

**MONALISA MICHEL**

**A RESPONSABILIDADE CIVIL DO EMPREGADOR: A TEORIA DO RISCO E O  
CRITÉRIO DO NEXO TÉCNICO EPIDEMIOLÓGICO NAS DOENÇAS LABORAIS**

Dissertação apresentada ao Curso de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná - UFPR como requisito para a obtenção de título de mestre em Direito das Relações Sociais.

**Orientadora: Professora Doutora  
Aldacy Rachid Coutinho.**

**CURITIBA**

**2011**

## TERMO DE APROVAÇÃO

MONALISA MICHEL

A RESPONSABILIDADE CIVIL DO EMPREGADOR: A TEORIA DO RISCO E O CRITÉRIO DO NEXO TÉCNICO EPIDEMIOLÓGICO NAS DOENÇAS LABORAIS

**Dissertação apresentada para a obtenção de grau de mestre no Curso de Pós-Graduação em Direito das Relações Sociais da Universidade Federal do Paraná – UFPR.**

Orientadora: Professora Doutora Aldacy Rachid Coutinho

UFPR

Professor Doutor Wilson Ramos Filho

UFPR

Professor Doutor José Affonso Dallegrave Neto

Unibrasil

Curitiba, 05 de setembro de 2011.

*Dedico esse trabalho, 'in memoriam', ao meu pai, que sempre foi presença constante e intensa em minha vida; companheiro inigualável, educador e inspirador; você está em cada palavra dessa dissertação: quanta falta você me faz.*

## **AGRADECIMENTOS**

À minha mãe, pelo carinho e dedicação  
infindáveis;

Ao meu companheiro de todas as horas,  
Alexandre;

Ao meu irmão Pablo, pela confiança e  
respeito;

Aos meus colegas de trabalho, pela  
compreensão e incentivo;

Aos meus amigos, pela paciência;

À minha orientadora, Professora Aldacy,  
pelo compartilhamento do saber e

À Univel, por possibilitar a ampliação dos  
meus horizontes de aprendizagem e  
ensino.

"A responsabilidade de todos é o único caminho para a sobrevivência humana."

Dalai Lama

## RESUMO

O presente trabalho trata da responsabilidade civil do empregador pelos danos materiais e morais decorrentes das relações empregatícias, especialmente sobre a aplicação da moderna teoria do risco, hoje regulamentada no artigo 927, parágrafo único, do Código Civil brasileiro e sobre o nexo técnico epidemiológico como critério de aferição do risco nas doenças laborais. Partindo de um estudo da teoria clássica da culpa e da evolução da culpa ao risco, foi possível constatar que exigências sociais, econômicas e políticas clamam por um novo modelo de responsabilidade civil. Nesse contexto, a aplicação da teoria da responsabilidade civil no Direito do Trabalho deve ser entendida a partir das particularidades advindas da relação 'sui generis' entre empregado e empregador, das normas específicas de proteção ao trabalhador e da jurisdição trabalhista ainda incipiente em matéria civilista. Não sem esmiuçar as razões disso, constata-se que, atualmente, a responsabilidade civil subjetiva do empregador convive, em harmonia legislativa, com a reparação sem culpa, ou seja, objetiva, cada qual com sua importância, finalidade e requisitos de aplicação. De fato, as transformações sociais e jurídicas tendentes à consolidação de um novo modelo de Estado social e solidário, cujas aspirações ficaram expressas na Constituição da República de 1988 e no Código Civil de 2002, bem como nas inúmeras normas internacionais principalmente expedidas pela OIT – Organização Internacional do Trabalho, depositaram na teoria da responsabilidade civil todas as expectativas de uma justiça distributiva, cuja repartição dos prejuízos, no entanto, deve ser suportada por todos e, inclusive, pelo Estado, na qualidade de fenômeno social.

Palavras-chave: Responsabilidade civil - relação empregatícia – culpa – risco da atividade - nexo técnico epidemiológico.

## ABSTRACT

The present essay discuss the employer's civil responsibility for the material and moral damages resulting from the work relations, specially on the application of the modern theory of the risk, today regularized in the article 927, the only paragraph, of the Civil Brazilian Code and on the epidemiological technical connection as criterion of gauging the risk in the labour diseases. From a study of the classic theory of the fault and from the evolution of the fault to the risk, it was possible to conclude which social, economical and political demands claiming for a new model of civil responsibility. In this context, the application of the theory of the civil responsibility in the Labour Law must be understood from the peculiarities resulted from the 'sui generis' relation between employee and employer, from the specific standards of protection to workers and from the jurisdiction still incipient in civilist's matter. Not without examining the reasons of that in detail, it is established, at present, the civil subjective responsibility of the employer coexists, in legislative harmony, with the mending without guilt, in other words, it aims, each one with his importance, finality and requisites of application. In fact, the social and legal transformations tending to the consolidation of a new model of social and supportive State, which aspirations were expressed in the Constitution of the Republic of 1988 and in the Civil Code of 2002, as well as in the countless international standards principally dispatched by the ILO – International labor organization deposited in the theory of the civil responsibility all the expectations of a distributive justice, in which distribution of the damages, however, must be supported by all and, inclusive, by the State, in the capacity of social phenomenon.

Key words: Civil responsibility - work relation – guilt – risk of the activity - epidemiological technical connection.

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO</b> .....	<b>9</b>
<b>2 A RESPONSABILIDADE CIVIL DO EMPREGADOR NAS RELAÇÕES LABORAIS</b> .....	<b>12</b>
2.1 DA CULPA AO RISCO.....	12
2.2 RESPONSABILIDADE EXTRA CONTRATUAL E CONTRATUAL .....	19
2.3 RESPONSABILIDADE SUBJETIVA .....	28
2.4 RESPONSABILIDADE OBJETIVA.....	37
2.4.1 Noções gerais.....	37
2.4.2 A cláusula geral de responsabilidade objetiva pelo risco da atividade .....	41
2.4.3 Caracterização da atividade de risco .....	47
2.4.3.1 Risco decorrente de uma atividade .....	48
2.4.3.2 Risco e perigo.....	50
2.4.3.3 Conceito de ‘atividade normalmente desenvolvida: ato ilícito ou atividade lícita? .....	52
2.4.4 Critérios gerais para a delimitação do risco .....	56
2.4.5 O meio ambiente laboral.....	59
2.4.6 Riscos da atividade.....	60
2.5 O NEXO TÉCNICO EPIDEMIOLÓGICO COMO FATOR DE RISCO NAS DOENÇAS OCUPACIONAIS .....	65
2.5.1 O sistema previdenciário e a securitização privada dos danos .....	65
2.5.2 O seguro contra acidentes de trabalho .....	68
2.5.3 A criação do Nexo Técnico Epidemiológico - NTEP .....	70
2.5.4 O NTEP nos processos judiciais. Nexo técnico e nexo causal.....	74
2.5.5 A realidade econômico-social dos acidentes de trabalho no Brasil .....	78
<b>3 CONCLUSÕES</b> .....	<b>82</b>
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS</b> .....	<b>85</b>



## 1 INTRODUÇÃO

O tema 'Responsabilidade Civil' sempre foi um campo fértil às mais variadas doutrinas e aplicações do direito. É possível dizer que desde sempre existe a ideia da responsabilidade por danos causados e até hoje se procura delimitar os muitos institutos que permeiam a obrigação de indenizar, especialmente após a criação de uma cláusula geral de responsabilidade civil objetiva no artigo 927, parágrafo único, do Código Civil brasileiro de 2002.

Da vinculação ao direito penal à teoria independente do risco, a responsabilidade civil atravessou caminhos de forte conotação sancionatória e moral para adentrar na era da socialização do Estado e do direito.

Aos poucos, a teoria clássica da culpa foi perdendo forças em virtude de novas e mais complexas exigências sociais de reparação dos danos<sup>1</sup>. De outro lado, tendo como fator desencadeante a crescente e desordenada industrialização e modernização dos meios de produção, com o conseqüente aumento (quantitativo e qualitativo) dos acidentes de trabalho, a teoria do risco, juntamente com os ideais franceses de equidade e humanidade<sup>2</sup>, despontou para estabelecer uma teoria objetiva da responsabilidade.

No direito do trabalho, a responsabilidade civil do empregador não acompanhou com a mesma velocidade e intensidade outras áreas do direito brasileiro, que sofreram forte influência do Direito Francês. Isso porque, culturalmente, o empregador era tratado com supremacia, especialmente pelo caráter político-financeiro das atividades econômicas. A jurisdição não especializada até a década de 1930, a legislação esparsa e pouco arrojada em termos de direitos

---

<sup>1</sup> O termo 'reparação' foi utilizado nesse trabalho com o mesmo sentido de indenização, ou seja, como ressarcimento de prejuízos patrimoniais ou morais, por qualquer tipo de prestação (reparatória, indenizatória ou compensatória), 'in natura' ou pecuniária.

<sup>2</sup> Ideais dirigidos, inicialmente, à responsabilidade civil na prestação do serviço público, como observado pelo Conselho de Estado/França (2006, p. 23).

e deveres de empregados e empregadores também influenciaram o tratamento jurídico deficitário em matéria de responsabilidade civil.

Contudo, nos últimos anos e, especialmente a partir da Emenda Constitucional n. 45/2004, com a reforma do Poder Judiciário e a consequente ampliação da competência jus laboral, o Direito do Trabalho tem enfrentado o seu ápice na aplicação da moderna teoria da responsabilidade civil.

Assim, à luz da legislação vigente, irradiada pelos princípios informadores do direito e por todas as formas de interpretação das normas, pode-se concluir que os danos morais e materiais oriundos das relações laborais têm como substrato a responsabilidade civil subjetiva prevista, como regra, na Constituição Federal e no Código Civil (revogado e atual), bem como a responsabilidade civil objetiva por risco da atividade, inaugurada em 2002 no Código Civil vigente.

Os elementos que circundam e separam a aplicação das responsabilidades subjetiva e objetiva no Direito do Trabalho, no entanto, mostram-se tênues e pouco delimitados, começando pela discussão sobre qual a responsabilidade aplicável, se contratual ou extracontratual (delitual ou aquiliana), subjetiva ou objetiva e quando será aplicável a teoria do risco, de que trata o parágrafo único do artigo 927 do Código Civil. Ademais, a criação do Nexo Técnico Epidemiológico pelo Instituto Nacional de Seguridade Social – INSS, facilitando a identificação do nexo causal entre doenças e atividades profissionais, tem sido importantíssima ferramenta, administrativa e judicial, inclusive como fator de classificação do risco da atividade laboral.

A construção de uma cláusula geral de responsabilidade civil objetiva inegavelmente possibilitou uma dinâmica jurídica, social e econômica ao ordenamento jurídico, mas se por um lado pretendia evitar o casuísmo, de outro, tem levado às mais diversas interpretações e ensejado decisões multifacetadas sobre o assunto, principalmente na Justiça Trabalhista, ainda incipiente na aplicação da teoria da responsabilidade civil.

De plano é possível afirmar que o Direito Brasileiro está vivenciando nos últimos anos o que Laurence Engel, citado pelo Conselho de Estado da França (2006, p. 39), identificou a partir de 1989 (naquele país) “a passagem de uma gestão individual da culpa a uma gestão socializada do risco”, mas não sem a necessidade de se identificar os responsáveis na medida de suas contribuições para o evento danoso, bem como o papel do Estado nesse fenômeno social que é a responsabilidade civil moderna.

O presente trabalho tem, assim, a incumbência de, obviamente sem exaurir o tema, investigar qual o substrato e os limites da responsabilidade civil do empregador frente o contrato de trabalho, especialmente nos acidentes de trabalho, típicos ou equiparados, em que os danos civis são mais recorrentes e aonde a teoria do risco encontra aplicação. A responsabilidade civil ora debatida é a do empregador pelos danos materiais e morais oriundos da relação de trabalho com vínculo de emprego (*‘stricto sensu’*), não se referindo, assim, à responsabilidade pelo descumprimento de verbas típicas trabalhistas e previdenciárias.

Em um capítulo, o assunto ‘Responsabilidade Civil do Empregador nas Relações Laborais’ abordará a trajetória da culpa ao risco, a responsabilidade extracontratual e contratual do empregador, a responsabilidade subjetiva e objetiva, a cláusula geral de responsabilidade objetiva por risco da atividade no artigo 927, parágrafo único, do Código Civil, a teoria do risco e o ‘Nexo Técnico Epidemiológico’ nas doenças laborais, com as repercussões doutrinárias, jurisprudenciais e sociais dessas matérias.

## 2 A RESPONSABILIDADE CIVIL DO EMPREGADOR NAS RELAÇÕES LABORAIS

### 2.1 DA CULPA AO RISCO

A culpa é um dos elementos da responsabilidade civil subjetiva, juntamente com o dano e o nexos causal, e foi identificada ao ato ilícito pelo Código Civil brasileiro atual (artigo 186), da mesma forma que o Código anterior (artigo 159), ou seja, é a “ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência (...)” que violar direito e causar dano a outrem, definição que se distanciou da expressão vaga do Direito Francês, “Faute” (falta).

Inúmeros são os conceitos de culpa formulados pela doutrina, à falta de especificação legal, seja de caráter objetivo (lesão ao direito de outrem), como subjetivo (elemento psicológico de prever ou poder prever a violação ao direito de outrem). Para Alvin Lima (1963, p. 57/58 e 76), culpa é “um erro de conduta, um desvio da normalidade no agir ou abster-se”, moralmente imputável.

Sob o aspecto *lato*, a culpa engloba também o dolo, o qual, segundo Rui Stoco (2007, p. 130), é o comportamento consciente dirigido a um fim ilícito. Já no sentido estrito, a culpa é traduzida, para o mesmo doutrinador por um comportamento equivocado, sem intenção de causar lesão ou violar direito “mas da qual se poderia exigir comportamento diverso, posto que erro inescusável ou sem justificativa plausível e evitável para o *homo medius*”. A culpa *stricto sensu*, ainda, pode ser conceituada, genericamente, como a inobservância a um dever geral de cautela ou de cuidado, segundo as lições de Carlos Roberto Gonçalves, 2003, p. 298.

O dolo e a culpa se identificam, portanto, no que tange à conduta voluntária ilícita (por ação ou omissão), porém, em suma, no primeiro caso, a vontade também é dirigida ao resultado/consequência da conduta, enquanto no segundo, não há vontade do agente quanto ao resultado danoso, que ocorre por uma conduta acidental de falta de cuidado.

Como elemento principal da responsabilidade civil, a culpa marcou o direito em todo o mundo, aparecendo no Direito Romano, após uma longa fase de vingança privada e sem limites<sup>3</sup>, sendo depois consolidada como teoria no Direito Francês<sup>4</sup>, inspirando substancialmente a legislação brasileira. Nessa época, de vigência da teoria clássica subjetivista, a responsabilidade civil era indissociável do ato ilícito.

Porém, ao mesmo tempo em que a culpa era assentada como característica principal e indispensável ao dever de reparar, nasciam críticas contra um modelo insuficiente para atender, nos dizeres de Caio Mario Pereira da Silva (2004b, p. 562 e 556), “às imposições do progresso” e a “toda a gama dos danos ressarcíveis”, em que pese propugnar o Autor pela manutenção da regra da responsabilização subjetiva.

De fato, se, de um lado, a responsabilidade subjetiva era bem cômoda e interessante ao fortalecimento da atividade industrial e ao desenvolvimento econômico do País, de outro lado, a maior impulsionadora do estabelecimento de uma teoria da responsabilidade objetiva fundamentada no ‘risco’ foi justamente a explosão industrial ocorrida a partir do século XVIII<sup>5</sup> e o crescente número de acidentes de trabalho advindos identificado por Sérgio Cavalieri Filho (2005, p. 154).

Basta imaginar que, nessa época, não existia qualquer regramento de segurança, higiene e medicina do trabalho ou de penalidades dirigidas aos empregadores pela não adoção de normas de prevenção ou controle de danos no ambiente do trabalho. Também, o sistema de repressão dos danos, judicial e administrativo, era bem deficiente. Assim, a irrestrita exploração da mais valia em

---

<sup>3</sup> Por exemplo, a Lei do Talião no Código de Hamurabi (1.780 a.C) – filosofia do ‘dente por dente’, ‘olho por olho’.

<sup>4</sup> Alvino Lima (1963, p. 49) lembra que, inicialmente, a doutrina Francesa sequer separava a definição de culpa com a de dano e de nexos de causalidade, caracterizadores da responsabilidade civil.

<sup>5</sup> A Revolução Industrial consistiu em um conjunto de mudanças tecnológicas com profundo impacto no processo produtivo em nível econômico e social. Iniciada na Inglaterra em meados do século XVIII, expandiu-se pelo mundo, inclusive no Brasil, a partir do século XIX.

detrimento de uma frenética produção industrial, expôs o ambiente de trabalho ao caos e tornou a relação entre patrão e operário altamente destrutiva<sup>6</sup>.

Sob outro ângulo, Alvino Lima (1963, p. 48) demonstrou preocupação com o pressuposto da culpa na responsabilidade civil, em virtude da dificuldade de conceituá-la e pelos efeitos que a conceituação diversificada poderia causar.

O referido doutrinador (1963, p. 121), dizendo que a responsabilidade deve emanar do fato e não da culpabilidade, chegou a dizer que a culpa era “resquício da confusão primitiva entre a responsabilidade civil e penal. O que se deve ter em vista é a vítima, assegurando-lhe a reparação do dano e não a ideia de infligir uma pena ao autor do prejuízo causado”. De fato, a mudança do foco de preocupação, de antes proteger a vítima do que o ofensor, remonta a ideologia dos principiantes da teoria da responsabilidade sem culpa, Raymond Saleilles<sup>7</sup> e Louis Jossierand, no final do século XVIII e início do século XIX, seguindo o princípio hoje paradigmático no Direito Brasileiro, de que nenhum dano deve ficar sem reparação<sup>8</sup>, nem a vítima sem socorro, como lembrou, também, Caio Mario Pereira da Silva (2004b, p. 556).

Caio Mario Pereira da Silva (2004a, p. 663), visualizando o deslocamento da teoria da culpa para a teoria do risco, doutrinou que:

Em verdade, a culpa, como fundamento da responsabilidade civil, é insuficiente, pois deixa sem reparação danos sofridos por pessoas que não conseguem provar a falta do agente” [...]. O fundamento ético da doutrina está na caracterização da injustiça intrínseca em face da diminuição do patrimônio pelo fato do titular de outro *patrimônio*. Ante uma perda econômica pergunta-se qual dos patrimônios deve responder, se o da vítima ou do causador do prejuízo [...]. O fundamento da teoria é mais humano do que o da culpa e mais profundamente ligado ao sentimento de solidariedade social. Cada um deve sofrer o risco de seus atos, sem cogitação da idéia da

---

<sup>6</sup> As produções literárias de Karl Marx e Friedrich Engels, como o “Manifesto do Partido Comunista”, retrataram com profundidade e crítica a relação conturbada entre proletariado e burguesia durante a Revolução Industrial.

<sup>7</sup> Raymond Saleilles iniciou seus estudos sobre responsabilidade objetiva a partir do aumento dos acidentes de trabalho.

<sup>8</sup> No Direito Francês e Argentino palestrado no II Congresso Internacional de Direito Civil da UFPR (outubro de 2010), o entendimento é de que o direito à reparação da vítima deve prevalecer a fim de que nenhum dano fique sem resposta.

culpa, e, portanto, o fundamento da responsabilidade civil desloca-se da noção de *culpa* para a idéia de *risco*. (grifos no original)

O lento declínio da culpa como requisito da responsabilidade civil fez com que passasse por uma trajetória de mitigação, especialmente com sua presunção<sup>9</sup> em alguns casos isolados no Direito pátrio, a exemplo do Decreto n. 2.681/1912, que regulou a responsabilidade civil nas Estradas de Ferro<sup>10</sup> e dos artigos 1521 (responsabilidade por fato de terceiro), 1527 (responsabilidade pelo fato da coisa) e 1528<sup>11</sup>, do antigo Código Civil<sup>12</sup>.

O abuso no exercício de um direito<sup>13</sup> marcou um período de transformação do pensamento individualista e, em que pese inicialmente relacionado ao dolo e à culpa, já no século passado era visto por José de Aguiar Dias (1973, p. 123 e 126)<sup>14</sup> como instituto autônomo e independente do elemento subjetivo (, por mais que tenha sido disciplinado no artigo 187 do Código de 2002, de forma inaugural, como categoria de ato ilícito (culposo)<sup>15</sup> gerador de responsabilidade. Separando o ato ilícito do abusivo, Heloísa Carpena (2002, p. 371) entende que:

---

<sup>9</sup> Presunção que resultava na inversão do ônus da prova, ou seja, transferindo ao ofensor o poder/dever de provar que não agiu com culpa.

<sup>10</sup> No artigo 1º do Decreto há previsão de que será sempre presumida a culpa 'das estradas de ferro', quanto à "perda total ou parcial, furto ou avaria das mercadorias que receberem para transportar". No entanto, o artigo 26 prevê a responsabilidade objetiva pelos danos que a exploração das suas linhas causar aos proprietários marginais.

<sup>11</sup> "O dono do edifício ou construção responde pelos danos que resultarem de sua ruína, se esta provier da falta de reparos, cuja necessidade fosse manifesta" – grifou-se -.

<sup>12</sup> Essa transição também foi percebida nos acidentes de trabalho, cuja inicial exigência de culpa grave (Súmula 229, STF), passou para qualquer grau de culpa (artigo 7º, XXVIII, Constituição Federal).

<sup>13</sup> Para Alvino Lima (1963, p. 219), aquele que, obedecendo apenas aos limites objetivos da lei, no exercício do direito que lhe confere o preceito legal, viola os princípios da finalidade econômica e social da instituição, abusa de seu direito. Em outro sentido, Hélio Borghi (2009, p. 265) entende que abusa do direito aquele que não observa a boa-fé e os bons costumes.

<sup>14</sup> José de Aguiar Dias (1973, p. 126) leciona que: "Vemos, pois, que o abuso de direito, sob pena de se desfazer em mera expressão de fantasia, não pode ser assimilado à noção de culpa".

<sup>15</sup> Nesse sentido, doutrina Maurício Pessoa (2009, p. 412), para quem o abuso de direito é ato ilícito gerador de responsabilidade por culpa.

“Em ambos, o agente se encontra no plano da antijuridicidade: no ilícito, esta resulta da violação da forma, no abuso, do sentido valorativo”<sup>16</sup>.

O direito, então, foi instado a socorrer o desequilíbrio na relação entre ofensor e ofendido, gerado, de um lado, pelos maiores e mais frequentes prejuízos sofridos pelas vítimas e, de outro, pela insuficiência da teoria clássica da culpa para prevenir e reprimir tais males, especialmente pela grande dificuldade encontrada na prova do elemento anímico da responsabilidade civil, como ressaltou Caio Mario Pereira da Silva (2004b, p. 560).

Diante dessas transformações no direito, com a mitigação do conceito da culpa e a sua própria desnecessidade, bem como a responsabilização objetiva pelo abuso no exercício de um direito, assentados principalmente no grave quadro social que assolava o Brasil e o mundo, a doutrina e jurisprudência instigaram a atividade legislativa na criação de normas esparsas e codificadas prevendo a responsabilização objetiva dos infratores, com base na ideia da repartição dos prejuízos e socialização dos riscos. Cunhava-se a teoria do risco, conforme observou José Rodrigues Vieira Netto (1989, p. 92):

O uso das coisas perigosas (motores, veículos, maquinaria) introduzindo uma interrogação cada vez mais persistente se os proprietários dessas coisas, onde dormia, latente, uma ameaça, não estariam abusando do seu uso; - se a utilidade social, ou o fim econômico desses engenhos, comportaria a incolumidade de seus usuários, pelos desastres e prejuízos que ocasionavam? – Íamos assim, insensivelmente chegando à responsabilidade pelo risco [...]

Muito embora, inicialmente, teorias mais arrojadas do risco propugnassem pelo risco integral e, inclusive, pela eliminação da culpa na responsabilidade civil, subsistiu a corrente intermediária reafirmando as excludentes de ilicitude ou causalidade (Planiol e Ripert) e conciliando a existência de ambas as responsabilidades, com e sem culpa (Savatier), citados por Elcir Castello Branco (1971, p. 24).

