

CULPA EXCLUSIVA DA VÍTIMA E ATIVIDADE DE RISCO: A NECESSIDADE DE PACIFICAÇÃO DA QUESTÃO NO TST

Elthon José Gusmão da Costa

1 INTRODUÇÃO

A questão envolve a análise do caput do art. 927 do Código Civil¹ (atividade normalmente exercida), tratando-se da devida alocação de riscos, isto é, a necessidade de somente se imputar objetivamente a reparação de um dano a uma pessoa se o risco for próprio à atividade. Ora, apenas quem tem condições de evitar um risco ou mitigá-lo de forma eficiente deverá suportá-lo caso ocorra.

Diante desse conceito, a ocorrência do trabalhador, que, no meio de sua “atividade normal”, resolve praticar algo fora de suas funções (como o motorista da empresa que consome bebida alcoólica e insiste em dirigir o carro da companhia logo após, por exemplo), torna-se então atividade que não é mais normal, pois fora das funções do empregado.

Por essa razão, aliás, faz-se a distinção entre fortuito interno e fortuito externo para distinguir os riscos inerentes à atividade e, por isso, assumidos pelo agente, dos riscos alheios ao empregador e, por isso, capazes de romper o nexo de causalidade.

A intenção do texto legal é a de reprovar o comportamento do causador

1 Código Civil

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.** (g. n.)

Elthon José Gusmão da Costa

Advogado. Master in International Sports Law (ISDE). Membro da Ordem do Mérito Judiciário do Trabalho do Tribunal Superior do Trabalho no Grau Oficial. Pesquisador do núcleo de estudos “O Trabalho além do Direito do Trabalho: Dimensões da Clandestinidade Jurídico-Laboral” (NTADT), da Faculdade de Direito da USP. Membro da Academia Nacional de Direito Desportivo (ANDD). Currículo lattes: <https://lattes.cnpq.br/6993275053416440>. Orcid: <https://orcid.org/0009-0000-9916-685X>. E-mail: elthon@hotmail.com.

do dano quando este se divorcia do bom senso e da normalidade, isso nos casos em que o agente poderia ter optado por outra forma de agir, mas não o fez (agindo de maneira "anormal").

Em suma, não há como o empregador assumir a responsabilidade nos casos em que se demonstre que o trabalhador irresponsavelmente se serviu do livre-arbítrio, ainda que se trate de atividade de risco, que, mesmo existente, teve sua lesividade elevada por iniciativa do obreiro.

O tema convida à reflexão sobre as várias questões que esse caso suscita, como a natureza da atividade do reclamante, a objetividade ou subjetividade da responsabilidade e as consequências da ação culposa do trabalhador frente à responsabilidade empresarial.

Veremos com o TST tem lidado com a questão.

2 A DOCTRINA E A JURISPRUDÊNCIA DO TST ACERCA DA QUESTÃO

O fortuito externo, diferente do fortuito interno (assim considerado o acontecimento que, apesar de imprevisível e inevitável, está vinculado aos riscos da atividade e se insere na dinâmica empresarial), distingue-se por ser estranho à organização do negócio, não guarda relação de causalidade com o a atividade do fornecedor e é absolutamente estranho ao serviço².

Somente nesse caso, de fortuito externo, estará ausente o dever de indenizar. Essa é a firme jurisprudência do TST³.

No entanto, quando se trata de atividade de risco, tal tema não se encontra pacificado no âmbito do TST, gerando grande insegurança jurídica.

A título de exemplo, acórdão da 3ª Turma do TST⁴, (tratando de trabalho em altura onde o trabalhador durante o labor, em atividade estranha ao trabalho, tirou o cinto para pegar um chapéu do Flamengo que estava na posse de uma funcionária da reclamada e acabou por cair) diz que: *"O fato da vítima, decorrente de sua conduta, não é suficiente para afastar o elevadíssimo risco da atividade por ele exercida no telhado. Nesse contexto, não há falar em culpa exclusiva da vítima."*

2 CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de responsabilidade civil. 15ª ed. Barueri: Atlas, 2022, p. 89. In: BRANDÃO, Cláudio. Acidente do trabalho e responsabilidade civil do empregador: a responsabilidade objetiva nas atividades de risco específico acentuado. 5ª. ed. Brasília: Venturoli, 2023, p. 315.

