho*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 76.

²⁸¹FACCHINI NETO, Eugênio. Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado. In SARLET, Ingo Wolfgang (org), *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Porto Alegre: Liv. do Advogado, 2003, p.54.

José Affonso Dallegrave Neto²⁸², por sua vez, de forma categórica, afirma:

Ora, a partir de simples exercício hermenêutico já se conclui que as disposições do referido art. 7.º da CF deverão ser sempre vistas como um *minus* de proteção ao trabalhador e nunca como diques ou limitação de direitos sociais. Logo, o parágrafo único do art. 927 do Código Civil encontra-se nessa esteira axiológica que informa o Direito do Trabalho, mormente porque seu dispositivo em nenhum momento afasta a regra do inciso XXVIII do art. 7.º da CF (responsabilidade subjetiva), mas apenas traz situação especial de responsabilidade objetiva, perfeitamente justificável a exemplo de outras leis esparsas. Não se pode censurar a lógica e o bom senso que partiu o legislador do Código Civil que, absorvendo o entendimento jurisprudencial, dispôs ser objetiva e, portanto, independente de culpa, a responsabilidade do dano que emerge de risco proveniente da atividade normalmente desenvolvida pelo agente.

A constatação do referido autor demonstra o principal motivo da polêmica, hoje existente, acerca da extensão da cláusula geral da teoria do risco no âmbito dos acidentes do trabalho. Assim, as críticas doutrinárias daqueles que refutam a aplicação da teoria objetiva nessas hipóteses serão averiguadas no item seguinte, assim como será demonstrada a viabilidade de compatibilização do parágrafo único do art. 927 do Código Civil com o regramento constitucional previsto no art. 7.º, inciso XXVIII.

4.6 COMPATIBILIDADE DA CLÁUSULA GERAL DA TEORIA DO RISCO COM A CONSTITUIÇÃO FEDERAL

Passados alguns anos desde o advento do Novo Código Civil, verifica-se que ainda é expressiva a corrente doutrinária e jurisprudencial que entende pela inaplicabilidade da cláusula geral da teoria do risco no campo dos acidentes do trabalho.

Carlos Roberto Gonçalves²⁸³, por exemplo, apesar de afirmar que “os novos rumos da responsabilidade civil, no entanto, caminham no sentido de considerar objetiva a responsabilidade da empresa pelos danos causados aos empregados, com base na teoria do risco-criado”, ainda entende que atualmente a responsabilidade civil do empregador se funda na teoria subjetiva, e refuta expressamente a aplicação do art. 927, parágrafo único, do Código Civil de 2002:

Nota-se um grande avanço em termos de legislação, pois se admitiu a possibilidade de ser pleiteada a indenização pelo direito comum, comutável com a acidentária, no caso de dolo ou culpa do empregador, sem fazer qualquer distinção quanto aos graus de culpa. O avanço, no entanto, não foi completo, adotada apenas a responsabilidade subjetiva que condiciona o pagamento de indenização à prova de culpa ou dolo do

²⁸²DALLEGRAVE NETO, José Affonso. *Responsabilidade Civil no Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2005, pp. 180-1.

²⁸³GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade Civil*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 515-516.

empregador, enquanto a indenização acidentária e securitária é objetiva. (...) Todavia, não se pode afirmar que o direito brasileiro já atingiu esse estágio, nem mesmo após a aprovação do novo Código Civil e o acolhimento, no art. 927, parágrafo único, da teoria do exercício da atividade perigosa. Não tem uma lei infraconstitucional o condão de modificar norma ou princípio estabelecido na Carta Magna.

Com esse mesmo entendimento, Rui Stoco²⁸⁴ categoricamente expõe:

Há intérpretes que visualizaram, a partir da vigência do Código Civil de 2002, a possibilidade de os acidentes de trabalho serem enquadrados como intercorrências que ensejam responsabilidade objetiva ou independente de culpa do empregador, com supedâneo no referido art. 927, parágrafo único, quando o empregado exerça atividade perigosa ou que o exponha riscos [...] Não vemos essa possibilidade, pois a responsabilidade civil, nas hipóteses de acidente do trabalho com suporte na culpa (lato sensu) está expressamente prevista na Constituição Federal. A Carta Magna garante aos trabalhadores seguro contra acidentes de trabalho, a cargo do empregador, e indenização a que este está obrigado, quando incorrer em dolo ou culpa (art. 7.º, inciso XXVIII). Sendo a Constituição Federal uma carta de princípios, todos os enunciados que contém, exceto aqueles de ordem programática, com caráter meramente enunciativo (com objetivo educativo) ou de natureza regulamentar anômala, caracterizam-se como princípios que norteiam as demais normas infraconstitucionais do nosso ordenamento jurídico. Esses princípios não de prevalecer sobre as demais leis e sobre elas exercer influência decisiva. Ora, o Código Civil, ainda que se apresente como lei posterior, é lei ordinária infraconstitucional e, portanto, não revoga preceito da Constituição Federal, como ressuma óbvio.

Essa vertente também é encontrada na doutrina trabalhista, conforme se observa da exposição de Sérgio Pinto Martins²⁸⁵:

O parágrafo único do artigo 927 do Código Civil não se aplica ao acidente do trabalho, pois o inciso XXVIII do artigo 7º da Lei Maior dispõe que a indenização só é devida em caso de dolo e culpa. Se a Constituição regulamenta de forma clara a responsabilidade no acidente do trabalho, não pode a norma infraconstitucional dispor de forma contrária. O dispositivo constitucional é expresso. Não há lacuna na Constituição para ser complementada ou estabelecida pela lei ordinária.

(...)

Responsabilidade objetiva é a do INSS por conceder o benefício acidentário ao segurado, tendo por base o fato de que o seguro contra acidentes do trabalho fica por conta do empregador (art. 7º, XXVIII, da Constituição).

Da análise das manifestações doutrinárias acima apresentadas, conclui-se que o óbice para a aplicação da teoria do risco seria o conflito existente entre o regramento constitucional, contido no inciso XXVIII do art. 7.º, que dispõe expressamente acerca da responsabilidade subjetiva para o empregador (a partir da expressão “sem excluir a indenização a que este está obrigado, quando incorrer em dolo ou culpa”), e a norma infraconstitucional constante no

²⁸⁴STOCO. Rui. *Tratado de Responsabilidade Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 166.

Código Civil (art. 927, parágrafo único), a qual perfilhou a teoria objetivista, baseada no risco que, se aplicada, dispensa a comprovação da culpa por parte do empregado vítima do infortúnio quando esse decorre do risco inerente à natureza da atividade normalmente desenvolvida pela empresa.²⁸⁶

Esse argumento, contudo, não é empecilho para a doutrina que entende pela aplicação da teoria objetiva, a qual defende a compatibilização do regramento infraconstitucional com a Constituição, por meio de uma análise interpretativa que permite conciliar tais dispositivos.

O Brasil é um país com estatísticas de acidentes de trabalho bastante significativas, problema que já vem de longa data, consoante demonstrado neste trabalho. O legislador constitucional, atento a essa situação, elencou na Carta Maior, no rol dos direitos sociais dos trabalhadores, além do direito ao seguro de acidente do trabalho, a previsão de responsabilidade civil devida pelo empregador, *in verbis*:

Art. 7.º 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 este está obrigado, quando incorrer em dolo ou culpa.

O mencionado dispositivo representou grande avanço, encerrando as polêmicas acerca da cumulação das indenizações, bem como ampliando sobremaneira as chances de reparação civil das vítimas, dado que, como visto, a legislação ordinária específica estabelecia a necessidade de dolo do empregador para que necessitasse indenizar, sendo que a jurisprudência, visando a aumentar o amparo ao lesado, se consolidou, tendo sido editada a

²⁸⁵ MARTINS, Sérgio Pinto. Responsabilidade civil no acidente do trabalho. *Justiça do Trabalho*, Porto Alegre, v.30, n.352, p. 59-69, abr. 2013, p. 61.

²⁸⁶ Essa é a principal razão exposta pela corrente doutrinária que refuta a aplicação da teoria objetiva nas indenizações de direito comum decorrentes nos infortúnios laborais. Contudo, há ainda a exposição no sentido de que a aplicação da responsabilidade objetiva nessas hipóteses atentaria ao direito de livre iniciativa no exercício de atividade econômica. Contrário a esse argumento, Sebastião Geraldo de Oliveira afirma que “Se é indispensável garantir a livre iniciativa no exercício da atividade econômica, para o desenvolvimento nacional, por outro lado, os ditames da justiça social exigem que as vítimas involuntárias dessas atividades não sejam entregues à própria sorte”. Segundo ele, “não basta garantir a sobrevivência concedendo somente benefícios de caráter alimentar; é fundamental assegurar existência digna, evitando, ainda, que a prosperidade de alguns não venha a significar a ruína de muitos” (OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. *Indenizações por acidente do trabalho ou doença ocupacional*. São Paulo: LTr, 2009, p. 125). Nesse aspecto, existe uma tendência no sentido de socializar os riscos, mediante novos mecanismos de seguro social e da técnica da socialização dos riscos, por intermédio do mecanismo de seguro de responsabilidade civil (art. 787, CC), com os rumos no sentido da responsabilidade individual ser substituída pelos seguros privados e sociais. (FACCHINI NETO, Eugênio. Funções e modelos da Responsabilidade Aquiliana no Novo Código. *Revista Jurídica* 309, jul. 2003. Porto Alegre: Notadez, 2003, p. 26-7; OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de, op. cit., p. 133; Caio Mário da Silva. *Responsabilidade Civil*. 9.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 289; CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 155).

Súmula 229 do STF, no sentido de que bastava a ocorrência de culpa grave, tão-somente, para configurar o dever de indenizar por parte do empregador.

Passados quinze anos da promulgação da Carta Magna, adveio, então, o Código Civil de 2002, consubstanciando a teoria objetiva na cláusula geral contida no parágrafo único do art. 927. A discussão que vem à tona hoje, considerando essa disposição se tratar de uma cláusula geral que, pela sua própria natureza, é ampla e genérica, se é aplicável no âmbito dos acidentes do trabalho ocorridos nas empresas *cuja natureza da atividade normalmente desenvolvida seja de risco*.

