

ACIDENTE "IN ITINERE"

Tupinambá Miguel Castro do Nascimento

Promotor Público em Canoas – RS

Prof. da Fac. de Dir. da Univ. de Caxias do Sul

1. Na atualidade brasileira, a rua representa perigo. Embora os contingentes policiais, os assaltos aumentam, assustadoramente, dia a dia, e, volta e meia, uma vítima de assalto sofre ferimentos, leves ou graves, quando não vem a morrer. Outras vezes, a causa do acidente é o calçamento irregular, uma casca de banana ironicamente colocada no chão ou um tijolo que cai de um edifício em construção. Em algumas hipóteses, é a ocorrência de trânsito. Automóveis e caminhões dirigidos por pintacudas ou mesmo com todo cuidado podem, com ou sem culpa do pedestre, provocar-lhe um acidente. Tais conseqüências danosas ao corpo humano trazem, às vezes, incapacidades para o trabalho das vítimas, com reflexos negativos em sua produção, na conquista de uma remuneração condigna para subsistência de sua família. Porisso, têm influência em sua segurança social e familiar. Em conclusão, a rua, hodiernamente, oferece um considerável risco à integridade do homem.

O objetivo do Direito Infortunistico é tutelar os hipossuficientes em conseqüência das incapacidades ou morte resultantes da atividade laboral, dando aos acidentados ou aos beneficiários, em caso de morte, aqueles benefícios que substituem o salário que perderam, em conseqüência da redução da capacidade, de invalidez ou da morte. Porisso, apareceu no texto das leis de infortunistica, tratada como acidente do trabalho, a figura do acidente "*in itinere*". Deixando-se de lado o alto sentido de política social que informa a extensão protetiva das leis acidentárias a tais hipóteses, a primeira pergunta que se pode fazer é a seguinte: — como se relacionar o acidente sofrido na rua com a atividade laboral que, normalmente, é prestada no estabelecimento patronal? O legislador reconheceu que o homem, para prestar seu trabalho, deve se locomover de sua residência ao local de seu serviço. Este itinerário percorrido é exigência da prestação laboral. Assim, embora o acidente ocorrido neste transcurso não esteja vinculado diretamente com o serviço prestado, não há como se negar que indiretamente está.

A tutela infortunistica aos acidentes ocorridos durante o trajeto da residência ao trabalho e vice-versa, não é uma solução exclusivamente brasileira. Existem sentenças prolatadas na Espanha, datadas de 1908, reconhecendo como acidente do trabalho o ocorrido no trajeto. E, conforme diz MIGUEL HERNAINZ MARQUES (Accidentes del Trabajo y Enfermedades Profesionales, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, pág. 129), "por eso,

desde un punto de vista teórico, debe, en princípio, reputar-se como acidente, apoyado por la clara idea, que desde que el obrero sale de sua casa para ir al trabajo, y cuando a aquella vuelve de este, se encuentra, en cierto modo, incurso en la esfera de la ligazón con la empresa, y prácticamente sometido a su autoridad laboral”.

Entretanto, o pensamento não é pacífico a respeito. FRANCISCO DE FERRARI (El Nuevo Derecho sobre Accidentes de Trabajo, Montevideo, págs. 63/64) demonstra que o acidente “*in itinere*” motivou diversas polémicas, visto que “la subordinación a que está sujeto el obrero, cesa desde el momento en que abandona el taller para reintegrarse en su hogar. Por consiguiente ni la idea de la subordinación ni la teoría del riesgo específico creado por la industria, pueden ser invocados en estos casos por la víctima del accidente. Su situación pasa a ser regida incuestionablemente por el derecho común”.

A simples leitura destes dois autores demonstra a polémica doutrinária, no campo internacional, que, pelos idos de 1940, existia a respeito do acidente no itinerário. Pensamos que a razão está com o doutrinador espanhol. Observa-se, nitidamente, o relacionamento causal indireto entre o itinerário e o trabalho. Aquele é percorrido por imposição deste. A finalidade de se percorrer determinado trajeto está na necessidade de se comparecer ao serviço. Esta finalidade, qualificada pela necessidade, é que, em nosso entender, sustenta, doutrinária e legislativamente, o acidente no percurso. Se tal não fosse, outro argumento sustentaria a inclusão de tais acidentes na lei: — a política social. Em direito essencialmente protetivo, garantia constitucional do trabalhador, não poderia o legislador fechar os olhos, face questões doutrinárias, para hipóteses que infelicitem a família e o indivíduo e trazem aspecto negativo à realidade social do obreiro.

O Dec. Lei nº 7036, de 10 de novembro de 1944, sentindo a polémica, reconheceu o acidente “*in itinere*” como acidente do trabalho, mas delimitou consideravelmente seu conceito. O acidente no trajeto só era acidente do trabalho quando ocorrido em condução especial fornecida pelo empregador ou se o empregado tivesse que se locomover obrigatoriamente por vias e meios que oferecessem reais perigos, a que não estivesse sujeito o público em geral. Era o que dizia, claramente, o artigo 7º, letra “c”, do Dec. Lei nº 7036.

Foi tímido o legislador de 1944, eis que, na “Exposição de Motivos” da Lei, dizia que “por isso, considerou acidente do trabalho todo aquele que se verifica pelo exercício do trabalho ou *em consequência dele...*” Não há como se destruir o nexo causal indireto entre o trajeto percorrido com a finalidade de trabalhar e o trabalho, sendo, portanto, consequência deste.