---

<sup>16</sup> Alvinio Lima (1963, p. 230) comunga da doutrina francesa para distinguir ato ilícito ou ato culposos, de abuso de direito, devido à ampliação da noção de culpa, para exigir, ao revés, uma finalidade social ao ato.



No nascimento da teoria objetivista houve vinculação do risco ao proveito de uma iniciativa, ou seja, aquele que usufruía os bônus de uma atividade deveria arcar com os respectivos ônus, desde que gerasse, nas palavras de Raymond Saleilles, citado por José Rodrigues Vieira Netto (1989, p. 102) “perigos potenciais contra os quais terceiros não dispõem de defesa eficaz”. Talvez tenha sido esse o primeiro conceito moderno de risco da atividade de que trata hoje o artigo 927, parágrafo único, do Código Civil. Georges Ripert, *apud* José Rodrigues Vieira Netto (1989, p. 103), já dizia que “a democracia não pode tolerar uma organização econômica que separa, na exploração, os riscos e os benefícios”.

O risco, em que pese identificado sob vários aspectos<sup>17</sup>, via de regra, é visto como a conduta ou atividade de maior potencialidade lesiva de causar danos, levando-se em conta os fatores quantidade ou gravidade<sup>18</sup>, situações estáticas ou dinâmicas<sup>19</sup>. No Brasil, a partir de 1912, foram criadas leis específicas de regulação de atividades que ofereciam riscos (aos empregados e a terceiros), como a atividade ferroviária<sup>20</sup>, nuclear, aeronáutica, consumerista, pública e, inclusive, com o estabelecimento de um seguro social contra acidentes de trabalho, prevendo a responsabilização objetiva.

Portanto, o risco, como fator de reparação por danos gerados, é tão antigo quanto a própria teoria subjetiva da responsabilidade, tendo sido um dos principais fundamentos à teoria da responsabilidade objetiva<sup>21</sup>.

Alvino Lima (1963, p. 209), ao rebater as críticas dos ferrenhos defensores da responsabilidade por culpa, brilhantemente assim propugnou:

---

<sup>17</sup> Risco-proveito, risco-acentuado, risco-administrativo, risco-social, risco-econômico, risco-profissional, risco-criado, risco-integral, risco ocupacional e etc.

<sup>18</sup> Para o código civil de 2002, há o dever de reparar sem exigência da culpa em decorrência dos riscos advindos da natureza da atividade normalmente desenvolvida (artigo 927, parágrafo único).

<sup>19</sup> Carlos Roberto Gonçalves (2003, p. 314) considera tanto os bens em sentido estático (responsabilidade pelo fato das coisas) como em sentido dinâmico (responsabilidade pela utilização dos bens) na aplicação da teoria do risco.

<sup>20</sup> Em que pese manter o termo ‘culpa presumida’.

<sup>21</sup> A grande dificuldade na prova da culpa pelas vítimas durante a predominância da teoria clássica foi outro grande fundamento à concretização da teoria objetiva de responsabilidade civil.

Não há, pois, negação da liberdade humana, mas antes a sua proclamação, a sua segurança, a sua estabilidade jurídica. Não é o antiindividualismo, porque, assentando-se em bases sociais, na proteção da coletividade, a teoria do risco assegura ao indivíduo a reparação dos danos oriundos das atividades criadas pelos próprios homens, cujas causas não se descobrem, não se conhecem, não se provam ou são ocultadas astuta e triunfalmente, pelos causadores dos acidentes.

Finalmente, em 2002 houve a consolidação de uma cláusula geral de responsabilidade civil objetiva fundamentada no risco da atividade (afora os casos com previsão específica de lei), no parágrafo único do artigo 927 do Código Civil brasileiro que entrou em vigor em janeiro de 2003, prevendo, assim, uma forma de responsabilidade civil, a rigor, por atos lícitos<sup>22</sup>.

O escopo mais paritário e socialista do Código Civil de 2002, espelhado na Constituição Federal de 1988, procurou valorizar os parâmetros sociais e o respeito à dignidade da pessoa humana, baseado nos princípios citados por Maurício Pessoa (2009, p. 399, 404 e 413/414), da socialidade, eticidade e operabilidade, como informadores das cláusulas gerais.

Inegavelmente que as sociedades moderna e pós-moderna foram marcadas pela produção de riscos. Nesta última fase, denominada de modernidade tardia ou reflexiva por Ulrich Beck (2010, p. 23/24):

[...] a produção social de *riqueza* é acompanhada sistematicamente pela produção social de *riscos*. Conseqüentemente, aos problemas e conflitos distributivos da sociedade da escassez sobrepõem-se os problemas e conflitos surgidos a partir da produção, definição e distribuição de riscos científico-tecnologicamente produzidos.

Mas se, por um lado, o avanço social e tecnológico, a dificuldade processual de comprovação da culpa, intitulada 'prova diabólica' por muitos estudiosos, bem como os ideais de justiça social e distributiva e o princípio da máxima efetividade dos dispositivos constitucionais foram cruciais à consolidação da teoria do risco, de outro lado, não há dissenso em aceitar, também, que ambas as teorias, da culpa e do risco, convivem atualmente cada qual com os seus pressupostos no ordenamento jurídico brasileiro.

---

<sup>22</sup> As atividades normais de risco, de que trata o parágrafo único do artigo 927, do Código Civil, não são tecnicamente ilícitas, já que não decorrem de condutas voluntárias culposas e, porque lícitamente instituídas e cujo desenvolvimento é autorizado e às vezes até subsidiado pelo Poder Público.

Ney Stany Morais Maranhão (2010, p. 211) explica bem a fase de transição pela qual atravessa o Direito Brasileiro, ressaltando a ocorrência de um verdadeiro 'sismo' no campo da responsabilidade:

Seus alicerces estão abalados; seus paradigmas, trincados. Saiu o *Código Civil*; entrou a *Constituição*. Passou-se do *lesante* ao *lesado*; do *ofensor* para a *vítima*. Já não reina absoluta a responsabilidade *subjetiva*; desponta a responsabilidade *objetiva*. Da *culpa* ao *risco*. Do *risco* à *solidariedade*. A responsabilidade civil está se libertando da noção individualista de *sanção*; assimila, agora, as noções solidaristas de *reparação* e *prevenção*. Já não se buscam *culpados*; almejam-se *responsáveis*. De responsabilidade *civil* para a responsabilidade *constitucional*. Ou melhor: de *responsabilidade civil* para *reparação civil*. Melhor ainda: *reparação constitucional*. Ora, há, de fato, algo novo sendo construído....

Esse momento paradigmático, no entanto, requer cautela na salvaguarda paritária dos princípios constitucionais e trabalhistas, bem com das bases teóricas da responsabilidade civil.

## 2.2 RESPONSABILIDADE EXTRA CONTRATUAL E CONTRATUAL

A teoria da responsabilidade civil estuda a conduta humana, as atividades de risco e as consequências danosas ao patrimônio das pessoas. Tem a árdua tarefa de fornecer alternativas para a pronta e adequada solução aos danos patrimoniais e extrapatrimoniais experimentados pelas vítimas, a fim de reparar, compensar e/ou repor juridicamente a lesão do patrimônio jurídico de alguém, causado por outrem, visando o restabelecimento, se não for possível totalmente, da situação anterior àquela violação, inclusive como fator de desincentivo e punição das práticas lesivas.

Do ponto de vista do Direito do Trabalho, o empregador descumpra civilmente os deveres decorrentes da relação de emprego quando causa prejuízos de ordem imaterial ou patrimonial ao empregado em decorrência da relação empregatícia formada, violando a ordem jurídica que protege o direito de incolumidade física e psíquica das pessoas<sup>23</sup> (artigo 1º, inciso III e IV e artigo 5º,

---

<sup>23</sup> O *caput* do artigo 5º da Constituição Federal garante aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País à inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, assim como à intimidade, vida privada, honra e imagem (inciso X).

'caput' e incisos V, X e XXXV, da Constituição Federal), que valoriza o trabalho humano digno e a justiça social (artigo 170, Constituição Federal) e que promove como direito social a redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança (artigo 7º, inciso XXII, Constituição Federal), todos assegurados como garantias fundamentais pelo Estado Brasileiro.

Assim, para cumprir as metas que esse trabalho se propôs, primeiramente, é preciso investigar qual a responsabilidade civil do empregador pelo cumprimento dos deveres oriundos da relação laboral, se contratual ou extracontratual (também chamada de delitual ou aquiliana)<sup>24</sup>, e se tal fato repercute, e como, nas regras que incidirão sobre essa relação obrigacional.

Parte da doutrina entende que não faz sentido a dicotomia entre a responsabilidade decorrente de uma obrigação contratual e a oriunda da lei, porque os efeitos incidentes sobre o descumprimento do contrato ou sobre a violação ao dever geral de não causar danos a outrem, seriam os mesmos.

De fato, a responsabilidade civil, tratada como a desobediência a um dever preexistente<sup>25</sup>, seja ele previsto num ajuste entre as partes ou decorrente de violação à ordem jurídica<sup>26</sup>, passa, atualmente, por uma aproximação. Ora, os doutrinadores modernos entendem que os deveres gerais de cautela, confiança, boa-fé, função social, informação e etc. fazem parte das obrigações contratuais<sup>27</sup>, mesmo que não contratados explicitamente, gerando, em caso de descumprimento,

---

<sup>24</sup> Paulo Luiz Neto Lôbo, da Universidade Federal de Pernambuco, em palestra no II Congresso Internacional da UFPR (outubro de 2010), indica como melhor terminologia responsabilidade negocial (para a contratual) e não contratual (para a extracontratual). José Affonso Dallegrave Neto (2009, p. 81) prefere a denominação dada pela Escola Portuguesa, dividindo a responsabilidade civil em obrigacional e extraobrigacional.

<sup>25</sup> Carlos Roberto Gonçalves (2003, p. 03) explica que a responsabilidade é um dever jurídico sucessivo, conseqüente à violação de um dever jurídico originário (responsabilidade é conseqüência à violação da obrigação).

<sup>26</sup> Para Orlando Gomes (1998, p. 278), tanto a responsabilidade contratual como a extracontratual decorrem de uma obrigação e tem por objetivo a prestação de uma indenização, no entanto, diferem quanto ao "*fundamento, à razão de ser e ao ônus da prova*".

<sup>27</sup> Fabíola Albuquerque da Universidade Federal de Pernambuco, no II Congresso Internacional da UFPR (outubro de 2010).

a inexecução contratual, além do dever de indenização em casos de danos materiais e morais.

Dogmaticamente, o Código Civil brasileiro, na parte geral, Livro III ('Dos Fatos Jurídicos'), Título I, regulou os negócios jurídicos e nos Títulos II e III, os atos jurídicos lícitos e atos ilícitos. Também em títulos diversos, na parte especial do Código, estão disciplinados o inadimplemento das obrigações e os contratos (artigo 389 até 886) e, mais adiante, a responsabilidade civil (artigo 927 a 954). O Código, portanto, separa a inexecução contratual intitulada 'Do Inadimplemento das Obrigações', da responsabilidade civil por atos ilícitos ('Da Obrigação de Indenizar')<sup>28</sup>.

Assim, em que pese ambas as responsabilidades, contratual e extracontratual, possam ser resolvidas em perdas e danos (indenização por danos morais e materiais), é flagrante a diferenciação normativa, por exemplo, em relação à existência, validade e efeitos das obrigações e quanto ao início da contagem dos juros de mora e correção monetária, ou mesmo quanto à caracterização da mora.

Portanto, é clarividente a diversidade de tratamento dada pelo Código Civil, entre responsabilidade civil contratual e extracontratual, reputando como aquiliana a responsabilidade por atos ilícitos, ou melhor, pela conduta voluntária culposa que viole direito e cause danos a outrem e também pelas atividades de risco (artigo 927, parágrafo único).

No Direito do Trabalho, a diferenciação entre responsabilidade civil contratual e extracontratual subsiste aplicável na responsabilidade subjetiva do empregador e, basicamente, quanto ao conceito de 'culpa contratual' e quanto à distribuição do ônus de provar a culpa<sup>29</sup>, quando e de quem é esse ônus, já que a

---

<sup>28</sup> Tal fato decorre da diferenciação dada pela Escola Portuguesa, entre responsabilidade obrigacional (contratual) e responsabilidade extraobligacional (extracontratual).

<sup>29</sup> Pablo Stolze Gagliano (2006, p. 18) aduz que as três diferenças básicas entre responsabilidade civil aquiliana e a contratual são: "a necessária preexistência de uma relação jurídica entre lesionado e lesionante; o ônus da prova quanto à culpa; e a diferença quanto à capacidade".

mora, legitimidade, capacidade e validade contratuais são temas próprios e regidos pela legislação trabalhista.

Para os defensores da responsabilidade contratual do empregador, assentados, sobretudo, na natureza jurídica contratual da relação laboral<sup>30</sup> e nos princípios da proteção à vítima/trabalhador (demandante hipossuficiente), a ‘culpa’ pela inexecução contratual (responsabilidade subjetiva) é presumida ‘iuris tantum’, com a inversão do ônus da prova ao empregador. Nesse caso, cabe ao ofensor a prova de que não descumpriu qualquer norma contratual ou legal ou que se atentou ao dever geral de prevenção e cautela (de não causar danos aos outros), o que corresponderia à inexistência de culpa ‘lato sensu’ (negligência, imprudência, imperícia e dolo).

Veja-se que na inexecução contratual não se discute direta e especificamente a conduta negligente, imprudente e imperita, elementos típicos da responsabilidade subjetiva por ato ilícito (artigo 186 e *caput* do artigo 927, do Código Civil), sendo o conceito de ‘culpa contratual’ bem mais amplo para abarcar o descumprimento de um dever legal ou contratual (geral ou específico), ou seja, o simples inadimplemento de alguma cláusula contratual, expressa ou implícita.

Na culpa contratual, averígua-se o inadimplemento do avençado e subentende-se a quebra de contrato culposa. Na culpa extracontratual, não havendo previsão específica em contrato dos deveres do empregador, sujeito à lei, não é possível presumir a culpa porque a responsabilidade civil deve ser averiguada no caso concreto, de acordo com as regras civis e trabalhistas de distribuição do ônus da prova<sup>31</sup>.

---

<sup>30</sup> Para José Carlos Manhabusco (2010, p. 24) a natureza jurídica da relação laboral é majoritariamente entendida como contratual, em que pese existir a teoria anticontratual ou acontratual, baseada na existência de um contrato de adesão e no desequilíbrio entre as partes.

<sup>31</sup> Não está correto Carlos Roberto Gonçalves (2003, p. 301), ao dizer que na culpa contratual inverte-se o ônus da prova ao devedor, que deverá provar a ocorrência de caso fortuito, força maior, ou outra causa excludente de responsabilidade para elidir a referida presunção. Ora, as excludentes de ilicitude ou causalidade não elidem a culpa, podendo o devedor provar, ainda, que não agiu com culpa para se isentar da responsabilidade.

Para José Affonso Dallegrave Neto (2009, p. 281), a culpa será sempre presumida em matéria acidentária<sup>32</sup> e nas obrigações de resultado (Ex.: dever de remunerar), como decorrência da inexecução contratual. No entanto, para o Autor (2009, p. 84/85), nas obrigações de meio (deveres comportamentais implícitos e anexos ao contrato de trabalho), em que pese derivadas da inexecução contratual, a prova da culpa será ônus da vítima, salvo os casos de inversão do ônus da prova (e aplicação do princípio da aptidão para a prova) ou de previsão expressa em lei da obrigação de conduta (por exemplo: fornecer e instruir o uso de EPIs e cumprir as normas de segurança).

Denota-se que, para o citado doutrinador (2009, p. 86), mesmo entendendo ser aplicável a responsabilidade contratual, em que se presume a culpa do ofensor pela inexecução do pacto, visualiza casos em que o ônus da prova seria da vítima/empregado, como nas obrigações de meio (Ex.: cumprimento das normas de segurança e medicina do trabalho e expedição de ordens de serviço aos empregados com instruções de prevenção de acidentes de trabalho).

Isso porque, nas obrigações de meio o empregador não assume o dever de atingir o resultado previsto, devendo, apenas, empregar a diligência necessária ao praticar a conduta, como acontece, exemplifica José Affonso Dallegrave Neto (2009, p. 85), nos deveres de conduta anexos ao contrato, como o de lealdade, informação e proteção, salvo os previstos expressamente em lei, a exemplo das obrigações constantes do artigo 157 da CLT.

Percebe-se que não restariam muitas hipóteses em que o empregado suportaria o ônus de provar a culpa do empregador nos casos de responsabilidade subjetiva, diante da crescente supremacia, no Direito do Trabalho, dos princípios da inversão do ônus da prova e da aptidão para a prova.

---

<sup>32</sup> Para o Autor, não obstante tratar-se de responsabilidade de meio, caberá sempre ao empregador o ônus de provar que cumpriu integralmente as normas de segurança e medicina do trabalho, diante do princípio da aptidão para a prova que transfere o ônus de provar à parte que detém mais condições de produzi-la.

Também para José Cairo Júnior (2009, fls. 99/101), a cláusula de incolumidade implícita no contrato de trabalho, a questão do conteúdo mínimo legal do pacto laboral (formado por normas de segurança) e a existência de um liame prévio entre empregado e empregador, denunciam a responsabilidade civil contratual nos acidentes de trabalho e na inexecução do contrato de trabalho, regulada, subsidiariamente, pelas normas afetas à inexecução das obrigações, no artigo 389 e seguintes do Código Civil e não pelas normas que regulam a responsabilidade civil por ato ilícito.

Contrariamente, José Carlos Manhabusco (2010, p. 53)<sup>33</sup> diferencia responsabilidade extracontratual de contratual da seguinte forma:

i) a responsabilidade contratual decorre da relação obrigacional preexistente, enquanto na aquiliana a relação obrigacional surge pela primeira vez ao verificar-se o dano; naquele a prestação indenizatória é simples mudança do objeto na relação obrigacional, enquanto nesta o dever de ressarcir é obrigatório; ii) a responsabilidade contratual pressupõe capacidade para contratar, enquanto a aquiliana pode decorrer de ato de incapacidade.

- grifou-se -

Prossegue o referido doutrinador (2010, p. 53/54), conceituando a responsabilidade extracontratual do empregador como sendo a prática de um ato ilícito que “normalmente, nasce da violação de certos deveres oriundos de normas gerais de proteção ao trabalhador e ao meio ambiente do trabalho”. De outro lado, entende se tratar de responsabilidade contratual quando “existe uma presunção de culpa do empregador, pelo fato de se esperar o cumprimento de uma prestação positiva da sua parte.”

De fato, não há consenso na doutrina e jurisprudência sobre o assunto, todavia, algumas considerações e constatações devem ser feitas.

Primeiramente, como visto acima, o Código Civil pátrio, principal regulador do direito material aplicável à responsabilidade civil do empregador, separa e diferencia as responsabilidades contratual e extracontratual. Mas essa diferenciação é importante para o Direito do Trabalho somente no que tange à responsabilidade

---

<sup>33</sup> No entanto, comete um equívoco o citado Autor ao dizer que somente no campo da responsabilidade aquiliana são ressarcíveis os danos morais (2010, p. 53).



subjetiva e a prova da ‘culpa’ do empregador pelos danos morais e materiais causados ao empregado, recorrentemente oriundos de acidentes de trabalho.

O entendimento doutrinário e jurisprudencial majoritário no campo *jus* laboral é de que o empregador tem o dever de “proteger a incolumidade física e psíquica dos seus empregados. [...]” e dentre as cláusulas acessórias ao contrato de trabalho, “existe uma implícita, mas importante, que impõe ao empregador o dever de proporcionar segurança higiene e saúde para os seus empregados, também denominada obrigação de custódia” [...] “garantindo que, durante e ao final do contrato de labor, o empregado se encontre nas mesmas condições de saúde que desfrutava quando fora admitido”, conforme ensina José Cairo Júnior (2009, p. 82, 84 e 86).

A Constituição Federal, no artigo 7º, inciso XXII, aponta como direito social dos trabalhadores urbanos e rurais (com e sem vínculo de emprego), a redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança, garantia fundamental a ser propiciada (exigida, controlada e incentivada) também pelo Estado.

E a moderna concepção de contrato, de fato, traz em seu bojo os chamados, por Cláudio Brandão (2009, p. 300), “deveres acessórios de conduta”, como a cláusula geral de boa-fé objetiva que tem sido tomada para fundamentar a responsabilidade civil do empregador quanto às obrigações secundárias ao núcleo da relação obrigacional empregatícia<sup>34</sup>, assim como o dever de informação, proteção e prevenção, em que pese tais imposições sejam expressamente previstas em lei (NR-1 do MTE; artigo 157 e seguintes da CLT; artigo 5º, *caput* e incisos e artigo 7º, incisos XXII e XXVIII, ambos da Constituição Federal e etc.).

Arnaldo Süssekind (2005, p. 259) leciona que:

A principal obrigação do empregador é pagar o salário ajustado. As obrigações acessórias do empregador, e que estão previstas na lei, referem-se, de um modo geral, à prevenção dos danos que o empregado

---

<sup>34</sup> Prestação de serviços e pagamento dos encargos trabalhistas.

possa sofrer tanto física como moralmente pela execução do trabalho; à assistência e indenização quando tais danos ocorrerem (...).

É certo, no entanto, que os deveres do empregador, sobretudo quanto às obrigações acessórias, decorrem em mínima parte do previsto expressamente em contrato de trabalho, nos acordos e convenções coletivas e sentenças normativas, mas, sobretudo encontram fundamento da legislação codificada, que irradia e se incorpora implicitamente ao contrato.

A exposição de motivos da Consolidação das Leis do Trabalho, adendo à codificação no qual são traçados os objetivos e diretrizes de compreensão das normas editadas, deixou explícito o ideal de supremacia das normas sobre os contratos, ou seja, da ordem institucional ou estatutária sobre a concepção contratualista (item 28), especialmente como forma de proteger o obreiro, maior tutelado pela Consolidação.

O item 29 da Exposição de Motivos da CLT restringe o contrato de trabalho “à objetivação do ajuste, à determinação do salário e à estipulação da natureza dos serviços” e, ainda assim, sob as condições preestabelecidas por lei. Tanto é que a Consolidação, primeiro, trata das normas e instituições de proteção ao trabalho, para depois se referir ao contrato de trabalho (item 30 da Exposição de Motivos).

Inclusive, o artigo 442, *caput*, da CLT equipara o contrato de trabalho à relação de emprego, sem exigir forma escrita, expressa ou especial para que sobre a relação fática entre empregado e empregador irradiem as normas sociais e medidas tutelares do Direito do Trabalho (itens 44 e 45 da Exposição de Motivos)<sup>35</sup>.

Além do mais, o conteúdo mínimo legal dos contratos de trabalho, formado por normas imperativas que regulam as relações entre empregado e empregador, sobrepõe-se, inclusive, ao pactuado, caso seja firmado em sentido diverso ou prejudicial ao trabalhador (artigos 444 e 468, da CLT), não sendo outra a conclusão senão a de que o Direito do Trabalho lida de forma totalmente diversa

---

<sup>35</sup> Nesse sentido, Aldacy Rachid Coutinho (2003, p. 69).

com a liberdade de contratar prevista no Direito Civil<sup>36</sup>, a partir do estabelecimento de limites, parâmetros e regras para o seu exercício, como observa Estêvão Mallet (2003, p. 53).

Portanto, o contrato de trabalho é dotado de várias particularidades que influenciam na responsabilidade civil do empregador, a exemplo, também, do pacto de vontade não admitir 'cláusulas de não indenizar'<sup>37</sup>, salvo em raras exceções, como nos danos causados pelo empregado por culpa (desde que avençado expressamente) ou por dolo.

