

RESPONSABILIDADE CIVIL DECORRENTE DE ACIDENTE DE TRABALHO OU DOENÇA OCUPACIONAL

Cesar Zucatti Pritsch¹

SUMÁRIO: Introdução. 1 Esferas de responsabilidade decorrentes do meio ambiente do trabalho. 2 Acidente de trabalho e doença ocupacional – conceito. 3 Nexo causal. 3.1 Presunção relativa de nexo causal decorrente do reconhecimento deste pela Previdência. 3.2 Presunção relativa de nexo causal decorrente da emissão de CAT pelo empregador. 3.3 Nexo técnico epidemiológico. 3.4 Pluralidade de causas – concasualidade. 3.5 Causas laborais e empregadores diversos. 4 Responsabilidade civil acidentária. 4.1 Inexistência de óbice constitucional à responsabilidade objetiva do empregador. 4.2 Aferição de atividade de risco. 4.3 Responsabilidade subjetiva com presunção de culpa. 5 Danos materiais – lucros cessantes e pensionamento. 5.1 Termos inicial e final. 5.2 Quantificação. 5.3 Base de cálculo. 5.4 Atualização pelo salário mínimo. 5.5 Não afastamento da indenização em razão da percepção de benefício previdenciário nem de salários. 5.6 Constituição de capital. 5.7 Parcela única. 6 Danos materiais – tratamento, medicamentos e a polêmica do plano de saúde. 7 Danos morais, estéticos e outros danos extrapatrimoniais. 8 Isenção - descontos fiscais e previdenciários. 9 Intervenção de terceiros (seguradora) – Incompatibilidade com o processo do trabalho e incompetência material. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

Em 2001 ocorreram no país cerca de 340 mil acidentes de trabalho. Em 2007, o número elevou-se para 653 mil, chegando, em 2009, a preocupantes 723 mil ocorrências, com um saldo de 2.496 óbitos (quase sete mortes por dia), além de um custo anual para os cofres públicos de aproximadamente R\$ 10,7 bilhões com o pagamento de auxílio-doença, auxílio-acidente e aposentadorias acidentárias².

Em tal contexto, ante a gravidade da questão, considerando o vetor lançado pelo Tribunal Superior do Trabalho em campanha nacional pela prevenção de acidentes de trabalho e pelo fortalecimento da política de segurança e saúde laboral, bem como considerando que uma atuação célere e efetiva do Poder Judiciário possui grande eficácia pedagógica, estimulando o investimento na melhoria do ambiente de trabalho e na prevenção de danos à saúde do trabalhador, passamos a colacionar breves comentários sobre algumas das mais freqüentes questões que têm sido trazidas à discussão em juízo acerca do tema, na expectativa de colaborar para o aprofundamento do respectivo debate.

1. ESFERAS DE RESPONSABILIDADE DECORRENTES DO MEIO AMBIENTE DO TRABALHO

A higidez do meio ambiente de trabalho implica em responsabilidade nas esferas penal, previdenciária, administrativa, trabalhista e civil³. Pode-se acrescer a tal rol ainda o impacto na área tributária.

Na área penal, os acidentes de trabalho ou doenças ocupacionais podem

1. Juiz do Trabalho Substituto do TRT da 4ª Região - RS / Especialista em Direito Material e Processual do Trabalho pela Universidade Gama Filho.

2. Conforme disponível em <http://www.tst.jus.br/prevencao/institucional.html>

3. MELO, Raimundo Simão de. Direito Ambiental do Trabalho e a Saúde do Trabalhador. São Paulo: LTr, 2004, p. 135-168.

implicar na configuração dos crimes de homicídio, lesões corporais ou de perigo comum (arts. 121, 129 e 131 do Código Penal), contravenção penal por não cumprimento das normas de segurança e higiene do trabalho (art. 19 da Lei 8.213/91), bem como atrair as sanções penais previstas na legislação ambiental (art. 15 da Lei 6.938/81 e arts. 3º, 8º, 21 e 22 da Lei 9.605/98, aplicando-se inclusive à pessoa jurídica).

No que refere à seara previdenciária, há responsabilidade objetiva do INSS em amparar a vítima ou sua família, sob a forma de auxílio-doença acidentário, aposentadoria por invalidez acidentária, auxílio-acidente, pensão por morte e reabilitação profissional e social, sem prejuízo da correspondente ação regressiva contra o causador do dano, nos casos de “negligência quanto às normas padrão de segurança e higiene do trabalho”^{4, 5}.

Administrativamente, temos as sanções aplicáveis pelos órgãos de inspeção do trabalho, como multas (art. 201 da CLT), interdição de estabelecimento, setor ou máquina, bem como embargo de obra (art. 161 da CLT).

No âmbito da responsabilidade trabalhista em relação ao ambiente de trabalho temos o pagamento de adicionais de remuneração para o trabalho em atividades penosas, insalubres, ou perigosas, a estabilidade provisória do acidentado (art. 118 da Lei 8.213/91), o pagamento do FGTS do período de auxílio-doença acidentário (art. 15, §5º da Lei 8.036/90) e rescisão indireta do contrato de trabalho por falta grave do empregador (art. 483 da CLT).

Em termos tributários, o reconhecimento do caráter acidentário de um agravo à saúde do trabalhador pelo INSS impõe custos adicionais, como a incidência do Fator Acidentário de Prevenção – FAP sobre o Seguro de Acidentes de Trabalho – SAT, podendo resultar na redução pela metade ou até dobrar as alíquotas do SAT “de 1%, 2% ou 3% da tarificação coletiva por subclasse econômica, incidentes sobre a folha de salários das empresas para custear aposentadorias especiais e benefícios decorrentes de acidentes de trabalho”⁶. “O FAP varia anualmente. É calculado sempre sobre os dois últimos anos de todo o histórico de acidentalidade e de registros acidentários da Previdência Social, por empresa”⁷, com base tanto nos acidentes notificados pela emissão de Comunicação de Acidente de Trabalho – CAT, como naqueles apurados a partir do Nexo Técnico Epidemiológico Previdenciário – NTEP, que abordaremos mais adiante.

Finalmente temos a responsabilidade civil, que pode ensejar tanto pretensões pleiteadas em tutela coletiva (por exemplo, danos morais coletivos em razão do descumprimento de normas de segurança quanto ao meio ambiente de trabalho) ou de forma individual, consubstanciada nas indenizações por danos materiais e morais decorrentes de acidente de trabalho ou doença ocupacional, em seus diversos desdobramentos.

Como já mencionado, passaremos a abordar algumas das questões mais freqüentes nos processos individuais acidentários em trâmite perante a Justiça do Trabalho, quais sejam, a caracterização do próprio acidente de trabalho ou doença ocupacional como tais e a decorrente discussão acerca da responsabilidade civil.

2. ACIDENTE DE TRABALHO E DOENÇA OCUPACIONAL - CONCEITO

4. Art. 120 da Lei 8.213/91.

5. Em tal sentido ver também a excelente obra de FERNANDO MACIEL, *Ações Regressivas Acidentárias*, LTr, 2010, onde o tema é abordado com profundidade.

6. Disponível em <http://www.mpas.gov.br/conteudoDinamico.php?id=464>

7. Idem.

A Lei 8.213/91, em seu art. 19, traz o conceito de acidente de trabalho:

Art. 19. Acidente do trabalho é o que ocorre pelo exercício do trabalho a serviço da empresa ou pelo exercício do trabalho dos segurados referidos no inciso VII do art. 11 desta Lei, provocando lesão corporal ou perturbação funcional que cause a morte ou a perda ou redução, permanente ou temporária, da capacidade para o trabalho.

Trata-se do conceito de acidente de trabalho típico, que se dá no exercício do trabalho face à ocorrência de fato súbito e violento, provocado por uma causa exterior. A par do acidente típico, existem as chamadas doenças ocupacionais, gênero do qual constituem espécies a doença profissional e a doença do trabalho, como disciplinado no artigo 20 da Lei 8.213/91, as quais se equiparam ao acidente de trabalho por força de lei, deste se diferenciando pelo fato de não decorrer de um fato abrupto, mas de um progressivo desencadeamento. Vejamos:

Art. 20. Consideram-se acidente do trabalho, nos termos do artigo anterior, as seguintes entidades mórbidas:

I - doença profissional, assim entendida a produzida ou desencadeada pelo exercício do trabalho peculiar a determinada atividade e constante da respectiva relação elaborada pelo Ministério do Trabalho e da Previdência Social;

II - doença do trabalho, assim entendida a adquirida ou desencadeada em função de condições especiais em que o trabalho é realizado e com ele se relacione diretamente, constante da relação mencionada no inciso I.

A doença profissional, assim, é aquela peculiar a determinadas atividades ou profissões, sendo o nexo causal da doença com a atividade presumido, enquanto a doença do trabalho é atípica, ainda que tenha origem nas atividades laborais, surgindo pela forma em que o trabalho é prestado ou pelas condições específicas do ambiente de trabalho. Para essa não se presume o nexo causal porque pode ser desencadeada por qualquer atividade, sem vinculação direta a determinada profissão.

Do conceito de doença do trabalho se excluem expressamente as doenças degenerativas, as inerentes a grupo etário, as que não produzem incapacidade laborativa, as doenças endêmicas adquiridas por habitantes de regiões em que ela se desenvolva, salvo comprovação de que resultou de exposição ou contato direto determinado pela natureza do trabalho (§1º do art. 20 da Lei 8.213/91). As doenças degenerativas e inerentes ao grupo etário independem do fator laboral e podem aparecer quando o trabalhador esteja desempregado ou aposentado.