3 Ibid.

4 Processo nº. RRAg - 827-16.2019.5.08.0125, disponível em <https://jurisprudencia-backend2.tst.jus.br/rest/documentos/48a59f1ea0920f8b6e1dbb2313e4f2f3>.

Em contrapartida, acórdão da 5ª Turma⁵, em caso análogo, asseverou que: *"a só circunstância de se cuidar de atividade empresarial de risco não impõe, objetivamente, o dever de reparação em toda e qualquer circunstância, em eventos ligados ao exercício da atividade."*

No Brasil, o fato da vítima, especialmente quando se traduz na assunção voluntária do risco (*assumption of risk*), vem sendo considerado como excludente de responsabilidade.

Kenneth W. Simons, Professor de Direito da Faculdade de Direito da Universidade de Boston, assim tratou a questão da assunção voluntária de risco:

No mínimo, os tribunais deveriam qualificar cuidadosamente o termo e distinguir seus vários significados, identificando com precisão, para cada um deles, o conteúdo substantivo e o efeito legal. (...) Um argumento a favor da segunda alternativa - preservar, mas qualificar o termo - é que a maioria de seus vários usos tem, pelo menos, uma semelhança familiar. Todos envolvem vítimas que, em um sentido ou outro, escolheram ou consentiram em aceitar um risco de dano. Por outro lado, essa família engloba alguns descendentes muito diferentes. **Por exemplo, a validade de uma liberação contratual levanta questões de política bastante diferentes do peso dado, em um regime de culpa comparativa, à escolha irracional de um ator de enfrentar um risco conhecido e criado por um ato ilícito⁶.**

(...)

Um exemplo é a falta de uso do cinto de segurança. (...) E, no entanto, talvez uma vítima não deva ser capaz de se recuperar integralmente de um lesionador negligente se, por causa de seus valores libertários particulares ou de preferência ao risco, ela optar por não usar um cinto de segurança que teria reduzido muito seus ferimentos⁷. (tradução e grifos nossos)

Goeringer, especialista sênior do corpo docente e especialista jurídico de extensão do Departamento de Economia Agrícola e de Recursos, da Faculdade de Agricultura e Recursos Naturais da Universidade de Maryland, EUA, assim define a assunção do risco:

5 Processo nº. Ag-RR-301-75.2017.5.12.0006, disponível em <https://jurisprudencia-backend2.tst.jus.br/rest/documentos/a2709910478c6b899c47126b045acfd8>.

6 SIMONS, Kenneth W. REFLECTIONS ON ASSUMPTION OF RISK. *UCLA Law Review*, EUA, p. 481-529, 6 ago. 2002. DOI <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.323398>. Disponível em: http://www.uclalawreview.org/wp-content/uploads/2019/09/32_50UCLALRev4812002-2003.pdf. Acesso em: 24 dez 2024. p. 496.

7 *Ibid.*, p. 526.

A assunção do risco, assim como a negligência contributiva, é uma defesa afirmativa. A ideia por trás da assunção do risco é que a pessoa lesada que consentiu voluntariamente em ser exposta a um risco conhecido não pode mais processar por danos (*Crews v. Hollenbach*, 751 A.2d 481, 488 (Md. 2000)). Quando uma pessoa assume o risco, você não tem mais o dever de cuidar dela. Os tribunais de Maryland decidiram anteriormente que, para provar a assunção do risco, três elementos precisam ser demonstrados: 1) conhecimento do perigo; 2) apreciação do risco; e 3) enfrentamento voluntário do risco. A comprovação da assunção do risco dependerá dos fatos de cada caso⁸. (tradução nossa)

Dessarte, conforme a corte norte-americana de Maryland consignou, três elementos precisariam ser demonstrados para que se prove a assunção do risco, quais sejam:

- 1) conhecimento do perigo;
- 2) apreciação do risco; e
- 3) enfrentamento voluntário do risco.

No caso da 3ª Turma, não haveria risco de queda se o empregado, que sabia do perigo da queda, não tirasse o cinto para praticar conduta estranha à suas funções, tendo enfrentado o perigo voluntariamente.