Conclui-se que a legislação codificada se sobrepõe e predomina na regulação da relação laboral e, assim, os danos decorrentes de ofensa aos direitos de personalidade do empregado, inclusive em acidente de trabalho, derivam do contrato ainda que implicitamente e por incorporação da norma legal, como regras acessórias de conduta, porque é a partir do estabelecimento de uma relação de emprego, seja ela formal ou não, que o empregador assume esses deveres, previamente, portanto.

Levando-se ao extremo a teoria contratual, somente não haveria responsabilidade contratual se a violação fosse oriunda de um dever independente do contrato (Mazeaud *apud* Orlando Gomes, 1998, p. 278).

Mas será consequência dessa responsabilidade contratual a necessária presunção da 'culpa' no inadimplemento contratual, típica na responsabilidade negocial? São aplicáveis as regras pertinentes à inexecução contratual, previstas nos artigos 389 e seguintes, do Código Civil, não se aplicando os artigos 186 e 927, do Código Civil referentes à responsabilidade civil por ato ilícito? Aplicando ao rigor a teoria contratual, a resposta seria sim. Mas na prática forense não tem havido essa diferenciação dogmática, não sendo rara a aplicação da cláusula geral de responsabilidade subjetiva prevista no artigo 186 e *caput* do artigo 927, bem como a

---

<sup>36</sup> Aldacy Rachid Coutinho (2003, p. 67) salientou que a autonomia e liberdade das relações civis também foram afetadas pelo sentido socializador do novo Código Civil de 2002.

<sup>37</sup> Cabíveis somente na responsabilidade civil contratual, com o objetivo de afastar a obrigação de indenizar.

cláusula geral de responsabilidade objetiva por risco da atividade constante do parágrafo único do artigo 927, todos do Código Civil, nos danos morais e materiais discutidos no âmbito da justiça do trabalho.

De fato, a própria redação do artigo 927, do Código Civil, inserida no título 'Da Responsabilidade Civil' e no Capítulo 'Da Obrigação de Indenizar', conforme já aventado, fez menção aos artigos 186 e 187 do mesmo Código, que tratam dos atos ilícitos, em evidente aproximação dogmática entre responsabilidade civil contratual e extracontratual.

Adotando-se a teoria da responsabilidade contratual, os danos civis devem ser indenizados sempre que provado o descumprimento de alguma regra legal de prevenção ou cautela, como, por exemplo, previstas no artigo 157 da CLT<sup>38</sup>, cabendo ao empregador/ofensor a prova da observância da norma (legal ou contratual), o que corresponderia à prova da inexistência de conduta ilícita (negligente, imprudente ou imperita), a prova da ausência de dano ou, ainda, a prova de alguma excludente de ilicitude ou responsabilidade (força maior/fato fortuito, culpa da vítima ou fato de terceiro).

No entanto, quanto aos deveres acessórios de conduta, como o de incolumidade física e psíquica do empregado, previstos implicitamente no contrato de trabalho por irradiação da norma legal, o descumprimento contratual e legal com a ocorrência de dano não repercute na quebra de contrato, até porque nenhuma das partes pode rescindir o pacto por justa causa sob esse motivo, já que os casos de ruptura injusta estão previstos nos artigos 482 e 483 da CLT. Tal fato poderia levar ao entendimento de que o dano, nesse caso, deve ser reparado por aplicação das cláusulas gerais de responsabilidade civil, subjetiva e objetiva, que preveem regras quanto à 'obrigação de indenizar', além da regra geral inserta na Constituição Federal (artigo 7º, inciso, XXVIII)?

---

<sup>38</sup> Art. 157. Cabe às empresas: I - cumprir e fazer cumprir as normas de segurança e medicina do trabalho; II - instruir os empregados, através de ordens de serviço, quanto às precauções a tomar no sentido de evitar acidentes do trabalho ou doenças ocupacionais; III - adotar as medidas que lhes sejam determinadas pelo órgão regional competente; IV - facilitar o exercício da fiscalização pela autoridade competente.

Também algumas indagações podem ser suscitadas, como no caso de incapacidade da parte e irregularidade contratual, por exemplo, do menor empregado, contratado antes dos 14 (quatorze) anos. Tal contrato é considerado nulo, com produção parcial de efeitos trabalhistas e, assim, havendo danos materiais e morais à vítima (menor), prevaleceria a responsabilidade contratual, em que pese contrato válido não houve? Mesma discussão pode ser suscitada nos danos pré-contratuais o que, de acordo com José Affonso Dallegrave Neto (2009, p. 110/111), pode ensejar a responsabilidade contratual do empregador dependendo da aproximação com o pacto laboral, principalmente no que tange ao dever de boa-fé objetiva, tipicamente contratual.

Conforme já dito, não tem sido recorrente a Jurisprudência discutir especificamente a aplicação da responsabilidade contratual ou extracontratual dos danos civis decorrentes do pacto laboral, como centro do litígio, mas tem aplicado majoritariamente os princípios da responsabilidade civil aquiliana ao empregador que causa prejuízos ao empregado na execução do contrato de trabalho, como no assédio moral e sexual, acidente de trabalho, transporte de valores, discriminação<sup>39</sup> e etc., com base nos artigos 186 e 927 do Código Civil<sup>40</sup>.

Não obstante, recentemente o Ministro Barros Levenhagen<sup>41</sup> entendeu se tratar de responsabilidade contratual a violação das normas insculpidas no artigo 157 da CLT (segurança e medicina do trabalho), reputando-as como obrigações trabalhistas e refutando a discussão quanto ao cabimento dos honorários advocatícios de sucumbência.

Também não vem sendo aplicada a presunção de culpa ao empregador nos danos civis perpetrados, como decorrência da inexecução contratual, mas sim as regras trabalhistas e civis de distribuição do ônus da prova (artigos 333, do

---

<sup>39</sup> Lei n. 9.029/1995.

<sup>40</sup> TST-AIRR 18200-22.2006.5.04.0030, 3ª Turma, Min. Relatora ROSA MARIA WEBER CANDIOTA DA ROSA, DEJT 11/03/2011, julgamento unânime; DEJT - 11/03/2011; TST-AIRR - 583-78.2010.5.12.0000, 2ª Turma, DEJT - 11/03/2011, Min. Relator CAPUTO BASTOS (Fonte: [www.tst.jus.br](http://www.tst.jus.br)).

<sup>41</sup> TST-RR 286485-07.2005.5.12.0027, 4ª Turma, Ministro Relator BARROS LEVENHAGEN, DEJT - 11/03/2011 (Fonte: [www.tst.jus.br](http://www.tst.jus.br)).

Código de Processo Civil e 818, da CLT), em que pese não se possa fazer valer apenas do método empírico para justificar a responsabilização civil extracontratual do empregador.

Conclui-se que a subyacência de um pacto de vontade entre trabalhador e empregador, com a intenção de constituir uma relação de emprego, é condição 'sine qua non' à responsabilização do empregador, especialmente nos acidentes de trabalho e doenças ocupacionais, tanto por aplicação de normas contratuais (diretamente decorrentes do pacto laboral)<sup>42</sup>, como legais (obrigações não assumidas previamente, mas oriundas da cláusula geral de não lesionar outrem), denotando-se uma aproximação dogmática entre inexecução contratual e responsabilidade civil extracontratual.

### 2.3 RESPONSABILIDADE SUBJETIVA

Como visto, a legislação civil brasileira herdou do Direito Romano e Napoleônico o forte cunho subjetivista da responsabilidade civil extracontratual ou aquiliana, estampada no artigo 159 do Código Civil de 1916<sup>43</sup>, hoje revogado, com a exigência do elemento culpa, juntamente com os requisitos do dano e do nexo causal, como essencial ao dever de indenizar. Nessa época, a responsabilidade civil objetiva detinha previsão apenas *ex lege*, ou seja, decorria de expressa menção de lei, codificada ou esparsa.

Muitos juristas, como Wilson Melo da Silva (1974, p. 67), chegaram a dizer que o Código Civil de 1916, ao acolher o princípio da culpa clássica, estava com os olhos voltados para o passado, num conservadorismo digno de lástima, repercutindo num código que nasceu envelhecido e trôpego. Isso porque, na época da promulgação do Código de 1916 já existiam leis avulsas prevendo a responsabilidade sem culpa com fundamento principal no risco da atividade.

---

<sup>42</sup> Decorrentes do contrato individual e dos acordos e convenções coletivas de trabalho.

<sup>43</sup> No Brasil, o Código Penal de 1830 previa a reparação e a indenização pecuniária nos delitos cometidos, com previsão de juros reparatórios, solidariedade e transmissibilidade do dever aos

De fato, no século XX predominou no Brasil a doutrina clássica da responsabilidade civil baseada na culpa do sujeito (negligência, imperícia ou imprudência), ou seja, na reprovação da conduta como requisito da obrigação de reparar, refletindo um modelo liberal-individualista de cunho moralista.

Porém, também havia no código revogado a previsão de uma responsabilidade subjetiva mitigada ou intermediária, nos artigos 1.521, 1.523 e 1.527, como a dos pais por seus filhos menores e a do patrão por seus empregados, especialmente neste caso, em que a culpa do patrão era presumida<sup>44</sup>. Todavia, a responsabilidade do dono ou detentor do animal pelos danos causados, por exemplo, excluía o dever de indenizar se provasse que guardava e vigiava o animal com o cuidado preciso ou que o animal foi provocado por outro ou que houve imprudência do ofendido.

Inclusive, mesmo à falta de regra expressa, o artigo 1.529<sup>45</sup> do antigo Código Civil trazia modalidade de responsabilidade objetiva ao prever que: *‘Aquele que habitar uma casa, ou parte dela, responde pelo dano proveniente das coisas que dela caírem ou forem lançadas em lugar indevido.’*

Com a entrada em vigor do novo Código Civil de 2003, a responsabilidade extracontratual (subjetiva) passou a ser disciplinada no artigo 186, com a elisão do termo ‘culpa’ e a adequação sistêmica do conceito de ato ilícito no artigo 927 e seguintes do código, mantendo a cláusula geral de responsabilidade civil subjetiva.

O novo Código, juntamente com a tendência constitucional de justiça social e valorização do princípio da dignidade da pessoa humana, todas as

---

herdeiros, mesclando matérias de ordem civil e penal. O Código de 1916 marcou a independência entre o direito civil e penal e também desvinculação com o Direito Português (Ordenações Filipinas).

<sup>44</sup> Súmula 341 do STF: “É presumida a culpa do patrão ou comitente pelo ato culposo do empregado ou preposto”. No caso da responsabilidade por fato de outrem, como a do patrão por ato do empregado, se o empregado não agir com culpa, o patrão não responde; a presunção é de culpa do empregador (‘in eligendo’ ou ‘in vigilando’), não da culpa do empregado ou preposto, que é requisito do dever de indenizar.

<sup>45</sup> Assim como os artigos 160, incisos I e II, 1208, 1519 e 1520, do Código revogado.

situações acima, agora disciplinadas nos artigos 932<sup>46</sup>, 933, 936 e 938, respectivamente, são tratadas expressamente como responsabilidade objetiva, demonstrando uma tentativa de superação do modelo clássico dependente da culpa do ofensor.

É inquestionável que a dinâmica social exigiu e sempre exigirá uma atividade legislativa em constante aperfeiçoamento e adequação<sup>47</sup>, tanto é que, especialmente em matéria de responsabilidade civil, o Código brasileiro é um dos mais arrojados ao aplicar a moderna teoria do risco. No entanto, o cotidiano jurisdicional tem demonstrado, além do declínio da culpa, o desgaste dos filtros delimitadores da responsabilidade civil, denunciando a necessidade de zelo a suas bases teóricas e de valorização aos princípios do direito e à sistematização do ordenamento jurídico. Além disso, o Estado tem falhado em incentivar e conscientizar as pessoas quanto a práticas preventivas e repressivas de danos, especialmente os empregadores.

Assim, em que pese alguns entendimentos doutrinários e jurisprudenciais conflitantes e esparsos, mesmo após o advento de uma cláusula geral de responsabilidade objetiva por risco da atividade no artigo 927, parágrafo único, do Código Civil, subsiste prevalecente a cláusula geral de responsabilidade civil subjetiva no artigo 186 do mesmo Código e a responsabilidade subjetiva por danos morais e materiais oriundos dos acidentes de trabalho, prevista no artigo 7º, inciso XXVIII, da Constituição da República.

Inclusive, a norma constitucional da responsabilidade subjetiva como regra de reparação dos danos causados pelo empregador irradia-se no direito infraconstitucional como corolário do fenômeno da *constitucionalização* do Direito, a exemplo, também, da exigência de mera culpa leve para a responsabilização civil do

---

<sup>46</sup> Há uma clara diferença entre responsabilidade objetiva e responsabilidade por culpa presumida; naquela não há necessidade de discussão quanto ao elemento anímico e a inexistência dele não isenta o ofensor da responsabilidade civil; nesta, a inexistência de culpa exime o ofensor do dever de reparar.

<sup>47</sup> É o direito vivo de que trata Eugen Ehrlich (1967, p. 374 e 378), vivo porque nasce, cresce e se desenvolve no dinamismo da comunidade: "Querer aprisionar o direito de uma época ou de um povo nos parágrafos de um código correspondem mais ou mesmo ao mesmo que querer repressar um



empregador e a cumulação do benefício previdenciário com a indenização devida por culpa ou dolo<sup>48</sup>.

Pablo Stolze Gagliano (2006, p. 245), em que pese ampliar a discussão acerca do tema, lança importantes ensinamentos sobre a previsão constitucional de responsabilidade subjetiva do empregador nos acidentes de trabalho. O Autor leciona, com razão, que a Constituição Federal de 1988 exigiu expressamente a comprovação da culpa ou do dolo do empregador como núcleo necessário à reparação civil nos acidentes de trabalho, situação que não poderia ser simplesmente desconsiderada por uma lei ordinária que tem naquela seu próprio fundamento de validade, pois se fosse vontade do legislador constitucional reconhecer a responsabilidade objetiva o teria feito através de norma expressa, tal qual a prevista no artigo 37, §6º, quanto à responsabilidade do Estado.

Para Carlos Roberto Gonçalves (2003, p. 31), a responsabilidade objetiva não substitui a subjetiva, mas fica circunscrita aos seus justos limites. Caio Mario Pereira da Silva (2004b, p. 562/563) entende que a ordem jurídica deverá fixar dois tipos de responsabilidade civil, uma fundada na culpa, ou no erro de conduta, e a segunda, com a abstração da ideia de culpa, estabelecida *ex lege*, nos casos expressamente previstos em lei, concluindo que a regra da responsabilidade civil ainda se assenta na culpa, não o sendo somente quando a ordem jurídica positiva assim dizer, em que pese assumamos que a tendência do Direito Brasileiro encaminha-se para a inversão desse fundamento.

José Affonso Dallegrave Neto (2009, p. 270) aduz que salvo nos casos em que o acidente de trabalho não decorra de atividade normal de risco ou de lesão ambiental com repercussão coletiva, aplica-se a teoria da responsabilidade subjetiva.

---

grande rio num açude: o que entra não é mais correnteza viva, mas água morta e muita coisa simplesmente não entra”.

<sup>48</sup> Fenômeno pelo qual “os vetores constitucionais se deslocam rumo ao direito infraconstitucional, no desiderato de permear seus institutos e dispositivos com os valores consagrados na Magna Carta, impondo-lhes uma releitura substancial, uma reinterpretação crítica, agora debaixo da lente constitucional” (Virgílio Afonso da Silva *apud* Ney Stany Morais Maranhão, 2010, p. 150).

Em abono à tese, Alvino Lima, (p. 115, 1963), leciona que:

Pretende-se, à força de argumentos hábeis, não afastar a culpa do seu pedestal, sobre o qual se construiu a teoria da responsabilidade subjetiva extracontratual. Fala-se desta onde de socialismo que invade o direito, como dizem PIRSON e VILLÉ, a fim de se evitar a invasão do materialismo e conter a teoria do risco dentro de uma certa categoria de fatos predeterminados.

No entanto, os diques se rompem, as ondas invasoras destroem vários preceitos, mas não levam de roldão o pedestal, que aí está, sem dúvida, na sabedoria dos artigos dos Códigos das nações cultas. É preciso, porém, convir que, no embate travado, a teoria da culpa não saiu incólume; a verdade dos preceitos legislativos e dos julgados dos tribunais, mais do que as lições dos doutrinadores, comprova a verdade da afirmação.

Não se olvide que a relação mantida entre empregador e empregado é 'sui generis', de trato sucessivo e de caráter protetivo, com maior tensão de relacionamento, sendo de mais "eletricidade social" que as demais (Rodolfo Pamplona Filho, 2003, p. 267), em virtude, principalmente, dos fatores tempo e subordinação jurídica (econômica e técnica, na maioria das vezes), o que acaba delineando uma especificidade na responsabilidade aplicável.

Também é verdade que a responsabilidade civil vem sofrendo constantes e profundas transformações, tanto que, na atualidade, a legislação pátria prevê uma responsabilidade civil sem culpa e, inclusive, sem ilícito, pelo risco da atividade (lícita ou regular) e por ato abusivo.

Porém, a cláusula geral de responsabilidade objetiva atualmente aplicável no Direito pátrio, inclusive nas relações de trabalho, trata de cláusula geral especificamente aplicável aos casos de atividade de risco. Dessa forma, é indubitável que o maior desafio existente na atual responsabilidade civil objetiva repousa na localização de parâmetros válidos e comuns para conceituar quais atividades são consideradas de risco e qual risco é exigido para a reparação sem culpa.

Não se pode generalizar a aplicação da teoria do risco, portanto, nem reputá-la presente em todos os acidentes de trabalho ocorridos, porque não é pressuposto lógico de qualquer atividade ou de qualquer acidente ou doença de

trabalho o risco acentuado para efeito de aplicação da exceção<sup>49</sup> prevista no artigo 927, parágrafo único, do Código Civil, sob pena de banalização do instituto e contrariedade ao objetivo da lei (amparar as vítimas com maior risco de se submeter a danos, prevenir danos recorrentes e punir atividades perigosas).

Enoque Ribeiro dos Santos (2008, p. 20/21) defende a regra da responsabilidade subjetiva e a exceção da responsabilidade objetiva:

Não obstante, remanesce ainda entre nós que o princípio da responsabilidade extracontratual civil no novo Código Civil de 2002 continua sendo o da responsabilidade subjetiva, ou seja, responsabilidade fundada na culpa, que recai nos institutos da negligência, imprudência ou imperícia do ofensor. A responsabilidade objetiva, ou responsabilidade sem culpa, somente pode ser aplicada, como dito, quando existe lei expressa que assim a autorize.

Nesse diapasão, importante colacionar o entendimento esposado pelo Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região, em recente julgado:

TRT-PR-18-03-2011 INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS DECORRENTES DE ALEGADO ACIDENTE DE TRABALHO - RESPONSABILIZAÇÃO OBJETIVA DO EMPREGADOR - HIPÓTESE RESTRITA AOS CASOS EXPRESSAMENTE PREVISTOS EM LEI, OU NOS QUAIS A ATIVIDADE EMPRESARIAL ACARRETE RISCOS À SAÚDE DO TRABALHADOR - ART. 927, CC. Para a responsabilização objetiva do empregador por danos decorrentes de acidente de trabalho, hão de estar presentes os requisitos capazes de ensejar tal modalidade de responsabilização, conforme a teoria do risco incluída no parágrafo único do art. 927 do CCB: "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". Não havendo lei prevendo expressamente que a atividade desenvolvida implica tal modalidade de responsabilidade, nem havendo evidente risco decorrente da natureza do empreendimento, inviável a responsabilização independente de culpa (TRT-PR-03802-2009-670-09-00-9-ACO-09481-2011 - 3A. TURMA Relator: ARCHIMEDES CASTRO CAMPOS JÚNIOR, Publicado no DEJT em 18-03-2011).  
- grifou-se -

É preciso preservar, de outro prisma, a importância da culpa como elemento da responsabilidade civil, como fator de conhecimento e perpetuação de um padrão médio de comportamento em sociedade, de uma consciência crítica individual e coletiva, de uma sensibilidade ético-social e de um grau (mínimo) de diligência exigido e buscado (Carlos Roberto Gonçalves, 2003, p. 19/20).

<sup>49</sup> Sem olvidar, ainda, que regras excepcionais encerram interpretação restrita.

Caio Mário Pereira da Silva (2004, p. 562), em que pese defensor de uma responsabilidade baseada no risco, manifestou sua preocupação com a hipótese de abandono do elemento culpa na obrigação de indenizar:

Filosoficamente, a abolição total do conceito de culpa vai dar num resultado anti-social e amoral, dispensando a distinção entre o lícito e o ilícito, ou desatendendo à qualificação boa ou má da conduta, uma vez que o dever de reparar tanto corre para aquele que procede na conformidade da lei quanto para aquele outro que age no seu arrepio.

Até porque, em que pese se propugne pela extinção da culpa, cada vez mais ela tem sido identificada nas relações laborais e usada para fundamentar a responsabilidade civil do empregador.

Casos, por exemplo, de não fornecimento e fiscalização dos Equipamentos de Proteção Individual e Coletivo; inobservância das normas de prevenção e repressão dos acidentes de trabalho, de segurança, higiene e medicina do trabalho<sup>50</sup>; não oferta de treinamento adequado para operar máquinas e para lidar com pessoas (colegas e clientes); não propiciar um ambiente de trabalho socialmente saudável, preservando as condições pessoais da mulher, seja na admissão, na revista pessoal, na execução do labor e na demissão; despedidas discriminatórias e atos contra a boa fama, honra, imagem e intimidade do trabalhador (calúnia injúria e difamação), dentre inúmeros outros casos previstos em lei ou decorrentes do casuísmo.

Além do mais, a exigência de culpa mínima<sup>51</sup> ou levíssima no descumprimento da legislação trabalhista<sup>52</sup>, para efeito do dever de indenizar, não torna o elemento de difícil prova, como se visualizava no passado<sup>53</sup>, ainda mais nos

---

<sup>50</sup> Artigos 157 e 158 da CLT e Normas Regulamentadoras expedidas pelo Ministério do Trabalho e Emprego.

<sup>51</sup> Considerando que, no passado, exigia-se a culpa grave para a configuração da responsabilidade civil do empregador em acidentes de trabalho – Súmula n. 229 do STF.

<sup>52</sup> Normas protetivas previstas na Constituição Federal, Consolidação das Leis do Trabalho, Normas Regulamentadoras, Súmulas, Orientações Jurisprudenciais, Instruções Normativas e etc.

<sup>53</sup> No auge da teoria clássica da culpa, no século XIX e XX, a culpa era considerada como prova diabólica, porque dificilmente a vítima se desincumbia do seu ônus *probandi* de imputá-la ao ofensor. Tal fato se dava, principalmente, pela deficiência legislativa, preventiva e punitiva, além da deficiência no acesso à informação.

diversos casos de inversão do ônus da prova, como nos casos das Súmulas 212 e 338 do TST<sup>54</sup> e de aplicação do princípio da aptidão para a prova<sup>55</sup>, segundo o qual, a prova deve ser produzida por quem tem mais condições de acesso.

Dessa forma, quanto à distribuição do ônus da prova, ficaria a cargo do empregado a prova do fato constitutivo do seu direito (artigo 818, CLT), ou seja, o dano, a culpa e o nexo causal entre a conduta ilícita (omissiva ou comissiva) e os prejuízos havidos. Ao empregador, em caso de inversão do ônus da prova, restaria o ônus de provar a inexistência de culpa (cumprimento do dever geral de não causar danos, além das normas de prevenção e cautela), ou alguma das excludentes de responsabilidade.

E por mais que se propugne pela importantíssima teoria da causalidade objetiva (responsabilidade sem culpa), o princípio da solidariedade<sup>56</sup> não pode ser utilizado, isoladamente, como fundamento ao dever de indenizar, à falta de norma expressa a respeito ou da análise sistêmica dos princípios do direito, como o da igualdade, imparcialidade, e da própria ordem jurídica e social como um todo.

Para Elcir Castello Branco (1971, p. 24/25) “a solidariedade envolve a ação recíproca dos indivíduos, não se explica que haja benefício de um em detrimento do outro, pelo infausto de um ato normal. Cada um deve responder na medida que contribuiu para o evento”.