3. NEXO CAUSAL

Na esteira dos conceitos acima, para a reconhecimento em juízo da ocorrência de acidente de trabalho ou doença ocupacional, há que se aferir o nexo causal entre a doença ou lesão alegada com as atividades laborais ou com o acidente típico em questão. Para tanto, a prova pericial médica é em regra o principal instrumento de convencimento do magistrado. Embora de inegável relevância, entretanto, a conclusão do expert não vincula o julgador, o qual a deve cotejar com os demais elementos dos autos, destacando-se, conforme o caso, a existência de reconhecimento do nexo pelo INSS, as declarações emitidas pelo empregador na CAT e a existência de nexo técnico epidemiológico. Vejamos.

3.1 Presunção relativa de nexo causal decorrente do reconhecimento

deste pela Previdência

A perícia médica do Instituto Nacional do Seguro Social possui a competência em âmbito administrativo (art. 337 do Regulamento da Previdência Social, Decreto 3.048/99), para a caracterização donexo causal entre o acidente e a lesão, a doença e o trabalho, ou entre a causa mortis e o acidente, sem prejuízo, obviamente, da possibilidade de discussão judicial do tema (art. 5º, XXXV, da CRFB). Vejamos o texto do art. 337 do mencionado Regulamento:

Art. 337. O acidente de que trata o artigo anterior será caracterizado tecnicamente pela perícia médica do Instituto Nacional do Seguro Social, que fará o reconhecimento técnico donexo causal entre: I - o acidente e a lesão; II - a doença e o trabalho; e III - a causa mortis e o acidente.

§ 1º O setor de benefícios do Instituto Nacional do Seguro Social reconhecerá o direito do segurado à habilitação do benefício acidentário.

Assim, quando o INSS defere algum benefício previdenciário de índole acidentária (auxílio-doença acidentário, aposentadoria por invalidez acidentária, auxílio-acidente, por exemplo), necessariamente reconhece onexo causal, através do seu setor de perícia médica, consubstanciado em ato administrativo o qual, como tal, é dotado de presunção de legalidade ou legitimidade, atributo inerente a qualquer ato administrativo, já que “os atos administrativos, quando editados, trazem em si a presunção de legitimidade, ou seja, a presunção de que nasceram em conformidade com as devidas normas legais”⁸. Daí decorre, pois, presunção relativa de que existe onexo causal em debate, na hipótese de reconhecimento do mesmo pelo INSS.

O inverso também é verdadeiro, quando requerido benefício acidentário e o INSS o defere sob a forma comum, não-acidentária, rejeitando portanto a alegação de nexocausal com o labor. Em tal caso, milita uma presunção relativa negativa, ou seja, de que não há o nexocausal.

Ensejando menor grau de convencimento, mas ainda de forma relevante, vale destacar a hipótese em que o autor pleiteia judicialmente algum direito amparado na alegação de acidente de trabalho, mas perante o INSS recebe ou recebeu benefício previdenciário comum, nem chegando ter pleiteado administrativamente a qualificação como benefício acidentário. Mesmo não tendo havido a notificação da Previdência através de CAT, esta pode ex officio qualificar a lesão ou moléstia como acidentários, seja através da incidência do Nexo Técnico Epidemiológico, seja através da conclusão dos peritos médicos do Instituto, após o exame do segurado, podendo em tal caso intimar o respectivo empregador a prestar esclarecimentos, bem como reconhecer o acidente de trabalho ou doença ocupacional mesmo à revelia daquele.

Daí decorre que, havendo notícia da concessão de benefício previdenciário comum em função da mesma lesão ou moléstia debatida, tal contribui para a convicção pela inexistência de nexocausal, já que a Autarquia Previdenciária o poderia ter reconhecido, ex officio, se assim entendesse, mesmo não tendo sido provocada para tanto.

3.2 Presunção relativa de nexocausal decorrente da emissão de CAT pelo empregador

A expedição de Comunicação de Acidente de Trabalho - CAT, pelo

8. CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 13. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 98; no mesmo sentido MEDAUAR, Odete. Direito Administrativo Moderno. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 163.

empregador, constitui obrigação legal, cujo descumprimento enseja a aplicação de multa administrativa, conforme art. 22 da Lei 8.213/91:

Art. 22. A empresa deverá comunicar o acidente do trabalho à Previdência Social até o 1º (primeiro) dia útil seguinte ao da ocorrência e, em caso de morte, de imediato, à autoridade competente, sob pena de multa variável entre o limite mínimo e o limite máximo do salário-de-contribuição, sucessivamente aumentada nas reincidências, aplicada e cobrada pela Previdência Social.

Assim, tratando-se de cumprimento de dever legal, não importa necessariamente em reconhecimento de culpa.

Entretanto, inegavelmente, tal documento torna incontroversa a existência do acidente típico narrado ou das causas lá atribuídas para a doença ocupacional, fazendo presumir o nexo entre o sinistro ou entre as causas noticiadas e as lesões ou sintomas apurados.

Trata-se do reconhecimento pelo serviço de medicina do trabalho da empresa (que geralmente firma o documento) de que a lesão ou patologia em tela poderiam decorrer das atividades que o autor desempenhava, ou do acidente típico, pois, em caso contrário, o profissional médico a serviço da empresa não assinaria o documento assumindo responsabilidade profissional no sentido de que o “agente causador” da incapacidade foi aquele descrito (no campo 41 do formulário padrão de CAT).

Entende-se, pois, que da expedição de CAT pela empresa, a qual é obrigatoriamente assinada por médico e, portanto, não comporta um diagnóstico infundado ou sem um mínimo de embasamento científico, gera uma presunção no sentido da existência de nexo causal entre a lesão ou moléstia noticiados com o sinistro típico ou a atividade laboral desempenhada.

3.3 Nexo técnico epidemiológico

Nexo Técnico Epidemiológico Previdenciário – NTEP é um importante mecanismo auxiliar para a caracterização de um acidente ou doença do trabalho. “A partir do cruzamento das informações de código da Classificação Internacional de Doenças – CID-10 e de código da Classificação Nacional de Atividade Econômica – CNAE aponta a existência de uma relação entre a lesão ou agravo e a atividade desenvolvida pelo trabalhador”⁹, embasada em dados estatísticos e epidemiológicos, auxiliando na identificação da natureza da incapacidade ao trabalho apresentada, se de natureza previdenciária ou acidentária. A implantação do NTEP, em abril/2007, de imediato “provocou uma mudança radical no perfil da concessão de auxílios-doença de natureza acidentária: houve um incremento da ordem de 148%”, revelando que havia grande mascaramento ou omissão na notificação de acidentes e doenças do trabalho¹⁰.

Havendo o Nexo Técnico Epidemiológico com relação à moléstia debatida na lide, por força do art. 21-A, caput, da Lei 8.213/91¹¹, milita presunção legal de existência do nexo causal, presunção que é relativa, admitindo prova em contrário, aliás conforme

9. <http://www.mpas.gov.br/conteudoDinamico.php?id=463>

10. Idem.

11. Art. 21-A. A perícia médica do INSS considerará caracterizada a natureza acidentária da incapacidade quando constatar ocorrência de nexo técnico epidemiológico entre o trabalho e o agravo, decorrente da relação entre a atividade da empresa e a entidade mórbida motivadora da incapacidade elencada na Classificação Internacional de Doenças - CID, em conformidade com o que dispuser o regulamento. (Incluído pela Lei nº 11.430, de 2006)

se extrai da expressa dicção dos parágrafos 1º e 2º do mesmo artigo¹².

Tal presunção não se limita à discussão administrativa, devendo ser observada também na esfera judicial, ainda mais quando considerado que a lista de moléstias correlacionadas às atividades econômicas, que estabelece o Nexa Técnico Epidemiológico, é também um ato administrativo e assim, como mencionamos acima, dotado de presunção de que praticado em conformidade com as devidas normas legais.

3.4 Pluralidade de causas – concasualidade

Havendo concomitância do nexa causal de um determinado dano com a atividade laboral e com causas não-laborais, tem-se que o empregador não poderá ser responsabilizado pela integralidade do dano, mas sim de forma proporcional à parcela ou ao agravamento a que tiver dado causa.

Considerando a dificuldade, na ciência médica, para a aferição exata da proporcionalidade de contribuição de cada causa para o estabelecimento ou agravamento da patologia (como costumam referir os peritos médicos nos processos acidentários), mister se faz que o julgador arbitre tal proporção, à luz da razoabilidade, levando em conta a quantidade e relevância das causas laborais e não-laborais detectadas.

Fixado o percentual de contribuição do labor para o dano, dentro da totalidade de causas aferidas, deverão as indenizações por danos materiais e morais respeitar tal proporcionalidade, sob pena de se responsabilizar o réu em parcela além daquela para a qual estabelecido o nexa causal, o que se afigura juridicamente inviável, já que em tal parte, portanto, não estará presente pressuposto essencial à sua responsabilização.

3.5 Causas laborais e empregadores diversos

De forma similar ao mencionado acima, no caso de as causas laborais se referirem a empregadores diferentes, ter-se-á de arbitrar a contribuição de cada um, já que a responsabilidade de determinado empregador não poderia ir além da sua efetiva contribuição para o dano, devendo as correspondentes indenizações serem fixadas levando em conta tal proporção.

Podemos exemplificar o caso em que se debata perda auditiva induzida pelo ruído – PAIR, onde a vítima teve exposição ao fator ruído, sem proteção, em três contratos de trabalho sucessivos, inexistindo exames audiométricos da época, que permitam estabelecer qual a perda auditiva de cada período. Em tal caso pode-se delimitar a contribuição de cada emprego para o dano proporcionalmente ao período de cada contrato, ou mesmo ponderar a intensidade do ruído e as horas diárias de exposição, caso disponíveis tais dados.

4. RESPONSABILIDADE CIVIL ACIDENTÁRIA

Segundo o art. 186 do Código Civil, “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito de outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito” (No CC1916, art. 159). Assim, a responsabilidade civil, como regra geral, depende da presença de quatro elementos essenciais: ação ou omissão, culpa ou dolo do agente, nexa de causalidade e dano.