Pensamos até que, inexistisse o artigo 7º, letra "c", do Dec. Lei nº 7036, o acidente "*in itinere*" estaria, natural e logicamente, no conceito de infortúnio do trabalho em sua forma mais ampla. Porque o acidente no itinerário ocorreu em consequência da necessidade de se locomover para prestar o serviço.

Como se observa, contudo, o risco segurado acidentalmente, no Dec. Lei nº 7036, tinha que ter uma sensível ligação com o trabalho. A condução especial do empregador ou as vias e meios perigosos, a que não estivesse sujeito o público em geral, eram consequências necessárias do trabalho. Por isso, nestes casos específicos e delimitados, havia tutela infortunística; nos outros casos, a reparação, se houvesse acidente, não seria feita pelo empregador, transferindo-se a obrigação de indenizar pelas perdas e danos para os responsáveis, na forma do direito comum.

Embora solução tímida, não se pode negar que foi um progresso, relativamente à legislação anterior. A lei acidentária revogada, Decreto nº 24.637, de 10 de julho de 1934, só tutelava o acidente no itinerário quando ocorresse em "condução especial fornecida pelo empregador" (art. 2º, § 2º), enquanto que, pelo Dec. Lei de 1944, houve extensibilidade à hipótese de vias e meios perigosos não usáveis pelo público em geral.

Na realidade, o conceito de acidente "*in itinere*", na lei infortunística de 1944, nada mais fez que revigorar, na responsabilidade acidentária, um resquício de culpa atribuível à empresa por ter fornecido condução especial ou forçar o empregado a andar por locais, vias e meios perigosos, o que, tecnicamente, era um erro, visto que, em direito infortunístico, a responsabilidade é objetiva.

A Lei nº 5.316, de 14 de setembro de 1967, que integrou o acidente do trabalho na previdência social, deu, ao acidente "*in itinere*", um conceito mais social e amplificado, seguindo, aliás, a orientação legislativa já adotada pelo Dec. Lei nº 293, de 28 de fevereiro de 1967. Assim, a Lei nº 5.316 diz que "será também considerado acidente do trabalho" o sofrido pelo empregado "no percurso da residência para o trabalho ou deste para aquela" (art. 3º, inc. II, letra "d"), bem como, por disposição do Regulamento da Lei, aprovado pelo Decreto nº 61.784, de 28 de novembro de 1967, o ocorrido "no percurso de ida e volta para a refeição no intervalo do trabalho" (art. 6º, letra "e").

Como se nota, o percurso — não importando se a condução é, ou não, oferecida pelo empregador, ou se as vias e os meios usados oferecem, ou não, reais perigos não sujeitos ao público em geral — está coberto pelo risco profissional, eis que há, indiretamente, uma ligação entre fazer este trajeto e a atividade laboral. A conceituação atual sofreu os efeitos da realidade fática, base de qualquer lei, e, por isso mesmo, alcançou uma extensão elogável. Esperar que, na grande maioria dos casos, a solução reparadora fosse

encontrada no direito comum, seria retroagir, nas hipóteses não tuteladas anteriormente, para os princípios da culpa aquiliana, quando a responsabilidade só era possível na ocorrência de culpa do que iria reparar o dano. Como consequência, muitos casos ficariam sem reparação trazendo efeitos negativos no plano social. A lei atual se sensibilizou com este aspecto humano e coletivo.

A nova conceituação, embora constante da Lei nº 5316, se estende aos casos regulados pelo Dec. Lei nº 7036, isto porque o conceito de acidente do trabalho é o único para os dois diplomas que, em regime de duplicidade, se aplicam, cada um em seu campo específico, no território nacional. Com efeito, o artigo 29 da Lei nº 5.316, ao restaurar o Dec. Lei nº 7036, o fez com exceção do conceito de infortúnio do trabalho, que é o da nova lei.

E mais: — pelo princípio da irretroatividade das leis, os casos ocorridos antes da vigência da Lei de 1967 e ainda não definitivamente julgados deveriam obedecer, quanto ao conceito de acidente do trabalho, o que dissesse a lei então em vigor. Entretanto, o Supremo Tribunal Federal tem entendido que, em direito essencialmente protetor como é o infortúnio, a nova norma, quando mais benéfica que a anterior, deve ser aplicada retroativamente. O Pleno do S.T.F., no Recurso Extraordinário nº 70.736, de 3 de novembro de 1970, prelecionou que “a lei de acidentes se caracteriza essencialmente pelo seu espírito de proteção e fins eminentemente sociais e, destarte, toda vez que se inova para beneficiar, o dispositivo favorável deve alcançar o acidente ainda não definido judicialmente” (Revista Trimestral de Jurisprudência, vol. 55, pág. 806).

Assim, mesmo para os casos ocorridos antes de entrar em vigor a Lei nº 5.316 e ainda não julgados definitivamente, o novo conceito de acidente “*in itinere*” deve ser o aplicado. É o que, em outras palavras, decidiu a 1ª Turma do S.T.F., no Recurso Extraordinário nº 64.878, de 28 de fevereiro de 1969: “Ao que se vê, houve uma inteligência acertada, compatível com o sentido protetivo da Lei de Acidentes, alcançando o fim social a que ela se destina. O argumento de que se aplicara a lei nova a fato pretérito não impressiona, eis que se cuida de norma de ordem pública, de aplicação imediata, alcançando os casos pendentes” (Revista Trimestral de Jurisprudência, vol 49, pág. 133).