A ilação que se extrai, nas palavras de Pablo Stolze Gagliano (2006, p. 15/16)<sup>57</sup>, é a de que:

---

<sup>54</sup> As súmulas tratam, respectivamente, do ônus do empregador em provar o término do contrato de trabalho e a jornada extraordinária.

<sup>55</sup> Tem como exemplo a inversão do ônus da prova disciplinada no Código de Defesa do Consumidor, quando provada a verossimilhança das alegações e a hipossuficiência do consumidor, segundo as regras ordinárias da experiência (desequilíbrio econômico ou técnico, por exemplo) - artigo 6º, inciso VIII, do CDC.

<sup>56</sup> Socialização dos riscos e solidarização dos prejuízos como forma de alcance de uma justiça distributiva.

<sup>57</sup> No mesmo sentido, Carlos Roberto Gonçalves (2006, p. 25).

[...] a nova concepção que deve reger a matéria no Brasil é de que vige uma regra geral dual de responsabilidade civil, em que temos a responsabilidade subjetiva, regra geral inquestionável do sistema anterior, coexistindo com a responsabilidade objetiva, especialmente em função da atividade de risco desenvolvida pelo autor do dano (conceito jurídico indeterminado a ser verificado no caso concreto, pela atuação judicial), *ex vi* do disposto no art. 927, parágrafo único.

De outro lado, não se pode olvidar que não apenas o empregador é detentor de deveres de conduta, mas também o empregado que, além de direitos, tem obrigações a cumprir na execução do contrato de trabalho, não somente quanto à prestação pessoal e diligente do labor<sup>58</sup>, mas na obediência de regras e comandos de trabalho (utilizando os EPIs exigidos, agindo com zelo e prudência no serviço, dentre outros) e na boa-fé de seus atos (como, por exemplo, não apresentar um atestado médico sem necessidade ou para outra finalidade que não a de recuperar a saúde), atos que também podem ser fonte de responsabilidade civil por danos materiais e morais, além de penalidades administrativas de advertência, suspensão e despedida por justa causa.

Ora, tratando-se de relação bilateral de emprego, a responsabilidade civil, especialmente a subjetiva, pode ser imputada tanto aos empregadores, como aos empregados<sup>59</sup>, pois o artigo 5º, inciso X, da Constituição Federal, determina como direito fundamental das ‘pessoas’, físicas ou jurídicas<sup>60</sup>, sem exceção, a inviolabilidade da intimidade, vida privada, honra e imagem<sup>61</sup>, além a integridade física e patrimonial. É o que se visualiza, por exemplo, no artigo 482, alínea ‘k’, da CLT, prevendo a penalidade de demissão por justa causa ao empregado “por ato lesivo da honra e boa fama ou ofensas físicas praticadas contra o empregador e

---

<sup>58</sup> Para Arnaldo Süssekind (2005, p. 258/259), é dever do empregado a prestação de um serviço pessoal, com diligência, obediência e fidelidade, esta também como expressão da boa-fé na execução do contrato.

<sup>59</sup> O artigo 462 da CLT sinaliza para a aplicação da responsabilidade subjetiva ao empregador, por danos causados ao empregador: “§ 1º – Em caso de dano causado pelo empregado, o desconto será lícito, desde de que esta possibilidade tenha sido acordada ou na ocorrência de dolo do empregado”.

<sup>60</sup> Inclusive, o Superior Tribunal de Justiça já pacificou o cabimento do dano moral contra a pessoa jurídica na Súmula n. 227.

<sup>61</sup> “A maior incidência do ilícito em relação a uma das partes do contrato de trabalho, o empregado, não pode gerar o raciocínio simplista de que o outro contratante está ao desabrigo de igual direito, quando episodicamente agravado” (João de Lima Teixeira Filho, 2005, p. 642/643).

superiores hierárquicos”, passível, ainda, de indenização por danos morais e materiais<sup>62</sup>.

Obviamente que, em virtude da natureza da relação de emprego, constituída de elementos caracterizadores como a pessoalidade e subordinação, sujeitando o empregado a uma relação personalíssima e ao poder de direção do empregador, a necessidade de tutela e preservação dos direitos de personalidade<sup>63</sup> e da integridade física e psíquica é muito mais evidenciada em favor do trabalhador, como limitação ao poder diretivo do detentor dos meios de produção e ao próprio princípio da autonomia da vontade. Diante disso, correto o entendimento de Maria Aparecida Alkimin (2005, p. 24) ao dizer que deve o empregador “organizar o trabalho e destinar ordens de serviço que atentem à devida consideração à dignidade do trabalhador, e, conseqüentemente aos seus direitos de personalidade”.

A responsabilidade civil, portanto, deve ser aplicada atentando-se para o principal objetivo do Direito do Trabalho, ou seja, “evidenciando-se, do contraste de interesses, sob a luz de um pensamento público de bem comum, a fórmula de composição harmônica das forças do capital e do trabalho” (item 7 da exposição de motivos da CLT).

Em qualquer caso, é preciso preservar a aplicação das excludentes de responsabilidade (ou de causalidade<sup>64</sup>) como causas de elisão da responsabilidade civil ou, no mínimo, como fatores de adequação da indenização e repartição dos prejuízos com a vítima (concorrência do fato de terceiro ou da culpa da vítima), refutando a aplicação da teoria do risco integral<sup>65</sup>.

---

<sup>62</sup> O assédio moral também pode se originar de ato do empregador (ou superior hierárquico) e do empregado e, além das consequências trabalhistas “(rescisão indireta no caso de assédio vertical e dispensa por justa causa no assédio horizontal e ascendente), engendra responsabilidade civil e patrimonial do agente causador pela conduta ilícita e contrária ao ordenamento jurídico” (Maria Aparecida Alkimin, 2005, p. 107).

<sup>63</sup> Vida, liberdade, igualdade, segurança, propriedade, intimidade, vida privada, honra e imagem.

<sup>64</sup> A culpa exclusiva da vítima e o fato de terceiro excluem o próprio nexos causal entre a conduta do ofensor e o dano.

<sup>65</sup> No risco integral, somente se exige o dano (na responsabilidade objetiva) e a culpa (na responsabilidade subjetiva) para a configuração da responsabilidade civil, sendo desnecessário existir

## 2.4 RESPONSABILIDADE OBJETIVA

### 2.4.1 Noções gerais

Como sistema autônomo, a teoria da responsabilidade civil objetiva somente ganhou solidez a partir da metade do século XIX, com a doutrina Francesa de Raymond Saleilles e Louis Josserand, sobretudo devido à assustadora e desregrada expansão industrial e demográfica, bem como pelo consequente e substancial aumento dos acidentes de trabalho. Inicialmente sustentada pela Doutrina e Jurisprudência, depois com uma interpretação mais avançada do Código Napoleônico<sup>66</sup>, a responsabilidade sem culpa acabou, então, sendo consagrada como teoria através de normas expressas.

No caminhar da história, vários (e válidos) foram os fundamentos de crítica ao elemento psicológico como indispensável ao dever de indenizar, tendo como principal propósito, como bem observou José Rodrigues Vieira Netto (1989, p. 147), impulsionar a estrutura jurídica para um sentido socializador, almejando o que Marcos César Amador Alves (2011, p. 103) chama de normatividade ao princípio da dignidade da pessoa humana e proteção aos direitos sociais como garantias fundamentais do trabalhador.

Para isso, ideais de socialização dos riscos, salientados por Georges Ripert, *apud* José Rodrigues Vieira Netto (1989, p. 102) e de justiça social e distributiva (solidariedade na repartição dos danos) precisavam ser tornados realidade, sobretudo com a valorização do trabalho digno (artigo 170, Constituição Federal).

A busca, incessante, pela valorização e proteção do trabalho se mostra ainda mais desafiadora nos tempos hodiernos, em que os reflexos econômicos da exploração capitalista e globalizada da força produtiva é maciçamente usufruída por

---

nexo de causa com a conduta do ofensor e sem possibilidade de isenção da responsabilidade por qualquer das excludentes de ilicitude.

<sup>66</sup> O Código Napoleônico foi o primeiro a sistematizar a teoria da responsabilidade sem culpa.



todos os setores da sociedade<sup>67</sup>, motivando estudos e inspirando ideias de como tornar eficazes, no plano fático, as inúmeras normas, nacionais e internacionais, que exigem a implementação e manutenção de condições justas e favoráveis no ambiente de trabalho (trabalho decente)<sup>68</sup>.

Nessa conjuntura político-econômico-social, a dificuldade processual encontrada pelas vítimas na prova da culpa (intitulada como prova diabólica), obstaculizando, muitas vezes, injustamente, o reconhecimento do bem da vida buscado judicialmente, também amparou as exigências sociais e jurídicas por um novo modelo de responsabilidade civil em que o elemento da reprovação da conduta fosse irrelevante ou, no mínimo, desnecessário. Assim, vozes contrárias à teoria clássica da culpa soavam mais fortes e uníssonas.

A multiplicação dos riscos, a aceitação moderna e generalizada da indenização dos riscos e prejuízos, a reparação, compensação e punição dos infratores buscando o equilíbrio patrimonial e social das pessoas, ou seja, o dano material, corporal e estético; a dor física e moral; o abalo psicológico; os danos pela perda de sorte, pela perda de uma chance; o dano moral coletivo; o dano moral da pessoa jurídica, toda essa conjuntura social e econômica mudou substancialmente os rumos da responsabilidade civil e, lentamente, o imprevisto passou a ser cada vez menos tolerado.

Primeiramente, o Estado foi chamado a reparar e indenizar os danos ligados à sua competência, sem qualquer investigação do elemento culpa, principalmente durante revoltas civis e guerras. Mais tarde, essa responsabilidade foi fundamentada no risco administrativo, tendo passado pela trajetória indicada por Hélio Borghi (2009, p. 242/243), da total soberania e irresponsabilidade do Estado, para uma teoria subjetivista, inclusive, com correntes extremadas de aplicação do

---

<sup>67</sup> Para Maria Aparecida Alkimin (2005, p. 16): “O trabalho humano produtivo, e de acordo com a ideologia capitalista, é essencial para o desenvolvimento econômico, político e social de uma Nação, pois somente através da produção, distribuição e circulação de bens e serviços é que se atinge o progresso e as exigências do mundo globalizado”.

<sup>68</sup> Para a Organização Internacional do Trabalho - OIT, trabalho decente é um trabalho produtivo e adequadamente remunerado, exercido em condições de liberdade, equidade, e segurança, sem quaisquer formas de discriminação, e capaz de garantir uma vida digna a todas as pessoas que vivem de seu trabalho (Fonte: [http://www.oit.org.br/topic/decent\\_work/trab\\_decente\\_2.php](http://www.oit.org.br/topic/decent_work/trab_decente_2.php)).

risco integral e, por fim, para adentrar na responsabilidade objetiva e na aplicação da teoria do risco administrativo, inicialmente na Constituição Federal brasileira de 1946 (artigo 194)<sup>69</sup> e hoje no artigo 37, §6º, da Carta Magna em vigor.

Assim, concomitantemente ao enfraquecimento do elemento culpa, crescia proporcionalmente a necessidade de coibir os riscos que determinadas atividades expunham a coletividade. Com isso, o estabelecimento de uma responsabilidade objetiva no direito em todo o mundo, como sendo aquela limitada à configuração do nexo causal entre uma conduta humana, ou atividade, e um dano, teve o risco como principal aliado e alicerce.

No Brasil, várias leis esparsas foram criadas prevendo a responsabilidade objetiva, levando-se em conta, especialmente, a grande potencialidade lesiva de determinadas atividades. Assim, entrou em vigor em 1912 o Decreto n. 2.681/1912 (artigo 26) regulando a obrigação de indenizar na atividade das Estradas de Ferro pelos danos que a exploração dessas linhas causasse aos proprietários marginais<sup>70</sup> e, em 1919, o Decreto n. 3.724/1919, que introduziu o conceito de risco profissional (responsabilidade objetiva) nos acidentes de trabalho e determinou ao empregador o pagamento de indenização ao segurado ou à sua família, proporcional à gravidade das sequelas do acidente, mas restrita a determinadas circunstâncias. Nessa época, ainda não havia um órgão público gestor e responsável pelo pagamento de benefícios acidentários<sup>71</sup>.

Depois disso, foi editado o Decreto-Lei n. 227/1967 (atividade de mineração); Lei n. 5.316/1967 (determinou o seguro obrigatório como prerrogativa da Previdência Social)<sup>72</sup>; Lei n. 6.453/1977 (atividades nucleares); Lei n. 6.938/1981

---

<sup>69</sup> A constituição Federal de 1937, no artigo 158, previa que “Os funcionários públicos são responsáveis solidariamente com a Fazenda nacional, estadual ou municipal por quaisquer prejuízos decorrentes de negligência, omissão ou abuso no exercício dos seus cargos.”

<sup>70</sup> Em que pese no artigo 1º do Decreto haja previsão de que a culpa será sempre presumida em relação às mercadorias que transportar.

<sup>71</sup> Até 1967 era o próprio empregador, exclusivamente ou através de seguros privados, que suportava os prejuízos oriundos dos acidentes e doenças ocupacionais de seus empregados. Fonte: [http://www.previdenciasocial.gov.br/arquivos/office/3\\_081014-104623-301.pdf](http://www.previdenciasocial.gov.br/arquivos/office/3_081014-104623-301.pdf).

<sup>72</sup> Atualmente está em vigor a Lei 8.213/1991, com algumas alterações posteriores, prevendo o dever de recolhimento de um seguro contra acidentes de trabalho (SAT), além das contribuições

(meio-ambiente); Lei n. 7.565/1986 (Código Brasileiro de Aeronáutica); artigo 7º, inciso XXVIII da Constituição Federal (seguro contra acidentes de trabalho, sem prejuízo da indenização civil por danos); artigo 21, inciso XXIII da Constituição Federal (exploração de serviços e instalações nucleares de qualquer natureza); artigo 37, §6º, da Constituição Federal (responsabilidade das pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos); Lei n. 8.078/1990 (responsabilidade objetiva do fornecedor de produtos e serviços no Código de Defesa do Consumidor); dentre outros.

Em 2002, com o novo Código Civil brasileiro aprovado, profundas inovações marcaram a disciplina das relações interindividuais, especialmente a criação de uma cláusula geral de responsabilidade civil objetiva por risco da atividade (artigo 927, parágrafo único), quando *‘a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem’*.

Com isso, a responsabilidade objetiva, antes apenas oriunda de expressa previsão legal e específica a determinados casos, agora dispõe de uma cláusula geral aplicável às ‘atividades de risco’, convivendo, ainda que sob alguns atritos, com a responsabilidade subjetiva existente.

Consolidava-se uma lenta transição de um sistema individualista para um sistema solidário e social distributivo.

É possível vislumbrar, portanto, no Direito Brasileiro moderno, 03(três) tipos de responsabilidade civil do empregador em decorrência dos danos civis perpetrados na constância da relação de emprego: a cláusula geral de responsabilidade subjetiva prevista no Código Civil, artigo 186 e seguintes e a responsabilidade subjetiva pelos danos em acidentes de trabalho, prevista na Constituição Federal, artigo 7º, inciso XXVIII. Nesse caso, configurar-se-á a responsabilidade pela conduta humana ilícita, sendo aquela que, culposamente, gera danos ao patrimônio de outrem.

---

previdenciárias, e o pagamento de benefícios previdenciários através desse custeio, independente de averiguação da culpa do empregador.

Ainda, a responsabilidade objetiva derivada de previsão legal expressa, aplicável ao Direito do Trabalho ainda que por analogia<sup>73</sup> (lei acidentária, lei ferroviária; lei ambiental; lei de atividades nucleares, direito do consumidor, prestação de serviço público e etc.) e a cláusula geral de responsabilidade objetiva decorrente da atividade de risco (ou risco da atividade), nos termos do artigo 927, parágrafo único, do Código Civil.

#### 2.4.2 A cláusula geral de responsabilidade objetiva pelo risco da atividade

A cláusula geral de responsabilidade objetiva esculpida no artigo 927, parágrafo único, do Código Civil de 2002 consagrou a chamada teoria do risco da atividade ao prever que o dano deverá ser reparado independentemente de culpa, além dos casos específicos previstos em lei. Criou, assim, o legislador, uma norma de cunho aberto e subjetivo, deixando ao aplicador da lei a tarefa de identificar os casos de 'risco da atividade' para a configuração da responsabilidade objetiva.

Conforme já exposto nesse trabalho, o risco da atividade não é fundamento novo à configuração da responsabilidade objetiva, a exemplo do que aconteceu há muitos anos no Código Italiano e Português. O legislador brasileiro, inclusive, foi além da doutrina italiana e portuguesa, sequer prevendo a exclusão da responsabilidade, por risco da atividade, quando provado 'todo o esforço idôneo ou exigido para evitar o dano'.

Cláudio Brandão, citando Orlando Gomes (2009, p. 217), explica que o nascimento dessa responsabilidade pelo risco da atividade advém, primeiro, pelo fato "de que certas atividades do homem criam um risco especial para os outros;" e, segundo, "parte da premissa de que o exercício de determinados direitos deve implicar a obrigação de ressarcir os danos que origina".

---

<sup>73</sup> Decisão publicada em 13/05/2011, da 6ª Turma do Tribunal Superior do Trabalho e de relatoria do Ministro Desembargador Maurício Godinho Delgado, aplicou por analogia o artigo 17 do Decreto nº 2.681/1912, que regula a atividade das Estradas de Ferro, e a Súmula 187 do Supremo Tribunal Federal, para condenar uma empresa carioca de transporte coletivo por danos morais pela morte do empregado cobrador em acidente de trânsito causado por fato de terceiro.

Enfim, a redação dada ao parágrafo único do artigo 927 do Código Civil foi a seguinte:

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.**

- grifou-se -

Primeiramente, no que tange à constitucionalidade do dispositivo de lei federal, como reflexo da *constitucionalização* do Direito Civil<sup>74</sup>, após algumas discussões, o Tribunal Superior do Trabalho<sup>75</sup> fixou entendimento quanto à recepção constitucional do citado artigo 927, parágrafo único, como criador de modalidade excepcional de responsabilidade civil, afora à regra geral inserta na Carta Magna quanto aos acidentes de trabalho (responsabilidade subjetiva). Até porque, trata-se de norma favorável ao trabalhador, segundo acertado entendimento de Cláudio Brandão (2009, p. 273), incluída no rol exemplificativo do artigo 7º, da Constituição Federal, *caput*: “São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social” (grifou-se).

Nesse sentido, são os Enunciados aprovados pela IV Jornada de Direito Civil promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal em Brasília (outubro/2006) e pela 1ª Jornada de Direito do Trabalho promovida pela Anamatra e TST, n.º 377 e 37, respectivamente<sup>76</sup>.

<sup>74</sup> “Os civilistas, finalmente, descobriram a Constituição. Perceberam que a elevação dos fundamentos do direito civil ao *status* constitucional foi uma deliberada escolha axiológica da sociedade, indispensável para a consolidação do Estado Democrático e Social de Direito e da consequente promoção da justiça social e da solidariedade, incompatíveis com o modelo liberal anterior de distanciamento jurídico dos interesses privados e de valorização do individualismo” (MARANHÃO, *apud* PAULO LÔBO, 2010, p. 154).

<sup>75</sup> TST/RR - 58700-61.2005.5.17.0012, 8ª Turma, Ministro Relator Márcio Eurico Vitral Amaro, DEJT: 25/03/2011 (Fonte: site oficial do TST).

<sup>76</sup> Enunciado n. 377: “O art. 7º, inc. XXCIII, 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”. Enunciado n. 37: “RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA NO ACIDENTE DE TRABALHO. ATIVIDADE DE RISCO. Aplica-se o art. 927, parágrafo único, do Código Civil nos acidentes do trabalho. O art. 7º, XXVIII, da Constituição da República, não constitui óbice à aplicação desse

Mesmo porque, o direito comum é fonte subsidiária do direito material e processual do trabalho, por força de norma expressa na CLT, nos artigos 8º, parágrafo único e 769.

Sebastião Geraldo de Oliveira (2007, p. 110) comenta o absurdo de algumas conclusões oriundas da não aplicação da teoria do risco nos acidentes de trabalho, ou seja, aplicar-se-ia a teoria objetiva nos danos ao patrimônio imaterial ou material do trabalhador autônomo, assim como para terceiros prejudicados, mas não para os próprios empregados daquela atividade produtiva danosa<sup>77</sup>. Tal fato, por certo, repercutiria em injusto e inapropriado desequilíbrio e desigualdade no tratamento das relações sociais.

Ora, os acidentes de trabalho foram justamente a mola propulsora da teoria do risco, conforme já aventado neste trabalho. Ademais, a finalidade da norma não pode ser outra senão a de proteger quem está potencialmente mais exposto a atividades lesivas, independente da condição pessoal ou profissional que ostenta.

Prosseguindo na averiguação do assunto sob abordagem, é preciso identificar, sumariamente, o que é uma cláusula geral.

É evidente que o legislador não conseguiria e nem pretenderia exaurir de normas o ordenamento jurídico a fim de regular todo e qualquer litígio possível. Portanto, a exigência de uma margem de subjetividade visando à tutela jurisdicional adequada é indispensável à efetivação dos direitos e garantias constitucionais, como ressaltou Luiz Guilherme Marinoni no Encontro Latino-Americano de Direito Processual Civil (2011).

A cláusula geral, para Maurício Pessoa (2009, p. 407), é técnica legislativa que se utiliza de conceitos indeterminados, com conteúdo valorativo indefinido e extensão incerta, como forma de conferir autonomia e dinamismo ao julgador em face da lei (função integrativa), para que, como explica Judith Martins-

---

dispositivo legal, visto que seu caput garante a inclusão de outros direitos que visem melhoria da condição social dos trabalhadores”.

<sup>77</sup> Nesse mesmo sentido, Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (2006, p. 246).

Costa, *apud* Maurício Pessoa (2009, p. 407), “à vista dos casos concretos, crie, complemente ou desenvolva normas jurídicas, mediante o reenvio para elementos cuja concretização pode estar fora do sistema”.

Dessa forma, a cláusula geral de responsabilidade civil objetiva prevista no já citado artigo 927, parágrafo único, utilizou-se de conceito indeterminado, ‘atividade de risco’, para abarcar as mais diversas situações do cotidiano social, deixando para a doutrina e, principalmente, à atividade jurisdicional, a “vivificação” da lei, com a definição e extensão do termo, levando-se em conta os valores que interferem direta e indiretamente na subsunção da norma legal ao caso concreto. Essa técnica legislativa, para Maurício Pessoa (2009, p. 411 e 413), tem por objetivo “tornar a norma concreta, efetiva, dotada de eticidade e adequada aos fins sociais a que ela se destina”.

No entanto, doutrina e jurisprudência têm lançado ensinamentos díspares sobre a interpretação do artigo 927, parágrafo único, do Código Civil, a primeira, numa visão crítica e restritiva do novo modelo de responsabilização e, a segunda, aplicando o instituto de maneira mais indiscriminada e, muitas vezes, pouco fundamentada.

Caso peculiar que representa a vulnerabilidade da teoria do risco é o de duas sentenças prolatadas pela 1ª e 3ª varas do trabalho de Cascavel<sup>78</sup>, ajuizadas pelos herdeiros de dois empregados falecidos durante a execução do trabalho e no mesmo acidente de trânsito, ou seja, com a mesma causa de pedir e pedido. Em uma das sentenças houve o reconhecimento da responsabilidade objetiva pelo risco da atividade, afastando o fato de terceiro (choque frontal com veículo de terceiro, que invadiu a pista contrária), com parâmetro no dever do empregador em zelar pela incolumidade física do empregado e julgando procedente a ação de danos morais e materiais<sup>79</sup>. A outra sentença julgou improcedente a ação e ainda condenou os

---

<sup>78</sup> RT n. 2009-2008-195-09-00-7 (3ª VT) e RT n. 02010-2008-071-09-00-3 (1ª VT).

<sup>79</sup> Decisão reformada integralmente pelo Tribunal Regional do Trabalho em recente Acórdão de Relatoria da Desembargadora Sueli Gil El-Rafih.