12. § 1º A perícia médica do INSS deixará de aplicar o disposto neste artigo quando demonstrada a inexistência do nexa de que trata o caput deste artigo. § 2º A empresa poderá requerer a não aplicação do nexa técnico epidemiológico, de cuja decisão caberá recurso com efeito suspensivo, da empresa ou do segurado, ao Conselho de Recursos da Previdência Social.

Quanto ao requisito culpa ou dolo, a vítima teria que provar a ocorrência destes por parte do agente, como pressuposto para obter a reparação. Tal concepção, na tentativa de melhor amparar os acidentados e facilitar a busca pela indenização, passou por um processo evolutivo que redundou na teoria do risco, por meio da qual se possibilita a responsabilização do causador do dano independentemente de culpa, bastando que se prove o nexo causal entre a conduta e o dano.

Tal evolução se construiu a partir do conteúdo das próprias decisões proferidas ao longo do tempo com base na teoria da responsabilidade subjetiva, por meio das quais restou demonstrado que a comprovação da culpa pelo empregado é tarefa de grande dificuldade, mormente em razão da subordinação existente entre os pólos ocupantes de uma relação de emprego, com o empregador em posição hierarquicamente superior, podendo tirar vantagem de tal condição.

Hoje, a teoria do risco se encontra positivada em diversos diplomas legais, como, exemplificativamente, o Código Brasileiro do Ar de 1938 e o Código Brasileiro da Aeronáutica, de 1986, a Lei 6.938/81 (danos ambientais), o art. 37, §6º da Constituição Federal de 1988, o Código de Defesa do Consumidor e, finalmente, nos artigos 927, parágrafo único, 932, 937 e 938 do Código Civil.

Vejamos o que dizem o parágrafo único do artigo 927 do Código Civil e o art. 7º, XXVIII, da Constituição Federal, in litteris:

Art. 927, parágrafo único do CC - Haverá a obrigação de reparar o dano, independentemente da culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

Artigo 7º, XXVIII, da CRFB - São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: XXVIII – seguro contra acidente de trabalho, a encargo do empregador, sem excluir a indenização a que está obrigado, quando incorrer em dolo ou culpa.

4.1 Inexistência de óbice constitucional à responsabilidade objetiva do empregador

A Constituição da República estabelece um patamar mínimo de direitos do trabalhador, não impedindo que norma infraconstitucional introduza regras mais benéficas, conforme se depreende do seu art. 5º, §2º e do art. 7, caput. Assim, por óbvio, o art. 7º da CRFB, que constitui rol de direitos mínimos do trabalhador (conforme caput do mesmo artigo), não pode, em boa hermenêutica, ser interpretado como um limitador dos direitos deste, nem tampouco um rol de garantias do empregador, parte mais forte da relação.

A redação dada a tal inciso XXVIII pelo constituinte originário, em 1988, na realidade veio trazer um incremento à disciplina da época, dispensando o requisito da culpa grave, que era assente na jurisprudência. As ações de indenização por acidentes de trabalho, que até então eram quase inexistentes - diante da dificuldade de prova da culpa grave do empregador pela vítima ou por seus familiares - passaram a ter considerável incidência na década de 90, perante a Justiça Comum, com ótimos efeitos pedagógicos disseminados pela sociedade, gerando a intensificação do investimento em prevenção de acidentes. Vê-se, pois, que tal garantia constitucional veio para melhorar o patamar de direitos vivenciado à época, não para limitá-lo.

Assim, embora a CRFB, no rol exemplificativo de “direitos dos trabalhadores urbanos e rurais”, preveja a responsabilidade do empregador por acidentes do trabalho, como regra geral, “quando incorrer em dolo ou culpa” (inciso XXVIII do art. 7º), tal não

elide a aplicação do parágrafo único do art. 927 do Código Civil, que é mais benéfico e trouxe um patamar ainda mais elevado de garantia ao trabalhador, transformando a responsabilidade objetiva em regra geral¹³ para as atividades de risco previsível e imputando a quem se beneficia economicamente das mesmas os ônus decorrentes da concretização de tais riscos.

Na seara trabalhista, sob a luz dos princípios específicos informadores do Direito do Trabalho, tal sistemática ganha ainda mais ênfase, já que o art. 2º da CLT atribui os riscos do negócio ao empregador, o qual não pode pretender para si os lucros e socializar os riscos com seus empregados. Afinal, “os riscos da atividade, em sentido amplo, devem ser suportados por quem dela se beneficia”¹⁴. Outrossim, a própria gênese da teoria objetiva da responsabilidade, no final do século XIX, na França, se deu em atenção ao crescente número de acidentes de trabalho decorrentes da industrialização, os quais remanesciam não-indenizados e geravam um grave problema social¹⁵.

Assim, tem-se que o inciso XXVIII do art. 7º da CRFB não exclui a aplicação de norma infraconstitucional mais benéfica, como o parágrafo único do art. 927 do CC, ainda mais diante das cláusulas de abertura constantes do §2º do art. 5º e do próprio caput do art. 7º, ambos da Carta Política, sendo plenamente incidente, pois, a regra de responsabilização objetiva, nos casos de acidentes de trabalho ocorridos em atividades de risco.

4.2 Aferição de atividade de risco

A doutrina e a jurisprudência têm se sedimentado no sentido de que a atividade de risco prevista no parágrafo único do artigo 927 do Código Civil, “configura-se quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano causar a pessoa determinada um ônus maior aos demais membros da coletividade”, como exemplifica o Enunciado nº 38 aprovado na I Jornada de Direito Civil promovida pelo Conselho da Justiça Federal¹⁶.

Na avaliação do risco da atividade para a ocorrência do dano debatido no caso concreto, além das presunções decorrentes das regras da experiência¹⁷ cotejadas com os fatos noticiados nos autos, são úteis os documentos laborais que consignam a existência de riscos ocupacionais, como os Atestados de Saúde Ocupacional – ASO, o Programa de Controle Médico de Saúde Ocupacional – PCMSO e o Programa de Prevenção de Riscos Ambientais – PPRa. Por outro lado, em sendo documentação a ser produzida pelo empregador, imputando-lhe o ônus da prova quanto às questões consignadas em tais documentos, a sua não-apresentação em juízo faz presumir o risco da atividade.

Finalmente, caso incidente no caso concreto o Nexo Técnico Epidemiológico Previdenciário – NTEP, o mesmo raciocínio que faz presumir a existência do nexos causal, conforme acima, se aplica também ao risco da atividade laboral para a moléstia em tela, ensejando, da mesma forma, presunção relativa de que a tal atividade comporta risco para tal adoecimento.

13. Em contraponto à disciplina anterior, que previa a responsabilidade objetiva para casos específicos, conforme previsão em leis esparsas.

14. OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. Indenizações por Acidente de Trabalho ou Doença Ocupacional. 4. ed. São Paulo: LTR, 2008, p. 93.

15. OLIVEIRA, 2008, loc. cit.

16. Disponível em: <http://www.jf.jus.br/cjf/cej-publ/jornadas-de-direito-civil-enunciados-aprovados?searchterm=enunciados>

17. O ordinário se presume. Assim, por exemplo, afigura-se evidente que o labor com serra circular traduz-se em atividade de risco para lesões como cortes ou amputações, ensejando presunção em tal sentido.

4.3 Responsabilidade subjetiva com presunção de culpa

Para aqueles que não entendem pela aplicabilidade da teoria objetiva, ainda assim temos que não se poderia impor à parte hipossuficiente, o ônus probatório relativo à culpa do empregador, devendo ser presumida tal culpa, em razão do princípio da proteção, bem como tendo em vista o princípio da aptidão para a prova, já que é o empregador que detém a obrigação de dispor de toda a documentação relativa à segurança do trabalho. Na mesma esteira tem decidido o Tribunal Superior do Trabalho, conforme exemplificam os arestos a seguir:

[...] 5 - A aplicação do instituto da responsabilidade civil no Direito do Trabalho distingue-se de sua congênera do Direito Civil. Ao contrário das relações civilistas, lastreadas na presunção de igualdade entre as partes, o Direito do Trabalho nasce e desenvolve-se com o escopo de reequilibrar a posição de desigualdade inerente à relação de emprego. Nesse sentido, a apuração da culpa no acidente de trabalho deve adequar-se à especial proteção conferida pelo ordenamento jurídico ao trabalhador. Essa proteção se concretiza, dentre outras formas, pela inversão do ônus da prova, quando verificada a impossibilidade de sua produção pelo empregado e a maior facilidade probatória do empregador.

6 - A regra do artigo 333 do CPC, segundo o qual compete à parte que alega comprovar fato constitutivo de direito, enquanto à parte contrária compete provar fato modificativo, extintivo ou impeditivo, deve ser aplicada subsidiariamente na esfera trabalhista. Aqui, vigora o princípio da aptidão para a prova, determinando que esta seja produzida pela parte que a ela tem acesso, quando estiver fora do alcance da parte contrária.

7 - No presente caso, seria insensato exigir dos Reclamantes a comprovação da existência de culpa da empresa no *eventus damni*, sob pena de desvestir o instituto da responsabilidade civil de toda sua eficácia e de negar vigência à garantia constitucional do art. 7º, inciso XXVIII.

