



Poder Judiciário
Justiça do Trabalho
Tribunal Regional do Trabalho da 23ª Região

Recurso Ordinário Trabalhista 0000502-42.2019.5.23.0022

Processo Judicial Eletrônico

Data da Autuação: 05/06/2020

Valor da causa: R\$ 130.000,00

Partes:

RECORRENTE: AGROPECUARIA RIO DA AREIA LTDA

ADVOGADO: ANGELA ROBERTA DA SILVA

RECORRIDO: GEDEAN PEREIRA DA SILVA

ADVOGADO: GYLBERTO DOS REIS CORREA



PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA DO TRABALHO
TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 23ª REGIÃO
1ª Turma

PROCESSO nº 0000502-42.2019.5.23.0022 (ROT)

RECORRENTE: GEDEAN PEREIRA DA SILVA, AGROPECUARIA RIO DA AREIA LTDA

RECORRIDO: GEDEAN PEREIRA DA SILVA, AGROPECUARIA RIO DA AREIA LTDA

RELATOR: TARCÍSIO VALENTE

EMENTA

ACIDENTE DE TRABALHO. CULPA EXCLUSIVA DA VÍTIMA. ÔNUS DA PROVA. Ao alegar que o acidente de trabalho sofrido pelo Autor ocorreu por culpa exclusiva da vítima, a Ré atraiu o ônus de comprovar sua tese (art. 818, II, da CLT e art. 373, II, CPC). Contudo, no caso, não restou comprovada a excludente do nexo de causalidade de fato da vítima, razão pela qual deve ser mantida a sentença que reconheceu a responsabilidade civil da Demandada pelos danos decorrentes do infortúnio que vitimou o Obreiro.

RELATÓRIO

A 2ª Vara do Trabalho de Rondonópolis/MT, por intermédio da r. decisão de ID. ab9f7be, de lavra do Excelentíssimo Juiz do Trabalho **Juarez Gusmão Portela**, cujo relatório adoto, julgou procedentes em parte os pedidos formulados pelo Autor para condenar a Ré a pagar: a) indenização por dano moral (R\$ 5.000,00); b) indenização por danos materiais (lucros cessantes), no valor correspondente a 19% da remuneração do Autor (R\$ 1.397,55 - limite do pedido), de 27/12/2018 a 74,9 anos; c) despesas de tratamento (danos emergentes), devendo a empresa arcar com os custos mediante a comprovação documental nos autos das despesas e com comprovação médica da necessidade de tratamento. Fixou, ainda, honorários periciais médicos no importe de R\$ 2.000,00, a cargo da Ré. Ao final, concedeu os benefícios da justiça gratuita ao Autor e condenou as partes ao pagamento de honorários sucumbenciais.

Integraram a sentença os cálculos de liquidação de ID. e5aafe3.

Inconformada, a Acionada interpôs recurso ordinário (ID. 69925bd), por meio do qual busca a reforma do julgado naquilo que fora sucumbente.



As guias concernentes ao depósito recursal e ao recolhimento das custas processuais foram colacionadas aos autos sob ID. 619930d/ID. 9e427cd e ID. 7fbea85/ID. 392f62e, respectivamente.

Igualmente inconformado, o Autor interpôs recurso ordinário (ID. 84fd366), pugnando pela reforma da decisão nos seguintes pontos: a) valor fixado à indenização por dano moral; b) valor fixado à pensão mensal; c) honorários advocatícios.

As partes apresentaram contrarrazões (ID. 4454731 e ID. f7bac77).

Dispensada a remessa dos autos ao d. Ministério Público do Trabalho, por força do disposto no art. 51 do Regimento Interno deste Egrégio Tribunal.

É, em síntese, o relatório.

FUNDAMENTAÇÃO

ADMISSIBILIDADE

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço dos recursos interpostos, bem como respectivas contrarrazões.

MÉRITO

CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

Antes de adentrar na análise das matérias objeto de recurso, importa pontuar que a relação jurídica havida entre as partes se iniciou após a vigência da Lei n. 13.467/2017, em 11/11/2017. Assim, aplicável ao caso o direito material consolidado vigente à época dos fatos, seja aquele previsto em lei, em razão da máxima *tempus regit actum*, seja aquele decorrente de interpretação jurisprudencial, em virtude do princípio da segurança jurídica.

RESPONSABILIDADE CIVIL. ACIDENTE DE TRABALHO. DANOS MATERIAL E MORAL. QUANTUM INDENIZATÓRIO (Recurso das partes)



O Juízo *a quo* reconhecendo o nexo causal entre o trabalho exercido pelo Autor na empresa e o acidente que causou lesão no tornozelo do Autor, bem como a culpa da empresa no acidente de trabalho sofrido e a ocorrência de danos, condenou a Ré ao pagamento de indenização por dano moral no importe de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) e danos materiais, correspondente a lucros cessantes, no valor correspondente a 19% da remuneração do Autor (R\$ 1.397,65 - limite do pedido), de 27/12/2018 até 74,9 anos, bem como despesas de tratamento, danos emergentes, devendo a empresa arcar com os custos mediante a comprovação documental nos autos das despesas e com comprovação médica da necessidade do tratamento.

Inconformada, pugna a Ré pela reforma da decisão de origem. Sustenta, em suma, que inexistem os pressupostos necessários ao surgimento da responsabilidade civil da Recorrente; que *"sempre esteve atenta às normas de segurança do trabalho, em total respeito à saúde e segurança dos seus trabalhadores"*; que o acidente ocorreu por culpa exclusiva do Autor que *"saltou de implemento acoplado em veículo que estava em movimento"*; que *"o fato de estarem sendo transportados em implemento acoplado em trator ("carretinha") tratou-se de excepcionalidade, dado ao fogo que alastrara na propriedade"*; que *"a alegação do recorrido de que o veículo teria batido em uma pedra"* não restou comprovada; que no mínimo deve ser considerada a concorrência do Autor para o dano, reduzindo-se à metade as indenizações deferidas; que a Ré prestou total assistência ao Demandante após o acidente, razão pela qual *"não pode ser responsabilizada pela incapacidade do Autor, já que causada pelo retardo no diagnóstico correto e consequente tratamento adequado, afastando, pois, o nexo causal e, por consequência, o dever de indenizar"*.

