

HISATO BRUNO OZAKI

**POSSIBILIDADE DE CUMULAÇÃO, DE RETENÇÃO, DE
COMPENSAÇÃO OU DE DEDUÇÃO DOS VALORES
PAGOS PELO INSS POR PARTE DO EMPREGADOR EM
FACE DE PENSÃO MENSAL VITALÍCIA**

ESPECIALIZAÇÃO *LATO SENSU* EM DIREITO

PUC/SP

COGEAE

2014

HISATO BRUNO OZAKI

**POSSIBILIDADE DE CUMULAÇÃO, DE RETENÇÃO, DE
COMPENSAÇÃO OU DE DEDUÇÃO DOS VALORES PAGOS PELO
INSS POR PARTE DO EMPREGADOR EM FACE DE PENSÃO
MENSAL VITALÍCIA**

*Monografia apresentada à banca
examinadora da COGEAE da Faculdade de
Direito da PUC/SP - Pontifícia
Universidade Católica de São Paulo, como
exigência parcial para obtenção do grau de
especialista em Direito do Trabalho, sob a
orientação da Professora Catia Guimarães
Raposo Novo Zangari*

São Paulo

2014

HISATO BRUNO OZAKI

**POSSIBILIDADE DE CUMULAÇÃO, DE RETENÇÃO, DE
COMPENSAÇÃO OU DE DEDUÇÃO DOS VALORES
PAGOS PELO INSS POR PARTE DO EMPREGADOR EM
FACE DE PENSÃO MENSAL VITALÍCIA**

Trabalho de curso submetido à Comissão Examinadora, como requisito básico para
obtenção do grau de Pós-Graduação.

BANCA EXAMINADORA

Aprovado em ____/____/____

“Para mim o próprio objetivo da vida é perseguir a felicidade. Isso está claro. Se acreditamos em religião, ou não; se acreditamos nessa religião ou naquela; todos estamos procurando algo melhor na vida. Por isso, para mim, o próprio movimento da nossa vida é no sentido da felicidade...”

(Dalai-Lama)

“O trabalho deve ser um meio de o trabalhador ganhar a vida, e não de perdê-la”.

(Raimundo Simão de Melo)

RESUMO

O presente trabalho é o estudo da possibilidade de cumulação, de retenção, de compensação ou de dedução dos valores pagos pelo INSS ao empregado, por intermédio dos benefícios previdenciários, com o valor devido a título de pensão mensal vitalícia prevista no artigo 950 do Código Civil de 2002, por parte do empregador, bem como do estudo dos institutos correlatos.

Palavras-chave: Direito. Direito do Trabalho. Retenção. Compensação. Cumulação. Dedução. Benefícios Previdenciários. Pensão Mensal Vitalícia.

ABSTRACT

The present work is the study of the possibility of accumulation, retention, compensation or deduction of the values paid by the INSS to the employee, through social security benefits, with the amount due under lifetime allowance provided for in Article 950 of the Civil Code of 2002, through the employer, beyond the study of related institutes.

Right. Labor Law. Retention. Compensation. Cumulation. Deduction. Social Security Benefits. Lifetime Monthly pension.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
 CAPÍTULO I – PENSÃO MENSAL PREVISTA NO ARTIGO 950 DO CÓDIGO CIVIL DE 2002	 9
1.1 INTRODUÇÃO HISTÓRICA	9
1.2 DO DEVER DE INDENIZAR	12
1.2.1 TEORIA DA RESPONSABILIDADE SUBJETIVA DO EMPREGADOR	13
1.2.2 TEORIA DA RESPONSABILIDADE SUBJETIVA DO EMPREGADOR COM CULPA PRESUMIDA	15
1.2.3 TEORIAS DA RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO EMPREGADOR	18
1.2.4 TEORIA DA RESPONSABILIDADE OBRIGACIONAL DO EMPREGADOR	23
1.3 PRESSUPOSTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL	23
1.3.1 AÇÃO	24
1.3.2 DANO MORAL OU MATERIAL	27
1.3.3 NEXO DE CAUSALIDADE	28
1.4 DA INDENIZAÇÃO PREVISTA NO ARTIGO 950 DO CC/2002	30
 CAPÍTULO II – QUESTÕES PREVIDENCIÁRIAS PERTINENTES AO TEMA	 33
2.1 PREVIDÊNCIA SOCIAL	33
2.2 NATUREZA JURÍDICA DAS CONTRIBUIÇÕES DEVIDAS À PREVIDÊNCIA SOCIAL	35
2.3 SAT / FAT	37
2.4 APOSENTADORIA POR INVALIDEZ	40
2.4.1. DOOENÇA PREEXISTENTE	42