8 - Cabia à empresa, e, não, aos Reclamantes, desvencilhar-se do ônus da prova da inexistência da culpa. Como não se desonerou do ônus que milita em seu desfavor, presume-se a culpa, surgindo o conseqüente dever de indenizar o trabalhador pelo prejuízo sofrido. Recurso não conhecido. (19/03/2004 - RR-930/2001-010-08-00.6 - 3ª Turma - MARIA CRISTINA IRIGOYEN PEDUZZI - Ministra-Relatora)

AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. DANO MORAL E MATERIAL. ACIDENTE DE TRABALHO. RESPONSABILIDADE SUBJETIVA. CULPA PRESUMIDA. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. Debate-se a responsabilidade da empresa quanto ao acidente de trabalho, ocorrido em manuseio de máquina. Sendo impossível ao empregado a produção de prova, deve-se adequar a apuração da culpa, por meio da inversão do ônus da prova, por ser mais fácil ao empregador comprovar sua conduta quanto ao fornecimento de segurança em sua empresa, afastando sua culpa no evento danoso. Não tendo, pois, se desvencilhado do ônus que milita em seu desfavor, presume-se a culpa e o conseqüente dever de indenizar. ... (AIRR - 72100-48.2007.5.15.0071 Data de Julgamento: 25/05/2011, Relatora Ministra: Kátia Magalhães Arruda, 5ª Turma, Data de Publicação: DEJT 03/06/2011).

5. DANOS MATERIAIS – LUCROS CESSANTES E PENSIONAMENTO

Vejamos a literal redação do art. 950 do CC 2002:

Art. 950. Se da ofensa resultar defeito pelo qual o ofendido não possa exercer o seu ofício ou profissão, ou se lhe diminua a capacidade de trabalho, a indenização, além das despesas do tratamento e lucros cessantes até ao fim da convalescença, incluirá pensão correspondente à importância do trabalho para que se inabilitou, ou da depreciação que ele sofreu.

Assim, as indenizações por danos materiais decorrentes de ofensas que resultem em defeito que elimine ou diminua a capacidade de trabalho estão discriminadas em três parcelas, quais sejam, as despesas do tratamento (danos emergentes), os lucros cessantes até ao fim da convalescença e a pensão correspondente à importância do trabalho para que se inabilitou, ou da depreciação que ele sofreu.

Em que pese se possa enquadrar a pensão aqui mencionada como subespécie da categoria lucros cessantes *lato sensu*, o certo é que o legislador definiu ser cabível a indenização dos lucros cessantes (em sentido estrito) até o fim da convalescença, bem como o pensionamento a partir de então, caso permaneçam seqüelas incapacitantes ou redutoras de capacidade após consolidadas as lesões. Em tal sentido, é a lição de Sebastião Geraldo de Oliveira¹⁸:

Ocorrido o acidente de trabalho, sobrevém o período de 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 necessárias para o tratamento, bem como todos os lucros cessantes que no caso do acidente de trabalho representam o valor da remuneração mensal que a vítima percebia. ... Depois da convalescença ou consolidação das lesões, decidindo-se pela incapacidade para o trabalho, o valor que era devido mensalmente pelo empregador como reparação por lucros cessantes passa a ser devido a título de pensão vitalícia.

5.1 Termos inicial e final

Caso formulados pedidos de lucros cessantes e pensionamento, como mencionamos, na esteira do art. 950 do CC, os lucros cessantes vão desde o início da incapacidade até o convalescimento, a partir de então iniciando-se o pensionamento, o qual é vitalício.

Não tendo havido pedido de lucros cessantes em sentido estrito, entretanto, considerando que a pensão é uma espécie de indenização por lucros cessantes *lato sensu*, não haverá tal dicotomia, contando-se o pensionamento desde o início da incapacidade laboral.

A pensão é vitalícia, conforme jurisprudência firme dos Tribunais Superiores, uma vez que a vítima seguramente continuará necessitando da pensão em sua velhice e, aliás, não fosse o acidente ou doença ocupacional, poderia continuar trabalhando enquanto vivesse, mesmo estando aposentada perante o INSS.

Quando efetuada a opção pelo pagamento em parcela única (questão que será abordada separadamente abaixo), considerando que não se sabe exatamente até que idade a vítima viverá, o termo final será arbitrado levando em conta a “duração provável da vida da vítima” (art. 948 do CC).

Para tanto, temos como inapropriada a aplicação da expectativa média de

18. OLIVEIRA, 2008, op. cit., p. 290.

vida do brasileiro ao nascer (hoje por volta dos 72 anos), já que tal dado é distorcido, por exemplo, com o ainda alto índice de mortalidade infantil no país, bem como porque não leva em consideração a expectativa de sobrevida que determinada pessoa efetivamente tem, a partir da idade em que se encontrava quando do sinistro. Assim, ad absurdum, se poderia chegar ao caso em que um homem que sofra um acidente de trabalho aos 74 anos, com seqüelas incapacitantes, não teria direito à pensão porque já ultrapassara a expectativa média de vida.

No entanto, o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE também possui cálculos estatísticos que contemplam justamente a expectativa média de sobrevida¹⁹ a partir de cada idade, critério também adotado pela Previdência Social para o cálculo do fator previdenciário, conforme os §§ 7º e 8º do art. 29 da Lei 8.213/91²⁰. A aplicabilidade da expectativa de sobrevida aos cálculos de pensão já se pacificou na jurisprudência, conforme exemplifica o Resp 723544/RS²¹.

Tal critério que se afigura o mais apropriado para o cálculo do termo final do pensionamento em parcela única, já que a norma legal refere a duração provável da vida da própria vítima, portanto devendo levar em conta seus fatores pessoais, como a idade e o sexo (a tabela utilizada deverá ser a do sexo da vítima, já que é relevante a diferença de expectativa de sobrevida entre homens e mulheres). Assim, por exemplo, considerando-se que a expectativa média de sobrevida de um homem com 56 anos é de mais 22,3 anos de vida, o cálculo da pensão terá como termo final a idade de 78 anos e 4 meses.

5.2 Quantificação

Os lucros cessantes, correspondem à integralidade da remuneração da vítima durante o período de incapacidade total temporária. Consolidadas as lesões, restando seqüelas incapacitantes, é mantida ainda a totalidade da remuneração, em caso de incapacidade total, ou reduzida proporcionalmente ao percentual de diminuição de capacidade aferido, se for este o caso.

Para a quantificação do pensionamento, portanto, imperiosa a aferição do grau de redução de capacidade laboral, raramente se podendo prescindir da prova pericial médica para tanto, ante a complexidade técnica da questão.

A tabela DPVAT, parâmetro geralmente utilizado para o estabelecimento do percentual de redução de capacidade, afigura-se como um bom ponto de partida para a quantificação da pensão, a fim de evitar um excesso de subjetividade e,

19. <http://www010.dataprev.gov.br/cws/contexto/conrmi/tabES.htm> ou <http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/tabuadevida/2009/default.shtm>

20. § 7º O fator previdenciário será calculado considerando-se a idade, a expectativa de sobrevida e o tempo de contribuição do segurado ao se aposentar, segundo a fórmula constante do Anexo desta Lei. § 8º Para efeito do disposto no § 7º, a expectativa de sobrevida do segurado na idade da aposentadoria será obtida a partir da tábua completa de mortalidade construída pela Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE, considerando-se a média nacional única para ambos os sexos.

21. RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. ACIDENTE DO TRABALHO. MORTE DA VÍTIMA POR LEP-TOSPIROSE. NEXO CAUSAL VERIFICADO NAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. SÚMULA 7 DO STJ. DANOS MATERIAIS E MORAIS. REDUÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. CONSTITUIÇÃO DE CAPITAL. SÚMULA 313 DO STJ. ... 2. Esta Corte Superior de Justiça firmou entendimento no sentido de que, para a estipulação da idade presumida da vítima a ser adotada como marco final do pensionamento, deve ser observada a tabela de sobrevida utilizada pela Previdência Social. 3. A indenização a título de danos morais, fixada em R\$36.000,00 (trinta e seis mil reais) para cada dependente, não se mostra irrisória e nem exagerada, a evidenciar que não comporta reapreciação, nesta instância superior. 4. "Em ação de indenização, procedente o pedido, é necessária a constituição de capital ou caução fidejussória para a garantia de pagamento de pensão, independentemente da situação financeira do demandado" (Súmula 313 do STJ). ... STJ - RESP 723544 RS - 200500203830 - QUARTA TURMA - DJ 12/03/2007 PG:00240 - Relator(a) HÉLIO QUAGLIA BARBOSA.

conseqüentemente, insegurança jurídica.

Entretanto, com alguma freqüência, o percentual sugerido pelo perito médico, com base na tabela DPVAT, não se mostra apropriado ao caso concreto, já que tal critério foi criado para quantificar as indenizações ligadas ao seguro obrigatório em acidentes de trânsito em geral, levando em conta apenas a parte do corpo atingida e seu grau de comprometimento, olvidando o perfil sócio-profissional da vítima e as conseqüências quanto a sua efetiva capacidade laborativa. Considerando que o julgador não está vinculado à prova pericial, desde que motive sua decisão, bem como tendo em conta que a pensão em tela deve corresponder justamente “à importância do trabalho para que se inabilitou, ou da depreciação que ele sofreu” (art. 950 do CC2002), obviamente deve o juízo, a partir do percentual sugerido pelo perito, adicionar a ponderação relativa a fatores como profissão, escolaridade e a idade da vítima, a fim de chegar a um grau mais realista de efetiva redução de capacidade laborativa.

A título de ilustração, determinada moléstia que cause limitação ou perda de força nos membros superiores pode configurar incapacidade parcial de trabalho para pessoas com maior grau de instrução, mas seguramente muito maior será o grau de incapacidade com relação a um trabalhador que, por seu histórico educacional ou cultural, esteja limitado aos trabalhos braçais. Por outro lado, uma mesma seqüela pode causar impacto maior em uma idade mais avançada, já que torna ainda mais difícil a reinserção da vítima no mercado de trabalho.

Assim, vistas com cuidado as condições pessoais do acidentado no caso concreto, poderá resultar um percentual de depreciação da capacidade laborativa bem diverso daquele decorrente da mera aplicação da tabela DPVAT.