Aduz, ainda, que *"o acervo probatório inclina para a incapacidade parcial e temporária do recorrido, à medida em que a lesão é passível de reversão por meio de tratamento adequado, o que inviabiliza o pensionamento vitalício, já que a incapacidade parcial temporária persiste enquanto durar o tratamento ou até a consolidação das lesões"*; que *"considerando que a incapacidade constatada é passível de eliminação por meio de procedimento cirúrgico, e ainda considerando que houve condenação da recorrente ao custeio de tal despesa, merece reforma a r. sentença, para o fim de eximir a recorrente da condenação ao pagamento de lucros cessantes, em forma de pensão mensal vitalícia, após a efetiva realização da cirurgia, o que devolverá o autor à plena e total capacidade laborativa"*; que *"a condenação da recorrente ao custeio de procedimento cirúrgico, o qual restabelecerá a capacidade laborativa do autor, colide com a condenação ao pagamento de lucros cessantes, porquanto incabível o pensionamento vitalício quando não se constatada incapacidade e nem qualquer prejuízo físico ou material ao autor"*.



Sucessivamente, requer que o pensionamento seja limitado *"a partir da data da sentença (08.05.20) ou, no máximo, a partir do ajuizamento da ação (20.05.2019), limitando-se à data em que o recorrido completar 65 anos de idade, quando então poderá se aposentar"*.

O Autor, por seu turno, pugna pela majoração do valor fixado a título de indenização por dano moral, sob o argumento de que o valor é irrisório se considerado o prejuízo moral que sofreu o Recorrente.

Alega, ainda, que restou comprovada *"a incapacidade total e permanente do reclamante para sua profissão, portanto, deve ser deferida ao reclamante a indenização por danos materiais em 100% sobre seu rendimento no dia do acidente de trabalho"*; que o laudo pericial é confuso, visto que primeiro *"atesta que o reclamante ficou totalmente e permanente incapacitado para a função de trabalhador rural/braçal e logo em seguida, atesta uma redução da capacidade laborativa de 19%"*. Requer, sucessivamente, que seja ao menos reconhecido *"que o reclamante possui pelo menos 50% de redução da capacidade de trabalho para sua profissão de trabalhador rural/braçal ante a perda do membro inferior."*

Analiso.

Narra o Autor que foi admitido em 03/08/2018 para exercer a função de serviços gerais; que no dia 11/09/2018 sofreu acidente de trabalho; que foi determinado ao Demandante, pelo gerente da Ré, que juntamente com outros colegas fosse ajudar a conter/apagar fogo nas pastagens /plantações da propriedade rural; que o gerente determinou que os trabalhadores subissem na carreta do trator; que *"quando o trator começou a andar, havia uma descida/ribanceira ao lado de um morro, quando o tratorista, pela falta de freios no trator, perdeu o controle da direção e na descida, a carreta acabou batendo em uma pedra, com isto, jogou o reclamante para cima e quando caiu, foi fora da carreta e no chão"*; que fraturou o tornozelo esquerdo; que a Ré não lhe prestou auxílio após o acidente.

A Ré, por seu turno, confirma a data de admissão. Aduz que em 11/09 /2018 a propriedade rural onde laborava o Autor foi atingida por focos de incêndio; que no final do expediente laboral o gerente da fazenda convidou alguns trabalhadores, entre eles o Autor, para conter o fogo; que não havia camionete disponível, então o deslocamento foi feito por meio de um trator que se encontrava no local; que em dado momento o Autor saltou do implemento com o veículo em movimento, vindo a machucar o pé esquerdo; que o Autor teria relatado no momento do acidente que se assustou com o embalo do veículo e então preferiu saltar; que o acidente ocorreu por culpa exclusiva do Demandante,



ao agir com imprudência, saltando do implemento com veículo em movimento; que inverídica a afirmação de que o trator estava sem feio e que teria colidido com uma pedra; que a Ré prestou toda assistência que estava a seu alcance para promover o pleno restabelecimento do Autor.

A regra geral quanto à responsabilidade civil do empregador por danos causados aos empregados é de natureza subjetiva, devendo ser comprovada a presença dos seguintes elementos: dano, nexos causal e elemento subjetivo (dolo ou culpa), consoante artigo 7º, inciso XXVII da CF e artigos 186, 187 e 927 *caput* do CC.

Entretanto, há casos em que a responsabilidade econômica explorada, por si só, já representa elevado risco, devendo ser aplicada nessas hipóteses a responsabilidade objetiva (parágrafo único do art. 927 do CC), tornando-se desnecessária a comprovação da culpa, visto que, neste caso, aplica-se a teoria do risco.

Dentro desse enfoque, têm-se como atividades ensejadoras da aplicação da teoria do risco aquelas em que há maior probabilidade de ocorrência de acidentes (típicos ou equiparados), em razão de sua própria natureza, forma ou métodos utilizados para sua execução.

Conforme adverte a doutrina *"As atividades que atraem a incidência do parágrafo único do art. 927 do Código Civil são aquelas que possuem um risco potencial, decorrente do seu normal exercício e que expõem o trabalhador a uma maior probabilidade de dano que os demais membros da coletividade. Embora, num primeiro momento, possam ser confundidas com aquelas previstas na NR-16 do Ministério do Trabalho, é preciso frisar que o legislador de 2002 optou por não enumerar as atividades que poderiam ser consideradas de risco, tendo em vista que, no âmbito da sociedade atual, tal taxatividade restaria ultrapassada num curto espaço de tempo. [...] podemos concluir que a incidência da responsabilidade civil prevista no parágrafo único do art. 927 do Código Civil nas relações de trabalho pressupõe o exercício de uma atividade de risco pelo empregador como primeiro pressuposto a ser avaliado. Para cumprir esse primeiro requisito é preciso que a análise dos fatos concretos consiga preencher o conceito de atividade de risco. Tal tarefa deve considerar se a atividade da empresa expõe seus trabalhadores a um risco maior do que o suportado pela coletividade e, num segundo momento, deve verificar se o trabalhador exerce suas funções dentro da área de risco do empregador"*. (SUPIONI, Adriana Jardim Alexandre. Responsabilidade Civil do Empregador pelo Exercício de Atividade de Risco: Da Incidência às Excludentes. 1ª ed. São Paulo: LTr, 2016, p. 83 e 87. E-book - grifos acrescidos).

