



**UNIVERSIDADE PRESIDENTE ANTONIO CARLOS-UNIPAC
CURSO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS**

REIDINEIA ROCHA ZANARDI

**RESPONSABILIDADE CIVIL DO EMPREGADOR EM
DECORRÊNCIA DE ACIDENTE DO TRABALHO FATAL**

**JUIZ DE FORA – MG
2010**

REIDINEIA ROCHA ZANARDI

**RESPONSABILIDADE CIVIL DO EMPREGADOR EM
DECORRÊNCIA DE ACIDENTE DO TRABALHO FATAL**

Monografia de Conclusão de Curso apresentada ao
Curso de Direito da Universidade Presidente Antonio
Carlos - UNIPAC, como requisito para a obtenção do
Título de Bacharel em Direito.
Orientadora: Prof. Wagner Veiga.

**JUIZ DE FORA – MG
2010**

REIDINEIA ROCHA ZANARDI

**RESPONSABILIDADE CIVIL DO EMPREGADOR EM DECORRÊNCIA
DE ACIDENTE DO TRABALHO FATAL**

Monografia apresentada para obtenção parcial
de título de Bacharel em Direito da
Universidade Presidente Antonio Carlos –
UNIPAC.

Aprovado em 26 de junho de 2010

BANCA EXAMINADORA

Prof. Wagner Veiga

Universidade Antonio Carlos - UNIPAC

Prof.^a Livia Barletta Giacomini

Universidade Antonio Carlos - UNIPAC

Prof. Leonardo Mendonça

Universidade Antonio Carlos - UNIPAC

Aos meus pais, Reinaldo Zanardi e Valdinéia Rocha Zanardi.

Ao meu esposo Luciano Pereira, pelo apoio moral, enfim, e principalmente pela compreensão, pelas vezes em que deixaram de realizar determinadas festividades, tendo em vista a impossibilidade de minha presença em razão da realização da presente trabalho, bem como durante todo o período para a conclusão do curso.

Ao meu professor orientador Wagner Veiga pelo apoio durante esta jornada pela orientação que viabilizou o desenvolvimento deste trabalho.

AGRADECIMENTOS

Primeiramente a DEUS, pois se não fosse por seu amparo nada disso teria sido realizado, eis que tudo que temos é pelo maior de todos os presentes, que ELE nos concedeu a vida.

Agradeço também aos meus familiares, meu filho Axel, meus irmãos, enfim a todos que depositaram a confiança em mim.

Não posso deixar de agradecer as minhas amigas Márcia Cristina Batista Alonso e Rogéria Rita Perdigão Nocera, pela força que sempre transpareceu, e principalmente por ter demonstrado admiração a minha pessoa, em razão da garra, força de vontade pela qual sempre demonstrei ter.

Levanto os olhos para os montes: donde
me virá socorro?

O socorro me vem do Senhor, que fez o
céu e a terra.

Ele não permitirá que teu pé tropece; tua
sentinela não dorme.

Não! Não dorme nem repousa a sentinela
de Israel.

O Senhor é tua sentinela: como sombra
protetora, o Senhor está à tua direita.

De dia não te causará dano o sol, nem a lua
de noite.

O Senhor te guardará de todo mal, ele
guardará tua vida.

O Senhor te guardará, em tuas idas e
vindas, agora e para sempre.

(Salmo 121:1, 8)

RESUMO

A presente pesquisa tem por finalidade abordar a responsabilidade do empregador em decorrência de acidente do trabalho fatal, demonstrando as discussões existentes em torno de esta responsabilidade ser subjetiva ou objetiva, tanto concernente às indenizações acidentárias, bem como as indenizações do direito comum. Referindo-se ao entendimento da responsabilidade do empregador ser objetiva, apurando-se a inovação trazida pelo Código Civil vigente, denominada por Teoria do Risco, excluindo, deste modo a obrigação por parte do empregado em demonstrar a culpa do empregador em decorrência do evento danoso. Outro foco, que será delineado quanto às divergências surgidas com a expressão “relação de trabalho” inserida pela Emenda Constitucional 45, que por meio desta fez com que ocorresse um alargamento concernente a Competência da Justiça do Trabalho. Importância também teve relevo na presente pesquisa levantar a questão quanto à legitimidade dos herdeiros em buscar tais indenizações decorrentes do acidente do trabalho em que teve como resultado a morte do empregador, abordando que com o evento morte, surge para os herdeiros a abertura da sucessão, significa dizer transmissão do patrimônio, o que englobam direitos e obrigações do *de cujus* aos herdeiros. Ponto relevante é a questão de que não há dúvidas quanto a Competência da Justiça do Trabalho teve um avassalador aumento, trazendo inclusive para esta a competência, dirimir o acidente do trabalho, em que antes o órgão competente para a solução da referida lide era Estadual, entretanto, depois de inúmeras discussões quanto esta elasticidade e absorção para a Justiça do Trabalho. Poderá ser observado que em se tratando de acidente do trabalho com resultado morte, haverá uma divisão quanto à competência para dirimir a lide em questão, a uma reportando-se as indenizações acidentárias, em que será discutida a relação de emprego, portanto, órgão competente para solucionar a demanda será a Justiça do Trabalho, a duas concernentes a indenização do direito comum será atacada na Justiça Estadual, em razão de que tal indenização ao dano moral figura-se na perda do ente querido. Completando o raciocínio, da mesma forma acatar-se-á o prazo prescricional, uma vez que se discute relação laboral, o prazo será o bienal previsto na Constituição, no artigo 7, XXIX, e ainda que seja a Justiça do Trabalho órgão competente para dirimir a demanda, mas o objeto não se coaduna com relação de trabalho, nestes casos o prazo será da Justiça Comum, cite-se, por exemplo, no caso de acidente do trabalho com morte do empregado o prazo prescricional será o da Justiça Comum, e não o da Justiça do Trabalho, e ainda uma terceira corrente que por se tratar de direito da personalidade, dignidade da pessoa humana o prazo para a reparação é imprescritível.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	20
1 RESPONSABILIDADE CIVIL.....	23
1.1 Noções Gerais	23
1.2 Evolução Histórica	23
1.3 Conceito.....	27
1.3.1 Espécies de Responsabilidade.....	28
1.3.2 Pressupostos caracterizadores da Responsabilidade civil.....	30
2 RESPONSABILIDADES CIVIL DO EMPREGADOR EM DECORRÊNCIA DE ACIDENTE DO TRABALHO FATAL.....	32
2.1 Evolução Histórica.....	32
2.2 Aplicação da teoria do risco: fonte inovadora da responsabilidade objetiva no acidente do trabalho.....	36
2.3 Teoria do risco profissional e teoria do risco criado: aplicabilidade na órbita do acidente do trabalho.....	39

3 A RELAÇÃO DE EMPREGO EM FACE DA NOVA COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO.....43

3.1 Críticas em torno da expressão “relação de trabalho”43

3.1.1 Relação de emprego: Característica fundamental para o reconhecimento das indenizações de acidentes do trabalho?.....47

3.1.2 Apontamentos em face da ampliação da Competência da Justiça do Trabalho pela Emenda 45 ao redor ao Acidente do trabalho.....50

4 LEGITIMIDADE DAS PARTES EM PLEITEAREM AS INDENIZAÇÕES ACIDENTÁRIAS E AS DO DIREITO COMUM EM RAZÃO DO ACIDENTE LABORAL SER FATAL SER FATAL58

4.1 Legitimidade dos herdeiros na postulação da reparação em razão do dano.....58

4.2 Das indenizações acidentarias e do direito comum.....63

4.3 Dano Moral: Prazo prescricional trabalhista ou civil – Mudança ou permanência diante do surgimento da Emenda Constitucional 45.....	66
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	72
REFERENCIAS	75

INTRODUÇÃO

O propósito da presente pesquisa é verificar a responsabilidade do empregador em decorrência de acidente do trabalho, tendo por consequência a morte do empregado.

Assim sendo, a pesquisa terá a finalidade de demonstrar primeiramente a responsabilidade civil de um modo geral, para, que então possa ser abordada a responsabilidade na esfera do direito do trabalho.

Para este contexto, necessário também será o levantamento quanto ao surgimento, ou melhor, a evolução histórica da responsabilização do empregador concernente ao acidente laboral, em que mesmo havendo a previsão do acidente do trabalho, somente em 1944 através do Decreto-Lei 7.036 é que houve a aparição desta responsabilização.

Demonstrando-se que as teses foram aprimorando-se, aumentando o número de discussões quanto à classificação da responsabilidade que gira em torno do empregador, se tal responsabilidade é subjetiva, ou mesmo objetiva. Neste diapasão, milhares de discussões vieram à tona, até mesmo a criações da Teoria do Risco, que também teve sua aplicabilidade no âmbito do direito do trabalho relativamente a presente matéria, acidentes laboral.

Por assim dizer, a pesquisa abordará e demonstrará o significado da Teoria do Risco, e como esta é aplicada, bem como a inovação no que pertine a órbita do direito do Trabalho, das subespécies desta Teoria.

Verificar-se-á o seguro em que envolve a autarquia federal – INSS – paralelamente ao seguro correspondente ao empregador. Se a previsão a que se reporta a Carta Constitucional ao mencionar no artigo 7º, XXVIII “seguro contra acidentes de trabalho, a cargo do empregador, sem excluir a indenização que este está obrigado, quando incorrer em dolo ou culpa”, somente afigura-se ao empregador no que pertine este seguro, ou também a autarquia, em que para alguns, a responsabilidade daquele é absolutamente subjetiva, em contrapartida para este é objetiva.

Mas como já foi dito, a pesquisa terá por prioridade demonstrar a responsabilidade do empregador, tanto concernente às indenizações acidentárias, bem como a indenização a que faz jus o empregado, ou seus familiares, em caso de morte do direito comum.

Convém ressaltar que para se adentrar ao assunto do acidente do trabalho, e a responsabilização do empregador por este fato, será amplamente primordial que seja levantada a

questão quanto à relação de emprego, relação esta que exige requisitos essenciais para a configuração de contrato de trabalho com subordinação do empregado para com o empregador.

Consequência a este assunto, será abordada a relação de trabalho, tratando-se por ser expressão inovadora no artigo 114 da Constituição ante a alteração feita pela Emenda Constitucional 45, bem como as diferenças existentes entre a relação de trabalho e relação de emprego. Detalhando-se a expressão relação de trabalho paralelamente à relação de consumo.

Cogitar-se-á também a demonstração de relação de trabalho para o direcionamento das indenizações em que o empregado faz jus em decorrência do acidente sofrido no laboro, em que a lei que regulamenta o acidente do trabalho, exige como requisito a relação de emprego, ou seja, que para que haja o direito ao acidente do trabalho, o empregado deverá exercer o seu labor com habitualidade, subordinação, bem como o recebimento a título de remuneração, enfim presença de contrato de trabalho.

A alteração realizada no artigo 114 pela Emenda Constitucional 45, foi fonte de elasticidade à competência da Justiça do Trabalho no campo processual, trazendo assim inúmeras discussões sobre o assunto, como por exemplo, julgamento do dano moral, o prazo prescricional, e principalmente quanto à competência para apreciar os litígios decorrentes do acidente laboral, eis que este era dirimido pela Justiça Comum, e para muitos permanece a competência para apreciação deste, em razão da alteração ter sido dada ao direito processual e não ao direito material, em que pese contrariando tal argumento, para os defensores do aumento da competência da justiça do trabalho, sobrepunha-se a alteração dada ao artigo em que concerne que o juízo da justiça do trabalho será acionado sempre que houver relação de trabalho ali envolvido.

Objeto da presente pesquisa terá por finalidade abordar, conforme já mencionado o acidente de trabalho em que ocorre à morte do empregado, surge assim, para seus herdeiros, o que o Direito Civil denomina de abertura da sucessão, significa dizer transferência dos direitos e obrigações do *de cujus* (empregado) para seus sucessores, dentre os quais englobam também, pleitear as indenizações acidentárias, bem como as indenizações relativas ao direito comum.

Ao chegar ao direito das sucessões, em razão da morte do empregado, haverá a necessidade de demonstrar do que se trata de indenização acidentária e a indenização do direito comum, bem como se engloba a pensão vitalícia para os familiares, ou até mesmo se somente farão jus a pensão fornecida pelo INSS.

É de suma importância registrar que concernente ao dano moral qual será o prazo para a propositura para os familiares reivindicarem a indenização em razão da dor que sentem pela perda do provedor da família. Eis que, com a grande mudança e elasticidade ocorrida na competência da Justiça do trabalho, existem discussões se o prazo será o bienal, aplicado ao direito do trabalho, presente no artigo 7º da Constituição, o qual dispõe sobre os direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, ou se aplicará o previsto no Código Civil, em razão do pleito se dá pela morte ocorrida ao empregado, e não pela relação de emprego que existia entre aquele e seu empregador.

Ao longo da pesquisa, poder-se-á perceber que a finalidade será em demonstrar a responsabilidade do empregador em decorrência de acidente do trabalho fatal, e a legitimidade dos herdeiros em buscar a reparação do dano sofrido em razão da perda do ente familiar.

1 RESPONSABILIDADE CIVIL

1.1 Noções gerais

Antes de adentrar no assunto deve-se ter em mente que a finalidade do direito é proteger o lícito e reprimir o ilícito, e, todos têm um dever genérico de conduta na vida civil, de modo a evitar qualquer prejuízo a outrem, isto é, evitar condutas reprováveis, ou então vindo a causar prejuízo material ou moral ao outro sujeito de direito assumindo os riscos ocasionados, o que daí decorrerá a responsabilidade civil.

Deste modo, responsabilidade civil basicamente cuida da obrigação que o causador de um dano injusto terá no sentido de ressarcir a vítima de sua conduta danosa.

Pode-se dizer que responsabilidade civil refere-se a um conjunto de normas constitucionais e infraconstitucionais, também se refere aos princípios e teorias elaborados para determinar a obrigação de uma pessoa que deverá ressarcir os danos causados à outra, seja em decorrência da violação da lei (ato ilícito), seja pela violação de cláusulas contratuais.

Assim, quando se fala de responsabilidade pensa-se em: “culpa”, obrigação, dever, tendo a ver com a idéia de ser responsável por todos os atos de quem vive em sociedade, sendo que aquele que causa dano a outrem tem o dever de repará-lo.

1.2 Evolução histórica

Ao abordar o assunto pertinente à responsabilidade, é necessário que se retome à evolução histórica, tendo em vista a ligação existente entre o Direito e a História, pois o Direito é ciência

humana por excelência, isto é, conjunto de regras de condutas criadas pelo homem e para o homem. Concluindo-se que, na medida em que o ser humano evolui, o direito também estará progredindo concomitantemente.

Caio Mário da Silva Pereira (2002, p.39) inicia sua obra dizendo que é “difícil precisar o histórico da responsabilidade” E os autores na sua maioria não sabem precisar com exatidão o momento do surgimento da responsabilidade, porque desde que o homem existe, juntamente com ele existem as disputas e os conflitos.

Contudo, todos os estudiosos ao aprofundamento da responsabilidade civil, concordam que desde os tempos mais remotos o Código de Hamurabi, homenagem ao monarca da Babilônia, período de 2003 a 1961 a.C.; Lex Aquilia data de 250 a.C.; Lei das XII Tábuas, já se vislumbra a idéia de punir o causador de um dano, instituindo-lhe sofrimento igual, até mesmo nessas sociedades primitivas, já se impunham relações de convivência harmônica como forma de preservação do grupo social. Entretanto, nessa fase primitiva não havia um Estado organizado, suficientemente forte para impor sua vontade sobre a dos particulares, os quais resolviam com as próprias mãos os conflitos ali existentes.

Neste momento, a evolução histórica de responsabilidade civil está sintetizada em três momentos: O primeiro momento é denominado de Vingança Privada (Autotutela / Autodefesa), seu nascedouro é no Direito Romano, esta fase teve por finalidade a prevalência da idéia de vingança privada, na qual uma das partes do conflito impunha à força sua vontade ao adversário, o que não havia distinção entre a responsabilidade civil da penal, não se cogitava nesse período a satisfação à vítima ou à sua família em atingir aquele que materialmente causou um dano. Era a punição do mal com o mal, Lei de Talião – *retaliatio*, a própria Bíblia já dizia “Olho por olho, dente por dente”.