Finalmente, conforme já tratado, não se olvide que, em caso de doenças ocupacionais, após operação acima, ainda poderá o cálculo da pensão ser afetado quando existente a cumulação de causas laborais e não-laborais e/ou quando causas laborais se referirem a empregadores diferentes. Em tais hipóteses o percentual de redução de capacidade apurado deverá ser multiplicado pela fração correspondente à proporção em que efetivamente o labor prestado à empresa ré contribuiu para a formação ou agravamento da moléstia laboral, levando, assim, ao efetivo percentual a ser utilizado sobre a base de cálculo para chegar ao valor final da pensão mensal.

5.3 Base de cálculo

Quanto à base de cálculo da indenização, como ensina Sebastião Geraldo de Oliveira²², à vista do princípio da restitutio in integrum, devem ser computadas todas as parcelas recebidas habitualmente, seja de forma mensal ou anual, observando que aquelas recebidas anualmente, como 13º salário e adicional de 1/3 de férias (apenas o adicional, já que o principal das férias não constitui acréscimo, correspondendo ao salário ordinário), devem ser contadas por seu duodécimo, enquanto que as variáveis, como horas extras, devem ser contadas pela média dos últimos 12 meses de atividade.

Além de tais parcelas habituais, entendemos que também se incluiria o FGTS, à razão do valor que seria depositado mensalmente, sob pena de não corresponder à integralidade dos rendimentos da vítima. Considerando-se a realidade do mercado e a previsível rotatividade de mão-de-obra, com razoável freqüência as famílias costumam contar com o acréscimo dos valores depositados a título de FGTS, o que portanto não pode ser desconsiderado sonogado, quando do cálculo da pensão.

5.4 Atualização pelo salário mínimo

22. OLIVEIRA, 2008, op. cit., p. 243-244.

Tendo em conta a duração do pensionamento no tempo, bem como sua natureza alimentar, a preservação de seu valor de compra constitui questão delicada, preferindo-se uma indexação automática, que facilita o controle do valor, pelo beneficiário e pelo próprio devedor, evitando que de tempos em tempos tenham de voltar a recorrer ao Judiciário apenas para discutir a correta atualização da pensão.

Em tal esteira, tem-se que a atualização pelos mesmos critérios aplicados aos créditos tipicamente trabalhistas não se revela satisfatória, nem tampouco a vinculação aos índices de reajustes concedidos nas normas coletivas da categoria, já que ambos ensejam a problemática mencionada acima. É por tal razão que a jurisprudência dos Tribunais Superiores sempre admitiu a vinculação do pensionamento com o salário mínimo nacional como válida, conforme Súmula 490 do STF, o que, aliás, passou também a constar expressamente no CPC a partir da inclusão do seu art. 475-Q, cujo parágrafo 4º diz: "Art. 475-Q. [...] § 4º Os alimentos podem ser fixados tomando por base o salário-mínimo. (Incluído pela Lei nº 11.232, de 2005)"

Trata-se do critério de atualização mais pragmático e de maior facilidade de controle, notadamente quanto às prestações futuras. No mesmo sentido tem decidido o TRT da 4ª Região, conforme o trecho do acórdão que se transcreve a seguir:

[...] Ressalto que a adoção do salário-mínimo como fator para a definição do valor da pensão mensal é mais adequada ao caso dos autos, tendo por objetivo facilitar o cálculo das parcelas futuras. Além disso, o Supremo Tribunal Federal já uniformizou o entendimento de que a adoção do salário-mínimo é advogado para o cálculo das pensões decorrentes da responsabilização civil. Diz a Súmula nº 490/STF, verbis:

"A pensão correspondente à indenização oriunda de responsabilidade civil deve ser calculada com base no salário mínimo vigente ao tempo da sentença e ajustar-se-á às variações ulteriores". ... (01846-2005-201-04-00-0 RO - Redator: DENISE PACHECO - Participam: HUGO CARLOS SCHEUERMANN, MARIA BEATRIZ CONDESSA FERREIRA - Data: 25/06/2008)

5.5 Não afastamento da indenização em razão da percepção de benefício previdenciário nem de salários

As indenizações decorrentes de acidente de trabalho não são afastadas pela percepção de benefício previdenciário-acidentário (auxílio-doença acidentário). As esferas de responsabilidade previdenciária e civil não se confundem, não se podendo compensar as indenizações por danos materiais (inclusive a pensão) ou morais, decorrentes de acidente de trabalho, com valores eventualmente percebidos a título de benefício previdenciário, já que possuem fundamentos diferentes: aquelas decorrem da responsabilidade do empregador pelo acidente ocorrido, enquanto este decorre de relação contributivo-previdenciária, seguro social obrigatório que não exige do empregador de seu dever de diligência para a redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio do cumprimento das normas de saúde, higiene e segurança, conforme art. 7º, XXII, da CRFB. Por outro lado, o inciso XXVIII²³ do mesmo art. 7º deixou claro que o seguro acidentário junto à previdência não exclui a responsabilidade do empregador.

23.XXVIII - seguro contra acidentes de trabalho, a cargo do empregador, sem excluir a indenização a que este está obrigado, quando incorrer em dolo ou culpa;

No mesmo sentido é o art. 121²⁴ da Lei 8.213/91, a Súmula 229 do STF²⁵ e a maciça jurisprudência dos Tribunais Superiores.

Tampouco se compensam as indenizações em tela com a remuneração percebida pelo acidentado. O art. 950, do Código Civil estabelece o direito a partir da simples constatação da redução da capacidade laboral, independentemente de a vítima estar ou não recebendo remuneração de qualquer natureza. O fundamento da concessão de pensão é objetivo, qual seja, de o autor ter a sua capacidade para o trabalho reduzida, o que implica, necessariamente, no dispêndio de maior esforço para a consecução normal de suas atividades, bem como a natural dificuldade de obter outro emprego com igual ou melhor padrão de rendimento. Em tal senda, observa Arnaldo Rizzardo²⁶, que

[...] mesmo se o trabalho desempenhado não sofrer, na prática, diminuição de qualidade e intensidade, o dano precisa ser ressarcido, eis que a limitação para as atividades humanas é inconteste. Talvez continue no mesmo trabalho, mas é viável que resulte a impossibilidade para a admissão em outro que propicie igual padrão de rendimentos.

Da mesma forma tem decidido o STJ, como exemplifica o seguinte aresto:

RESPONSABILIDADE CIVIL. ACIDENTE NO TRABALHO. DIREITO COMUM. REDUÇÃO DA CAPACIDADE LABORATIVA. PERDA DE DEDOS DA MÃO ESQUERDA. RETORNO ÀS ATIVIDADES PROFISSIONAIS. IRRELEVÂNCIA. CONSTITUIÇÃO DE CAPITAL.

- Ainda que tenha retornado o obreiro às mesmas funções, o desempenho do trabalho com maiores sacrifícios e a dificuldade natural de obter melhores condições no futuro justificam o pagamento de pensão ressarcitória, independentemente de ter havido ou não perda financeira concretamente apurada (REsps ns. 402.833-SP e 588.649-RS). [...].²⁷

5.6 Constituição de capital

Os pagamentos de um pensionamento podem não raro se estender por várias décadas, o que impõe a prestação de garantia, consubstanciada na constituição de capital, sob pena de sujeitar o credor a uma provável frustração, no futuro, do pagamento de tais verbas alimentares. Determinada a constituição de capital, são comuns objeções no sentido de que a lei faculta a inclusão em folha, a qual lhe seria menos gravosa, que não teria havido pedido formulado na petição inicial e que tal determinação deveria ter constado do título executivo judicial.

Em relação à primeira questão, não se pode olvidar que, embora a execução deva se processar pelo meio menos gravoso ao devedor, consoante art. 620 do CPC²⁸, não se pode esquecer que ela se processa em proveito do credor (art.

24.Art. 121. O pagamento, pela Previdência Social, das prestações por acidente do trabalho não exclui a responsabilidade civil da empresa ou de outrem.

25.Súmula nº 229 - A indenização acidentária não exclui a do direito comum, em caso de dolo ou culpa grave do empregador.

26.RIZZARDO, Arnaldo. Responsabilidade civil. Rio de Janeiro: Forense. 2005, p. 232.

27.STJ - QUARTA TURMA - RESP 536140 - Processo: 200300385531 UF: RS - DJ 17/04/2006, pg.199 - Rel. Min. BARROS MONTEIRO.

28.Art. 620. Quando por vários meios o credor puder promover a execução, o juiz mandará que se faça pelo modo menos gravoso para o devedor.

612 do CPC²⁹), aplicando-se o art. 620 apenas em um segundo momento, caso exista mais de uma alternativa igualmente satisfatória para o credor (conforme art. 612), o que não é o caso, salvo quanto a entes públicos ou paraestatais (com relação aos quais a garantia é o próprio Estado) já que a inclusão em folha de pagamento prevista no §2º³⁰ do art. 475-Q do CPC, mesmo quanto a empresas atualmente sólidas, não garante o adimplemento nos anos ou mesmo décadas futuras, ainda mais em um ambiente de insegurança do mercado e volatilidade do capital, em nível global³¹. Em tal senda se firmou a jurisprudência pátria, a exemplo da Súmula 313 do STJ:

Súmula 313 do STJ - Em ação de indenização, procedente o pedido, é necessária a constituição de capital ou caução fidejussória para a garantia de pagamento de pensão, independentemente da situação financeira do demandado.

É por tal razão que a própria literalidade do mencionado §2º, incluído em 2005 pela Lei nº 11.232, contempla uma faculdade para o julgador, sujeita ao seu exame conforme o caso concreto, não constituindo a inclusão em folha um direito subjetivo do devedor.