No presente caso, depreende-se que a Ré tem como objeto social *"a criação de gados bovinos para corte, exploração das atividades agrícolas e pastoris, indústria extrativa vegetal e animal, exceto as transformações, abrangendo ainda piscicultura, avicultura, suinocultura e*



outras de pequenos animais, por conta própria ou de terceiros, com terceiros e/ou através de participação e parcerias agrícolas e rurais" (ID. 11e1081) e que o Autor exercia a função de serviços gerais (ID. 916d6a8).

Assim, entendo que a atividade da Ré, bem como a função do Autor, não pode ser considerada de risco para ensejar a aplicação da responsabilidade objetiva, devendo o presente caso ser analisado à luz da teoria da responsabilidade civil subjetiva.

Desse modo, o dever de reparar eventuais prejuízos patrimoniais e extrapatrimoniais causados ao Autor se justifica quando presente os seguintes requisitos essenciais: dano, nexo causal e culpa/dolo do empregador.

Não obstante, a responsabilidade pode ser excluída quando o agente tiver agido sob uma excludente de ilicitude ou quando não houver nexo causal entre a conduta do agente e o dano sofrido. Haverá exclusão do nexo causal nas seguintes hipóteses: a) culpa exclusiva da vítima; b) fato de terceiro e; c) caso fortuito e força maior.

No caso em apreço, o acidente é incontroverso. Cinge-se a controvérsia em saber se o acidente de trabalho decorreu de ato ilícito praticado pela Ré, culpa concorrente, ou, por fim, culpa exclusiva da vítima, como sustentado pela Demandada.

Cumprе ressaltar que a existência de culpa exclusiva da vítima rompe o próprio nexo causal, uma vez que não se pode ter por decorrente das funções desempenhadas pela vítima um acidente que ele causou por negligência ou imprudência própria.

A Ré ao admitir a ocorrência do acidente de trabalho e sustentar que o acidente ocorreu por culpa exclusiva do Autor atraiu para si o ônus de comprovar suas alegações (art. 818 da CLT), ou seja, comprovar que embora lhe tenham garantido todos os meios indispensáveis para que a prestação de serviços se desenvolvesse de forma segura, a vítima, quando do evento, agiu com imprudência, negligência ou imperícia na sua atividade, mister do qual, ao meu ver, nos moldes da decisão de origem, não se desincumbiu satisfatoriamente. Vejamos.

Da prova oral produzida nos autos extrai-se (ID. d307be1):

Depoimento do Autor: "o acidente ocorreu no dia 11.09.2018; o acidente ocorreu da seguinte forma: chegou do pagamento e "juntou uma turma para apagar o fogo", acrescentando que cerca de 21 horas jantou, então, por volta de 22h, foi passado um rádio para que os funcionários, inclusive o autor, subisse no trator para que se dirigissem até um carro, acrescentando que em cima do trator estavam em 4 pessoas, acrescentando que o trator foi descer e estava sem freio, esclarecendo que tinham subido no morro para apagar o fogo e depois iam descer, acrescentando que o trator bateu em uma pedra deu um "supapo e quase que ia tombando", então o depoente caiu do trator; o Antonio que estava pilotando o trator, que era conhecido como Maranhão; somente o depoente caiu; os outros funcionários não caíram; o depoente



quebrou o tornozelo esquerdo com a queda; acerca do acidente, os outros funcionários estava em cima de tambores em cima da carretinha do trator, acrescentando que o depoente não tinha sentado em cima do tambor, ficando de lado, acrescentando que com os outros não aconteceu nada; o nome dos funcionários que estava com o depoente eram Ramon, Ademar da Silva Junior e outro com apelido de Billy Jhow, acrescentando que o motorista era o Antonio, conhecido como Maranhão; o capataz colocava fogo para queimar a capoeira, acrescentando que o fogo estava espalhando, então o depoente e os outros funcionários foram enviados para controlar o fogo para ele não ir para as fazendas vizinhas; quando entrou no trator, já era para ir embora, pois já tinha terminado o serviço; [...] esse dia, iniciaram o trabalho às 06h, esclarecendo que passaram o dia fazendo esse serviço para controlar o fogo; os tambores que ficavam em cima da "carretinha" era para abastecer as máquinas, que eram 3 pá carregadeiras; de dia, os funcionários se deslocaram a pé para o local, acrescentando que a "carretinha" chegou por volta das 14h; começaram a trabalhar às 06h e trabalharam até às 22h30, acrescentando que na hora do acidente estavam retornando para a sede, acrescentando que iam na carretinha até encontrar um outro carro para irem para a sede". (grifos acrescidos)

Depoimento do preposto: *"presta serviços para a empresa ré; não presenciou o acidente; a empresa soube do acidente no mesmo dia; o acidente ocorreu por volta das 17h30/18h; o autor e os funcionários estavam apagando fogo, acrescentando que foram constatados focos de incêndio e a empresa determinou que alguns funcionários foram apagar o fogo; foram enviados na equipe o tratorista Antonio e outros 4 funcionários, incluindo o autor; não sabe informar se o técnico de segurança estava presente no momento do acidente, afirmando que tem técnico de segurança na empresa". (grifos acrescidos)*

Depoimento da testemunha do Autor, Sr. Ademar da Silva Junio: *"trabalhou na empresa ré entre 03.08.2018 e maio de 2019; estava presente no dia do acidente, acrescentando que estava trabalhando com o autor apagando fogo; no dia tinham muitas pessoas trabalhando para apagar o fogo; o acidente ocorreu cerca de 22h; o acidente foi da seguinte forma: o operador, de apelido Maranhão, estava pilotando o trator, acrescentando que o nome dele era Antonio, o depoente estava na carretinha, assim como o autor, acrescentando que o gerente passou o rádio para o Antonio para os funcionários subirem na carretinha para descerem e se dirigirem até o carregador para ir para a sede; o trator estava descendo a ladeira sem freio, então bateu na pedra, aí a carretinha subiu e o autor caiu, acrescentando que o depoente não caiu porque estava segurando um tambor de óleo, pois estava em cima desse tambor, acrescentando que o autor estava "na beirada da carretinha", acrescentando que quando a carretinha subiu depois que o trator bateu na pedra o depoente caiu, acrescentando que "foi um choque doido na pedra"; o operador Antonio tinha dito que o trator estava sem freio; quando o autor caiu, o trator continuou descendo e depois de mais de 20 metros desceram para pegar o autor, colocando o autor em cima do trator e o autor foi encaminhado para a sede junto com o encarregado; [...] era comum serem transportador na carretinha; a fazenda tem 130 mil hectares; a distância de onde estavam até a sede era grande, não sabendo informar a quilometragem; informa que chegou para apagar o fogo, mas não sabe quem pôs o fogo; [...]. (grifos acrescidos)*

Como ressaltado alhures, era ônus da Ré comprovar que o acidente ocorreu por culpa exclusiva do Autor, todavia, não produziu prova em tal sentido.