Mas, com o passar do tempo, que em geral faz com que o homem se desenvolva e evolua, começaram a perceber que esta forma de solucionar os conflitos de interesse, as lide, não traziam paz para a vida em comunidade, mas ao contrário acirrava, aumentava ainda mais a discórdia, porque mesmo que o sujeito mais fraco estivesse com toda a razão, ele acabava sendo “esmagado”, derrotado pelo mais forte fisicamente. Nas sociedades antigas, começaram a surgir a figura dos árbitros: homens escolhidos para solucionar os conflitos, eleito pelas partes em disputa. Geralmente, eram sacerdotes ou um ancião da comunidade que resolvia o conflito pela lei divina ou pelos costumes locais, alguns chamavam de vingança em nome de Deus, sendo que

o árbitro escolhido pelas partes solucionava o problema em nome de Deus, assim, esta foi à segunda fase da evolução de responsabilidade civil, conhecida como Composição Voluntária ou autocomposição, no entanto, fora perdendo forças, na medida em que o Estado foi ficando cada vez mais fortalecido, vindo à tona a terceira fase, nomenclaturada por composição legal, ou mais precisamente Jurisdição, o que do latim *jūris dictio*, significa dizer o direito, ou melhor poder-dever que o Estado tem para solucionar conflitos de interesses em jogo.

Julgar é um dos poderes soberanos do Estado, ao lado dos poderes de administrar e legislar, sendo aquele é o que irá solucionar os conflitos de interesse, impondo sua vontade sobre a dos particulares, que são proibidos de resolver pela força seus conflitos. Observa-se então, que o Estado retira dos particulares a liberdade que estes possuíam de solucionar da maneira que quisessem seus próprios conflitos, tomando para si o monopólio do poder de julgar, verificando-se a existência de uma substituição aos particulares, porque o Estado passa a solucionar as lides de forma coercitiva e com definitividade.

Cumprе ressaltar que o direito penal brasileiro tipifica como crime o exercício arbitrário das próprias razões no artigo 345 do Código Penal, sendo titulado como crime contra a administração da justiça.

Quando o Estado, a autoridade passa a assegurar a punição do culpado, o aspecto civil (reparação) se dissocia do aspecto penal (punição). Tem-se por aspecto civil a reparação, ou melhor, consertar, restaurar, corrigir, remediar, atenuar com uma indenização o dano causado à vítima, em contrapartida o aspecto penal é a punição, punibilidade que sofrerá o causador do dano.

No âmbito de evolução da responsabilidade civil também se podem identificar três fatores relevantes que contribuíram para esta evolução.

O primeiro fator foi a Revolução Francesa e os ideais do liberalismo (século XVI – *liberte, igualite, fraternite*), que influenciaram profundamente as codificações civis dos demais países, inclusive, o Brasil com o Código Civil de 1916.

O segundo fator, foi a Revolução Industrial este período elevou ao infinito a capacidade de produção do ser humano, que passou de uma produção manual, artesanal, circunscrita ao núcleo familiar, para uma produção gigantesca, em massa, em grande escala, isso para satisfazer o aumento da demanda decorrente da explosão demográfica da população, em razão dos avanços

tecnológicos e científicos que passaram a controlar doenças e as grandes pestes que matavam enormes contingentes populacionais.

Enfim, o terceiro fator foi a Busca da Justiça Social, principalmente após a 2ª guerra mundial, em que nos EUA falou-se no Estado do bem estar social. E assim, a responsabilidade civil foi sendo cada vez mais inserida nas leis e depois nos Códigos das nações como forma de disciplinar o melhor modo de reparação do dano que um homem causa ao outro da forma mais justa possível, com isso visando atingir paz e bem-estar para a sociedade, o qual se trata por ser um dos escopos, ou melhor, uma das finalidades do Direito, qual seja, buscar pacificação social.

No direito Brasileiro há basicamente seis fundamentos que contribuíram com as origens da responsabilidade civil:

O Direito Romano com a máxima *neminem laedere*, que trata por ser o verdadeiro princípio geral do Direito, foi o primeiro fundamento para o surgimento da Responsabilidade Civil no Brasil. *Neminem laedere* significa o dever geral de não prejudicar ninguém, o que se sobrepõe sob nossas normas, trata-se assim, de dever genérico de não causar dano a outrem para os que vivem em sociedade.

O Direito Francês também foi fundamento para as origens da responsabilidade civil no Direito Brasileiro, com os ideais da Revolução Francesa que influenciaram sobremaneira o nosso Código de 1916.

O Direito Alemão – (BGB, 1897), primeiro Código a criar conceito único de ato ilícito, foi grande influenciador trazendo o conceito de ato ilícito, o que significa dizer fato gerador. No entanto, há que ressaltar que ato ilícito tem conceito unificado, isto porque no direito romano já existia tal conceito, entretanto, conceituado de forma diferente.

As Ordenações do Reino no Brasil – lei da boa razão (1769) também é foco de fundamento à origem da responsabilidade civil no Direito Brasileiro, tendo em vista a Lei da Boa razão, o que mandava aplicar as leis, mas de forma subsidiária ao direito Romano, ou seja, aplicação subsidiária do Direito Romano.

Tem-se também o Código Criminal do Império o qual foi elaborado após a primeira Constituição, sendo criada a responsabilidade penal.

Chegando-se ao Código Civil de 1916 o qual trouxe a cláusula geral embutida no art. 159 de responsabilidade subjetiva, fundada no conceito de culpa provada, Teoria da Culpa, existindo

apenas algumas hipóteses específicas de responsabilidade objetiva, a que não exige a comprovação de culpa.

O artigo 159 do Código Civil de 1916 transmitia com fervor o ideal de liberdade da Revolução Francesa do século XIX, pois existindo a liberdade, o homem era livre para escolher as condutas que iria realizar e, portanto, deveria ser responsável pelas consequências de seu atuar. Assim, a culpa era uma consequência lógica da liberdade de agir do homem.

Posteriormente, se vê que na longa evolução da responsabilidade civil, gradativamente, foi havendo uma flexibilização da prova da culpa pelos nossos Tribunais, que passaram, em certos casos, a examinar a culpa com mais tolerância, sendo criado os conceitos de culpa presumida e culpa *in re ipsa*.

1.3 Conceito

Sérgio Cavalieri Filho (2005, p.23) em sua obra cita que:

O principal objetivo da ordem jurídica, afirmou o grande San Tiago Dantas, é proteger o lícito e reprimir o ilícito. Vale dizer: ao mesmo tempo em que ela se empenha em tutelar a atividade do homem que se comporta de acordo com o Direito, reprime a conduta daquele que o contraria.

Significa dizer que ao se ter uma obrigação violada, surge em contrapartida à responsabilidade de se reparar a violação cometida, observando que a maior de todas as obrigações, conforme trouxe o Direito Romano é o de não prejudicar a ninguém (*neminem laedere*).

Deste modo, há o dever jurídico que, segundo Sérgio Cavalieri (2005, p.23), é a:

Conduta externa de uma pessoa imposta pelo Direito Positivo por exigência da convivência social. Não se trata de simples conselho, advertência ou

recomendação, mas de uma ordem ou comando dirigido à inteligência e à vontade dos indivíduos, de sorte que impor deveres jurídicos importa criar obrigações.

Para entender melhor, ocorrendo à violação ao dever jurídico fica configurado o ilícito, isto é, havendo descumprimento de uma obrigação, seja ela de dar, fazer ou não fazer, surge para aquele que a descumpriu, o dever jurídico de reparar os danos causados a outrem.

Observa-se assim, que há uma noção de dois deveres jurídicos: originário e sucessivo. Portanto, a obrigação é o dever jurídico originário, a qual sendo descumprida nasce o dever jurídico sucessivo, que será a reparação decorrente do descumprimento daquela, ou seja, a responsabilidade de reparar os danos causados.

Neste sentido, a obrigação e a responsabilidade tratam por ser coisas distintas, isto é, a primeira será sempre o dever jurídico originário, enquanto que a segunda será o dever jurídico sucessivo, consequência à violação do primeiro.

Quando houver a violação de uma obrigação, e esta vir a causar danos à esfera de outrem, surge para o causador do dano o dever jurídico sucessivo, que significa a obrigação de reparar os danos causados, e para o Código Civil fica esta reparação subentendida pela obrigação de indenizar, incluindo-se esta entre as modalidades de obrigação (dar, fazer e não fazer). O Código Civil trouxe tal inovação no bojo do artigo 927, concluindo-se, portanto, que a responsabilidade civil é a obrigação de reparar os danos causados a outrem em decorrência do ato ilícito.

E, para fortalecer o conceito de responsabilidade civil, esta traz a seu redor a finalidade precípua, qual seja a de reparar os danos causados sofridos pela vítima, assim, a função é fazer com que esta volte a seu estado normal, seu estado anterior, restituindo-a integralmente, o que faz com a obrigação de indenizar.

1.3.1 Espécies de responsabilidade

Conforme transcrito acima, a violação de um dever jurídico se perfaz por uma conduta do agente causador do dano, assim, há o elemento vinculado ao sujeito, elemento subjetivo dessa conduta, neste sentido há várias espécies de responsabilidade civil.

Tem-se como espécie de responsabilidade a Civil e Penal. Ambas têm como parâmetro a ilicitude, que significa a conduta contrária ao ordenamento jurídico, o que leva a conclusão da existência de ilicitude penal e ilicitude civil. O agente causador do dano para com a primeira infringe normas de ordem pública, e com a segunda há violação de normas de ordem privada; outra distinção entre ambas é que a responsabilidade penal envolve punição, natureza repressiva, enquanto que a responsabilidade civil tem por natureza reparatória, ou seja, conforme dito a de reparar os danos causados à vítima.

Outra modalidade de responsabilidade é denominada de contratual e extracontratual, tal dicotomia se perfaz pelo simples fato de a primeira estar vinculada a um contrato pactuado entre as partes ali envolvidas, ou seja, responsabilidade contratual resultará da violação de uma obrigação prevista em contrato, e a segunda trata de uma violação cuja obrigação está prevista em lei.

Espécies de responsabilidade importantíssimas para a pesquisa científica em questão são a subjetiva e a objetiva. No que pertine a responsabilidade subjetiva não se pode distanciar da idéia de culpa, sendo portanto este, pressuposto fundamental para a caracterização daquela. Cumpre dizer que a palavra culpa está no sentido amplo, envolvendo o dolo, no entanto para se ver reparado os danos causados deverão ter que fazer prova desta culpa, ou seja, que o agente causador do dano violou uma determinada obrigação, seja ela contratual ou extracontratual por negligência, imprudência ou imperícia.

Há que se dizer que nos primórdios de responsabilidade civil sempre incumbia à vítima demonstrar a conduta culposa do agente causador do dano, mas conforme dito na evolução histórica, na medida em que a sociedade evolui o direito está concomitantemente a evoluir, isso significa que a evolução no que tange à responsabilidade evolui com o passar dos anos chegando a uma inversão do ônus da prova, denominando-se de responsabilidade subjetiva com culpa presumida, em que trazia a incumbência do agente causador do dano em provar que não causou o dano a ele imputado.

E com uma evolução fantástica do direito chegou-se a responsabilidade objetiva, a qual traz em seu bojo a exclusão de culpa bastando que a vítima demonstre claramente o nexo causal e

o dano causado, demonstrando uma abertura para justiça, e decependo a questão de que o maior sempre se prepondera ao menor.

1.3.2 Pressupostos caracterizadores da responsabilidade civil

A responsabilidade civil subjetiva está ligada basicamente em provar a culpa do causador do ato ilícito, a intenção do sujeito em causar o dano, para que tão somente possa ser responsabilizado.

Em contrapartida, a responsabilidade civil objetiva exclui a comprovação da culpa, bastando que demonstre o nexo causal e o dano sofrido, exclui a intenção, fixando-se na conduta realizada.

Neste sentido, pode-se observar que para que o causador do ato ilícito seja responsabilizado, são exigidos requisitos que por sua vez são essências, quais sejam: conduta culposa, nexo causal e o dano.

Analisando-se a exclusão da conduta culposa no que tange à responsabilidade objetiva, sendo portanto comum os outros dois requisitos.

Convém relatar que no âmbito de responsabilidade civil o princípio basilar é o de ressarcir, ou seja, indenizar a vítima pelos danos a ela causados, fazendo com que volte ao *status quo ante*. Se estiver diante de casos em que se sobrepõe a responsabilidade subjetiva o causador será obrigado a indenizar mediante prova por parte da vítima de que aquele causou o dano, entretanto, haverá casos em que ocorrerá a inversão do ônus da prova, e tal incumbência passará da vítima para o ofensor.

Não se pode também deixar de cogitar os casos em que o próprio Código Civil trouxe para dirimir a injustiça que até então existia em determinados casos, trazendo com mais ênfase a responsabilidade objetiva, a que exclui o pressuposto de culpa, bastando que se demonstre o nexo causal e o dano para que o agente seja responsabilizado.

Conforme dito acima, o princípio de ressarcir a vítima dos danos causados, seja de natureza patrimonial ou de natureza moral, é importantíssimo, o que se demonstra pelo disposto

no artigo 942 do Código Civil, pelo qual o ofensor responderá com seus bens pela reparação do dano causado, e se ofensor vir a morrer, tal responsabilidade será transmitida aos herdeiros, claro que dentro do que atingir a herança de cada herdeiro, é o que dispõe o artigo 943 do mesmo diploma legal.

Toda esta noção desenvolvida neste capítulo sobre responsabilidade civil é para abranger o conhecimento de um modo geral para que se possa assim adentrar no objeto da presente pesquisa, qual seja, responsabilidade civil do empregador em decorrência de acidente do trabalho, o qual será abordado nos demais capítulos.

2 RESPONSABILIDADE CIVIL DO EMPREGADOR EM DECORRÊNCIA DE ACIDENTE DO TRABALHO FATAL

2.1 Evolução histórica

A responsabilidade civil decorrente de acidente do trabalho teve sua primeira previsão através do Decreto-lei 7.036/44, dispondo em seu artigo 31 que “o pagamento da indenização estabelecida pela presente lei exonera o empregador de qualquer outra indenização de direito comum, relativa ao mesmo acidente, a menos que este resulte de dolo seu ou de seus prepostos”, significa dizer que o empregador somente arcará com a indenização correspondente ao acidente, não se reportando a qualquer outra indenização, caso em que só se recairá na ocorrência de dolo do mesmo ou de seus prepostos.

Verifica-se que a edição da referida lei, foi omissa em não se reportar à culpa, bem como excluir a cumulação entre a indenização acidentária e a indenização proveniente do direito comum, assim, para dirimir esta omissão, em 16 de dezembro de 1963 (publicação SUDIN vol:00001-01 pg:00110 texto, fora editada a Súmula 229 do Supremo Tribunal Federal – STF –), estabelecendo que a “indenização acidentária não exclui a do direito comum, em caso de dolo ou culpa grave do empregador”, dispondo que poderiam ser cumuladas ambas as indenizações, sendo que se referindo a indenização do direito comum, somente se ocorresse dolo ou culpa grave do empregador, é que esta poderia ser pleiteada.

Mas, mesmo com a edição da súmula 229, ainda existiam algumas discussões acentuadas no que pertine a culpa, esta que por sua vez pode ser apresentada em diversas modalidades ou graus, como: culpa leve, culpa média e culpa grave.

Deste modo, com a dita súmula, somente havia previsão de reparação ao dano decorrente de acidente do trabalho na ocorrência de culpa grave do empregador, excluindo-se, portanto, a culpa leve e a média.

Entretanto, com a vigência da Constituição Federal de 1988, trouxe em seu capítulo dos direitos sociais, dentre outros direitos assegurados aos trabalhadores urbanos e rurais, estabeleceu no artigo 7º, XXVIII o “seguro contra acidentes de trabalho, a cargo do empregador, sem excluir a indenização a que este está obrigado, quando incorrer em dolo ou culpa”, verifica-se que a Constituição trouxe a cumulação efetiva de ambas as indenizações, ou seja, a indenização referente ao evento danoso do acidente no trabalho, e a indenização ao direito comum, uma de cunho alimentar, e a outra de cunho reparatório, em que pese referindo-se a última, caso se ocorresse dolo ou culpa do empregador.

Observa-se a abolição, através da Constituição Federal, da exigência de culpa grave para responsabilizar a indenização do direito comum juntamente com a indenização acidentária, deixando somente a palavra culpa, perfazendo assim, em sentido amplo.

Faz-se necessário acentuar que a indenização trabalhista é alimentar, enquanto que a do Direito Comum é reparatória, assim, no seguro contra acidente, a responsabilidade é objetiva, tanto a cargo do empregador como a cargo do INSS. Enquanto a indenização do direito comum, é subjetiva, condicionada ao pagamento da indenização à prova de culpa ou dolo do empregador, em que somente não seria responsabilizado o empregador, na observância de ausência total de culpa, hipóteses de caso fortuito ou força maior, ou de culpa exclusiva da vítima, isentando-se, desta forma, a responsabilidade civil concomitante à reparação acidentária.

Entretanto, deve-se salientar que após o advento do Código Civil de 2002, freqüentemente se vê empregados que sofreram acidente de trabalho pleitear na justiça, a responsabilização objetiva do empregador com base na última parte do parágrafo único do art. 927 do Código Civil. Tratando-se, pois de grande evolução, ou até mesmo uma equiparação em nível de justiça.