Quanto aos demais óbices enumerados acima, tem-se que igualmente não prosperam. A constituição de capital é matéria atinente à forma de cumprimento da decisão exequenda, podendo ser implementada na fase de cumprimento ou mesmo substituída por outra alternativa, segundo o prudente arbítrio, sem que tal matéria fique adstrita ao contido no decisum nem tampouco dependa de requerimento prévio do credor, conforme a própria literalidade do art. 475-Q³² do CPC, onde se faculta ao juiz “ordenar ao devedor constituição de capital”.

Aliás, topograficamente, se tal faculdade foi incluída na parte relativa ao cumprimento de sentença, presume-se que deva ser exercida em tal fase, já que não houve ressalva em contrário. Por outro lado, se já há um “devedor”, então já foi ultrapassada a fase de conhecimento, onde haveria um réu, e não um devedor. Finalmente, inexistindo condicionamento à iniciativa do credor, fica claro que se trata de alternativa a ser adotada ex officio pelo julgador caso entenda necessária para conferir efetividade ao comando transitado em julgado.

5.7 Parcela única

Reza o parágrafo único do art. 950 do CC 2002 que “ o prejudicado, se preferir, poderá exigir que a indenização seja arbitrada e paga de uma só vez.”

Tal norma rompeu longa tradição no sentido de que a vítima receberia o pagamento parcelado, substituindo seus rendimentos mensais, com garantia mediante a constituição de capital, conforme destaca Sebastião Geraldo de Oliveira³³.

A nova norma, se refere apenas à hipótese do caput do mesmo artigo, não

29. Art. 612. Ressalvado o caso de insolvência do devedor, em que tem lugar o concurso universal (art. 751, III), realiza-se a execução no interesse do credor, que adquire, pela penhora, o direito de preferência sobre os bens penhorados.

30. § 2º O juiz poderá substituir a constituição do capital pela inclusão do beneficiário da prestação em folha de pagamento de entidade de direito público ou de empresa de direito privado de notória capacidade econômica, ou, a requerimento do devedor, por fiança bancária ou garantia real, em valor a ser arbitrado de imediato pelo juiz. (Incluído pela Lei nº 11.232, de 2005).

31. MELO, 2004, op. cit., p. 404.

32. Art. 475-Q. Quando a indenização por ato ilícito incluir prestação de alimentos, o juiz, quanto a esta parte, poderá ordenar ao devedor constituição de capital, cuja renda assegure o pagamento do valor mensal da pensão.

33. OLIVEIRA, 2008, op. cit. p. 299.

se aplicando, portando aos casos de pensão dos familiares em razão da morte da vítima, art. 948 do CC, aliás em conformidade com o que já era a jurisprudência sedimentada nos Tribunais Superiores.

Em relação às lesões ou moléstias que resultam em incapacidade para o trabalho, todavia, embora a literalidade do texto possa levar à conclusão de que apenas à vítima caberia a decisão sobre o exercício da faculdade acima, não cabendo ao magistrado indeferir tal pleito, filiamo-nos à parcela da doutrina que entende ser a mais razoável interpretação para tal norma

[...] no sentido de que ela não estabelece um direito subjetivo absoluto para o lesado, mas uma faculdade para o juiz ou tribunal, à semelhança do que ocorre no direito francês e no direito português, que poderá determinar o pagamento de indenização em parcela única (capital), a requerimento do lesado, quando se mostrar o modo mais adequado, no caso concreto, de reparação dos prejuízos.

Tal é a irretocável lição de Paulo de Tarso Vieira Sanseverino³⁴, que também explica que:

Deve-se dar prevalência aos motivos que preocuparam o legislador e que serviram de inspiração para a norma em questão, cujo objetivo foi de permitir à vítima de lesões de menor gravidade e, conseqüentemente, credora de uma pensão de pequeno ou médio valor, a possibilidade de obter o pagamento do total da indenização em parcela única e, com isso, poder utilizar o capital recebido para dar um novo rumo na sua vida. Serve de exemplo a hipótese do operário que, recebendo mensalmente um salário mínimo, perde a visão de um dos olhos em acidente de trabalho, tendo direito a uma pensão de 30% do salário mínimo.

Como a expressão econômica do valor da pensão mensal não é das mais elevadas, pode ser exigido o pagamento do total da indenização em parcela única, utilizando o capital auferido para o início de uma nova atividade laboral. Nessas situações, a solução legal apresenta vantagens para as duas partes, pois o lesado recebe o total da indenização em parcela única, enquanto o responsável se libera, desde logo, da obrigação de indenizar com o pagamento do capital.

No mesmo vetor entende Sebastião Geraldo de Oliveira, cujo raciocínio se aplica perfeitamente às hipóteses de danos mais graves, que inviabilizam o labor, onde o pagamento antecipado da pensão pode acarretar que o valor seja consumido em poucos anos, ficando a vítima logo sem meios de subsistência³⁵:

Não se deve perder de vista que a finalidade essencial do pensionamento é garantir para a vítima o mesmo nível dos rendimentos que até então percebia e não de lhe conceder um capital para produzir rendas futuras. Com efeito, se o acidentado em poucos anos consumir o valor recebido acumuladamente, passará o restante da sua vida em arrependimento tardio, porém ineficaz.

Por tudo que foi exposto, diante da análise de cada caso, pode o juiz indeferir a pretensão deduzida com apoio no parágrafo único do art. 950 do

34.SANSEVERINO, Paulo de Tarso. Princípio da reparação integral: indenização no Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 249-252.

35.OLIVEIRA,2008, op. cit., p. 302.

Código Civil, sempre que tiver fundamentos ponderáveis para demonstrar a inconveniência do pagamento acumulado da pensão. ...

6. DANOS MATERIAS – TRATAMENTO, MEDICAMENTOS E A POLÊMICA DO PLANO DE SAÚDE

É freqüente que, dentre os pedidos de indenização por danos materiais estejam as despesas com tratamento médico ou fisioterápico, medicamentos e plano de saúde, muitas vezes de forma vitalícia, questões que inspiram alguns cuidado.

Em relação às despesas médicas, fisioterápicas ou a título de medicamentos devidamente comprovadas nos autos, desde que seja possível estabelecer sua relação com as moléstias ou lesões para as quais se tenha reconhecido a responsabilidade dos réus, a questão não impõe maiores dificuldades. Quanto à necessidade futura de tratamento, ou mesmo quanto ao um tratamento vitalício, entretanto, dificilmente se poderia aceitar o parecer unilateral de um médico assistente da vítima, sendo altamente recomendável a manifestação expressa do perito médico de confiança do juízo quanto à necessidade de tratamento futuro ou permanente, bem como sobre a estimativa de seu custo.

Já quanto ao pedido de manutenção ou inclusão da vítima em plano de saúde, temos que o mesmo não procede, ao menos a título de reparação de danos materiais, já que excede à reparação do dano, não havendo como garantir que será usado apenas para o tratamento da lesão ou moléstia objeto da lide. Poderia ser cogitada a manutenção do plano de saúde apenas na específica hipótese de que o empregado dele já se beneficiava, por força do contrato de trabalho, enquanto este estivesse suspenso por força da fruição de auxílio-doença ou aposentadoria por invalidez (com base no art. 468 da CLT), mas não como indenização por danos materiais.

7. DANOS MORAIS, ESTÉTICOS E OUTROS DANOS EXTRAPATRIMONIAIS

Segundo Xisto Tiago de Medeiros Neto³⁶

O dano moral ou extrapatrimonial consiste na lesão injusta imprimida a determinados interesses não-materiais, sem equípólencia econômica, porém concebidos como valores jurídicos protegidos, integrantes do leque de proteção interna (por exemplo: o bem-estar, a intimidade, a liberdade, a privacidade, o equilíbrio psíquico e a paz) ou externa (como o nome, a reputação e a consideração social) inerente à personalidade do ser humano (abrangendo todas as áreas de extensão da sua dignidade), podendo também alcançar os valores extrapatrimoniais reconhecidos pelo sistema legal à pessoa jurídica ou a uma coletividade de pessoas.

Trata-se de um conceito amplo de danos morais, tratando-os como expressão sinônima de danos extrapatrimoniais, posição hoje majoritário na doutrina e na jurisprudência. De tal gênero têm-se como espécies, conforme forem se subdividindo seus desdobramentos, os danos morais em sentido estrito, os danos estéticos, danos à vida de relação, danos à honra objetiva da pessoa jurídica, danos extrapatrimoniais ao meio ambiente ou a outros interesses coletivos ou difusos, etc.

Ressalve-se que algumas modalidades de danos citadas acima, podem ensejar prejuízos tanto na esfera extratrimonial como na patrimonial, nada obstando que os respectivos pedidos indenizatórios sejam cumulados. Por exemplo, ofensas à

36. MEDEIROS NETO, Xisto Tiago. Dano Moral Coletivo. São Paulo: LTR, 2004, p. 54.

honra objetiva podem estigmatizar a pessoa física, constringendo-a e ao mesmo tempo dificultando a obtenção de um novo emprego, ou diminuindo a clientela de uma pessoa jurídica ao mesmo tempo que reduzindo sua credibilidade de forma não imediatamente quantificável em dinheiro. Um dano ambiental pode importar no custo de providências que o minimizem e também gerar um prejuízo imensurável economicamente para a coletividade e para as gerações futuras.

Finalmente, de forma mais diretamente relacionada ao acidente de trabalho, os danos estéticos, conforme a gravidade, possuem desdobramentos patrimoniais, como acontece com profissionais que trabalham diretamente com sua imagem ou atendendo ao público, além de desdobramentos extrapatrimoniais, como o sofrimento íntimo da vítima em relação à seqüela estética e o constringimento no convívio social, por vezes se tornando alvo de chacotas ou olhares curiosos.