Autores às penalidades por litigância de má-fé (por inverter a verdade dos fatos), aplicando a teoria da responsabilidade subjetiva<sup>80</sup>.

Portanto, ainda está havendo um processo de transformação histórica e social, quiçá cultural, da teoria da culpa para a teoria do risco, da reprovação da conduta para a classificação da atividade e da necessidade de se identificar não um culpado, mas um responsável por um dano juridicamente tutelado<sup>81</sup>, como expressão máxima da tendência 'objetivista' moderna. Contudo, não é com menor intensidade a erosão dos filtros tradicionais da reparação civil apontada por Anderson Schreiber (2007, p. 04/05), tornando a responsabilidade civil fragilizada em suas bases teóricas e sujeita a toda sorte de aplicação e quantificação.

Verifica-se que o *iter* percorrido pela legislação brasileira superou uma 'teoria da culpa' predominante, abrindo ensejo a uma 'teoria do risco' que prioriza a atividade em detrimento da conduta. Tal fato teve como principal origem as transformações sociais ocorridas no último século, derivadas, na maior parte, da alta tecnologia dos meios de produção e da massificação do consumo, como bem observou Carlos Young Tolomei (2007, p. 350), atualmente em proporções assustadoras.

Anderson Schreiber (2007, p. 11) intitulou como 'ocaso da culpa' a erosão de um dos filtros tradicionais da responsabilidade civil, que se tornou insuficiente para a salvaguarda de muitas situações do cotidiano moderno, porém também criticou uma erosão geral destes parâmetros de aferição da responsabilidade (p. 23/24) pela jurisprudência atual, inclusive quanto ao nexo causal e o dano.

Ney Stany Morais Maranhão (2010, p. 208), citando Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka, explica bem esse contexto de 'responsabilidade pressuposta':

---

<sup>80</sup> Processo em fase de julgamento do recurso ordinário interposto pelos Autores.

<sup>81</sup> Ney Stany Morais Maranhão (2010, p. 250) exemplifica o assalto a carro-forte com ocorrência de danos a um vigilante da empresa de segurança, atividade considerada de risco, em que o tomador deve reparar os prejuízos possivelmente ocasionados, sem análise da culpa, pois "os *culpados* pelo dano são os criminosos; porém, o *responsável* pelo dano é o empregador: Aqueles, *produziram* o dano; este, *reparará* o dano".



O evoluir jurisprudencial, então, cada vez mais, passa a registrar decisões que se expressam em termos de *presunção de responsabilidade* e não *presunção de culpa*. Como se uma espécie de responsabilidade pressuposta. Nem fundada na culpa, nem derivada do risco. Objetivada, mas com precauções. Os freios de expansão bem puxados, controlando os casos de aplicação e restringindo a esfera de abrangência. As considerações vinculadas à culpa vão se tornando, assim, cada vez mais raras e a maior parte das decisões contém uma grande dose de severidade na apreciação da prova liberatória, a ponto de parecer aplicar, na realidade, uma verdadeira responsabilidade objetiva. [...] O que se procura, com um sistema aperfeiçoado de responsabilidade civil, não é, obviamente, evitar todo o perigo, o que seria impraticável, inviável e inimaginável; a finalidade objetivada seria, isto sim, a *diminuição do dano*. A partir do momento em que a impossibilidade de evitar o dano é aceita, a disciplina jurídica representa, seja por meio da adoção de medidas de prevenção, ou porque alguém responderá por ele, por força de uma responsabilidade pressuposta e fundada num critério-padrão de imputação.

Resta muito claro, no entanto, que ao disciplinar 'a obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa', a norma em discussão trata da responsabilidade objetiva, ou seja, aquela que exige apenas a violação ao patrimônio jurídico de alguém e o nexo causal entre o dano e uma ação/omissão ou atividade para configurar a responsabilidade civil e o dever de indenizar, independente do 'animus' do agente ou da reprovação da conduta, se culposa ou dolosa.

Portanto, criticáveis o entendimento de Hélio Borghi (2009, p. 241 e 252) e José Cairo Júnior (2009, p. 38), de que o parágrafo único do artigo 927 civilista importa em presunção da culpa nas atividades de risco, porque a discussão sobre o elemento subjetivo, aqui, é dispensável e, inclusive, pode ser inexistente. Além do mais, na presunção da culpa é possível comprovar a inexistência dela para efeito de eximir o ofensor da obrigação de indenizar, o que não acontece na responsabilidade objetiva.

De fato, ao disciplinar no parágrafo único acima transcrito o dever de reparar sem culpa 'quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem', o legislador criou um tipo legal aberto e de expressão ainda indefinida de quais seriam as atividades de risco abarcadas pela norma civil. Tratar-se-iam de riscos normais, excepcionais, empresariais ou pessoais; riscos criados, riscos aproveitados; quais os parâmetros necessários à aferição do risco da atividade?

É certo que caberia ao empregado a prova do fato constitutivo do seu direito (artigo 818, CLT), ou seja, do dano (prejuízo ao seu patrimônio jurídico), a existência de atividade de risco e o nexo causal entre os dois (risco e prejuízo). Ao empregador, restaria o ônus de provar alguma das excludentes de responsabilidade (fato de terceiro, força maior, fato fortuito e culpa exclusiva da vítima)<sup>82</sup>, por configurar fato modificativo, impeditivo ou extintivo do direito do Autor.

#### 2.4.3 Caracterização da atividade de risco

Indiscutivelmente que a classificação do risco da atividade está, atualmente, a cargo da atividade discricionária do aplicador do direito<sup>83</sup>, que, no entanto, necessita de parâmetros teóricos suficientes para a aplicação da norma. Dessa forma, algumas considerações abordadas pela doutrina brasileira devem ser analisadas para interpretar o sentido e alcance do parágrafo único do artigo 927, sob estudo.

É possível perceber que nas relações trabalhistas a aplicação da teoria do risco está maciçamente vinculada à responsabilidade civil nos acidentes de trabalho, típicos ou doenças ocupacionais, por danos morais, materiais e estéticos, não sendo outro o campo de atuação da referida teoria, a não ser, também, nos danos ao meio ambiente (sentido *lato*).

##### 2.4.3.1 Risco decorrente de uma atividade

Primeiro, que o risco da atividade de que trata a norma sob abordagem não pode ser interpretado como qualquer risco, por óbvio, já que qualquer atividade enseja algum tipo de risco, como acontece, por exemplo, ao atravessar uma avenida

---

<sup>82</sup> Não é correto denominar as excludentes de responsabilidade somente como excludentes de ilicitude, já que algumas também excluem a responsabilidade objetiva de atividades 'lícitas' e outras excluem o próprio nexo causal, como o fato fortuito e a força maior, também presentes na teoria do risco.

<sup>83</sup> Fator esse criticado por parte da doutrina, pelo excessivo poder discricionário conferido aos juízes (Cláudio Brandão, 2009, p. 241).

na cidade onde se vive; utilizar um elevador; fazer compras em uma joalheria (que está sujeita a roubos) e etc.

Portanto, a aplicação da responsabilidade prevista no artigo 927, parágrafo único, somente abrange aquela atividade que cria maior risco a terceiros, pela natureza da atividade, por si mesma ou pelos meios empregados. Nesse sentido, as lições de Anderson Schreiber (2007, p. 25):

[...] a conclusão mais razoável parece ser a de que a cláusula geral de responsabilidade objetiva dirige-se simplesmente às atividades perigosas, ou seja, às atividades que apresentam grau de risco elevado seja porque se centram sobre bens intrinsecamente danosos (como material radioativo, explosivos, armas de fogo, etc.), seja porque empregam métodos de alto potencial lesivo (como o controle de recursos hídricos, manipulação de energia nuclear etc.)

De um lado, estariam as atividades sem risco acentuado, sujeitas, como regra, à prova da culpa nas obrigações de indenizar (com ou sem a inversão do ônus da prova), ou seja, tratam do ato ilícito pelo fato do agente, da coisa ou de terceiro. De outro lado, estão as atividades perigosas, insalubres, penosas, dentre outras, com “risco específico acentuado”, expressão utilizada por Cláudio Brandão (2009, p. 316), sujeitas à teoria do risco e à responsabilidade objetiva pelo fato da atividade.

Rui Stoco (2007, p. 174) entende que o risco previsto na norma civilista tem que decorrer da própria natureza da atividade exercida, “deve ser inerente não à forma de exercer, mas à própria atividade. Exige-se, ainda, que, ademais de ser um risco embutido e, portanto, inerente, seja também especial e anormal”, chamado de “risco da atividade perigosa”<sup>84</sup>.

Contudo, melhor interpretação é dada por Ney Stany Morais Maranhão (2010, p. 249/250), acompanhando a doutrina majoritária, de que a responsabilidade objetiva prevista no parágrafo único do artigo 927 não é imputável, tecnicamente, à

---

<sup>84</sup> Rui Stoco (2007, p. 174) cita o Enunciado aprovado na III Jornada de Direito Civil realizada pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho de Justiça Federal, em dezembro/2004, tendo como autor o Prof. Adalberto de Souza Pasqualotto, pelo qual “No art. 927, parágrafo único, do CC, o fator de imputação da obrigação de indenizar é a atividade de risco, e não o risco da atividade”, por uma questão de inerência e atributo da atividade.

atividade de risco, mas sim ao risco da atividade, ao risco que a atividade produz, relacionando, como exemplo, a exploração da cana de açúcar, cuja atividade, pura e simplesmente, pode não apresentar risco ao trabalhador, mas, quando essa atividade, na prática, é realizada em locais onde existem animais peçonhentos, o que de fato acontece, essa atividade induz a risco de danos potenciais à saúde do empregado.

Também, Carlos Roberto Gonçalves (2003, p. 316), citando Carlos Alberto Bittar<sup>85</sup>, afirma que:

[...] passou-se de um ato ilícito (teoria subjetiva), para um lícito, mas gerador de perigo (teoria objetiva), para caracterizar-se a responsabilidade civil (...), seja pela natureza (fabricação de explosivos e de produtos químicos, produção de energia nuclear etc.), seja pelos meios empregados (substâncias, máquinas, aparelhos e instrumentos perigosos, transportes etc.), tratamento jurídico especial em que não se cogita a subjetividade do agente para a sua responsabilização pelos danos ocorridos.

Não é difícil perceber, dessa forma, que a responsabilidade civil por risco da atividade somente pode ser imputada ao empregador, não ao empregado, pois, em que pese este exerça uma atividade (serviço), não é o responsável pela atividade ou dono da produção.

De outro lado, Rui Stoco (2007, p. 178/179) critica, com razão, algumas generalizações à aplicação da teoria do risco, como o entendimento ofertado pelo Juizado especial Cível do Rio Grande do Sul (Rec. 71000538827) ao considerar indiscriminadamente a atividade de transporte como perigosa, em caso concreto de pessoa atropelada em rodovia. O jurista relaciona algumas atividades notoriamente perigosas (identificando risco com perigo), como a das empresas de segurança; o serviço de carro-forte no transporte de bens e valores; o transporte de combustível, produtos químicos ou tóxicos; geração e distribuição de energia; exploração de minas; uso de explosivos, fogos de artifício; fabricação e armazenamento de armas, bombas e explosivos; etc<sup>86</sup>.

---

<sup>85</sup> Responsabilidade civil nas atividades perigosas, 1984, p. 90.

<sup>86</sup> Riscos notórios e excepcionais (Cláudio Brandão, 2009, p. 225 e 318).

No entanto, para o Autor citado (p. 176/177), os acidentes de trabalho não podem sofrer a incidência da regra do parágrafo único do artigo 927 do Código Civil, ante a expressa previsão constitucional da responsabilidade subjetiva (culpa ou dolo) no artigo 7º, inciso XXVIII (Carlos Roberto Gonçalves, 2006, p. 474/475), por mais que reconheça a aplicação recorrente do instituto pelos Tribunais Superiores Trabalhistas. Essa ilação, contudo, já foi rechaçada no tópico anterior, dispensando maior fundamentação.

Ora, o bom-senso na teoria do risco está na corrente intermediária que, repugnando a aplicação do risco integral, ampara a responsabilidade civil na exata medida da contribuição para o dano.

Basta imaginar, hipoteticamente, uma trabalhadora que laborou por vários anos em um supermercado como caixa e depois, por mais alguns anos num abatedouro, sempre em atividade de repetição nas áreas dos braços, mãos e dedos. Nos últimos quatro anos de trabalho laborou como atendente de cabine de pedágio e ali, pela primeira vez, foi afastada por problemas de saúde (por exemplo, por uma inflamação nos tendões: tendinite), estando totalmente incapacitada para o trabalho e com lesões irreversíveis. Nesse caso, não se poderia atribuir a culpa ou responsabilidade somente à última empregadora (Ré no processo judicial) pela integralidade dos danos, analisando-se a anamnese da doença, mas sim proporcionalmente à contribuição que ofereceu à evolução/agravamento da patologia.

#### 2.4.3.2 Risco e Perigo

No uso cotidiano, não se costuma discriminar o conceito de risco com o de perigo, em que pese a norma tenha escolhido o termo risco. Em seu dicionário jurídico, Maria Helena Diniz (p. 215), conceitua risco como a:

1. Possibilidade da ocorrência de um perigo ou sinistro causador de dano ou de prejuízo, suscetível de acarretar 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 consequências previsíveis [...]

No entanto, interessante diferenciação é ofertada por Eugênio Martins Neto e Mário A. Lionetti Jr., citados por Cláudio Brandão (2009, p. 251), que conceituam perigo como “a propriedade de causar dano inerente a um agente físico, químico, mecânico, biológico ou ergonômico” e risco como sendo a “probabilidade de que um dado perigo se materialize, causando um dano especificado”, levando-se em conta duas variáveis, o dano e a probabilidade de ocorrência, que também sofrem várias influências observáveis através de registros e estatísticas. Esses doutrinadores entendem que “o risco tem uma dimensão e que esta dimensão depende de nossas ações”; enquanto o perigo é qualidade, o risco é a quantidade sobre a qual podemos interferir<sup>87</sup>.

Conclui-se, com isso, que o fator risco deriva de probabilidades e contingências relacionadas a determinados perigos existentes. Eugênio Martins Neto e Mário A. Lionetti Jr., citados por Cláudio Brandão (2009, p. 251), abordam, como exemplo, o ato de atravessar a rua:

O perigo deriva da velocidade dos veículos, cujo impacto pode nos causar ferimentos ou morte. Havendo rua e havendo veículos, o perigo existe. Entretanto, a probabilidade de que uma pessoa seja atropelada e morta depende de vários fatores: a intensidade do tráfego, a velocidade e os cuidados que o pedestre tem antes de cruzar a rua. Assim, ao cruzá-la pela faixa de pedestres junto ao semáforo, o risco será menor. Se existir uma passarela, este risco será menor ainda.

No Código Civil Italiano (artigo 2.050) utiliza-se o termo ‘perigo’ ao invés de ‘risco’ e, ao contrário da legislação brasileira, induz à aplicação da culpa presumida e não da responsabilidade objetiva, quando prevê o dever de indenização àquele que ocasionar perigo a outrem “se não provar ter adotado todas as medidas idôneas para evitar o prejuízo”.

Para definir atividade perigosa, a doutrina italiana se baseia no binômio quantidade/gravidade dos danos habituais advindos da atividade, levando em conta uma periculosidade objetiva, definida por Maurício Pessoa (2009, p. 414) como aquela “ínsita em si mesma ou posta em relação aos meios empregados, com base em extensas referências, inclusive jurisprudenciais”.

---

<sup>87</sup> Nesse sentido, Geraldo de Oliveira, citando o Engenheiro André Lopes Netto (2007, p. 115/116): “risco é a probabilidade da ocorrência de um evento que cause ou possa causar dano, enquanto

Com redação bem similar ao Código Italiano, também o Código Civil Português<sup>88</sup>, em seu artigo 493.2, disciplina àquele que causar danos a outrem no exercício de atividade, perigosa por sua própria natureza ou pela natureza dos meios utilizados, o dever de repará-los, “excepto se mostrar que empregou todas as providências exigidas pelas circunstâncias com o fim de os prevenir.”

Percebe-se, com isso, que o Código Civil brasileiro, ao não prever a possibilidade de isenção da culpa pelo ofensor<sup>89</sup>, através da prova de que tomou todas as providências cabíveis e efetivas para evitar o dano, adotou a teoria da responsabilidade causal ou objetiva e, assim, tratou o tema com mais rigidez do que todos os outros ordenamentos jurídicos.

#### 2.4.3.3 Conceito de ‘atividade normalmente desenvolvida’: ato ilícito ou atividade lícita?

A expressão ‘atividade’ contida no artigo 927, parágrafo único, do Código Civil, seguida de ‘normalmente desenvolvida’, não pode ser interpretada como um ato isolado e único, a exemplo do que prevê o artigo 186 do mesmo código, porque, naquele, ao contrário deste, o legislador não quis punir a conduta humana voluntária e culposa (ato ilícito), mas a atividade profissional ou empresarial, organizada ou não, econômica ou não<sup>90</sup>, que gere a terceiros maiores riscos de dano ao patrimônio (material e imaterial). Ou seja, atividade, na definição de Fábio Konder Comparato *apud* Ney Stany Morais Maranhão (2011, p. 258) “é uma série de atos tendentes a um mesmo escopo”.

---

perigo é a situação ou condição em que o risco seja acentuado”.

<sup>88</sup> José Affonso Dallegre Neto, 2009, p. 271.

<sup>89</sup> O Anteprojeto do Código Civil previa o afastamento da responsabilidade quando o ofensor provasse a utilização de medidas preventivas tecnicamente adequadas para evitar o dano (Cláudio Brandão, 2009, p. 235).

<sup>90</sup> Como semântica de ‘atividade’, o dicionário da língua portuguesa ‘on line’ oferece a seguinte opção: “a realização de uma função ou operação específica” (Fonte: <http://www.priberam.pt/dlpo/default.aspx?pal=atividade>).

Para Ney Stany Morais Maranhão (2011, p. 266), com razão, pouco importa se a atividade tem o intuito de promover o lucro (teoria do risco proveito), em que pese seja o que geralmente acontece, através do proveito direto ou indireto. Isso porque, a norma não restringiu e nem pretendeu limitar o campo de atuação da proteção à coletividade contra atividades de maior geração de ricos à saúde e integridade física das pessoas. Conclui, assim, o referido Autor, dizendo que:

[...] o preceito civilista quer dar braçada mais abrangente, alcançando terreno ainda não acobertado pelo Código de Defesa do Consumidor. Destina-se a regular, portanto, toda e qualquer atividade que implique um grau qualificado de risco, sendo mesmo despiciendo averiguar se essa atividade se propõe ou não a obter lucro.

Sem dúvida que a atividade de risco de que trata o Código Civil se espelhou no Código de Defesa do Consumidor que prevê a responsabilidade objetiva do fornecedor de serviços e produtos pelos danos oriundos dos riscos dos serviços prestados e dos produtos fabricados e comercializados, mas, diferentemente, sem exigir a existência de uma relação final de consumo<sup>91</sup> ou proveito econômico.

Da mesma forma a atividade do empregador, pessoa física ou jurídica, que explore atividade econômica ou atividade beneficente (artigo 2º, caput e parágrafo único, da CLT), ou seja, atividade regular, mas perigosa e de riscos potenciais, com potencialidade lesiva em grau superior a uma atividade normal, que deve responder objetivamente pelos danos causados.

Já o termo 'normalmente desenvolvida' remete àquela atividade habitual e regular, incluindo para José Affonso Dallegrave Neto (2009, p. 272) e Cláudio Brandão (2009, p. 241) mesmo aquela atividade parcial ou de determinado setor, ou seja, o risco que enseja a aplicação da responsabilidade objetiva, sob análise, não é o gerado por uma atividade esporádica ou eventual, o que se infere a partir de uma interpretação gramatical do texto legal. Também, o risco gerado deve ser previsível

---

<sup>91</sup> A diferenciação entre a responsabilidade objetiva prevista no artigo 927, parágrafo único e no artigo 931, ambos do Código Civil, repousa no fato de que, no primeiro caso, estão abarcadas somente as pessoas jurídicas (empresário/empresa) pelos produtos postos em circulação; no segundo caso, a responsabilidade civil deriva do risco da atividade. Já o Código do Consumidor exige o defeito na prestação do serviço ou no produto posto a venda a um consumidor final.



para gerar a responsabilidade objetiva por risco da atividade, até porque o risco imprevisível caracterizaria fato fortuito e, portanto, excludente de responsabilidade.

A expressão 'normalmente desenvolvida', para Ney Stany Morais Maranhão (2010, p. 239/240) representa uma atividade lícita, pois:

[...] socialmente considerada como *aceitável* e legalmente reputado como *lícita*— quiçá até bem-vinda aos interesses da sociedade —, mas que, pelo acentuado risco que a permeia e por razões de equidade e justiça material, recebe a imposição legal do dever de reparação independente de culpa, em caso de dano.

Já Carlos Roberto Gonçalves (2005, p. 157/158), acredita que a responsabilidade objetiva pela teoria do risco, assim como a subjetiva, fundamenta-se no ato ilícito e na violação de um dever jurídico, ou seja, o dever de segurança, que surge como direito subjetivo da vítima.

Será, então, que a atividade, regularmente instituída e mantida, ainda que apenas materialmente<sup>92</sup>, por causar maior risco de danos à sociedade e a partir da efetivação de algum prejuízo às pessoas (empregados e terceiros) tal atividade passa a ser ilícita? Parece que não.

Rui Stoco, citando Roberto Altheim (2007, p. 174), diz que:

O Código Civil brasileiro de 2002, ao tratar da responsabilidade objetiva no parágrafo único do art. 927, que faz parte do título denominado 'Da Responsabilidade Civil', e não no art. 186, que integra o título 'Dos Atos Ilícitos', deixa claro que na responsabilidade objetiva não se fala em ilícito. Não é necessária conduta antijurídica do responsável pela indenização para ao surgimento de tal obrigação.

Ora, existem inúmeras atividades lícitas<sup>93</sup> e de risco reconhecidamente previsível e permitido, mas remunerado, como aquelas ensejadoras dos adicionais de insalubridade e periculosidade de que tratam os artigos 192 e 193 da CLT e

---

<sup>92</sup> A atividade pode se desenvolver informalmente, sem registro na junta comercial, sem licença ou alvará e mesmo assim causar danos às pessoas por riscos acentuados gerados.

<sup>93</sup> Regularmente instituída e socialmente aceita como lícita.

Normas Regulamentadoras do Ministério do Trabalho e Emprego, NRs n.º 15 e 16, que preveem as atividades de risco e os limites de tolerância permitidos<sup>94</sup>.

Portanto, a legislação trabalhista e o próprio artigo 7º, inciso XXIII, da Constituição Federal, não proíbem o trabalho em ambiente insalubre, acima dos limites de tolerância, ou perigoso, ou seja, sob risco de danos à saúde<sup>95</sup>, mas exigem, por parte do empregador, o pagamento de uma contrapartida pela exposição aos riscos, através de adicionais pagos sobre o salário do trabalhador, dependendo do grau de insalubridade/periculosidade. No entanto, indaga-se, essa remuneração adicional por danos potenciais poderia ser compensada com os danos civis efetivamente perpetrados, por se tratarem de verbas líquidas, vencidas, fungíveis e de mesma qualidade, em que pese, no primeiro caso, o pagamento se lastreie pelo sentimento de medo e exposição ao risco e, no segundo, pelos danos efetivos?

O artigo 927, parágrafo único, sequer exige a existência de atividade empresarial, quanto mais organizada<sup>96</sup>, para a aplicação da teoria do risco, até porque não se pode dar interpretação restrita à norma quando ela própria não restringe. Pode-se dizer, assim, que o instituto em questão também é aplicável às atividades de risco desenvolvidas por pessoas físicas, abarcadas pelo artigo 2º da CLT, que conceitua empregador.

---

<sup>94</sup> Sem contar as condutas humanas lícitas, mas reparáveis, como a prevista no artigo 188, inciso II (estado de necessidade), bem como nos artigos 929, 1.285 e 1.313 do Código Civil.

