

PROCESSO N° TST-E-ED-RR-9953600-29.2006.5.09.0013

A C Ó R D Ã O
(SDI-1)
GMACC/lam/mda/m

RECURSO DE EMBARGOS EM EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM RECURSO DE REVISTA REGIDO PELA LEI 11.496/2007. DOMA DE ANIMAL POR JÓQUEI. ACIDENTE DE TRABALHO OCORRIDO EM 1998, NA VIGÊNCIA DO CÓDIGO CIVIL DE 1916. RESPONSABILIDADE OBJETIVA PREVISTA NO ARTIGO 927, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CÓDIGO CIVIL DE 2002. APLICAÇÃO RETROATIVA DA NORMA NÃO CONFIGURADA. A responsabilidade objetiva prevista no artigo 927, parágrafo único, do Código Civil de 2002, apenas confirmou o entendimento jurisprudencial baseado na teoria do risco já aplicada antes mesmo do advento do Código Civil de 2002. Portanto, a aplicação de responsabilidade objetiva a caso anterior ao novo Código Civil não revela aplicação retroativa de norma. Precedentes. Recurso de Embargos conhecido e não provido.

JULGAMENTO EXTRA PETITA. INDENIZAÇÃO POR LUCROS CESSANTES. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL NÃO CONFIGURADA. SÚMULA 296, I, DO TST. O presente recurso de embargos encontra-se sujeito à sistemática da Lei 11.496/2007, devendo o recorrente demonstrar divergência jurisprudencial específica, sob pena de não conhecimento do apelo. Caso em que a Turma, após análise do acórdão regional, concluiu ter o reclamante formulado pedido de indenização decorrente de danos materiais por lucros cessantes, com fundamento no artigo 1.059 do Código Civil de 1916 e nos moldes do artigo 293 do CPC, não se confundindo com caso retratado no

PROCESSO N° TST-E-ED-RR-9953600-29.2006.5.09.0013

aresto paradigma, em que foi reconhecida pelo Tribunal Regional a ausência de pedido do reclamante quanto ao pagamento do adicional convencional de horas extras e, mesmo assim, o Regional o defere, incorrendo em julgamento *extra petita*. Portanto, não configurada a divergência jurisprudencial, uma vez que o aresto se mostrou inespecífico por não abordar, com fidelidade, a situação aventada no acórdão embargado. Incidência da Súmula 296, I, do TST. Recurso de embargos não conhecido.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos em Embargos de Declaração em Recurso de Revista nº **TST-E-ED-RR-9953600-29.2006.5.09.0013**, em que é Embargante _____ e Embargados _____ e _____.

A 7^a Turma desta Corte, mediante acórdão de fls. 466-476v, na fração de interesse, não conheceu do recurso de revista do reclamado _____ quanto aos temas "aplicação do artigo 927 do novo código civil - acidente ocorrido em 1998" e "acidente de trabalho - dano moral e patrimonial - indenização". Quanto ao recurso de revista do _____, a 7^a Turma também dele não conheceu no que tange à responsabilidade pelo acidente.

Embargos de declaração foram opostos por ambos os reclamados, que foram acolhidos parcialmente, para sanar omissão, com efeito modificativo, no sentido de não conhecer do recurso quanto aos temas "julgamento extra petita" e "responsabilidade pelo acidente - teoria do risco criado", conforme acórdão de fls. 495-501.

Inconformado, o reclamado _____ interpõe recurso de embargos de fls. 503-542, sustentando, em síntese, a impossibilidade de aplicação da teoria da responsabilidade objetiva do empregador nos casos ocorridos sob a égide do Código Civil de 1916, na medida em que este diploma contemplava tão somente a aplicação da teoria

PROCESSO N° TST-E-ED-RR-9953600-29.2006.5.09.0013

da responsabilidade civil subjetiva. Ademais, insiste na alegação de julgamento extra petita por parte do Tribunal Regional quanto à fixação de pensão vitalícia ao espólio do reclamante e, por fim, a não ocorrência da vedação imposta pela Súmula 126 do Tribunal Superior do Trabalho. Argumenta ser inaplicável o artigo 927 do Código Civil de 2002 e sustenta ter havido violação dos artigos 159 do Código Civil de 1916, 2.035 e 2.044 do Código Civil de 2002, 7º, inciso XXVIII, da Constituição da República e 293 do Código de Processo Civil, trazendo, ainda, arestos para cotejo de teses e demonstração de divergência jurisprudencial.

Juízo de admissibilidade do recurso de embargos efetivado na forma disposta na Instrução Normativa nº 35/2012, conforme fls. 577-578.

Intimados regularmente os embargados (fl. 579), apenas o reclamante se manifestou, mas não ofereceu impugnação ao recurso de embargos e, sim, impugnação aos embargos declaratórios, como se observa às fls. 580-582.

Desnecessária a remessa dos autos à Procuradoria Geral do Trabalho, de acordo com o artigo 83, § 2º, II, do Regimento Interno do Tribunal Superior do Trabalho.

É o relatório.

V O T O**1 - PRESSUPOSTOS EXTRÍNSECOS**

Atendidos os pressupostos extrínsecos de admissibilidade, relativos à tempestividade (fls. 502 e 575), representação processual (fl. 447) e preparo (fls. 330, 373, 374 e 543).

Em atenção ao Ato TST nº 713/SEGJUD.GP, de 26 de outubro de 2012, que revogou o Ato TST 440/SEGJUD.GP, de 28 de junho de 2012, registre-se que os números de inscrição das partes no cadastro de pessoas físicas e jurídicas da Receita Federal do Brasil já constam dos autos, na fl. 503 do processo físico, passo ao exame dos pressupostos intrínsecos do recurso de embargos.

PROCESSO N° TST-E-ED-RR-9953600-29.2006.5.09.0013

Convém destacar que o presente recurso de embargos não se rege pela Lei 13.015/2014, porquanto interposto contra decisão publicada antes de 22/09/2014, data da vigência da referida norma.

2 - PRESSUPOSTOS INTRÍNSECOS**2.1 - ACIDENTE DE TRABALHO OCORRIDO EM 1998.
RESPONSABILIDADE CIVIL. APLICAÇÃO DA TEORIA DO RISCO. ARTIGO 927 DO
CÓDIGO CIVIL DE 2002****Conhecimento**

A 7^a Turma não conheceu do recurso de revista do reclamado _____, por entender não ter havido violação dos artigos 2.035 e 2.034 do Código Civil de 2002, mantendo a aplicação da teoria da responsabilidade objetiva adotada pelo TRT da 9^a Região, sob os seguintes fundamentos:

**"APLICAÇÃO DO ARTIGO 927 DO NOVO CÓDIGO CIVIL –
ACIDENTE OCORRIDO EM 1998****CONHECIMENTO**

O reclamado aponta violação dos artigos 2035 e 2044 do Novo Código Civil, uma vez que o TRT aplicou ao caso concreto o artigo 927, parágrafo primeiro, do mesmo diploma legal, quando o acidente ocorreu em 1998, na vigência do Código Civil de 1916.

De fato, a decisão atacada faz referência ao § 1º, do artigo 927 do CPC, do Novo Código Civil e o acidente – fato incontrovertido, inclusive – ocorreu em 1998.

Todavia, não se há de falar em violação dos artigos 2035 e 2044 do Novo Código Civil. Isso porque, apesar da referência, verifica-se do conteúdo decisório, que o fundamento do acórdão regional é, em verdade, o artigo 159 do CC de 1916, onde há previsão expressa da obrigação de reparar o dano em caso de violação de direito, com consequente prejuízo, causado por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência.

PROCESSO N° TST-E-ED-RR-9953600-29.2006.5.09.0013

O TRT registrou expressamente que a contratação do de cujus para a doma do animal não estava incluída nas atividades inerentes ao jóquei:

‘Restou comprovado nos autos, por confissão de ambos os prepostos (fl. 271), que aquele cavalo estava sendo domado pelo ‘de cujus’, quando aconteceu o fato. O fato foi: por volta das 14hs, no trajeto para a pista de corrida, o animal empinou, virou de costas, derrubou o cavaleiro, caindo sobre o abdômen dele (laudo pericial, fl. 291); o rapaz foi transportado ao hospital, indo a falecer 14 dias depois!