Relativo ao tema, leciona Frazão⁹ que, só em casos de dolo ou culpa grave do empregado, de forma a se criar uma situação que não pudesse ser compreendida no risco, se cogita excludente de responsabilidade.

Ainda segundo Frazão¹⁰, esses mesmos motivos justificam o afastamento da responsabilidade do empresário diante das incertezas, já que os eventuais danos daí decorrentes, por serem insuscetíveis de controle pelo empresário, são fortuitos externos e, nessa condição, devem ser endereçados por outras alternativas e soluções, de que é exemplo o sistema de seguridade social.

Celso Antônio Bandeira de Mello, ao abordar a responsabilidade do Estado nesses casos, aduz que:

8 GOERINGER, Paul. Contributory Negligence and Assumption of the Risk Offer Two Potential Defenses for Maryland Agricultural Operations. University of Maryland - Department of Agricultural and Resource Economics, [S. l.], 22 maio 2015. DOI <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2609373>. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2609373>. Acesso em: 24 dez. 2024. p. 3

9 FRAZÃO, Ana. Risco da empresa e caso fortuito externo. *Civilistica.com*. Rio de Janeiro, a. 5, n. 1, 2016. Disponível em: <http://civilistica.com/risco-da-empresa-e-caso-fortuito-externo>. Acesso em 24 dez. 2023. p. 22

10 *Ibid.*, p. 24

o Estado só se exime de responder se faltar o nexo entre seu comportamento comissivo e o dano. Isto é: exime-se apenas se não produziu a lesão que lhe é imputada ou se a situação de risco inculcada a ele inexistiu ou foi sem relevo decisivo para a eclosão do dano¹¹.

Entendemos que o mesmo ocorre com a responsabilidade da empresa pautada na teoria do risco criado, abraçada pelo art. 927 do Código Civil, que ora se discute. De forma geral, se o nexo causal não for configurado, não há falar em responsabilidade da empresa. Assim, não haverá nexo causal se o evento se der por culpa exclusiva da vítima.

Sobre o tema “culpa exclusiva da vítima”, assim leciona Sebastião Geraldo de Oliveira:

Fica caracterizada a culpa exclusiva da vítima quando a causa única do acidente do trabalho tiver sido a sua conduta, sem qualquer ligação com descumprimento das normas legais, contratuais, convencionais, regulamentares, técnicas ou do dever geral de cautela por parte do empregador. **Se o empregado, por exemplo, numa atitude inconsequente, desliga o sensor de segurança automática de um equipamento perigoso e posteriormente sofre acidente em razão dessa conduta, não há como atribuir culpa em qualquer grau ao empregador, pelo que não se pode falar em indenização. O “causador” real do acidente foi o próprio acidentado; daí falar-se em rompimento do nexo causal ou do nexo de imputação do fato ao empregador**¹². (grifamos)

A doutrina acaba por narrar uma situação semelhante aos autos discutidos no âmbito do TST, nos quais o empregado, numa atitude inconsequente, retira o cinto de proteção e acaba por sofrer o acidente, o que romperia o nexo de causalidade em relação ao empregador.

Não se nega que a exposição do empregado a um ambiente de risco potencial, por força da natureza da atividade ou do seu modo de execução, o coloque em condição permanente de vulnerabilidade, mas isso pode ser agravado por livre-arbítrio do próprio trabalhador, onde a atividade deixa de ser “normal”.

Segundo Brandão, um exemplo que pode elucidar essa situação e auxiliar

11 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de direito administrativo. São Paulo: Malheiros, 14. ed. 2002, p. 829.