<sup>95</sup> “Se o que se busca é um meio ambiente equilibrado, uma sadia qualidade de vida, uma vida digna, o pagamento dos já mencionados adicionais (art. 7º, XXII), através da monetização e mercantilização do risco, está se configurando uma antinomia entre normas constitucionais” (João Manoel Grotti, 2003, p. 82).

<sup>96</sup> Mesmo que uma atividade não seja organizada, o que pode acontecer, por exemplo, com uma atividade que funcione no fundo de um quintal, sem registro formal ou organização, mas que cause prejuízos a terceiros ou a seus empregados pela geração de perigos com alto grau de riscos de danos.

#### 2.4.4 Critérios gerais para a delimitação do risco

Sebastião Geraldo de Oliveira (2007, p. 113) apresenta o seguinte critério para delimitar o conceito de atividade de risco:

(...) 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. 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'. Se o risco a que se expõe o trabalhador estiver acima do risco médio da coletividade em geral, caberá o deferimento da indenização, tão-somente pelo exercício dessa atividade. (grifou-se).

Recentemente, o Tribunal Regional do Trabalho da Paraíba (13ª Região) editou a Súmula n. 10, em razão de decisões das 1ª e 2ª Turmas do TRT, dizendo que é objetiva a responsabilidade de empresa que exerça atividade de risco diferenciado, nos casos de acidente de trabalho. Mas a Súmula não ajudou a esclarecer quais atividades são consideradas de risco diferenciado, já que o conceito de risco diferenciado continua sendo muito amplo e indeterminado.

Mesmo antes da entrada em vigor do novo Código Civil, durante a I Jornada de Direito Civil<sup>97</sup>, em setembro de 2002, foi elaborado o Enunciado n. 38 para interpretar o parágrafo único do artigo 927, do Código Civil, pouco esclarecedor, no entanto, ao prever que o risco configura-se quando '*a atividade normalmente desenvolvida causar a pessoa determinada um ônus maior do que aos demais membros da coletividade*'.

Claudio Luiz Bueno de Godoy (2008, p. 859) segue os Autores que entendem ser exigido um risco especial para a configuração da responsabilidade objetiva:

Exige-se, enfim, não um perigo anormal, e nem propriamente um perigo, posto intrínseco, mas, antes, um risco especial naturalmente induzido pela atividade e identificado de acordo com dados estatísticos existentes sobre resultados danosos que lhe sejam resultantes, ou seja, conforme a

<sup>97</sup> Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal.

verificação da regularidade estatística com o que o evento lesivo aparece como decorrência da atividade exercida. Ou, ainda, de acordo com os meios técnicos de demonstração científica do risco especial naturalmente intrínseco à atividade. E sem contar, sempre o recurso à experiência comum.

Inclusive, muito pertinente a solução sugerida pelo Autor acima reportado quanto à possibilidade de averiguar o risco da atividade por meio de verificação estatística. De fato, o risco pode ser obtido pelo critério apontado por Maurício Pessoa (2009, p. 414), “da normalidade média revelada pela experiência comum e, quando possível, por critérios técnicos”, a exemplo dos obtidos nos relatórios obrigatoriamente mantidos pelos empregadores, como o PPRA – Programa de Prevenção de Riscos Ambientais e o PCMSO – Programa de Controle Médico de Saúde Ocupacional, que relatam os agentes nocivos existentes no trabalho, o nível de exposição dos empregados, o grau de risco da atividade e as técnicas de prevenção adequadas e utilizadas.

Em várias decisões compulsadas, não raro tem-se visto a aplicação da teoria do risco da atividade fundamentado mais no senso comum e indiscriminadamente no princípio da dignidade da pessoa humana do que em bases teóricas da responsabilidade civil e em análise conjunta com outras áreas de conhecimento e com os princípios constitucionais e trabalhistas, como o da imparcialidade do juízo, da razoabilidade, da proporcionalidade e da boa-fé.

O advogado Udelson Josué Araldi<sup>98</sup> realizou uma pesquisa em outubro de 2005 na jurisprudência de alguns tribunais superiores, para averiguar quais atividades estavam ensejando, de forma mais frequente, a aplicação da teoria do risco da atividade e apurou que as atividades bancárias, acidentes de trabalho, acidentes de trânsito e as relações de consumo lideravam em termos de aplicação do parágrafo único do artigo 927 do Código Civil.

A Relatora Desembargadora Ana Carolina Zaina<sup>99</sup> julgou o caso de um empregado baleado em assalto durante o desempenho do trabalho de cobrador de

---

<sup>98</sup> <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8474&p=3>.

<sup>99</sup> 2ª Turma -TRT/9ªR, Curitiba, 24 de março de 2009.

transporte público, entendendo pela aplicação do instituto do risco da atividade devido à notoriedade da atividade exercida pela empregadora, relativa à exploração econômica do transporte público, como sendo de grande risco aos empregados que laboram no interior das conduções e em consequência do dever geral de cautela, pela exposição de seus empregados e usuários a riscos de morte.

A diversidade doutrinária e jurisprudencial na classificação do risco em risco proveito, criado, profissional, de autoridade, social, administrativo, integral, da atividade econômica, entre outros, também pode delimitar a responsabilidade aplicável ao empregador, assim como a natureza contratual ou não desta responsabilidade. José Cairo Júnior (2009, p. 36), por exemplo, defensor da responsabilidade contratual do empregador, entende que a responsabilidade por acidentes de trabalho deriva dos riscos inerentes ao contrato de emprego, ou seja, do risco profissional e do risco de autoridade, incluindo, também, o risco social.

No entanto, o risco que abrange o maior número de casos e situações, e que se mostra mais equânime às partes na responsabilidade civil do empregador é o risco proveito, matéria que será mais bem desenvolvida no tópico abaixo.

Percebe-se o quão desafiador é o tema proposto no presente trabalho, principalmente na Justiça do Trabalho, que ainda se autoafirma e, de fato, dá os primeiros passos no campo da reparação civil. Ainda mais desafiador para todas as searas do direito, será encontrar parâmetros de aferição do *quantum* indenizatório a ser fixado, especialmente nos danos morais e sob o aspecto punitivo da sanção, face à ausência de discussão quanto à culpabilidade do infrator.

É possível verificar, no entanto, que o critério objetivo do risco tem exigido fontes também objetivas de delimitação do seu sentido e alcance, a exemplo do nexó técnico epidemiológico abordado no item abaixo, verificado através da perícia previdenciária e a partir de dados estatísticos quantitativos e qualitativos no escopo de classificar uma patologia como doença do trabalho (aferição do nexó causal entre as características de uma doença e uma atividade econômica específica).

#### 2.4.5 O meio ambiente laboral

O meio ambiente do trabalho tem sido entendido como parte integrante do meio ambiente físico ou natural a que todos estamos sujeitos, e o empregador tem sido visto, também, como o 'poluidor-pagador'<sup>100</sup>, num contexto de almejada sustentabilidade e proteção constitucional (artigos 7º, inciso XXVIII, 193 e 225).

João Manoel Grott (2003. p. 81) conceitua o meio ambiente do trabalho como “um conjunto de fatores físicos, climáticos ou quaisquer outros que interligados, ou não, estão presentes e envolvem o local de trabalho do indivíduo”, sendo o homem integrante desse meio ambiente “no caminho para o desenvolvimento sustentável preconizado pela nova ordem ambiental mundial.” Entende, ainda, que:

Também, pode-se afirmar que o meio ambiente do trabalho faz parte do conceito mais amplo de ambiente, de forma que deve ser considerado como bem a ser protegido pelas legislações para que o trabalhador possa usufruir de uma melhor qualidade de vida.

O meio ambiente sadio e equilibrado “é elementar para garantir a dignidade da pessoa e o desenvolvimento de seus atributos pessoais, morais e intelectuais”, com o fim de, segundo Maria Aparecida Alkimin (2005, p. 25/26), proteção “à vida e saúde do trabalhador”, no local onde o homem passa a maior parte de sua vida.

No entanto, a responsabilidade objetiva de que trata a Lei de Política Nacional do Meio Ambiente, n. 6.938/1981, prevista no artigo 14, § 1º<sup>101</sup>, não retira o caráter especial da norma, aplicável aos danos ambientais coletivos, em sua concepção ampla, como defende Cláudio Brandão (2009, p. 305), não aos danos individuais. Obviamente que uma classe trabalhadora pode ser atingida por danos

---

<sup>100</sup> Observa João Manoel Grott (2003, p. 176) que esse princípio foi proposto pela OCDE Paris, em 1972.

<sup>101</sup> “§ 1º - Sem obstar a aplicação das penalidades previstas neste artigo, é o poluidor obrigado, independentemente da existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade. O Ministério Público da União e dos Estados terá legitimidade para propor ação de responsabilidade civil e criminal, por danos causados ao meio ambiente.”

ambientais, entendidos como “qualquer violação ao conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas; (...)” – artigo 3º, inciso I, da Lei Ambiental acima mencionada – e, assim, ensejar a responsabilização sem culpa.

#### 2.4.6 Riscos da atividade

São vários os tipos e conceitos de risco da atividade enumerados, principalmente, pela doutrina, e também pela jurisprudência, como hábeis a ensejar forma diferenciada de reparação civil, sem análise da culpa do agente. São alguns deles: o risco social, risco integral, risco proveito, risco da autoridade, risco da atividade econômica, risco ambiental, risco profissional, risco administrativo, risco criado, risco genérico, risco especial, risco ocupacional, dentre outros.

Em que pese seja possível o cabimento da norma do parágrafo único do artigo 927 nos casos de risco proveito, ou seja, com base no lucro da atividade, seguindo a ideia de que quanto maior o proveito da atividade (que necessariamente deve existir) maior o risco, tem prevalecido o cabimento do risco criado na reparação do dano civil extracontratual, conceito mais genérico, que abrange a geração dos riscos elevados, independente da vantagem ou lucro da atividade.

Caio Mario Pereira da Silva, citado por Carlos Roberto Gonçalves (2003, p. 309/310), distingue o risco proveito do risco criado, dizendo que neste não há cogitação sobre o dano ser relacionado a um proveito ou vantagem para o agente, reconhecendo a sua maior aceitação na doutrina:

Supõe-se que a atividade pode ser proveitosa para o responsável, mas não subordina o dever de reparar ao pressuposto da vantagem. O que se averigua é a atividade em si mesma, independente do resultado bom ou mau que dela advenha para o agente, o que seria mais abrangente do que o risco-proveito e também mais equitativo à vítima, que não precisaria provar a vantagem ou lucro auferido pela atividade.

O **risco proveito** encontrou fundamento no próprio Direito Romano<sup>102</sup>, mas ainda no século XIX, na França, já criticavam o princípio pela dificuldade na sua conceituação, principalmente se abrangeria “toda e qualquer espécie de vantagem ou, de maneira estrita, implicando apenas ganhos de natureza econômica?” e se haveria o dever de reparar mesmo não ficando provado o lucro, o proveito, ou a vantagem (Wilson Melo Da Silva, 1974, p. 55).

Pablo Stolze Gagliano (2006, p. 139), entende que o exercício da atividade de risco pressupõe “a busca de um determinado proveito, em geral de natureza econômica, que surge como decorrência da própria atividade potencialmente danosa (risco-proveito)”.

Para Sérgio Cavalieri Filho (2005, p. 156), a doutrina que defende o risco proveito parte da ideia de que “quem colhe os frutos da utilização de coisas ou atividades perigosas deve experimentar as conseqüências prejudiciais que dela decorrem”, reconhecendo o Autor, no entanto, a dificuldade dessa prova e a inviabilidade da teoria.

Assim, a teoria do risco proveito sucumbiu à necessidade da prova do proveito, vantagem ou lucro, de regra, a encargo da vítima, dificuldade que também foi utilizada como fundamento ao declínio da responsabilidade subjetiva, aqui quanto à prova da culpa. Até porque, a norma do artigo 927, parágrafo único, do Código Civil, não restringe o risco à atividade econômica, financeira ou de lucro. Inclusive, são equiparados ao empregador, para todos os efeitos, o profissional liberal, a instituição de beneficência, a associação recreativa ou outra instituição sem fins lucrativos, igualmente responsáveis em caso de danos ao empregado (artigo 2º, §1º, da CLT).

O **risco criado** é tipo de risco mais genérico e mais aceito pela doutrina e jurisprudência, sendo, também, muito antiga a ideia de se ampliar o conceito de risco

---

<sup>102</sup> *Ubiemolumentum, ibi ònus; ubicommoda, ibiincommoda*: quem auferre os cômodos (lucros) deve suportar os incômodos (riscos).



para além do proveito, mas para a simples criação de um perigo acima do trivial, conforme argumentado nos tópicos acima.

Até porque, basta haver uma atividade (classificada como de risco acentuado) para ensejar a aplicação da cláusula geral de responsabilidade objetiva, inclusive atingindo entidades filantrópicas e beneficentes, se preenchidos os demais requisitos legais exigidos à reparação do dano (nexo causal de uma conduta - atividade - e um dano).

Enoque Ribeiro dos Santos (2008, p. 43) intitula como 'Teoria do Risco Inerente à Atividade Econômica' a teoria que, para ele, melhor explica a responsabilidade civil objetiva. Trata, na verdade, do risco criado, dizendo que na teoria do risco inerente à atividade econômica "o dever de reparar o dano surge da atividade normalmente exercida pelo agente que cria risco em potencial a direitos ou interesses alheios", na qual "não se cogita de proveito ou vantagem para aquele que exerce a atividade, mas da atividade em si mesma".

Sebastião Geraldo Oliveira (2007, p. 113) doutrina que:

[...] 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'. Se o risco a que se expõe o trabalhador estiver acima do risco médio da coletividade em geral, caberá o deferimento da indenização, tão somente pelo exercício dessa atividade. Nessa hipótese, foi o exercício do trabalho que criou esse risco adicional.

O **risco da atividade econômica**<sup>103</sup>, portanto, é tratado no artigo 2º da CLT, que conceitua a figura do empregador como: "(...) a empresa, individual ou coletiva<sup>104</sup>, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviços", conforme entende José Carlos Manhabusco (2010, p. 67). Segundo José Affonso Dallegrave Neto (2009, p. 96/97), esse risco diferencia-se do **risco profissional**, porque este diz respeito à reparação

<sup>103</sup> Risco de Autoridade para José Cairo Júnior (2009, p. 36).

<sup>104</sup> Leia-se pessoa jurídica ou física. (Maurício Godinho Delgado, 2010, p. 378).

acidentária<sup>105</sup> e do **risco social** porque este se refere à sociedade e ao Estado, a exemplo do custeio da previdência social pelos empregados com o intuito de resguardar benefícios não acidentários (aposentadoria por tempo de serviço, salário-maternidade, salário-família e etc.).

Pode-se dizer que o risco profissional e o risco da atividade econômica estão para o exercício da atividade do empregador e do fornecedor de serviços de consumo (atividade profissional e econômica), assim como o **risco administrativo** está para a atividade estatal, conforme artigo 37, §6º, da Constituição Federal. No Brasil, o risco administrativo foi incorporado ao ordenamento jurídico com a Constituição Federal de 1946 (artigo 194), em que pese o risco da atividade já estivesse presente em leis esparsas prevendo a responsabilidade objetiva ou a presunção de culpa<sup>106</sup>.

No entanto, o risco administrativo não se confunde com o **risco integral**<sup>107</sup>. Neste, o dever de reparar subsiste ainda que existentes causas excludentes de ilicitude ou causalidade, ou seja, prescinde qualquer relação entre o agente o dano (nexo causal), sendo, atualmente, rechaçado como critério equânime e justo de reparação civil<sup>108</sup>, em que pese subsista, por exemplo, na responsabilidade do ente público previdenciário (INSS) quanto ao pagamento dos benefícios acidentários.

Na definição dada por Sérgio Cavalieri Filho (2005. p. 157), é “modalidade extremada da doutrina do risco destinada a justificar o dever de indenizar até nos casos de inexistência do nexo causal”.

---

<sup>105</sup> Não se pode confundir a indenização tarifária a encargo da Previdência Social (INSS) e subsidiada por empregadores e empregados, com a indenização cível de vida em caso de culpa ou dolo do empregador, por causalidade objetiva ou, ainda, por risco da atividade.

<sup>106</sup> No caso da atividade ferroviária e em matéria acidentária (previdenciária), por exemplo.

<sup>107</sup> Rui Stoco (2007, p. 1011) também diferencia o risco integral do risco administrativo, admitindo que as cláusulas de ilicitude ou causalidade sejam opostas em favor do ente público.

<sup>108</sup> Para Hely Lopes Meirelles (2006, p. 650), abordando a responsabilidade civil da administração pública, “a teoria do risco integral é a modalidade extremada da doutrina do *risco administrativo*, abandonada na prática, por conduzir ao abuso e à iniquidade social”.

De outro lado, os **riscos ambientais** no trabalho estão relacionados na Norma Regulamentadora do Ministério do Trabalho, NR-9<sup>109</sup>, e derivam de fatores físicos, químicos e biológicos:

9.1.5 Para efeito desta NR, consideram-se riscos ambientais os agentes físicos, químicos e biológicos existentes nos ambientes de trabalho que, em função de sua natureza, concentração ou intensidade e tempo de exposição, são capazes de causar danos à saúde do trabalhador.

9.1.5.1 Consideram-se agentes físicos as diversas formas de energia a que possam estar expostos os trabalhadores, tais como: ruído, vibrações, pressões anormais, temperaturas extremas, radiações ionizantes, radiações não ionizantes, bem como o infra-som e o ultra-som.

9.1.5.2 Consideram-se agentes químicos as substâncias, compostos ou produtos que possam penetrar no organismo pela via respiratória, nas formas de poeiras, fumos, névoas, neblinas, gases ou vapores, ou que, pela natureza da atividade de exposição, possam ter contato ou ser absorvidos pelo organismo através da pele ou por ingestão.

9.1.5.3 Consideram-se agentes biológicos as bactérias, fungos, bacilos, parasitas, protozoários, vírus, entre outros.

Para efeito de benefício previdenciário, entre as contingências previdenciárias propriamente ditas encontram-se as de **risco genérico**, ou seja, abrangendo todos os trabalhadores que se incapacitam, sem vinculação com a atividade laborativa, cujas disposições de proteção são puramente previdenciárias. Quando essa mesma moléstia ou acidente encontra liame com a atividade laboral executada, as regras aplicáveis se fundam no **risco específico e ocupacional**, relacionado a determinadas atividades ou ambientes de trabalho nocivos à saúde do trabalhador.

De fato, muitos riscos, acima classificados, ainda são desconhecidos no plano fático, jurídico e médico, uns, inclusive, terão de ser experimentados para serem conhecidos e, assim, combatidos. De plano, é possível atribuir ao risco criado, ou seja, aquele que exige apenas o maior risco provocado por uma atividade, seja ela lucrativa ou não, o mais justo e equânime à solução das controvérsias acerca da responsabilidade civil objetiva.

---

<sup>109</sup> As NRs são Normas Regulamentadoras das relações de trabalho e são estabelecidas pelo Ministério do Trabalho (artigo 200 da CLT) com força coativa (por mais que não sejam leis, vinculam os envolvidos para efeito das penalidades previstas).

## 2.5 O NEXO TÉCNICO EPIDEMIOLÓGICO COMO FATOR DE RISCO NAS DOENÇAS OCUPACIONAIS.

### 2.5.1 – O sistema previdenciário brasileiro e a securitização privada dos danos.

Os acidentes de trabalho, sem dúvida, irradiam a maior parte das disputas judiciais sobre responsabilidade civil e porque não dizer que monopolizam a aplicação da teoria do risco no Direito do Trabalho, ou seja, pedidos de danos morais e materiais pela perda ou redução da capacidade laborativa e por despesas e tratamentos médicos (lucros cessantes e danos emergentes); deformação física e estética; sofrimento; dor; angústia; descaso e etc.

A saúde do trabalhador, para a Organização Internacional do Trabalho (Convenção n. 155, ratificada pelo Brasil), “abrange não somente a ausência de afecções ou enfermidades, mas também os elementos físicos e mentais que afetam a saúde e estão diretamente relacionados com a segurança e higiene no trabalho”.

E como forma de combater esse panorama de danos frequentes e até ínsitos à própria relação especial e de trato sucessivo entre empregado e empregador, entre capital e trabalho, entre tecnologia da produção e intensificação do consumo, as duas fortes tendências da responsabilidade civil nos últimos anos foram a teoria objetiva do risco e o sistema de securitização dos danos. Essa tendência, de institucionalização de um amplo e eficiente sistema de seguros sociais e privados, especialmente nos acidentes de automóveis e de trabalho, já havia sido percebida por Orlando Gomes no século passado (1998, p. 279).

No caso do seguro contra danos, é frequente a disponibilização de seguro coletivo aos empregados que assim aderirem, existindo, ainda, o seguro contratado pelo próprio empregador como fonte de subsídio de eventuais condenações judiciais<sup>110</sup>, sem contar o seguro obrigatório contra acidentes de trabalho, o seguro

---

<sup>110</sup> Nos EUA é bem comum o sistema de securitização de danos, existindo o chamado *Worker's Compensation Insurance*, uma forma de seguro que prevê reposição salarial e benefícios médicos para os empregados que são feridos no decurso do emprego, em troca da devolução obrigatória de empregado o direito de processar seu empregador ou seu para o delito de negligência.

obrigatório de automóveis<sup>111</sup>, dentre outros. José Rodrigues Vieira Netto (1989, p. 150) já dizia que “A instituição de um seguro de responsabilidade dá lugar à repartição de perdas – isto é, à **socialização do risco**”. Carlos Roberto Gonçalves (2003, p. 05/06) vai adiante, dizendo que a solução para corrigir inconvenientes da responsabilidade civil, como a ruína do infrator<sup>112</sup>, é o contrato de seguro, comum nos Estados Unidos, onde o seguro garante a distribuição do encargo de reparar o dano “sobre os ombros da coletividade”.

Rita Gonçalves Alves Ferreira da Silva (2007, p. 105 e 111), ressaltando posicionamentos contrários, saliente o cunho social do seguro de responsabilidade civil, sob o argumento de que oferece proteção tanto no âmbito pessoal como no patrimonial, “ao lesado, ao segurado e à comunidade em geral”, tutela e reduz uma diversidade de riscos a que a maioria da população se encontra sujeita e visa alcançar dois objetivos (p. 107 e 112):

[...] garantir que o terceiro lesado seja indenizado e, ao mesmo tempo que, o segurado não sofra um prejuízo no seu patrimônio, uma vez que, se não tivesse celebrado o respectivo contrato de seguro, poderia ficar numa situação econômico –financeira difícil ou mesmo em situação de insolvência

A Emenda Constitucional n.º 20/1998 alterou dispositivos da Constituição, inclusive o artigo 201, que passou a ter o §º10, com a seguinte redação: "A lei disciplinará a cobertura do risco de acidente do trabalho, a ser atendida concorrentemente pelo regime geral da previdência social e pelo setor privado".

Todavia, em que pese admitir a securitização privada, a legislação vigente adotou o sistema germânico, através do qual o seguro de acidentes do trabalho pertence ao monopólio do Estado, com as seguintes particularidades: a) obrigação das empresas firmarem contrato de seguro de acidentes do trabalho com o órgão

---

<sup>111</sup> A doutrina Francesa sustenta que, a curto prazo, a responsabilidade individual será substituída pelos seguros privados e sociais, com a criação de fundos coletivos de reparação (Sérgio Cavaliere Filho, 2005, p. 166).

<sup>112</sup> O Autor cita o caso de uma pessoa que, por culpa levíssima e pequena distração, atropela um chefe de família e seja obrigado a indenizar e a fornecer pensão alimentícia aos dependentes da vítima.

estatal; b) uma jurisdição especial e c) fixação das indenizações através de lei (Hertz Jacinto Costa, 2003, artigo).

Para o Autor acima referido, para o ingresso das seguradoras particulares no campo do infortúnio do trabalho o Governo deverá propor ao Congresso a edição de uma nova lei de acidentes do Trabalho, pois as regras existentes, disseminadas no corpo do estatuto previdenciário, não oferecem atrativos, nem permitem interesses e, sequer, condições de atuação do mercado securitário privado.