2. O acidente “*in itinere*” foi regulamentado pelo Decreto nº 61.784, de 28 de novembro de 1967, ali se dispondo, no artigo 6º, § 2º, que não é acidente do trabalho o “sofrido pelo empregado que tiver, por interesse pessoal, interrompido ou alterado o percurso”, entendendo-se como percurso, diz o § 3º do mesmo artigo, “o trajeto usual da residência ou do local da refeição para o trabalho...”.

Não foi nada feliz o Regulamento nesta parte final, ao dar como requisito, para que haja cobertura do trajeto, que ele seja o usual, sabendo-se

do-se que, semanticamente, usual é sinônimo de habitual, rotineiro, costumeiro, etc. Pelo Regulamento, como está escrito, se o empregado habitualmente usa a rua "A" para ir ao trabalho e, num determinado dia, vem pela rua "B" e se acidenta, o acidente ocorrido não está coberto pelo risco, visto que o itinerário não era o habitual.

O objetivo do dispositivo regulamentador não é este, visto que, se fosse, estaria destruindo toda a teoria do risco profissional, uma das maiores conquistas do direito infortunístico. Isto sem contar certas questões que, no Regulamento, ficariam insolúveis. A habitualidade se dá de que forma? Quantas vezes é necessário fazer idêntico trajeto para que ela seja habitual? Mudando-se, hoje, para a rua "C", o trajeto que o empregado fizesse, no primeiro dia, seria habitual? E se, usando de sua autonomia de vontade, o empregado fosse um dia pela rua "A" e, outro dia, pela rua "B", e, assim, intercaladamente, qual seria o habitual ou os dois seriam usuais? Enfim, as questões mais intrincadas, considerados os fatos de todos os dias, poderiam ser expostas para transformar, num quase nada, o novo conceito de acidente no trajeto.

A qualificativa de *usual* para que o transcurso esteja coberto, é restrição do Regulamento, pois que a Lei não a contém. Sob este aspecto, o dispositivo restringe a Lei. Poderia fazê-lo? Os princípios da legalidade e da hierarquia das leis sobre os regulamentos, existentes no direito brasileiro, impedem tal maneira de dispor do Regulamento. CAIO MARIO DA SILVA PEREIRA (Instituições de Direito Civil, vol. I, pág. 71, 3ª edição, Forense-Rio) diz que "por serem destinados a pautar a execução da lei, os decretos e regulamentos devem conter-se nos limites traçados por aquela. Não podem exorbitar de seus termos, sob pena de ineficácia." Indiscutivelmente, a lei dá cobertura ao trajeto, não impondo que ele seja habitual. O Regulamento, ao tal dispor, está, indesculpavelmente, restringindo a amplitude da lei e a cobertura legal. Porisso, no que se refere à usualidade, sua ineficácia, como norma jurídica, é flagrante.

O requisito incluído no Regulamento, de outro lado, fere toda a teoria do risco profissional contida na lei. Como já se viu, a cobertura do trajeto se dá porque o itinerário é consequência indireta da prestação laboral. A locomoção é exigência para a execução dos serviços em determinado local. O que diz a teoria do risco profissional em consonância com a da responsabilidade objetiva? No acidente do trabalho, em virtude de ser o empregador quem lucra com o trabalho, é ele quem deve reparar as consequências do infortúnio, sem se examinar a culpa de quem quer que seja para sua caracterização. Somente se admite o exame do elemento subjetivo dolo do empregado, estando neste incluída "a desobediência a ordens expressas do empregador" (art. 7º, letra "a", do Dec. Lei nº 7036), para a descaracterização do acidente.

Ora, não há como se concluir, na generalidade dos casos, que a mudança de itinerário seja motivada por dolo, bem como, mesmo se a entendendo culposa (o que seria de difícil constatação), nenhuma importância teria a culpa para a verificação do acidente e sua conseqüente reparação. O dolo não é a intenção de alterar o percurso; sim, a circunstância específica de querer que o acidente ocorra. A simples mudança de itinerário, portanto, está desvinculada de qualquer atitude dolosa. Não ocorrendo dolo, diz eficazmente o princípio infortunistico da responsabilidade objetiva, o acidente do trabalho está caracterizado.

O Regulamento procura, assim, ressuscitar a teoria da culpa aquiliana, entendida como culpa a mudança de trajeto. Atitude que, indiscutivelmente, deve ter irritado as ossadas de SALEILLES e de JOSSERAND, os síndicos da massa falida da culpa em acidente do trabalho, na expressão peculiar de RIPERT. Estando em atrito com toda teoria que embasa a responsabilidade infortunistica, o requisito de usualidade é ineficaz. Ninguém pode impor um trajeto para o empregado. Ele é livre para escolher aquele que, num determinado momento, lhe pareça melhor. Basta se ver que, se, na prestação laboral, o obreiro muda culposamente seu modo de trabalhar e vem a se acidentar, está caracterizado o infortúnio do trabalho. Porque se desnaturaria o acidente de trabalho na hipótese de, sem culpa e sem dolo, mudar o trajeto?

A única característica vinculadora do percurso, como base para o acidente de trabalho, é a finalidade do percurso. Se o percurso tem a finalidade de levar ao trabalho, ele está coberto acidentalmente; caso contrário, não. Porque a finalidade é que serve de liame indireto entre o trajeto percorrido e o exercício do trabalho. Por isso é que o Regulamento — e, neste passo, corretamente — fala em mudança de percurso por interesse pessoal para descaracterizar o acidente "*in itinere*", entendido o interesse pessoal como destruidor da finalidade. Seria, por exemplo, o caso de alguém que, antes de ir para o trabalho, fosse a um cinema. O trajeto de sua casa ao cinema não estaria coberto pelo risco acidental, visto que a finalidade não seria ir para o trabalho. Mas, indiscutivelmente, o trajeto do cinema para o trabalho está coberto. Porque o empregado faz este trajeto, para prestar seu trabalho.