12 OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. Indenizações por Acidente do Trabalho ou Doença Ocupacional. 12ª. ed. Salvador: Juspodivm, 2021. p. 208.

na construção das hipóteses equiparáveis à natureza habitual da atividade pode ser obtido dos conceitos “permanente”, “intermitente” e “eventual”, previstos na Súmula nº 364 do TST, para o reconhecimento do direito à percepção do adicional de periculosidade pelo eletricitário. Conforme o ilustre autor e ministro do TST, “O adicional somente não é deferido quando o risco se apresenta de forma eventual, ausente das atividades cotidianamente exercidas pelo empregado; aleatório; sem continuidade; imprevisível. (...) não caberá a responsabilidade objetiva quando se apresentar de maneira episódica, sem vinculação com o plexo de atividades cotidianas”.¹³

Isto posto, a meu sentir, aplicou mal a Egrégia 3ª Turma do TST o art. 927 do Código Civil diante do Tema 932 do STF - que entendeu ser compatível tal dispositivo com o art. 7º, XXVIII da CF - pois a atividade realizada pelo trabalhador não poderia ser reconhecida como “normal”, tendo feito o ministro Alexandre, relator do recurso extraordinário nº 828.040 do STF, que gerou o tema, a seguinte ressalva relativa ao assunto ora debatido:

“Logicamente, não se pode permitir abusos, e esse é o risco de se aplicar a exceção como regra. O parágrafo único é exceção e traz os requisitos para sua exata aplicação. O caput do 927 é a regra, seja no Direito Civil, seja no Direito Trabalhista na questão da indenização por acidentes no trabalho. **Não é qualquer resultado danoso que pode ser considerado consequência de um risco habitual ocorrido na atividade.** Nós temos de ver se a atividade pressupõe o risco como inerente ao seu próprio exercício habitual.”¹⁴ (g. n.)

O Ministro Alexandre, nesse ínterim, não afastou o fato exclusivo da vítima. Se o risco é anulado pelo uso do equipamento de proteção ou decorre de ato do próprio empregado, em descumprimento de seu contrato, não pode a responsabilidade recair sobre o empregador.

Destarte, se o trabalhador (como no caso da 3ª Turma do TST) habituado a trabalhar em grandes alturas, apresenta-se ao trabalho (executado com todas as cautelas, incluídos os sistemas de ancoragem e os equipamentos de segurança previstos na NR 35, sob o devido planejamento, e detendo para tanto o necessário treinamento) e dispõe-se a tirar o cinto para pegar um objeto que não tinha relação com o trabalho (boné de clube de futebol), lançando-se em queda livre, praticando ato sem

13 BRANDÃO, Op. Cit. p. 553.

14 RECURSO EXTRAORDINÁRIO 828.040 DISTRITO FEDERAL, p. 10.

qualquer relação relevante com o próprio estresse laboral. Diante disso, evidentemente não há como imputar normativamente o resultado morte ao empregador, ainda que se possa identificar nexos causal com a atividade desempenhada (afinal, não fosse pelo deslocamento vertical via andaime, não teria havido a queda).

E o nexo normativo não se estabelece precisamente porque, sob as circunstâncias narradas, o empregador podia confiar em que, na divisão de trabalho, o obreiro desenvolvera suas atividades cumprindo as expectativas que emanavam das funções que lhe foram assinadas. Noutras palavras, o patrão daria podia confiar em que seu empregado ater-se-ia ao trabalho cometido e não defraudaria os deveres próprios de seu rol (entre os quais o de observar as normas de segurança no trabalho, *ex vi* do art. 158,1 e II, da CLT). A rigor, o evento sequer configuraria acidente de trabalho para fins previdenciários (art. 21, II, "a contrario", da Lei 8.213/1991).¹⁵

Portanto, caso demonstrado que o empregado poderia ou deveria ter agido de modo diverso, não se pode responsabilizar a empresa pelo ato infringente a dever legal praticado pelo trabalhador, pois este estava consciente dos prejuízos que poderiam lhe advir, tendo assumido o risco de provocar o evento causador do dano.

A questão é controversa e necessita de pacificação, como vimos.

3 A NECESSIDADE DE PACIFICAÇÃO DA QUESTÃO ATRAVÉS DO IDRR

A divergência entre as Turmas do TST gera verdadeira insegurança jurídica, sendo que algumas Turmas têm se baseado em julgado da Subseção I de Dissídios Individuais do TST que não tratou de atividade estranha às funções do colaborador, como foi o caso da 3ª Turma, que se baseou no mesmo precedente da SBDI-I.