Formaram-se, como visto, duas correntes: a primeira entendendo ser inaplicável, uma vez que o dispositivo constitucional dispõe expressamente acerca da culpa *lato sensu*; a segunda, defendendo a compatibilização do novel código, com as disposições constitucionais. A polêmica reside, portanto, em torno da aparente incompatibilidade entre os dispositivos.

De fato, num primeiro momento, parece forçoso concluir que, pelo fato da Constituição Federal de 1988 ter disposto expressamente acerca da culpa, a cláusula geral da teoria do risco, por ser norma infraconstitucional, diante da incompatibilidade, deveria ser afastada por estar o Código Civil em escala inferior na hierarquia das normas do ordenamento jurídico, não podendo a Lei Fundamental ser aniquilada por lei infraconstitucional.²⁸⁷

Para a solução do problema relativo a essa aparente incompatibilidade, a doutrina e a jurisprudência que defendem a aplicação da teoria objetiva, têm se socorrido aos métodos de interpretação e aplicação do Direito e, no caso em tela, especialmente ao método de interpretação sistemático, pelo qual a interpretação será dada ao dispositivo legal conforme a análise do sistema no qual está inserido, sem se ater à interpretação isolada de um dispositivo, mas sim, ao conjunto.

Assim sendo, o inciso XXVIII do art. 7.º deve ser interpretado em conjunto com o *caput*, dado que o legislador, ao elencar o rol de direitos dos trabalhos, estabeleceu que esse rol não seria exaustivo, já que disse que aqueles seriam os direitos garantidos à classe trabalhadora, “além de outros que visem à melhoria de sua condição social”. Desta forma, todas as garantias elencadas no art. 7.º da Carta Maior se constituem em direitos mínimos dos trabalhadores, que poderão ser ampliados, tanto pelo legislador constitucional quanto pelo infraconstitucional.

²⁸⁷Na IV Jornada de Direito Civil promovida em Brasília pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, realizada em outubro de 2006, foi adotado um importante Enunciado na linha da corrente que entende pela aplicabilidade da teoria objetiva, com a seguinte disposição: Enunciado n. 377 – “O art. 7.º, inc.

Com o entendimento de que a Constituição não pode representar um óbice à aplicação de uma norma que possa ser mais favorável ao empregado nesse âmbito, explica Cláudio Luiz Bueno de Godoy²⁸⁸:

Há de se ponderar, quanto ao problema da hierarquia, primeiro que como se viu, a Constituição simplesmente procurou dissociar a indenização de direito comum, em casos de acidente de trabalho, da verificação de dolo do empregador. Vale dizer, foi mais um passo no processo evolutivo que permeou o tema da responsabilidade civil em geral, conforme se examinou no Capítulo 2. E essa mesma evolução prosseguiu com a responsabilidade sem culpa levada a uma cláusula geral no Código Civil de 2002, o que, considera-se, não pode ser desprezado. A não ser assim, segundo de entende, o próprio propósito da norma constitucional restará frustrado. Tencionando desvincular a indenização de direito comum de um nexo de imputação rígido utiliza-se do texto constitucional que a tanto serviu para obviar igual propósito que ao Código Civil se pode reconhecer. Se a Constituição quis estender o processo evolutivo da matéria no tocante aos acidentes do trabalho, por conta da legislação anterior, não se compreende que, disso se desincumbindo, agora esteja ela a impedir que mais um passo além seja dado.

A propósito, Cláudio Brandão explica que os direitos constantes no art. 7.º da Constituição Federal “representam o conjunto básico ou mínimo de proteção ao empregado, ao qual se somam outros, desde que atendido o pressuposto nele também previsto.”²⁸⁹ O pressuposto do qual refere o doutrinador é a melhoria da condição social do trabalhador. Em suma, desde que vise à melhoria de sua condição social, é possível a criação de outros direitos objetivando ampliar o rol elencado na Carta Maior. Adiante, ele conclui:

O legislador constituinte quis assegurar ao trabalhador um catálogo mínimo de direitos, o qual pode ser, e de fato é, ampliado por outros previstos nas mais variadas fontes, autônomas (convenções ou acordos coletivos, etc.) ou heterônomas (leis, sentenças normativas, regulamentos empresariais unilaterais, etc).²⁹⁰

Com esse mesmo entendimento, disserta Cesar Zucatti Pritsch²⁹¹:

A redação dada a tal inciso XXVIII pelo constituinte originário, em 1988, na realidade veio trazer um incremento à disciplina da época, dispensando o requisito da culpa grave, que era assente na jurisprudência. As ações de indenização por acidente do trabalho, que até então eram quase inexistentes – diante da dificuldade

XXVIII, da Constituição Federal não é impedimento para a aplicação do disposto no art. 927, parágrafo único, do Código Civil quando se tratar de atividade de risco.”

²⁸⁸ GODOY, Cláudio Luiz Bueno de Godoy. *Responsabilidade civil pelo risco da atividade: uma cláusula geral no Código Civil de 2002*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 151.

²⁸⁹ BRANDÃO, Cláudio. *Acidente do trabalho e responsabilidade civil do empregador*. 2.ed. São Paulo: LTr, 2006, p. 271.

²⁹⁰ BRANDÃO, Cláudio. *Acidente do trabalho e responsabilidade civil do empregador*. 2.ed. São Paulo: LTr, 2006, p. 271

²⁹¹ PRISTCH, Cesar Zucatti. Responsabilidade Civil decorrente de acidente de Trabalho ou doença ocupacional. *Revista LTr*, vol. 76, n.º 03, mar. 2012, p. 312.

de prova da culpa grave do empregador pela vítima ou por seus familiares – passaram a ter considerável incidência na década de 90, perante a Justiça Comum, com ótimos efeitos pedagógicos disseminados pela sociedade, gerando a intensificação do investimento em prevenção de acidentes. Vê-se, pois, que tal garantia constitucional veio para melhorar o patamar de direitos vivenciados à época, não para limitá-lo.

Também nessa linha, expõe Paulo Roberto Lemgruber Ebert²⁹²:

Enfim, o art. 927, parágrafo único do Código Civil – que, efetivamente encontra guarida constitucional nos princípios da proteção dos trabalhadores (ar. 7º, caput), da dignidade humana (1º, III), do valor social do trabalho (1º, IV), da prevenção dos riscos laborais (art. 7º, XXII), da função social da propriedade (art. 70, III) e do meio ambiente equilibrado (art. 225, caput) – contempla aquelas hipóteses em que o risco inerente às atividades desempenhadas pela empresa atrai a responsabilidade objetiva dos empregadores pelos danos acidentários ocorridos naqueles estabelecimentos.

E tal modalidade de responsabilidade objetiva convive harmonicamente em abstrato não só com aquela contemplada no art. 14, §1, da Lei n.º 6.938/81, como também com a responsabilidade aquiliana estabelecida no art. 7º, XXVIII, da Constituição Federal (...)

Outrossim, Teresinha Lorena Pohlmann Saad²⁹³, ao enfrentar a discussão referente à compatibilização da cláusula geral da teoria do risco com o art. 7º, XXVIII, refere que a Constituição Federal dá abertura à recepção de novos direitos aos trabalhadores também por meio do art. 5º, §2º,²⁹⁴ afirmando que o mesmo contém uma “cláusula geral de recepção de outros direitos”, permitindo uma abertura para a aceitação de outras disposições que visem a aumentar a abrangência dos direitos fundamentais. Diante disso, conclui:

Tais premissas indicam, portanto, não ser inconstitucional, a aplicação da responsabilidade civil comum objetiva, do art. 927, parágrafo único, *in fine*, em sede dos acidentes do trabalho, porque, para além da Lei Fundamental normar expressamente a responsabilidade subjetiva (art. 7º, XXVIII), como recém observado, abriga, o outro preceito, por igual, já multicitado (art. 5º, §2º) que, ao contrário, do inciso XXVIII do art. 7º da CF, se apresenta com outra classificação de norma consubstanciada numa cláusula geral. Mas, no fundamental, ambas, são normas constitucionais e, na competição entre as duas, o bem jurídico, que poderia estabelecer hierarquia é o mesmo: a pessoa humana, e sua dignidade. [...] O conceito materialmente aberto enseja considerar-se incluídos no seu âmbito outros direitos, inclusive, que possam melhorar a sua condição de indivíduo, máxime, nesse ambiente (ambiente do trabalho), onde a vulnerabilidade humana é de sobejo manifesta.

²⁹² EBERT, Paulo Roberto Lemgruber. O meio ambiente do trabalho – conceito, responsabilidade civil e tutela. *Revista LTr*, São Paulo, vol. 76, n.º 11, p. 1333-1354, nov. 2012, p. 1347.

²⁹³ SAAD, Teresinha Lorena Pohlmann Saad. *Responsabilidade Civil pelos acidentes do trabalho inclusive nas atividades terceirizadas – da Constitucionalidade do art. 927, parágrafo único, in fine, do Código Civil de 2002*. São Paulo: Revista LTr, vol. 70, n.º 12, dezembro de 2006, p. 1478.

²⁹⁴ Art. 5º. [...] §2º - “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.”

Nesse diapasão, o constitucionalista Celso Ribeiro Bastos²⁹⁵, ao dissertar sobre a linguagem constitucional e o caráter amplo dos princípios, explica que a importância da interpretação é fundamental em razão do caráter aberto e amplo da Constituição, sendo que a norma constitucional apresenta-se no mais das vezes, com uma petição de princípios; e, portanto, a interpretação “transforma-se em elemento de constante atualização dessas espécies normativas, dentro de certos limites oriundos de forma (literalidade da lei)”. Acrescenta o jurista que

as normas constitucionais são como que envolvidas por uma camisa-de-força. Destarte, o intérprete vê na contingência de descobrir para além da simples literalidade dos Textos o ‘para que’ e o ‘para quem’ das suas prescrições, de sorte a distender o fio da interpretação até os limites daqueles parâmetros sistemáticos.