2.4.2 MENSALIDADE DE RECUPERAÇÃO	42
2.5 GRANDE INVALIDEZ OU INVALIDEZ MAIOR	43
2.6 AUXÍLIO DOENÇA	44
2.6.1 NEXO ETIOLÓGICO	44
2.6.2 NEXO TÉCNICO EPIDEMIOLÓGICO	45
2.7 AUXÍLIO ACIDENTE	46
 CAPÍTULO III – DIREITO DE REGRESSO DO INSS EM FACE DO EMPREGADOR	 48
3.1 FUNDAMENTOS DA AÇÃO DE REGRESSO	49
3.2 COMPETÊNCIA	52
3.3 PRESCRIÇÃO	57
 CAPÍTULO IV – POSSIBILIDADE DE CUMULAÇÃO, DE RETENÇÃO, DE COMPENSAÇÃO, OU DE DEDUÇÃO DOS VALORES PAGOS PELO INSS POR PARTE DO EMPREGADOR EM FACE DE PENSÃO MENSAL VITALÍCIA	 60
 CONCLUSÃO	 73
 BIBLIOGRAFIA	 75
 ANEXO I	 78

INTRODUÇÃO

Um dos mais antigos institutos é o instituto da indenização, com a idéia e objetivo geral que cada um deva sofrer os efeitos dos seus próprios atos.

Nem todos os atos que ofendem direitos de terceiros são passíveis de punição criminal, mas em sua maioria são passíveis de uma indenização civil, de tal sorte que é de suma importância para a própria sociedade, especialmente para que se tenha o sentimento de segurança, que os atos ilícitos sejam indenizáveis naquilo em que houve dano.

Todavia, há limites para essa indenização, sob pena de gerar insegurança e sentimento contrário à paz social, já que aquele que causou o dano se sentirá injustiçado.

Como é dito popular “o direito de um termina quando começa o direito do outro”, e parafraseando, se o direito de um não pode avançar o de outro, o direito do outro, incluindo o direito de ser indenizado, não pode avançar o direito de um.

Assim, o objetivo do trabalho é de definir quais são os direitos do lesado e lesante nessa complexa relação de certo modo triangular, entre esses e o Órgão Previdenciário.

Para tanto, o presente trabalho estuda justamente o cotejo dos institutos da indenização prevista no artigo 950 do Código Civil (Capítulo I), dos benefícios previdenciários e das suas características (Capítulo II), bem como do direito da ação regressiva previdenciária (Capítulo III), donde se poderá concluir os limites dessa indenização, mais especificamente da possibilidade da limitação da indenização da pensão mensal vitalícia em razão da percepção por parte do lesado dos benefícios previdenciários (Capítulo IV).

CAPÍTULO I – PENSÃO MENSAL PREVISTA NO ARTIGO 950 DO CÓDIGO CIVIL DE 2002

1.1 INTRODUÇÃO HISTÓRICA

A legislação acidentária no Brasil se iniciou com o Decreto Legislativo 3.724 de 15.01.1919, que em seu artigo 1º descreve o conceito de acidente à época:

“Art. 1º Consideram-se accidentes no trabalho, para os fins da presente lei: Ia) o produzido por uma causa subita, violenta, externa e involuntaria no exercicio do trabalho, determinado lesões corporaes ou perturbações funcctionaes, que constituam a causa unica da morte ou perda total, ou parcial, permanente ou temporaria, da capacidade para o trabalho; I b) a molestia contrahida exclusivamente pelo exercicio do trabalho, quando este fôr de natureza a só por si causal-a, e desde que determine a morte do operario, ou perda total, ou parcial, permanente ou temporaria, da capacidade para o trabalho.”