Naquele caso, a Subseção I de Dissídios Individuais do TST, julgando recurso de embargos envolvendo motorista de caminhão carreteiro¹⁶, entendeu ser de natureza objetiva a responsabilidade civil do empregador diante da atividade de alto risco a que estava exposto o empregado - relativo à afirmação de que a possível negligência ou imperícia do empregado em sua função de motorista não impedir a responsabilização da empresa - não se tratou atividade estranha às funções (pois o obreiro estava em desempenho normal de suas funções, mesmo quando acelerou o veículo em demasia para terminar o trabalho mais cedo), o que excluiria o nexo de causalidade.

Cumprindo ainda trazer à baila caso recente da Subseção II de Dissídios

15 FELICIANO, Guilherme Guimarães. Responsabilidade civil no meio ambiente do trabalho: nexos causal, nexo normativo e teoria da imputação objetiva. São Paulo: Thomson Reuters, 2022, p. 371-272.

16 Processo nº. E-RR-270-73.2012.5.15.0062, disponível em <https://jurisprudencia-backend2.tst.jus.br/rest/documentos/a04e77e821a0b81332ad55b70a1aeedc>.

Individuais do TST, o ROT - 5864-11.2022.5.15.0000¹⁷, no qual o relator entendeu que a culpa exclusiva da vítima constitui excludente da responsabilidade objetiva, ainda que se trate de atividade de risco, citando o precedente da 5ª Turma do TST que trouxemos acima.

Diante do caso, cremos que o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, bastante privilegiado pelo Colendo TST ultimamente¹⁸, seria uma solução interessante, considerando que algumas Turmas entendem que, mesmo em caso de fortuito externo e culpa exclusiva da vítima, a responsabilidade persiste em relação ao empregador, ainda que de forma concorrente.

No processo civil, a técnica de julgamento de recursos repetitivos é iniciada com a Lei n. 11.418, de 2006, do recurso extraordinário e, posteriormente estendida para o recurso especial com a Lei n. 11.672, de 2008, ambos com inspiração no *Musterverfahren* do Direito alemão. A Lei n. 13.015/15 incorpora o recurso de revista repetitivo ao processo do trabalho, com os novos arts. 896-B e 896-C da CLT.

O ponto em comum nesses procedimentos é uma cisão cognitiva e decisória, realizada a partir da escolha de um modelo, no qual serão apreciadas as questões comuns aos casos similares, ficando a decisão do caso concreto para o juízo do processo originário. Importa no exame da natureza jurídica do recurso de revista repetitivo a identificação de importantes diferenças em relação ao tratamento da matéria no Direito Comparado, respeitando-se as divergências entre os diferentes países.¹⁹

Assim, nos termos do art. 896-C da CLT, “quando houver multiplicidade de recursos de revista fundados em idêntica questão de direito, a questão poderá ser afetada à Seção Especializada em Dissídios Individuais ou ao Tribunal Pleno”. Eis a proposta de questão de direito com relação ao tema ora em discussão:

“a circunstância de se cuidar de atividade empresarial de risco impõe, objetivamente, o dever de reparação em toda e qualquer circunstância, em eventos ligados ao exercício da atividade?”

17 Processo nº. ROT-5864-11.2022.5.15.0000, disponível em <https://jurisprudencia-backend2.tst.jus.br/rest/documentos/55ccdcca0864f689e4bfb7ba75555c05>.

18 AMARAL, Felipe Marinho. 2024: o ano que o TST compreendeu a importância dos recursos repetitivos. Consultor Jurídico, Brasil, 21 dez. 2024. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2024-dez-21/2024-o-ano-que-o-tst-compreendeu-a-importancia-dos-recursos-repetitivos/>. Acesso em: 24 dez. 2024.

19 AMENT, Thiago Henrique. **Recurso de Revista Repetitivo: Entre os precedentes da Common Law e o Julgamento por Causa-Piloto**. Brasil: LTr, 2018. p. 82.

CONCLUSÃO

A questão, da maneira como se encontra, gera grande insegurança jurídica, e precisa ser dirimida para que os controles exercidos pelo empregador possam surtir efeito, impondo aos empregados que se ativam em funções de risco a observância das normas de segurança, não se podendo aceitar que, ao descumpri-las, a justiça tratará de indenizá-los por seus infortúnios, excluindo-se o instituto do fato exclusivo da vítima sempre que a função do trabalhador for de risco.