Ora, ‘domar cavalo’, principalmente os de nível para um Jockey Club, não é tarefa para qualquer um e de qualquer forma! É necessário experiência para a função, preparo e meios!

O espólio garante que havia experiência, o que, aliás, se comprova pelo longo tempo de serviço (8 anos), de 1990 a 11/98). Porém, os autos não revelam que essa experiência confessada fosse para a ‘doma de cavalo’, presumindo-se, então, que era para as atribuições normais de qualquer jóquei.

E quanto ao preparo? Quais as condições do cavalo? Estressado?? Já estava preparado para montaria?? E, se estivesse, o seria para a forma como realizada naquela tarde fatídica?? O cavalo se achava, regularmente, encilhado?? A quem cabia essa atribuição? Ao jóquei, ao treinador? A quem? Quais as condições de uso das rédeas?? E, como foi feita a montaria? O jóquei estava regularmente paramentado, para aquela finalidade específica?? E, as condições físicas e emocionais do cavaleiro permitiam a montaria para aquela tarde?? E, no estágio daquela doma, aquele era o local apropriado para a montaria? Quando do fato, estava ou não presente o treinador? Aliás, havia um treinador, acompanhando aquele processo de ‘doma’? Era necessário??

Todas essas indagações acham-se sem respostas, nos presentes autos! A perícia não cuidou disso, a parte reclamada não se preocupou em incluí-las no rol de seus quesitos e, também, não há essas respostas, quer em documentos, quer na prova oral produzida (que, diga-se de passagem, se limitou aos depoimentos pessoais das partes (ata fls. 280 e 271).

Se em atividades cotidianas de jóquei o risco de queda já é iminente, bastando que o cavalo empine (empinação que é normal, conforme perícia, fl. 192, quesito 2) e não haja o regular manejo das rédeas (perícia, fl. 192), o que se dizer da atividade específica de ‘doma’, em que o cavalo sequer adestrado está (ao menos o suficiente)?? (grifei)

PROCESSO N° TST-E-ED-RR-9953600-29.2006.5.09.0013

Registre-se que o artigo 159 do CC de 1916 corresponde ao *caput* do artigo 927 do Código Civil vigente.

No caso concreto, era ônus da prova do reclamado a comprovação de que a contratação do jóquei para atividade diferente daquela inerente à sua função, qual seja, a doma do animal, foi cercada de todas as cautelas necessárias a evitar acidentes.

"Não conheço" (fls. 469-469v).

Em sede de embargos de declaração opostos pelo _____, a 7^a Turma assim se pronunciou:

"EMBARGOS DE DECLARAÇÃO DE _____"

O embargante aponta omissão no que diz respeito ao exame dos artigos 159 do Código Civil vigente na época dos fatos, bem como dos artigos 818 da CLT e 333, I, do CPC, uma vez que era do autor provar os fatos alegados. Afirma não ser o caso de aplicação do artigo 927, parágrafo único, do Código Civil (teoria do risco criado).

Sem razão.

Quanto à matéria probatória, houve abordagem explícita na decisão embargada, conforme a seguir:

"Ora, nos termos do julgamento do recurso de revista do segundo reclamado, registre-se que não houve comprovação de que o fato resultou de caso fortuito ou força maior. Ao revés, o TRT registrou expressamente, na exata aplicação do artigo 156 do CC de 1916, que a contratação do de cujus pelo segundo reclamado, para a doma do animal, não estava incluída nas atividades inerentes ao jóquei.

Era ônus da prova do segundo reclamado a comprovação de que a contratação do jóquei para atividade diferente daquela inerente à sua função, qual seja, a doma do animal, foi cercada de todas as cautelas necessárias a evitar acidentes. O Regional, ao contrário, registrou que a experiência do de cujus era para exercer o ofício específico de jóquei e não para domar o cavalo. E, se o segundo reclamado permite ou mesmo determina que o jóquei dome o cavalo, por óbvio, assume o risco por essa atitude.

É exatamente o que diz o artigo 156 do CC de 1916, onde há previsão expressa da obrigação de reparar o dano em caso de

PROCESSO N° TST-E-ED-RR-9953600-29.2006.5.09.0013

violação de direito, com consequente prejuízo, causado por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência.

Incólume o artigo 7º, XXVIII, da Constituição Federal."

Porém, não houve análise do tema à luz da teoria do risco, consoante trazido pelo embargante, razão pela qual passo a apreciá-lo.

A Corte de origem assim julgou a matéria (fls. 333-verso/338):

"Com o devido respeito, não se pode atribuir o infortúnio, sem mais nem menos, à obra da fatalidade e, muito menos, vinculá-lo, em termos de culpa, à participação exclusiva do trabalhador, isto porque sua conduta no evento não guarda similitude com a de outros cavaleiros.

A atividade do trabalhador, no caso, era de risco. E, ao contrário da tônica do laudo pericial e da própria sentença recorrida, inviável querer se comparar essa atividade, simplesmente, com a de outros jóqueis, como se similares fossem! Quando do falecimento, não se tratou de corrida ou de preparação ou treino para corrida, que são as situações normais, corriqueiras, de atuação do jóquei, como daqueles referidos no laudo pericial (quesito 2, fl. 192). Restou comprovado nos autos, por confissão de ambos os prepostos (fl. 271), que aquele cavalo estava sendo domado pelo ‘de cuius’, quando aconteceu o fato. O fato foi: por volta das 14hs, no trajeto para a pista de corrida, o cavalo empinou, virou de costas, derrubou o cavaleiro, caindo sobre o abdômen dele (laudo pericial, fl. 291); o rapaz foi transportado ao hospital, vindo a falecer 14 dias depois!

Ora, ‘domar cavalo’, principalmente os de nível para um Jockey Club, não é tarefa para qualquer um e de qualquer forma! É necessário experiência para a função, preparo e meios!

O Espólio garante que havia experiência, o que, aliás, se comprova pelo longo tempo de serviço (08 anos, de 1990 a 11/98). Porém, os autos não revelam que essa experiência confessada fosse a para ‘doma de cavalo’, presumindo-se, então, que era para as atribuições normais de qualquer jóquei.

E, quanto ao preparo? Quais as condições do cavalo? Estressado?? Já estava preparado para a montaria?? E, se estivesse, o seria para a forma como realizada, naquela tarde fatídica?? O cavalo se achava, regularmente, encilhado?? A quem cabia essa atribuição? Ao jóquei, ao treinador? A quem? Quais as condições de uso das rédeas?? E, como foi feita a montaria? O cavaleiro estava regularmente paramentado, para aquela finalidade específica?? E, as condições físicas e emocionais o cavaleiro permitiam a montaria, para aquela

PROCESSO N° TST-E-ED-RR-9953600-29.2006.5.09.0013

tarde?? E, no estágio daquela doma, aquele era o local apropriado, para a montaria? Quando do fato, estava ou não presente o treinador? Aliás, havia um treinador, acompanhando aquele processo de ‘doma’? Era necessário??

Todas essas indagações acham-se sem respostas, nos presentes autos! A perícia não cuidou disso, a parte reclamada não se preocupou em incluí-las no rol de seus quesitos e, também, não há essas respostas, quer em documentos, quer na prova oral produzida (que, diga-se de passagem, se limitou aos depoimentos pessoais das partes (ata fls. 280 e 271).

Se em atividades cotidianas de jóquei o risco de queda já é iminente, bastando que o cavalo empine (empinação que é normal, conforme perícia, fl. 192, quesito 2) e não haja o regular manejo das rédeas (perícia, fl. 192), o que se dizer da atividade específica de ‘doma’, em que o cavalo sequer adestrado está (ao menos o suficiente)??

Em virtude do risco inerente à atividade, em havendo infortúnio e consequente dano, cabe ao contratante e demais beneficiários do serviço demonstrarem que tomaram, preventivamente, todas as medidas e precauções para neutralização do risco de modo que, a partir daí, se possa perquirir de culpa do prestador, de caso fortuito/força maior ou, ainda, de responsabilização de terceiro.

Sem essa comprovação, a culpa da parte reclamada é presumida! Aplicação da ‘teoria do risco criado’!