Assim, a exclusão do risco quando o percurso é, por interesse pessoal, interrompido ou alterado, deve ser bem compreendida. Esta alteração não se prende à mudança de ruas ou vias. Se, usualmente, o empregado vai pela rua "A" e, um dia, vai pela rua "B", houve alteração do percurso. Mas não é a este fato que se refere a exclusão, porque a finalidade de ir ao trabalho permanece. O empregado é livre para escolher o caminho que melhor lhe convier. E haverá acidente "*in itinere*". Ou pela rua "A" ou pela rua "B"; o acidente pode ocorrer e está coberto como infortunistico.

A usualidade, portanto, deve ser interpretada em harmonia com o interesse pessoal, na medida em que ambos venham destruir a finalidade do percurso que, para o acidente no itinerário, deve ser a locomoção em direção ao trabalho. A Lei não impõe, nem o Regulamento poderia impor, trajetos determinados para se chegar ao trabalho. Entretanto, se é o empregador quem determina expressamente o trajeto, a desobediência a esta ordem expressa não pode configurar o dolo descaracterizador do acidente?

A primeira questão, de característica fundamental, a se examinar é se o empregador pode ou tem, diante de seu poder diretivo, competência para determinar trajetos. O poder de direção dado ao empregador pelo contrato, contido no artigo 2º da Consolidação das Leis do Trabalho, alcança o direito de ditar o trajeto a ser cumprido ou, não ditando, a liberdade do empregado em escolhê-lo é ampla, em virtude do fato de ninguém ser obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa, senão em virtude de lei (art. 153, § 2º, da Constituição Federal de 1967)?

O texto da lei trabalhista é claro: "Considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e *dirige a prestação pessoal de serviços*". O poder diretivo, portanto, está limitado à prestação laboral, que ocorre na faixa temporal do expediente. ARNALDO SUSSEKIND (Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho e à Legislação Complementar, vol. I, pág. 82, Livraria Freitas Bastos S/A) ensina "o poder de comando, ou hierárquico, é exercido pelo empregador através do poder diretivo e do poder disciplinar. O primeiro corresponde, primordialmente, à faculdade de estatuir as normas que deverão reger a organização e o funcionamento dos serviços da empresa, bem como os métodos de execução das respectivas tarefas. O segundo concerne à faculdade de fiscalizar a observância das normas ditadas no uso do poder diretivo e punir as infrações cometidas pelos empregados". NÉLIO REIS (Alteração do Contrato de Trabalho, pág. 56, Livraria Freitas Bastos S/A, 2ª edição) argumenta que "é pelo poder diretivo que o empregador dá uma destinação concreta à energia que o trabalhador, contratualmente, coloca à sua disposição, em relação à matéria, *lugar e tempo* do trabalho", para, após, citar RIVA SANSEVERINO que informa "que o poder diretivo só pode dizer respeito *às circunstâncias estritamente relacionadas com a prestação de serviços e restritas ao âmbito do trabalho*".

Como se vê, o empregador não pode impor trajetos ao empregado. A lei, no entanto, pode. Mas lei, no dizer de PONTES DE MIRANDA, é "a regra jurídica emanada dos representantes do povo" (Comentários à Constituição de 1967, Editora Revista dos Tribunais, Tomo V, pág. 2). A norma do Regulamento a respeito, por não ser lei, não obriga, nada impõe por ineficaz, diante da garantia constitucional. Assim, o trajeto é de livre escolha

do empregado e, usando de uma opção que é somente sua, não pode ser prejudicado.

Pergunta-se, então: — que interrupção ou alteração do percurso, por interesse pessoal, desfigura o acidente "*in itinere*" como acidente do trabalho? Tem que se vincular, no exame, o interesse pessoal com a finalidade da interrupção ou alteração do trajeto. Se esta alteração ou interrupção retira do itinerário a finalidade essencial de ir ao trabalho, há a exclusão e, assim mesmo, nos limites da alteração ou interrupção. Isto significa, claramente, que o alterar ou interromper se afastam da cobertura do risco enquanto afastados da finalidade de ir ao serviço. No momento em que o empregado retoma esta finalidade, a partir daí o risco está coberto. Na hipótese do obreiro que vai ao cinema e, após, dirige-se ao trabalho, o trajeto do cinema ao trabalho está coberto. É a única interpretação compatível com as normas infortunistas, face o relacionamento causal indireto entre o trajeto e o trabalho. Entretanto, em outra hipótese, o empregado sai de casa e vai a uma casa comercial comprar uma picareta que usará no trabalho e, após, locomove-se para o serviço. Ambos os trajetos estão cobertos, por causa da finalidade. Neste caso, não houve o simples interesse pessoal; sim, o do próprio trabalho.

O Regulamento, lido sem se o interpretar à luz dos princípios infortunistas, poderia levar à conclusão diversa, porque dá a entender que a simples mudança do itinerário ou sua interrupção, por interesse pessoal, retira o risco da cobertura acidentária de *todo* trajeto. Mas tal acontece enquanto ocorrer e viger o interesse pessoal com o afastamento da finalidade de ir ao trabalho. No momento em que o fim passa a ser ir para o serviço, conseqüentemente não há que se falar mais em interesse pessoal; sim, exigência da prestação laboral.