É necessário acentuar que nos primórdios dos ensinamentos, a regra quanto à responsabilidade é a subjetiva, entretanto, o Código Civil previu detalhadamente a responsabilidade objetiva através das diversas modalidades de teorias que enfocam esta responsabilidade, como por exemplo, teoria do risco e suas subespécies como teoria do risco-proveito, do risco profissional, risco integral e outras.

O próprio *caput* do art. 927 transmite este posicionamento, consoante ao parágrafo único, que nada mais é, que uma divisão do próprio artigo, disciplinando as regras referentes à responsabilidade objetiva, restringindo ou prevendo exceções concernentes ao *caput* do artigo mencionado, estabelecendo a responsabilização objetiva em alguns casos específicos. Observe

que a responsabilidade subjetiva no *caput* do art. 927 dá-se pela exigência do ato cometido ser ilícito, nada mais sendo que o próprio ato jurídico afrontante à lei por conduta culposa ou dolosa. O art. 927 do Código Civil (2002) está assim escrito:

Art. 927 - Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Parágrafo único - Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

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

Art. 187 – Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

A interpretação do art. 927 do Código Civil é de suma importância, haja vista ser utilizado subsidiariamente por vários ramos do direito, inclusive no ramo do Direito do Trabalho, e, da leitura do dispositivo legal supra citado, nota-se que são duas as hipóteses em que é cabível a responsabilidade objetiva: quando houver previsão legal neste sentido, e, quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem. Primeiramente, quando houver previsão de responsabilização legal objetiva ou quando a atividade normalmente exercida pelo autor do dano implicar por sua natureza, risco para os direitos de outrem, haverá a incidência da responsabilização independente de culpa.

Atualmente, nota-se que os empregados que sofreram danos, por exemplo, tiveram algum membro decapitado, ou familiares que perderam o seu provedor, em virtude de acidente de trabalho, estão pleiteando na justiça indenização com fins à responsabilização objetiva do empregador por entenderem que a atividade por eles exercida era perigosa, enquadrando-se assim, na última parte do parágrafo único do art. 927 do Código Civil. Entretanto, para o estudioso Wendell Brito Lemos Teixeira (2005), relata que tal argumento é inconveniente, eis que, para estes, o parágrafo único do art. 927 dispõe que somente haverá responsabilização objetiva quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua

natureza, risco para os direitos de outrem. Segundo este entendimento, o principal ponto equivocado é que a atividade criadora de risco deve ser a preponderante do empregador e não a realizada pelo empregado, sendo a atividade desenvolvida pelo empregado juridicamente irrelevante. Explicitado ao artigo, na verdade o que interessa é a atividade desenvolvida pelo "autor do dano" que deve ser o empregador e não o empregado.

Dentre as atividades que criam risco para os direitos de outrem, por exemplo, às atividades perigosas, bem como uma empresa que faz serviços de conservação e limpeza podem ter um empregado ou outro que exerça atividade perigosa, os que promovem limpeza do exterior das janelas de um prédio, mas mesmo assim, a atividade da empresa não poderá ser considerada normalmente perigosa ou insalubre.

Por força da redação da última parte do parágrafo único do art. 927, nota-se que o que prepondera é a atividade da empresa e não a exercida pelo empregado. Mesmo existindo determinadas funções realizadas por certos empregados serem perigosos, mas se a da empresa normalmente não for, não terá que se falar em responsabilização objetiva, pois como já foi citado, para os que seguem este argumento, o final do parágrafo único do artigo 927 do Código Civil, prepondera à atividade do empregador e não a realizada em si, pelo o empregado.

Neste momento, a leitura isolada da última parte do art. 927 do Código Civil e ligar a este entendimento, uma interpretação sistemática e teleológica mais apurada apontará um outro sentido, isto é, o art. 7º, XXVIII da CF prevê que a responsabilização do empregador por acidente sofrido por seu empregado se dará na forma subjetiva tão somente. Assim está esculpido o texto de tal dispositivo:

Art. 7º da Constituição Federal do Brasil - São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

(...)

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

Neste sentido, analisa-se que da mais pura procedência do direito civil constitucional, ou seja, interpretando o direito civil à luz da Constituição, percebe-se que o empregador somente

será responsabilizado por acidente de trabalho sofrido por empregado seu, quando ficar comprovado a culpa ou dolo do primeiro.

Destaca-se um confronto entre o art. 927 do Código Civil com o art. 7º, XXVIII da CF, retirando-se como questão que somente haverá responsabilização civil subjetiva do empregador por acidente de trabalho, não tendo o que se falar em responsabilidade objetiva, sob pena de se quedar inconstitucional, eis que existirá o dever do empregador de indenizar um empregado vitimado em acidente de trabalho quando restar comprovada a culpa ou dolo do empregador, ou seja, sua responsabilidade civil subjetiva. Observa-se que tal discussão reporta-se a indenização do direito comum, haja vista que evidenciadamente a indenização acidentária é responsabilidade objetiva, tanto em face do empregador como em face do INSS.

Em contrapartida, há outro fundamento quanto à responsabilidade objetiva voltada para indenização do direito comum, reportar-se ao argumento da combinação do artigo 927 com o 187 ambos do Código Civil, Paulo dourado Gusmão (1974, p.52-56), o qual dispõe sobre o ABUSO DE DIREITO. Para entendê-lo é necessário pensar na existência de um sujeito titular de um direito subjetivo: vida, saúde, patrimônio, etc. É um ilícito peculiar, que alguém pratica no exercício de um ato lícito: no exercício de seu direito subjetivo, e ao violar dever jurídico, por isso deverá ser responsabilizado.

Como o objetivo da presente pesquisa é demonstrar a responsabilidade do empregador em decorrência do acidente no trabalho, há também o entendimento de que tal responsabilidade é objetiva, traçada no parágrafo único do artigo 927 do Código Civil embasando-se na Teoria do Risco.

2.2 Aplicação da teoria do risco: fonte inovadora da responsabilidade objetiva no acidente do trabalho

Como já foi dito acima, a responsabilidade civil do empregador no que pertine ao acidente do trabalho, é via de regra, subjetiva, com a qual se precisa demonstrar a culpa por parte do empregador.

Esta responsabilização corresponde à indenização do direito comum, não atingindo a indenização concernente à indenização acidentária, eis que esta não resta a menor dúvida de que trata por ser objetiva, da própria leitura do artigo 7^a, XXVII se depreende que arcará o empregador com o seguro respectivo aos acidentes no trabalho.

Discussão existente recai quanto à indenização do direito comum, o que para alguns se trata por moldar na órbita da responsabilidade subjetiva, devendo necessariamente ser demonstrado e comprovado a conduta culposa do empregador, para ver a reparação do dano causado, mas para outros, trata-se de responsabilidade objetiva, com fundamento na teoria do risco embasando-se às subespécies como, teoria do risco profissional, fonte inovadora para o direito do trabalho, bem como a teoria do risco criado.

Convém ressaltar, que a insatisfação social e a indignação com a teoria subjetiva, tendo em vista que em inúmeros casos, defronte a dificuldade de comprovar a culpa do empregador, até mesmo pela capacidade organizacional da empresa, ficava o empregado, sem a reparação que lhe era por direito devida.

Esse descontentamento com a teoria subjetiva emergiu principalmente em conjunto com o desenvolvimento contemporâneo, o incremento das máquinas nocivas nas fábricas, a Revolução Industrial, o denso aumento populacional, as ruas abarrotadas de automotores, a desigualdade econômica, a proliferação desordenada das armas ilegais e das drogas, dentre outras numerosas situações, fizeram com que a multiplicação das oportunidades de danos fosse majorada consideravelmente, o que, indene de dúvidas, atrai maior número de acidentes no sentido amplo, destarte, o grau de distância que há entre o empregado e o empregador, aquele acabava por vezes sem ver seu direito amparado, em razão de não lograr êxito na demonstração de provar a culpa do empregador, o que até mesmo perdiam o direito do seguro ao qual é o empregador objetivamente responsável, tudo isso por causa da desigualdade que há entre ambos.

Deste modo, perfunctória foi à inovação trazida pelo Código Civil com o artigo 927 parágrafo único, trazendo embutido a Teoria do Risco, abrindo leque a várias sub teoria, ao qual será abordada o caso de responsabilidade de acidente laboral a Teoria do Risco Profissional e até mesmo a Teoria do Risco Criado.

A Teoria do Risco – genérica – tem como escopo a ênfase à relação de causalidade, isto é, o nexo causal e o dano ocorrido, abstraindo-se, inclusive, da existência de culpa, José Joaquim Calmon de Passos (2004), sintetiza todo o contexto da Teoria do Risco, frisando que “os

proveitos e vantagens do mundo tecnológico são postos num dos pratos da balança. No outro, a necessidade de o vitimado em benefício de todos poder responsabilizar alguém, em que pese o coletivo da culpa, o desafio é como equilibrá-los”.

Significa dizer que aquele que lança seu produto no mercado de trabalho terá que arcar com os danos ali proveniente, ou melhor quem tem o bônus também tem o ônus.

Numa visão mais esclarecedora ilustríssimo Sérgio Cavalieri Filho (2005, p.155) em sua obra diz:

A Teoria do Risco foi trazida pelos juristas, principalmente na França, conceberam-na com o fundamento para a responsabilidade objetiva, justamente no final do século XIX, quando o desenvolvimento industrial agitava o problema da reparação dos acidentes de trabalho. Risco é perigo, é probabilidade de dano, importando, isso, dizer que aquele que exerce uma atividade perigosa deve-lhe assumir os riscos e reparar o dano dela decorrente. A doutrina do risco pode ser, então, assim resumida: todo prejuízo deve ser atribuído ao seu autor e reparada por quem o causou, independentemente de ter ou não agido com culpa. Resolve-se o problema na relação de causalidade, dispensável qualquer juízo de valor sobre a culpa do responsável, que é aquele que materialmente causou o dano.

Partindo-se daí, para a concepção da teoria do risco ao acidente laboral, eis que risco é a ameaça de lesão, não se trata de mera possibilidade do dano, mas sim de grande probabilidade que ele aconteça.

O nó górdio fundamenta-se em aquele que exerce atividade perigosa deverá assumir os riscos e reparar o dano dela advindo. Deste modo, tem-se como o sustentáculo inicial do pensamento objetivista, o risco, desta idéia adveio diversas outras inovações referindo-se esta teoria como: risco proveito, risco profissional, risco excepcional, risco criado e risco integral.

Entretanto, de todas as espécies embutidas acerca da Teoria do Risco, as que mais se amoldam à responsabilização no acidente laboral é a Teoria do Risco Profissional, que tem em seu bojo o fato envolvido em decorrência da atividade praticada pelo lesado, e das circunstâncias que elas estão sendo desenvolvidas, e a Teoria do Risco Criado, esta em razão da atividade perigosa empenhada pelo empregados.

Explicitado acima, fica demonstrado que o artigo 927, parágrafo único do Código Civil, consagrou ambas as teorias, justificada pela reconhecida insuficiência da teoria subjetiva para a efetiva satisfação do operário acidentado.

2.3 Teoria do risco profissional e teoria do risco criado aplicabilidade na órbita do acidente do trabalho

No que tange a teoria do risco profissional, nada mais significa do que a teoria objetiva trazida à essência do direito laboral, em que as atividades desempenhadas pelo trabalhador, em si, que contém riscos inerentes, levam o empregador a responder independentemente da cogitação de sua culpa no infortúnio.

Assim, Sérgio Cavalieri Filho (2005, p.156) cita:

A Teoria do Risco Profissional sustenta que o dever de indenizar tem lugar sempre que o fato prejudicial é uma decorrência da atividade ou profissão do lesado. Foi ela desenvolvida especificamente para justificar a reparação dos acidentes ocorridos com os empregados no trabalho ou por ocasião dele, independentemente de culpa do empregador. A responsabilidade fundada na culpa levava, quase sempre, à improcedência da ação acidentária. A desigualdade econômica, a força de pressão do empregador, a dificuldade do empregado de produzir provas, sem se falar nos casos em que o acidente decorria das próprias condições físicas do trabalhador, quer pela sua exaustão, quer pela monotonia da atividade, tudo isso acabava por dar lugar a um grande número de acidentes não indenizados, de sorte que a teoria do risco profissional veio para afastar esses inconvenientes.

Observa-se assim, que a teoria supra mencionada não se reporta somente a atividade exercida pelo empregado, mas no sentido geral, à profissão por ele atuada, a qual recairá a responsabilidade do empregador se este não observar as circunstâncias em que seus empregados estão expostos, agindo com máxima fiscalização, bem como fornecendo equipamentos adequados para a segurança dos mesmos quando realizarem a respectiva atividade, em que pese nesta omissão realizada pelo empregador recairia na responsabilidade subjetiva, mas ainda sim, devido a hipossuficiência ao redor do empregado, o que por certo acabaria sendo o perdedor, em razão da impossibilidade de se provar a omissão, culpa por parte do empregador.

Convém citar a atuação de nossos tribunais no sentido de aplicar a referida teoria nos casos de acidente laboral, in verbis:

Acidente do trabalho – responsabilidade do empregador. Em matéria de acidente do trabalho, já se consagrou a teoria do risco profissional, segundo a qual o empregador é objetivamente responsável pela situação de perigo gerada pelas máquinas e demais instrumentos de produção contidos nas dependências da empresa, devendo indenizar o dano físico decorrente da exposição de seu empregado ao referido foco de risco. E isto em razão da dupla circunstância de ser o empregador, como organizador da atividade produtiva, o gerador de tais riscos, além de ser o maior beneficiário do empreendimento, do qual extrai o lucro. A responsabilidade do empregado pelo acidente só se configura nas hipóteses em que tenha agido com manifesto dolo ou culpa grave, buscando voluntariamente a ocorrência do evento lesivo ou agindo sem cautela mínima – Tribunal Regional do Trabalho. Recurso Ordinário n.º 02970227104/1997, Rel. Juíza Wilma de Araújo Vas da Silva. *[grifo]*

Referindo-se a Teoria do Risco Criado, Sérgio Cavalieri Filho (2005, p.157) aponta:

A Teoria do Risco criado tem, entre nós, como seu mais ardoroso adepto, o insigne Caio Mário, que assim, a sintetiza: “aquele que, em razão de sua atividade ou profissão, cria um perigo, está sujeito à reparação do dano que causar, salvo prova de haver adotado, todas as medidas idôneas a evitá-lo”. No entender do ilustre Mestre, o conceito de risco que melhor se adapta às condições de vida social é o que se fixa no fato de que, alguém põe em funcionamento qualquer atividade, responde pelo eventos danosos que esta atividade gera para os indivíduos, independentemente de determinar se em cada caso, isoladamente, o dano é devido a imprudência, a negligência, a um erro de conduta, e assim, se configura a teoria do risco criado. Fazendo abstração da idéia de culpa, mas atentando apenas no fato danoso, responde civilmente aquele que, por sua atividade ou por sua profissão, expõe alguém ao risco de sofrer um dano. Procura o mestre estabelecer as distinções entre a teoria do risco proveito e a do risco criado, enfatizando que nesta última não se cogita do fato de ser o dano correlativo de um proveito ou vantagem para o agente. É óbvio que se supõe que a atividade pode ser proveitosa para o responsável. Mas não se subordina o dever de reparar ao pressuposto da vantagem. O que se encara é a atividade em si mesma, independentemente do resultado bom ou mau que dela advenha para o agente. A teoria do risco criado, conclui o mestre, importa ampliação do conceito do risco-proveito. Aumenta os encargos do agente; é, porém, mais eqüitativa para vítima, que não tem que provar que o dano resultou de uma vantagem ou de um benefício obtido pelo causador do dano. Deve este assumir as conseqüências de sua atividade

Na jurisprudência sobre acidente do trabalho alguns acórdãos já demonstram o reconhecimento da responsabilidade civil pelo risco criado pelo empregador no desenvolvimento da sua atividade, com base na teoria objetiva ou até mesmo enfocando-se a culpa presumida (aplicabilidade da inversão do ônus em se provar a culpa), veja:

Acidente do Trabalho – Responsabilidade civil – Indenização – Empregado que desenvolvia atividade perigosa – Presunção de culpa da pessoa jurídica comitente – Verba devida – Inteligência da súmula 341 do STF. Tratando-se de acidente do trabalho, uma vez definida no concreto, como perigosa a atividade desenvolvida pelo empregado, responde o empregador pelo simples risco, prosperando a presunção da responsabilidade relativamente à pessoa jurídica comitente, conforme inteligência da Súmula 341 do STF. Cf. São Paulo. 2º TACivSP. 11ª Câmara. Apelação c/ revisão n.º 482.584-0/2, Relator: Juiz Mendes Gomes.

Cumpramos ressaltar e levantar a questão que ainda há argumentos defendendo a responsabilidade objetiva do empregador no campo do acidente laboral, embasando-se à teoria do risco integral que segundo Sérgio Cavalieri Filho (2005) esta teoria é uma modalidade extremada da doutrina do risco destinada a justificar o dever de indenizar até nos casos de inexistência do nexo causal.