De fato, nos termos do art. 927, parágrafo único, do Código Civil, a exploração econômica de uma atividade que exponha os trabalhadores a risco de vida implica, como contrapartida, a presunção de culpa do empreendedor nas hipóteses em que venha a se verificar a existência de um acidente de trabalho, transferindo-lhe o ônus da prova de demonstrar a existência de excludentes de sua culpa no caso concreto.

É o que ocorre no presente caso.

A pretensão é de reparação de danos materiais e morais, com pedido de responsabilização solidária dos reclamados, _____ (1º reclamado) e _____ (2º reclamado).

Ainda que, incidentalmente, se argumente que houvera vínculo de emprego entre o ‘de cuius’ e o _____, não é a hipótese.

A documentação, notadamente o ‘Código Nacional de Corridas’ (documento em fl. 91), define o jóquei como ‘profissional autônomo habilitado para conduzir cavalos em treinamentos ou em páreos’ (Art. 4º, item 44, pág. 06), e essa ‘autonomia’ não restou des caracterizada por prova em contrário.

PROCESSO N° TST-E-ED-RR-9953600-29.2006.5.09.0013

No caso em tela, a responsabilidade primeira, direta pelos danos é do proprietário do cavalo ‘Grand Max’, o 2º reclamado _____ . Não somente pela condição de domínio do animal causador do acidente, mas também e fundamentalmente, porque se presume nos autos tenha sido quem contratou o jóquei em questão para o processo de ‘doma’! É bem verdade que a tese do 2º reclamado é a negativa dessa contratação do jóquei, o que seria de competência do treinador (nesse sentido, o depoimento pessoal do preposto do 2º reclamado, fl. 271), todavia, se trata de afirmação gratuita nos autos, além do que o preposto do Jockey Club (1º reclamado) expressa, em seu depoimento pessoal, que os jóqueis são contratados pelos proprietários das montadas que são oferecidas! Cabia ao proprietário, 2º reclamado, fazer a prova de que, para o caso específico, a contratação não foi feita por ele e, sim, pelo treinador.”

O caso presente revela interessante faceta relacionada com a reparação de danos decorrentes de acidente do trabalho no trato com animais.

O TRT reconheceu a responsabilidade do embargante, com fulcro no parágrafo único, do artigo 927, do Código Civil, autorizador do dever de reparação em caso de exercício de atividade de risco, que torna objetiva a fundamentação.

E, efetivamente, tem razão.

Inicialmente, ressalto a necessidade de ser invocada a regra prevista no artigo 936, do mesmo Diploma Civil, que, repetindo antigo preceito contido no artigo 1.527, do CC/16, consagra a responsabilidade objetiva do proprietário do animal pelos acidentes por estes causados, ressalvando a culpa da vítima e a força maior, como circunstâncias excludentes.

Sobre o tema, pontua Sérgio Cavalieri Filho:

"À luz do art. 1.527, do Código de 1916, parece-nos que não havia como fugir da presunção da culpa *in vigilando* ou *in custodiando*. E assim era porque aquele dispositivo permitia ao dono ou detentor do animal elidir sua responsabilidade provando que o guardava com cuidado preciso. Havia, portanto, a inversão do ônus da prova quanto à culpa, que deixava de incumbrir à vítima e passava ao guarda.

Mas o Código de 2002 mudou de posição. O art. 936 não mais admite ao dono ou detentor do animal afastar sua responsabilidade provando que o guardava ou vigiava com cuidado preciso, ou seja, provando que não teve culpa. Agora, a

PROCESSO N° TST-E-ED-RR-9953600-29.2006.5.09.0013

responsabilidade só poderá ser afastada se o dono ou detentor do animal provar fato exclusivo da vítima ou força maior. Temos, destarte, uma responsabilidade objetiva tão forte que ultrapassa os limites da teoria do risco criado ou do risco-proveito. Tanto é assim que nem todas as causas de exclusão do nexo causal, como o caso fortuito e o fato de terceiro, afastarão a responsabilidade do dono ou detentor do animal. A vítima só terá que provar o dano, e que este foi causado por determinado animal A defesa do réu estará restrita às causas especificadas na lei, e o ônus da prova será seu. Não está afastada à toda evidência a defesa fundada no fato de não ser dono nem detentor do animal". (grifos postos)

Mas, ainda que assim não fosse, a atividade do falecido era notoriamente de risco, autorizando, assim, a solução com base no artigo 927, parágrafo único, do CC.

Isso porque quem lida com animais está submetido a uma probabilidade muito maior de sofrer danos cuja causa está na própria imprevisibilidade do comportamento, imposta por fatores sobre os quais, por mais que seja hábil no desempenho de sua função, o homem não tem controle, sendo esse fator de risco propiciado pelo empregador.

Risco é o "complexo de perigos que se podem apresentar no desenvolvimento das várias atividades produtivas, conforme a qualidade, o lugar e o tempo de trabalho e seus sistemas, os instrumentos e o material trabalhado", há muito ensinava Bento de Faria e, hoje, leciona Teresinha Lorena Pohlmann Saad .

Por sua vez, ensina Maria Helena Diniz que o perigo deve resultar do exercício da atividade, e não do comportamento do agente; conceitua atividade perigosa como sendo aquela que contém

[...] notável potencialidade danosa, em relação ao critério de normalidade média, revelada por meio de estatísticas e elementos técnicos da experiência comum. Logo, todo aquele que desenvolve atividade lícita que possa gerar perigo para outrem deverá responder pelo risco, exonerando-se o lesado da prova da culpa do lesante.

Para Sérgio Cavalieri Filho , já mencionado, "quem se dispõe a exercer alguma atividade perigosa terá que fazê-lo com segurança, de modo a não causar dano a ninguém, sob pena de ter que por ele responder

PROCESSO N° TST-E-ED-RR-9953600-29.2006.5.09.0013

"independentemente de culpa", sendo essa a síntese da responsabilidade objetiva, na qual há um dever de segurança que se contrapõe ao risco .

Rui Stoco, por sua vez, assevera que

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

Em verdade, nas hipóteses de exercício de atividade notoriamente perigosa, o dano e a reparação não devem ser aferidos pela medida da culpabilidade, mas decorrer do fato causador da lesão de um bem jurídico.

Evaristo de Moraes, com precisão e há muito tempo, indicava a postura que deve ser adotada na interpretação das regras disciplinadoras da responsabilidade objetiva, o que pode ser aplicada ao contrato de trabalho, afastando a equivocada noção de que o dever decorre da prática de ato ilícito:

Para que haja a reparação [...] não é preciso, pelo lado civil, existir imputabilidade, ou culpabilidade. Não se trata de condenar o indivíduo a sofrer pena pecuniária; mas, sim, de conduzi-lo a suportar as consequências de um risco, resultante do exercício de sua atividade lícita.

Destaco a observação feita acima no sentido de que o fundamento não reside no exercício de atividade ilícita, a amparar a regra clássica da responsabilidade subjetiva, mas, sim, na circunstância de propiciar o agente, pelo exercício habitual de sua atividade, um risco maior para aqueles que a ele estão sujeitos, notadamente em se tratando de empregados que, diuturnamente, lidam de forma próxima com essa realidade.

No caso, o labor se referiu à "doma" de cavalo. Esse fato amplia os fatores que causam o acidente, em virtude de não possuir controle absoluto das reações em virtude da agressividade natural de que são portadores, ainda que motivadas pelo instinto de defesa ou de sobrevivência.

A característica de reatividade do animal, diante do fator de estresse, amplia a intensidade do perigo que o manejo, por si só, propicia.

PROCESSO N° TST-E-ED-RR-9953600-29.2006.5.09.0013

Por mais que deseje e disponha de conhecimentos, habilidade e tecnologia, o homem jamais conseguirá domar completamente os animais e ter sobre eles absoluto controle. Todos os dias cães agredem os seus donos; domadores circenses são vítimas dos animais domesticados, etc, diante de uma situação de defesa ou mesmo gerada pelo instinto de sobrevivência.