Referida lei tratava, dentre outros assuntos, a obrigar o empregador ao pagamento de uma indenização única em caso de acidente no trabalho, bem como excluía do âmbito das indenizações os eventos ocorridos em concausas, ou causas paralelas, além daqueles ocorridos em trajetos *in itinere*.

Após, houve a edição do Decreto Legislativo 24.637, de 10.09.1934, que também tratava dos acidentes no trabalho e das indenizações a serem pagas em razão desses acidentes pelo empregador, adotando a teoria do risco profissional.

Mencionado Decreto foi inegavelmente um avanço, uma vez que foi o primeiro diploma legal que previu o acidente *in itinere*, ainda que diversamente do que hoje está disciplinado, uma vez que apenas possuía responsabilidade o empregador caso fornecesse “condição especial”, ou seja, caso fornecesse a condução.¹

¹ Artigo 1º, § 2º, do Decreto Legislativo 24.637 - A responsabilidade do empregador deriva sòmente de accidentes ocorridos pelo fato do trabalho, e não dos que se verificarem na ida do empregado para o local da sua ocupação ou na sua volta dali salvo havendo condição especial fornecida pelo empregador.

Após, a matéria foi tratada no Decreto-Lei 7.036, de 10.11.1944, que também determinava o pagamento de uma indenização pelo empregador no caso de acidente do trabalho e vigorou por trinta e um anos, uma vez que fora um enorme avanço à época.

Referido instrumento normativo incluiu no conceito de acidente do trabalho aquele ocorrido em concausa com outros fatores não relacionados ao trabalho², bem como definiu de forma mais parecida com a atual os conceitos de acidente do trabalho, doença do trabalho e doença profissional³.

Ainda, referido Decreto abrangia o conceito de acidente *in itinere*, bem como trazia diversas novas situações em que estava incluído o conceito de acidente (artigo 5º) e as que não se relacionavam ao conceito (artigo 6º).

Posteriormente, editou-se o Decreto-Lei 293, de 28.02.1967 e as Leis 5.316/67 e 6.195/74, que são as leis instituidoras do INSS – Instituto Nacional do Seguro Social.

Assim, de forma interessante, tínhamos a responsabilidade objetiva do empregador antes da instituição do INSS, quando então se passou a exigir um seguro obrigatório a todo empregado, que é o pagamento das contribuições devidas ao Órgão Previdenciário.

Ou seja, *mutatis mutantis*, o empregador sempre foi tratado pela legislação como o responsável, de forma objetiva, antes pelo pagamento de indenizações ou atualmente pagamento das contribuições que vertem a favor do recebimento de benefícios da previdência social pelo empregado.

² Artigo 3º, Decreto Legislativo 24.637/1934 - Considera-se caracterizado o acidente, ainda quando não seja ele a causa única e exclusiva da morte ou da perda ou redução da capacidade do empregado, bastando que entre o evento e a morte ou incapacidade haja uma relação de causa e efeito”.

³ Art. 1º, Decreto-Lei 7.036/1944 - Considera-se acidente do trabalho, para os fins da presente Lei, todo aquele que se verifique pelo exercício do trabalho, provocando, direta ou indiretamente, lesão corporal, perturbação funcional, ou doença, que determine a morte, a perda total ou parcial, permanente ou temporária, de capacidade para o trabalho

Art. 2º, Decreto-Lei 7.036/1944 - Como doença, para os efeitos desta lei, entendem-se, além das chamadas profissionais, - inerentes ou peculiares a determinados ramos de atividades, - as resultantes das condições especiais ou excepcionais em que o trabalho for realizado.

Parágrafo único. A relação das doenças chamadas profissionais, será organizada e publicada pelo Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio, e revista trienalmente.