Prossegue o referido doutrinador, explicando acerca da necessidade de interpretar a norma, considerando todo o conjunto normativo de regras e princípios, ou seja, a partir de uma interpretação sistemática do texto constitucional. Segundo ele,

disso resulta uma interferência recíproca entre regras e princípios, que faz com que a vontade constitucional seja extraível a partir de uma interpretação sistemática, o que por si só já exclui qualquer possibilidade de que a mera leitura de um artigo isolado esteja em condições de propiciar o desejado desvendar daquela vontade, vontade esta, frise-se, da lei não do legislador. [...] **De outra parte figura o postulado segundo o qual, sempre que possível, deverá o dispositivo constitucional ser interpretado num sentido que lhe atribua maior eficácia.** O que efetivamente significa esse axioma é o banimento da idéia de que um artigo ou parte dele possa ser considerado sem efeito algum, o que equivaleria a desconsiderá-lo mesmo. Na verdade, esse postulado acaba por ser um reforço do outro, o da unidade da Constituição. Não se pode esvaziar por completo o conteúdo de um artigo, qualquer que seja, por isso, representaria uma forma de violação da Constituição.”²⁹⁶ [grifo nosso]

J. J. Gomes Canotilho²⁹⁷ explica que a Constituição Federal, como um sistema aberto de regras e princípios, deve ser interpretada de forma sistemática e considerando todo o conjunto normativo nela existente – na sua globalidade, como prega o princípio da unidade da constituição, o qual determina que “todas as normas contidas numa constituição formal têm igual dignidade (não há normas só formais, nem hierarquia de supra-infra-ordenação dentro da lei constitucional)”. Ele acrescenta:

Compreendido desta forma, o princípio da unidade da constituição é uma exigência de coerência normativa do sistema jurídico. O princípio da unidade, como um

²⁹⁵BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Celso Bastos Editora, 2002, p. 102-104.

²⁹⁶BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Celso Bastos Editora, 2002, p. 90.

²⁹⁷CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 5.ed. Coimbra: Almedina, 2000, p. 1167-8.

princípio de decisão, dirige-se aos juízes e todas as autoridades encarregadas de aplicar as regras e princípios jurídicos, no sentido de as ‘lerem’ e ‘compreenderem’, na medida do possível, como se fossem obras de um só autor, exprimindo uma concepção correcta do direito e da justiça (Dworkin). Nesse sentido, embora a Constituição possa ser uma ‘unidade dividida’ isso em nada altera a igualdade hierárquica de todas as suas regras e princípios quanto à sua validade, prevalência normativa e rigidez.

O ilustre jurista elenca, ainda, como princípio de interpretação constitucional o princípio da eficiência, também designado como princípio da máxima efectividade, ou princípio da interpretação efectiva, o qual pode ser formulado da seguinte forma:

A uma norma constitucional deve ser atribuído o sentido que maior eficácia lhe dê. É um princípio operativo em relação a todas e quaisquer normas constitucionais, e embora a sua origem esteja ligada à tese da actualidade das normas programáticas (Thoma), é hoje sobretudo invocado no âmbito dos direitos fundamentais (no caso de dúvidas deve preferir-se a interpretação que reconheça maior eficácia aos direitos fundamentais).²⁹⁸

O Supremo Tribunal Federal, em decisão do Ministro Eros Grau, muito bem manifestou a necessidade de uma interpretação conjunta dos dispositivos constitucionais, e não somente da análise literal de uma norma, em separado, consoante trecho abaixo transcrito:

Permito-me, ademais, insistir em que ao interpretarmos/aplicarmos o direito --- porque aí não há dois momentos distintos, mas uma só operação --- ao praticarmos essa única operação, isto é, ao interpretarmos/aplicarmos o direito não nos exercitamos no mundo das abstrações, porém trabalhamos com a materialidade mais substancial da realidade. Decidimos não sobre teses, teorias ou doutrinas, mas situações do mundo da vida. Não estamos aqui para prestar contas a Montesquieu ou a Kelsen, porém para vivificarmos o ordenamento, todo ele. Por isso o tomamos na sua totalidade. Não somos meros leitores de seus textos – para o que nos bastaria a alfabetização – mas magistrados que produzem normas, tecendo e recompondo o próprio ordenamento". (Supremo Tribunal Federal. Agr. Reg. na reclamação 3.034-2, Parafba. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/imprensa/pdf/rc13034.pdf>>. Acesso em 21/04/2007).

Destarte, não se pode interpretar o dispositivo do art. 7.º, XXVIII, isoladamente porquanto a interpretação a ser dada deve levar em conta todo o conjunto de princípios e regras existentes no texto constitucional, porque, consoante afirma Edvaldo Nilo de Almeida,²⁹⁹ “racionar o Direito na pós-modernidade é racionar sistematicamente”.

²⁹⁸CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 5.ed. Coimbra: Almedina, 2000, p. 1208.

²⁹⁹ALMEIDA, Edvaldo Nilo de Almeida. Repensando os princípios: princípios constitucionais sociais trabalhistas e a mudança dos paradigmas dos princípios específicos do Direito do Trabalho. *Revista LTr*, São Paulo, vol. 68, n.º 04, abril de 2004, p. 463.

No que diz respeito aos princípios aplicáveis ao problema em questão, é possível primeiramente, identificar o da dignidade da pessoa humana, consubstanciado no art. 1.º, III, da Constituição Federal. Isso porque, como analisado em item próprio, o seguro de que trata o inciso XXVIII da Constituição Federal não indeniza todos os danos sofridos pelo empregado. Assim sendo, permitir o acesso do trabalhador a uma indenização integral que lhe restitua as perdas resultantes do acidente, abrangendo os danos materiais, morais e estéticos, garantindo-lhe melhores condições de enfrentamento das lesões oriundas do acidente e melhores expectativas quanto à sua reabilitação profissional, pode ser considerada uma forma de garantir sua dignidade.³⁰⁰

Esse é o entendimento, inclusive, de Teresinha Lorena Pohlmann Saad³⁰¹ que fundamenta o dever de reparação, com base na responsabilidade objetiva, no princípio da dignidade da pessoa humana, ao dispor que:

A abertura material do catálogo de direitos fundamentais permite conectarmos à cláusula geral de responsabilidade objetiva do art. 927, parágrafo único, *in fine*, do Código Civil, com o art. 5.º, §2.º da Constituição Federal, tendo presente, que essa última cláusula de abertura enseja o reconhecimento e a garantia de outros direitos, decorrentes do regime e dos princípios da Constituição, no caso em estudo, decorrentes, sobretudo, do princípio da dignidade humana. Então, teremos, como necessário consequência, a conclusão de que o ordenamento jurídico pátrio, não está cerrado, apenas, na face subjetiva da responsabilidade civil (art. 7.º, XXVIII), mas permite concorrer, conforme as circunstâncias do caso concreto, com a tutela da forma objetiva, nas situações de lesões ao direito de outrem, advindas de risco atípico da atividade desenvolvida.

Além disso, ainda no art. 1.º da Carta Maior, inciso IV, o legislador elencou os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, como fundamentos da República Federativa do Brasil, a qual se constitui num Estado Democrático de Direito.

Adiante, o art. 170, *caput*, estabelece que “a ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social.”

Essas regras consubstanciadas nos arts. 1.º e 170 da Constituição que, não obstante assegure este último a livre iniciativa na ordem econômica capitalista, condicionam tal

³⁰⁰O trabalho, indiscutivelmente, figura como um dos componentes da condição de dignidade da pessoa. É para o bem-estar do ser humano que o trabalho se direciona. É para garantir seu estado de bem viver, condignamente, com o respaldo moral de poder assegurar a si e a sua família o sustento a saúde, o lazer e o progresso material contínuo e crescente, que deve voltar-se o emprego. (DAL COL, Helder Martinez. O princípio da dignidade da pessoa humana: o direito ao trabalho e a prevenção da infortunistica. *Periódico Justiça do Trabalho*. Porto Alegre, v.20, n.236, p. 26-30, ago 2003).

³⁰¹SAAD, Teresinha Lorena Pohlmann Saad. Responsabilidade Civil pelos acidentes do trabalho inclusive nas atividades terceirizadas – da Constitucionalidade do art. 927, parágrafo único, *in fine*, do Código Civil de 2002. São Paulo: *Revista LTr*, vol. 70, n.º 12, dez. 2006, p. 1480.

iniciativa ao respeito à dignidade da pessoa humana, aos valores sociais do trabalho e ao respeito e proteção do meio ambiente, o que requer a intervenção do Estado na defesa desses primados.³⁰²

Ainda, não se pode olvidar que a reparação do lesado é garantia fundamental, prevista no art. 5.º, X, e considerando que as prestações previdenciárias, como visto, são constituídas de prestações mensais de natureza alimentícia, não cuidam da reparação dos danos materiais, morais e estéticos advindos do acidente. Assim, nas hipóteses de acidentes que decorram da atividade de risco criado, livrando o empregado da necessidade da prova da culpa, o modelo objetivo de reparação do dano vai ao encontro do ideal de reparação integral do dano.

Com efeito, nesse aspecto se mostra oportuna a advertência, em tom de crítica, exposta por Ramon Daniel Pizarro³⁰³, no sentido de que indenizar pela metade é responsabilizar a vítima pelo resto. Nessa linha, limitar a indenização do acidentado às prestações previdenciárias, seria condená-lo a arcar sozinho com o restante dos prejuízos.

Outrossim, como a aplicação de direitos aos trabalhadores leva em conta o princípio da norma mais benéfica, em sendo mais favorável a disposição do art. 927, parágrafo único, do Código Civil, este deve ser o embasamento legal para a indenização decorrente de atividade de risco normalmente desenvolvida pela empresa.