Ante o perigo, o animal reage e o faz utilizando as "armas" de que dispõe para repelir a agressão ou tentar dela livrar-se. O acidente, na hipótese dos autos, foi causado – é fato incontroverso – quando "o cavalo empinou, virou de costas, derrubou o cavaleiro, caindo sobre o abdômen dele (laudo pericial, fl. 291)", o que ocasionou a morte do empregado.

Não se pode, em tal hipótese, invocar, como excludente, a culpa exclusiva da vítima. Isso se daria se a sua atitude não estivesse relacionada ao exercício normal de suas atividades laborais, como no clássico exemplo de uma pessoa que atiça um cão e este vem a mordê-la, diante do fato ensejador do dano: o instigamento à reação agressiva.

A obrigação, portanto, foi corretamente definida, nos exatos termos do artigo 927, parágrafo único, do Código Civil.

Com essas considerações, acolho parcialmente os presentes embargos de declaração, com efeito modificativo, para sanando omissão, não conhecer do recurso de revista com relação ao tema "responsabilidade pelo acidente – teoria do risco criado" (fls. 467-501).

Nas razões do recurso de embargos de fls. 503-542, sustenta o reclamado que nos casos de acidentes de trabalho ocorridos sob a égide do Código Civil de 1916 e seu artigo 159, ou seja, antes da vigência do artigo 927, parágrafo único, do Código Civil de 2002, contemplava-se única e exclusivamente a aplicação da teoria subjetiva da responsabilidade civil, argumentando ser inviável a aplicação da teoria da responsabilidade objetiva do empregador com base no risco. Com isso requer, preliminarmente, o retorno dos autos à Turma de origem para apreciação dos requisitos ensejadores da responsabilidade subjetiva. Fundamenta seu apelo em divergência jurisprudencial com arrestos colacionados e violação dos dispositivos de lei indicados.

Ao exame.

PROCESSO N° TST-E-ED-RR-9953600-29.2006.5.09.0013

De início, cumpre ressaltar ser imprópria a alegação de ofensa a dispositivos legais e constitucionais, em face da redação do artigo 894, II, da CLT, conferida pela Lei 11.496/2007, que excluiu das hipóteses de cabimento dos embargos a indicação de afronta a preceito de lei ou da Constituição Federal.

Por outro giro, a pretensão de retorno dos autos à Turma de origem para exame dos elementos ensejadores da responsabilidade subjetiva esvazia-se ao se confundir com a própria questão primordial de insurgência quanto à aplicação da responsabilidade objetiva. Ademais, o arresto em que buscou a parte respaldar esse argumento não revela qualquer especificidade com o caso em apreço, na forma da Súmula 296, I, do TST, na medida em que assenta tese genérica de inaplicabilidade da responsabilidade objetiva, devendo o TRT examinar sob o enfoque da responsabilidade subjetiva, em face da vedação contida na Súmula 126 do TST.

Conforme observado, o acórdão da 7ª Turma deste Tribunal Superior entendeu não se tratar a questão de violação dos artigos 2.035 e 2.044 do novo Código Civil, mas sim de aplicação do artigo 159 do Código Civil de 1916, cuja redação corresponde ao *caput* do atual artigo 927 do Código Civil de 2002. Não obstante a menção ao parágrafo único do artigo 927 do Código Civil de 2002 pelo TRT, o principal fundamento do acórdão deste teria sido a responsabilidade aquiliana, previsão normativa expressa da obrigação de reparar o dano em caso de violação de direito, causado por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, com a conclusão de que seria ônus probatório do reclamado comprovar que a contratação do reclamante para atividade diferente daquela inerente a sua função teria sido cercada de todos os cuidados necessários a evitar possíveis acidentes e, em não o fazendo, atraiu a aplicação da teoria do risco criado.

Nesse contexto, o arresto transscrito às fls. 557-566 (TST-RR-119/2005-012-21-00.0) proveniente da 8ª Turma deste Tribunal Superior, de relatoria da Ministra Maria Cristina Irigoyen Peduzzi, e publicado no DEJT de 12/11/2009, demonstra divergência jurisprudencial válida e específica, consoante denota a respectiva ementa:

PROCESSO N° TST-E-ED-RR-9953600-29.2006.5.09.0013

"RECURSO DE REVISTA – ACIDENTE DO TRABALHO – PRESCRIÇÃO – LESÃO ANTERIOR À VIGÊNCIA DA EMENDA CONSTITUCIONAL N° 45/2004. A C. SBDI-1 pacificou o entendimento de que é aplicável o prazo prescricional previsto no Código civil às pretensões de indenização por dano moral e/ou material decorrentes de acidente do trabalho, quando a lesão for anterior à vigência da Emenda Constitucional nº 45/2004. Precedente: TST-E-RR-99.517/2006-659-09-00.5. ACIDENTE DE TRABALHO – DANOS MORAIS E MATERIAIS – FATO OCORRIDO NA VIGÊNCIA DO CÓDIGO CIVIL DE 1916 – INEXISTÊNCIA DE DOLO OU CULPA. 1. O Código Civil de 1916 consagrava exclusivamente a responsabilidade subjetiva, que obrigava à reparação do dano na hipótese de dolo – ação ou omissão voluntária – ou culpa – negligência, imprudência ou imperícia – na conduta causadora do *eventus damni*. A Constituição, no artigo 7º, XXVIII, também contempla esta hipótese. Já o Código Civil de 2002 prevê também a responsabilidade civil objetiva, com a teoria do risco da atividade, cujos elementos identificados são o dano, a conduta e o nexo causal, e prescindem da comprovação da culpa. 2. O acidente de trabalho que vitimou o ex-empregado ocorreu em 1994, época em que a obrigação de indenizar limitava-se à hipótese de comprovação da culpa. 3. Os fundamentos consagrados pelo v. acórdão regional não revelam dolo, negligência, imprudência ou imperícia da Reclamada. Denotam claramente a aplicação da responsabilidade civil objetiva a um fato ocorrido numa época em que tal configuração não ensejava a obrigação de indenizar. Recurso de Revista parcialmente conhecido e provido" (fls. 557-566).

Ante o exposto, conheço do recurso de embargos por divergência jurisprudencial.

Mérito

Discute-se acerca da possibilidade de aplicação da responsabilidade civil objetiva com base na teoria do risco criado, prevista no artigo 927, parágrafo único, do Código Civil de 2002, quando

PROCESSO N° TST-E-ED-RR-9953600-29.2006.5.09.0013

da responsabilização de empregador em acidente de trabalho ocorrido em 1998, ou seja, na vigência do Código Civil de 1916.

Inicialmente, cabe rememorar o voto condutor do recurso de revista do reclamado, onde se ressalta que, apesar do acórdão do TRT mencionar o parágrafo único do artigo 927 do Código Civil de 2002, não houve ofensa aos artigos 2.035 e 2.044 do atual Código Civil, uma vez que o conteúdo do acórdão regional corresponderia efetivamente àquele do artigo 159 do Código Civil de 1916. Ademais, teria o Tribunal Regional registrado expressamente que a contratação do *de cuius* para doma do animal não se encontrava incluída nas atividades inerentes à função de jóquei, constituindo, portanto, ônus probatório do reclamado a comprovação de que a contratação do jóquei para atividade estranha àquelas inerentes à sua função estava cercada de todas as cautelas necessárias a evitar possíveis acidentes ou fatalidades, conforme ocorrido *in casu*.

Mostra-se igualmente oportuno apreciar a fundamentação expedida pela 7ª Turma, em sede de embargos de declaração, no sentido de esclarecer que a obrigação foi corretamente definida nos termos do artigo 927, parágrafo único, do Código Civil, quanto à reparação de danos em caso de exercício de atividade de risco. Invoca-se também o artigo 936 do Código Civil, cujo conteúdo remete ao artigo 1.527 do Código Civil de 1916 e aponta responsabilidade objetiva do proprietário do animal pelos danos por este causados. Ainda, atesta que o fundamento para a responsabilidade não estaria no exercício de atividade ilícita, pressuposto da responsabilidade subjetiva, mas em proporcionar o agente, através do exercício habitual de sua atividade, risco maior aos empregados a ele sujeitos. Diante da reatividade do animal perante estresse e o seu manejo por profissional não qualificado para a doma, contratado pelo embargante para tal, a Turma aponta a caracterização de risco criado, assim possibilitando a aplicação da teoria objetiva.

