O ARBITRAMENTO DA PENSÃO DECORRENTE DOS DANOS FÍSICOS INCAPACITANTES

Bianco S. Morelli.· Advogado da Caixa Econômica Federal com Pós-Graduação *latu sensu* em Direito Civil, para mercado de trabalho e exercício do Magistério Superior, pela Universidade do Sul de Santa Catarina – UNISUL.

RESUMO: O presente artigo volta seu foco de interesse para o pensionamento previsto no artigo 950 do Código Civil em decorrência da responsabilidade civil por danos físicos incapacitantes. O maior objetivo é adequar a interpretação do dispositivo legal ao caráter ético e educativo que se busca com a reparação civil para evitar o enriquecimento ilícito das partes envolvidas. Para tanto, foram apresentados e analisados os posicionamentos atualmente adotados pelos tribunais e doutrinadores nacionais sobre a quantificação e a duração da pensão paga às vítimas de danos físicos ocupacionais, para identificar a natureza e a finalidade da pensão e construir critérios identificadores da real extensão dos danos físicos sofridos pelas vítimas incapacitadas para o trabalho.

PALAVRAS-CHAVE: Incapacidade; pensão; finalidade; valor; duração.

ABSTRACT: The present article turns his focus of interest for the pensionamento predicted in the article 950 of the Civil Code as a result of the civil responsibility for physical damages incapacitantes. The biggest objective is to adapt the interpretation of the legal device to the ethical and educative character for that one looks with the civil mending to avoid the illicit enrichment of the wrapped parts. For so much, the posicionamentos at present adopted by the courts were introduced and analysed and doutrinadores national on the quantificação and the duration of the boarding house paid to the victims of physical occupational damages, to identify the nature and the finality of the boarding house and to build criteria identificadores of the real extension of the physical damages suffered by the victims incapacitated for the work.

KEYWORDS*:* Incapacity; pension; purpose; value; duration.

1. INTRODUÇÃO

O Código Civil trata da responsabilidade civil, no Título IX do Livro I da Parte Especial, mais especificamente, entre o artigo 927 e 954. Evidentemente que se encontram regras a respeito do assunto em outros dispositivos, como nos arts. 186 a 188, que versam sobre a culpa e os atos ilícitos, pressupostos para grande parte dos casos de responsabilidade.

Dentro deste vasto ramo do direito civil, encontra-se um dos assuntos da maior relevância: a responsabilidade civil decorrente de danos físicos incapacitantes para as funções ocupacionais e a indenização de parte dos danos materiais sob forma de pensão. O assunto é de grande importância e envolve as mais diversas situações do cotidiano, como, por exemplo, acidentes de trânsito e do trabalho.

E por ser de tamanha relevância, a matéria é impregnada de altercações, principalmente, no que tange o caráter ético e educativo da reparação por danos físicos em face das normas previstas artigo 950 do Código Civil. A vivência de calorosos debates nos tribunais do país sobre a pensão como reparação por danos físicos e a sua mensuração demonstra que ainda não existe um posicionamento pacífico da doutrina sobre o assunto.

Enquanto alguns estudiosos defendem a compensação entre a pensão previdenciária e a civil, a maioria repugna a hipótese. Diante disso, o debate que já era antigo permanece atual de forma que nos Fóruns Estaduais, Federais e Trabalhistas há grande controvérsia sobre os critérios adotados para o pensionamento estabelecido pelo *caput* do artigo 950 do Código Civil.

Deste modo, o presente artigo que ora se apresenta procura dar uma visão do pensionamento dentro da realidade vigente, sempre enfatizando as interpretações predominantes, mormente a visão dos pretórios pátrios, com base na construção doutrinária sobre a aplicabilidade das normas do art.950 do CCB.

2. INCAPACIDADE PARA O TRABALHO E O ARTIGO 950 DO CÓDIGO CIVIL

O dano patrimonial é a afetação dos bens de uma pessoa, que lhe são economicamente úteis, o que, por conseguinte, ocasiona-lhe perdas

materiais. Para Maria Helena Diniz

> *"o dano patrimonial vem a ser a lesão concreta, que afeta um interesse relativo ao patrimônio da vítima, consistente na perda ou deterioração, total ou parcial, dos bens materiais que lhe pertencem, sendo suscetível de avaliação pecuniária e de indenização pelo responsável"*[1].

A professora, embasada na lição de Aguiar Dias, aponta como lesões que constituem danos patrimoniais: *"a privação do uso da coisa, os estragos nela causados,* ***a incapacitação do lesado para o trabalho****, a ofensa a sua reputação quando tiver repercussão na sua vida profissional ou em seus negócios"* (grifou-se)[2].

Deste modo, entre as consequências de uma ofensa física encontra-se a inabilitação para a profissão que a vítima exercia antes do infortúnio. Trata-se de uma afronta com graves repercussões materiais e morais. É um prejuízo duradouro à capacidade laborativa do ofendido, e, às vezes, chega a ponto de impedir totalmente o exercício do trabalho. Por isso, é possível se falar em redução da capacidade laborativa ou simplesmente em inabilitação total da vítima para sua profissão.

O artigo 950 do Novo Código Civil tratou de regular a responsabilidade civil decorrente dos atos ilícitos determinantes da incapacidade para a profissão. Segundo o citado dispositivo, aquele que ofender a integridade física de outrem a ponto de *"resultar defeito pelo qual o ofendido não possa exercer o seu ofício ou profissão, ou se lhe diminua a capacidade de trabalho"* deverá indenizá-lo.

Tal indenização, na ótica do legislador, subdivide-se em três situações: ressarcimento pelas **despesas do tratamento**, compensação pelos **lucros cessantes até o fim da convalescença** e uma **pensão** correspondente à importância do trabalho para o qual a vítima ficou inabilitada, ou equivalente a depreciação que ela sofreu.

Destarte, a indenização abrangerá o tratamento da vítima e os demais prejuízos verificados, mesmo que de cunho patrimonial, como lucros cessantes em face da impossibilidade de desenvolver suas atividades profissionais, perda de clientela, danos em bens e sofrimento moral.

O ressarcimento das despesas tem por objeto todos os gastos realizados pelo enfermo com o tratamento indispensável para se recompor das lesões pelas quais passou, incluindo-se as intervenções

cirúrgicas, internações, médicos especialistas, aparelhos específicos, terapia, medicamentos e etc.

Por outro lado, a indenização dos lucros cessantes englobará justamente a perda dos acréscimos patrimoniais que eram previsíveis, baseada nas regras gerais da experiência comum, e perdurará até que o ofendido obtenha alta do tratamento a que se submeteu, ou até ficar em condições de retornar ao trabalho normal.

Além disso, o *caput* do artigo 950 do atual Código Civil, equivalente ao artigo 1.539 do revogado Código Civil de 1916, estabelece que haverá a favor da vítima o pensionamento "*correspondente à importância do trabalho para que se inabilitou, ou da depreciação que ele sofreu*". Trata-se sem dúvida alguma do aspecto material da incapacidade, plena ou relativa.

A respeito da matéria predomina o entendimento de que a interpretação do artigo 950 deve ser literal, segundo o qual no seu cálculo deve ser considerada apenas a real redução da capacidade laborativa da vítima para o trabalho, independentemente de outros fatores, tais como o exercício de outra profissão pela vítima ou recebimento de benefícios previdenciários.