Relativamente ao princípio da norma mais benéfica ao trabalhador, quando houver risco excessivo para o empregado ao realizar a atividade normal da empresa, poder-se-ia, com parcimônia, aplicar a teoria da responsabilidade objetiva. O disposto no art. 7.º, XXVIII da Carta Magna “seguro contra acidentes do trabalho, a cargo do empregador, sem excluir a indenização a que este está obrigado, quando incorrer em dolo ou culpa”³⁰⁴ constitui direito mínimo do trabalhador considerando-se o disposto na parte final do *caput* do art. 7.º da CF.

A esse respeito, também explica Amauri Mascaro do Nascimento³⁰⁵ comenta:

Não há na Constituição texto explícito dispondo sobre o princípio da norma favorável ao trabalhador, um dos mais significativos no Direito do Trabalho, mas é possível concluir que há norma na qual o princípio está implícito, que é exatamente o art. 7.º. A Constituição deve ser interpretada como um conjunto de direitos

³⁰²MELO, Raimundo Simão de. *Direito ambiental do trabalho e a saúde do trabalhador*: responsabilidades legais, dano material, dano moral, dano estético. São Paulo: LTr, 2004, p. 59.

³⁰³PIZZARRO, Ramon Daniel. *Daño moral*. Buenos Aires: Hammurabi, 1996.

³⁰⁴BARZOTTO, Luciane Cardoso. Responsabilidade civil do empregador. Revista Eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho da 4.ª Região, Ano I, Número 15, 2.ª Quinzena de Outubro de 2005, p. 66. Disponível na Internet: <http://www.trt4.gov.br>. Acesso em: 15 nov. 2006.

³⁰⁵NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Direito do Trabalho na Constituição de 1988*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 40.

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 ao trabalhador, a Constituição cumpre tríplice função. Primeiro, a elaboração das normas jurídicas, que não deve perder a dimensão de 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 capaz de conduzir ao resultado que de melhor maneira venha a atender aos interesses do trabalhador.³⁰⁶

Arnaldo Lopes Sússekind³⁰⁷, analisando o *caput* do art. 7.º, se pronuncia:

E a expressão ‘além de outros direitos que visem à melhoria de sua condição social’, não só fundamenta a vigência de direitos não previstos no artigo em tela, como justifica a instituição de normas, seja por lei, seja por convenção ou acordo coletivo, seja, enfim, por um laudo arbitral ou sentença normativa dos Tribunais do Trabalho. O que tem relevo para afirmar que a constitucionalidade dessas normas jurídicas é que não sejam elas incompatíveis com os princípios e prescrições da Lei Maior.

O referido comentário, embora elaborado em 1999, muito antes da vigência do Novo Código Civil, parece encaixar-se perfeitamente na discussão atual acerca do tema. Assim, a aplicação da cláusula geral da teoria do risco não só está de acordo com os princípios constitucionais (dignidade da pessoa humana, valor social do trabalho e justiça social), como também servirá para dar efetividade aos princípios contidos em nossa Carta Maior, no que concerne aos acidentes do trabalho.

A propósito, também Teresinha Lorena Pohlmann Saad³⁰⁸ recorre ao princípio da norma mais benéfica, qual seja, no caso em tela, a cláusula geral da teoria do risco, conforme expõe:

Ademais, é peculiar ao direito acidentário, o princípio protetivo do trabalhador. Sendo o direito acidentário um microsistema de proteção dos hipossuficientes, fica claro, que a interpretação deve ser sempre feita à favor do economicamente fraco que é o acidentado, nas hipóteses de acidentes decorrentes do risco proveniente da natureza da atividade desenvolvida. *In casu*, a responsabilidade objetiva prevista na parte final do parágrafo único do art. 927 do CC, merece acolhida, grife-se bem, nas hipóteses de acidentes provenientes de riscos atípicos da atividade, por inexigir a prova da culpa, sempre, tão gravosa. Neste contexto, a responsabilidade objetiva

³⁰⁶“Todos os direitos trabalhistas estabelecidos no texto constitucional são garantias mínimas e deve-se buscar ao máximo a melhoria da condição de vida do trabalhador. O postulado normativo da norma mais favorável ao obreiro está implícito neste artigo” (ALMEIDA, Edvaldo Nilo de Almeida, op. cit., p. 463).

³⁰⁷SÚSSEKIND, Arnaldo. *Direito Constitucional do Trabalho*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999 p. 80.

³⁰⁸SAAD, Teresinha Lorena Pohlmann Saad. Responsabilidade Civil pelos acidentes do trabalho inclusive nas atividades terceirizadas – da Constitucionalidade do art. 927, parágrafo único, in fine, do Código Civil de 2002. São Paulo: *Revista LTr*, vol. 70, n.º 12, dezembro de 2006, p. 1478-1479.

num litígio entre empregado e empregador, apresenta-se, como a via mais fácil da aquisição do direito à reparação do dano infortunistico.

Nesse sentido, Cláudio Brandão afirma que quando se fala em direitos humanos, direitos fundamentais ou proteção à saúde da pessoa humana, tem-se a impressão de que é algo metafísico, distante da realidade ou então uma composição meramente retórica que se aplica apenas e tão-somente ao Direito Constitucional e às garantias das liberdades. Entretanto, conclui, valendo-se das palavras de Daniel Sarmiento, que, ao contrário disso, são “[...] realidades históricas, que resultam de lutas e batalhas travadas no tempo, em prol da afirmação da dignidade humana [...], se universalizaram e constituem imperativos éticos que protegem todo e qualquer ser humano, independentemente do seu país ou cultura [...]”³⁰⁹

Por fim, mais uma vez recorrendo à doutrina de Cláudio Brandão³¹⁰, conclui-se que

acrescente-se a tudo isso o fato de que o inciso XXVIII do art. 7.º conter uma regra que atribui um direito ao trabalhador, consistente numa indenização, independentemente do benefício previdenciário, que lhe assegura a possibilidade de ressarcimento amplo diante de eventual dano oriundo do acidente, sendo paradoxal pretender transforma-lo num obstáculo para que esse direito lhe fosse reconhecido.

Pelo contrário, pois conforme explica o jurista alemão Gerhard Walter, dentre as várias possibilidades de interpretação deve dar preferência àquela “em que a eficácia dos direitos fundamentais encontra a sua máxima expressão”, acrescentando ele que “as cláusulas gerais constituem ‘brechas’ através das quais os direitos fundamentais conseguem ingressar no direito civil”.³¹¹ Além disso, deve-se atentar ao fato de que, consoante ensina Konrad Hesse³¹²:

A interpretação adequada é aquela que consegue concretizar, de forma excelente, o sentido (*Sinn*) da proposição normativa dentro das condições reais dominantes numa determinada situação. Em outras palavras, uma mudança das relações fáticas pode – ou deve – provocar mudanças na interpretação da Constituição.

Interessante frisar ainda que, considerando o fato da teoria objetiva estar disposta numa cláusula geral e que essa técnica legislativa permite o ingresso dos direitos

³⁰⁹ BRANDÃO, Cláudio. *Acidente do trabalho e responsabilidade civil do empregador*. 2.ed. São Paulo: LTr, 2006, p. 281.

³¹⁰ Idem, p. 285.

³¹¹ *Apud* FACCHINI NETO. Eugênio. Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado. In SARLET, Ingo Wolfgang (org). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Porto Alegre: Liv. do Advogado, 2003, p.38.

fundamentais no âmbito civil, no que se refere às indenizações por acidentes do trabalho decorrentes de atividade de risco, o magistrado, ao aplicar a Teoria do Risco, estará preenchendo a norma contida no parágrafo único do art. 927 do Código Civil com os princípios da dignidade da pessoa humana e do valor social do trabalho.

³¹² *Apud* ALMEIDA, Edvaldo Nilo de Almeida. Repensando os princípios: princípios constitucionais sociais trabalhistas e a mudança dos paradigmas dos princípios específicos do Direito do Trabalho. *Revista LTr*, São Paulo, vol. 68, n. 04, abril de 2004, p. 456.

5 APLICAÇÃO DA TEORIA DO RISCO NA REPARAÇÃO CIVIL DE DIREITO COMUM NOS ACIDENTES DO TRABALHO: ANÁLISE CASUÍSTICA

Dada a complexidade do assunto em questão e considerando a polêmica existente em torno da possibilidade de aplicação da teoria objetiva nas indenizações de direito comum oriundas do acidente do trabalho, a jurisprudência cumpre primordial papel no sentido de definir qual será a teoria que merece ser acolhida nas situações trazidas a juízo.

Além disso, por se tratar da aplicação de uma cláusula geral, técnica normativa caracterizada por possuir um conteúdo vago, ambíguo e indeterminado, o Código Civil de 2002 presta-se, justamente, a ser um "Código dos Juízes". Como visto, a existência de texto de lei, de princípios e cláusulas gerais - como é a do art. 927, parágrafo único - visa a driblar a complexidade do mundo atual, tornando a lei mais facilmente adaptável às mudanças freqüentes advindas com a modernidade e permite, por isso, maior e melhor acesso à justiça.

Nesse diapasão, serão expostos a seguir alguns julgamentos proferidos pela Justiça Trabalhista, em especial pelo Tribunal Regional da 4.^a Região e pelo Tribunal Superior do Trabalho, dados os limites da presente pesquisa, nos quais o Judiciário, preenchendo o conteúdo da cláusula geral da teoria do risco, adotou a referida teoria nas indenizações por acidente do trabalho.

Verifica-se que o Tribunal Regional da 4.^a Região, em algumas Turmas, desde os primeiros julgamentos proferidos acerca do assunto mostrou-se adepto à adoção da teoria objetiva³¹³.