Ao revés, extrai-se do depoimento do Sr. Ademar, única testemunha ouvida nos autos, a confirmação de que os trabalhadores estavam sendo transportados de forma irregular pelo empregador em uma carreta acoplada ao trator na qual, frise-se, também eram carregados tambores de óleo para abastecimento das máquinas agrícolas. Que o trator, que estava sem freio, teria passado por cima de uma pedra e com o solavanco o Autor teria sido jogado para fora do veículo. Que os demais trabalhadores nada sofreram pois estavam sentados em cima dos mencionados tambores, já o Autor estaria sentado na beirada da carreta.



No que tange ao transporte de trabalhadores no trabalho na agricultura, pecuária, sivilicultura, exploração florestal e aquicultura, eis as disposições contidas na NR 31 do MTE:

"31.16 Transporte de Trabalhadores

31.16.1 O veículo de transporte coletivo de passageiros deve observar os seguintes requisitos:

- a) possuir autorização emitida pela autoridade de trânsito competente;*
- b) transportar todos os passageiros sentados;***
- c) ser conduzido por motorista habilitado e devidamente identificado;*
- d) possuir compartimento resistente e fixo para a guarda das ferramentas e materiais, separado dos passageiros.***

31.16.2 O transporte de trabalhadores em veículos adaptados somente ocorrerá em situações excepcionais, mediante autorização prévia da autoridade competente em matéria de trânsito, devendo o veículo apresentar as seguintes condições mínimas de segurança:

- a) escada para acesso, com corrimão, posicionada em local de fácil visualização pelo motorista;*
- b) carroceria com cobertura, barras de apoio para as mãos, proteção lateral rígida, com dois metros e dez centímetros de altura livre, de material de boa qualidade e resistência estrutural que evite o esmagamento e a projeção de pessoas em caso de acidente com o veículo;***
- c) cabina e carroceria com sistemas de ventilação, garantida a comunicação entre o motorista e os passageiros;*
- d) assentos revestidos de espuma, com encosto e cinto de segurança;***
- e) compartimento para materiais e ferramentas, mantido fechado e separado dos passageiros." (grifos acrescidos)***

Verifica-se que a Ré não cumpria as determinações acima mencionadas, realizando o transporte dos trabalhadores rurais sem as mínimas condições de segurança, tendo ocorrido o acidente do qual resultou a lesão ao Autor.

Não merece guarida a alegação da Ré no sentido de que a situação era excepcional, visto que a testemunha deixou claro em seu depoimento "*que era comum serem transportados na carretinha*". Ainda, conforme depoimento do Autor e do testigo, o acidente ocorreu quando já estavam retornando à sede da propriedade rural após apagar o fogo, ou seja, já não mais existia o fator urgência alegado pela Ré a fim de justificar o transporte irregular dos trabalhadores.

Nos termos do que dispões o artigo 7º, XXII da Constituição Federal, é direito dos trabalhadores urbanos e rurais a redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança, cabendo aos empregadores, ante o preceituado no art. 157 da CLT, cumprir e fazer cumprir as normas de segurança e medicina do trabalho (inciso I), instruindo os



empregados quanto às precauções a tomar no sentido de evitar acidentes de trabalho ou doenças ocupacionais (inciso II), bem como, adotar as medidas que lhe sejam determinadas pelo órgão competente em matéria de segurança e medicina do trabalho (inciso III).

Incontroverso o acidente, bem como não tendo sido rompido o nexo de causalidade ante a ausência de constatação de culpa exclusiva da vítima, necessário passar à análise do dano sofrido pelo trabalhador.

Extrai-se do laudo pericial médico elaborado nos autos (ID. f83fa56):

"3.4 Exame físico: (objetivo)

[...]

A marcha é claudicante à esquerda sem uso de órtese de apoio.

Não consegue caminhar na ponta dos pés e calcanhares.

[...]

Exame do tornozelo e pé esquerdos:

À inspeção observa-se deformidade em varo do tornozelo esquerdo.

O periciando queixou-se de dor à palpação do tornozelo e pé esquerdos.

Limitação em grau elevado de todos os movimentos do tornozelo esquerdo com rigidez articular importante.

Os seguintes arcos de movimentos do tornozelo esquerdo estão comprometidos em grau máximo: Dorsiflexão e Flexão plantar; Pronação e Supinação.

3.6 Documentos médicos analisados:

[...]

03-09-19- Radiografia do tornozelo esquerdo compatível com fratura de tálus com sinais de necrose do fragmento proximal- Exame apresentado no ato pericial

3.7 Diagnósticos:

*Após exame clínico e análise de documentação médico confirmamos que o autor apresentou a seguinte diagnóstico: **Fratura tálus esquerdo - S92.2***

4.Considerações e informações técnicas sobre a parte anatômica atingida pelo acidente:

O osso que faz a ligação entre o calcanhar e os ossos tíbia e fíbula da perna, é chamado de talus. Este, por sua vez, é coberto em sua maioria por uma cartilagem macia que amortece e permite movimentação entre os ossos. Se o talus sofre uma fratura, ele impede o andar e a sustentação do corpo do indivíduo, pois é o osso central da articulação do tornozelo.

As principais causas da lesão são queda de uma altura relevante e impacto grande e direto no tornozelo.

Sintomas como dor intensa no local, edema e incapacidade de sustentar o corpo, são característicos dessa fratura.

Muitas vezes o diagnóstico não é feito no dia do acidente prejudicando o tratamento e o prognóstico



Caso a lesão seja muito grave, a intervenção cirúrgica se fará necessária para reduzir o desvio ocasionado e fixar o osso com placas e parafusos, até que ocorra a cicatrização.