Assim, no caso de sofrer a vítima ferimento ou ofensa à saúde que lhe acarrete temporária ou permanente redução da capacidade laborativa, a pensão seria fixada com base nos seus ganhos e na proporção da redução de sua capacidade laborativa, arbitrada por perícia médica. Sobre o assunto vale transcrever o ensinamento do professor Sérgio Cavalieri Filho citando J. M. Carvalho Santos:

> "O art. 950 do Código Civil (que corresponde ao art. 1539 do Código revogado) tratou unicamente da impossibilidade do exercício da profissão ou ofício que exercia o ofendido antes do acidente. Não levou em conta a possibilidade de exercer ele outra profissão ou atividade compatível com o defeito que o inabilitou para o serviço que fazia anteriormente. Por isso J. M Carvalho Santos sustenta ser esta um solução justa e equitativa, uma vez que as profissões ou atividades que podem ser exercidas por portadores de defeitos físicos de certa monta não devem ser obrigatórias, por importarem sacrifício imenso, que se não tem o direito de

> exigir de ninguém, principalmente quando daí resultar constrangimento e humilhação forçados pela necessidade (*Código Civil interpretado*, v. XXI/146)"[3].

Vejamos também as palavras do professor Arnaldo Rizzardo:

> "No entanto, cumpre se dê o exato alcance do art. 950 (art.1.539 do Código revogado). A reparação consistirá na taxação de um percentual correspondente à incapacidade resultante. Nada mais que isso. Apurando os peritos que a diminuição da habilitação para o trabalho foi de 30%, compensa-se tal *déficit* com uma pensão do mesmo percentual, calculada sobre os rendimentos apurados."[4]

A teoria comumente aplicada nos tribunais consiste no raciocínio de que os benefícios previdenciários são referentes às contribuições pagas pela vítima, de maneira que deve ser revertida somente em seu próprio favor ou de seus beneficiários, e não de seu ofensor. Não há compensação da indenização com a pensão auferida pela vítima junto à previdência pública ou privada; não se afigura lícito que as contribuições pagas pela vítima para o seguro social revertam em favor do ofensor, mitigando sua responsabilidade.

Por isso, a responsabilidade prevista no artigo 950, *caput*, como reporta a doutrina majoritária, não poderia ser mitigada, com a diminuição, do total apurado, da quantia paga pela Previdência Social ou pelo seguro. O catedrático Sérgio Cavalieri Filho entende que "*a reparação de Direito Comum não comporta compensação com a que a vítima há de perceber em decorrência de sua vinculação a sistema previdenciário ou securitário (RSTJ 132/133)*"[5]. Novamente nos utilizamos dos ensinamentos do professor Arnaldo Rizzardo que segue na mesma esteira e fundamenta-se na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

> "Em outras manifestações do STJ: "A indenização previdenciária é diversa e independente da contemplada no direito comum, inclusive porque

> têm elas origens distintas: uma, sustentada pelo direito acidentário; a outra, pelo direito comum, uma não excluindo a outra, (enunciado nº 229/ STF), podendo, inclusive, cumularem-se"[6].

Em suma, se do ato ilícito emanar defeito ou diminuição da capacidade ou incapacidade total pelo qual o indivíduo não possa exercer a sua profissão ou tenha diminuído o valor do seu trabalho, a indenização abrangerá uma pensão correspondente à importância do trabalho, no todo ou em parte, além de todas despesas do tratamento físico e psíquico e lucros cessantes até o fim da convalescença (CCB, art. 950).

3. CARÁTER ÉTICO E EDUCATIVO DA PENSÃO

O Código Civil de 2002 previu, em duas hipóteses distintas, a concessão de valor mensal ou prestação de trato sucessivo aos beneficiários da vítima falecida ou à própria vítima que tenha sofrido lesão incapacitante, ou seja, defeito pelo qual não possa exercer o seu ofício ou profissão, ou tenha a sua capacidade de trabalho reduzida.

No art. 948, em caso de homicídio, além de outras reparações, deverá o ofensor prestar "alimentos" a quem o morto os devia. Por sua vez, segundo a dicção do art. 950, que é objeto do presente estudo, se da ofensa resultar incapacidade total ou parcial para o trabalho, a vítima terá direito a uma pensão correspondente ao valor que auferia antes do infortúnio.

Para analisarmos a pensão prevista no artigo 950 do Código Civil é necessário, antes de qualquer coisa, entender o sentido do termo "pensão". A expressão, por si só, remete à obrigação de **pagamento periódico** de um determinado valor a alguém, senão vejamos o seu significado:

> "**PENSÃO**. (1) S. f. (lat. *Pensio*) Dir. Civ. **Termo polissêmico. 1. Benefício periódico destinado a prover regularmente a subsistência de alguém.** 2. Hotel de pequenas proporções, com alimentação incluída na diária. 3. na enfiteuse, o mesmo que foro ou *laudêmio*. Cognatos,

> todos atinentes à primeira acepção: *pensionar* (v.), dar pensão; *pensionário* (s.m.) e *pensionista* (s. 2 g.), aquele que recebe pensão (aplicáveis à segunda acepção); *pensioneiro* (s.m.), quem paga pensão"(g.n.).[7]

Além disso, o termo também denuncia a natureza de prestação alimentar, independentemente do fato que tenha causado o seu surgimento. É que a pensão, seja em razão de aposentadoria, seja por causa de ato ilícito ou decorrente de obrigações familiares, sempre terá como seu objetivo primeiro a manutenção da subsistência de uma pessoa. Significa dizer que o pensionamento possui cunho alimentar, natureza que torna óbvia a periodicidade mensal da obrigação.

Logo, ambas as hipóteses são de **pensionamento mensal**, seja aos dependentes do morto, seja à própria vítima, de modo que a utilização das expressões "alimentos" no art. 948 e "**pensão**" no art. 950 não significa que haja diferença ontológica e substancial entre uma e outra. Nas hipóteses supracitadas, **ambas têm natureza de prestação alimentícia**.

Assim sendo, é conveniente transcrever, mais uma vez, o pensamento do mestre Arnaldo Rizzardo, especificamente sobre os alimentos ou pensão prevista no artigo 948:

> "O Superior Tribunal de Justiça revela forte inclinação para essa exegese: "A perda de filho recém-nascido causa sofrimento e dor à mãe e a todos os familiares, a atingir o patrimônio moral. Contudo, na esfera patrimonial, inexiste prejuízo a ser reivindicado pelos pais, **porquanto a indenização por dano material, em forma de pensão, visa restabelecer a situação financeira anterior ao ato ilícito, recompondo a renda que não mais será auferida** em razão da morte de quem recebia. **Sem a caracterização de um prejuízo econômico, não se indenizam os danos materiais**"(grifos nossos)[8].

No caso específico do artigo 950, *caput*, do Código Civil, **a indenização por dano material, em forma de pensão, também**

visa restabelecer a situação financeira anterior ao ato ilícito, recompondo a renda que não mais será auferida em decorrência da redução da capacidade laborativa.

A natureza alimentar da pensão se entrelaça com a finalidade de ressarcimento, isto é, a necessidade da manutenção dos proventos mensais do prejudicado durante o período de incapacidade. Quer o dispositivo legal que a vítima não seja prejudicada em seus proventos nas hipóteses de supressão, redução ou impossibilidade de geração da renda.

A pensão mensal por danos materiais, não é apenas uma dívida alimentar, mas a recomposição dos proventos da vítima, de modo que o seu objetivo intrínseco e principal não é outra renda na inatividade, mas que permaneçam os mesmos rendimentos que ela percebia quando exercia a sua profissão, nem mais, nem menos. A pensão somente conservará o seu caráter ético e educativo se o seu objetivo for alcançado e não ultrapassado.

Outra não pode ser a conclusão. No Brasil, o ordenamento jurídico rechaçou, não acolheu, em termos de responsabilidade civil, a reparação PUNITIVA e, sim, aplica nos julgados a reparação INDENIZATÓRIA, ou seja, o ressarcimento dos danos ocasionados. Pela reparação indenizatória busca o julgador restabeler o *status quo ante*, ressarcindo adequadamente o lesado do prejuízo que sofreu com o erro médico, procurando o *restitutio ad integrum* do patrimônio do prejudicado.