Mesmo na responsabilidade objetiva, conforme já enfatizado, embora dispensável o elemento culpe, a relação de causalidade é indispensável. Pela teoria do risco integral, todavia, o dever de indenizar se faz presente tão-só em face do dano, ainda nos casos de culpa exclusiva da vítima, fato de terceiro, caso fortuito ou de força maior. Dado o seu extremo, o nosso Direito só adotou essa teoria em casos excepcionais.

Esta responsabilidade sem culpa ocorre, por exemplo, nos danos nucleares, conforme disposição do artigo 21, XXIII, alínea “c” da Constituição Federal de 1988, bem como no artigo 225, §3º do mesmo diploma, estabelecendo a obrigação de reparar os danos causados pelas atividades lesivas ao meio ambiente, sem cogitar da existência de culpa ou dolo, o que segundo Sebastião Geraldo de Oliveira (2004), entende que a referida teoria aplica-se no fato decorrente de acidente do trabalho, tendo em vista, que se a responsabilidade objetiva será aplicada ao terceiro, em razão dos danos causados em decorrência do dano lesivo ao meio ambiente, também aplicar-se-á ao empregado, indivíduo diretamente exposto aos agentes nocivos em que danificaram o meio ambiente e a população, tratando-se por uma contrariedade a aplicação da teoria subjetiva nesta ocasião, cita-se como exemplo, que o poluidor-pagador deve reparar, independentemente de culpa, o prejuízo gerado pelo dano ambiental ao terceiro.

Como hipótese, examine-se o caso de uma empresa que polui um rio destilando um poluente orgânico persistente, que gera doenças terríveis para o empregado, assim, como a

degradação do curso de água. O terceiro que tem uma propriedade ribeirinha prejudicada irá gozar do conforto de tal responsabilidade objetiva do poluidor, enquanto o empregado doente terá que provar a culpa da empresa? (SADY, 2000, p.37).

Parece que da visão supra citada, a proposição de ser a responsabilidade subjetiva do empregador pertinente ao acidente laboral trata-se por ser a mais pura inaplicabilidade de senso de justiça.

A qual não pode ser confundida com a responsabilidade do INSS. Convém elucidar desta forma, que ao longo deste capítulo, abordamos quanto à responsabilidade civil do empregador em decorrência do acidente do trabalho, em que pese, pode-se observar que há duas responsabilidades em jogo.

No que pertine a primeira, reporta-se à responsabilidade quanto à indenização do seguro em decorrência do fato danoso, qual seja, o acidente no trabalho, indenização esta, por sua vez alimentar, o que incólume de dúvidas, tal responsabilidade é objetiva.

Entretanto, na esfera da segunda responsabilidade referindo-se á indenização denominada de direito comum, aqui também se referindo a indenização reparatória, a qual fora traçado piamente as discussões existentes em torno desta, discussões, se, tal responsabilidade abarca no campo subjetivo, a qual necessita da comprovação de culpa da conduta do empregador, ou na esfera objetivista, fundamentando-se com a teoria do risco, utilizando-se do desdobramento de suas espécies, dispensando-se, pois a necessidade de provar a culpa, trazendo, pode-se dizer, uma elasticidade de senso de justiça.

Relembrem-se estes pontos, para não excluir a responsabilidade objetiva reportando ao âmbito da Previdência Social, tampouco cogitar na aplicação da teoria do *non bis in idem*. O seguro quanto ao acidente de trabalho segundo a Previdência Social é regulamentado pela lei 8.213/91, que dispõe sobre o referido seguro a cargo do INSS.

Na esfera da responsabilidade do INSS, previdência social, não há qualquer questionamento quanto ao tipo de responsabilidade, por ser esta objetiva, o qual caberá o empregado ou seus dependentes, em caso de acidente do trabalho fatal, pleitearem na esfera administrativa, ou judicial, sendo esta junto a Justiça Federal.

3 A RELAÇÃO DE EMPREGO EM FACE DA NOVA COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO

3.1 Críticas em torno da expressão “relação de trabalho”.

É certo, primeiramente abordar que no ramo do direito do trabalho há vários aspectos para acentuar a aplicação deste, o primeiro deles, está ligado a uma visão subjetivista, que os doutrinadores seguidores deste aspecto, entendem que direito do trabalho se aplica a qualquer trabalhador, enquanto que para outros se aplica ao trabalhador subordinado, especificamente, em contrapartida há aqueles que no âmbito objetivista, outro aspecto, considera a matéria, em si, do direito do trabalho, excluindo aos sujeitos da relação. (MARTINS, 2003, p.46).

Neste sentido, conceitua-se o direito do trabalho como “conjunto de princípios, regras e instituições atinentes à relação de trabalho subordinado e situações análogas, visando assegurar melhores condições de trabalho e sociais ao trabalhador, de acordo com as medidas de proteção que lhe são destinadas”. (MARTINS, 2003, p.46).

Pode-se por assim dizer que o direito do trabalho tem por finalidade assegurar melhores condições de trabalho, assegurando aos trabalhadores que no exercício de suas atividades sejam observados um local salubre, recebendo o pagamento mediante salário, fornecendo a estes uma vida digna para que possam assim, desempenhar suas respectivas tarefas, deste modo, o direito do trabalho irá reger as situações em que estão envolvidos empregado e empregador, em razão do trabalho realizado sob a égide da subordinação, entretanto, cumpre ressaltar que há aqueles que entendem que abrange a todos os trabalhadores, não especificamente aos trabalhadores subordinados.

Nesta visão, verifica-se que o direito do trabalho se amolda em dois objetos: o trabalho no sentido geral e o trabalho subordinado, que em se tratando deste recebe o regulamento através da Constituição Federal e da CLT.

Assim, fundamenta-se por meio da Consolidação das Leis Trabalhistas – CLT – a qual disponibiliza os requisitos para que exista o contrato de trabalho com a conseqüente relação de emprego, presentes nos artigos 2º e 3º do diploma legal citado.

Art. 2º CLT – Considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço.

... *omissis*...

Art. 3º CLT – Considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário.

Da leitura dos artigos supra mencionados, observa-se que para se concretizar a relação de emprego, o empregado deve ser pessoa física, em que realiza suas atividades de modo habitual, com subordinação.

Neste sentido, caracterizada a relação de emprego, esta estará protegida, e será regida pelas normas da CLT, e as demandas que desta relação surgirem serão dirimidas na justiça do trabalho.

Em que pese, anteriormente a EC 45, que modificou o artigo 114 da Constituição de 1988 versava o seguinte texto:

Art. 114 - Compete à Justiça do Trabalho conciliar e julgar os dissídios individuais e coletivos entre trabalhadores e empregadores, abrangidos os entes de direito público externo e da administração pública direta e indireta dos Municípios, do Distrito Federal, dos Estados e da União, e, na forma da lei, outras controvérsias decorrentes da relação de trabalho, bem como os litígios que tenham origem no cumprimento de suas próprias sentenças inclusive coletivas.

Convém ressaltar que da leitura do texto antigo do artigo 114, através da expressão “*dissídios individuais e coletivos entre trabalhadores e empregados (...)*”, trazia a nítida relação de emprego.

Entretanto, com a vigência da Emenda Constitucional 45, em que modificou o texto do artigo acima referendado, trazendo grandes discussões acerca da respectiva modificação, observe a alteração:

Art. 114 – EC 45 – Compete à Justiça do Trabalho processar e julgar:

I – as ações oriundas da relação de trabalho, abrangidos os entes de direito público externo e da administração pública direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

...omissis...

Antes de tudo, convém dizer que relação de trabalho é gênero, em que compreende o trabalho autônomo, eventual, avulso etc., da qual a relação de emprego é espécie versando especificamente o trabalho subordinado do empregado em relação ao empregador.

Desta forma, com a modificação pela EC 45 dada ao artigo 114 inserindo em seu texto “relação de trabalho”, para alguns estudiosos significa que ocorreu uma enorme demanda das ações a serem dirimidas pela justiça do trabalho, atribuindo a esta a competência para resolver conflitos decorrentes não apenas da relação de emprego, mas de qualquer forma de prestação de serviços, abrangendo, conforme a perspectiva do intérprete, a relação de consumo e até mesmo litígios envolvendo pessoas jurídicas. (LAURINO, 2005, p.149)

Daí é que surgem as discussões, eis que, para outra parte da doutrina, a hermenêutica trazida na sistemática da Constituição transmite através da expressão “relação de trabalho” uma interpretação não tão abrangente como esperavam, mas sim, uma acepção mais restrita, apesar da contrariedade em que a própria expressão traduz em um significado mais amplo.

Convém dizer que, bem antes da inovação inserida no artigo 114 da Constituição, muitos já utilizavam a expressão relação de trabalho como sinônimo de relação de emprego, afirma-se isto, com a própria CLT bem como a Constituição Federal, em que há passagens nesta, por exemplo, no artigo 7º, XXIX, a qual dispõe sobre prazo prescricional, citando relação de trabalho, mas querendo claramente dizer relação de emprego.

Para os que aderiram a este entendimento, reforçam o argumento dizendo que a locução “relação de trabalho”, inscrita no artigo 114, I da Constituição Federal de 1988, é sinônimo de “relação de emprego”, tendo em vista a inserção do inciso IX, no mesmo artigo supra mencionado, o qual prevê a competência da Justiça do Trabalho para julgar “*outras controvérsias decorrentes da relação de trabalho, na forma da lei*”.

Observa-se que da leitura do referido inciso é que se depreende a elasticidade da competência da justiça do trabalho, e não na locução inserida no inciso I do artigo 114, razão pela qual, caso não fosse sinônimo de relação de emprego a expressão existente neste inciso, poder-se-

ia afirmar que o inciso IX seria considerado letra inexistente, tendo em vista ao aumento já existente no inciso anterior.

Conclui-se que a expressão “dissídios individuais entre trabalhadores e empregadores...” foi substituída tão somente pela locução “relação de trabalho”, mantendo o mesmo significado de relação de empregado, verifica-se que a modificação no texto constitucional tem como justificativa o objetivo em ampliar e explicitar as hipóteses que se tornaram da competência da justiça do Trabalho.

Em que pese tal visão se perfaz por meio dos nove incisos existentes no artigo 114 da Constituição Federal que dispõe quanto à competência desta, observa-se que o inciso I esculpiu a competência para julgar e processar as ações advindas da relação de trabalho (relação de emprego / trabalho subordinado), os demais incisos prevêem a competência da Justiça do trabalho para dirimir outras hipóteses que não pertenciam a esta.

Continuando com os adeptos deste entendimento, sustentam que se trata de exagero a afirmação quanto a simples existência de trabalho em uma relação jurídica para configurar a relação de trabalho, relatam que de acordo com o vocábulo “trabalho” designa toda atividade humana destinada à realização de um fim útil, vale dizer, o instrumento que transforma a Natureza em Cultura” (REALE, 1983, p 24), deste modo, sendo o homem um ser gregário por natureza, todas as relações jurídicas são relações de trabalho, e que a Justiça do Trabalho teria competência para solucionar todos os conflitos jurídicos surgidos em sociedade, tratando-se assim, de verdadeiro absurdo. Mas, para aqueles que não visam a sinonímia existente entre relação de trabalho e relação de emprego, dizem que a inserção de nove incisos no artigo 114 da Constituição e principalmente, o inciso I, foi tão-somente para deixar bem delineado o aumento quanto à competência da Justiça do Trabalho em julgar todas e quaisquer conflitos advindos da relação de trabalho, inclusive quanto ao dano moral, que, convenha-se, recebeu tal regulamento por um inciso específico no artigo citado.

Para finalizar a compreensão quanto ao significado da expressão “relação do trabalho”, não se pode deixar de levantar a questão quanto a discussão que também gira em torno da relação de consumo, em que pese, a flexibilidade da Justiça do Trabalho para solucionar conflitos advindos da relação de trabalho também abrangeria relação de consumo.

Entretanto, cumpre destacar que ambos os institutos têm distinções díspares, eis que pertinente à relação de consumo, esta vige a proteção do hipossuficiente, denominado por

consumidor, enquanto que a relação de trabalho abarca a proteção do trabalhador, em que pese é este o hipossuficiente da relação.

Perfunctória análise das distinções, pode-se observar que o trabalhador é o prestador de serviços, enquanto que na relação de consumo, o consumidor é o tomador do serviço.

E, dentre os inúmeros requisitos para que haja a relação de consumo, uma delas trata-se do destinatário final, em que nesta hermenêutica, o consumidor é que ao adquirir um determinado produto ou serviço, adquire como destinatário final, contrariando a órbita da relação de trabalho, em que o destinatário final não seria o trabalhador, mas sim o empregador.

Deste modo, não há o que equiparar uma a outra, mesmo assim, compete a Justiça do trabalho para solucionar os conflitos que suscitam relação de consumo, Conforme dispõe a Súmula 392 do TST.

3.1.1 Relação de emprego: característica fundamental para o recebimento das indenizações decorrentes de acidente do trabalho?

No título acima, fora demonstrado que a relação de emprego está explicitada na Consolidação das Leis Trabalhistas, em que é regulamentada pelo Direito do Trabalho caracterizada pela prática do trabalho subordinado, compreende-se que para a existência de relação de emprego, deve o empregado ser pessoa física, realizando o serviço de modo habitual (continuidade) sobre a orientação e subordinação do empregador.

Também fora abordado as críticas em torno da nova redação dada pela Emenda Constitucional 45 ao artigo 114 da Constituição Federal de 1988, trazendo a locução “relação do trabalho” determinando um aumento em situações que serão, a partir da vigência desta, dirimidas na Justiça do Trabalho.

Faz-se esta pequena lembrança para imergir ao assunto que recai ao acidente do trabalho.

Primeiramente, deve-se entender do que se trata o acidente do trabalho, em que pese o conceito do mesmo somente surgiu com a edição da Lei 6.367/76, no seu artigo 2º, caput, que assim define “*Acidente do trabalho é aquele que ocorrer pelo exercício do trabalho a serviço da*

empresa, provocando lesão corporal ou perturbação funcional que cause a morte, ou perda, ou redução, permanente ou temporária, da capacidade para o trabalho”.

E, seguindo o parágrafo primeiro do mesmo artigo dispõe quanto às hipóteses das quais se equiparam ao acidente do trabalho:

§ 1º. Equiparam-se ao acidente de trabalho, para os fins desta Lei:

I - a doença profissional ou do trabalho, assim entendida a inerente ou peculiar a determinado ramo de atividade e constante de relação organizada pelo Ministério da Previdência e Assistência Social - MPAS;

II - o acidente que, ligado ao trabalho, embora não tenha sido a causa única, haja contribuído diretamente para a morte, ou a perda, ou a redução da capacidade para o trabalho;

III - o acidente sofrido pelo empregado no local e no horário de trabalho, em conseqüência de:

a) ato de sabotagem ou de terrorismo praticado por terceiro, inclusive companheiro de trabalho;

b) ofensa física intencional, inclusive de terceiro, por motivo de disputa relacionada com o trabalho;

c) ato de imprudência, de negligência ou de imperícia de terceiro, inclusive companheiro de trabalho;

d) ato de pessoa privada do uso da razão;

e) desabamento, inundação ou incêndio;

f) outros casos fortuitos ou decorrentes de força maior.

IV - a doença proveniente de contaminação acidental de pessoal de área médica, no exercício de sua atividade;

V - o acidente sofrido pelo empregado, ainda que fora do local e horário de trabalho:

a) na execução de ordem ou na realização de serviço sob a responsabilidade da empresa;

b) na prestação espontânea de qualquer serviço à empresa para lhe evitar prejuízo ou proporcionar proveito;

c) em viagem a serviço da empresa, seja qual for o meio de locomoção utilizado, inclusive veículo de propriedade do empregado;

d) no percurso da residência para o trabalho ou deste para aquela.

Atualmente a lei que dispõe sobre acidente do trabalho é a lei 8213/91, com alteração dada pela lei 9.876/99, prevendo o conceito deste, nos mesmos moldes da lei anterior, vejamos:

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

O artigo supra mencionado, estabelece que o acidente do trabalho será aplicado aos segurados dispostos no inciso VII do artigo 11 da mesma lei, assim dispõe o mencionado artigo:

Art. 11 – São segurados obrigatórios da Previdência Social as seguintes pessoas físicas:

VII - como segurado especial: o produtor, o parceiro, o meeiro e o arrendatário rurais, o garimpeiro, o pescador artesanal e o assemelhado, que exerçam suas atividades, individualmente ou em regime de economia familiar, ainda que com o auxílio eventual de terceiros, bem como seus respectivos cônjuges ou companheiros e filhos maiores de 14 (quatorze) anos ou a eles equiparados, desde que trabalhem, comprovadamente, com o grupo familiar respectivo. (O garimpeiro está excluído por força da Lei nº 8.398, de 7.1.92, que alterou a redação do inciso VII do art. 12 da Lei nº 8.212 de 24.7.91).