Contudo, também é possível que aconteça uma grande complicação na fratura, chamado de comprometimento da irrigação sanguínea no local que pode levar a uma necrose avascular e/ou artrose no futuro.

O prognóstico nestes casos é bastante reservado do ponto de vista funcional.

5. Discussão e conclusões:

Sobre o acidente e as lesões:

[...]

A radiografia apresentada ao perito mostra consolidação viciosa com necrose.

Nestes casos existe indicação cirúrgica de retirada do osso afetado e realização de artrodese tíbio-calcânea. Mesmo com a cirurgia, o prognóstico funcional é reservado.

[...]

Sobre a incapacidade:

[...]

Que o exame físico realizado no dia 03 de agosto de 2019 constatou limitação grave dos movimentos do tornozelo esquerdo.

Que as atividades habituais do autor (serviços gerais em fazenda) exigem integridade anatomo-funcional dos membros inferiores.

Que o prognóstico das lesões é reservado sem possibilidade de recuperação funcional total;

Que as sequelas podem ser consideradas definitivas;

[...]

Conclui-se que:

Existe incapacidade laborativa parcial e permanente.

De acordo com a Tabela Nacional de Incapacidades (Portugal-2007) - item 14.2.2, esta incapacidade pode ser avaliada em 19%.

Dependendo do resultado da cirurgia proposta o autor pode vir a ser elegível para programa de reabilitação profissional da previdência social podendo ser reabilitado para atividades que não exijam integridade funcional do membro inferior esquerdo.

Não existe incapacidade para as atividades da vida diária, convívio social e familiar, embora possa haver certa dificuldade para algumas destas atividades.

Não há invalidez.

7. Respostas aos quesitos da parte autora:

a) O autor apresenta doença(s) e/ou lesão (lesões)? Quais?

R. Sim. Sequela de fratura de tálus esquerdo.

b) Tais moléstias ou limitações lhe impedem de exercer atividades que requeiram esforço físico continuado, especialmente para o trabalho que exercia o reclamante (trabalhador braçal)?



R. Sim." (grifos acrescidos)

O Autor apresentou impugnação ao grau atribuído de redução da capacidade laborativa de 19%, intimado, o perito apresentou esclarecimentos, vejamos (ID. 6d817d0):

"O autor está confundindo incapacidade com dano corporal, quando sugere um percentual de 50% de perda da capacidade. Houve dano corporal de um segmento do corpo (tornozelo esquerdo) que dificulta o autor a exercer atividades com sobrecarga funcional deste segmento, mas não haverá incapacidade para outras atividades.

Frise-se que a lesão ainda não está consolidada perfeitamente e depende de tratamento ortopédico.

Embora o prognóstico seja reservado, após a consolidação da lesão, com diminuição da dor, o autor poderá exercer sua atividade habitual com 19% de dificuldade, lembrando que este percentual não é exato, como em qualquer avaliação médica. Realmente, não há possibilidade de recuperação funcional total, mas parcial sim." (ID. 6d817d0 - grifos acrescidos).

Extrai-se dos trechos acima alinhavados as seguintes conclusões:

- que o acidente ocasionou fratura no tálus esquerdo (S92.2), osso que "faz a ligação entre o calcanhar e os ossos tíbia e fíbula da perna", "osso central da articulação do tornozelo";
- que a lesão do Autor é muito grave visto que a radiografia apresentada no momento da perícia mostra uma consolidação viciosa com necrose (cicatrização do osso em posição anatômica incorreta com comprometimento da irrigação sanguínea), sendo necessária intervenção cirúrgica para "retirada do osso afetado e realização de artrodese tíbio-calcânea" e que mesmo com a realização da cirurgia o "prognóstico funcional é reservado";
- que a profissão exercida pelo Autor no momento do acidente (serviços gerais em fazenda) exige a "integridade anatomo-funcional dos membros inferiores", a qual o Demandante não recuperará, mesmo após cirurgia, visto que "o prognóstico das lesões é reservado sem possibilidade de recuperação funcional total";
- que não houve a consolidação da lesão;
- que após a consolidação da lesão o Autor terá sua capacidade laboral reduzida em 19%.

Consabidamente, segundo os princípios esculpidos nos artigos 436 e 437 do CPC, o juiz não está adstrito ao laudo pericial, podendo formar a sua convicção com base em outros elementos ou fatos provados nos autos. Nesta perspectiva, o laudo pericial é apenas um dentre os fatos que formam a convicção do juiz.

Pondera-se que o perito é nomeado apenas para fornecer subsídios técnicos, o que significa que a tarefa de decidir é do órgão julgador, que não fica vinculado às conclusões da perícia, se os demais elementos dos autos ou mesmo o próprio laudo elaborado, fornecerem subsídios para formar seu convencimento em sentido contrário à conclusão do *expert*.



No caso, ao contrário do entendimento esposado pelo perito, **tendo em vista que as lesões não estão consolidadas**, entendo que não é possível definir com segurança o percentual de incapacidade laborativa, visto que o Autor ainda necessita de tratamento cirúrgico.

Quanto ao tema, capacidade laborativa, adoto o parecer técnico da empresa Ré, vejamos:

"Após exame físico realizado no Reclamante nesta perícia, ficaram evidenciados alterações físicas relativas a mobilidade articular do pé esquerdo, em virtude de osteonecrose do tálus e anquilose parcial da articulação do tornozelo esquerdo.

Porém, observa-se que atualmente o Reclamante ainda mantém-se em afastamento previdenciário. No mais, identifica-se que ainda não fora submetido a qualquer tipo de correção cirúrgica, e que aguarda cirurgia pelo SUS. Portanto, a sequela ainda não está consolidada.

Portanto, frente ao fatos expostos - de que o Reclamante ainda se mantém em período de afastamento, e de que ainda não foram esgotados todos os recursos terapêuticos - não há como se concluir, atualmente, de maneira precisa e definitiva, a capacidade laborativa do Reclamante.

Atualmente, frente ao exame físico realizado, há comprometimento da capacidade laborativa do Reclamante para atividades que exijam deambulação excessiva e esforço sobre o pé esquerdo. Contudo, existe possibilidade de melhora, uma vez que o tratamento não está encerrado e as sequelas não estão consolidadas.