3. Poderia se pensar que acidente "*in itinere*" é acidente de trânsito. Nada mais errado. Se este é o mais comum, todo o acidente que ocorrer durante o trajeto, seja ele de trânsito, ou não, está coberto pelo risco. A falsa impressão que se tem é que, quando se fala em acidente, popularmente refere-se ao de trânsito. O sentido popular de acidente não pode, entretanto, influir em seu sentido jurídico ou para-jurídico. O acidente, que serve de base para tutela infortunistica e ocorrido durante o trajeto, é o que, semanticamente, se tem por acontecimento que desgracia. Este é o que está temporalmente coberto pelo risco infortunistico durante o itinerário. Assim, ser assaltado, ser vítima de uma bomba subversiva, escorregar e quebrar uma perna, podem ser acidentes "*in itinere*". Porque é acidente do trabalho o em conseqüência de ato de sabotagem ou terrorismo; a ofensa física intencional; o ato de imprudência ou de negligência de terceiro; o ato de pessoa privada do uso da razão; o ocasionado por desabamento, inundação ou incêndio; e, outros ocorridos em conseqüência de casos fortuitos ou de força maior (art. 3º da Lei nº 5.316).

O acidente "*in itinere*" não é um novo conceito de infortúnio a par dos outros princípios contidos na Lei, estes com direto relacionamento com o trabalho. Se estendem, isto sim, por ficção legal, o *tempo* e o *local* de serviços para "durante o itinerário". O local de prestação laboral se amplia topograficamente para aquele que for usado para o percurso, durante o trajeto, bem como, em idêntico sentido, o tempo de trabalho. Mas as outras regras para a conceituação do infortúnio do trabalho, que não seja o do itinerário, se aplicam a este. Assim, no caso do empregado que, sendo portador de cardiopatia grave, ao subir uma escadaria, durante o itinerário, vier a sofrer uma síncope, pelo esforço físico dispendido, tem que se reconhecer o infortúnio "*in itinere*".

E mais: — pela lei infortunística de 1967, como também pela de 1944, o acidente do trabalho é equiparado à doença do trabalho. Isto esclarece que, durante o trajeto, não só o acidente-tipo, como fato subitâneo, pode acontecer. Também a doença do trabalho, a atípica naturalmente, porque a profissional tem como condição necessária e preponderante o exercício de determinado trabalho. Não se nega a pequena incidência de doença adquirida no itinerário. Mas, se é verdade que ela é de difícil constatação na prática, não se pode sustentar sua impossibilidade. Juridicamente, ela é possível porque, diante da equiparação entre doença e acidente do trabalho, a lei, ao falar em acidente "*in itinere*", implicitamente está tutelando a doença "*in itinere*". Faticamente, existe também possibilidade de sua ocorrência. Um exemplo, de elaboração fictícia, demonstra nosso ponto de vista. Um empregado sai de sua casa para o trabalho. É uma pessoa visivelmente fraca. No trajeto, apanha uma chuvarada e, com a roupa molhada, trabalha todo o dia. Pode ficar gripada mas, em nosso exemplo, pega uma pneumonia e vem a morrer. Evidentemente, é uma doença. Assegurado o risco no percurso e, neste, sofrendo a causa-chuvarada que eclodiu em pneumonia, não se pode negar que houve o que, na lei, é tratado como acidente no itinerário. Os dependentes econômicos farão jus aos benefícios acidentários da lei.

Poderá se sustentar que o nexos causal entre a chuvarada que o molhou, no percurso, e a doença que eclodiu, é de difícil prova. Argumento evidentemente correto mas ineficaz para destruir nosso ponto de vista. E por duas razões. A dificuldade de comprovação de um fato não afasta do campo do direito, ao menos teoricamente, a possibilidade de existência deste mesmo fato. E, em segundo lugar, em matéria acidentária, a prova não precisa conduzir à certeza e à convicção judiciais. Basta que, diante dos elementos probatórios, o juiz se coloque em dúvida e a procedência da ação se impõe. Isto porque, em direito acidentário, um princípio que rege a prova e as decisões é o do "*In dubio pro misero*". Assim, comprovada a chuvarada e os fatos posteriores alegados e simplesmente admitida, no laudo médico, a possi-

bilidade do nexo causal entre a doença que vitimou o empregado e a causa-chuvarada, o juiz deve reconhecer a doença do trabalho, por ficção legal, a não ser que as demais provas conduzam a outro relacionamento etiológico independente do trabalho e do trajeto percorrido.

Outros tantos exemplos poderiam ser elaborados. Como o caso do empregado que, para chegar ao serviço, tivesse que passar, sempre, por local onde habitassem diversos hansenianos. Viesses, depois, ele apresentar os sintomas da lepra e se incapacitar para o trabalho, o direito infortunistico o tutelaria. Embora a doença não tivesse qualquer relação com o exercício do trabalho, a comprovação de que a adquirira no percurso, forçaria sua indenização nos termos da lei acidentária. Isto parece lógico. O acontecimento que o desgraçou, tornando-o incapaz para o trabalho, foi adquirido no percurso. E, durante o trajeto, há a cobertura do risco acidentário.

A base a considerar, portanto, no acidente "*in itinere*", é que a causa de que resultou a incapacidade ou morte, foi adquirida no itinerário, não importando que ela seja subitânea e violenta ou de atuação paulatina. Em ambos os casos, há a tutela legal. Porisso se pode garantir, sem qualquer margem de erro, que tanto o acidente-tipo como a doença do trabalho estão incluídos na possibilidade do acidente "*in itinere*".