Regra geral no Direito Civil brasileiro, a responsabilidade civil subjetiva é aquela decorrente de dano causado por meio de ato ilícito doloso ou culposo. Para sua configuração exige-se a comprovação do dano, nexo causal e culpa do agente, a qual, segundo a teoria clássica, seria fundamento e pressuposto necessário do dano

PROCESSO N° TST-E-ED-RR-9953600-29.2006.5.09.0013

indenizável. Nesta concepção só se configura a responsabilidade do agente causador do dano se este tiver agido com dolo ou culpa.

Não obstante, atualmente, sem prejuízo quanto à regra geral, por se entender que a culpa é insuficiente para regular todos os casos de responsabilidade civil, juristas e aplicadores do direito têm se voltado para a responsabilidade objetiva, objeto de controvérsia destes autos. Trata-se de hipótese na qual a culpa do agente causador é juridicamente irrelevante, bastando a comprovação do dano e o nexo causal para o surgimento do dever de reparar.

Apoiada na teoria do risco, a fundamentação da responsabilidade civil desloca-se da culpa para a ideia de risco, entendido como "risco-proveito" ou "risco criado", este último abordado no acórdão recorrido, segundo o qual é indenizável, sem indagação de culpa, o dano decorrente de exposição e tolerância de alguém a determinado risco, quando não empregadas medidas preventivas tecnicamente adequadas para evitá-lo.

Deste modo, não obstante a teoria da responsabilidade subjetiva ter sido acolhida como regra geral no Código Civil de 1916 e no atual Código Civil de 2002, as teorias objetivas não restaram de todo abandonadas no direito brasileiro, estando contempladas em diversas disposições esparsas, normativas e jurisprudenciais, até a inovação que representou sua inserção no ordenamento pátrio no parágrafo único do artigo 927 do novo Código Civil. Lembra Wladimir Valler que, não obstante o Código Civil de 1916

"ter adotado a teoria clássica da culpa, a teoria objetiva se estabeleceu em vários setores da atividade, através de leis especiais. Assim é, por exemplo, que o Decreto n.º 2.681, de 1912, disciplina a responsabilidade civil das estradas de ferro, tendo em vista o risco da atividade exercida. Em matéria de acidente do trabalho, a Lei 6.367, de 19 de outubro de 1976, se fundou no risco profissional e a reparação dos danos causados aos trabalhadores passou a se fazer independentemente da verificação da culpa, e em valores prefixados. Também o Código Brasileiro do Ar (Decreto-Lei 32, de 18 de novembro de 1966), tendo em conta o risco da atividade explorada, estabelece em bases objetivas a responsabilidade civil das empresas aéreas.

PROCESSO N° TST-E-ED-RR-9953600-29.2006.5.09.0013

A Lei 6.453, de 17 de outubro de 1977, em termos objetivos, dispôs sobre a responsabilidade civil por danos nucleares" (GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. Novo Curso de Direito Civil — Parte Geral, 2. ed., São Paulo: Saraiva, 2002, v. I, p. 24. Grifei).

Porém, em momento algum isso significa a substituição da responsabilidade subjetiva pela objetiva. Esta fica circunscrita aos seus limites perante a regra geral, sendo possível sua aplicação somente naqueles casos específicos que a ordem jurídica positiva a autorize.

Não se trata de aplicação retroativa de norma contida no parágrafo único do artigo 927 do Código Civil de 2002 a caso ocorrido na vigência do Código de 1916, uma vez que a teoria objetiva do risco em atividade perigosa já vinha sendo adotada em nosso ordenamento jurídico antes mesmo da entrada em vigor do novo Código Civil. Constatase o acima afirmado mediante análise do seguinte *aresto*, oriundo do Superior Tribunal de Justiça, julgado no ano de 2000:

"RESPONSABILIDADE CIVIL. TEORIA DO RISCO (PRESUNÇÃO DE CULPA). ATIVIDADE PERIGOSA (TRANSPORTADOR DE VALORES). ACIDENTE DE TRÂNSITO (ATROPELAMENTO DE TERCEIRO). INEXISTÊNCIA DE CULPA DA VÍTIMA (INDENIZAÇÃO).

1. É responsável aquele que causa dano a terceiro no exercício de atividade perigosa, sem culpa da vítima.

2. Ultimamente vem conquistando espaço o princípio que se assenta na teoria do risco, ou do exercício de atividade perigosa, daí há de se entender que aquele que desenvolve tal atividade responderá pelo dano causado.

3. A atividade de transporte de valores cria um risco para terceiros. 'Neste quadro', conforme o acórdão estadual, 'não parece razoável mandar a família do pedestre atropelado reclamar, do autores não identificados do latrocínio, a indenização devida, quando a vítima foi morta pelo veículo da ré, que explora atividade sabidamente perigosa, com o fim do lucro'. Inexistência de caso fortuito ou força maior.

4. Recurso especial, quanto à questão principal, fundado no art. 1.058 e seu parágrafo único do Cód. Civil, de que a Turma não conheceu, por

PROCESSO N° TST-E-ED-RR-9953600-29.2006.5.09.0013

"maioria de votos" (REsp n. 185.659/SP, 3^a Turma, Red. p/ acórdão Min. Nilson Naves, DJ 18/9/2000).

Ademais, esta SBDI-1 do Tribunal Superior do Trabalho firmou entendimento no sentido de que a aplicação da responsabilidade objetiva, prevista no parágrafo único do artigo 927 do novo Código Civil, em acidentes de trabalhos ocorridos sob vigência do Código de 1916 não configura aplicação retroativa da norma. Nesse sentido, os seguintes precedentes:

"RECURSO DE EMBARGOS REGIDO PELA LEI 11.496/2007. RESPONSABILIDADE CIVIL. ACIDENTE DE TRABALHO OCORRIDO ANTES DO CÓDIGO CIVIL DE 2002. RESPONSABILIDADE OBJETIVA PREVISTA NO ART. 927, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CC. APLICAÇÃO RETROATIVA DA NORMA NÃO CONFIGURADA. A responsabilidade objetiva prevista no art. 927, parágrafo único, do CC, apenas confirmou o entendimento jurisprudencial baseado na teoria do risco já aplicada antes mesmo do advento do CC de 2002. Portanto, a aplicação de responsabilidade objetiva a caso anterior ao Código Civil de 2002 não revela uma aplicação retroativa da norma. Precedente. Recurso de embargos conhecido e não provido" (E-ED-RR-40400-84.2005.5.15.0116, Redator Ministro: Augusto César Leite de Carvalho, Data de Julgamento: 13/12/2012, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, Data de Publicação: DEJT 22/02/2013).

"DANOS MORAIS. ACIDENTE DE TRABALHO. ATIVIDADE DE RISCO. MÚLTIPLOS DESLOCAMENTOS DIÁRIOS A SERVIÇO, EM MOTOCICLETA, EM RODOVIAS INTERMUNICIPAIS. COLISÃO NO TRÂNSITO. MUTILAÇÃO DO EMPREGADO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO EMPREGADOR. INFORTÚNIO OCORRIDO SOB A ÉGIDE DO CÓDIGO CIVIL DE 1916. 1. Acidente de trabalho decorrente de colisão no trânsito, com mutilação de membro inferior do empregado, no exercício de atividade profissional que lhe impunha transitar diariamente de motocicleta em rodovias intermunicipais. Sinistro ocorrido na vigência do

PROCESSO N° TST-E-ED-RR-9953600-29.2006.5.09.0013

Código Civil de 1916. 2. No âmbito das relações de emprego, o conceito de atividade de risco não se aquilata necessariamente à luz da atividade empresarial em si, conforme o respectivo objeto estatutário: apura-se tendo os olhos fitos também no ofício executado em condições excepcionalmente perigosas, expondo o empregado a risco acima do normal à sua incolumidade física. Segundo a atual doutrina civilista, a vítima, e não o autor (mediato ou imediato) do dano, constitui a essência da norma insculpida no artigo 927, parágrafo único, do Código Civil de 2002. 3. Inegável o risco inerente à atividade profissional que submete o empregado a deslocamentos constantes em motocicleta, tendo em vista os alarmantes índices de acidentes de trânsito observados quanto a essa categoria de veículo. Decorrendo do cumprimento de ordem de trabalho a exposição do empregado à condição de acentuado perigo, inquestionável que o autor do dano -- ainda que mediato -- é o empregador. 4. Não afasta a responsabilidade objetiva do empregador a circunstância de o infortúnio ocorrer sob a égide do Código Civil de 1916. A aplicação da teoria do risco em atividade perigosa de há muito é adotada em nosso ordenamento jurídico e decorre antes de uma interpretação sistêmica de todo o arcabouço histórico, legal e doutrinário sobre o tema, de que, ao final, se valeu o legislador na elaboração do novo Código Civil. 5. Embargos a que se nega provimento" (E-ED-RR-81100-64.2005.5.04.0551, Redator Ministro: João Oreste Dalazen, Data de Julgamento: 29/11/2012, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, Data de Publicação: DEJT 01/03/2013).