Uma vez que a quantificação de prejuízo apresentada pelo Perito depende da avaliação da situação funcional da articulação e que a situação atual é passível de melhora, não é possível afirmar que o prejuízo quantificado em 19% seja permanente." (ID. 3e4c3e0 - grifos acrescidos).

Importante destacar que no âmbito da reparação civil basta demonstrar a incapacidade para profissão que o acidentado exercia no momento do acidente - art. 950 do CC.

Desse modo, concluo que a lesão é 100% incapacitante para o trabalho exercido na Ré como serviços gerais e que a lesão deve ser considerada temporária até a realização do tratamento cirúrgico, sendo prematuro o estabelecimento de percentual de incapacidade permanente.

Estabelecidas estas premissas, cabe a análise das indenizações postuladas e deferidas.

Nas hipóteses de incapacidade laboral, os lucros cessantes e a pensão mensal vitalícia se destinam ao mesmo fim, qual seja, a recomposição das perdas salariais que o trabalhador terá em virtude da diminuição/perda da sua capacidade laborativa. Na verdade, trata-se de terminologias diferentes aplicadas em momentos distintos: lucros cessantes até a convalescença ou consolidação da doença e pensão mensal depois de constatada a incapacidade laboral.

Nesse sentido, a doutrina de Sebastião Geraldo de Oliveira:



"Ocorrido o acidente do trabalho, sobrevém o período do tratamento médico até o fim da convalescença, ou seja, até a cura ou a consolidação das lesões. Nessa etapa cabe a indenização de todas as despesas necessária para o tratamento, bem como dos lucros cessantes que, no caso do acidente do trabalho, representam o valor da remuneração mensal que a vítima recebia. [...]"

Depois da convalescença ou da consolidação das lesões, decidindo-se pela incapacidade para o trabalho, o valor que era devido mensalmente pelo empregador como reparação dos lucros cessantes passa a ser devido a título de pensão vitalícia. O art. 950 do Código Civil expressamente prevê o pagamento dos lucros cessantes até o fim da convalescença e do pensionamento a partir de então. [...]" (OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. Indenizações por acidente do trabalho ou doença ocupacional. 11ª edição. São Paulo: LTr, 2019, p. 428).

Assim, a pensão somente se justifica quando a doença de trabalho acarreta incapacidade laboral definitiva (art. 950 do CC). Já a incapacidade temporária implica três espécies de indenizações (art. 949 do CC), a saber: lucros cessantes, despesas de tratamento e/ou algum outro tipo de prejuízo suportado pelo ofendido.

Isso significa que a incapacidade temporária autoriza o pagamento de lucros cessantes, nos termos do art. 949 do CC. E a incapacidade permanente, parcial ou total, enseja indenização na modalidade de pensão vitalícia, conforme prevê o art. 950 desse mesmo texto legal. É o que se colhe da lição de José Affonso Dallegrave Neto, *verbis*:

"A incapacidade temporária é aquela que ocorre durante o tratamento e desaparece após esse período pela convalescença ou pela consolidação das lesões, sem sequelas incapacitantes ou depreciativas [...]. Distingue-se, portanto, da incapacidade permanente, a qual decorre de acidentes mais graves e por isso deixam sequelas incapacitantes após o tratamento, as quais podem ser total ou parcial para o trabalho. A indenização devida para a incapacidade temporária encontra-se prevista no art. 949 do Código Civil e para a incapacidade permanente, no art. 950 do mesmo diploma legal." (Responsabilidade Civil no Direito do Trabalho, 4ª edição, editora LTr, 210, p. 424/425 - grifos acrescentados).

No caso vertente, verifica-se que o Autor percebeu benefício previdenciário de auxílio-doença acidentário (código 91) no período de 27/12/2018 a 28/03/2020. O documento de ID. 6a1969, por seu turno, datado de 24/04/2020, demonstra que o Autor se encontra sem condições para o labor e aguardando cirurgia.

Diante do quadro apresentado nos autos, considerando que o Autor está totalmente impossibilitado de exercer as suas atividades laborais, visto que afastado aguardando cirurgia, reforma a decisão de origem para condenar a Ré ao pagamento de lucros cessantes, no valor correspondente a 100% do salário (R\$ 1.397,65 - limite do pedido) desde seu primeiro afastamento previdenciário (27/12/2018) até o fim da convalescença, ou seja, até a cura ou consolidação das lesões.

Inviável, contudo, o deferimento de pensão de forma vitalícia, justamente em razão de não estar a lesão atualmente consolidada, não se descartando a melhora do quadro clínico, tampouco a piora.



Registro, por oportuno, que houve pedido expresso do Autor quanto ao pagamento de indenização por danos materiais decorrentes da perda da capacidade laborativa, em razão de ter sofrido acidente de trabalho no estabelecimento da Ré, razão pela qual não há falar em julgamento fora dos limites da lide.

O fato de a perícia médica ter constatado que o dano ainda não se consolidou, confere ao magistrado a competência para deferir a indenização por dano material postulada, todavia, na modalidade de lucros cessantes, no período que perdurar a convalescença do Autor, nos exatos termos previstos no art. 949 do CC.

Registre-se, ainda, que não caracteriza *bis in idem* o pagamento concomitante de eventual benefício previdenciário e da indenização material, porquanto é diversa a natureza das parcelas a serem percebidas pelo Autor, sendo uma benesse previdenciária, e, a outra, reparação civil.

Oportuno transcrever algumas ementas do C. TST quanto ao tema:

"[...] RECURSO DE REVISTA DA RECLAMANTE INTERPOSTO NA VIGÊNCIA DA LEI 13.015/2014. INDENIZAÇÃO POR DANO MATERIAL E BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. COMPENSAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. A jurisprudência desta Corte admite a cumulação entre os valores devidos a título de indenização por dano material decorrente de doença ocupacional, com os valores do benefício previdenciário pago pelo INSS, visto que essas parcelas possuem natureza jurídica diversa. Com efeito, não se pode confundir a condenação ao pagamento de indenização por dano material (lucros cessantes) com o direito ao benefício previdenciário. A indenização por dano material, deferida na forma de lucros cessantes, tem alicerce na legislação civil (arts. 949 e 950 do Código Civil) e tem por escopo criar para o empregador a obrigação de ressarcir os danos materiais causados à reclamante em decorrência de acidente de trabalho. Condenação que não se confunde com o pagamento pelo INSS do benefício previdenciário, nos termos dos arts. 7º, XXVIII, da Constituição Federal, e 121 da Lei 8.231/91. Assim, a percepção pelo empregado de benefício previdenciário não exclui nem se compensa com o direito à indenização paga pelo empregador. Recurso de revista conhecido e provido". (ARR-709-92.2016.5.09.0068, 2ª Turma, Relatora Ministra Delaíde Miranda Arantes, DEJT 27/03/2020).