Alguém poderá dizer que a doença adquirida no trajeto não se inclui no conceito de doença do trabalho, dado que, pelo artigo 2º, § 1º, letra "b", da Lei nº 5.316, se exige que a doença "seja resultante das condições especiais ou excepcionais em que o trabalho seja executado", e, como se sabe, a adquirida no itinerário não tem qualquer vínculo efetivo com as condições em que o trabalho é prestado. Entretanto, se lermos o *caput* do artigo 2º da mesma lei, veremos que o acidente do trabalho é o que ocorre "pelo exercício do trabalho a serviço da empresa". E ninguém de sã consciência pode dizer que o acidente "*in itinere*" ocorreu pelo exercício do trabalho. No entanto, todos aceitam, face os termos da lei, que o acidente no itinerário é acidente do trabalho. Por quê?

O acidente no itinerário, quanto ao nexo etiológico entre o exercício do trabalho e o efeito danoso, contém uma ficção legal. A causa de que resulta a incapacidade, a redução ou a morte, ocorrida no transcurso, é considerada pela lei como relacionada ao exercício laboral. Não é, efetivamente, relacionada; não obedece ao nexo causal causa-trabalho. Mas é considerada, no sentido de que, muito embora não seja, a lei diz que é, para efeitos infortunisticos. Aquilo que, nos acidentes ou doenças do trabalho comuns, é imposição dos fatos, no "*in itinere*" é imposição da Lei, face à ficção legal. Tanto o acidente, sem vínculo com o exercício laboral, como a doença, sem relacionamento com as condições em que o trabalho é exercido,

são, por ficção contida na lei, ditas como resultantes do nexa causal com a atividade laboral.

Se há conceituação tranqüila quanto a esta ficção, no acidente "*in itinere*", quando acidente-tipo, razões inexistem para se afastar o conceito quando se trata de doença incapacitante. Porque a única coisa que vai interessar efetivamente é a clareza do artigo 5º, incisos I e II, da Lei nº 5.316, ao declarar que "equipara-se ao acidente do trabalho a doença do trabalho" e "ao acidentado o trabalhador acometido de doença do trabalho". O entendimento diverso, no sentido de que se inclui no acidente no trajeto somente o acidente-tipo e, não, a doença que incapacita, além de ser uma interpretação que se atrita com os princípios protetivos que informam o Direito Infortunistico, transforma em letra morta, sem qualquer eficácia, as equiparações determinadas na Lei nº 5.316, citadas acima.

E, complementarmente, na interpretação da lei acidentária deve-se fugir à restritiva ou à gramatical. O elemento fundamental para o exegeta é aquele que se consubstancia nos fins sociais a que a lei é dirigida. Como diz, com inteira razão, ARAUJO CASTRO (Acidentes do Trabalho, págs. 48/49, Livraria Editora Freitas Bastos, 5ª edição), "a interpretação do *ius singulare* não é somente interpretação literal, mas interpretação lógica também. Dada a unidade de interpretação, da qual a gramatical não tenha efeito por si só e a lógica seja prevalente, a verdadeira solução consiste em aplicar o sentido da lei, sem estendê-la nem restringí-la".

O próprio S.T.F., ao editar o princípio de que a indenização acidentária é devida de valor, princípio este inserto na Súmula nº 314, ou o outro de que, em acidente do trabalho, a lei, quando mais benéfica, se aplica retroativamente, se harmonizou com esta posição interpretativa, aliás, exigência do próprio artigo 5º da Lei de Introdução ao Código Civil.

Finalmente, o último argumento. Mesmo que se queira dar ao termo "acidente", contido no artigo 3º, inciso II, da Lei nº 5.316, o sentido limitado do artigo 2º e, não, o específico do § 1º deste, assim mesmo se verá que, no artigo 2º, ao se conceituar acidente do trabalho, fala-se em provocação de "lesão corporal, perturbação funcional ou *doença*..." Como se vê, o efeito "*doença*" pode existir no acidente do trabalho. Ora, se, no itinerário, pode ocorrer um acidente, com tutela infortunistica, a consequência do acidente ocorrido pode ser um dano físico, uma perturbação de função ou uma doença. É o que está na lei e não admite qualquer dúvida. Comprova-se, assim, que, olhado o problema pelos mais diversos prismas, sempre se alcançará a mesma solução. No itinerário, pode haver o acidente-tipo ou a doença, ambos tutelados infortunicamente, sob a figura genérica de acidente "*in itinere*".

No exame de qualquer fato, sob a perspectiva de acidente no itinerário, o intérprete tem que levar em consideração toda a sistemática infelizmente contida nas leis de acidentes, com exceção daqueles princípios que se atiram com as regras delimitadoras do próprio acidente "*in itinere*". Com efeito, no infortúnio do trabalho no trajeto não se impõe o relacionamento entre a causa que resulta no efeito incapacitante e o exercício do trabalho. Nem que o mesmo ocorra no local e durante o serviço, porque é imposição da própria figura que examinamos, que o acidente ocorra *fora* do local da prestação laboral e *fora* do expediente do trabalho. Assim, excetuados, quanto ao conceito de infortúnio em geral, o nexos causal com o trabalho, a temporalidade e a localidade, os demais princípios devem servir de base para a conceituação e constatação do acidente do trabalho ocorrido no trajeto.