Nada impede, entretanto, que, havendo pluralidade de pleitos de danos extrapatrimoniais, sejam os mesmos apreciados em conjunto, ou mesmo que seja deferida uma indenização única que contemple, em seu montante, a totalidade dos pleitos de indenização por danos extrapatrimoniais, desde que presente a correspondente fundamentação.

Em relação à natureza da indenização por danos extrapatrimoniais, parte da doutrina entenda-a exclusivamente satisfativa, rejeitando a faceta punitivo-pedagógica porque constituiria resquício de pena privada e incompatível com a separação entre a esfera penal e a civil, bem como porque excederia à mera reparação do dano. Entretanto, é majoritária posição na doutrina e na jurisprudência admitindo também a função punitivo-pedagógica do instituto, visando a evitar a reincidência na prática ilícita. A título de exemplo, transcrevemos o seguinte julgado do STJ:

[...] 2. O valor do dano moral tem sido enfrentado no STJ com o escopo de atender a sua dupla função: reparar o dano buscando minimizar a dor da vítima e punir o ofensor, para que não volte a reincidir.

3. Fixação de valor que não observa regra fixa, oscilando de acordo com os contornos fáticos e circunstanciais.

4. Aumento do valor da indenização para 300 salários mínimos.

5. Embargos de declaração acolhidos, com efeitos modificativos, para conhecer e dar provimento ao recurso especial. (EDcl no REsp 845001 / MG - EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ESPECIAL - 2006/0092253-2 - Relator(a) - Ministra ELIANA CALMON (1114) - SEGUNDA TURMA - Data do Julgamento - 08/09/2009 - Data da Publicação/Fonte - DJe 24/09/2009)

No mesmo sentido é o posicionamento do TST:

[...] Consabido que à quantificação do dano moral, necessário ao julgador sopesar critérios vários, dentre os quais, a título exemplificativo, se encontram a situação econômica do ofensor e da vítima, a posição social que ocupam e o montante ideal a que a sanção exerça o seu caráter punitivo-pedagógico, forçoso concluir ausentes, na decisão recorrida, elementos fáticos suficientes a permitir o reenquadramento jurídico da matéria, não se podendo afastar, pois, da decisão recorrida, a conclusão que -o valor de R\$20.000,00 atende aos requisitos supra mencionados, sendo razoável e proporcional à extensão do dano- e que -a reclamada é empresa de grande porte (fl. 46, verso) ostentando capital social de R\$97.000.000,00 (noventa e sete milhões de reais)-. Ofensa aos arts. 944 do Código Civil e 5º, V, da Lei Maior, que não se pode vislumbrar. ...

(RR - 135000-41.2008.5.15.0036 Data de Julgamento: 10/08/2011, Relatora

Quanto à prova, a caracterização do dano moral se dá in re ipsa, em atenção à própria gravidade do fato lesivo, independente de comprovação concreta das repercussões no íntimo da vítima ou em sua esfera objetiva. Tal prova, além de praticamente impossível de ser realizada, traria situação iníqua, já que, eventualmente, duas vítimas de um fato idêntico poderiam ser ressarcidas de forma dispar, conforme a maior ou menor suscetibilidade e conseqüente menor ou maior impacto psicológico do fato em cada uma.

Por tal razão, se tem optado pela análise objetiva das circunstâncias, a partir da ótica de um padrão médio de cidadão, tanto para a aferição quanto à existência de dano moral relevante a ponto de ensejar indenização (danos ínfimos ou meros aborrecimentos não são indenizáveis, conforme sedimentado na jurisprudência), bem como para fins da própria quantificação da indenização.

Dentre tais circunstâncias relevantes para a análise do pleito indenizatório por acidente de trabalho ou doenças ocupacionais, podemos destacar a existência de seqüelas funcionais ou estéticas, o grau de incapacidade laboral ou de maior esforço com que a vítima passou a ter de realizar seu labor, suas limitações para a realização dos atos de sua vida pessoal, o período em que lhe foi imposto o afastamento do trabalho, o tempo de tratamento e o correspondente transtorno, eventual discriminação decorrente da incapacidade ou seqüela, etc. São circunstâncias que evidentemente afetam o bem-estar e integridade física, assim, como a sua dignidade e auto-estima, como ser humano, ofendendo a diversos direitos da personalidade.

Inexistindo, no direito brasileiro uma tarifação legal para a quantificação da indenização por danos morais, impõe-se que o julgador proceda com a cautela de buscar solução que comporte certa previsibilidade, sem olvidar as peculiaridades do caso concreto, já que, se de um lado a substituição da tarifação legal por uma rígida tarifação judicial pode ser nociva, no outro extremo a ausência de parâmetros, gerando decisões excessivamente discrepantes, enseja insegurança jurídica.

Em tal esteira, transcrevemos a sugestão de Paulo de Tarso Vieira Sanseverino³⁷, que se processa pela análise de precedentes jurisprudenciais relativos ao interesse jurídico lesado, posteriormente fixando-se em definitivo o valor com base nas peculiaridades do caso:

Na primeira fase, arbitra-se o valor básico ou inicial da indenização, considerando-se o interesse jurídico atingido, em conformidade com os precedentes jurisprudenciais acerca da matéria (grupo de casos). Assegura-se, com isso, uma exigência de justiça comutativa que é uma razoável igualdade de tratamento para os casos semelhantes, assim como que as situações distintas sejam tratadas desigualmente na medida em que se diferenciam.

Na segunda fase, procede-se à fixação da indenização, ajustando-se o seu montante às peculiaridades do caso com base nas suas circunstâncias. Partindo-se, assim, da indenização básica, eleva-se ou reduz-se esse valor de acordo com as circunstâncias particulares do caso (gravidade do fato em si, culpabilidade do agente, culpa concorrente da vítima, condição econômica das partes) até se alcançar o montante definitivo. Procede-se, assim, a um arbitramento efetivamente equitativo, que respeita as

37.SANSEVERINO, 2010, op. cit., p. 288-289.

peculiaridades do caso.

8. ISENÇÃO - DESCONTOS FISCAIS E PREVIDENCIÁRIOS

Não é demais lembrar que, tendo em vista a natureza indenizatória das parcelas acima, não há falar na incidência de descontos previdenciários, pela mesma razão inexistindo fundamento para retenção de imposto de renda, ainda mais que as indenizações acidentárias se tratam de hipótese de isenção expressamente prevista no art. 6º, IV, da Lei nº 7.713/88³⁸.

9. INTERVENÇÃO DE TERCEIROS (SEGURADORA) – INCOMPATIBILIDADE COM O PROCESSO DO TRABALHO E INCOMPETÊNCIA MATERIAL

Temos que a intervenção no processo da empresa de seguros com quem o empregador mantenha contrato se afigura inadmissível, por falta de compatibilidade com o processo do trabalho (art. 769 da CLT) e por incompetência para julgar a lide secundária que se forma entre o empregador e a seguradora.

É que, caso admitida a intervenção do terceiro, formam-se no mesmo processo duas lides completamente distintas, o que tumultua e procrastina o andamento do mesmo, em prejuízo da célere solução da lide principal proposta pelo trabalhador hipossuficiente, o qual demanda por verbas alimentares e não pode esperar longamente pela solução da lide secundária, que não lhe diz respeito.

Ademais, ainda que se admitisse a intervenção de terceiros no processo laboral, de uma forma genérica, tal seria inviável no presente caso, uma vez que a lide secundária, incidental à ação principal, diz respeito à matéria que fugiria por completo dos limites de competência constitucionalmente fixados para a Justiça do Trabalho, consoante norma do artigo 114 da Carta Magna. Podem servir como exemplo discussões relativas à existência de responsabilidade por parte da seguradora no tocante aos danos invocados pelo autor em face de seu empregador, bem como se o respectivo seguro contratado entre esse último e a seguradora se prestaria a esse tipo de cobertura, ou ainda eventual responsabilidade a ser imputada à companhia de resseguros, donde se vê, portanto, que tais questões em nada dizem respeito à relação de trabalho titularizada pelo trabalhador e seu empregado.

Assim, entende-se que tal intervenção de terceiros é incompatível com o Processo do Trabalho, bem como que a Justiça do Trabalho carece de competência para processar e julgar a relação jurídica secundária envolvendo o empregador segurado, a companhia de seguros e, eventualmente, a instituição resseguradora.

CONCLUSÃO

a) Para o reconhecimento em juízo da ocorrência de acidente de trabalho ou doença ocupacional, há que se aferir o nexo causal entre a doença ou lesão alegada com as atividades laborais ou com o acidente típico em questão, sendo a prova pericial médica em regra o principal instrumento de convencimento do magistrado. Entretanto, trazem importante contribuição para tal análise, conforme o caso, a existência de reconhecimento do nexo pelo INSS, as declarações emitidas pelo empregador na CAT e a existência de nexo técnico epidemiológico.

b) Quando o INSS defere algum benefício previdenciário de índole acidentária (auxílio-doença acidentário, aposentadoria por invalidez acidentária, auxílio-

38. Art. 6º Ficam isentos do imposto de renda os seguinte rendimentos percebidos por pessoas físicas... IV - as indenizações por acidentes de trabalho;

acidente, por exemplo), através do seu setor de perícia médica, necessariamente reconhece o nexo causal, ato administrativo o qual, como tal, é dotado de presunção de legalidade/legitimidade, daí decorrendo presunção relativa de que existe o nexo causal. O inverso também é verdadeiro, presumindo-se a ausência de nexo quando o INSS indefere o benefício, ou o defere sob a forma comum, não-acidentária, rejeitando portanto a alegação de nexo causal com o labor.

c) A CAT emitida pela empresa é assinada por médico e, portanto, não comporta um diagnóstico infundado ou sem um mínimo de embasamento científico, ensejando uma presunção no sentido da existência de nexo causal entre a lesão ou moléstia noticiados com o sinistro típico ou com a atividade laboral desempenhada.