Até porque, afora e independente das diversas formas privadas de assegurar possíveis danos pessoais e patrimoniais, no Brasil, o empregador está obrigado a recolher inúmeras contribuições sociais de gestão pública a fim de custear a Previdência Social e outros benefícios sociais aos empregados<sup>113</sup>, como o SAT/RAT – Seguro contra Acidentes de Trabalho; PIS/PASEP – Programa de Integração Social; INSS; SEBRAE, SESI, SESC, SENAC, INCRA, SALÁRIO-EDUCAÇÃO, FGTS e etc.

Traduz-se o sistema previdenciário brasileiro, portanto, em um sistema misto de solidariedade e seguro, através do qual a seguridade social/INSS substitui o empregador, com exclusividade, na gestão e reparação do risco. Todavia, até 1967 os danos oriundos de doenças e acidentes de trabalho eram suportados integralmente pelo empregador à falta de um sistema de seguro de gestão pública.

Assim, todos os encargos previdenciários a que, obrigatoriamente, está sujeito o empregador, compõem um fundo de pagamento de inúmeros benefícios previdenciários devidos aos empregados segurados (ou desempregados pelo tempo de manutenção da qualidade de segurado)<sup>114</sup> e a responsabilidade pelo pagamento desses benefícios, tarifados por lei, independe de qualquer elemento anímico eis

---

<sup>113</sup> A Gazeta do Paraná noticiou na edição n. 6.693, de 25/07/2011 (pagina 02), que o Brasil tem os maiores encargos trabalhistas do mundo, segundo um estudo realizado pela Fiesp (Federação das Indústrias do Estado de São Paulo), correspondendo a praticamente um terço (32,4%) dos gastos com pessoal na indústria brasileira no ano de 2009, sendo 20% só em contribuição patrimonial à Previdência Social.

<sup>114</sup> Como aposentadorias; auxílios-doença, acidentário e reclusão; salários-maternidade e família, dentre outros.

que derivação da teoria objetiva do risco profissional e social (Sergio Pinto Martins, 2010, p. 398/399), sendo devidos, inclusive, desde que preenchidos os pressupostos legais, em caso de culpa exclusiva da vítima na ocorrência do infortúnio que a incapacite por mais de 15 (quinze) dias.

A indenização acidentária, portanto, de responsabilidade da previdência social, é perfeitamente cumulável com a indenização devida pelo empregador em caso de culpa ou dolo (artigo 7º, inciso XXVIII, da Constituição Federal)<sup>115</sup> ou decorrente da atividade de risco (artigo 927 parágrafo único, do Código Civil), conforme pacificado pela Súmula 229 do STF: “A indenização acidentária não exclui a do direito comum, em caso de dolo ou culpa grave do empregador”, até porque decorrem de fatos geradores e fontes pagadoras diversas.

#### 2.5.2 – O seguro contra acidentes de trabalho

Além das contribuições previdenciárias tendentes a custear os benefícios continuados por acidente, morte, velhice, deficiência, maternidade, reclusão e desemprego, o empregador também tem o dever de pagar à Previdência Social, que o administra, o seguro contra acidentes de trabalho (SAT) decorrente do risco profissional e social, disciplinado na Constituição Federal, artigos 7º, inciso XXVIII, 195, *caput* e inciso I e 201, inciso I, bem como na Lei n. 8.212/1991, artigo 22, inciso II, para o custeio da Aposentadoria derivada de condições especiais de trabalho (artigos 57 e 58 da Lei 8.213/1911) e outros benefícios por acidente ou doença.

No entanto, os seguros e encargos sociais pagos, bem como os seguros privados, estão desvinculados da indenização devida pelo empregador em caso de danos civis, nos exatos termos do artigo 7º, inciso XXVIII, da Constituição Federal, conclusão aceita majoritariamente pela doutrina e jurisprudência, conforme demonstra o entendimento do Tribunal Regional do Trabalho do Estado da 9ª

---

<sup>115</sup> Há responsabilidade subjetiva do empregador, inclusive, pelos prejuízos causados ao INSS no pagamento dos benefícios previdenciários, por negligência daquele “quanto às normas padrão de segurança e higiene do trabalho indicados para a proteção individual e coletiva”, cabendo ação regressiva por parte da Previdência Social (artigo 120 Lei n. 8.213/91).

Região, abaixo transcrito, julgando não compensáveis o benefício previdenciário, com a indenização civil por danos<sup>116</sup> e com o seguro coletivo:

INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. POSSIBILIDADE DE CUMULAÇÃO COM PENSÃO MENSAL DEVIDA PELO EMPREGADOR E BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. COMPENSAÇÃO DO PRÊMIO DE SEGURADORA. IMPOSSIBILIDADE. A indenização por danos morais e pensão mensal decorrentes de culpa do empregador no acidente de trabalho sofrido pelo empregado possui natureza jurídica absolutamente diversa do benefício previdenciário recebido, não havendo o óbice alegado pelo recorrente para percepção cumulativa. O benefício previdenciário é de responsabilidade da Previdência Social e está fundamentado na teoria do risco (responsabilidade objetiva), detendo natureza compensatória, enquanto a indenização e pensão mensal estão concentradas na esfera jurídica do empregador, fundamentando-se, como regra geral, na sua concorrência dolosa ou culposa para o evento, e possuindo caráter indenizatório. Da mesma forma, não é devida a compensação do valor do prêmio de seguro de vida pago por seguradora particular, pois representam parcelas de natureza distinta. O prêmio da seguradora foi pago por força de negócio jurídico de cunho privado, ao passo que a indenização em comento decorre da existência de dolo ou culpa do empregador na ocorrência do acidente de trabalho. Inteligência dos artigos 7º, XXVI, da Constituição Federal e 121 da Lei nº 8.213/91 e da Súmula 229 do STF. **(TRT-PR-03736-2008-322-09-00-8-ACO-26885-2010 - 4A. TURMA, Relator: MÁRCIA DOMINGUES, Publicado no DEJT em 20-08-2010)** - grifou-se -

Já o RAT (Risco Ambiental do Trabalho) se refere à alíquota adicional do SAT e custeia a aposentadoria especial (juntamente com parte do SAT). Essa alíquota deve ser informada no GEFIP e é devida apenas sobre a remuneração do trabalhador sujeito a condições especiais, isto é, aquele que efetivamente está exposto a agente nocivo, correspondendo às alíquotas de 12%, 9% e 6%, conforme a atividade realizada, que permita a aposentadoria especial em 15, 20 ou 25 anos, respectivamente.

O SAT possui alíquotas de 1%, 2% ou 3%, dependendo da classificação da atividade preponderante do empregador e do risco da atividade, se considerado leve, médio ou grave. A legislação previdenciária, no entanto, não definiu o que é atividade preponderante, nem o que seria risco leve, médio ou grave. Ainda, estes percentuais são multiplicados pelo fator acidentário (FAP), que varia de 0,5 a 2 pontos, calculados sempre sobre os dois últimos anos de todo o histórico de acidentalidade e de registros acidentários da Previdência Social, por empresa, dependendo da Classificação Nacional de Atividade Econômica (CNAE 2.0).

<sup>116</sup> Nesse sentido, Sebastião Geraldo de Oliveira (2007, p. 117/118).



O FAP não está disciplinado por lei em sentido estrito, mas por Resoluções aprovadas pelo Plenário do Conselho Nacional de Previdência Social, o que tem gerado discussões sobre a constitucionalidade do ato<sup>117</sup>, estando hoje em vigor a Resolução CNPS n. 1.316/2010.

### 2.5.3 A criação do Nexo Técnico Epidemiológico - NTEP

O Nexo Técnico Epidemiológico (NTEP) foi instituído pelo artigo 21-A da Lei da Previdência Social n. 8.213/1991, após alteração dada pela Lei n. 11.430/2006, que inaugurou uma nova fase na constatação das doenças laborais e que serve, também, como critério de alteração da alíquota de contribuição do SAT:

**Art. 21-A. A perícia médica do INSS considerará caracterizada a natureza acidentária da incapacidade quando constatar ocorrência de nexo 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.** (Incluído pela Lei nº 11.430, de 2006) - grifou-se -

Com a alteração do Regulamento da Previdência Social, Decreto n. 3.048/1999, pelo Decreto n. 6.042/2007, agora, o ente previdenciário está legitimado, através de perícia médica e independente da emissão da CAT (Comunicação de Acidente de Trabalho), a estabelecer o nexo entre o trabalho e a doença sofrida pelo empregado, através de dados estatísticos e epidemiológicos (artigo 337, Decreto n. 3.048/99):

Art. 337. O acidente do trabalho será caracterizado tecnicamente pela perícia médica do INSS, mediante a identificação do nexo entre o trabalho e o agravo. Alterado pelo Decreto nº 6.042 - de 12/2/2007 - DOU DE 12/2/2007.

I - o acidente e a lesão;  
II - a doença e o trabalho; e

<sup>117</sup> “Ora, face à exaustivamente mencionada tipicidade estrita constitucional, a admissão da interpretação que confira ao artigo 10 da Lei 10.666/06 o simples manejo da alíquota de 0,5% até 6%, ainda que por via indireta, não satisfaz quando é certa a funesta conseqüência, qual seja, de criar efetivamente uma alíquota móvel, e móvel ao sabor de ação da administração, importando imediatamente enorme insegurança jurídica no cenário tributário. Ante o exposto, defiro parcialmente a antecipação dos efeitos da tutela para suspender a aplicação do FAP às alíquotas do SAT, de modo a restaurar-se a aplicabilidade do art. 22, II, da Lei n. 8.212/91 conforme sua extensão original, nos termos da fundamentação.” (Processo nº 2009.72.00.013653-9. Subseção da Justiça Federal de Florianópolis-SC).

III - a causa mortis e o acidente.

(...)

§ 3º Considera-se estabelecido o nexo entre o trabalho e o agravo quando se verificar nexo técnico epidemiológico entre a atividade da empresa e a entidade mórbida motivadora da incapacidade, elencada na Classificação Internacional de Doenças - CID em conformidade com o disposto na Lista C do Anexo II deste Regulamento. (Alterado pela DECRETO Nº 6.957, DE 9/9/2009 – DOU DE 10/9/2009)

§ 4º Para os fins deste artigo, considera-se agravo a lesão, doença, transtorno de saúde, distúrbio, disfunção ou síndrome de evolução aguda, subaguda ou crônica, de natureza clínica ou subclínica, inclusive morte, independentemente do tempo de latência. Incluído pelo Decreto nº 6.042 - de 12/2/2007 - DOU DE 12/2/2007.

§ 5º Reconhecidos pela perícia médica do INSS a incapacidade para o trabalho e o nexo entre o trabalho e o agravo, na forma do § 3º, serão devidas as prestações acidentárias a que o beneficiário tenha direito. Incluído pelo Decreto nº 6.042 - de 12/2/2007 - DOU DE 12/2/2007

§ 6º A perícia médica do INSS deixará de aplicar o disposto no § 3º quando demonstrada a inexistência de nexo entre o trabalho e o agravo, sem prejuízo do disposto nos §§ 7º e 12. (Alterado pelo Decreto nº 6.939, de 18 de agosto de 2009 – DOU DE 19/8/2009)

§ 7º A empresa poderá requerer ao INSS a não aplicação do nexo técnico epidemiológico ao caso concreto mediante a demonstração de inexistência de correspondente nexo entre o trabalho e o agravo (Alterado pelo Decreto nº 6.939, de 18 de agosto de 2009 – DOU DE 19/8/2009).

A partir de abril de 2007, portanto, não há mais a exigência por parte do INSS de ser emitida uma CAT - Comunicação de Acidente do Trabalho, com protocolo junto à autarquia federal, para a caracterização da incapacidade laborativa por acidente ou doença do trabalho a fim de viabilizar o benefício previdenciário pertinente.

Ou seja, antes a Previdência social utilizava-se do NTP (Nexo técnico Previdenciário) através de diagnóstico particular da doença de trabalho. Atualmente, utiliza-se do NTEP (Nexo Técnico Epidemiológico)<sup>118</sup> como fator coletivo epidemiológico e estatístico de doenças laborais<sup>119</sup>.

Portanto, o NTEP foi o critério escolhido pela União Federal, através de sua autarquia federal – INSS, para determinar objetivamente a relação causal entre uma doença apresentada e a atividade laboral desenvolvida por um empregado.

<sup>118</sup> O Nexo Técnico Epidemiológico (NTEP) é verificado quando a CID (Código Internacional de Doenças) da doença identificada no trabalhador se enquadra no CNAE (Código Nacional de Atividade Econômica estipulado pelo IBGE).

<sup>119</sup> O NTEP também influencia o percentual a ser fixado de FAT que incide sobre o SAT.

Trata-se, portanto, de “Método Comparativo Setorial”, ou seja, utilização de estatísticas epidemiológicas entre acidentes ou determinadas doenças em determinados setores de atividades, através da média estatística de acontecimentos (regularidade/intensidade), medida pela tabela de notificações acidentárias do INSS ou por outro órgão oficial (Ministério do Trabalho e Emprego – MTE; Fundacentro e etc.).

A caracterização da doença como sendo oriunda do trabalho, direta ou indiretamente (exclusiva ou concorrentemente), não guarda razão no valor do benefício previdenciário a ser concedido, pois tanto no auxílio-doença sem nexo com o trabalho (código B-31), como no auxílio-doença acidentário (código B-91), a renda mensal paga é a mesma (91% do salário de benefício – artigo 61 da Lei 8213/91). Justifica-se a diferenciação pelos direitos trabalhistas decorrentes, especialmente quanto à estabilidade provisória no emprego (artigo 118 da Lei 8.213/91 e Súmula 378 do TST).

A perícia médica do INSS pode, também, deixar de constatar a existência do NTEP, mediante decisão fundamentada, por fatores que interrompem o nexo causal entre a doença e o trabalho, em virtude de doenças degenerativas, inerentes a um grupo etário ou que não produzam incapacidade laborativa (§1º, do artigo 20, da Lei 8.213/91), por pré-disposições genéticas e quando dispuser de informações ou elementos circunstanciados e contemporâneos ao exercício da atividade que evidenciem a inexistência do nexo técnico entre o agravo e o trabalho (artigo 6º, §3º, IN/INSS n. 31, de 10/09/08), cabendo sempre pedido de reconsideração ou recurso administrativo pela parte que se sentir prejudicada.

É importante frisar a relevância no acompanhamento da perícia médica autárquica para a impugnação administrativa da constatação do NTEP junto ao INSS. Inclusive, o empregador deveria ser intimado do reconhecimento do nexo técnico e da concessão do benefício previdenciário pertinente, a fim de impugnar o resultado e também tomar as providências cabíveis e se prevenir para o retorno do empregado ao trabalho<sup>120</sup>. No entanto, não é raro o empregador tomar

---

<sup>120</sup> Em relação às consequências trabalhistas advindas do reconhecimento da doença ocupacional, como a estabilidade acidentária e o recolhimento do FGTS.

conhecimento do acolhimento do NTEP somente quando da alta médica do empregado pelo INSS e do retorno ao trabalho.

Para José Affonso Dallegrave Neto (2009, p. 272), reportando-se ao Método Comparativo Setorial:

[...] é possível asseverar que determinado acidente em determinado ramo de atividade empresarial encontra-se, estaticamente, abaixo ou acima da média. Assim, por exemplo, a queimadura é um tipo de acidente raro na estatística do setor da construção civil, contudo o traumatismo craniano decorrente de queda livre é um acidente comum e bem acima da média em relação aos demais ramos de atividade. Ainda, a contração de doença pulmonar é rara no setor bancário, contudo a LER (lesão por esforço repetitivo) constitui moléstia amíúde aos bancários.

Conclui o Autor dizendo que todo acidente ocorrido em determinado setor de uma atividade empresarial<sup>121</sup>, que esteja dentro da faixa estatística acima da média na tabela de notificações acidentárias do INSS, será considerado decorrente de ‘atividade normal de risco’, ou seja, o NTEP é “método objetivo, científico e com guarida legal (artigo 21-A, da Lei n. 8.213/91)” e, assim, “em todos os casos em que se presumir que a doença seja ocupacional pela adoção do NTEP, estar-se-á diante de ‘atividade normal de risco’”, como bem ensina José Affonso Dallegrave Neto (2009, p. 294).

Isso porque, em tese, um CNAE somente vai se relacionar a um CID quando presente um risco acentuado de uma atividade preponderante, risco esse obtido pela grande frequência de notificações acidentárias, que poderia gerar a aplicação da responsabilidade objetiva com base no artigo 927, parágrafo único, do Código Civil.

Todavia, o sistema não é infalível e, inclusive, possui algumas incoerências reconhecidas, principalmente porque relaciona doenças (enquadradas em um CID) a uma atividade econômica preponderante, cujas ramificações profissionais (atividades não preponderantes) podem não guardar qualquer relação com a doença indicada. Basta compulsar algumas imperfeições encontradas no

---

<sup>121</sup> O artigo 927, parágrafo único, do Código Civil não restringe as atividades de risco às empresariais, incluindo, portanto, as pessoas físicas prestadoras de serviços e os empregadores individuais.

Anexo II, Lista C, do Regulamento da Previdência Social (Decreto n. 3.048/99 alterado pelo Decreto 6.042/07).

É o que se observa, por exemplo, na atividade de cultivo de cana-de-açúcar (CNAE n. 0113-0)<sup>122</sup>, que está relacionada à epilepsia e a distúrbios do sono (CID G40-G47)<sup>123</sup>. Ainda mais impressionante é a Apendicite (CID K35-K37), de origem multicausal<sup>124</sup>, que está relacionada à Extração de Areia, (CNAE 0810), ao abate de bovinos e aves (CNAE 1011 e 1012), à fabricação de açúcar bruto, cristal ou mascavo (CNAE 10714) e à confecção de calcinhas femininas (CNAE 1411).

Portanto, os estudos em torno da NTEP, sem olvidar o grande avanço propiciado, merecem progredir para efeito de aperfeiçoar o sistema, bem como para impedir sua aplicação automática em casos de flagrante incongruência.

#### 2.5.4 O NTEP nos processos judiciais. Nexo técnico e nexo causal.

Ante o acima demonstrado, o Nexo Técnico Epidemiológico é um critério legal de constatação das doenças do trabalho pela autarquia federal (INSS), pautado em estatísticas epidemiológicas e, também, em estudos e relatórios prévios mantidos obrigatoriamente pelo empregador (PPRA, PCMSO, LTCAT)<sup>125</sup>, constituindo eficaz parâmetro de enquadramento da atividade profissional do empregador como sendo “normal de risco” para efeito de caracterização das doenças ocupacionais e da responsabilidade objetiva em ações trabalhistas indenizatórias.

---

<sup>122</sup> Número obtido no site do IBGE: <http://www.cnae.ibge.gov.br/pesquisa.asp>

<sup>123</sup> <http://www.medicinanet.com.br/>

<sup>124</sup> “Apendicite é a inflamação do apêndice, um pequeno órgão linfático parecido com o dedo de uma luva, localizado no ceco, a primeira porção do intestino grosso. Na maioria dos casos, o problema ocorre por obstrução da luz dessa pequena saliência do ceco pela retenção de materiais diversos com restos fecais” (<http://pt.wikipedia.org/wiki/Apendicite> e <http://drauziovarella.com.br/doencas-e-sintomas/apendicite/>).

<sup>125</sup> NR-9, item 9.1.1 e NR-7, item 7.1.1.

Veja-se que as doenças sujeitas ao enquadramento no NTEP são as chamadas 'doenças do trabalho' ou mesopatias, definidas no artigo 20, inciso II, da Lei 8.213/1991<sup>126</sup>, que "têm como causa ou concausa<sup>127</sup> o risco específico indireto" (Lopes Monteiro e Fleury de Souza Bertagni *apud* Cláudio Brandão, 2009, p. 164). Ou seja, o risco decorre de condições especiais de trabalho, não existindo, necessariamente, um nexa etiológico ou relação direta entre a doença e o labor, como ocorre nas doenças profissionais ou tecnopatias (inciso I, artigo 20, Lei 8.213/91), em que o risco é específico e direto, característico da própria atividade (presunção de nexa causal).

No entanto, a constatação administrativa do NTEP (ou inexistência dele), gera apenas presunção 'iures tantum' do nexa causal entre o agravo acometido no empregado e as atividades laborais, eis que a própria lei que o instituiu também possibilitou a contestação do resultado pericial administrativo. Ainda, diante do princípio do livre acesso ao Poder Judiciário (inciso XXXV, artigo 5º, Constituição Federal) e do sistema jurisdicional adotado no Brasil (sistema Inglês), a decisão administrativa não faz coisa julgada, podendo ser discutida através de ação judicial.

Na prática forense, a perícia médica judicial tem sido determinante na confirmação ou não do NTEP reconhecido em sede administrativa. Isso porque, nas ações trabalhistas postulando o reconhecimento da estabilidade provisória ou indenização por danos morais e materiais decorrentes de acidente de trabalho, é comum a parte que tem o ônus de provar suas alegações ou que tem contra ela o NTEP reconhecido (ou negado), requerer a realização de perícia médica judicial e imparcial a fim de ratificar ou não a perícia médica do INSS quanto ao resultado nexa causal entre a doença e o trabalho.

Nesse sentido, o artigo 6º, §1º, da Instrução Normativa do INSS (IN/INSS) n. 31 de 10/09/08:

---

<sup>126</sup> "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."

<sup>127</sup> "Art. 21. Equiparam-se também ao acidente do trabalho, para efeitos desta Lei: I - o acidente ligado ao trabalho que, embora não tenha sido a causa única, haja contribuído diretamente para a

Considera-se epidemiologicamente estabelecido o nexo técnico entre o trabalho e o agravo, sempre que se verificar a existência de associação entre a atividade econômica da empresa, expressa pela CNAE e a entidade mórbida motivadora da incapacidade, relacionada na CID, em conformidade com o disposto na parte inserida pelo Decreto nº 6.042/07, na lista B do anexo II do Decreto nº 3.048/99;

§ 1º A inexistência de nexo técnico epidemiológico não elide o nexo entre o trabalho e o agravo, cabendo à perícia médica a caracterização técnica do acidente do trabalho, fundamentadamente, sendo obrigatório o registro e a análise do relatório do médico assistente, além dos exames complementares que eventualmente o acompanhem.

O ‘Nexo Técnico Epidemiológico’ (NTEP), portanto, é diferente do ‘Nexo Causal’. Aquele trata de resultado atuarial, decorrente de razão de chance, em face do rol de patologias catalogadas pelo INSS, considerando o trabalho, o agravo, a atividade da empresa e a entidade mórbida segundo o CID. Ou seja, consiste numa probabilidade, em um cruzamento de dados. Já o nexo causal é a relação concreta entre a causa e o efeito, obtido não só a partir da análise clínica no trabalhador, mas de todas as circunstâncias do ambiente de trabalho: os instrumentos utilizados, as funções desempenhadas, a rotina, a ergonomia, a frequência, a carga de trabalho e etc. (vistoria do posto de trabalho).

Ou seja, o NTEP pode ser de natureza causal ou não, conforme disciplinam os artigos 1º e 3º da IN/INSS n. 31:

Art. 3º O nexo técnico previdenciário poderá ser de natureza causal ou não, havendo três espécies:

I - nexo técnico profissional ou do trabalho, fundamentado nas associações entre patologias e exposições constantes das listas A e B do anexo II do Decreto nº 3.048, de 1999;

II - nexo técnico por doença equiparada a acidente de trabalho ou nexo técnico individual, decorrente de acidentes de trabalho típicos ou de trajeto, bem como de condições especiais em que o trabalho é realizado e com ele relacionado diretamente, nos termos do § 2º do art. 20 da Lei nº 8.213/91

III - nexo técnico epidemiológico previdenciário, aplicável quando houver significância estatística da associação entre o código da Classificação Internacional de Doenças-CID, e o da Classificação Nacional de Atividade Econômica-CNAE, na parte inserida pelo Decreto nº 6.042/07, na lista B do anexo II do Decreto nº 3.048, de 1999;

Wladimir Novaes Martinez (2009, p. 165) entende que o nexo causal acidentário é uma relação lógica de causa e efeito “entre o ambiente laboral e o tipo de contingência (designada agravo) que vitimou o segurado (...). De tal sorte que o

---

morte do segurado, para redução ou perda da sua capacidade para o trabalho, ou produzido lesão que exija atenção médica para a sua recuperação;”

resultado possa ser atribuído às circunstâncias precedentes no tempo, me-diata e imediatamente (...). Já o nexu técnico (NTEP) ocorre “quando caracterizadas certas circunstâncias que envolvem a atividade exercida pelo segurado (em função do CNAE da empresa) e a causa da incapacidade para o trabalho (codificada numericamente pelo CID). Do ponto de vista epidemiológico.”