Urge ressaltar, que o decreto 3.048/99 regulamenta a lei 8.213/91, trazendo no bojo de seu artigo 104 a seguinte redação quanto ao acidente de trabalho:

Art. 104. O auxílio-acidente será concedido, como indenização, ao segurado empregado, exceto o doméstico, ao trabalhador avulso e ao segurado especial quando, após a consolidação das lesões decorrentes de acidente de qualquer natureza, resultar seqüela definitiva, conforme as situações discriminadas no anexo III, que implique: (Redação dada pelo Decreto nº 4.729, de 2003).

Neste sentido, observando o texto do artigo supra citado, bem como as disposições da Lei 8.213/91, estas se reportam ao segurado empregado, caracterizando a relação de emprego, estabelecida pelo trabalho subordinado, o qual exclui assim, a aplicação de acidente do trabalho aos trabalhadores de um modo geral, por exemplo, ao trabalhador eventual, autônomo, doméstico, avulso etc..., reforça, ademais, a previsão do artigo 339 do decreto 3.048/99:

Art. 336. Para fins estatísticos e epidemiológicos, a empresa deverá comunicar à previdência social o acidente de que tratam os arts. 19, 20, 21 e 23 da Lei nº 8.213, de 1991, ocorrido com o segurado empregado, exceto o doméstico, e o trabalhador avulso, até o primeiro dia útil seguinte ao da ocorrência e, em caso de morte, de imediato, à autoridade competente, sob pena da multa aplicada e cobrada na forma do art. 286. (Redação dada pelo Decreto nº 4.032, de 2001)

Extrai-se assim, que a lei que regulamenta a Previdência Social dispendo os regramentos quanto ao acidente de trabalho é datada de 1991, claro que houve várias alterações, bem como

decretos que posteriormente surgiram regulamentando-a, entretanto, no que fazendo uma comparação à modificação inserida no artigo 114 da constituição Federal explanando uma competência vaga a Justiça do Trabalho, ao estabelecer que será esta quem irá solucionar todos os conflitos que tenham como nascedouro a relação de trabalho, a Lei 8.213/91, em nada modificou, regendo tão somente o acidente de trabalho reportando-se à relação de emprego e não a relação de trabalho.

Mas, há o entendimento que mesmo não havendo uma previsão clara quanto ao significado de relação de emprego e relação de trabalho, estes levantam a questão da divergência em caracterizar o que se trata por ser subordinação, enfatizam que na verdade o que deve ser acentuado não é a subordinação em si, mas a dependência econômica que o trabalho traz ao trabalhador em relação a seu empregador. (MENEZES, 2005, p.560)

Entretanto, fica um tanto evidenciado que segundo a lei 8.213/91 que dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social, demonstra que somente terá direito ao seguro contra acidente do trabalho, o trabalhador subordinado, claramente delineado pela relação de emprego entre empregado e empregador.

O que, no entanto, não afasta a indenização do direito comum, eis que esta é autônoma e cumulada àquela.

Verifica-se que, mesmo não havendo a relação de emprego entre empregado e empregador, no que pertine à indenização acidentária, estará prejudicada ante a necessidade do trabalho subordinado, mas não eximirá ao empregador sua responsabilidade no campo da indenização por morte, caso ocorra a morte do trabalhador em que pelo menos comprove a relação de trabalho, de forma genérica, diante da abrangência dada ao artigo 114 da Constituição Federal, para os que entendem que trata-se por ser da Competência do Trabalho, ou através da Justiça Comum, em razão da dor eminente e irreparável pela perda de um ente familiar.

3.1.2 Apontamentos em face da ampliação da competência da justiça do trabalho pela emenda constitucional 45 ao redor do acidente laboral.

É por notório, que o acidente de trabalho no que pertine a competência para o seu julgamento, sempre foi título que envolveu muitas discussões, eis que através do artigo 109 da Constituição Federal de 1988, bem como o artigo 643, §2º da CLT previam a competência da Justiça Estadual para solucionar os conflitos decorrentes de acidente do trabalho.

Nesta dimensão, representava entendimento uníssono dos tribunais pátrios o fato de que o conceito de quais são as "*outras controvérsias decorrentes da relação de trabalho*", a que se referia o texto anterior do artigo 114 da Constituição Federal de 1988, o que segundo este entendimento passa, pela esteira dos artigos 186 e 927 do Código Civil, que estabelecem sobre a responsabilidade civil.

Firmando a este entendimento, alguns acórdãos serviram para dirimir objetivamente a questão: o primeiro deles é o Agravo de Instrumento n.º 586.879-0/6 - São Paulo, julgado pela Egrégia 10.^a Câmara do II.º TACivSP, a 10/10/1999, sendo Relator o ilustre Juiz Nestor Duarte, trazendo a seguinte EMENTA:

ACIDENTE DO TRABALHO - Ação de indenização fundada no direito comum. Competência. A competência para julgar as ações indenizatórias decorrentes de acidente do trabalho é da Justiça Comum estadual. Recurso improvido

No mesmo sentido já julgou o Superior Tribunal de Justiça:

CIVIL. RESPONSABILIDADE. COMPETÊNCIA. Competem ao juízo Ordinário Estadual o processo e julgamento de ação indenizatória, em virtude de dano resultante de acidente do trabalho, proposta contra o empregador do autor. (STJ – CC 03127/GO. Rel. Min. Dias Trindade, in DJ 14/09/1992, pág. 14936)

Portanto, e tratando-se de pedido que se assenta nas normas de responsabilidade civil, independentemente da relação de trabalho havida entre as partes, a competência para processar e julgar era a Justiça Estadual.

A referendar todo o exposto, assim reza o verbete da súmula de n.º 15 do Superior Tribunal de Justiça: “Compete à Justiça Estadual processar e julgar os litígios decorrentes de acidente do trabalho”. No mesmo sentido o conteúdo da súmula de n.º 501 do STF: “Compete à justiça ordinária estadual o processo e o julgamento, em ambas as instâncias, das causas de

acidente do trabalho, ainda que promovidas contra a união, suas autarquias, empresas públicas ou sociedades de economia mista.”

Deste modo, encerram a presente discussão com a questão acima levantada, e de modo reflexo, a própria Constituição Federal de 1988, no seu art. 109, inciso I, excluindo algumas causas, que, naturalmente seriam da competência da Justiça Federal, distingue as referentes a acidentes de trabalho das sujeitas à Justiça do Trabalho. E, como nenhuma palavra contida na norma constitucional deve ser tida por inútil, é de se entender que as causas decorrentes de acidentes do trabalho e as sujeitas à Justiça do Trabalho são diferentes, processadas, portanto, por juízos de competências do mesmo modo diferentes; as primeiras pela Justiça Estadual ou Comum, conforme já visto.

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

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

Entretanto, com o surgimento da Emenda Constitucional 45 que alterou o texto do artigo 114 da Constituição, para alguns se trata de verdadeiro fim desta discussão, tal inovação trouxe para a Competência da Justiça do Trabalho o julgamento das ações relativas a dano moral, estando, pois correlacionado a responsabilidade decorrente de acidente do trabalho. Mas, para outros a referida modificação aumentou ainda mais os conflitos já existentes, eis que o inciso VI do artigo 114 que estabelece a competência da Justiça do trabalho para julgar as ações de indenização por dano moral ou patrimonial, decorrente da relação de trabalho, em que pese o citado artigo ostenta a Competência da Justiça do Trabalho para julgar as ações decorrentes da relação de trabalho, tratando de excepcionalidade as ações por danos materiais ou morais conexas a acidentes de trabalho, em que continuam na esfera da Competência da Justiça Comum.

Para os seguidores deste firmamento, argumentam que “quisesse o legislador constituinte ser explícito e taxativo quanto à competência da Justiça do Trabalho na matéria sob enfoque, bastaria que assim tivesse redigido o dispositivo sob comento: VI – as ações de indenização por dano moral ou patrimonial, decorrente da relação de trabalho, e dos acidentes de trabalho, quando o tomador de serviços obrar com dolo ou culpa”.(PINTO,2005,p.779)

Convém fazer a ressalva que na órbita do dano moral, não há qualquer dúvida que Competente a Justiça do Trabalho para dirimir os conflitos que envolvam esta lógica, a divergência reporta-se tão-somente ao acidente de trabalho, segundo José Antônio Pancotti.(PANCOTTI,2005,p.88).

Posteriormente à publicação da emenda constitucional 45, o Supremo Tribunal Federal julgou o Recurso Extraordinário nº 438.639, afirmando por maioria a competência da Justiça Comum Estadual para julgamento das ações de indenização decorrentes de acidentes de trabalho, ainda que ajuizadas por empregado ou ex-empregado em face do empregador. A justificativa do referido argumento se deu na órbita da “unidade de convicção”, que segundo José Augusto Rodrigues Pinto seria como um cuidado de evitar que ocorresse o risco de opiniões conflitantes sobre, ante a possibilidade de duas pretensões diversas, quais sejam: uma de direito comum e outra de direito previdenciário, decorrentes sobre o mesmo fato.

Urge ressaltar que concernente ao pedido de cunho previdenciário, não competente nem a Justiça Comum, tampouco a justiça do Trabalho para dirimir tal pretensão, pois em se tratando de ente público, a competência para julgar a referida pretensão recai na órbita da justiça federal, faz-se necessário elucidar o seguinte posicionamento quanto ao assunto, na visão de Sebastião Vieira Caixeta:

As causas de acidentes de trabalho da competência da Justiça Comum Estadual, a que se refere o artigo 109, I, §3º da Carta Magna, são aquelas restritas às chamadas lides acidentárias, de cunho previdenciário ajuizadas em face do órgão da previdência social, em que se discute benefícios previdenciários, tais como auxílio doença acidentário, aposentadoria e pensão. As lides indenizatórias de danos morais e materiais decorrentes de acidente do trabalho em face do empregador, são da competência da Justiça do Trabalho, mesmo na vigência da redação original da Constituição da República de 1988, por se tratar de típico dissídio obreiro-patronal emergente da relação de emprego. (CAIXETA, 2005, p.785).

Conseqüente ao julgamento do Recurso Extraordinário pelo Supremo Tribunal Federal, houve o julgamento do Conflito de Competência cujo nº é 7.204, e por unanimidade, fora atribuída à Justiça do Trabalho a competência para processar e julgar as ações de indenização por dano moral e material que decorressem de acidentes do trabalho quando o empregador incorrer em dolo ou culpa.

Observa-se na verdade que a modificação dada à competência da Justiça do Trabalho não atingiu no que se refere ao direito material, mas sim, e tão somente ao direito processual.

Neste diapasão, verifica-se que a Constituição Federal de 1988, de forma explícita, estabeleceu a competência *ratione materiae* da Justiça Comum para apreciar as lides acidentárias, carecia de respaldo constitucional pregar ao mesmo tempo uma competência implícita da Justiça do Trabalho para apreciar e julgar pedidos de indenização por danos morais e materiais decorrentes de acidentes de trabalho desde que o empregador figurasse como demandado no pólo passivo da ação.

Deste modo Júlio Bernardo do Carmo, traz uma interpretação quanto a competência para apreciação da pretensão concernente ao acidente do trabalho:

A exegese era extremamente míope e incongruente porque para o mesmo fato gerador do dissídio, o acidente do trabalho, podia em exegese forçada atribuir-se competência concorrente, ora em favor da justiça comum, (o que interessava aqui, o *punctum pluriens* era que a lide a fosse armada tendo como fato gerador, logo, *ratione materiae*, um acidente do trabalho), ora em favor da Justiça do Trabalho (o acidente de trabalho é irrelevante como referenciador de competência, mostrando-se significativo sim, logo, *ratione personae*) o fato de que a lide era proposta em face de empregador. (DO CARMO, 2005, p.786).

No entanto, apesar da discussão a que se reporta aos doutrinadores ou estudiosos, concernente ao órgão competente para dirimir ações provenientes ao acidente laboral, a mais recente jurisprudência cita o seguinte entendimento:

AI 544439 / RJ – Relator (a) Ministro Joaquim Barbosa. Julgamento em 27/04/2003 – Publicação DJ 11/05/2006 PP-00021.

DECISÃO: Trata-se de agravo de instrumento contra decisão que inadmitiu recurso extraordinário interposto de acórdão que considerou competente a Justiça comum estadual para o julgamento de ações de indenização por danos materiais e morais decorrentes de acidente de trabalho. 2. A questão foi decidida definitivamente por esta Corte no CC 7.204 (rel. min. Carlos Brito, DJ 09.12.2005). 3. A partir de 08.12.2004, data de vigência da Emenda Constitucional 45, a Justiça do Trabalho é competente para o julgamento das referidas ações. 4. Essa orientação alcança os processos em tramitação perante a Justiça comum estadual, desde que não tenha havido julgamento de mérito, devendo ser aproveitados pela Justiça do Trabalho todos os atos praticados perante a Justiça estadual. 5. Quanto às ações em que tenha sido proferida sentença de mérito pela Justiça comum estadual, antes da promulgação da EC 45, devem prosseguir dentro do âmbito de competência da Justiça estadual até o

trânsito em julgado e correspondente execução. 6. No presente caso, o agravante, alegando ofensa aos arts. 109 e 114, da Constituição, quer que a competência para o julgamento do feito seja deslocada para a Justiça do Trabalho. Contudo, a Justiça comum estadual julgou o mérito da controvérsia em 27.05.2002 (fls. 275). 7. Do exposto, com base no art. 557, caput, do Código de Processo Civil, nego seguimento ao agravo de instrumento. [grifo]

Mas, não poderia deixar de assim relatar um novo entendimento aplicando-se na ordem do acidente laboral, quando ocorrer à morte do empregado, diga-se de passagem, objeto da presente pesquisa, para pleitear a indenização por dano moral, em que órgão consistiria a competência para dirimir a presente demanda.

Neste sentido, o entendimento é da Seção Especializada em Dissídios Individuais (SDI-2) do Tribunal Superior do Trabalho que entendeu que a dor moral está relacionada à perda do ente querido e não com a relação de trabalho, observa-se que o direito material em jogo não se trata da presença da relação de trabalho, mas sim na esfera da perda de alguém, por ato ilícito praticado por outrem.

Tal argumento se dá, por exemplo, ao acidente com o trabalhador no exercício laboral, ocasionando conseqüentemente sua morte, e sendo interposto por sua família ação na Vara Cível, dando início às discussões quanto ao órgão competente para dirimir tal conflito. Recentemente um julgado do Tribunal Regional do Trabalho 18ª Região, o voto do ministro Gelson de Azevedo, destacou a existência de dois pedidos de indenização, pertinente ao acidente laboral com resultado morte, o primeiro pedido ostentava ao dano material pela inobservância do seguro obrigatório e o outro, por dano moral, pela dor e sofrimento sofridos pela viúva e filha do empregado falecido, “em relação ao primeiro pedido, não há dúvidas acerca da competência da Justiça do Trabalho, haja vista que a obrigação de contratar seguro contra acidentes de trabalho pressupõe a existência de um contrato de trabalho ou relação de emprego”, sustentou o relator ao confirmar a condenação da Vara do Trabalho.

Completa ainda o argumento do douto ministro que na visão da SDI-2 não é possível o exame do pedido de danos morais decorrentes do sofrimento gerado pelo acidente, contrariando o esta visão, aquele relata que o trauma emocional guarda relação com a perda do ente querido, ou seja, o que se invoca, na verdade é o sofrimento próprio dos familiares, e, não, com qualquer outro direito sonogado pertencente ao trabalhador falecido, isto concernente ao pleito do dano moral.