O dano é corolário natural que leva à responsabilidade civil de modo que para gerar o ressarcimento, mesmo no caso de culpa presumida, é obrigada a vítima a comprovar o prejuízo sofrido com o ato perpetrado contra ela. Uma vez realizada tal demonstração, com provas concretas e cabais do dano sofrido, o normal é que tenha por objeto a reposição das coisas como eram antes do evento causador. Sobre o assunto vale transcrever o ensinamento do professor Arnaldo Rizzardo:

> "O ressarcimento propriamente dito, diferentemente, **estabelece uma situação econômica equivalente àquela que foi comprometida pelo dano, através de uma indenização em dinheiro**. Está contemplada esta maneira no Código Civil, Capítulo II, Título IX do Livro I da Parte Especial, iniciando no art. 944 e indo até o art. 954 (no Código anterior,

> vinha nos Capítulos I e II do Título VIII do Livro III da Parte Especial, iniciando no art. 1.533 e se estendento até o art. 1553). Revelando caráter pecuniário, se expressa na prestação, ao prejudicado, de uma soma, em dinheiro, adequada para originar um estado de coisas equivalente ao anterior. Para Serpa Lopes, ao prejudicado assiste o direito de exigir uma importância destinada **a reequilibrar a sua posição jurídica, 'de modo a tanto quanto possível retornar ao estado em se encontraria, se o devedor houvesse realizado a prestação no tempo e forma devidas'"**.[9]

A finalidade ideal do procedimento reparatório é restabelecer o *status quo*, de maneira a evitar que o lesado fique mais pobre ou mais rico do que estaria à hipótese de inocorrência do ato ilícito. E é com este norte que o artigo 950 deve ser interpretado, de forma sistemática, em conjunto com as normas constitucionais e com os demais artigos do mesmo Código Civil, em especial com o **artigo 884,** *caput*, sendo certo que a pensão prevista somente será devida para restabelecer o *status quo*, ou seja, **se existir perda ou redução da capacidade financeira da pessoa**.

Explica-se. Segundo o **artigo 884,** *caput***, do CC/2002**, toda vez que ocorrer qualquer vantagem de cunho econômico com prejuízo de outrem, sem justa causa, estaremos diante da figura do enriquecimento ilícito, assim entendido, aquele proveniente de ato jurídico desprovido de razão, em face da lei.

Temos, assim, que o enriquecimento ilícito seria oriundo de qualquer ato que contrarie o direito. É que sendo produto de ação ilícita ou de concessão indevida por decisão judicial, a pensão pode, em vez de fazer a vítima retornar para o *status quo ante*, ultrapassá-lo, tendo um efetivo *plus*, um ganho que não deveria.

A concessão da pensão ao ofendido na forma literal do artigo 950, *caput*, do Código Civil, pode afrontar o ordenamento jurídico e a moral, porquanto pode resultar na **duplicação dos seus rendimentos**. Ora, caso a vítima sofra apenas uma redução da sua capacidade laborativa, mas continue exercendo outra profissão sem redução dos seus proventos, o arbitramento da pensão lhe proporcionará rendimentos superiores

aos que recebia.

E como foi explanado anteriormente, a pensão não envolve os **eventuais tratamentos médicos nem os lucros cessantes**, não podendo se arguir que o aumento de renda decorreria da necessidade da vítima arcar com despesas extras. Por isso, inexistindo perda remuneratória com o afastamento do trabalho, não se deve falar em prejuízo ou dano material sofrido no tocante à profissão.

Fica evidente, então, que a pensão possui simultaneamente caráter alimentar e indenizatório, significando dizer que o seu valor deve corresponder à importância do trabalho ou da depreciação que ele sofreu, **para estabelecer uma condição financeira análoga àquela que foi comprometida pelo dano, ou seja, considerando a necessidade de subsistência da vítima.**

A finalidade da pensão estabelecida no artigo 950, *caput*, do CC/2002 é a **manutenção dos proventos mensais do prejudicado durante o período de incapacidade** para evitar prejuízos maiores nas hipóteses de supressão, redução ou impossibilidade de geração de outros proventos. O objetivo não é outra renda na inatividade e superior ao que recebia em atividade. Se houve diminuição, a pensão deve recompor os proventos e não superá-la. Se não existiu a redução, não se constituiu o dano material.

Por tal motivo, na hipótese do ofendido receber provento mensal, previdenciário ou de outra origem, idêntico ao que percebia quando se encontrava em atividade, sem deixar de auferir o valor integral, por ocasião do afastamento da profissão, não existiu prejuízo algum, pelo menos quanto à remuneração.

Observa-se, por exemplo, a situação em que a vítima foi aposentada por invalidez decorrente de acidente de trabalho e além dos proventos do INSS, recebe complementação por uma entidade de previdência privada alcançando o mesmo patamar da atividade. Não houve revés na sua situação econômica. Seus proventos permaneceram os mesmos.

Não se trata de compensação entre institutos diferentes, mas de se auferir se a estabilidade financeira se transformou em instabilidade. A origem dos proventos foi alterada, entretanto, a situação financeira, não. J. CRETELLA JR., comentando o **artigo 7º, inciso XXVIII, da**

CF/88, que versa sobre a possibilidade de indenização civil em caso de dolo ou culpa do empregador preleciona que:

> "A responsabilidade que denominaremos civil, ainda que o termo se preste a alguma ambiguidade, para distingui-la dos aspectos precedentemente indicados, é o referente aqui à ordem patrimonial. Um caso de responsabilidade civil supõe, antes de tudo, **um equilíbrio econômico a ser restabelecido entre dois patrimônios** (Paul Duez, *La responsabilité de la puissance publique, en dehors du contrat*, 1.927, p. 7)
> **O dano patrimonial implica sempre nítido desnível em relação a valores econômicos ou éticos. Comparando-se o quanto anterior - minuendo - e o restante - o resto - , após o resultado do evento - subtraendo -, obtém-se a medida da lesão, o dano, propriamente dito, objeto da reparação."** (g. n.)[10].

E, ainda que a soma do valor da aposentadoria do INSS e de uma complementação paga por uma entidade de previdência privada não chegue ao mesmo patamar dos proventos auferidos pelo ofendido na ativa, não haverá razão fática ou jurídica que autorize a sobreposição com o pagamento de pensão em valor igual ao salário ou proventos que recebia.

A conclusão nessas condições causaria enriquecimento ilícito, pois a vítima receberia uma remuneração dobrada, ou seja, um amplo favorecimento financeiro para uma pessoa que não teve diminuição nos seus proventos mensais.

O Código Civil ao prever a pensão o fez visando todo o tipo de situação: empresários, autônomos, empregados, trabalhadores eventuais, etc. Vejamos o exemplo de um motorista particular que não contribua para a previdência privada. Caso este se tornasse inteiramente capaz em razão de acidente automobilístico durante a sua jornada de trabalho e ele percebesse remuneração que ultrapassasse em R$ 1.000,00 o teto do INSS, aí sim poderia se falar em pensão, porquanto haveria uma

redução de R$ 1.000,00.

A pensão significa uma renda substitutiva aos proventos da vítima e auferida de forma vitalícia ou temporária para prover o seu sustento e dos seus dependentes. Uma condenação desproporcional aos prejuízos sofridos pela parte ofendida pode lesar diretamente o ofensor, pois este correrá o risco de ver seu patrimônio diminuído também desproporcionalmente e sem razoabilidade alguma. Ela deve ser arbitrada considerando a verdadeira extensão dos danos materiais sofridos, conforme dispõe a regra do artigo 994, *caput*, do Código Civil vigente.