"RECURSO DE REVISTA DA RECLAMANTE. 1. DANO MATERIAL. LUCROS CESSANTES. COMPENSAÇÃO. BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. PROVIMENTO. A jurisprudência assente da Subseção I Especializada em Dissídios Individuais admite a cumulação do pagamento de compensação por dano material na forma de pensão mensal decorrente de acidente de trabalho ou de doença ocupacional com o recebimento pelo empregado de benefício previdenciário, por emanarem de fontes normativas diversas. Precedentes. Na hipótese, o egrégio Tribunal Regional decidiu delimitar a condenação dos danos materiais a título de lucros cessantes às diferenças percebidas pelo reclamante entre o auxílio doença acidentário percebido pela Previdência Social e a remuneração a que faria jus. Desse modo, tem-se que o acórdão regional se encontra em dissonância com jurisprudência pacificada deste Tribunal Superior. Recurso de revista de que se conhece e a que se dá provimento. [...]" (RR-156-14.2012.5.05.0192, 4ª Turma, Relator Ministro Guilherme Augusto Caputo Bastos, DEJT 20/03/2020).

Noutro norte, comungo com o entendimento do magistrado de que "as despesas de tratamento (como a cirurgia, despesas médicas e hospitalares, medicamento e outras



necessárias) serão de responsabilidade da empresa, que deverá arcar com os custos mediante comprovação documental nos autos das despesas e com comprovação médica da necessidade do tratamento."

Diante da imposição de condição futura e incerta, a fim de que seja estabelecido o término das obrigações impostas, entendo que compete à Ré, que agiu com culpa para a ocorrência do dano, a comprovação quanto ao término do tratamento ou a reabilitação do Autor.

Ainda, considerando o caráter temporário da situação de fato diagnosticada, faculta-se a ambas as partes o ajuizamento de ação de revisão nos termos do art. 505 do CPC, caso sobrevenha modificação no estado de fato.

As parcelas vencidas até o trânsito em julgado desta decisão deverão ser pagas em parcela única, enquanto as vincendas deverão ser pagas mensalmente, com a inclusão do Autor na folha de pagamento.

Quanto ao dano moral, nem se diga que não restou demonstrada a dor moral sofrida pelo Vindicante, pois a indenização por dano moral, neste caso específico, dispensa a produção de prova dos efeitos causados no ofendido, porque decorre de presunção *hominis*, conforme leciona Sebastião Geraldo de Oliveira:

"Para a condenação compensatória do dano moral não é imprescindível a produção de prova das repercussões que o acidente do trabalho tenha causado, como ocorre no campo dos danos materiais; basta o mero implemento comprovado do dano injusto para criar a presunção dos efeitos negativos na órbita subjetiva do acidentado. Nesse sentido, a doutrina de Sérgio Cavalieri: Provado o fato lesivo a bem patrimonial ou moral, o dano está insito na própria ofensa, decorre da gravidade do ilícito em si. (...) O dano moral nesse caso existirá in re ipsa; decorrerá inexoravelmente do próprio fato ofensivo, de tal modo que, provada a ofensa, ipso facto estará demonstrado o dano moral à guisa de uma presunção natural, uma presunção hominis ou facti, que decorre das regras da experiência comum". (OLIVEIRA, Sebastião Geral de. Indenizações por acidente do trabalho ou doença ocupacional. 11ª Edição. São Paulo: LTr, 2019, p. 273/274).

Assim, caracterizado está o dever da Ré em indenizar o dano moral sofrido pelo Autor.

No que diz respeito ao *quantum* fixado a título de compensação por dano moral, é cediço que a fixação do valor fica ao arbítrio do julgador, o qual deverá levar em conta as peculiaridades do caso concreto, sendo que o montante da indenização deve ser proporcional à ofensa, respeitando-se a capacidade econômica do ofensor, a extensão do dano, bem como as peculiaridades da situação fática vivenciada pelas partes.

A doutrina fornece ao operador do direito alguns parâmetros a serem observados, tais como: a extensão do ato ilícito; a culpa do lesionante; a gravidade do dano e o potencial



econômico-social do ofensor, o qual não deve ser esquecido, de modo a não abrandar o caráter educativo que também se atrela à natureza jurídica da indenização, ressaltando-se, com isso, a finalidade de inibir a prática de outras situações semelhantes.

Nesse diapasão, sopesando os aspectos acima descritos, entendo que o montante de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), arbitrado na origem a título de indenização por danos morais, apresenta-se razoável e proporcional aos aspectos do caso concreto.

Face aos apontamentos supra, **nego provimento ao recurso da Ré e dou parcial provimento ao recurso do Autor.**

HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS SUCUMBENCIAIS (Recurso do Autor)

O Demandante requer a majoração dos honorários advocatícios de sucumbência para 15%, argumentando que o valor fixado é irrisório, ante a complexidade da causa e o tempo despedido pelos trabalhos realizado pelo causídico.

Analiso.

Na origem, a Ré foi condenada ao pagamento de honorários advocatícios ao patrono do Autor, em razão da sucumbência, os quais foram fixados em 5% (cinco por cento) sobre o valor que resultar da liquidação da sentença.

A meu ver, tendo em conta os parâmetros do § 2º do art. 791-A da CLT, reputo adequada a manutenção do percentual dos honorários advocatícios fixados na sentença, no importe de 5% (cinco por cento).

Quanto à majoração da verba em decorrência da interposição de recurso, ressalto que vejo com ressalva a sua aplicação no processo do trabalho.

Certo é que o art. 769 da CLT prevê que *"Nos casos omissos, o direito processual comum será fonte subsidiária do direito processual do trabalho, exceto naquilo em que for incompatível com as normas deste Título"*.