"RECURSO DE EMBARGOS REGIDO PELA LEI N° 11.496/2007. RECURSO DE REVISTA. EXPLORAÇÃO DE MINAS DE SUBSOLO DE CARVÃO. PNEUMOCONIOSE. INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL DECORRENTE DE DOENÇA PROFISSIONAL. APLICAÇÃO DA TEORIA DA RESPONSABILIDADE OBJETIVA. INFORTÚNIO ANTERIOR À VIGÊNCIA DO CÓDIGO CIVIL DE 2002. POSSIBILIDADE. Quando a atividade desenvolvida pelo empregador pressupõe a existência de risco potencial à integridade física e psíquica do trabalhador, é possível aplicar a teoria da responsabilidade objetiva, inclusive quando o infortúnio (acidente de trabalho ou doença ocupacional) tiver ocorrido antes da vigência do Código Civil de 2002, diploma legal que

PROCESSO N° TST-E-ED-RR-9953600-29.2006.5.09.0013

reconheceu expressamente tal teoria (parágrafo único do artigo 927), porque, mesmo antes do seu advento, já se sedimentava a responsabilização por culpa presumida e a inversão do ônus da prova ao causador do dano em atividades de risco. Recurso de embargos conhecido e não provido" (E-RR-367600-35.2006.5.12.0053, Relatora Ministra: Dora Maria da Costa, Data de Julgamento: 29/08/2013, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, Data de Publicação: DEJT 06/09/2013).

Cabe destacar, ainda, posicionamento similar firmado no Enunciado n. 377 da IV Jornada de Direito Civil da Justiça Federal, quanto à plausibilidade de aplicação excepcional da responsabilidade objetiva do empregador em acidentes de trabalho, cuja redação é a seguinte:

"377 – Art. 927: O art. 7º, inc. XXVIII, da Constituição Federal não é impedimento para a aplicação do disposto no art. 927, parágrafo único, do Código Civil quando se tratar de atividade de risco ". (Conselho da Justiça Federal. Jornadas de direito civil I, III, IV e V: enunciados aprovados. Coordenador científico Ministro Ruy Rosado de Aguiar Júnior. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2012. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/CEJ-Coedi/jornadas-cej/enunciados-aprovados-da-i-ii-iv-e-v-jornada-de-direito-civil/jornadas-de-direito-civil-enunciados-aprovados>>. Acesso em: 27/08/2015)

O acórdão deixou claro que a aplicação da responsabilidade objetiva ao presente caso não configura retroação da norma, pois baseados na jurisprudência e doutrina existentes antes do advento do Código Civil de 2002.

Como explicitado no acórdão turmário, não há necessidade de dolo ou culpa quando a atividade desenvolvida for de risco.

Nesse contexto, não é demais acrescentar que o reclamado atrai para si a responsabilidade pelo dano causado, quando assume o risco de submeter o trabalhador a uma condição de trabalho para o qual não está apto ou não detém a técnica e treinamento especializado.

PROCESSO N° TST-E-ED-RR-9953600-29.2006.5.09.0013

Esse é o caso dos autos, em que o reclamado, ao permitir a realização de funções de doma de cavalos por trabalhador contratado especificamente para atuar como jóquei, acabou por causar aquilo que o jóquei não sofreria no seu horizonte de riscos a que se expunha, porque afinal o trabalhador não estaria atuando como jóquei e, sim, como domador.

De tal modo, mostra-se conveniente trazer também esse exame da responsabilidade sob o viés do risco presumido, ou seja, a questão aqui não se esgota simplesmente na responsabilidade objetiva contemplada, a meu ver, não só no art. 927, parágrafo único, do Código Civil.

Segundo a doutrina de Sérgio Cavalieri Filho, o art. 936 do atual Código Civil prevê uma responsabilidade objetiva que vai bem além daquilo que estaria contemplado no art. 1527 do Código Civil de 1916, quando preconiza:

"(...) a lei responsabiliza as pessoas neles indicadas porque tinham um dever de guarda, vigilância ou cuidado em relação a certas pessoas, animais ou coisas e se omitiram no cumprimento desse dever. Em última instância, estas pessoas não respondem por fato de outrem, mas pelo fato próprio da omissão.

.....
À luz do art. 1.527 do Código de 1916 parece-nos que não havia como fugir da presunção de culpa in vigi.Zando ou in custodiando. E assim era porque aquele dispositivo permitia ao dono ou detentor do animal elidir sua responsabilidade provando que o guardava com cuidado preciso. Havia, portanto, a inversão do ônus da prova quanto à culpa, que deixava de incumbar à vítima e passava ao guarda.

Mas o Código de 2002 mudou de posição. O art. 936 não mais admite ao dono ou detentor do animal afastar sua responsabilidade provando que o guardava e vigiava com cuidado preciso, ou seja, provando que não teve culpa. Agora, a responsabilidade só poderá ser afastada se o dono ou detentor do animal provar fato exclusivo da vítima ou força maior. Temos, destarte, uma responsabilidade objetiva tão forte que ultrapassa os limites da teoria do risco criado ou do risco-proveito. Tanto é assim que nem todas as causas de exclusão do nexo causal, como o caso fortuito e o fato de terceiro, afastarão

PROCESSO N° TST-E-ED-RR-9953600-29.2006.5.09.0013

a responsabilidade do dono ou detentor do animal. A vítima só terá que provar o dano, e que este foi causado por determinado animal. A defesa do réu estará restrita às causas especificadas na lei, e o ônus da prova será seu. Não estará afastada, a toda evidência, a defesa fundada no rato de não ser dono nem detentor do animal." (Cavalieri Filho, Sergio. Programa de responsabilidade civil. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2012. pp.26 e 243)

O Ministro Aloysio Corrêa da Veiga assim expressou seu entendimento sobre a responsabilidade em face da atividade de risco, que peço vénia para transcrever:

"A condenação da reclamada ocorreu em razão de conduta ilícita – incidência do art. 156 do Código Civil de 1916, diante dos seguintes fatos:

- 1 – o empregado (de cuius) não fora contratado para as atividades inerentes a doma de animais, mas apenas de jóquei;
- 2 – o reclamado não comprovou que ao impor ao empregado a atividade diversa de sua função se cercou das cautelas necessárias a evitar acidentes.
- 3 – o regional registrou que a experiência do autor era para o ofício específico de jóquei;

Quanto a aplicação da responsabilidade objetiva, não haveria se falar em seu afastamento pela tese de que ocorrido o acidente antes do código civil de 2002, eis que a jurisprudência da c. SDI não impõe tal distinção no exame do tema, conforme o seguinte precedente:

RECURSO DE EMBARGOS EM RECURSO DE REVISTA. INTERPOSIÇÃO SOB A ÉGIDE DA LEI 11.496/2007. BANCÁRIO. ATIVIDADES LABORAIS EM POSTO BANCÁRIO. ASSALTO OCORRIDO ANTES DO CÓDIGO CIVIL DE 2002. ATIVIDADE DE RISCO. APLICAÇÃO DA TEORIA DA RESPONSABILIDADE OBJETIVA. POSSIBILIDADE. 1. A teor da decisão embargada, a reclamante, empregada bancária, no exercício de suas atividades laborais em posto bancário, foi vítima de dois assaltos. 2. Consideradas tais premissas fáticas, forçoso concluir que o acidente de que foi vítima a trabalhadora ocorreu no exercício e em decorrência da atividade desempenhada para o Banco reclamado, notadamente considerada de risco. 3. Com efeito, em decorrência do trabalho com numerário, o bancário está exposto a um risco maior de ser vítima de assalto à mão armada, se