d) Havendo o Nexo Técnico Epidemiológico com relação à moléstia debatida, por força do art. 21-A, caput, da Lei 8.213/91, milita presunção legal (relativa) de existência do nexo causal, presunção que também aproveita à aferição da atividade como sendo de risco para os fins do art. 927, parágrafo único, do Código Civil.

e) Havendo concomitância do nexo causal de um determinado dano com a atividade laboral e com causas não-laborais, tem-se que o empregador não poderá ser responsabilizado pela integralidade do dano, mas sim de forma proporcional à parcela ou ao agravamento a que tiver dado causa.

f) Considerando a dificuldade, na ciência médica, para a aferição exata da proporcionalidade de contribuição de cada causa para o estabelecimento ou agravamento da patologia, mister se faz que o julgador arbitre tal proporção, à luz da razoabilidade, levando em conta a quantidade e relevância das causas laborais e não-laborais detectadas.

g) De forma similar ao mencionado acima, na hipótese de as causas laborais se referirem a empregadores diversos, ter-se-á de arbitrar a contribuição de cada um, já que a responsabilidade de determinado empregador não poderia ir além da sua efetiva contribuição para o dano, devendo as correspondentes indenizações serem fixadas levando em conta tal proporção.

h) A Constituição da República estabelece um patamar mínimo de direitos do trabalhador, não impedindo que norma infraconstitucional introduza regras mais benéficas, conforme se depreende do seu art. 5º, §2º e do art. 7, caput. Assim, tem-se que o inciso XXVIII do art. 7º da CRFB não exclui a aplicação de norma infraconstitucional mais benéfica, como a regra de responsabilização objetiva em atividade de risco prevista no parágrafo único do art. 927 do CC.

i) Atividade de risco é aquela que impõe a pessoa determinada um ônus maior que aos demais membros da coletividade, o que pode ser demonstrado através de presunções decorrentes das regras da experiência cotejadas com os fatos e documentos dos autos, especialmente com os documentos laborais que consignam a existência de riscos ocupacionais (como os Atestados de Saúde Ocupacional – ASO, o Programa de Controle Médico de Saúde Ocupacional – PCMSO e o Programa de Prevenção de Riscos Ambientais – PPRA) e com a eventual existência do Nexo Técnico Epidemiológico Previdenciário – NTEP.

j) Para aqueles que não entendem pela aplicabilidade da teoria objetiva, ainda assim não se poderia impor ao trabalhador o ônus probatório relativo à culpa do empregador, devendo ser presumida tal culpa, em razão do princípio da proteção, bem como tendo em vista o princípio da aptidão para a prova, já que é o empregador quem detém a obrigação de dispor da documentação relativa à segurança do trabalho.

l) A pensão prevista no art. 950 do Código Civil é vitalícia, uma vez que a vítima seguramente continuará necessitando da pensão em sua velhice e, aliás, não fosse o acidente ou doença ocupacional, poderia continuar trabalhando enquanto

vivesse, mesmo estando aposentada perante o INSS. Quando efetuada a opção pelo pagamento em parcela única, entretanto, considerando que não se sabe de antemão até que idade a vítima viverá, o termo final do cálculo será arbitrado levando em conta a “duração provável da vida da vítima” (art. 948 do CC), sugerindo-se a utilização da tabela do IBGE para a expectativa média de sobrevida, considerando o sexo e idade da vítima (a expectativa de sobrevida difere consideravelmente entre homens e mulheres).

m) Para a aferição do grau de redução de capacidade laboral, é preponderante a prova pericial médica, ante a complexidade técnica da questão, mas a tabela DPVAT, parâmetro geralmente utilizado, embora afigure-se como um bom ponto de partida evitando um excesso de subjetividade, deve ser vista com cuidado já que criada para quantificar as indenizações ligadas ao seguro obrigatório em acidentes de trânsito em geral, levando em conta apenas a parte do corpo atingida e seu grau de comprometimento, olvidando o perfil sócio-profissional da vítima e as conseqüências quanto à sua efetiva capacidade laborativa. Tais fatores também devem ser sopesados pelo julgador, o qual poderá, com tal fundamento, entender por um percentual de depreciação da capacidade laborativa bem diverso daquele decorrente da mera aplicação da tabela DPVAT.

n) É recomendável a atualização da pensão em função do salário mínimo nacional. Tendo em conta a duração do pensionamento no tempo, bem como sua natureza alimentar, a preservação de seu valor de compra constitui questão delicada, preferindo-se uma indexação automática, que facilita o controle do valor pelo beneficiário e pelo próprio devedor, evitando que de tempos em tempos tenham de voltar a recorrer ao Judiciário apenas para discutir a correta atualização da pensão. É por tal razão que a jurisprudência dos Tribunais Superiores sempre admitiu a vinculação do pensionamento com o salário mínimo nacional, conforme exemplifica a Súmula 490 do STF, o que, aliás, passou também a constar expressamente do CPC a partir da inclusão do seu art. 475-Q, §4º.

o) As indenizações decorrentes de acidente de trabalho não são afastadas pela percepção de benefício previdenciário-acidentário, já que as esferas de responsabilidade civil e previdenciária não se confundem, decorrendo de fatos geradores diversos: aquelas decorrem da responsabilidade civil do empregador pelo acidente ocorrido, enquanto este decorre de relação contributivo-previdenciária, seguro social obrigatório que não exige o empregador de seu dever de diligência para a redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio do cumprimento das normas de saúde, higiene e segurança, conforme (art. 7º, XXII e XXVIII, da CRFB, art. 121 da Lei 8.213/91 e Súmula 229 do STF).

p) Tampouco se compensam as indenizações acidentárias com a remuneração percebida pela vítima. O art. 950, do Código Civil estabelece o direito a partir da simples constatação da redução da capacidade laboral, independentemente de a vítima estar ou não recebendo remuneração de qualquer natureza. O fundamento da concessão de pensão é objetivo, qual seja, de o autor ter a sua capacidade para o trabalho reduzida, o que implica, necessariamente, no dispêndio de maior esforço para a consecução normal de suas atividades, bem como a natural dificuldade de obter outro emprego com igual ou melhor padrão de rendimento.

q) A inclusão em folha de pagamento prevista no §2º do art. 475-Q do CPC é faculdade do julgador e não direito subjetivo do executado, não sendo opção recomendada, mesmo quanto a empresas atualmente sólidas, já que não garante o adimplemento nos anos ou décadas futuras, ainda mais em um ambiente de insegurança do mercado e volatilidade do capital, em nível global. Em tal senda se firmou a jurisprudência pátria, a exemplo da Súmula 313 do STJ.

r) Embora a literalidade do parágrafo único do art. 950 do Código Civil possa levar à conclusão de que apenas à vítima caberia a decisão sobre o exercício da opção pelo pagamento da pensão em parcela única, entende-se ser mais razoável a interpretação para tal no sentido de que não estabelece um direito subjetivo absoluto para o lesado, mas uma faculdade para o juiz, o qual poderá rejeitar o requerimento quando este não se mostrar adequado à manutenção do padrão de subsistência da vítima, finalidade última da pensão.

s) Não procede pedido de manutenção ou inclusão da vítima em plano de saúde, quando a causa de pedir for reparação de danos materiais acidentários, já que excede à própria reparação do dano, não havendo como aferir que será usado o plano apenas para o tratamento da lesão ou moléstia objeto da lide.

t) Quanto à prova, a caracterização do dano moral se dá *in re ipsa*, independente da comprovação da maior ou menor repercussão no íntimo da vítima, mas sim pela análise da própria gravidade do fato lesivo sob da ótica de um padrão médio de cidadão, levando-se em conta circunstâncias como a existência de seqüelas funcionais ou estéticas, o grau de incapacidade laboral ou de maior esforço com que a vítima passou a ter de realizar seu labor, suas limitações para a realização dos atos de sua vida pessoal, o período em que lhe foi imposto o afastamento do trabalho, o tempo de tratamento e o correspondente transtorno, eventual discriminação decorrente da incapacidade ou seqüela, etc.

u) Inexistindo tarifação legal para a quantificação da indenização por danos morais, a fim de evitar discrepância de tratamento entre casos similares, impõe-se a compatibilização da análise de precedentes jurisprudenciais com as peculiaridades do caso em atenção à gravidade do fato, culpabilidade e condição econômica das partes, além da dúplici natureza compensatória e pedagógica do instituto.

v) A intervenção, no processo de indenização por acidente de trabalho, da empresa de seguros com quem o empregador mantenha contrato, se afigura inadmissível por falta de compatibilidade com o processo do trabalho (art. 769 da CLT) e por incompetência para julgar a lide secundária que se forma entre o empregador e a seguradora.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Ministério do Trabalho e Emprego. Superintendência Regional do Trabalho e Emprego no Rio Grande do Sul. Análise de acidentes de trabalho fatais no Rio Grande do Sul. Porto Alegre: SEGUR/RS, 2008.

BRASIL. Ministério do Trabalho e Emprego. Superintendência Regional do Trabalho e Emprego no Rio Grande do Sul. Embargo e interdição: instrumentos de preservação da vida e da saúde dos trabalhadores. Porto Alegre: SEGUR/RS, 2010.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de direito administrativo. 13. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005.

MACIEL, Fernando. Ações regressivas acidentárias. São Paulo: LTr, 2010.

MEDAUAR, Odete. Direito administrativo moderno. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

MEDEIROS NETO, Xisto Tiago de. Dano moral coletivo. São Paulo: LTR, 2004.

MELO, Raimundo Simão de. Direito ambiental do trabalho e a saúde do trabalhador. São Paulo: LTr, 2004.

OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. Indenizações por acidente de trabalho ou doença ocupacional. 4. ed. São Paulo: LTR, 2008.

RIZZARDO, Arnaldo. Responsabilidade civil. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. Princípio da reparação integral: indenização no Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2010.