Por sua vez, o Código de Processo Civil, em seu art. 85, § 1º, vaticina que *"são devidos honorários advocatícios na reconvenção, no cumprimento de sentença, provisório ou definitivo, na execução, resistida ou não, e nos recursos interpostos, cumulativamente"* (grifos acrescidos).



O § 11 do aludido dispositivo processual, dispõe, ainda:

"O tribunal, ao julgar recurso, majorará os honorários fixados anteriormente levando em conta o trabalho adicional realizado em grau recursal, observando, conforme o caso, o disposto nos §§ 2º a 6º, sendo vedado ao tribunal, no cômputo geral da fixação de honorários devidos ao advogado do vencedor, ultrapassar os respectivos limites estabelecidos nos §§ 2º e 3º para a fase de conhecimento."

A polêmica ora discutida parte, portanto, da interpretação do artigo 769 da CLT, de modo a possibilitar, ou não, a aplicação ao processo do trabalho dos dispositivos do processo comum relativos aos honorários advocatícios de sucumbência na fase recursal, notadamente o art. 85, §§ 1º e 11, do CPC.

Não obstante, faz-se necessária uma análise sistemática do ordenamento jurídico vigente, interpretando-se as normas jurídicas como parte de um conjunto harmônico, para que assim cheguemos à decisão mais acertada sobre a aplicabilidade ou não do dispositivo em voga.

Com efeito, procedendo à análise dos requisitos para importação de normas processuais do processo comum, observa-se que a CLT não é omissa relativamente ao tema, possuindo disciplina própria, a qual, consoante já exposto alhures, encontra-se descrita no novel art. 791-A da CLT.

Destaco que a ausência de menção de possibilidade de deferimento de honorários advocatícios na fase recursal deve ser compreendida pelo operador do direito como hipótese de silêncio eloquente do legislador reformista. Vale dizer, se o legislador, ao estabelecer nova sistemática acerca da verba honorária no processo juslaboral, tivesse, de fato, a intenção de estender a sua aplicação à fase recursal, o teria feito de forma expressa.

Note-se que expressamente o fez quanto à possibilidade de cobrança dos honorários em reconvenção, no art. 791-A, § 5º, da CLT, uma das situações tratadas no § 1º do art. 85 do CPC.

Portanto, a omissão do legislador, neste particular, cuida-se, na verdade, de opção legislativa, a qual deve ser respeitada pelo Poder Judiciário, sob pena usurpação de competência do Poder Legislativo, em manifesta hipótese de ativismo judicial.

Ademais, a regra de fixação do direito ao recebimento dos honorários estabelecida no art. 791-A "caput" da CLT decorre do proveito econômico obtido pela parte representada pelo causídico, de outro lado, o § 11 do art. 85 do CPC leva em consideração, tão somente, o trabalho adicional desempenhado pelo advogado.



Assim, é possível concluir pela inaplicabilidade dos honorários advocatícios sucumbenciais na fase recursal do processo do trabalho, porquanto não concorrem, na espécie, os pressupostos da omissão e da compatibilidade previstos no art. 769 da CLT, que autorizam a aplicação supletiva das normas do direito processual comum.

Ademais, a contrario sensu, a SDI 2, do c. TST, ao julgar o Ag-RO 755-84.2017.5.08.0000, que declarou a aplicabilidade dos honorários recursais, o fez por se tratar de caso específico de ação rescisória, a qual se encontra disciplinada pelo CPC, à luz dos artigos 966 e seguintes, na medida em que o texto consolidado se limita a disciplinar a exigência de percentual específico para o depósito prévio (art. 836 da CLT).

Diante disto, mantenho a sentença na qual foi fixado o percentual de 5% para os honorários advocatícios devidos pela Ré.

Nego provimento.

Conclusão do recurso

Pelo exposto, conheço dos recursos interpostos pelas partes, bem como das respectivas contrarrazões. No mérito, nego provimento ao recurso da Ré e dou parcial provimento ao recurso do Autor para condenar a Ré ao pagamento de lucros cessantes, no valor correspondente a 100% do salário (R\$ 1.397,65 - limite do pedido) desde seu primeiro afastamento previdenciário (27/12/2018) até o fim da convalescença, ou seja, até a cura ou consolidação das lesões, nos termos da fundamentação supra.

Em face do que restou decidido, fixo as custas processuais e o valor da condenação de acordo com os cálculos de liquidação elaborados pela Secretaria de Contadoria, os quais integram o presente julgado para todos os fins.

ACÓRDÃO

Acórdão

ISSO POSTO:



A Egrégia Primeira Turma de Julgamento do Tribunal Regional do Trabalho da 23ª Região na 25ª Sessão Ordinária, realizada nesta data, de forma telepresencial, **DECIDIU**, por unanimidade, conhecer dos recursos interpostos pelas partes, bem como das respectivas contrarrazões. No mérito, negar provimento ao recurso da Ré e dar parcial provimento ao recurso do Autor para condenar a Ré ao pagamento de lucros cessantes, no valor correspondente a 100% do salário (R\$ 1.397,65 - limite do pedido) desde seu primeiro afastamento previdenciário (27/12/2018) até o fim da convalescença, ou seja, até a cura ou consolidação das lesões, nos termos do voto do Desembargador Relator seguido pelos Desembargadores Paulo Barrionuevo e Eliney Veloso.

Em face do que restou decidido, fixar as custas processuais e o valor da condenação de acordo com os cálculos de liquidação elaborados pela Secretaria de Contadoria, os quais integram o presente julgado para todos os fins.

Obs.: O Excelentíssimo Senhor Desembargador Bruno Weiler não participou desta sessão em razão do quórum previsto no art. 43 do Regimento Interno deste Tribunal. Representando o Ministério Público do Trabalho, o Excelentíssimo Senhor Procurador Regional do Trabalho Valdir Pereira da Silva. O Excelentíssimo Senhor Desembargador Tarcísio Régis Valente presidiu a Sessão.

Plenário Virtual, terça-feira, 04 de agosto de 2020.

(Firmado por assinatura digital, conforme Lei n. 11.419/2006)

TARCÍSIO RÈGIS VALENTE
Relator

DECLARAÇÕES DE VOTO