Será de grande erro se não for cogitado outro ponto que também se encontra como objeto relevante acerca dos tribunais, trata-se pois da aplicabilidade da competência da Justiça do trabalho segundo a emenda constitucional 45, ou seja, aos casos de acidente de trabalho, cujas ações foram propostas antes da referida emenda, e que continuam em tramite na vigência desta, o órgão a que terá a competência será o da Justiça Comum, para que permaneçam até o final da demanda, desde que já tenha o deslinde adentrado ao mérito da questão, ao qual permanecerá enquanto não tenha ocorrido o deslinde da pretensão, somente sendo da Competência da Justiça do trabalho as ações que surgirem após a vigência da citada emenda, ou aos casos em que ainda não fora abordado o mérito quando desta tiverem sido proposta na Justiça Comum, verifica-se assim, o disposto na ementa:

AC 1187 MC / São Paulo – Medida Cautelar em Ação Cautelar Relator Ministro Joaquim Barbosa – Julgamento em 28/04/2006 – Publicação DJ 10/05/2006 PP-00027

DECISÃO: Trata-se de ação cautelar ajuizada por PRYSMIAN ENERGIA CABOS E SISTEMAS DO BRASIL, pleiteando atribuição de efeito suspensivo a recurso extraordinário já admitido na origem (fl. 180-181). Informa a requerente que JOÃO OTACÍLIO DE OLIVEIRA ingressou com ação acidentária de trabalho pretendendo indenização em virtude de acidente de trabalho que teria sofrido quando era funcionário da requerente. A sentença foi julgada parcialmente procedente, tendo a requerente ajuizado apelação para o então Segundo Tribunal de Alçada Cível do Estado de São Paulo. O relator do caso, no entanto, declarou, de ofício, a incompetência do Tribunal para conhecer do recurso, determinando a remessa dos autos ao Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região, baseando-se na jurisprudência desta Corte firmada no CC 7.204. Inconformada, a requerente opôs embargos de declaração por entender que a decisão que deu pelo não conhecimento omitiu-se quanto aos efeitos temporais da decisão no CC 7.204. Todavia, os embargos de declaração foram recebidos apenas para efeito de prequestionamento. Daí adveio o recurso extraordinário a que se pretende atribuir efeito suspensivo. Alega a requerente que a decisão desta Corte no CC 7.204 é clara no sentido de que a competência da Justiça do Trabalho para julgamento das ações de indenização por danos morais e patrimoniais decorrentes de acidente de trabalho somente prevalece a partir do advento da EC 45/2004. Ações ajuizadas anteriormente à Emenda permanecem na competência da Justiça Comum. Cita vários precedentes desta Corte para corroborar sua tese. Sustenta a ocorrência de periculum in mora em virtude de a Justiça Trabalhista poder determinar uma série de medidas que dizem respeito à ação. É o relatório. Decido. Já me pronunciei sobre o tema recentemente. Por ocasião do julgamento do RE 353505, assim afirmei: "2. A questão foi decidida definitivamente por esta Corte no CC 7.204 (rel. min. Carlos Brito, DJ 09.12.2005). 3. A partir de 08.12.2004, data de vigência da Emenda Constitucional 45, a Justiça do Trabalho é competente para o julgamento das referidas ações. 4. Essa orientação alcança os processos em tramitação perante a Justiça comum estadual, desde que não tenha havido julgamento de mérito,

devendo ser perante a Justiça estadual. 5. Quanto às ações em que tenha sido proferida sentença de mérito pela Justiça comum estadual, antes da promulgação da EC 45, devem prosseguir dentro do âmbito de competência da Justiça estadual até o trânsito em julgado e correspondente execução". Nesse mesmo sentido, inúmeras decisões têm sido proferidas pela Corte. Cito, para ficar apenas em exemplos mais recentes: PET 3637-MC, rel. min. Carlos Britto; RE 474576, rel. min. Carlos Britto; RE 472748, rel. min. Cezar Peluso; RE 464114, rel. Min. Eros Grau; AI 540523-AgR, rel. min. Gilmar Mendes. No caso presente, a sentença de mérito - cuja publicação data de 22 de abril de 2004 (fl. 74) - foi anterior à EC 45. Além do *fumus boni jûris*, o *periculum in mora* é patente. Ante o exposto, presente os requisitos, concedo, nos termos da inicial, "efeito suspensivo para sustar os efeitos da decisão recorrida até o julgamento definitivo do recurso extraordinário interposto contra o venerando acórdão prolatado nos Embargos de Declaração prolatado pela Trigésima Terceira Câmara do Tribunal de Justiça de São Paulo, na Apelação com Revisão nº 878016-00/4" (fl. 17).[grifo]

4 LEGITIMIDADE DAS PARTES EM PLEITEAREM AS INDENIZAÇÕES ACIDENTÁRIAS E AS DO DIREITO COMUM EM RAZÃO DO ACIDENTE LABORAL SER FATAL

4.1 Legitimidade dos herdeiros na postulação da reparação em razão do dano.

Primeiro deve-se salientar que no momento da consumação do fato lesivo ocasionado a vítima, surge o direito de buscar junto ao causador do dano, a reparação dos prejuízos sofridos, tanto de natureza patrimonial como extrapatrimonial. Para tal pleito, o legislador pátrio exige que para o exercício do direito de ação estejam presentes às condições, quais sejam: possibilidade jurídica do pedido, interesse de agir e a legitimidade *ad causam*. A presente pesquisa visa elucidar a legitimidade dos herdeiros em pleitear a indenização acidentária, bem como a do direito comum, em decorrência de acidente do trabalho com resultado morte do empregado.

Em princípio, a legitimidade *ad causam* reporta-se para aquele que é o titular para buscar sua pretensão, a regra geral, é que o direito de ação compete a quem tem o interesse legítimo na pretensão, isto é, àquele que sofreu a lesão. Entretanto, há determinadas lesões que devido à fatalidade, não será pleiteada pela vítima, mas pelos herdeiros, esta previsão encontra-se respaldo no Código Civil, o qual dispõe que o direito de exigir reparação e a obrigação de prestá-la transmitem-se com a herança. Verifica-se que não há no ordenamento jurídico pátrio qualquer vedação legal, ou mesmo, princípio no sentido de vedar a transmissibilidade do direito da reparação por dano moral aos sucessores do ofendido; vez que o dano sofrido está relacionado com a situação jurídica objetiva dos próprios autores, isto se o dano moral causado atingir somente a esfera jurídica da vítima, não terá legitimidade os herdeiros em buscar a reparação, mas, ainda que de forma indireta, o dano atinja a esfera jurídica dos familiares haverá por eles a legitimação.

Neste sentido, observa-se como condição da ação a legitimidade (legitimidade *ad causam*) que para alguns autores é denominada como a titularidade ativa e passiva da ação, isto é, a pertinência subjetiva da ação, em que pese ensina o professor Humberto Theodoro Júnior, veja:

Parte, em sentido processual, é um dos sujeitos da relação processual contrapostos diante do órgão judicial, isto é, aquele que pede a tutela jurisdicional (autor) e aquele em face de quem se pretende fazer atuar dita tutela (réu). Mas, para que o provimento de mérito seja alcançado, para que a lide seja efetivamente solucionada, não basta existir um sujeito ativo e um sujeito passivo. É preciso que os sujeitos sejam, de acordo com a lei, *partes legítimas*, pois se tal não ocorrer o processo se extinguirá sem julgamento do mérito (art. 267, VI). (THEODORO JUNIOR, 2004, p.57).

Complementa, ainda o mestre acima citado que “legitimados ao processo são os sujeitos da lide, isto é, os titulares dos interesses em conflito. A legitimação ativa caberá ao titular do interesse afirmado na pretensão, e a passiva ao titular do interesse que se opõe ou resiste à pretensão.” (THEODORO JUNIOR, 2004, p.146).

Nesta dimensão, a legitimação reporta-se em: originária e extraordinária, no que pertine àquela é decorrente da posição ocupada pela parte como sujeito da lide, em contrapartida, esta só ocorrerá em casos excepcionais, significa dizer que somente em determinadas circunstâncias irá permitir que a parte demande em nome próprio, mas pleiteando interesse alheio.

Ressalta-se, por oportuno, que tal excepcionalidade, segundo a doutrina, é nomenclaturada por substituição processual, e que pode ocorrer, por exemplo, como marido na defesa dos bens dotais da mulher, com Ministério Público na ação de acidente do trabalho, ou na ação civil de indenização do dano ex delicto quando a vítima é pobre e etc, em que pese tal legitimidade somente poderá ocorrer nas ações expressamente autorizadas em lei, isto porque a ninguém é dado pleitear em nome próprio, direito alheio, de acordo com ordem exposta no artigo 6º do Código Processo Civil.

Pôde-se perceber, que para buscar qualquer pretensão, uma de várias exigências é que estejam presentes às condições que permitam o efetivo direito de ação, quais sejam, possibilidade jurídica do pedido, interesse de agir, e o tema da referida pesquisa, a legitimidade das partes.

Assim, no que concerne a presente pesquisa é observar a responsabilidade civil do empregador em decorrência de acidente do trabalho fatal, em que pese nos capítulos anteriores fora abordado detalhadamente, a responsabilidade deste pelo dano causado à vítima (empregado),

oportunamente fora também levantado às discussões quanto à demonstração de relação de emprego ou relação de trabalho para o pleito da respectiva responsabilização.

Entretanto, chega-se a ponto de que na ocorrência de acidente de trabalho fatal, em que a morte tenha ocorrido com o provedor da família, e este, por exemplo seja o cônjuge varão, não há qualquer discussão quanto à legitimidade em buscar a reparação do dano causado, no entanto, levantam-se diversos conflitos, quando a morte do provedor é um descendente, em que a demanda, esta se torna “quase” que infinita em razão da “obrigação” de comprovar a dependência econômica, mas, para ambas as hipóteses discute-se quais os tipos de indenizações estariam amparadas pela legitimidade dos herdeiros.

Em que, pese tal discussão reporta-se que podem os herdeiros buscar tanto as indenizações concernentes ao direito comum, bem como as indenizações acidentárias, em contrapartida somente abrangeriam o direito em face às indenizações do direito comum, em razão do fato extremamente danoso; e há ainda os que somente concedem aos herdeiros a pensão em decorrência da morte do empregado.

Convém elucidar que com a morte de alguém ocorre o fenômeno da abertura da sucessão, que segundo o princípio da Saisine transfere-se imediatamente aos herdeiros o patrimônio do *de cuius*, tal transferência se dá independentemente da manifestação de vontade, e a aceitação ou renúncia ocorre no inventário. Neste sentido, independente de se ter à abertura do inventário, os herdeiros são proprietários e possuidores em condomínio, do patrimônio deixado pelo *de cuius*.

Conclui-se que a transmissão da herança ocorre com a morte em virtude do Princípio da Saisine, previsto assim, no artigo 1.784 do Código Civil, “*Aberta à sucessão, a herança transmite-se, desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários*”.

Conforme os ensinamentos do ilustríssimo Sílvio Venosa, em sua obra ele explicita que “suceder é substituir, tomar o lugar de outrem no campo dos fenômenos jurídicos. Na sucessão, existe uma substituição do titular de um direito. Esse é o conceito amplo de sucessão no direito”.

Mas, quando se aborda direito das sucessões, adentra-se em um campo específico do direito civil, qual seja: a transmissão de bens, direitos e obrigações (patrimônio) em razão da morte. Observa-se que o direito hereditário distingue-se do sentido amplo da palavra sucessão, que se aplica também à sucessão entre vivos, entretanto, a terminologia “Direito das Sucessões”, tem alcance certo e não se confunde com esta sucessão. Neste sentido, a idéia de sucessão por causa da morte não atinge unicamente o interesse privado, mas também o Estado, eis que ao

embutir o direito à sucessão como princípio constitucional, no artigo 5º, XXX, na Carta Magna de 1988, visando assim à proteção a família, bem como ordenando a sua própria economia, eis que se não houvesse a herança, a economia do país estaria assim, prejudicada.

Enfim, na visão de Silvio Venosa, o “direito das sucessões disciplina, portanto, a projeção das situações judiciais existentes, no momento da morte, da desapareção física da pessoa, as seus sucessores, a qual tem por idéia central a conceituação da propriedade e, como tal, sendo dela um reflexo, depende do tratamento legislativo da propriedade.” (VENOSA, 2005, p.17).

No entanto, quando se fala em sucessão não se deve confundir com a expressão herança, tendo em vista, que a primeira é a transmissão do patrimônio deixado pelo *de cujus*, e a segunda trata-se por ser o conjunto de direitos e obrigações que se transmitem, em razão da morte, a uma pessoa, ou a um conjunto de pessoas.

Urge também destacar, que tópico importante referente à cadeia da sucessão é a obediência na ordem para que seja transmitido o patrimônio que pertencia ao *de cujus*, significa dizer que a lei determinará a ordem pela qual serão chamados os herdeiros. Tal ordem, vem tipificada no artigo 1.829 do Código Civil:

Art. 1.829 – A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte:

I – aos descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente, salvo se casado este com o falecido no regime da comunhão universal, ou no da separação obrigatória de bens (art. 1.640, parágrafo único); ou se, no regime de comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares;

II – aos ascendentes, em concorrência com o cônjuge;

III – ao cônjuge sobrevivente;

IV – aos colaterais.

Observa-se que a regra geral esculpida no ordenamento é que os mais próximos excluem os mais remotos, significa dizer que em havendo descendentes do falecido, não serão chamados os ascendentes, e assim por diante, verificando que concorrerá tanto com os descendentes bem como com os ascendentes o cônjuge sobrevivente.

Destarte, como fora ligeiramente abordado acima, há vasta discussão quanto à legitimidade dos herdeiros em pleitear as indenizações decorrentes de acidente do trabalho fatal, principalmente no que pertine quando o acidente ocorre com o descendente, forçando ao ascendente minuciosamente ter que demonstrar a dependência econômica, o que, pode ser puramente levantado, que no Código Civil no artigo 1.836 está protegida a vocação hereditária ao ascendente, quando não houver descendente, fazendo-se alusão, apenas, à concorrência com o cônjuge, se houver.

Não prevendo, nenhuma ressalva de que para o recebimento de indenizações acidentárias e de direito comum, o qual faz parte do patrimônio pertencente ao *de cujus*, a demonstração de dependência econômica.

Quanto à legitimidade dos descendentes e do cônjuge, para pleitearem tais indenizações, para demonstrar o entendimento firmado nos Tribunais, convém citar a seguinte jurisprudência:

RESPONSABILIDADE CIVIL – RELAÇÃO DE TRABALHO – ACIDENTE IN ITINERE – NEXO CAUSAL DEMONSTRADO – INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL DEVIDA – PENSÃO MENSAL – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO IMPROVIDO – TERMO FINAL DA OBRIGAÇÃO DA PENSÃO MENSAL COM RELAÇÃO AO FILHO MENOR E PARA A VIÚVA – Os alimentos em razão da morte do pai são devidos ao filho menor até a data em que este complete 25 (vinte e cinco) anos, momento a partir do qual supõe-se o exercício de atividade laborativa. Já com relação a viúva até a data em que o falecido atingisse 65 (sessenta e cinco) anos. DANO MORAL – **MORTE DE PESSOA DA FAMÍLIA – PERDA IRREPARÁVEL – INDENIZAÇÃO DEVIDA – Configura perda irremediável a morte de pessoa da família. Por isso, apesar de não haver equivalente pecuniário, deve ser compensada a título de indenização por dano moral, conforme preceitua a Constituição Federal em seu art. 5º, X.** BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO COMPUTADO NO QUANTUM INDENIZATÓRIO – COMPENSAÇÃO INDEVIDA – Há perfeita possibilidade na cumulação dos benefícios regulados pelo direito comum e previdenciário, pois que possuem natureza diversa. Não há enriquecimento ilícito da vítima, quando exsurge clara a culpa do empregador no ato ilícito, sendo vedada, portanto, a dedução do benefício previdenciário do total do quantum indenizatório. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS – CUMULAÇÃO DANO MORAL E PENSÃO MENSAL – Havendo condenação em dano moral, juntamente com pensão mensal, deverá ser arbitrado os honorários advocatícios sobre a condenação, acrescidas das prestações da pensão vencidas e doze das vincendas. (TJSC – AC 00.011590-8 – 2ª C.Cív. – Rel. Des. Sérgio Roberto Baasch Luz – J. 17.05.2001) JCF.5 JCF.5.X (o grifo é nosso)

PROCESSUAL CIVIL – AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO – LEI FEDERAL – OFENSA NÃO CONFIGURADA – CONDIÇÕES DA AÇÃO –

ANÁLISE DE OFÍCIO – POSSIBILIDADE – HERDEIRO ÚNICO – INDENIZAÇÃO – DANOS MATERIAIS – LEGITIMIDADE ATIVA – DIVERGÊNCIA NÃO CONFIGURADA – Impossível o acesso ao recurso especial se o tema nele inserto não foi objeto de debate na Corte de origem. Violação aos artigos 512 e 515 do Código de Processo Civil não configurada, pois o art. 267, § 3º do mesmo diploma autoriza o magistrado, enquanto não esgotado seu mister jurisdicional, conhecer de ofício as questões referentes às condições da ação, entre as quais se encontra a legitimidade das partes para a causa. **Tem o herdeiro único, pelas peculiaridades da espécie, legitimidade ativa para requerer a indenização por danos materiais decorrentes do acidente que originou a morte de seu genitor, pois sua figura se confunde com a do espólio, sendo os direitos e deveres deste último de exclusivo interesse do primeiro.** Divergência jurisprudencial não caracterizada, pois carente de demonstração analítica, com a transcrição dos trechos que identifiquem ou assemelhem as hipóteses confrontadas. Recurso especial não conhecido. (STJ – RESP 155895 – RO – 4ª T. – Rel. Min. César Asfor Rocha – DJU 20.11.2000 – p. 297) JCPC.512 JCPC.515 (grifo)

4.2 Das indenizações acidentárias e do direito comum

Ao ler o dispositivo do artigo 7º, XXVIII da Constituição, conclui-se que o seguro acidente ficará a cargo do empregador, bem como a indenização do direito comum.