Como já frisado, referida responsabilidade é objetiva, ou seja, deriva de uma política legislativa que distribui os riscos para certas pessoas em razão da sua condição, independentemente de sua culpa ou dolo.

Ao caminhar dessa responsabilidade objetiva, o legislador deixou de lado a responsabilidade subjetiva, a não ser por dolo do empregador ou de seus prepostos, como já estava previsto no Decreto-Lei 24.637/1934, artigo 31, *in verbis*:

Art. 31. O pagamento da indenização estabelecida pela presente lei exonera o empregador de qualquer outra indenização de direito comum, relativa ao mesmo acidente, a menos que este resulte de dolo seu ou de seus prepostos.

Todavia, a jurisprudência tratou o assunto de forma diversa, principalmente se lastreando nos mais mezinhos princípios da responsabilidade civil, onde não pode o ofendido sofrer prejuízo por ato de outrem sem o direito à correspondente indenização.

Nessa esteira, firmou um marco a Súmula 299 do C. Supremo Tribunal Federal:

STF Súmula nº 229 - Indenização Acidentária - Exclusão do Direito Comum - Dolo ou Culpa Grave do Empregador

A indenização acidentária não exclui a do direito comum, em caso de dolo ou culpa grave do empregador.

Logo, referida Súmula foi editada em contrariedade aos ditames do Decreto-Lei 24.637/1934, em seu artigo 31 e parece que foi a precursora e inspiradora do legislador, uma vez que já previa não haver prejuízo da indenização que hoje está consubstanciada de forma ampla no artigo 7º, XXVIII, da Constituição Federal⁴ e no artigo 121, da Lei 8.213/91⁵.

Assim, feita essa introdução histórica, é de se analisar os termos do artigo 950 do Código Civil de 2002, *in verbis*:

⁴ Artigo 7º, XXVIII, da CF/88 - seguro contra acidentes de trabalho, a cargo do empregador, sem excluir a indenização a que este está obrigado, quando incorrer em dolo ou culpa;

⁵ Art. 121 da Lei 8.213/91. O pagamento, pela Previdência Social, das prestações por acidente do trabalho não exclui a responsabilidade civil da empresa ou de outrem.

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.

Parágrafo único. O prejudicado, se preferir, poderá exigir que a indenização seja arbitrada e paga de uma só vez.

Referido artigo consta do Título IX- Da Responsabilidade Civil, Capítulo II, Da indenização, que é precedido do Capítulo I – Da obrigação de indenizar.

Assim, resta claro que primeiro se analisará o dever de indenizar no primeiro capítulo (artigos 927 a 943 do Código Civil) e seus pressupostos, para então passarmos a analisar o segundo capítulo (artigo 944 a 954 do Código Civil), onde está de forma específica a indenização que deverá ocorrer.

1.2 DO DEVER DE INDENIZAR

Para se analisar a responsabilidade civil extracontratual passamos inegavelmente pela leitura dos artigos 927 do Código Civil de 2002, combinado com os artigos 186 e 187 do mesmo diploma, que o complementam:

Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

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

Logo, o dever de indenizar advém da responsabilidade civil, que, segundo Maria Helena Diniz,⁶ é a “aplicação de medidas que obriguem uma

⁶ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro. Volume 7: Responsabilidade Civil.** São Paulo: Saraiva, 2011, p. 50

pessoa a reparar dano moral ou patrimonial causado a terceiros, em razão de ato por ela mesma praticado, por pessoa por quem ela responde, por alguma coisa a ela pertencente ou de simples imposição legal.”

Para Rui Stoco⁷, responsabilidade é o dever do ser humano que “em suas interações na sociedade, ao alcançar direito de terceiro, ou ferir valores básicos da coletividade, o agente deve arcar com as consequências, sem o que impossível seria a própria vida em sociedade”.