Por força do *caput* do art. 944 continua vigendo, portanto, o princípio da *restitutio in integrum*, retornando-se, preferencialmente, ao *statu quo ante* ou indenizando o equivalente em dinheiro, quando isto não seja possível, embora o parágrafo único do art. 944 do Código Civil de 2002 estabeleça que *"se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização"*.

Caso o Judiciário feche os olhos para a real situação econômico-financeira da vítima, isto é, a existência ou não de redução patrimonial e em que grau, considerando a percepção de quaisquer outros proventos ou remuneração, estará desprezando também a regra da extensão do dano como medida da indenização e da vedação ao enriquecimento ilícito, ferindo também o princípio da legalidade e o direito fundamental de propriedade da CEF, ambos constitucionalmente assegurados através do artigo 5º, incisos II e XXII, da Carta Magna.

Repita-se, qualquer entendimento diferente ensejará a aplicação do artigo 884, *caput*, do CC/2002, haja vista a indenização por danos materiais buscar o restabelecimento da situação patrimonial anterior do lesado, ou seja, o equilíbrio econômico rompido. A respeito do assunto é importante citar o entendimento do Tribunal de Justiça de Santa Catarina no seguinte julgamento:

> "Apelação Cível
> **Número: 2005.000020-1**
> Des. Relator: Des. Luiz Cézar Medeiros.
> **Data da Decisão: 19/04/2005**
> Apelação Cível n. 2005.000020-1, de Pomerode.
> Relator: Des. Luiz Cézar Medeiros.

RESPONSABILIDADE CIVIL - MUNICÍPIO - SERVIDOR PÚBLICO - MORTE - ACIDENTE DE TRABALHO - CF, ART. 7º, INC. XXVIII; CC, ARTS 186 E 927 - INDENIZAÇÃO COM BASE NO DIREITO COMUM - RESPONSABILIDADE SUBJETIVA - CULPA CONCORRENTE - **DANOS MORAIS** - REPARAÇÃO - **DANOS MATERIAIS - ALIMENTOS - PREJUÍZO INOCORRENTE**

1. O servidor público vítima de acidente do trabalho, para o efeito de responsabilidade civil pelo direito comum (Código Civil, arts. 186 e 927), não se equipara ao "terceiro" aludido no § 6º do art. 37 da Constituição Federal. Desse modo, para fins do estabelecimento da obrigação indenizatória decorrente de infortúnio laboral, excluída a esfera previdenciária, que adota a teoria da responsabilidade objetiva, além da comprovação do evento danoso e do nexo de causalidade entre o ocorrido e a atividade profissional, é indispensável a demonstração da culpa do empregador, seja ele empresa ou pessoa jurídica de direito público.

Demonstrado o nexo de causalidade e a culpa pelo acidente laboral envolvendo preposto do Município, o dever de indenizar recai sobre o ente público.

2. Na fixação do valor dos **danos morais** deve o julgador, na falta de critérios objetivos, estabelecer o *quantum* indenizatório com prudência, de modo que sejam atendidas as peculiaridades e a repercussão econômica da reparação, devendo esta guardar proporcionalidade com o grau de culpa e o gravame sofrido.

3. Sendo a vítima servidor público municipal e correspondendo a pensão previdenciária aos vencimentos integrais do falecido (CF, art. 40, § 7°), não está o ente público obrigado

> **a pagar alimentos a seus dependentes"(g.n.). (...)**
> ***Mutatis mutandis* essa é a situação dos autos. Se do acidente tivesse resultado a invalidez do servidor público, passaria este a perceber pensão no valor exatamente igual ao da sua remuneração quando em atividade. Tendo ele falecido, a pensão devida aos seus dependentes também não é inferior ao da remuneração auferida pelo funcionário falecido.**
> 4. Ante o exposto, em sede de reexame necessário, **reformo parcialmente a sentença e julgo improcedente o pedido de pensão alimentícia deduzido na inicial, uma vez que a autora já vem percebendo o benefício previdenciário da pensão por morte. No mais, confirmo os termos da respeitável sentença.**
> III - DECISÃO:
> Nos termos do voto do relator, por votação unânime, em sede de reexame, reformaram parcialmente a sentença.
> Participaram do julgamento os Excelentíssimos Senhores Desembargadores Francisco Oliveira Filho e Newton Trisotto.
> Florianópolis, 19 de abril de 2005.

E com muito acerto o Digníssimo Relator Des. Luiz Cézar Medeiros cita o voto do eminente Des. Newton Trisotto proferido nos autos da Apelação Cível n. 2002.017820-4 naquele Tribunal:

> "**Não há prova de que em razão da redução da sua capacidade laborativa também sofreu redução na remuneração. Ou seja, não se encontram presentes os pressupostos que poderiam autorizar a condenação na verba em referência.** Sobre a quaestio, permito-

me reproduzir, parcialmente, o voto inserido no acórdão relativo à Apelação Cível n.º 2000.007087-4:

(...)

"**Se o empregador é obrigado a mensalmente recolher as contribuições previdenciárias que constituem o fundo de previdência ('Seguridade Social') para que seus empregados usufruam dos benefícios previstos na Constituição e na Lei 8.213/91, não é justo, lógico e razoável que se lhe negue o direito de deduzir da indenização a que for eventualmente condenado o quantum do auxílio-acidente ou da pensão que o obreiro ou seus dependentes venham a dele receber.** Equivaleria a negar ao causador de acidente de trânsito o mesmo direito em relação ao seguro obrigatório, pago por todos os proprietários de veículos automotores.

"A hipótese de acidente do trabalho com redução da capacidade laborativa é ainda mais ilustrativa da necessidade de ser revista a quaestio. Exemplifico: O empregado que percebia salário mensal de R$ 500,00 (quinhentos reais) passa a receber auxílio-acidente de 50% (cinquenta por cento) do salário-de-benefício, conforme a Lei 9.032/95. Se culpado pelo acidente, o empregador é condenado a pagar, também para compensar a redução da capacidade laborativa, idêntica quantia. O empregado, que continua a trabalhar na empresa, exercendo outras funções, terá a sua renda mensal duplicada: perceberá R$ 1.000,00 (mil reais).

"Ao contrário do que se tem afirmado, penso que **a cumulação das indenizações resulta em enriquecimento ilícito.** Para evitá-lo, deveria a lei prever a possibilidade de o INSS sub-rogar-se no direito do empregado, até o limite do benefício pago a este, permitindo que ajuizasse demanda

> contra o empregador que deu causa ao sinistro. Nessa hipótese, a 'seguridade social' teria uma atuação com as características próprias de uma seguradora no contrato de seguro facultativo.
> "Outro exemplo para ilustrar a **necessidade** de ser reformulado o entendimento busco na Administração Pública. O servidor contribui com uma parcela inexpressiva - variável de 4% a 12% - para o instituto de assistência municipal, estadual ou federal. No nosso Estado, essa contribuição é destinada ao Instituto de Previdência do Estado de Santa Catarina. Vindo a falecer o servidor, os seus dependentes terão direito a pensão em valor equivalente ao da sua remuneração (CF, art. 40, § 7º). Comprovado que o óbito ocorreu por culpa do empregador, ou seja, do Estado, seria justo que fosse ele condenado a pagar aos dependentes da vítima pensão de valor igual àquela que receberão do Ipesc?"(g.n.)