³¹³A título exemplificativo, as seguintes ementas: ACIDENTE DE TRABALHO. ATIVIDADE DE RISCO. TEORIA DA RESPONSABILIDADE OBJETIVA. A natureza da atividade é a característica específica capaz de configurar o risco apto a ocasionar acidentes e provocar prejuízos aos obreiros. A atividade será considerada como de risco quando, pelas características existentes, denota uma pré-disposição à ocorrência de acidentes. Há, no conteúdo das atividades, um potencial perigo de serem causados danos a alguém. Sendo a atividade desenvolvida pelo obreiro junto aos postes de transmissão da rede de baixa e de alta tensão, entende-se ser hipótese de atividade de risco, capaz de ensejar a responsabilidade objetiva do empregador pelos danos causados por acidente sofrido pelo obreiro. (Tribunal Regional do Trabalho da 4.^a Região. 6.^a Turma. 01853-2005-261-04-00-6 (RO). Relator: Ana Rosa Pereira Zago Sagrilo. Data da publicação: 16/03/2007); ACIDENTE DO TRABALHO. RISCO DA ATIVIDADE. Prova oral que enseja o convencimento quanto à existência de nexo causal entre o evento danoso e as atividades laborais do reclamante a serviço da reclamada. Hipótese em que o dever do empregador de indenizar o empregado vítima de acidente de trabalho decorre da responsabilidade objetiva, em face do risco inerente à atividade (parágrafo único do art. 927 do CC/02). Empregado que sofreu queda de prédio de 7 a 8 metros de altura ao instalar antena parabólica, durante o exercício da atividade laboral. Acidente do trabalho que não importou em perda ou redução da capacidade para o trabalho. Pensão mensal vitalícia indevida. Devidas as indenizações por dano material e por dano moral. Recurso do reclamante provido em parte. (Tribunal Regional do Trabalho da 4.^a Região. 1.^a Turma. Proc. 01507-2005-731-04-00-7 (RO). Partes: Jefferson José Lersch X Cooperativa Regional De Eletrificação Teutônia LTDA. – CERTEL. Juiz Relator: Ione Salin Gonçalves. Julgamento: 26/04/2007. Data de Publicação: 03/05/2007)

As decisões abaixo elencadas representam casos típicos de acidentes envolvendo atividade de risco. Verifica-se, pelas próprias ementas das decisões, que o critério da atividade de risco foi observado para a aplicação da responsabilidade objetiva³¹⁴:

ACIDENTE DO TRABALHO. VIGILANTE. ASSALTO A AGÊNCIA BANCÁRIA. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. Incontroversa a existência de dano indenizável e tratando-se de atividade empresarial que implica em risco acentuado aos seus empregados, aplica-se a responsabilidade objetiva, não cabendo falar em fato de terceiro ou caso fortuito como excludente da culpa do empregador, porquanto não se trata de fatalidade a que estaria sujeito o cidadão comum. (Tribunal Regional do Trabalho da 4.^a Região, Proc. 0000458-18.2011.5.04.0641, Julgamento em 25/10/2012, Redator João Pedro Silvestrin)

INDENIZAÇÃO - ACIDENTE DE TRABALHO - RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO EMPREGADOR. CARACTERIZAÇÃO. Restando demonstrado nos autos, que a atividade desenvolvida pelo obreiro no âmbito da reclamada, é daquelas onde se vislumbra um risco acentuado, pela própria natureza com que é desenvolvida, fica caracterizada a responsabilidade objetiva da empresa em caso de acidente de trabalho, devendo arcar com o pagamento da indenização à vítima do dano, nos termos do art. 927, parágrafo único, do novo Código Civil. Recurso Ordinário não provido. (Tribunal Regional do Trabalho da 13.^a Região. Proc. 01722.2005.002.13.00-6 (RO). Juiz Rel. Carlos Coelho De Miranda Freire. Julgamento: 19/10/2006).

A título exemplificativo, transcrevem-se as decisões abaixo colacionadas, em que houve a aplicação da responsabilidade objetiva nas indenizações decorrentes de acidentes de trabalho ocorridos na atividade bancária, área na qual os tribunais vêm reconhecendo que se trata de uma atividade que preenche os requisitos da cláusula geral da teoria do risco:

DANO MORAL - ASSALTO A BANCO - TEORIA DO RISCO DA ATIVIDADE - Revela-se totalmente previsível ao senso comum que, com os atuais níveis de violência, os bancos que não providenciem proteção privada para seus funcionários, ocupantes de cargo de confiança, resultem em culpa (negligência). Em tais condições, tendo o gerente sofrido agressões físicas e psicológicas durante assalto, deve o banco indenizá-lo do dano moral sofrido. Ademais, na sistemática do novo Código Civil, o parágrafo único do art. 927 introduziu a chamada teoria do risco, segundo a qual aquele que cria um risco de dano pelo exercício de sua atividade obriga-se a repará-lo, independentemente de culpa (responsabilidade objetiva), a qual é presumida. (Tribunal Regional do Trabalho da 18.^a Região. Proc. 00345-2003-051-18-00-9 (RO). Juíza Relatora: Ialva Luza Guimarães de Melo. Publicação: 09/12/2003)

ACIDENTE DO TRABALHO. VIGILANTE. ASSALTO A AGÊNCIA BANCÁRIA. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. Incontroversa a existência de

³¹⁴Também nessa linha, a título exemplificativo, as seguintes decisões:

- Tribunal Regional do Trabalho da 4.^a Região. Proc. 0000354-50.2010.5.04.0030, Juiz Relator: Francisco Rossal de Araújo, Julgamento 06/09/2012;

- (Tribunal Regional do Trabalho da 4.^a Região. Proc. 0000167-84.2010.5.04.0404, Redator: Iris Lima de Moraes, Publicação: 27/06/2012); Tribunal Regional do Trabalho da 3.^a Região. 2.^o Turma. Proc. 01324.2005.050.03.00.8 (RO). Juiz Relator: Hegel de Brito Bóson. Publicação: 11/11/2005).

dano indenizável e tratando-se de atividade empresarial que implica em risco acentuado aos seus empregados, aplica-se a responsabilidade objetiva, não cabendo falar em fato de terceiro ou caso fortuito como excludente da culpa do empregador, porquanto não se trata de fatalidade a que estaria sujeito o cidadão comum. (Tribunal Regional do Trabalho da 4.^a Região, Proc. 0000458-18.2011.5.04.0641, Julgamento em 25/10/2012, Redator João Pedro Silvestrin)

A decisão abaixo transcrita enfrenta com categoria a questão da compatibilidade da cláusula geral da teoria do risco com o dispositivo constitucional contido no art. 7.^o, inciso XXVIII, da Constituição Federal, mostrando que não há óbice para a aplicação do princípio da dignidade da pessoa humana, e dispondo que o *caput* do art. 7.^o prevê a possibilidade de ampliação dos direitos dos trabalhadores, visando à melhoria de sua condição social, conforme exposto no presente trabalho, *in verbis*:

DANO MORAL. DOENÇA OCUPACIONAL. INDENIZAÇÃO. O princípio da dignidade da pessoa humana foi adotado como fundamento da República do Brasil, conforme dispõe o art. 1.^o, III, da CF/1988. Portanto, constituindo a essência dos direitos fundamentais, de modo que é forçoso concluir que, se a finalidade maior da CF é tutelar a pessoa humana - a quem reconheceu direitos fundamentais-, a autonomia das relações privadas, inclusive as relações de trabalho, encontra limites na preservação da dignidade da pessoa humana. Note-se que a CF/88, ao tutelar o meio ambiente (*caput* do art. 225), tinha como finalidade a proteção da vida humana, como valor fundamental, de sorte que, ao considerar incluído o local de trabalho no conceito de meio ambiente, constatamos que a proteção constitucional se volta à prevenção dos riscos ambientais para resguardar a saúde físico-psíquica do trabalhador enquanto cidadão. Apesar de não ser pacífica a questão da responsabilidade civil do empregador frente ao dano à saúde ou vida do empregado decorrente da agressão ao ambiente de trabalho, há, ainda, a previsão do Código Civil de 2002 que, apesar de concebido na década de 1970, adotou a responsabilidade objetiva fundada na teoria do risco na hipótese de atividade que, ao ser normalmente exercida, oferecer risco potencial da ocorrência de dano a direitos de outrem (parágrafo único do art. 927). Sendo assim, com supedâneo no parágrafo único do art. 927 do novo Código Civil e art. 7.^o, *caput* que estipulou assegurou outros direitos além dos previstos em seus incisos, a tendência atual da jurisprudência é inclinar-se pelo reconhecimento da responsabilidade do empregador independente de culpa ou dolo no caso do empregado vir a exercer atividade perigosa ou que o exponha a riscos. (Tribunal Regional do Trabalho da 15.^a Região. Processo 01995-2003-114-15-00-6 RO. Juiz Relator: Lorival Ferreira Dos Santos. Publicação: 28/04/2006.)

Da análise das decisões no Tribunal Superior do Trabalho, verifica-se divergência acerca da aplicação da teoria objetiva nas indenizações de direito comum por acidente do trabalho, quando preenchidos os requisitos do parágrafo único do artigo 927 do Código Civil, a Quarta e a Quinta Turma do Tribunal Superior do Trabalho manifesta-se em sentido contrário, consoante decisões abaixo colacionadas:

DANOS MATERIAIS E MORAIS ACIDENTE DE TRABALHO TEORIA DA RESPONSABILIDADE SUBJETIVA (CF, ART. 7.^o, XXVIII, IN FINE)