PROCESSO N° TST-E-ED-RR-9953600-29.2006.5.09.0013

comparado aos demais membros da coletividade, conforme já decidiu a SDI-I desta Corte Superior, em sua composição plena (E-RR - 94440-11.2007.5.19.0059, Relator Ministro Aloysio Corrêa da Veiga, DEJT 26/04/2013). 4. A adoção da teoria da responsabilidade objetiva na hipótese dos autos, em que os assaltos ocorreram no ano de 2001, ou seja, em momento anterior à vigência do Código Civil de 2002, não importa em aplicação retroativa do art. 927, parágrafo único, daquele diploma legal, pois, conforme já decidido por esta Subseção, em sua composição completa, "a responsabilidade objetiva prevista no art. 927, parágrafo único, do CC apenas confirmou o entendimento jurisprudencial baseado na teoria do risco já aplicada antes mesmo do CC de 2002. Portanto, a aplicação de responsabilidade objetiva a caso anterior ao Código Civil de 2002 não revela uma aplicação retroativa da norma" (E-ED-RR - 40400-84.2005.5.15.0116, Redator Ministro Augusto César Leite de Carvalho, DEJT 22/02/2013). Recurso de embargos conhecido e provido. (E-RR-489200-11.2005.5.12.0036, Relator Ministro: Hugo Carlos Scheuermann, Data de Julgamento: 09/03/2017, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, Data de Publicação: DEJT 28/07/2017)

Não há que se discutir, portanto, responsabilidade objetiva do empregador, mas sim culpa presumida pela imposição ao autor de tarefa para a qual ele não foi treinado.

Peço vênia para buscar o conceito das atividades profissionais em debate (www.newcountry.com.br in "profissões para você trabalhar com cavalos"):

Jockey – "Profissionais atletas que trabalham no Turfe. No dia-a-dia treinam os animais que disputam os páreos, normalmente aos finais de semana em Jockeys Clubes. Montam diversos animais e muitas vezes também são responsáveis pelos cuidados com os mesmos. Geralmente o faturamento mensal é com base em uma porcentagem dos prêmios que ganha com os animais que montam;"

Domador de Cavalos – "Já os domadores, que também podem ser treinador e instrutores, trabalham com cavalos novos. Hoje um método bem difundido no Brasil é a doma racional, ou Horsemanship, a qual, com técnicas adequadas, os profissionais aprendem a identificar as linguagens dos cavalos e lhes transmitem ensinamentos com baixo estresse e visando o

PROCESSO N° TST-E-ED-RR-9953600-29.2006.5.09.0013

bem-estar animal. Esses profissionais costumam cobrar por hora de serviço".

Trago o conceito para que não haja dúvida sobre a distinção em relação a cada uma das funções a que o empregado se submeteu, mesmo que o propósito não seja de tratar de acumulações de funções, mas apenas da preparação do empregado para o ofício que demanda conhecimento técnico.

Venho me manifestando reiteradamente quanto ao dever de entrega de um meio ambiente saudável de trabalho, como sendo responsabilidade do empregador, já que dele o risco da atividade econômica, a determinar a efetiva adoção de critérios de prudência e vigilância a fim de evitar o dano, embora que potencial em alguns casos.

A Lei nº 8.213/91 define em seu artigo 19 que:

"Acidente do trabalho é o que ocorre 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."

Não há necessidade de o debate adentrar a seara da responsabilidade objetiva, na medida em que há culpa presumida pelo acidente de trabalho, já que a tese é no sentido de que ao empregado foi imposta atividade para a qual não foi treinado.

Não há que se discutir quanto a se tratar de atividade de risco a de doma de animais, na medida em que o empregado, in casu, encontrava-se em risco por negligência do empregador, que o colocou em atividade diversa daquela para a qual foi contratado, ou sequer treinado.

Nesse sentido, é que Humberto Theodoro Júnior, in Comentários ao novo Código Civil, salienta acerca da interpretação ampliativa das hipóteses de responsabilidade sem culpa:

Sem embargo, porém, de ter o ato ilícito strito senso como dependente da culpa do agente, o novo estatuto civil faz uma grande abertura para o incremento da aplicação da teoria do risco. Ao cuidar da obrigação de indenizar estatui que esta decorre, em regra, do ato ilícito (isto é, do ato danoso injurídico e culposo – art. 927, caput). Permite, contudo, que ocorra,

PROCESSO N° TST-E-ED-RR-9953600-29.2006.5.09.0013

também, "a 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. 927, parágrafo único). A posição do novo Código Civil corresponde a um compromisso com a responsabilidade delitual subjetiva, ou seja, com o dever de indenizar fundado na culpa, como base do sistema normativo. Ao adotar, todavia, uma abertura maior para a introdução da teoria da responsabilidade objetiva o fez em termos vagos e genéricos, deixando para a jurisprudência a tarefa de conceituar o que seja atividade de risco, caso a caso, o que pode representar o perigo de um alargamento desmensurado da responsabilidade sem culpa, contrariando a própria orientação de prestigiar como principal a responsabilidade derivada da culpa. Deve-se reafirmar que o princípio nuclear da responsabilidade civil aquiliana no novo Código é o da responsabilidade subjetiva, fundada, pois, na culpa (art. 186 e 927, caput).

Assim, a obrigação de indenizar por ocorrência de acidente de trabalho subsiste, in casu, em face da culpa, porque há o dever do empregador em zelar pela saúde e segurança do trabalhador, o que resta evidenciado, fora descumprido.

Ou seja, não há se falar em imprevisibilidade pelo fato fortuito, ou externo, de terceiro, quando o empregador já é conhecedor dos riscos inerentes ao trabalho realizado, e quando é certo que a empresa não adotou as precauções necessárias para proteção de seu empregado, como no presente caso."

Onde se pode concluir também no sentido de que há, sim, responsabilidade subjetiva, mas, considerando essa zona cinzenta em que a responsabilidade se estabelece. Não porque tenha havido uma ação positiva no sentido de causar o dano, mas, em razão de submeter alguém a uma condição de risco que é inadequada para as suas atribuições ordinárias usuais.

O Sr. Salvador Emidio não foi contratado propriamente para atuar como jóquei. Segundo registrado pelo Tribunal Regional, ele foi contratado para atuar de modo que pudesse desenvolver essa doma de cavalo, doma de cavalo para a qual ele não estava preparado e, por isso,

PROCESSO N° TST-E-ED-RR-9953600-29.2006.5.09.0013

o acidente letal teria ocorrido. Logo, por esse ângulo também se configura a responsabilidade subjetiva.

Portanto, conjugando-se a jurisprudência e a doutrina, não se pode dizer que o Código Civil de 2002 trouxe uma absoluta inovação legislativa. Em verdade, o artigo 927, parágrafo único, do referido diploma legal apenas encapsulou o entendimento jurisprudencial baseado na teoria do risco. A aplicação desse dispositivo no presente caso não revela uma aplicação retroativa de norma.

Por essas razões, **nego provimento** ao recurso de embargos.

**2.2 - JULGAMENTO EXTRA PETITA. PENSIONAMENTO.
INDENIZAÇÃO POR LUCROS CESSANTES****Conhecimento**

A 7^a Turma não conheceu do recurso de revista do reclamado, por entender não haver violação do artigo 293 do Código de Processo Civil, mantendo a condenação ao pagamento de indenização por danos materiais em virtude do falecimento do *de cuius*, sob a forma de pensão vitalícia, aplicada pelo TRT da 9^a Região, sob os seguintes fundamentos:

"JULGAMENTO EXTRA PETITA

O embargante aponta omissão quanto ao exame da arguição formulada em sede de recurso de revista no sentido de que não houve pedido de pensionamento nos autos.