Do mesmo modo o Des. Vanderlei Romer daquele Tribunal, como relator da Apelação Cível n. 2004.034122-1, em caso similar, interpretou o artigo 1539 do CC/1916, correspondente ao artigo 950 do Código Civil vigente, enfocando o requisito da suspensão ou redução de renda como autorizador da concessão de pensão:

> **"O artigo 1539 do Código Civil de 1916 previa o pagamento de pensão na hipótese da ofensa resultar defeito pelo qual o ofendido não possa exercer seu ofício ou profissão ou, ainda, lhe diminuísse o valor do trabalho.**
> **Nenhuma destas hipóteses se afigura *in casu*, pois pelo que exsurge dos autos, não houve qualquer espécie de redução remuneratória".**

Esta também é a jurisprudência do Tribunal de Justiça de Minas Gerais:

Número do processo: 1.0000.00.233476-1/000(1)
Relator: EDUARDO ANDRADE
Relator do Acordão: EDUARDO ANDRADE
Data do acordão: 18/06/2002
Data da publicação: 21/06/2002

EMENTA: AÇÃO DE INDENIZAÇÃO - ACIDENTE DE TRABALHO - RESPONSABILIDADE SUBJETIVA - LER - CULPA DA EMPREGADORA - COMPROVAÇÃO.

Com relação à ação civil de reparação do dano derivada do acidente do trabalho, a responsabilidade **É** subjetiva, exigindo-se a comprovação de culpa do empregador ou seus prepostos, nos termos do artigo 7º, XXVIII, da CF.

Age a empregadora com culpa ao permitir que seu empregado trabalhe como digitador durante 6:30 h em ambiente impróprio, sem intervalo para descanso, sem orientação sobre a segurança do trabalho e estimulando uma espécie de disputa entre os funcionários, com aumento de salário para quem digitar maior número de toques por hora.

Não havendo prova de que a empregada exercia sua profissão e **nem do valor de seus rendimentos, aliado ao fato de que a empregada recebe sua aposentadoria do INSS e mais complementação pela Forluz, em valores superiores ao salário que recebia quando em atividade, não se há falar em dano material indenizável, respondendo a empregadora apenas pelo dano moral comprovado.**

É possível ver o mesmo entendimento na esfera trabalhista. Para elucidar a questão vale transcrever o voto do Excelentíssimo Dr. FRANCISCO SÉRGIO SILVA ROCHA, Desembargador da 1ª Turma do Egrégio TRT da 8ª Região e Revisor no julgamento do Recurso Ordinário n° 01128-2003-008-08-00-9:

RO 01128-2003-008-08-00-9
RECORRENTES: INDÚSTRIA DE BEBIDAS ANTARCTICA DA AMAZÔNIA S/A e AMBEV COMPANHIA DE BEBIDAS DAS AMÉRICAS
Dr. José Rubens Barreiros de Leão
RECORRIDO: EDINALDO SILVA DOS SANTOS
Dr. Thiago Carlos de Souza Dias
(...)
DO DANO MATERIAL
(...)
"Indenização por Danos Materiais
A indenização por danos materiais, em sua quantificação, deve observar a comprovada redução patrimonial, experimentada pela vítima, em razão do ilícito. Mede-se, pois, pela exata extensão do dano (art. 944 CC), havendo este de ser aquilatado segundo aquelas condições concretamente presentes à data do sinistro, sem a possibilidade de se fazerem suposições, como, por exemplo, aquela efetuada no voto do Exmo. Desembargador Relator, de que, em razão do acidente, o empregado, embora haja passado a perceber, a título de benefício previdenciário, valor equivalente à remuneração que auferia à data do acidente (R$ 226,75), viu-se impossibilitado de ascender profissionalmente ou de obter aumentos salariais ou melhores colocações no mercado de trabalho.
Ora, do mesmo modo como poderia ascender profissionalmente, absolutamente possível também que viesse o reclamante a amargar

longo período desempregado, ou mesmo até que viesse a morrer prematuramente.
Em suma, na fixação da indenização por danos materiais, não há como ser feito exercício de futurologia, havendo o quantum de ser fixado segundo a situação concretamente existente à época da verificação do ato ilícito: o reclamante estava empregado, percebendo a remuneração mensal de R$226,75 - fl. 04 (e não aquela de R$ 528,00 - fl. 424 - a partir de qual o Juízo de primeiro grau fixou o quantum indenizatório por danos materiais). O acidente de trabalho ocorreu em 13.06.95, sendo que, após essa data, o empregado ainda continuou trabalhando, normalmente, por, mais ou menos, um mês, quando se manifestou a paraplegia. A partir de 9.07.95, passou a perceber auxílio-doença por acidente do trabalho no montante de R$ 206,31 (fl. 18), benefício esse que foi convertido em aposentadoria por invalidez em 02.01.96, com idêntico valor de provento (fl. 17).
Levando em conta a não incidência de exação previdenciária sobre o valor do benefício, pode-se concluir que o patamar de ganhos mensais do reclamante, após o acidente, quedou-se, praticamente, inalterado, inexistindo, pois, redução patrimonial a ser reparada.
Dou, assim, parcial provimento ao apelo da empresa para excluir da condenação o valor da indenização por danos materiais, fixada em primeiro grau, no montante de R$ 171.022,00."

O TRT da 8ª Região julgando caso mais grave, de morte, cuja decisão foi publicada em 17/01/2006, manteve a interpretação:

RO 01695-2004-114-08-00-6
RECORRENTE: HARNISCHFEGER DO BRASIL COM*RCIO E INDUSTRIA LTDA. (P & H

MINEPRO SERVICES)
Dr. Joseane Maria da Silva
RECORRIDO: ESP*LIO DE RAIMUNDO OLIVEIRA LIMA
Dr. Rômulo Oliveira da Silva
DA INDENIZAÇÃO POR DANO MATERIAL PENSIONAMENTO PELO INSS. A fixação do valor devido a título de indenização por dano material, nos casos em que da lesão resultar a morte do empregado, importar em compensação aos familiares pelo tratamento e luto provocado e também na prestação em dinheiro, levando-se em conta a dor moral pela privação dos familiares em ter a presença daquela pessoa que ajudava na composição do orçamento familiar, como membro produtivo. Ocorre que se o trabalhador passa a ser pensionado pelo INSS, como é o caso dos autos, nada mais existe a ser indenizado pela empresa-reclamada.

De igual maneira, acertou o TST ao decidir pela permanência do acórdão regional que ordenou a empresa apenas a complementar o benefício previdenciário e assim restaurar a situação financeira que a vítima detinha antes do ilícito:

PROCESSO: AIRR **NÚMERO:** 771957
ANO: 2001
PUBLICAÇÃO: DJ - 12/05/2006

PROC. Nº TST-AIRR-771957/2001.5
A C Ó R D Ã O
4ª Turma
JCMDN/DJR
AGRAVO DE INSTRUMENTO. 1. DANO MORAL INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO. A decisão regional encontra-se em perfeita harmonia com o entendimento consagrado pela Súmula nº 392 desta Corte, de sorte que o recurso de revista não merece trânsito. 2. DANO MORAL. Arestos oriundos do TJ/SP, TAC/SP e TJ/MG não se prestam à prova de

dissenso pretoriano diante da regra estabelecida no artigo 896, a da CLT. 3. VERBA HONORÁRIA ADVOCATÍCIA. Estando a decisão regional em perfeita harmonia com o entendimento consagrado pelas Súmulas nºs 219 e 329 desta Corte, o recurso de revista não merece trânsito. Súmula nº 333 do TST. Agravo de instrumento não provido.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento em Recurso de Revista nº TST-AIRR-771957/2001.5 em que é Agravante DELPHI AUTOMOTIVE SYSTEMS DO BRASIL LTDA. e Agravado BELANISIA PEREIRA COSTA.

(...)

3. DANO MORAL

(...)

Também acertou a r, sentença ao condenar a reclamada a complementar os ganhos mensais da reclamante em relação a pensão paga pelo INSS e o salários pagos ao pessoal da ativa que exercem a mesma função da reclamada, como meio de neutralizar os prejuízos materiais causados à mesma, o que se mantém pelos seus próprios fundamentos acrescidos a estes....