Assim, verifica-se que na ocorrência do acidente do trabalho, nos primeiros 15 dias após o evento danoso, o pagamento concernente ao seguro é de incumbência do empregador, ultrapassado o décimo quinto dia, inicia-se o recebimento via previdência social, a cargo do INSS.

No entanto, quando tal acidente for fatal, ou seja, em decorrência do evento danoso o provedor de uma determinada família venha a falecer, inicia-se tão-logo o recebimento de pensão por morte aos herdeiros? Não seria, esta simples verba proveniente da previdência social irrisória, principalmente pela irreparável perda de um ente que além de infinitamente querido, era o que trazia sustento, comodidade, paz, enfim para a família.?

Eis o dilema, de inúmeros casos que ficaram simplesmente soltos por não saberem que tipo de indenização trata-se por ser acidentária e do direito comum, ou seja, pecuniariamente falando, o que abrangeriam tais indenizações, decorrente do acidente do trabalho fatal?

Assim, vários operadores do direito já vislumbraram que está envolvida a indenização acidentária, a rescisão do contrato de trabalho, ou melhor, com o evento danoso, que ocorreu a morte do empregado, estaria assim rescindido o contrato de trabalho, o qual fazem jus os herdeiros de receberem todas as verbas rescisórias, das quais teria o empregado, se vivo estivesse, incluindo, inclusive os 15 primeiros dias após a morte do mesmo, concernente às verbas rescisórias estariam presentes, décimo terceiro salário, férias proporcionais ou integrais vencidas, horas extras trabalhadas, saldo de salário, enfim, as verbas existentes em consonância com o fim do contrato de trabalho.

Há ainda aqueles que têm o entendimento mitigado que definem como possíveis indenizações ao empregado acidentado as seguintes indenizações: concernente a acidentária, para recebimento de prestações previdenciárias, em razão do seguro contra acidente de trabalho previsto no artigo 7º, XXVIII, primeira parte, da Constituição Federal. Em que pese, tal ação é dirigida contra o INSS, fulcrada na responsabilidade objetiva. Ao acidentado são previstas em lei as seguintes prestações: auxílio-doença, aposentadoria por invalidez e auxílio-acidente, e, em havendo morte do empregado, terá direito à pensão por morte aos herdeiros. Outra indenização seria a do direito civil, esta em face do empregador, objetivando reparação civil dos danos sofridos (materiais e / ou morais). A responsabilidade do empregador é subjetiva e depende da comprovação de culpa ou dolo, nos termos previstos no artigo. 7º, XXVII segunda parte, da Constituição Federal. (LORA, 2004, p.697)

Quanto à indenização do direito comum, esta se refere como acima dito, a buscar a reparação civil pelos danos sofridos tanto na órbita material, bem como, e, principalmente na órbita moral, eis que, a perda de um ente querido, não há como sequer ser valorizado, em razão da importância da pessoa no seio da família.

No entanto, há quem sustenta que pertinente ao dano material estaria obrigado o empregador a arcar com as despesas realizadas com funeral, e que na ocorrência de acidente fora da residência do empregado, também estaria embutido aqui, as despesas com a remoção do corpo, para a cidade de origem deste, representando dano material.

Mas, além da indenização fulcrada no dano moral, esta, amparada constitucionalmente pelo artigo 5º, V e X da Carta Máxima Federal, há uma imensa discussão no campo jurídico quanto ao pleito de pensão vitalícia, embutida, ainda na órbita da indenização por dano material, pensão esta proporcional ao período de vida que o empregado teria na ausência do evento danoso,

ou até mesmo, voltado para a hipótese de o empregado falecido ser o cônjuge varão ter deixado filhos menores, a pensão acima referida teria validade até a completude de 25 anos destes herdeiros, em ambas as hipóteses, faz-se necessário, assim demonstrar, algumas jurisprudências, veja:

RESPONSABILIDADE CIVIL – RELAÇÃO DE TRABALHO – ACIDENTE IN ITINERE – NEXO CAUSAL DEMONSTRADO – INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL DEVIDA – PENSÃO MENSAL – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO IMPROVIDO – TERMO FINAL DA OBRIGAÇÃO DA PENSÃO MENSAL COM RELAÇÃO AO FILHO MENOR E PARA A VIÚVA – **Os alimentos em razão da morte do pai são devidos ao filho menor até a data em que este complete 25 (vinte e cinco) anos, momento a partir do qual supõe-se o exercício de atividade laborativa.** Já com relação a viúva até a data em que o falecido atingisse 65 (sessenta e cinco) anos. DANO MORAL – MORTE DE PESSOA DA FAMÍLIA – PERDA IRREPARÁVEL – INDENIZAÇÃO DEVIDA – Configura perda irremediável a morte de pessoa da família. Por isso, apesar de não haver equivalente pecuniário, deve ser compensada a título de indenização por dano moral, conforme preceitua a Constituição Federal em seu art. 5º, X. BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO COMPUTADO NO QUANTUM INDENIZATÓRIO – COMPENSAÇÃO INDEVIDA – Há perfeita possibilidade na cumulação dos benefícios regulados pelo direito comum e previdenciário, pois que possuem natureza diversa. Não há enriquecimento ilícito da vítima, quando exsurge clara a culpa do empregador no ato ilícito, sendo vedada, portanto, a dedução do benefício previdenciário do total do quantum indenizatório. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS – CUMULAÇÃO DANO MORAL E PENSÃO MENSAL – Havendo condenação em dano moral, juntamente com pensão mensal, deverá ser arbitrado os honorários advocatícios sobre a condenação, acrescidas das prestações da pensão vencidas e doze das vincendas. (TJSC – AC 00.011590-8 – 2ª C.Cív. – Rel. Des. Sérgio Roberto Baasch Luz – J. 17.05.2001) JCF.5 JCF.5.X (grifo)

CIVIL – RESPONSABILIDADE CIVIL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO – ACIDENTE DE TRÂNSITO – MORTE DE MENOR DE TENRA IDADE – PENSÃO – TERMO FINAL – I – **Quanto ao limite temporal da indenização de dano material, em forma de pensão e em virtude de falecimento de filho de tenra idade, a jurisprudência do STJ assentou entendimento no sentido de limitar esse pensionamento ao pai até a idade em que a vítima atingiria sessenta e cinco anos ou o falecimento deste.** II – Atendendo a competência constitucional que defere ao Superior Tribunal de Justiça a uniformização do Direito Federal; ressalva o relator ponto de vista contrário para somar-se à maioria. III – Recurso conhecido mas ao qual nega-se provimento." (STJ – RESP 154623 – SP – 3ª T. – Rel. Min. Waldemar Zveiter – DJU 02.04.2001 – p. 00285) (grifo).

4.3 Dano moral: prazo prescricional trabalhista ou civil – mudança ou permanência diante do surgimento da emenda constitucional 45

Assunto também que envolve tenras discussões, reporta-se ao prazo prescricional para pleitear dano moral decorrentes da relação de trabalho.

Por se tratar de inovação trazida para a competência da Justiça do Trabalho, não há nenhuma pacificação quanto ao entendimento se o prazo aplicado nestes casos será o previsto no artigo 7º, XXIX da Constituição, o qual estabelece quanto os direitos dos trabalhadores urbanos ou rurais, ou se aplicar-se-á o prazo contido no Código Civil.

No entanto, primeiramente entenda-se por dano moral, uma lesão que viole o patrimônio moral da pessoa, maculando-lhe a honra ou a boa fama. O dano moral trabalhista é o que decorre de relação de trabalho, no geral as oriundas das previsões dos arts. 482 e 483 da CLT. Segundo, a prescrição é a perda do direito de ação pela inércia do titular por um determinado período.

Convém fazer a ressalva que quanto a Competência da Justiça do Trabalho para julgar dano moral advindos de relação de trabalho não há discussão quanto o assunto, mesmo porque expressamente consolidado na Carta Constitucional de 1988, no artigo 114, inciso VI.

Assim, a jurisprudência de nossos Tribunais, inclusive do Tribunal Superior do Trabalho, quanto à competência da Justiça do Trabalho para apreciar e julgar questões relativas a danos morais e materiais oriundos da relação de emprego é pacífica e copiosos julgados apontam nesse caminho, veja:

Danos moral – competência da Justiça do Trabalho. É possível que o dano moral decorra da relação de trabalho, quando o empregador lesar o empregado em sua intimidade, honra e imagem (CF, art. 5º, V e X; CLT, art. 483, “a”, “b” e “e”), de forma que se encontra inserida na regra de competência preconizada pelo art. 114 da Carta da República, a sua apreciação, conforme jurisprudência já pacificada desta Corte e do STF. Ressalte-se que a hipótese dos autos não está ligada à descaracterização da falta grave referente à propalada emissão de cheques sem fundo, mas na atribuição denegatória de envolvimento do Reclamante no assalto ao Banco, inserida em “comunicado de ocorrência” policial e divulgado em rádio como suspeito. Por outro lado, a discussão quanto à ocorrência do dano e sua valoração implica reexame de prova, esbarrando no óbice da Súmula n. 126 do TST. Recurso de Revista conhecido e não provido. (TST, 4ª T., RRnº 791354/2001, Relator: Ministro Ives Gandra Martins Filho, DK 12.12.2003).

Entretanto, tema que traz controvérsia é a prescrição, em que pese para o ajuizamento de ação visando à indenização de dano moral trabalhista, como já foi dito acima, “qual o prazo que deverá ser aplicado, vinte anos, do art. 177 do Código Civil de 1916, ou três anos, do art. 206, §3º do Código Civil de 2002, ou a bienal, do art. 7º, XXIX da Constituição? Em a partir de quando começou fluir o prazo prescricional?” (FRANCO FILHO, 2005, p.403).

Com a modificação dada ao artigo 114 da Constituição Federal, fica demonstrado que o dano moral será objeto de discussão perante a Justiça do Trabalho desde que tal pleito se perfaça em decorrência da relação de trabalho. E, a partir do momento em que há esta postura assumida passando a admitir-se o dano moral trabalhista, diga-se deste modo, ocorreu uma profunda alteração concernente à aplicação da prescrição, eis que nem toda indenização por perdas e danos é nítida, exclusiva ou eminentemente de natureza civil.

O dano moral decorrente de relação de trabalho, isto é, causado durante a vigência de um contrato de emprego ou de uma prestação de trabalho de qualquer natureza, é de natureza trabalhista e não civil, não se confundindo o especial com o geral.

Caso seja a pretensão relativa ao dano moral, esta por sua vez reportando-se a relação de trabalho, eminentemente que o dano moral, ora pleiteado será trabalhista, portanto competência da Justiça do Trabalho para dirimir tal conflito. E, conferindo-se a prescrição ser-lhe-á aplicada a bienal, prevista no artigo 7º, XXIX, da Constituição Federal de 1988, cite-se, assim, jurisprudência recente levantada ao redor dos tribunais:

PRESCRIÇÃO - INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS - A prescrição para a ação de dano moral decorrente da relação de emprego segue a regra estabelecida no art. 7º, inciso XXIX, da Constituição Federal, ou seja, o prazo para a reclamação dos créditos resultantes da relação de trabalho é de cinco anos durante o curso do contrato, até o limite de dois anos após o término da relação de emprego, não sendo aplicável, na hipótese, o prazo prescricional de 20 anos previsto no artigo 177 do Código Civil de 1916, em observância ao art. 2.028 do novo Código Civil Brasileiro. (TRT 8ª R. - RO 00166-2005-008-08-00-6 - 4ª T. - Relª Juíza Ida Selene Duarte SIrotheau Corrêa Braga - J. 05.07.2005) JCF.7 JCF.7.XXIX JCCB.177 JNCCB.2028

PRAZO PRESCRICIONAL - ART. 7º, INCISO XXIX, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL - APLICÁVEL - Considerando-se que o pedido de indenização por dano moral, passível de julgamento nesta Justiça Especializada, é aquele decorrente da relação de emprego, eventuais créditos de natureza indenizatória

sujeitam-se aos princípios e normas próprias ao Direito do Trabalho. E o prazo prescricional do direito de ação não foge a essa regra, aplicando-se à hipótese o disposto no art. 7º, inciso XXIX, da CF-88. (TRT 9ª R. - Proc. 00504-2004-091-09-00-4 - (17458-2005) - Relª Juíza Sueli Gil El-rafihi - DJPR 12.07.2005) JCF.7 JCF.7.XXIX

Perfunctória análise ao redor do acidente de trabalho que resulte a morte do empregado, referindo-se ao pleito da indenização de dano moral pelos herdeiros, verifica-se que o respectivo pleito não decorre de nenhuma relação de trabalho, ou mesmo de emprego, especificamente, mas sim, da dor em perder o ente da família, pode-se concluir, que a pretensão perquirida resulta-se da morte do empregado e não da relação de emprego em que este tinha com o empregador.

Neste âmbito, a discussão reputa-se se a competência para o pleito da indenização firmar-se-ia na Justiça do Trabalho, ou na Justiça comum, eis que o nexo causal em busca da indenização por dano moral decorre do evento morte, e não do contrato de trabalho que existia entre o empregado e empregador, diferente se fosse o próprio empregado que estivesse pleiteando a indenização por dano moral, claramente estaria delineada a relação de trabalho, o que se trata da competência da Justiça do trabalho para resolver o conflito existente.

Sendo assim, se a questão em juízo reporta-se a indenização em razão do evento morte do empregado, não havendo co-relação com trabalho ou emprego, a competência é da Justiça Comum, chega-se a análise de que se aplicará a prescrição prevista no Código Civil, ou seja, para a pretensão de dano moral o prazo prescricional será o previsto no diploma acima referendado.

Entretanto, segundo o Georgenor de Sousa Franco em seu artigo publicado através da Revista LTr de abril de 2005 diz que se trata “por indubitado que a prescrição para ajuizamento de ação por dano moral, decorrente de relação de trabalho, e mesmo a trabalhista, por dois motivos: o primeiro, em razão da natureza da parcela ser trabalhista, decorrente de contrato de trabalho, e em segundo a competência é da justiça do trabalho, não havendo nenhuma razoabilidade em aplicar norma civil.”(FRANCO FILHO, 2005, p.405).

Mas, contrariando tal argumento Ricardo Gehling também através de artigo publicado na revista supra mencionada transmite que “a simples redefinição da competência material para julgamento de determinado litígio, como os de acidente do trabalho, não deveria motivar questionamento sobre alteração de prazo prescricional, pois segundo o autor há um raciocínio que vincula competência com prazo prescricional”.(GEHLING, 2005, p.1454).

Neste sentido, não restaria quaisquer dúvidas de que a prescrição amolda-se ao instituto de direito material e “o ramo do direito em que nasce a pretensão é o que lhe marca a prescrição, ou estabelece o prazo preclusivo ao direito.”(MIRANDA, 2005, p.1454).

Continuando o mesmo autor direciona que o efeito atrativo da competência do trabalho sobre todas as ações advindas de relação de trabalho não transforma a natureza do direito material pertinente a cada espécie de litígio, isto porque o que for do âmbito comum, por ele será dirimido, e o que do âmbito trabalhista também far-se-á nesta órbita.

Urge dizer que conforme fora levantado acima, os que sustentam que o prazo prescrição quanto a demanda pela indenização por acidente de trabalho, enfim por dano moral, argumentam por constituir-se de crédito resultante da relação de trabalho, sendo portanto da direito de natureza trabalhista, aplicando assim, o prazo prescrição trabalhista previsto no artigo 7º, XXIX da Carta Constitucional.

Para os que contrariam este argumento sustentam que o direito a indenização reparadora de dano decorrente de acidente do trabalho, ou até mesmo o dano moral em qualquer sentido, não obstante a elasticidade à competência da Justiça do Trabalho, não pode ser confundida com “crédito decorrente de relação de trabalho”, eis que o crédito indenizatório pressupõe um dano.

“Ninguém melhor que Pontes de Miranda estabeleceu a diferença entre a responsabilidade civil negocial e extranegocial na hipótese: há, sem dúvida, no suporte fático de qualquer das regras jurídicas sobre a responsabilidade pelos danos causados no trabalho (acidentes do trabalho) o elemento necessário da relação jurídica entre o empregado e empregador. Daí ter-se considerado indubitável a negociabilidade da regra jurídica, com isso, classificou-se o acidente do trabalho como dano por fato ilícito relativo e pôs-se de lado a relação jurídica mais relevante, que é entre os empregadores e quaisquer empregados, que resulta de infração de dever perante ele, e não perante cada um de per si. A infração seria de inadimplemento do contrato de trabalho, e não de dever perante qualquer empregado, pelo fato ilícito absoluto. A solução nunca nos pareceu acertada. O que as leis têm por fito, com as regras jurídicas sobre acidentes do trabalho, é a reparação, haja ou não culpa do empregado. a infração ao é atinente à relação jurídica entre o empregador e o empregado. Essa relação jurídica apenas se acha no suporte fático das regras jurídicas sobre reparação por acidentes do trabalho, com a vizinhança está no suporte fático do dano de que resulta relação jurídica de indenização pela queda ou lançamento de coisas, ou no suporte fático das regras jurídicas sobre responsabilidade extranegocial dos profissionais (e.g., médicos, cirurgiões, farmacêuticos, advogados). Há danos com responsabilidade extranegocial.”(MIRANDA, 2005, p.1455).