Examinando-se desta forma — e qualquer outra forma de examinar é incorreta —, vê-se que não só o acidente de trânsito está tutelado. Todas as outras hipóteses de ocorrências que incapacitam alguém, ocorra, ou não, culpa do empregado, estão acobertadas pelo risco infelizmente. E esta cobertura securitária se estende a qualquer incapacidade proveniente de uma causa ocorrida no trajeto, seja de efeito súbito, como é no acidente-tipo, seja de efeito paulatino, como é na doença do trabalho, que é doença, por constatação médica, e se qualifica como "do trabalho", por ficção legal.

4. Segurado o acidente no trajeto, conforme exposto acima, uma questão de real alcance pode aparecer. A responsabilidade infelizmente é do empregador ou do segurador, existindo contrato de seguro contra os riscos de acidente do trabalho, na hipótese do empregado tutelado pelo Dec. Lei nº 7036, ou a responsabilidade é, exclusivamente, do INPS, para os tutelados pela Lei nº 5.316. Entretanto, o causador do acidente, que agiu com culpa ou dolo, fica isento da responsabilidade civil pelas perdas e danos, para se evitar, assim, para a vítima de um acidente, um *bis in idem*?

Inicialmente, na hipótese de se reconhecer a possibilidade de uma responsabilidade civil lateralmente à acidentária, não há que se alegar o *bis in idem*. A reparação infelizmente é tarifada, considerando somente o efeito da incapacidade relativamente à prestação laboral, coberta infelizmente. O acidentado é, tarifariamente, indenizado pelas consequências que o acidente representa sobre sua capacidade laboral. Assim, num exemplo, o ascensorista que, nas horas vagas, trabalha por conta própria e sem habitualidade como electricista, é indenizado acidentariamente, considerando-se tão somente seu trabalho como ascensorista. Tanto é verdade que, para o cálculo do benefício devido, se leva em consideração somente seu salário-de-contribuição, que é o de ascensorista. A indenização acidentária, portanto, neste caso, pode se dizer parcial, eis que não alcançou os danos emergentes e os lucros cessantes relativamente ao seu trabalho como electricista. Mas a incapacita-

dade também alcançou esta atividade complementar e, logicamente, impedido de, também neste setor, trabalhar, há um prejuízo sem cobertura infortunística. A falta de identidade entre o prejuízo que é total e a indenização acidentária, que, por ser tarifada, é parcial, afasta a alegação do *bis in idem*. Enquanto na indenização acidentária se tarifa uma reparação sem se examinar, efetivamente, todos os lucros cessantes e danos emergentes, na responsabilidade civil o objetivo é se traduzir, em dinheiro, todo o prejuízo da vítima ou de seus dependentes.

Afastada a possibilidade do *bis in idem*, a dúvida ainda permanece. O responsável civil pode ser acionado para reparar as perdas e danos, mesmo após à percepção da indenização infortunística, ou, face esta, estará livre de qualquer responsabilidade reparadora? A resposta a esta questão tem grande alcance jurídico e prático. Verificado que, numa considerável maioria, o acidente de trânsito pode ser "*acidente in itinere*", e garantido à vítima a reparação infortunística, sempre haverá um *plus* a ser discutido diretamente com o causador do acidente e sua permissibilidade, ou não, é de fundamental importância. Pois, como se sabe, se a teoria da responsabilidade objetiva, base da responsabilidade em acidente do trabalho, desinteressa-se da aferição da culpa do empregador ou do empregado no evento danoso, o sistema de reparação instituído na lei é limitado, moderado, tanto que o cálculo obedece a tabelas previamente aprovadas pelo Ministério do Trabalho e Previdência Social e que levam em consideração, unicamente, a atividade laboral. O que, em última análise, significa um *minus* indenizável diante de um *plus* de prejuízo.

O artigo 32 do Dec. Lei nº 7036 era explícito a respeito. Admitia que o empregado, já indenizado acidentariamente, ajuizasse ação contra o terceiro responsável, baseado, naturalmente, no ato ilícito e na culpa. E, em seu § 2º, determinava que fosse adjudicada, ao que pagara a indenização infortunística, a quantia correspondente a esta indenização bem como tudo quanto houvesse dispendido em virtude do acidente. Porisso, decidia o S.T.F. (Revista Forense, vol. 117, pág. 88) que "o recebimento de indenização, a título de acidente do trabalho, não impede ao empregado a ação direta contra o terceiro, causador do desastre, para dele haver o que deixou de receber, como justa indenização pelo ato ilícito". Entretanto, a Lei nº 5.316 não tem uma norma similar. Assim, se, nos casos tutelados pela legislação de 1944, há a permissibilidade expressa da ação contra o terceiro, baseada na responsabilidade delitual, em complemento à acidentária, persiste a dúvida quanto ao mesmo direito na Lei nº 5.316, face seu silêncio e o princípio latino de que *electa una via non datur recursum alteram*.

Determinada circunstância, contudo, força a que se examine melhor o problema. O objetivo da reparação é repor alguém, na medida do

possível, no *stato quo ante*, traduzindo, em dinheiro, todo prejuízo que o acidentado sofreu. A reparação acidentária é, como se viu, um *minus* ante o *plus* que deveria ser reparado. Indeniza-se a incapacidade para o trabalho e, assim mesmo, de modo tarifado. Tais prejuízos têm sucedâneo reparador. Mas os outros prejuízos possíveis, de natureza diversa à contratualidade trabalhista, sofridos pela vítima, porque não serão reparados? Somente para obedecer uma parêmia latina e um aspecto técnico? Os fatos, face os prejuízos maiores não indenizados, impõem outra solução, afim de que não se fira o princípio de dar a cada um o que é seu — *suum cuique tribuere*. Aliás, JOSÉ DE AGUIAR DIAS (Da Responsabilidade Civil, Tomo I, pág. 220, Forense, 4ª edição), depois de concluir pela não cumulação das ações e, sim, pela opção, sustenta que "cumpre ficar entendido que a cumulação não é permitida, se se trata de um prejuízo único. Não se poderá dizer o mesmo na hipótese de prejuízos de natureza diversa; nesse caso, bem pode a vítima pedir a reparação de um por via da ação contratual e a de outro em ação fundada na responsabilidade delitual".