As divergências trazidas à colação para o cotejo de teses relativas ao

tema dano moral transcritas nas razões de fls. 358/361 não se prestam ao fim colimado, eis que oriundas de Turmas do Tribunal de Justiça de São Paulo, Tribunal de Alçada Cível de São Paulo e Tribunal de Alçada de Minas Gerais, em dissonância com a regra do artigo 896, a, da CLT. Ilesos, por outro lado, os artigos 129 do CP, 159 e 1.538 do CPC, e 51 e 52 da Lei nº 5.250/67, até porque a matéria não foi analisada na origem com espeque nos referidos preceitos, não tendo a parte cuidado de prequestioná-los junto ao órgão julgador de origem.

Nesse contexto, concluo que a matéria não restou devidamente prequestionada, nos termos do entendimento consubstanciado na Súmula-TST nº 297, que assim prescreve:

Nº 297PREQUESTIONAMENTO. OPORTUNIDADE.

CONFIGURAÇÃO - Nova redação - Res. 121/2003, DJ 21.11.2003

I. Diz-se prequestionada a matéria ou questão quando na decisão impugnada haja sido adotada, explicitamente, tese a respeito.

II. Incumbe à parte interessada, desde que a matéria haja sido invocada no recurso principal, opor embargos declaratórios objetivando o pronunciamento sobre o tema, sob pena de preclusão...

Com efeito, referido Verbete Sumular exige que a matéria objeto de recurso tenha sido explicitamente abordada na decisão impugnada, cabendo à parte interessada a interposição de Embargos de Declaração objetivando o pronunciamento sobre o tema, sob pena de preclusão.

Ausente o devido prequestionamento, mostra-se impossível o confronto jurisprudencial pretendido, diante da completa ausência de manifestação do Regional a respeito da matéria articulada pela agravante.

(...)

Ante o exposto, NEGO provimento ao agravo de instrumento.

ISTO POSTO

ACORDAM os Ministros da Quarta Turma do Tribunal Superior do Trabalho, por

unanimidade, negar provimento ao agravo de instrumento.

Brasília, 26 de abril de 2006.

JUÍZA CONVOCADA MARIA DORALICE NOVAES

Relatora

Outrossim, não se pode desconsiderar o fato do ofendido continuar trabalhando, com menor remuneração, ou dele se dedicar a outra atividade que lhe proporcione os mesmos rendimentos ou até superiores. Neste sentido, já se posicionou o STJ:

> "A norma do art. 1.539 do Código Civil traz a presunção de que o ofendido não conseguirá exercer outro trabalho. **Evidenciado que a vítima continuou a trabalhar nesse período, ainda que em atividade distinta, mas com a mesma remuneração, a pensão é descabida, por ausência de prejuízo.** (STJ, 4ª Turma, RESP 235393, Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, relator, j. 23.11.1999)".

> "Acordão **Origem: STJ - SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**
> Classe: RESP - RECURSO ESPECIAL – 569351
> Processo: 200301288840 UF: MG Órgão Julgador: TERCEIRA TURMA
> Data da decisão: 07/12/2004 Documento: STJ000600620
> **Fonte DJ DATA:04/04/2005 PÁGINA:304**
> Relator(a) CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO
> Decisão Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, prosseguindo o julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Castro Filho, por unanimidade, conhecer do recurso especial da autora e dar-lhe provimento e não conhecer do recurso especial da instituição financeira. Os Srs. Ministros Nancy Andrighi, Castro Filho e Antônio de Pádua Ribeiro votaram com o Sr.
> Ministro Relator. Não participou do julgamento o Sr. Ministro Humberto Gomes de Barros.
> Ementa Indenização. Dano material e dano moral. Acidente do trabalho. DORT

(Distúrbio Osteomuscular Relacionado ao Trabalho). Artigo 1.539 do Código Civil de 1916 (950 do vigente). Prova do dano. Lucros cessantes. Juros moratórios. Precedentes da Corte.

1. O art. 1.539 do Código Civil de 1916 (art. 950 do vigente), na parte final, estabelece que a pensão será correspondente à "importância do trabalho, para que se inabilitou, ou da depreciação que ele sofreu". Com isso, o que vale para a fixação do percentual, em princípio, é a incapacidade para o trabalho que exercia no momento do ato lesivo, pouco relevando que haja incapacidade apenas parcial para outras atividades, **salvo a comprovação de que o ofendido efetivamente exerce outro emprego remunerado.** A mera possibilidade de fazê-lo está fora da presunção legal.

2. Os juros moratórios, em se tratando de acidente de trabalho, estão sujeitos ao regime da responsabilidade extracontratual, aplicando-se, portanto, a Súmula nº 54 da Corte.

3. É pertinente a condenação por dano moral quando há lesão à saúde,
por menor que seja, ainda mais quando, como no caso, gera incapacidade absoluta e permanente do ofendido para o exercício da
sua profissão.

4. A questão dos lucros cessantes fica ao desabrigo, no caso, porque não provado pela instituição financeira que não poderia ter ocorrido.

5. A mais atualizada jurisprudência da Corte entende cabível a constituição de capital para assegurar o pagamento da condenação, não examinando o acórdão recorrido a possibilidade de sua substituição pela inclusão em folha.

6. Vivo o ofendido, a pensão é vitalícia, na forma de monótona jurisprudência da Corte.

7. Recurso especial da autora conhecido e provido e recurso especial
da instituição financeira não conhecido".

A solução é a complementação do benefício previdenciário ou da renda que porventura ainda possua a vítima, para recompor o valor dos proventos que vinha recebendo anteriormente. Este é o exato objetivo da lei, que coaduna a indenização ao grau de depreciação da remuneração paga pelo trabalho a que a doença ou o ferimento inabilitou, e a pensão somente cumprirá o seu caráter ético e educativo se ele for alcançado.

4. PERÍODO DE DURAÇÃO DA PENSÃO

Outra questão controvertida é a definição do período de duração do pensionamento. Ele deve ser estabelecido com base na expectativa de vida da vítima de incapacidade ou de forma vitalícia, até a sua morte? Para a maioria, a vítima de lesões com sequelas permanentes tem direito a pensão vitalícia; não até o seu tempo provável de sobrevida. Aqui, voltamos a utilizar os ensinamentos do professor Arnaldo Rizzardo:

> "A pensão pela redução da capacidade de trabalho, quando paga à própria vítima do acidente, alonga-se por toda a vida e não pelo tempo de vida provável. Enquanto viver, ela terá direito. "A limitação de pensões desta natureza, ao tempo de vida provável da vítima, só tem pertinência naqueles casos em que o beneficiário da pensão não é a própria vítima do dano; assim, por exemplo, na hipótese da mulher que recebe pensão pela morte do marido".[11]

Assim, o causador do dano pagará a indenização enquanto viver a vítima. Aspectos particulares envolvendo esse tema são examinados nos seguintes acórdãos:

> Acórdão **Origem: STJ - SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**
> Classe: RESP - RECURSO ESPECIAL – 324149
> Processo: 200100551936 UF: SP Órgão Julgador: QUARTA TURMA
> Data da decisão: 06/03/2003 Documento: STJ000486835
> **Fonte DJ DATA:26/05/2003 PÁGINA:362**

RST VOL.:00170 PÁGINA:91

Relator(a) ALDIR PASSARINHO JUNIOR

Decisão Vistos e relatados estes autos, em que são partes as acima indicadas, decide a Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, à unanimidade, conhecer em parte do recurso e, nessa parte, dar-lhe parcial provimento, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. Participaram do julgamento os Srs. Ministros Barros Monteiro, Ruy Rosado de Aguiar e Fernando Gonçalves. Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira.