De fato, o referido tema não foi objeto de exame no acórdão embargado, razão pela qual passo a sanar a referida omissão, conforme a seguir.

À fl. 369, o espólio reclamado aponta julgamento *extra petita*. Aduz que não houve pleito de pensionamento nos autos e, com isso, indica violação do artigo 293 do Código de Processo Civil. Ressalta que apenas consta pedido de indenização por danos materiais e morais.

Eis o teor do acórdão regional (fls. 337/337-verso):

PROCESSO N° TST-E-ED-RR-9953600-29.2006.5.09.0013

"Assim, considerando-se a inicial, com as limitações pelo depoimento do representante do Espólio, as Fichas Financeiras e os demais depoimentos pessoais, entende-se - para fins de fixação da indenização por danos materiais - que a remuneração média mensal do 'de cujus', pela atividade no Jóquei (bonificações + créditos por montaria + participação do proprietário), girava em torno de R\$ 1.720,00.

A indenização por dano material, em virtude do falecimento, tem caráter de pensão vitalícia, com reparação dos prejuízos no período de perda, tendo-se como termo final aquele de expectativa de vida para o homem médio (limite em 65 anos, pela inicial).

Faz jus o Espólio à indenização por danos materiais (pensão vitalícia) no equivalente a R\$ 1.720,00 por mês, a partir do mês do falecimento (11/98), inclusive, até o mês em que o 'de cujus' completaria 65 anos de idade (inclusive). As parcelas vencidas deverão ser quitadas, englobadamente, de uma só vez e as vincendas, pagas mês a mês; correção monetária, mês a mês, nas respectivas épocas próprias; juros de mora, a partir da data do ajuizamento da ação quanto às parcelas do período anterior ao ajuizamento e mês a mês, a partir de então.

Em razão da condenação ao pagamento de pensão em prol da reclamante, cabível a obrigação do devedor de constituir capital suficiente destinado ao seu cabal cumprimento, nos termos do art. 475-0 do CPC, haja vista a natureza alimentar da parcela. A determinação de constituição deste capital constitui providência a ser adotada pelo próprio magistrado, 'ex officio', independentemente de provação da parte."

Do exame da petição inicial, verifica-se que foi formulado pedido de condenação em dano material, com fundamento no artigo 1.059 do então vigente Código Civil, o qual determinava que "as perdas e danos devidas ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar."

Na sequência, a parte reclamante afirma como causa de pedir que "a autora e seus filhos, com o falecimento de seu marido, pai e provedor, foram privados, também, do consequente ganho pecuniário que o 'de cujus' lhes podia proporcionar" (fl. 4).

Portanto, trata-se de indenização decorrente de lucros cessantes.

Assim, ao impor a condenação, o TRT observou os contornos delimitados na peça exordial, julgando a matéria segundo a diretriz do artigo

PROCESSO N° TST-E-ED-RR-9953600-29.2006.5.09.0013

293 do CPC, ou seja, de forma restritiva, na exata exegese que se faz do citado dispositivo, o qual, portanto, se encontra ileso.

Acrescente-se que o critério adotado pelo Tribunal Regional para impor a condenação respaldou-se na disciplina do atual Código Civil, em seu artigo 950.

Com essas considerações, no tópico, acolho os embargos de declaração, com efeito modificativo, para, sanando omissão, não conhecer do recurso de revista com relação ao tema "julgamento extra petita" (fls. 496-497. grifei).

Nas razões do recurso de embargos, sustenta o reclamado a inexistência de pedido de pensionamento pelo reclamante e alega ter a 7^a Turma reconhecido expressamente em seu acórdão a inexistência de pedido inicial na reclamatória. Assim, afirma não poder a 7^a Turma interpretar a causa de pedir do reclamante como pedido de lucros cessantes sem incorrer em julgamento extra petita, sob pena de violação do artigo 293 do Código de Processo Civil. Transcreve um aresto para o cotejo de teses, no qual a 4^a Turma do TST verifica a inexistência de pedido e dá provimento a recurso para afastar a aplicação de parcela não pleiteada na inicial. Busca, ainda, respaldar seus argumentos com a alegação de inocorrência da vedação imposta pela Súmula 126 do Tribunal Superior do Trabalho.

Ao exame.

Conforme observado, o acórdão prolatado pela 7^a Turma deste Tribunal Superior em embargos de declaração determinou ter sido formulado pedido de condenação em danos materiais, com fundamento no artigo 1.059 do Código Civil de 1916, o qual determinava a indenização ao credor por lucros cessantes, e apontou como causa de pedir do reclamante as privações passadas pela esposa e filhos do *de cuius*, provedor da família, em razão de seu falecimento e da consequente perda do ganho pecuniário por ele proporcionado.

Desse modo, a 7^a Turma entendeu que o acórdão do TRT observou os contornos delimitados na exordial ao condenar os reclamantes ao pagamento de indenização material por lucros cessantes com base no artigo 1.059 do Código Civil de 1916, sob a forma de pensionamento em

PROCESSO N° TST-E-ED-RR-9953600-29.2006.5.09.0013

razão do falecimento do *de cuius*, julgando a matéria restritivamente conforme diretriz do artigo 293 do CPC, além de se respaldar na disciplina do atual artigo 950 do Código Civil de 2002.

Nesse contexto, o arresto proveniente da 4^a Turma deste Tribunal Superior, de relatoria do Juiz convocado José Antônio Pancotti, e publicado no DEJT de 14/11/2003, não demonstra divergência jurisprudencial válida e específica, consoante se observa da respectiva ementa:

"(...). JULGAMENTO EXTRA PETITA. OCORRÊNCIA. Se o Eg. Tribunal Regional reconhece que o reclamante não pleiteou o pagamento do adicional de horas extras com base em norma coletiva, caracteriza julgamento *extra petita* a condenação que determina sua observância. Violão dos arts. 128 e 460 do CPC. Recurso de revista parcialmente conhecido e provido" (RR-424323-88.1998.5.03.5555, Relator Juiz Convocado: José Antônio Pancotti, Data de Julgamento: 29/10/2003, 4^a Turma, Data de Publicação: DJ 14/11/2003).

Nota-se que, ao contrário do arresto trazido para comprovação de divergência jurisprudencial, a 7^a Turma do TST não reconhece expressamente a inexistência de pedido na inicial, pois seu fundamento é no sentido de que o acórdão regional julgou a matéria de forma restritiva e, portanto em conformidade com o artigo 293 do CPC, ao identificar o pedido como sendo indenização por dano material com fundamento em lucros cessantes conforme disciplinava o artigo 1.059 do Código Civil de 1916.

Deste modo, não há especificidade nem identidade entre os casos do acórdão embargado e o arresto paradigma capaz de ensejar divergência, uma vez que, no caso em apreço, não houve reconhecimento de inexistência de pedido de pensionamento, como alegado pelo embargante. Portanto, mostra-se inespecífico o acórdão paradigma trazido para fins de comprovação de divergência jurisprudencial, na forma da Súmula 296, I, do Superior Tribunal do Trabalho.

Por fim, por todos os ângulos sob os quais se analisem a controvérsia, indubitável que o modelo carece de especificidade, porquanto se refere a demanda que apresentou peculiaridades não

PROCESSO N° TST-E-ED-RR-9953600-29.2006.5.09.0013

verificadas na decisão ora embargada, passando ao largo, pois, da Súmula 126 desta Corte.

Não conheço do recurso de embargos.

ISTO POSTO

ACORDAM os Ministros da Subseção I Especializada em Dissídios Individuais do Tribunal Superior do Trabalho, por unanimidade, conhecer do recurso de embargos apenas no tocante à possibilidade de aplicação da responsabilidade objetiva do artigo 927, parágrafo único, do Código Civil de 2002 em acidente de trabalho ocorrido em 1998, por divergência jurisprudencial e, no mérito, por maioria, negar-lhe provimento, vencidos os Exmos. Ministros João Oreste Dalazen, Ives Gandra Martins Filho e Guilherme Augusto Caputo Bastos.

Brasília, 17 de agosto de 2017.

Firmado por assinatura digital (MP 2.200-2/2001)

AUGUSTO CÉSAR LEITE DE CARVALHO
Ministro Relator