Assim, a atividade profissional codificada por um número (CNAE) está relacionada epidemiologicamente a algumas patologia indicadas também por um número (CID), conforme se pode constatar na listagem C do Anexo II do Regulamento da Previdência Social (Decreto n. 3.048/99, alterado pelo Decreto n. 6.042/07). Para efeito de ilustração, a ‘Atendente de Praça de Pedágio’ está enquadrada no CNAE n. 5221 (Concessionária de Rodovias e etc.), guardando relação com doenças inflamatórias como as Sinovites e Tenossinovites (CID M65), bastando, para isso, verificar a tabela de correlação entre CNAE e CID no anexo II previdenciário. Trata-se do nexo técnico (NTEP)<sup>128</sup>.

No entanto, uma análise mais detalhada do ambiente de trabalho, pode levar a uma conclusão diferente, levando-se em consideração os EPIs e EPCs utilizados (Equipamentos de Proteção Individual e Coletiva), a ergonomia do ambiente de trabalho, a frequência de repetições, a sobrecarga muscular nas costas braços e punhos (nexo causal), as pausas para descanso, a ginástica laboral, dentre outros fatores conclusivos para a inexistência de nexo causal entre a doença apresentada e o trabalho.

Frisa-se, por outro lado, que o dever informativo do empregador, decorrente dos princípios da boa-fé objetiva e da confiança, também chamado de ‘consentimento informado’<sup>129</sup>, consiste em alertar previamente o empregado, na fase pré-contratual, quanto aos riscos ocupacionais do trabalho a ser desenvolvido, nos

<sup>128</sup> Nexu técnico, no entanto, que pode ser apontado para uma função não preponderante e sem nexu com o CID relacionado, como, no exemplo informado, relacionar as inflamações nos tendões (Sinovites), automaticamente, à secretária da Concessionária (atividade não preponderante) que não realiza movimentos repetitivos ou de grande esforço físico.

<sup>129</sup> “Consentimento informado significa que a informação dada ao paciente ou pesquisado deve ser completa e clara, adaptada inclusive ao nível sócio cultural e às circunstâncias da pessoa, e nisso se encontra de acordo com a teoria da confiança que originou o princípio da boa-fé objetiva” (Luciano Augusto de Toledo Coelho, 2008, p. 93).



termos dos estudos prévios constantes dos PPRA, PCMSO e LTCAT, conforme exige a NR-1 (1.7 e 1.8) do MTE<sup>130</sup>. O cumprimento de tal dever, no entanto, não exime o empregador da responsabilidade em caso de danos materiais e morais, mas deve ser considerado na mensuração da indenização devida, até porque incentiva posturas transparentes e chancela a livre vontade das partes de conhecer previamente os riscos e aceitá-los.

#### 2.5.5 A realidade econômico-social dos acidentes de trabalho no Brasil

Como objetivado, o efeito dessas modificações no sistema previdenciário brasileiro foi sentido imediatamente na redução de subnotificações de acidentes e doenças do trabalho. Segundo o Anuário Estatístico da Previdência Social – AEPS 2009, em 2007, além dos casos de notificação destes eventos contabilizados mediante CAT (518.415 acidentes e doenças do trabalho), a Previdência Social reconheceu mais 141.108 casos de aplicação de Nexos Técnicos Previdenciários a benefícios (que não tinham uma CAT vinculada)<sup>131</sup>.

No entanto, não se pode negar a triste realidade enfrentada pelo Brasil, recordista mundial em termos de acidentes e doenças do trabalho. Em 2009 foram registrados 723.452 acidentes e doenças do trabalho, entre os trabalhadores assegurados da Previdência Social. Observem que este número, que já é alarmante, não inclui os trabalhadores autônomos (contribuintes individuais) e as empregadas domésticas. Esses eventos, sem dúvida, provocam enorme impacto social e econômico, além de repercutir sobremaneira na saúde pública no Brasil.

Entre esses registros contabilizou-se 17.693 doenças relacionadas ao trabalho, e parte destes acidentes e doenças tiveram como consequência o

---

<sup>130</sup> A NR-1 (itens 1.7 e 1.8) prevê direitos e deveres do empregador e empregado, vinculando ambos. Em uma destas normas há a obrigação pelo empregador de editar Ordens de Serviços como forma de cientificar os empregados dos direitos, deveres e riscos que envolvem o contrato de trabalho (porém, não há penalidade expressa prevista para a não formulação de ordens de serviço e eu desconheço algum caso em que o Poder Judiciário aplicou sanções para esse caso).

<sup>131</sup> Em que pese a CAT - Comunicação de Acidente de Trabalho fosse de responsabilidade principal do empregador, sob pena de pagamento de multa, também pode ser emitida pelo próprio acidentado,

afastamento das atividades de 623.026 trabalhadores devido à incapacidade temporária (302.648 até 15 dias e 320.378 com tempo de afastamento superior a 15 dias), 13.047 trabalhadores por incapacidade permanente, e o óbito de 2.496 cidadãos.

Sem contar os gastos públicos que em 2009 superaram os 56 milhões de reais, aí incluídos os benefícios acidentários, aposentadorias especiais e o custo operacional do INSS. Para termos uma noção da importância do tema saúde e segurança ocupacional basta observar que no Brasil, em 2009, ocorreu cerca de 1 morte a cada 3,5 horas, motivada pelo risco decorrente dos fatores ambientais do trabalho e ainda cerca de 83 acidentes e doenças do trabalho reconhecidos a cada 1 hora na jornada diária. Em 2009 observamos uma média de 43 trabalhadores/dia que não mais retornaram ao trabalho devido a invalidez ou morte<sup>132</sup>.

Os acidentes de trabalho são encarados como uma ‘ferida social’ que deve ser remediada. Por isso, o Tribunal Superior do Trabalho editou recentemente recomendação para que as ações relativas a acidentes de trabalho tenham a tramitação e o julgamento priorizados, levando-se em conta a responsabilidade institucional em garantir melhores condições laborais e prevenir acidentes de trabalho e a necessidade de tornar efetivo o princípio constitucional da razoável duração do processo<sup>133</sup>.

A sociedade atual é uma sociedade de riscos, conhecidos e a conhecer. Com isso, parece óbvio compreender que o investimento em prevenção de acidentes e danos ao empregado realmente compensa, seja pelo lado humanístico-social, seja por conta do fator custo econômico (custo/benefício), no entanto, também é preciso

---

seus dependentes, a entidade sindical competente, o médico que o assistiu ou qualquer autoridade pública (artigo 22, *caput* e §§2º e 3º, da Lei 8.213/91).

<sup>132</sup> As informações foram colhidas do site da Previdência Social (data do acesso 04/07/11): <http://www.previdenciasocial.gov.br/conteudoDinamico.php?id=39>.

<sup>133</sup> Ao longo deste ano de 2011, em que se celebra 70 anos de Justiça do Trabalho no Brasil, o TST está promovendo diversas ações propositivas e de política judiciária, dentre as quais a criação do Programa Nacional de Prevenção de Acidentes de Trabalho. Um protocolo de cooperação técnica foi firmado entre o TST, o Conselho Superior da Justiça do Trabalho, o Ministério da Saúde, o Ministério do Trabalho e Emprego, o Ministério da Previdência Social e a Advocacia-Geral da União, também visando implementar ações nacionais voltadas à prevenção de acidentes de trabalho.

partir de uma constatação inafastável, a de que é impossível e inviável econômico-socialmente prevenir e reprimir todo o qualquer dano ao empregado, até porque não existe responsabilidade absoluta, nem mesmo a do Estado, e a margem de acidentes irreparáveis deve compor uma estrutura social de perdas e ganhos, até como forma de impedir prejuízos coletivos maiores, em detrimento dos individuais.

Segundo o Professor de Economia da Unisinos, Luciano Benetti Timm, alguns danos devem acontecer, pois é mais eficiente do ponto de vista coletivo, dado o custo social na sua prevenção, ideia que nos Estados Unidos é intitulada de 'spill over effects' (o preço reflete o custo da produção/fabrição e, inclusive, os custos legais).<sup>134</sup> Como exemplo, foi citado o transporte aéreo norte americano, cuja responsabilidade é subjetiva justamente para diminuir custos, como o preço das passagens<sup>135</sup>.

Obviamente que o aspecto econômico do direito, representado pelo (alto) custo social de programas preventivos ou repressivos e securitários de danos não pode ser, isoladamente, limitador do direito de ressarcimento da vítima, nem solução aos desafios enfrentados pela teoria da responsabilidade civil. Mas talvez ajude a entender e resolver o cenário brasileiro de ineficiência de políticas públicas voltadas à prevenção e proteção contra os riscos das atividades laborais.

Mas será que a quantidade de casos, assim como a gravidade geralmente apresentada como consequência dos acidentes do trabalho e doenças profissionais, denunciam a necessidade emergencial de construção de políticas públicas e privadas de implementação de ações eficazes de alterar a realidade? Mas a legislação brasileira não é uma das mais avançadas do mundo, seja em termos técnicos como em rigor?

Fartar a ordem jurídica de normas reguladoras e punitivas não é consequência lógica e proporcional de melhorias sociais, especialmente em um

---

<sup>134</sup> Carlos Young Tolomei (2007, p. 351) entende que "o risco aparentemente assumido pelo empreendedor é, em última análise, repassado aos destinatários finais, através da reavaliação dos custos do empreendimento".

<sup>135</sup> Seminário sobre Concessão de Rodovias, 2011.

setor da sociedade com tamanha influência cultural e grande dependência econômica.

Ora, é evidente o papel social-econômico das atividades profissionais dos empregadores, pessoas físicas ou jurídicas, em escala diretamente proporcional à geração de riquezas, consumo, empregos, qualidade de vida, tributos e etc.

Assim, merecem ser apaziguados, ainda que impossível a total pacificação, os conflitos de interesses, de um lado, da classe empresarial defendendo a inviabilidade de técnicas preventivas pelos altos custos e a falta de incentivos, especialmente fiscais. De outro lado, a classe trabalhadora lutando sempre por melhores condições trabalhistas, inclusive de higiene, saúde e segurança no trabalho, a fim de reduzir ao mínimo os riscos de danos e aumentar ao máximo as compensações em caso de prejuízos.

A solução pode ser encontrada no ordenamento jurídico e nos aparatos de aplicação das normas (fiscalização e punição), assim como na estruturação social, política e financeira do Estado e na privatização das garantias, como um conjunto viável e sustentável de manutenção e desenvolvimento das relações laborais, de conciliação entre capital e trabalho.

### 3 CONCLUSÕES

Obviamente que não é possível se pensar numa sociedade sem responsabilidade civil, aonde cada um que sofra danos arque sozinho com os prejuízos, sem qualquer ressarcimento à vítima ou punição ao ofensor pelas condutas ilícitas, atividades de risco e excessos no exercício de direitos assegurados, o que conduziria, certamente, à instauração do caos e a impossibilidade do convívio em sociedade.

A responsabilidade das pessoas por seus atos e atividades é importantíssima ferramenta de equilíbrio social, certamente com reflexos políticos e econômicos, que possibilita a justa manutenção ou reparação das condições pessoais, físicas e financeiras dos cidadãos e das atividades profissionais.

Portanto, na linha de pensamento de Carlos Roberto Gonçalves, citando Afrânio Lyra (2005, p. 05 e 2003, p. 06), a responsabilidade civil é um fenômeno social, posto que “regra elementar de equilíbrio social”, assim como os acidentes de trabalho repercutem em danos transpessoais, que afetam a sociedade com um todo, não só economicamente, mas socialmente, levando a crer que os danos e os riscos devem ser gerenciados de modo que toda a coletividade os suporte.

Corroborando com essa conjuntura, a legislação pátria de prevenção e repressão de danos, prevista especialmente na Constituição Federal, Código Civil e Consolidação das Leis do Trabalho, é uma das mais arrojadas e severas do mundo, prevendo circunstâncias de responsabilização subjetiva, através da prova da culpa ou dolo do empregador e circunstâncias de responsabilização sem culpa ou objetiva, seja por previsão específica em lei ou pela caracterização da atividade de risco.

No entanto, a legislação brasileira, em que pese figurar dentre as mais modernas em termos de responsabilidade objetiva, não tem sido suficiente a impedir o crescente número (quantitativo e qualitativo) de danos causados, especialmente na recordista estatística de acidentes de trabalho.

Indiscutível, assim, que a reparação dos danos com base no risco da atividade foi bem-vinda ao ordenamento jurídico pátrio e deve ser festejada como marco da consolidação de uma moderna justiça social e distributiva, levando o direito vivo à dinâmica da sociedade atual. Isso porque, há tempos que a responsabilidade baseada na reprovação da conduta se mostrava insuficiente para atender as novas e complexas demandas sociais, pautadas, sobretudo, na tecnologia e no consumo.

No entanto, em que pese datada de janeiro de 2003, a cláusula geral de responsabilidade civil objetiva por risco da atividade inserida no artigo 927, parágrafo único, do Código Civil, ainda não assentou na jurisprudência a delimitação de quais atividades de risco ensejam a aplicação do instituto. Diante disso, é certo que os jurisdicionados têm enfrentado toda a sorte de aplicação, indiscriminada, do instituto, carente de um lastro teórico de base e de uma unidade interpretativa.

Justamente por isso é preciso pensar na aplicação da teoria da responsabilidade civil da maneira mais equânime possível, tendo em mente que ambas as partes de uma relação são protegidas pelo princípio da justiça social e que a solidariedade é uma ferramenta de dupla aplicação, porque atribui a cada um a responsabilidade por seus atos e atividades, na proporção e extensão dos danos causados.

Na teoria do risco, o dano “deixa de ser apenas contra a vítima para ser contra a própria coletividade, passando a ser um problema de toda a sociedade. E o seguro é uma das técnicas utilizadas no sentido de se alcançar a socialização do dano” e a distribuição dos riscos entre todos os segurados, a exemplo do que ocorre com o seguro DPVAT, citado por Sérgio Cavalieri Filho (2005, p. 165).

Quanto aos acidentes de trabalho (típicos e equiparados), campo no qual se concentra, majoritariamente, a aplicação da responsabilidade civil e da teoria do risco da atividade no Direito do Trabalho, a criação do Nexo Técnico Epidemiológico (NTEP), em 2006, possibilitou a utilização de critério legítimo para a caracterização das doenças laborais pelo INSS a partir de dados estatísticos e independente da comunicação do acidente (CAT).

Mas os esforços tendentes a impedir a ascensão dos custos sociais e econômicos dos infortúnios ocupacionais devem enfrentar, além de aspectos jurídicos, também aspectos sociais e econômicos, como a falta de incentivos públicos aos empregadores para o investimento em prevenção de acidentes e doenças ocupacionais, especialmente pela alta carga tributária, sobretudo em folha de pagamento, provocando um fenômeno de desindustrialização pela perda de competitividade, já que respondem pelos danos independentemente do benefício previdenciário concedido e integralmente pelos danos causados, ainda que com culpa levíssima ou sem culpa (e, inclusive, em ação regressiva que pode ser intentada pelo INSS).

De fato, a legislação brasileira vivencia, atualmente, a confluência de duas teorias e de duas cláusulas gerais de responsabilidade, a subjetiva e a objetiva e ainda que, atualmente, tratada como excepcional, é uma incógnita se o tratamento dado à corrente moderna objetivista será de exceção, paridade ou generalidade na reparação civil.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALKIMIN, Maria Aparecida. *Assédio moral na relação de emprego*. Curitiba: Juruá, 2005.

ALVES, Marcos César Amador. *Relação de trabalho responsável: responsabilidade social empresarial e afirmação dos direitos fundamentais no trabalho*. São Paulo: LTr, 2011.

BORGHI, Hélio. *Responsabilidade civil: breves reflexões doutrinárias sobre o Estado no direito brasileiro*. Responsabilidade civil: estudos em homenagem ao professor Rui Geraldo Camargo Viana / coordenação Rosa Maria de Andrade Nery, Rogério Donnini. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2009.

BRANCO, Elcir Castello. *Do seguro obrigatório de responsabilidade civil*. Rio de Janeiro/São Paulo: Editora Jurídica e Universitária Ltda., 1971.

BRANDÃO, Cláudio. *Acidente do trabalho e responsabilidade civil do empregador*. 3. ed. São Paulo: LTr., 2009.

CAIRO JÚNIOR, José. *O acidente do trabalho e a responsabilidade civil do empregador*. 5. ed., São Paulo: LTr, 2009.

CARPENA, Heloísa. *Abuso do direito no Código de 2002. Relativização de direitos na ótica civil-constitucional*. A parte geral do novo código civil: estudos na perspectiva civil-constitucional / coordenação: Gustavo Tepedino, 2002. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar.

COELHO, Luciano Augusto de Toledo. *Responsabilidade civil pré-contratual em direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2008.

II Congresso Internacional de Direito Civil da UFPR - Universidade Federal do Paraná. 19 a 22 de outubro de 2010. *Responsabilidade civil na sociedade contemporânea*.

COSTA, Hertz Jacinto. *As regras que disciplinam os acidentes do trabalho*. Lei nº 8.213/91. Jus Navigandi, Teresina, ano 8, n. 62, 1 fev. 2003. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/3722>>. Acesso em: 26 abr. 2011.

COUTINHO, Aldacy Rachid. *Autonomia privada na perspectiva do Novo Código Civil*. O Impacto do novo Código Civil no Direito do Trabalho / José Affonso Dallegrave Neto, Luiz Eduardo Gunther, coordenadores. São Paulo: LTr, 2003.

DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 9. ed., São Paulo: LTr., 2010.

DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. Vol. II, 5. ed. revista e aumentada, Rio de Janeiro: Forense, 1973.



DINIZ, Maria Helena. *Dicionário jurídico*. 4. vol. São Paulo: Saraiva. 1998.

ENCONTRO LATINO-AMERICANO DE DIREITO PROCESSUAL CIVIL “PROCESSO CIVIL E CONSTITUIÇÃO”. 30 e 31 de março e 1º de abril de 2011. PPGD - Faculdade de Direito – UFPR. Dia 30/03, Palestrante Luiz Guilherme Marinoni: *Insuficiência de Proteção Normativa e Direito Fundamental à Tutela Efetiva*.

EHRlich, Eugen. *Fundamentos da sociologia do direito*. Trad. De René Ernani Gertz. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1986, c1967.

FILHO, Rodolfo Pamplona. *Responsabilidade civil nas relações de trabalho e o Novo Código Civil brasileiro*. O Impacto do novo Código Civil no Direito do Trabalho / José Affonso Dallegrave Neto, Luiz Eduardo Gunther, coordenadores. São Paulo: LTr, 2003.

FILHO, Sérgio Cavaliere. *Programa de Responsabilidade Civil*. 6. ed., São Paulo: Malheiros, 2005.

FRANÇA/Conselho de Estado. *Responsabilidade e Socialização do Risco*. Coordenação Marcelo Dias Varella; tradução de Michels Abes, Brasília: UniCEUB, 2006.

GODOY, Claudio Luiz Bueno de. *Código civil comentado: doutrina e jurisprudência*. Coordenador Cezar Peluso, 2.ed. rev. e atual. Barueri, São Paulo: Manole, 2008.

GAGLIANO, Pablo Stolze. *Novo curso de direito civil, volume III: responsabilidade civil* / Pablo Stolze Gagliano, Rodolfo Pamplona Filho. 4. ed., ver., atual. e reform. São Paulo: Saraiva, 2006.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade civil*. 9. ed., São Paulo: Saraiva, 2006.

\_\_\_\_\_. *Comentários ao Código Civil – Parte Especial*. São Paulo: Saraiva, 2003.

\_\_\_\_\_. *Direito Civil Brasileiro, volume IV: responsabilidade civil*. 3. ed., São Paulo: Saraiva, 2008.

GROTTI, João Manoel. *Meio ambiente do trabalho: prevenção – A salvaguarda do trabalhador*. Curitiba: Juruá, 2003.

LIMA, Alvino. *Culpa e Risco*. 2ª tiragem, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1963.

MALLET, Estêvão. *O Novo Código Civil e o Direito do Trabalho*. O Impacto do novo Código Civil no Direito do Trabalho / José Affonso Dallegrave Neto, Luiz Eduardo Gunther, coordenadores. São Paulo: LTr, 2003.

MANHABUSCO, José Carlos. *Responsabilidade civil objetiva do empregador decorrente de acidente do trabalho e do risco da atividade* / José Carlos Manhabusco, Gianncarlo Camargo Manhabusco. 2. ed., São Paulo: LTr, 2010.

MARANHÃO, Ney Stany Moraes. *Responsabilidade civil objetiva pelo risco da atividade: uma perspectiva civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

MARTINEZ, Wladimir Novaes. *A prova no direito previdenciário*. 2. ed., São Paulo: LTr, 2009.

MARTINS, Sergio Pinto. *Direito da seguridade social*. 29. ed., São Paulo: Atlas, 2010.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 32. ed., São Paulo: Malheiros Editores. 2006.

NETO, José Affonso Dallegrave. *Responsabilidade Civil no Direito do Trabalho*. 3. ed., 2ª tiragem, São Paulo: LTr, 2009.

NETTO, José Rodrigues Vieira. *O risco e a imprevisão: Duas Tendências no âmbito da Responsabilidade Civil*. Coordenação: Instituto dos Advogados do Paraná. Edição póstuma, Curitiba: Juruá, 1989.

OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. *Indenizações por acidente de trabalho ou doença ocupacional*. 3. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: LTr, 2007.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de direito civil*, Vol. I, 20. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2004.

\_\_\_\_\_. *Instituições de direito civil*, Vol. III, 11. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2004.

PESSOA, Maurício. *O reflexo dos princípios informadores do Código Civil e das cláusulas gerais na responsabilidade civil: a cláusula geral da responsabilidade objetiva*. Responsabilidade civil: estudos em homenagem ao professor Rui Geraldo Camargo Viana / coordenação Rosa Maria de Andrade Nery, Rogério Donnini. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2009

SANTOS, Enoque Ribeiro dos. *Responsabilidade objetiva e subjetiva do empregador em face do novo Código Civil*. 2ed. São Paulo: LTr, 2008.

SCHREIBER, Anderson. *Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil*. São Paulo: Atlas, 2007.

SEMINÁRIO SOBRE CONCESSÃO DE RODOVIAS/RESPONSABILIDADE CIVIL. 13 de maio de 2011. Realizado pela Associação Brasileira de Concessionárias de Rodovias. Palestrante Luciano Benetti Timm: *Responsabilidade Civil e Consequências Econômicas*.

SILVA, Wilson Melo da. *Responsabilidade sem culpa*. 2ed. São Paulo: Saraiva, 1974.

STOCO, Rui. *Tratado de responsabilidade Civil: doutrina e jurisprudência*. 7. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

TOLOMEI, Carlos Young. *A noção de ato ilícito e a Teoria do Risco na perspectiva do Novo Código Civil*. A parte geral do novo código civil: estudos na perspectiva civil-constitucional / Coordenação Gustavo Tepedino. 3.ed., revista, Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

SILVA, Rita Gonçalves Ferreira da. *Do contrato de seguro de responsabilidade civil geral. Seu enquadramento e aspectos jurídicos essenciais*. Coimbra: Editora Coimbra, 2007.

SÜSSEKIND, Arnaldo; MARANHÃO, Délio; VIANN, Segadas; TEIXEIRA, Lima. *Instituições de direito do trabalho*. Vol. I, ed. 22, São Paulo: LTr, 2005.