Ementa CIVIL E PROCESSUAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. ACIDENTE DE TRABALHO. LESÃO NO JOELHO. INCAPACIDADE PARCIAL PERMANENTE. DANO MORAL CONFIGURADO. PENSÃO. AUMENTO VINCULADO AO REAJUSTE DA CATEGORIA PROFISSIONAL. CABIMENTO. RECURSO ESPECIAL. AUSÊNCIA DE INDICAÇÃO DA NORMA VIOLADA. DISSÍDIO LIMITADO. JUROS MORATÓRIOS. SÚMULA N. 54-STJ. HONORÁRIOS. SUCUMBÊNCIA DEVIDA.

I. Bastante à configuração do dano moral a demonstração da ocorrência do acidente de trabalho por culpa do empregador, em que o autor sofreu lesão permanente, **percebendo, inclusive, pensão vitalícia.**

II. Os juros de mora incidem a partir do evento danoso, nos termos da Súmula n. 54 do STJ.

III. Legítimo o critério de atualização da pensão devida ao ex-empregado em consonância com base no reajuste da categoria profissional a que pertencia o autor.

IV. A ausência de indicação da norma violada, adicionada à limitada extensão do dissídio pretoriano proposto, impede o conhecimento

do especial sobre todas as questões suscitadas da parte.
V. Alteração do critério de fixação da verba honorária sucumbencial, em face do substancial êxito do autor na demanda.
VI. Recurso especial conhecido em parte e parcialmente provido.

Processo Ag 695676
Relator(a)
Ministro FERNANDO GONÇALVES
Data da Publicação
DJ 28.10.2005
Decisão
AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 695.676 - PR (2005/0121169-6) RELATOR: MINISTRO FERNANDO GONÇALVES
AGRAVANTE: ELECTROLUX DO BRASIL S/A
ADVOGADO: FABÍOLA POLATTI CORDEIRO FLEISCHFRESSER E OUTROS
AGRAVADO: FREDERICO RAMOS
ADVOGADO: JOSENEY CARNEIRO
DECISÃO
Trata-se de agravo de instrumento interposto por ELECTROLUX DO
BRASIL S/A contra decisão do Vice-Presidente do extinto Tribunal de Alçada do Estado do Paraná indeferindo o processamento de recurso especial com fundamento no art. 105, inciso III, letras "a" e "c" da Constituição Federal, manejado frente a acórdão assim ementado: "Ação ordinária de indenização. Ilegitimidade passiva. Inexistência. Julgamento "extra petita". Inocorrente. Nexo de causalidade. Termo da pensão aos 65 anos do beneficiado. Aplicável somente em caso de morte. Valor da pensão e da indenização corretamente fixados.
(...)
Em relação ao termo final do pensionamento, é firme a jurisprudência desta Corte no sentido de

que, viva a vítima, a pensão é vitalícia.
Nesse sentido:
"Indenização. Dano material e dano moral. Acidente do trabalho. DORT (Distúrbio Osteomuscular Relacionado ao Trabalho). Artigo 1.539 do Código Civil de 1916 (950 do vigente). Prova do dano. Lucros cessantes. Juros moratórios. Precedentes da Corte.
1. O art. 1.539 do Código Civil de 1916 (art. 950 do vigente), na parte final, estabelece que a pensão será correspondente à "importância do trabalho, para que se inabilitou, ou da depreciação que ele sofreu". Com isso, o que vale para a fixação do percentual, em princípio, é a incapacidade para o trabalho que exercia no momento do ato lesivo, pouco relevando que haja incapacidade apenas parcial para outras atividades, **salvo a comprovação de que o ofendido efetivamente exerce outro emprego remunerado.** A mera possibilidade de fazê-lo está fora da presunção legal.
(...)
6. Vivo o ofendido, a pensão é vitalícia, na forma de monótona jurisprudência da Corte.
7. Recurso especial da autora conhecido e provido e recurso especial
da instituição financeira não conhecido." (Resp 569.351/MG, Terceira
Turma, rel. Min. CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO, DJU de 04.04.2005)
Por fim, consoante iterativa jurisprudência deste Tribunal, o valor da indenização por dano moral só pode ser alterado na instância especial quando ínfimo ou exagerado, o que não ocorre no caso em tela.
A quantia fixada pelo Tribunal a quo a título de danos morais, cem salários mínimos, não escapa à razoabilidade, nem se distancia do bom senso e dos critérios adotados por esta Corte para casos semelhantes, devendo, por isso, ser prestigiado o aresto hostilizado.

Diante do exposto, nego provimento ao agravo.
Publicar.
Brasília, 20 de outubro de 2005.
MINISTRO FERNANDO GONÇALVES, Relator

Por outro lado, o Tribunal Superior do Trabalho recentemente definiu de forma contraditória a previsão de pensão vitalícia até os 70 anos para vítima de acidente de trabalho. Incoerente, obviamente, porque se é vitalícia o seu termo final é a morte e não uma determinada idade. Mesmo assim, vale transcrever:

Acórdão Inteiro Teor
PROCESSO: RR NÚMERO: 784730 ANO: 2001
PUBLICAÇÃO: DJ - 11/04/2006
PROC. Nº TST-RR-784.730/2001.6
C: A C Ó R D Ã O
4ª TURMA
MAC/mc3m
RECURSO DE REVISTA DA REDE FERROVIÁRIA FEDERAL. COMPROVAÇÃO DE RECOLHIMENTO DO DEPÓSITO RECURSAL. PRAZO. SÚMULA N.º 245-TST.
(...)
V O T O
(...)
3 DA PENSÃO VITALÍCIA
Requer o Recorrente o restabelecimento da decisão originária quanto ao pagamento de pensão vitalícia, invocando os termos dos arts. 159 e 1539 do Código Civil. Estes os argumentos de que se valeu o órgão julgador regional para afastar da condenação a parcela em comento (a fls. 734): **Relativamente à pensão vitalícia até os 70 anos de idade, entendo que o artigo 1539 do Código Civil Brasileiro a estabelece no caso de incapacidade laborativa total, para qualquer atividade, o que não é o caso do Recorrido. O próprio INSS, ao constatar a doença, o**

encaminhou ao Centro de Reabilitação, onde se verificou que, apesar da Disacusia neurosensorial bilateral, tem potencial para RP. A hipótese dos autos não reclama a solução pretendida pela parte Autora, à luz dos elementos de prova consignados nos autos, já que evidenciada a incapacidade relativa do empregado. O preceito de ordem legal invocado não foi violado, na forma da Súmula n.º 221-TST.
Revista não conhecida.
(...)
Brasília, 22 de março de 2006.
JUÍZA CONVOCADA MARIA DE ASSIS CALSING
Relatora

Contudo, não parece que a duração do pensionamento deve ser estabelecida nas formas expostas nos julgamentos acima. Isto porque elas não consideram a finalidade do instituto, da pensão como forma de reparar com nítido caráter alimentar, ético e educacional.

Primeiro, porque fere o bom senso a previsão de uma obrigação vitalícia onerando o ofensor por tanto tempo, às vezes superior a sua própria vida, e se estendendo aos seus herdeiros, cada um na medida de seu quinhão. Segundo, porque a finalidade da pensão como já foi exaustivamente demonstrado é propiciar o retorno ao *status quo ante*, isto é, a mesma situação financeira que o ofendido possuía antes do ato ilícito.

Assim, sendo o caso de redução parcial da capacidade laborativa da vítima a pensão deverá ser arbitrada proporcionalmente à redução da sua renda que é a importância de seu trabalho.

O critério da vitaliciedade para a pensão serviria se a sua finalidade fosse tão somente para repor os proventos da vítima incondicionalmente e independentemente da existência ou não de um efetivo prejuízo material. Entretanto, como a pensão busca ressarcir o dano material que é nada mais nada menos que a real redução ou a eliminação dos proventos de modo que a vítima volte a perceber o mesmo valor que recebia em atividade, ela deve ser arbitrada pelo tempo provável de vida produtiva.