Destaca-se assim, que se a prescrição é instituto de direito material e se a responsabilidade civil do empregador, no caso de acidente do trabalho, não decorre propriamente de descumprimento de obrigação contratual, mas de ato ilícito seu, verifica-se que não se deve ser afastada da órbita do direito civil que regula a respectiva matéria, qual seja, prescrição, sendo erroneamente o fundamento de que deve ser aplicado o artigo 7º inciso XXIX da Constituição.

Verifica-se assim, que o fundamento concernente a prescrição do dano moral em decorrência de acidente do trabalho coaduna-se em razão da responsabilidade civil, por isso, aplicar-se-á o prazo de três anos, e não o bienal prevista na Carta Constitucional, pois não se discute créditos trabalhistas, relação de trabalho etc..., mas sim o ato ilícito causado, em que surge a obrigação de reparar, indenizar.

Convém ainda, salientar que recentemente surgiu uma terceira teoria, quanto ao prazo prescricional concernente a propositura de ação de dano moral relativo à relação de trabalho, defendida pelo estudioso Francisco das C. Lima Filho (2006), seu fundamento é sustentado com o princípio da dignidade da pessoa humana, e que para as ações que buscam a proteção dos direitos da personalidade tratam-se por serem imprescritíveis, e que, portanto, são irrenunciáveis, em que pese seu exercício não estar sujeito a prescrição, face aos termos do disposto no artigo 11 do Código Civil e pela natureza do bem envolvido, ou seja, a personalidade, a dignidade do ser humano.

Neste sentido, o autor, transmite a idéia de que sendo o acidente do trabalho ocasionando a morte do empregado fere direito à vida do indivíduo, este por sua vez é protegido pela Carta Magna através do princípio acima referendado, em artigo publicado ele cita:

No caso do acidente de trabalho ou da doença ocupacional os danos deles decorrentes sejam materiais, morais, estéticos, etc. são pessoais, com prejuízo à vida, à saúde física e/ou psíquica, à imagem, à intimidade, à honra e muitas vezes até mesmo à vida do trabalhador enquanto pessoa humana, porquanto a Carta Maior garante como fundamentos da República a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho, o trabalho com qualidade e o respeito ao meio ambiente (artigos 1º e 170) com a redução dos riscos inerentes ao trabalho por meio de normas de proteção à saúde, higiene e à segurança do trabalhador (artigo 7º, inciso XXIII). Não se trata, pois, de direito de natureza trabalhista, nem tampouco civil, mas de direito de índole fundamental que diz respeito à dignidade humana.

Portanto, imprescritível, pois a dignidade humana sendo aquela qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste

sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos, não é subtraída da tutela constitucional apenas porque aquele que sofreu a violação não reclamou, muitas vezes por circunstâncias alheias à sua vontade, dentro de certo espaço de tempo. Não se perde a dignidade em razão do decurso do tempo, evidentemente. (LIMA FILHO, 2006).

Evidencia-se assim, que não é fundamento concreto conceder a Justiça do trabalho a competência para julgar, bem como utilizar o prazo prescricional desta ordem em razão do acidente do trabalho ter ocorrido no seio de uma relação de emprego, referenda-se que na ocorrência da morte a reparação que se busca não se tem por fundamento vislumbrar a relação que existia entre empregado e empregador, mas sim a ofensa à vida, violação, portanto do princípio fundamental protegido constitucionalmente.

Destarte, não há o que se emprestar o argumento de créditos trabalhistas, relação de emprego para a busca da reparação por danos morais em que se afigura direito da personalidade, consistindo a este a imprescritibilidade.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Após, toda demonstração no que pertine a responsabilidade civil do empregador em decorrência de acidente laboral ocorrendo a morte do empregado, concluo que reportando a que tipo de responsabilidade está sujeito o empregador, ou seja, subjetiva ou objetiva, analiso que a partir do surgimento e aplicabilidade da Teoria do Risco Profissional e do Risco Criado, trouxe um equilíbrio a isonomia material, que até então, não existia, e nunca existiu entre empregado e empregador, eis que tratando da comprovação de culpa esculpida ao empregador a cargo do empregado, sempre este estará em extrema desvantagem em razão das diferenças existentes entre ambos, em lograr êxito na referida comprovação.

Vislumbrou-se assim, que basta que o empregado demonstre o nexo causal e o resultado para alcançar do empregador a reparação pelo ato ilícito causado, não se preocupando em demonstrar a culpa por parte deste, incumbindo a este em demonstrar a culpa exclusiva do empregado em dar causa ao infortúnio. E no caso de morte do empregado, o mesmo destinar-se-á aos herdeiros.

Fora levantado na pesquisa à necessidade de se comprovar a relação de emprego para que assim pudesse fazer jus aos benefícios decorrentes de acidente no trabalho, em que pese o ponto de vista aqui explicitado, tal necessidade reporta-se ao benefício de cunho previdenciário, ou seja, a pensão por morte, a qual fará jus o dependente do segurado, mas concernente à indenização do direito comum, tal relação não deve ser tão abrandada, eis que a própria redação do artigo 114 da Constituição após a emenda constitucional 45, trouxe uma expressão ampla para direcionar as demandas as quais serão dirimidas na Justiça do Trabalho, ou seja, “relação de trabalho”, não se aplicando apenas a relação de emprego como caracterizador do trabalho subordinado. Principalmente porque, na ocorrência de morte do empregado à indenização do direito comum a qual se trata por ser objeto da ação de responsabilização do empregador em decorrência de acidente laboral, coaduna-se com a morte do empregado e não com a relação a que este mantinha com o empregador.

E de suma importância registrar que quanto à competência do órgão para solucionar os conflitos existentes tendo como objeto a reparação civil ante a ocorrência do acidente em laboro, e, após ter lido inúmeros artigos que expuseram vastas discussões criadas principalmente com

vigência da emenda constitucional 45, observou-se que no âmbito do Direito do Trabalho o qual tem como princípio fundamental que na ocorrência de dúvida a prova será analisada em favor do operário, traz à tona certo benefício ao empregado diante da busca da reparação civil, bem como a matéria em que se reporta na demonstração da relação de emprego.

Mas, referindo-se ao acidente tendo como resultado a morte do empregado, o direito material em jogo não se repercute na esfera laboral, mas tão somente, a reparação civil, observa-se que o órgão puramente competente para julgar a referida demanda trata-se por ser o da Justiça comum, a uma diante da responsabilidade propriamente dita, e a duas em razão da transferência dos direitos e obrigações pertencentes ao de *cujus* (empregado) que na ocorrência da morte foram transferidos aos herdeiros, surgindo assim o direito denominado de sucessões, o que foge da estrutura pela qual o direito do trabalho se reporta.

Pode-se concluir que acidente do trabalho será da competência da justiça do trabalho quando ocorrer lesão ao empregado, não resultando morte, pois havendo o resultado morte, tal órgão não terá competência para dirimir a demanda no que se destina a reparação da indenização nomenclatura como direito comum.

A indenização acima referida reporta-se ao dano moral ao qual farão jus os herdeiros, em razão do sofrimento causado pela perda de um ente que, tratava-se por ser o provedor da família, independente de ser ascendente ou descendente, não podendo sopesar nem calcular o sofrimento ante a ausência de um familiar querido que teve sua vida interrompida em razão do exercício laboral.

É situação, amplamente inconcebível para os familiares. Englobando-se ao dano moral, também há as indenizações de cunho material, referindo-se aos gastos que os familiares tiveram em razão da morte, como por exemplo, dos acidentes com motoristas de caminhão em que na maioria das vezes ocorrem em cidade distante da residência do empregado, havendo para os familiares às despesas com locomoção do cadáver, enfim com o funeral, sendo, portanto, da responsabilidade do empregador arcar com tais despesas.

Sendo, portanto, da responsabilidade do empregador arcar com tais despesas.

É importante esclarecer não se está crucificando o empregador, e que sua responsabilidade é objetiva pronto e acabou, se esta tão somente retirando a incumbência do empregado de demonstrar qualquer culpa por parte daquele, ficando por assim dizer a responsabilidade do empregador de comprovar a culpa exclusiva da vítima (empregado), caso fortuito, ou força maior.

Não poderia também deixar de fazer a observação que não se trata por ser *non bis in idem*, quanto ao pedido de pensão vitalícia em face do empregador, em que pese não se contradiz ao pensioamento a cargo do INSS, eis que havendo relação de emprego, o seguro contra acidente existe em fixação ao contrato de trabalho estabelecido. Concernente ao pedido de pensão vitalícia, o acidente de trabalho ocorrido e exterminando a vida do empregado, tratará para seus dependentes uma perda em todos os sentidos, sentimentais e econômicos, em razão do pensioamento advindo do ente federal ser de valor muitas vezes irrisório, o que retira a família do patamar de vida que levava antes do acidente do trabalho, tratando-se de argumento amplamente cabível para a pretensão do pensioamento a cargo do empregador, corresponde variavelmente ao período de vida a que sobrevive o homem médio.

REFERÊNCIAS

CAVALIERI FILHO, Sérgio – **Programa de Responsabilidade Civil**. 6 ed. rev. aum. Malheiros Editoras – 2005.

URBANO GONÇALES, ODONEL – **Manual de Direito Previdenciário**. 7 ed. Editora Atlas – 2000.

THEODORO JUNIOR, Humberto - **Curso de Direito Processual Civil**. 39 ed. Vol. I – Editora Forense – 2004.

GONÇALVES, Carlos Roberto – **Responsabilidade Civil**. São Paulo: Editora Saraiva – 1995.

GIORDANI, José Acir Lessa – **A responsabilidade civil objetiva genérica no Código Civil de 2002** – Rio de Janeiro, Editora Lumen Juris - 2004.

AMÉRICO FÜHRER MAXIMILANUS, Cláudio – **Resumo de Direito do Trabalho**. 14 ed. Coleção 9, Malheiros Editores – 2004.

MARTINS, Sérgio Pinto – **Direito do Trabalho** – 17 ed. atual. até dez. 2002. São Paulo, Editora Atlas S. A. – 2003.

MORAES FILHO, Evaristo de Moraes e Antônio Carlos Flores de – **Introdução ao Direito do Trabalho** – 8 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo, Editora LTr. – 2000.

CAMPOS, José Luis Dias e Adelina Bitelli Dias – **Responsabilidade Penal, Civil e Acidentária do Trabalho**. 5 ed. ampl. e atual. São Paulo, Editora LTr. – 1996.

VENOSA, Sílvio de Salvo – **Direito Civil** – Direito das Sucessões – 5 ed. atual. De acordo com o Código Civil de 2002. Estudo comparado com o Código Civil de 1916. São Paulo, Editora Atlas S. A. – 2005.

WAMBIER, Luís Rodrigues – **Curso avançado de processo civil** – Teoria Geral do Processo de conhecimento, 5 ed. rev. e atual. E ampl. Vol. 1 Editora Revista dos Tribunais 2004.

OLIVEIRA, Sebastião Geraldo – Responsabilidade civil objetiva por acidente do trabalho – teoria do risco – **Revista LTr**, São Paulo, Vol. 68, n.º 04, p. 405-416, Abr. 2004.

CHEDID JUNIOR, Antônio Carlos F. – Responsabilidade civil trabalhista – abordagem crítica no acidente laboral – **Revista LTr**, São Paulo, Vol. 68, n.º 11, p. 1.351-1.358, Nov. 2004.

LAURINO, Salvador Franco de Lima – A competência da Justiça do trabalho: o significado da expressão “relação de trabalho” no artigo 114 da Constituição e as relações de consumo – **Revista LTr**, São Paulo, Vol. 69, n.º 05, p. 549-551, Maio 2005.

FERRARI, Irany e MARTINS, Melchíades Rodrigues – Emenda Constitucional n. 45 – competência – dano moral decorrente de acidente do trabalho ou a ele equiparado – justiça comum ou do trabalho – **Revista LTr**, São Paulo, Vol. 69, n.º 05, p. 552-555, Maio 2005.

MENEZES, Cláudio Armando C. – Os novos contornos das relações de trabalho e emprego – direito do trabalho e a nova competência trabalhista estabelecida pela emenda n.º 45/04 – **Revista LTr**, São Paulo, Vol. 69, n.º 05, p. 556-564, Maio de 2005.

GEHLING, Ricardo – Ações sobre acidente do trabalho contra o empregador – competência, coisa julgada e prescrição – **Revista LTr**, São Paulo, Vol. 69, n.º 12, p. 1.451-1.457, Dez. 2005.

LORA, Ilse Marcelina Bernardi – Acidente do trabalho e a competência da justiça do trabalho – **Revista LTr**, São Paulo, Vol. 68, n.º 06, p. 695-700, Jun. 2004.

SILVA, Leda Maria Messias – Dano moral: direitos da personalidade e o poder diretivo do empregador – **Revista LTr**, São Paulo, Vol. 69, n.º 04, p. 420-423, Abr. 2005.

BARJA FILHO, Antônio – Ações decorrentes de acidente no trabalho, doença profissional, contra o INSS, ou de responsabilidade civil – competência da justiça comum – **Revista LTr**, São Paulo, Vol. 69, n.º 04, p. 441-445, Abr. 2005.

FRANCO FILHO, Georgenor de Sousa – A prescrição do dano moral trabalhista – **Revista LTr**, São Paulo, Vol. 69, n.º 04, p. 402-407, Abr. 2005.

LOJO, Mário Vitor Suarez – Relação de trabalho – interpretação conforme a Constituição em face da emenda n. 45/04 – **Revista LTr**, São Paulo, Vol. 69, n.º 04, p. 433-435, Abr. 2005.

PINTO, José Augusto Rodrigues – O desconfortável enigma da competência em acidente do trabalho – **Revista LTr**, São Paulo, Vol. 69, n.º 07, p. 779-784, Jul. 2005.

GONÇALVES, Afrânio Viana – À luz da EC/45, Não há conflito de eficácia dispositiva entre os comandos dos arts. 109, I; 114, I e VI, da Constituição Federal – **Revista LTr**, São Paulo, Vol. 69, n.º 07, p. 827-829, Jul. 2005.

MALLET, Estevão – Direitos de personalidade e direito do trabalho – **Revista LTr**, São Paulo, Vol. 68, n.º 11, p. 1.309-1.318, Nov. 2004.

CAIXETA, Sebastião Vieira – Competência para julgar ações decorrentes de acidentes do trabalho – **Revista LTr**, São Paulo, Vol. 69, n.º 07, p. 785, Jul. 2005.

PEIXOTO, Bolívar Viégas – Competência da justiça do trabalho à luz da emenda à Constituição n. 45, de 2004 – **Revista LTr**, São Paulo, Vol. 69, n.º 07, p. 792-798, Jul. 2005.

CARMO, Júlio Bernardo – Da competência da justiça do trabalho para apreciar e julgar pedidos de indenização por danos materiais e morais decorrentes de acidente de trabalho – competência absoluta ou condicionada? – **Revista LTr**, São Paulo, Vol. 69, n.º 07, p. 785-791, Jul. 2005.

SALVADOR, Luiz – Acidente de trabalho: discussão sobre competência é apenas disputa de poder – **Revista Consultor Jurídico** – 2003 – Disponível em: <www.consultorjuridico.com.br>, Acesso em: 08 de setembro de 2005.

CAIXETA, Sebastião – Acidente de trabalho: competência da Justiça do Trabalho – **Revista Consultor Jurídico** – 2005 – Disponível em: <www.consultorjuridico.com.br>, Acesso em: 06 de outubro de 2005.

TEIXEIRA, Wendel de Brito Lemos – Responsabilidade Civil do empregador – **Revista Consultor Jurídico** – 2005 – Disponível em: <www.consultorjuridico.com.br>, Acesso em: 20 de outubro de 2005.

NICOLI, Maria – Legitimidade *ad causam* – **Revista Consultor Jurídico** – 2004 – Disponível em: <www.consultorjuridico.com.br>, Acesso em: 10 de novembro de 2005.

MENDONÇA, Rita de Cássia Tenório – **Elementos** diferenciadores de relação de trabalho e relação de emprego – **Revista Consultor Jurídico** – Disponível em: <www.consultorjuridico.com.br>, Acesso em : 23 de abril de 2006.

LIMA FILHO, Francisco das C. Dignidade humana. Prescrição da ação de danos morais em acidente e trabalho. **Revista Consultor Jurídico** – Disponível em <www.conjur.estadao.com.br/statc/text44733,I-46k> Acesso em: 02 de jun. de 2006.