AUSÊNCIA DE PROVA DA CULPA DA EMPRESA VIOLAÇÃO DOS ARTS. 818 DA CLT E 333, I, DO CPC COM A CONDENAÇÃO DA RECLAMADA BASEADA APENAS NO DEPOIMENTO DO RECLAMANTE E CONTRA AS PROVAS DOCUMENTAIS E TESTEMUNHAIS. 1. O art. 7º, XXVIII, in fine, da CF, que prevê a indenização por danos materiais e morais em caso de acidente de trabalho, alberga a teoria da responsabilidade subjetiva, uma vez que condiciona o seu pagamento à demonstração de dolo ou culpa do empregador. A responsabilidade objetiva, decorrente da teoria do risco social, diz respeito exclusivamente ao seguro contra acidente de trabalho (primeira parte do inciso XXVIII do art. 7º da CF) e ao benefício previdenciário que o trabalhador fará jus no caso de invalidez (CF, art. 201, I). 2. In casu, o Regional, reformando a sentença da Vara do Trabalho, que julgara improcedente a reclamationária por ausência de prova da responsabilidade da Reclamada no infortúnio, deferiu a indenização, entendendo que houve negligência da Empresa, ao contratar empregado analfabeto para dirigir trator à noite, sem habilitação, treinamento e equipamento de proteção individual, o que ocasionou o acidente em que o Reclamante perdeu a perna direita. [...] 4. O que se verifica no presente feito é nítida inversão do ônus da prova (e julgamento inclusive contra a prova descrita no acórdão), ao arrepio da lei, sob o fundamento de que também processualmente o empregado deve ser considerado hipossuficiente para provar suas alegações. 5. Ora, o magistrado deve aplicar imparcialmente uma legislação que já é protetivo do empregado. Se o art. 818 da CLT determina que a parte deve provar as alegações que fizer, cabia ao Reclamante provar a culpa da Reclamada para obter dela a indenização pelos danos sofridos. (TST, RR-134/2004-102-22-00.3. Partes: Adail José de Aquino x Itaqueira Agropecuária S.A. Relator: Min. Ives Gandra Martins Filho. Publicação: DJ -13/04/2007)³¹⁵

INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. ACIDENTE DE TRABALHO. RESPONSABILIDADE DO EMPREGADOR. A Constituição da República incluiu entre os direitos do empregado o seguro contra acidentes de trabalho, a cargo do empregador, sem excluir a indenização a que este está obrigado, quando incorrer em dolo ou culpa (art. 7º, inc. XXVIII). Assim, constata-se que a Constituição da República, quanto à indenização por danos material e moral, provenientes de infortúnios do trabalho, adotou a teoria da responsabilidade subjetiva do empregador. Incidência da Súmula 333 do TST. Recurso de Revista de que não se conhece. (TST, RR - 266100-62.2005.5.12.0019, Relator Ministro: João Batista Brito Pereira, Data de Julgamento: 26/11/2008, 5ª Turma, Data de Publicação: 05/12/2008)

Contudo, é expressiva a adoção da teoria objetiva no TST, como se observa das ementas abaixo transcritas:

RECURSO DE REVISTA - INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL EM DECORRÊNCIA DE ROUBO À MÃO ARMADA EM AGÊNCIA DE COOPERATIVA DE CRÉDITO. Nas demandas em que se busca reparação civil, a legislação brasileira adota, como regra, a responsabilidade subjetiva do Empregador, na qual há de ser provado o dano, o nexo de causalidade e a culpa patronal. Excepcionalmente, em casos autorizados por lei ou quando a própria atividade desenvolvida pela sociedade empresária revelar risco para os direitos de outrem, há a possibilidade de responsabilização objetiva do empregador, nos termos do art. 927, parágrafo único, do Código Civil de 2002. Contudo, independentemente da atividade principal da sociedade, se o trabalhador estiver sujeito a risco mais elevado do que os demais em virtude do exercício de sua função, incide a exceção prevista no parágrafo único do art. 927 do CC/02, tornando objetiva a responsabilidade em

³¹⁵ Também nesse sentido, a título exemplificativo, a seguinte decisão: Tribunal Superior do Trabalho. RR - 164300-85.2005.5.04.0771 , Relator Ministro: Antônio José de Barros Levenhagen, Data de Julgamento: 25/03/2009, 4ª Turma, Data de Publicação: 17/04/2009)

face do risco profissional. (...) (TST, RR - 155100-71.2009.5.09.0093, Relator Juiz Convocado: Sebastião Geraldo de Oliveira, Data de Julgamento: 28/09/2011, 8ª Turma, Data de Publicação: 30/09/2011)

AGRAVO DE INSTRUMENTO. PROVIMENTO. ACIDENTE DE TRABALHO. SEQUESTRO. GERENTE DE AGÊNCIA BANCÁRIA. DANO MORAL. INDENIZAÇÃO. A CARACTERIZAÇÃO DE RESPONSABILIDADE OBJETIVA DEPENDE DO ENQUADRAMENTO TÉCNICO DA ATIVIDADE EMPREENDIDA COMO PERIGOSA. ARTIGO 927, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CÓDIGO CIVIL. 1.1. A condenação ao pagamento de indenização por dano moral, baseada na aplicação da responsabilidade objetiva, pressupõe o enquadramento técnico da atividade empreendida como perigosa. 1.2. Os gerentes de agências bancárias enfrentam, cotidianamente, grandes riscos com a falta de segurança pública. O perigo das instituições financeiras sofrerem assaltos é constante, o que se comprova pelo fato de haver a necessária presença de vigilantes armados em suas dependências. 1.3. Nesse contexto, revela-se inafastável o enquadramento da atividade de gerente de agência bancária como de risco, o que autoriza o deferimento do título postulado com arrimo na aplicação da responsabilidade objetiva prevista no Código Civil. Agravo de instrumento conhecido e desprovido. (TST, AIRR - 38000-35.2011.5.13.0022, Relator Ministro: Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira, Data de Julgamento: 07/08/2013, 3ª Turma, Data de Publicação: 09/08/2013)

RECURSO DE REVISTA. 1. ACIDENTE DE TRABALHO. DANO MORAL. INDENIZAÇÃO E PENSÃO. A CARACTERIZAÇÃO DE RESPONSABILIDADE OBJETIVA DEPENDE DO ENQUADRAMENTO TÉCNICO DA ATIVIDADE EMPREENDIDA COMO PERIGOSA. ARTIGO 927, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CÓDIGO CIVIL. VIGILANTE DE AGÊNCIA BANCÁRIA. 1.1. A condenação ao pagamento de indenização por dano moral e de pensão mensal, baseada na aplicação da responsabilidade objetiva, pressupõe o enquadramento técnico da atividade empreendida como perigosa. 1.2. Os vigilantes de agências bancárias enfrentam, cotidianamente, grandes riscos com a falta de segurança pública. O perigo de uma instituição financeira sofrer assaltos é constante, o que se comprova pelo fato dos trabalhadores permanecem armados em suas dependências. 1.3. Nesse contexto, revela-se inafastável o enquadramento da atividade de vigilante de agência bancária como de risco, o que autoriza o deferimento dos títulos postulados com arrimo na aplicação da responsabilidade objetiva prevista no Código Civil. (...) (TST, RR - 125-90.2010.5.04.0030, Relator Ministro: Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira, Data de Julgamento: 13/03/2013, 3ª Turma, Data de Publicação: 26/03/2013)

RECURSO DE REVISTA. 1. ACIDENTE DE TRABALHO - RESPONSABILIDADE DO EMPREGADOR. Em caso de responsabilidade objetiva, tendo em vista o exercício de atividade de risco na execução do contrato de trabalho, despicienda a análise da culpa "lato sensu" do empregador, bastando a demonstração do dano e do nexa causal. (...) (RR - 135400-84.2005.5.04.0030, Relator Ministro: Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira, Data de Julgamento: 05/05/2010, 3ª Turma, Data de Publicação: 21/05/2010)

RECURSO DE REVISTA - ACIDENTE DE TRABALHO - DOENÇA PROFISSIONAL - DANOS MORAL E MATERIAL - RESPONSABILIDADE CIVIL - NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL - CARACTERIZAÇÃO. Constitui direito da parte o acesso a uma prestação jurisdicional completa e fundamentada, nos termos do art. 131 do CPC, que determina que o Juiz, ao formar sua convicção, deve ater-se aos fatos e circunstâncias dos autos, além de indicar os motivos de seu convencimento. O ordenamento jurídico consagra como regra de responsabilidade civil a responsabilidade subjetiva, segundo a qual a responsabilidade do empregador só resta caracterizada com a presença dos seguintes elementos: dano, nexa de causalidade, culpa ou dolo. O Código Civil de 2002, apesar de ter mantido a responsabilidade subjetiva como regra, estabeleceu determinadas hipóteses em que

se aplica a responsabilidade objetiva, isto é, em que é prescindível a comprovação da culpa ou dolo do agente pelo dano causado. (...) (TST, RR - 183100-88.2005.5.05.0463 , Relator Ministro: Luiz Philippe Vieira de Mello Filho, Data de Julgamento: 06/04/2011, 1ª Turma, Data de Publicação: 19/04/2011)

AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA - DANO MORAL - ACIDENTE DE TRABALHO - RESPONSABILIDADE OBJETIVA - POSSIBILIDADE. (...). Por fim, não vislumbro de ofensa a dispositivo legal ou constitucional na decisão ora combatida. Embora o art. 7º, XXVIII, da Constituição da República estabeleça a obrigação de indenizar do empregador, quando incorrer em dolo ou culpa, em face de acidente de trabalho, o dispositivo não exclui a incidência do art. 927 do Código Civil, quando a atividade atribuída ao reclamante implicar risco ao seu direito. Logo, a conduta do reclamante não se revelou como causa única do infortúnio, não se podendo afastar, assim, a responsabilização da empregadora pelo dano causado. Agravo de instrumento desprovido. (TST, AIRR - 794640-55.2007.5.11.0008 , Relator Ministro: Luiz Philippe Vieira de Mello Filho, Data de Julgamento: 06/04/2011, 1ª Turma, Data de Publicação: 19/04/2011)

A partir da divergência observada, conclui-se que o assunto ainda será objeto de muita discussão no âmbito jurisprudencial até a consolidação da matéria, diante da importância do tema e de toda a argumentação exposta por ambas as correntes doutrinária, conforme verificado no decorrer do presente trabalho.

Esse assunto, por envolver matéria constitucional e diante da grande polêmica que encerra, muito provavelmente só será pacificado após pronunciamento do Supremo Tribunal Federal, em controle difuso de constitucionalidade, por meio de Recurso Extraordinário, no qual será discutida a compatibilidade entre o que reza o parágrafo único do art. 927 do Código Civil de 2002 e o disposto no art. 7º, inciso XXVIII, da Constituição Federal.