Ora, a pensão não deve durar até a provável data ou efetiva morte

do ofendido, mas pelo tempo que lhe restava até uma aposentadoria "normal", ou seja, por tempo de contribuição, idade, a depender do caso concreto. O que deve ser considerado, então, é a expectativa de vida produtiva, até quando o indivíduo trabalharia em condições normais.

O raciocínio é simples. A pessoa que teve uma redução nos seus proventos obterá direito a pensão correspondente ao mesmo valor dessa diminuição e chegará determinado momento que ele se aposentará de acordo com as suas contribuições e as do empregador, se for empregado.

Caso os proventos pagos pelo INSS sejam no mesmo valor daqueles recebidos antes do ato ilícito e, posteriormente, ao valor da soma entre os proventos reduzidos e a pensão civil que os complementou, a situação financeira permanecerá inalterada. Assim não haverá razão para continuar o pagamento da pensão.

A situação é melhor visualizada com o seguinte exemplo: o indivíduo "A" possuía uma renda mensal no valor de R$1000,00 e contribuía com R$80,00 para o INSS. Com o dano, houve uma redução de 50% da importância do seu trabalho e da sua capacidade. Por isso, a vítima continuou trabalhando em outra função, percebendo R$500,00 e contribuindo com R$40,00. Sem dúvida a pensão deveria então ser calculada com base na efetiva redução sofrida de modo a recompor a capacidade financeira do lesado.

Portanto, a pensão seria também em R$500,00 mais R$40,00 de contribuição. Imaginando-se que restaria um prazo de 28 anos para a aposentadoria do ofendido, a pensão duraria pelo mesmo tempo e acompanharia os mesmos reajustes da categoria da ativa. Na data da aposentadoria, ele receberia de forma integral pelo INSS e não necessitaria mais da pensão, ficando o devedor/ofensor exonerado da obrigação.

O raciocínio também serve para a hipótese de incapacidade absoluta. Se o mesmo indivíduo "A" recebesse mensalmente R$10.000,00 e contribuísse com R$800,00 para a previdência pública e fosse vítima de acidente de trânsito, ficando totalmente incapaz, a pensão seria a diferença entre a aposentadoria por invalidez paga pelo INSS e os R$10.000,00 mais R$800,00.

Desta forma, a vítima receberia o mesmo valor até a data que se aposentaria em condições normais, quando provavelmente auferiria apenas o beneficio previdenciário para o qual estava contribuindo e

tinha se planejado.

O mesmo entendimento é aplicável na hipótese da vítima contribuir para previdência privada. Caso a vítima embolsasse mensalmente R$10.000,00, com de R$800,00 e R$1000,00 para as previdências pública e privada, o pensionamento seria a diferença entre o que recebia na ativa e o somatório da aposentadoria por invalidez paga pelo INSS com a complementação da previdência privada, até a data prevista para a sua aposentadoria por contribuição.

Afinal, por qual razão deveria o ofensor pagar um valor superior e por mais tempo do que a própria vítima tinha planejado para o seu futuro? Se a parte ofendida tinha planejado se aposentar recebendo R$4000,00 a menos do que ganhava em plena atividade com 65 anos, por que pagar uma pensão equivalente ao que ele recebia na ativa e para a vida toda? Não parece razoável tampouco proporcional e por certo fere estes princípios constitucionais tão utilizados pela doutrina e jurisprudência.

5. CONCLUSÃO

A intenção do legislador ao prever a pensão no artigo 950 do Novo Código Civil para as hipóteses de incapacidade parcial ou total (invalidez) foi de evitar o empobrecimento da vítima e resguardar o padrão da sua vida social e financeira. E para a norma cumprir a sua finalidade, o magistrado deverá considerar toda e qualquer circunstância vivenciada pela vítima em seu cotidiano antes e após o dano físico.

O benefício previdenciário pago pelas instituições de previdência pública e privada a vítima incapaz deve ser considerada no cálculo da pensão prevista pela norma do artigo 950 do Código Civil. Não se trata de compensação, mas de averiguação da realidade financeira da vítima e, portanto, da verdadeira extensão do dano e da necessidade do pensionamento.

Portanto, a pensão busca ressarcir a real redução ou a eliminação dos proventos de modo que a vítima volte a perceber o mesmo valor que recebia em atividade e uma vez estabelecida ela deverá ser paga mensalmente durante o tempo provável de vida produtiva. Tratando-se de uma relação continuada fica sujeita a rotineira comprovação da sua necessidade, de modo que desaparecendo ou alterando-se a sua causa é possível a desoneração ou revisão do valor estabelecido, respectivamente.

Notas

[1] Maria Helena Diniz, conceitua as duas espécies de dano em sua obra *Curso de Direito Civil.* 2004, p. 68, vol. VII.

[2] Maria Helena Diniz, conceitua as duas espécies de dano em sua obra *Curso de Direito Civil.* 2004, p. 68, vol. VII.

[3] Programa de Responsabilidade Civil, 6ª Edição, Malheros Editores, p. 135.

[4] Responsabilidade Civil: Lei nº 10.406, de 10.01.2002, Rio de Janeiro, Forense, 2005, p. 234.

[5] *Programa de responsabilidade civil*, 6ª Edição, Malheros Editores, p. 136.

[6] *Responsabilidade civil*: Lei nº 10.406, de 10.01.2002, Rio de Janeiro, Forense, 2005, p. 235/236.

[7] Sidou, J. M. Othon. *Dicionário jurídico*: *academia brasileira de letras jurídicas*. 4ª ed. Rio de Janeiro, Forense Universitária, 1996, p. 586.

[8] Responsabilidade Civil: Lei nº 10.406, de 10.01.2002, Rio de Janeiro, Forense, 2005, p. 221.

[9] Responsabilidade Civil: Lei nº 10.406, de 10.01.2002, Rio de Janeiro, Forense, 2005, p. 51.

[10] *Comentários à Constituição de 1988*, págs. 1002/1003, Vol. II, 1ª. Ed. 1.989.

[11] Responsabilidade civil: Lei nº 10.406, de 10.01.2002, Rio de Janeiro, Forense, 2005, p. 235.

REFERÊNCIAS

AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Código civil comentado. Vol.02 Negócio Jurídico. Atos Jurídicos Lícitos. Atos Ilícitos*. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

COSTA, Carlos Celso Orcesi da. *Código civil na visão do advogado*. Vol.03. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. Vol. 3. 22ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

DIREITO, Carlos Alberto M. e CAVALIERI FILHO, Sergio. *Comentários ao novo C.C: da responsabilidade civil. das referências e privilégios creditórios. arts. 927 a 965*. Vol. 13. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

GAGLIANO, Pablo Stolze e PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo *curso de direito civil: responsabilidade civil*. Vol. 3. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

GOMES, Luiz Roldão de Freitas. "Responsabilidade civil subjetiva e objetiva" *in* Aspectos controvertidos do novo código civil: escritos em homenagem ao Ministro José Carlos Moreira Alves / Coordenadores Arruda Alvim, Joaquim Portes de Cerqueira César, Roberto Rosas; apresentação Arruda Alvim. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Comentários ao código civil*: Arts. 927 a 965. Vol.11. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

LISBOA, Roberto Senise. *Manual de direito civil: obrigações e responsabilidade*

civil. Vol. 2. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil: das obrigações*. Vol. 5. 34ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
NERY JUNIOR, Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código civil comentado e legislação extravagante*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. Vol 3. 11ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
RIZZARDO, Arnaldo. *Responsabilidade civil*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
RODRIGUES, Silvio. *Direito civil: responsabilidade civil*. Vol.04. 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito civil: responsabilidade civil*. Vol. IV. 6ª ed. São Paulo: Atlas, 2006.