Basta se olhar com cuidado a natureza de cada um dos prejuízos. Na indenização infortunística, o objetivo é substituir a incapacidade resultante por uma aposentadoria definitiva, de modo a que a família e seu chefe percebam uma quantia substitutiva do salário que, fosse capaz, perceberia trabalhando. A natureza do prejuízo reparado é evidente e exclusivamente salarial. Mantém-se a remuneração do incapaz. Mas existem prejuízos de outra natureza, como os danos patrimoniais e estéticos, perfeitamente possíveis de serem conseqüências em um acidente "*in itinere*". Um exemplo do dano estético indenizável é o previsto no artigo 1538, § 2º, do Código Civil, se o ofendido "for mulher solteira ou viúva, ainda capaz de casar", pois, aqui, além da indenização pela incapacidade para o trabalho, já paga acidentalmente, deve-se pagar, ainda, um dote "segundo as posses do ofensor, as circunstâncias do ofendido e a gravidade do defeito". Como se pode, neste exemplo e em outros, se dizer que a indenização infortunística vinculada à atividade laboral reduzida ou extinta tem a mesma natureza do dote pelo dano estético? Ou se diria que o dano ocasionado pelo ferimento, cuja indenização foi acidentária, e previsto no "caput" do artigo 1538 do Código Civil, tem a mesma natureza do aleijão ou deformidade (§ 1º) resultantes, em que há duplicação de indenização? Os prejuízos, como se vê, nestes exemplos, são de natureza diversa. E, assim sendo, pode haver cumulação de ações, como bem diz o tratadista da responsabilidade civil.

Na verdade, o que se pretende é evitar que, para o mesmo prejuízo, se dê duas indenizações, o que seria um *bis in idem*. O prejuízo, de determinada natureza, no caso de acidente do trabalho, é o salarial, já indenizado e objeto de uma ação, não podendo servir, pois, de base a outra ação com

baseado nas regras do direito civil. Mas outros prejuízos, embora com fulcro no mesmo fato-acidente, de natureza diferente daqueles já indenizados, podem servir de suporte fático para a ação de responsabilidade civil e, especialmente, delitual.

Afora toda a argumentação supra que responde afirmativamente à indagação da possibilidade de uma ação pelo direito comum para complementar a indenização, já paga no campo infortunístico, existe outro argumento. A Lei nº 5.316 é, inquestionavelmente, silente a respeito. Nenhum de seus artigos trata da matéria. Nenhuma regra de direito, entretanto, diz que, onde a lei não permitir expressamente, deve se entender que, implicitamente, está proibindo. Se há silêncio, como efetivamente há, as conclusões a que se pode chegar são várias, inclusive a permissibilidade implícita, face toda série de argumentos até agora apresentados. Contudo, permitimo-nos, a esta altura, aceitar que o que ocorreu foi omissão da lei.

O fato da omissão da lei leva à necessidade de se entender o seu artigo 28: — "A legislação de previdência social e, observado o disposto no artigo 29, o Decreto-Lei nº 7036, de 10 de novembro de 1944, serão aplicáveis, no que couber, ao seguro de acidentes do trabalho, inclusive no tocante a sanções, dúvidas e casos omissos". É a própria Lei nº 5.316 que diz se socorrer das normas do Dec. Lei nº 7036, em caso de omissão. Ora, a respeito da possibilidade de se ajuizar uma ação no direito comum para complementar a indenização acidentária, a Lei de 1967 é omissa. Nada impede, portanto; ao contrário, admite-se, legislativamente, a aplicação subsidiária da norma contida no artigo 32 do Dec. Lei de 1944, que responde afirmativamente à questão que estamos examinando.

Um obstáculo poderia ser apresentado a esta aplicação subsidiária: — o "no que couber" expresso no artigo 28. Cabe, ou não, o uso da norma jurídica permissiva do Dec. Lei nº 7036, no sentido de se atritar, ou não, com a sistemática da Lei nº 5.316? Nenhum dos princípios contidos na lei que integrou o acidente do trabalho na previdência social impede a aplicação do artigo 32 da lei restaurada, por incabível. Ao contrário, toda a argumentação, exaustivamente apresentada, admite e impõe a sua aplicação para preencher um vazio.

Uma circunstância deve ficar clara, entretanto. A responsabilidade objetiva existente em Direito Infortunístico não se estende à ação para verificação da responsabilidade delitual. Outras são as regras e, por isso mesmo, outros são os princípios a serem seguidos. Entre eles, avultam dois. A necessidade de se comprovar o ato ilícito, que é procedimento em desarmonia com a ordem legal, e a culpa do agente, que não é examinada em Direito Infortunístico. Sem ato ilícito ou sem o elemento subjetivo culpa, no sentido lato,

não há que se falar em responsabilidade civil delitual. Como se vê, princípios não examinados na perquirição da responsabilidade infortunistica passam a ser elementos necessários e essenciais para a constatação da responsabilidade civil. Presentes estes, a ação é cabível e deve ser julgada procedente.