De todo modo, levando-se em conta os argumentos expostos no trabalho em questão, conclui-se que a decisão mais acertada será aquela que considerar possível a extensão da cláusula geral aos trabalhadores vítimas de acidentes envolvendo atividade de risco decorrente da atividade normalmente desenvolvida pela empresa. Essa interpretação permitirá que um sem número de trabalhadores socorra-se do Judiciário na busca de seu direito e tenham êxito na busca da reparação integral dos danos sofridos.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme vislumbrado no presente trabalho, a Revolução Industrial foi o marco histórico para o início da elaboração jurídica acerca dos meios de reparação das vítimas dos acidentes do trabalho sem a rigorosa prova da culpa, pela evidência de que exigir da vítima esse encargo equivaleria a deixá-la sem reparação.

A idéia de culpa está intrinsecamente ligada à responsabilidade civil, sendo que ao ocorrer um dano, logo se perquire quem é o culpado. Todavia, o regime da teoria subjetiva, ao longo do tempo, vem recebendo muitas críticas porque, em certos casos, sua aplicação não permite a adequada prestação da justiça.

Até o advento do Novo Código Civil, o ordenamento jurídico brasileiro havia recepcionado a teoria objetiva nas hipóteses previstas na legislação esparsa, a Constituição Federal a consagrou expressamente em alguns dispositivos como o relacionado aos danos ambientais, danos nucleares, e o Código de Defesa do Consumidor representou grande avanço ao considerar objetiva a responsabilidade do fornecedor pelo fato do produto ou do serviço. Hoje, a teoria está consubstanciada numa cláusula geral, expressa no parágrafo único do art. 927 do novel Código.

Em que pese a crítica de parte da doutrina, conclui-se que a utilização dessa técnica legislativa representou um grande avanço para a responsabilidade civil; pois, ao não definir taxativamente as hipóteses de aplicação, o legislador propicia uma maior abertura ao sistema jurídico, possibilitando aos operadores do direito o preenchimento do conteúdo da norma a partir da análise do caso concreto e, ao mesmo tempo, torna o direito dinâmico e sempre atual, podendo assim absorver as mudanças advindas com a modernidade, especialmente no tocante à responsabilidade civil, na qual, devido às transformações tecnológicas, constantemente surgem novas fontes de riscos.

Embora a legislação anterior à Constituição Federal dispusesse que a indenização devida pelo empregador, na hipótese de acidente do trabalho, estivesse condicionada ao dolo, por meio da interpretação jurisprudencial, que culminou na Súmula 229 do STF, ao dolo se equiparou a culpa grave, visando a melhor tutelar o empregado. A Constituição Federal avançou ainda mais, elencando no rol de direitos sociais dos trabalhadores, o inciso XXVIII, pelo qual a indenização seria devida bastando tão-somente a culpa *lato sensu* do empregador.

Mas, o que à época objetivava ser a garantia de maior tutela à vítima, parece hoje se constituir no grande empecilho exposto por parte da doutrina para a reparação do dano sem a prova da culpa pelo empregado, nos casos de acidentes de trabalho envolvendo atividade de

risco, já que o Código Civil de 2002 estabelece que haverá obrigação de indenizar independentemente de culpa, quando a atividade normalmente exercida pelo autor do dano, por sua natureza, impuser riscos para os direitos de outrem (e, por isso, também poderia ser estendido aos riscos oriundos do trabalho), e essa corrente defende que o dispositivo infraconstitucional não poderia afrontar nossa Carta Maior.

No entanto, o entendimento da teoria subjetiva contraria algumas questões práticas, como o fato de que se estaria proporcionando um tratamento desigual para as pessoas atingidas pelo mesmo acidente, respondendo a empresa, nas ações de reparação do dano propostas pelos vitimados, de forma objetiva, em se tratando de terceiros atingidos, e mediante prova da culpa, em relação a seus empregados, simplesmente porque em relação a esses últimos havia um vínculo formal com a empresa.

Além disso, questiona-se como provar a culpa da empresa se a atividade, pela potencialidade de riscos inerente à sua natureza, embora o empregador tomasse todas as cautelas possíveis, estava apta a causar danos a qualquer momento. Ainda, porque os prejuízos desse dano deveriam ser arcados pelo empregado, o qual já sofre com a infelicidade do acidente, se quem obtém os lucros da atividade perigosa é o empregador. Essas evidências, sem dúvida, colocam o operador do direito a questionar as considerações da teoria que defende a aplicação da responsabilidade subjetiva.

Da mesma forma, conclui-se, comungando com a doutrina que entende pela aplicação da teoria objetiva, que o dispositivo constitucional mencionado não deve ser lido isoladamente, e sim interpretado sistematicamente com o conjunto constitucional, devido ao princípio da unidade da Constituição e valendo-se do método hermenêutico da interpretação sistemática do texto constitucional. Com efeito, devem ser levadas em conta as demais normas relacionadas ao tema, como a que tutela o valor social do trabalho, a dignidade da pessoa humana e o princípio da reparação integral do dano, garantias que merecem ser acolhidas no caso em tela, sendo que a técnica legislativa da cláusula geral propicia essa aplicação, já que se constitui numa “porta de entrada” para a recepção dos princípios constitucionais na esfera civil.

É de notar que o posicionamento acerca da aplicação da teoria objetiva na indenização de direito comum resultante no acidente do trabalho se constitui numa “viragem de paradigma”, significando uma mudança de modelo do pensamento jurídico dos operadores do direito até então prevalecente e que, não obstante a resistência da teoria contrária, é de grande utilidade para o desenvolvimento da ciência jurídica, ainda mais em se tratando de garantir maior tutela às vítimas acidentadas, num país onde pouca atenção é dada pela

empresa quanto à proteção da saúde, higiene e segurança do trabalho e à proteção contra os riscos a ele inerentes (mandamento constitucional contido no art. 7.º, XXII, da CF), conforme revelam as altas estatísticas de infortúnios laborais existentes no Brasil.

A partir da pesquisa realizada, e observando a tendência jurisprudencial sobre o tema, conclui-se, ainda, que a responsabilidade objetiva aplica-se restritivamente às hipóteses de risco acentuado decorrente da natureza da atividade normalmente desenvolvida pela empresa; e, portanto, desde que preenchidos os requisitos do parágrafo único do art. 927 do Novo Código, permanecendo as demais situações amparadas pela teoria subjetiva, com fundamento no art. 7.º, XXVIII, da Constituição.

De qualquer sorte, considerando que o assunto posto à estampa se refere à aplicação de mais uma das várias cláusulas gerais incluídas no texto do Código Civil de 2002, ao judiciário cumprirá a difícil tarefa de consolidar o tema, já que o assunto encerra grandes polêmicas, defendidas por doutrinadores renomados de ambas as posições, e cujas manifestações jurisprudenciais, até o momento, apresentam-se bastante divergentes. Essas questões somente serão pacificadas e seus contornos mais bem estabelecidos, provavelmente, só após o pronunciamento do Supremo Tribunal Federal, em controle difuso de constitucionalidade, por meio de Recurso Extraordinário, no qual será discutida a compatibilidade entre o que reza o parágrafo único do art. 927 do Código Civil de 2002 e o disposto no inciso XXVIII do art. 7.º da Constituição Federal.

Como visto, o judiciário está cumprindo importante papel ao preencher o conteúdo da dita cláusula geral cujo espaço foi deixado propositalmente pelo legislador, a fim de tornar o Código atual diante da dinamicidade da vida moderna e, por outro lado, garantir um maior e melhor acesso à justiça.

Especificamente, em se tratando da aplicação no campo dos acidentes do trabalho envolvendo as atividades de risco, sua aplicação permitirá que um sem número de trabalhadores (ou suas famílias, em caso de morte) socorra-se do Judiciário na busca de seus direitos e tenha a chance de obter a reparação, sem o desgaste de longos anos de discussão acerca da ocorrência de culpa do empregador.

Por derradeiro, necessário observar que o tema “acidente do trabalho” suscita grandes discussões na atualidade, como aspectos relativos à competência de julgamento das ações pessoais dos familiares da vítima falecida em razão do acidente do trabalho, prescrição aplicável às ações indenizatórias, aspectos previdenciários e, ainda, outras questões relacionadas aos meios de prevenção da infortunistica e à socialização dos riscos, assuntos estes não (ou pouco) abordados nesta oportunidade devido à extensão do tema escolhido e sob

pena de fugir dos limites propostos; sem olvidar, contudo, da sua importância e cujas contribuições, em uma pesquisa de maior extensão, revelam-se decisivas.

REFERÊNCIAS

- AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. O Poder Judiciário e a concretização das cláusulas gerais: limites e responsabilidade. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, Porto Alegre, vol. 18, p. 221-7, 2000.
- ALMEIDA, Cléber Lúcio de. *Responsabilidade civil do empregador e acidente de trabalho*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003,
- ALMEIDA, Edvaldo Nilo de Almeida. Repensando os princípios: princípios constitucionais sociais trabalhistas e a mudança dos paradigmas dos princípios específicos do Direito do Trabalho. *Revista LTr*, São Paulo, vol. 68, n. 04, p. 450-61, abril 2004.
- ALONSO, Paulo Sergio Gomes. *Pressupostos da responsabilidade civil objetiva*. São Paulo: Saraiva, 2000.
- ARALDI, Udelson Josue. Responsabilidade civil objetiva: alcance do disposto no parágrafo único do art. 927 do novo Código Civil. *Jus Navegandi*, Teresina, a. 10, n. 1070, 6 jun. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br>>. Acesso em: 01 ago. 2013.
- ARAÚJO, Francisco Rossal de; RUBIN, Fernando. Elementos para investigação/caracterização do nexos causal em matéria acidentária. *Revista Justiça do Trabalho*: Porto Alegre, v.27, n.320, p. 43-52, ago. 2010
- AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Curso de direito civil: teoria geral das obrigações*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- BARZOTTO, Luciane Cardoso. Responsabilidade civil do empregador. *Revista Eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho da 4.ª Região*, ano I, n 15, p.59-68, 2.ª Quinzena Outubro 2005.
- BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Celso Bastos Editora, 2002.
- BELMONTE, Alexandre Agra. *Instituições civis no direito do trabalho: parte geral, obrigações, responsabilidade civil (incluindo dano moral) e contratos*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.
- BITTAR, Carlos Alberto. *Responsabilidade civil: Teoria e Prática*. Rio de Janeiro: Forense, 1990.
- BRANDÃO, Cláudio. *Acidente do trabalho e responsabilidade civil do empregador*. 2.ed. São Paulo: LTr, 2006.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 5.ed. Coimbra: Almedina, 2000.
- CASILLO, João. *Dano à pessoa e sua indenização*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.

CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 5.ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

COSTA. Judith Hofmeister Martins. *A Boa-Fé no Direito Privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

_____. O Direito Privado como um "sistema em construção": as cláusulas gerais no Projeto do Código Civil brasileiro. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 4, n. 41, maio 2000. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br>>. Acesso em: 03 out. 2006.

CRETILLA JÚNIOR, José. *Direito romano moderno*. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

DAL COL, Helder Martinez. O princípio da dignidade da pessoa humana: o direito ao trabalho e a prevenção da infelizmente. *Periódico Justiça do Trabalho*. Porto Alegre, v.20, n.236, p. 26-30, ago 2003

DALLEGRAVE NETO. José Affonso. *Responsabilidade Civil no Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2005

DIAS, José de Aguiar. *Da Responsabilidade Civil*. 11.^a edição, revista, atualizada de acordo com o Código Civil de 2002, e aumentada por Rui Berford Dias. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

DINIZ, Maria Helena. *Dicionário Jurídico*. São Paulo: Saraiva, 1998. vol. 4.

DIREITO, Carlos Alberto Menezes; FILHO, Sérgio Cavaliere. *Comentários ao Novo Código Civil, volume XIII: da responsabilidade civil, das preferências e privilégios creditórios*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

EBERT, Paulo Roberto Lemgruber. O meio ambiente do trabalho – conceito, responsabilidade civil e tutela. *Revista LTr*, São Paulo, vol. 76, n.º 11, p. 1333-1354, nov. 2012

FACCHINI NETO. Eugênio. Da responsabilidade civil no novo Código. In SARLET, Ingo Wolfgang (org), *O novo Código Civil e a Constituição*. Porto Alegre: Liv. do Advogado, p. 171-218, 2006.

_____. Funções e modelos da Responsabilidade Aquiliana no Novo Código. *Revista Jurídica*, Porto Alegre, n 309, p. 23-32, jul. 2003.

_____. Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado, In SARLET, Ingo Wolfgang (org), *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Porto Alegre: Liv. do Advogado, p. 11- 60, 2003.

FELICIANO, Guilherme Guimarães. Meio ambiente do trabalho e responsabilidade civil por danos causados ao trabalhador: dupla face ontológica. *Jus Navigandi*. Teresina,. Disponível em: *Jus Navigandi*, Teresina, n. 1065, 1 jun. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br>>. Acesso em: 01 jun. 2006.

FROTA, Mário. Estudo contrastivo da responsabilidade civil nos Códigos Civis do Brasil e de Portugal. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 14, n. 53, p. 151-180, jan./mar. 2005, p. 1001.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

GIANNASI, Fernanda. Câncer ocupacional por amianto no Brasil: A crônica da morte anunciada. *Revista da Justiça do trabalho*, Porto Alegre, p.73-8, jul. 2004.

GODOY, Cláudio Luiz Bueno de Godoy. *Responsabilidade civil pelo risco da atividade: uma cláusula geral no Código Civil de 2002*. São Paulo: Saraiva, 2010

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade Civil*. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. Responsabilidade Civil (Palestra proferida em 31/10/2001). *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*. São Paulo: IMESP, n.º 57/58, jan/dez. 2002, pp. 44-273. Disponível em:< www.pge.sp.gov.br>. Acesso em: 10 mar. 2007.

GODOY, Cláudio Luiz Bueno de Godoy. *Responsabilidade civil pelo risco da atividade: uma cláusula geral no Código Civil de 2002*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 121.

GRAU, Eros Roberto. *Ensaio sobre a Interpretação/Aplicação do Direito*. São Paulo: Malheiros, 2002.

LIMA, Alvinio. *Culpa e Risco*. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

LOPEZ, Tereza Ancona. *O dano estético: responsabilidade civil*. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

LOREA, Eduardo; GRACIANI, Marcos. Obras do Descaso. *Revista Amanhã (Gestão, Economia e Negócios)*, Porto Alegre, vol. 21, n.º 229, p. 46-53, março 2007.

MARINHO FILHO, Luciano. O Nexo Técnico Epidemiológico Previdenciário- NTEP como elemento de defesa do trabalhador e da sociedade. *Revista Justiça do Trabalho*. Porto Alegre, ano 27, n.º 323, nov. 2010

MARTINS, Sérgio Pinto. Responsabilidade civil no acidente do trabalho. *Justiça do Trabalho*, Porto Alegre, v.30, n.352, p. 59-69, abr. 2013.

MEIRELLES, Edicton. *O novo Código Civil e o Direito do Trabalho*. 3.ed. São Paulo: LTR, 2005.

MELO, Raimundo Simão de. *Direito ambiental do trabalho e a saúde do trabalhador: responsabilidades legais, dano material, dano moral, dano estético*. São Paulo: LTr, 2004.

MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. 2.ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1966.

MONTEIRO, Antonio Lopes. *Acidentes do trabalho e doenças ocupacionais: conceito, processos de conhecimento e de execução e suas questões polêmicas*. 3.ed. atual. São Paulo: LTr, 2005.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso do Direito Civil: Direito das Obrigações*, 1.^a parte. São Paulo: Saraiva, 2003.

MORAES, Maria Celina Bodin de. Risco, Solidariedade e Responsabilidade Objetiva. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, ano 95, vol. 854, p 12-37, dez. 2006.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Direito do Trabalho na Constituição de 1988*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 1991.

OLIVEIRA, José de. *Acidentes do trabalho*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. *Indenizações por acidente do trabalho ou doença ocupacional*. São Paulo: LTr, 2009.

_____. Responsabilidade civil objetiva por acidente do trabalho: teoria do risco. *Revista LTr*, São Paulo, n 4, v. 68, p. 404-16, abr. 2004.

PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Responsabilidade civil nas relações de trabalho e o novo Código Civil brasileiro. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 9, n. 677, 13 maio 2005. Disponível em: < <http://jus2.uol.com.br/doutrina>>. Acesso em: 16 out. 2006.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade Civil*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil: Introdução do Direito Civil Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

PESSOA, Eduardo. *História do Direito Romano*. São Paulo: habeas editora, 2001.

PIZZARRO, Ramon Daniel. *Daño moral*. Buenos Aires: Hammurabi, 1996.

PRISTCH, Cesar Zucatti. Responsabilidade Civil decorrente de acidente de Trabalho ou doença ocupacional. *Revista LTr*, vol. 76, n.º 03, mar. 2012

REALE, Miguel. *História do Novo Código Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

RIBEIRO, Lélia Guimarães Carvalho. A responsabilidade civil penal e previdenciária pelo acidente de trabalho. *Revista LTr*, São Paulo, v 61, n 2, p. 188-95, fev. 1997.

RIZZARDO, Arnaldo. *Responsabilidade civil*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 38.

RODRIGUES, Sílvio. *Direito Civil. Responsabilidade Civil*. 19.ed, São Paulo: Saraiva, 2002.

SAAD, Eduardo Gabriel. O acidente do trabalho, o benefício previdenciário e a indenização de direito comum. *Revista LTr*, São Paulo, vol. 47, n.º 8, 1983.

SAAD, Teresinha Lorena Pohlmann. *Responsabilidade civil da empresa nos acidentes do trabalho: compatibilidade da indenização acidentária com a de direito comum*, Constituição de 1988 – art. 7.º XXVIII. 3. ed. São Paulo: LTr, 1999.

_____. Responsabilidade Civil pelos acidentes do trabalho inclusive nas atividades terceirizadas – da Constitucionalidade do art. 927, parágrafo único, in fine, do Código Civil de 2002. *Revista LTr*, São Paulo, vol. 70, n.º 12, p. 1474-89, dezembro 2006.

SALIM, Adib Pereira Netto. A Teoria do Risco Criado e a Responsabilidade Objetiva do Empregador em Acidentes do Trabalho. *Revista LTr*, São Paulo, vol. 69, n.º 4, p.457-63, abril 2005.

SILVA, Caio Mário da. *Responsabilidade Civil*. 9.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

SILVA, Clóvis do Couto e. *A obrigação como processo*. São Paulo: Bushatsky, 1976.

SILVA, Paulo Renato Fernandes da. Os efeitos dos acidentes de trabalho. *Revista Justiça do Trabalho*. Porto Alegre, ano 29, n.º 339, mar. 2012, p. 70.

SILVA, Wilson Melo da. *O Dano moral e sua reparação*. 3.ed. ver. e ampl. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1999.

SOUZA, Mauro César Martins de. *Responsabilidade civil decorrente do acidente do trabalho: doutrina e jurisprudência*. Campinas: Agá Júris Editora, 2000.

SOUZA, Wendell Lopes Barbosa de. *A responsabilidade civil objetiva fundada na atividade de risco*. São Paulo: Atlas, 2010.

STOCO. Rui. *Tratado de Responsabilidade Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

SÜSSEKIND, Arnaldo. *Direito Constitucional do Trabalho*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

TELLES, Inocêncio Galvão. *Direito das Obrigações*. 7.ed. Coimbra: Coimbra Ed, 1999.

TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. 3.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

_____. Notas sobre o nexos de causalidade. *Revista Jurídica*, Porto Alegre, n.º 296, p. 07-18, junho 2002.

TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: Responsabilidade Civil*. São Paulo: Atlas, 2005.

VILLELA, Fábio Goulart. Responsabilidade civil do empregador no acidente de trabalho. *Revista LTr*, São Paulo, v.70, n.7, p.838-44, julho 2006.