Conforme assente na doutrina majoritária, os pressupostos ao dever de indenizar são ação ou omissão; culpa ou dolo do agente (com algumas exceções, tal qual a hipótese do paragrafo único do artigo 927 do CC/2002 supra citado); relação de causalidade; dano experimentado pela vítima.⁸

Assim, a par dos diversos modos de se classificar e dividir a responsabilidade do empregador pela reparação de danos causados ao empregado seguiremos as mais tradicionais, em que as teorias são divididas em responsabilidade subjetiva do empregador; responsabilidade subjetiva com culpa presumida do empregador; responsabilidade objetiva do empregador; teoria que prevê a responsabilidade contratual do empregador, que alguns autores defendem.

1.2.1 TEORIA DA RESPONSABILIDADE SUBJETIVA DO EMPREGADOR

Segundo a maioria daqueles que defendem essa teoria, o artigo 7º, XXVII, da CF/88, já citado, é claro a determinar a necessidade de dolo ou culpa do empregador para que haja o dever de indenizar e, no mesmo sentido, o artigo 927, *caput*, do CC/2002.

⁷ STOCO, Rui. **Responsabilidade Civil e sua interpretação jurisprudencial**. 4ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999. P. 63

⁸ SCHIAVI, Mauro. **ASPECTOS POLÊMICOS DO ACIDENTE DE TRABALHO: Responsabilidade Objetiva do Empregador pela reparação dos danos causados ao empregado. Prescrição.** Disponível em <http://www.lacier.com.br/artigos/periodicos/aspectos_polemicos.pdf>. Acessado em 04/02/2014.

Assim, para parte dessa doutrina, em razão da dicção do citado artigo da Constituição, não poderá a legislação infraconstitucional, ordinária, determinar regra diversa, instituindo a responsabilidade objetiva, ainda que se trate de atividade de risco, conforme previsto no artigo 927, parágrafo único, do CC/2002.⁹

O Tribunal Superior do Trabalho durante anos adotou a teoria subjetiva, de forma irrestrita, ao que se verifica dos arestos abaixo, não obstante atualmente já esteja aplicando a teoria da responsabilidade objetiva e cada vez mais alargando as hipóteses de aplicabilidade¹⁰:

INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL – ACIDENTE DE TRABALHO – DOENÇAS OSTEOMOLECULARES RELACIONADAS COM O TRABALHO – NÃO-DEMONSTRAÇÃO DE CULPA DA RECLAMADA. 1. O Regional concluiu que era devida a indenização por danos morais pleiteada na inicial, porquanto a responsabilidade da Reclamada era objetiva, presumindo-se sua culpa, de vez que não provada. 2. Responsabilidade é o instituto que liga alguém às consequências do ato que pratica, ou seja, é a obrigação de responder pelas consequências jurídicas decorrentes do ato praticado, cujos pressupostos são o dano experimentado pelo ofendido, a ação ou a omissão do causador, o nexo de causalidade e a culpa ou o dolo. 3. No caso dos autos, verifica-se que foi demonstrado apenas o dano sofrido pela Obreira e o nexo de causalidade entre a doença manifestada e o exercício das atividades funcionais da Obreira, restando expressamente consignada no acórdão vergastado a presunção da culpa, corolário da adoção da teoria do risco objetivo, contrariando a jurisprudência desta Corte, a qual tem adotado o entendimento de que a responsabilidade, nessas hipóteses, é subjetiva, restando inafastável a necessidade de submissão do caso concreto à verificação da existência da culpa ou do dolo na conduta patronal a título de reparação do dano, na esteira do art. 7º, XXVII, da CF. Recurso de revista conhecido e provido. (TST, 7ª T., RR-1.612/2005.731.04.00.6, MIN. REL. IVES GANDRA DA SILVA MARTINS, DJ 14.12.2007)

RECURSO DE REVISTA - COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO - DANO MORAL ACIDENTE DE TRABALHO. O poder constituinte, atento à dupla possibilidade de reparação dos danos causados pelo infortúnio laboral, estabeleceu competências jurisdicionais específicas. Assim, compete à Justiça Comum processar e julgar as pretensões dirigidas contra o Estado,

⁹ SCHIAVI, Mauro. **ASPECTOS POLÊMICOS DO ACIDENTE DE TRABALHO: Responsabilidade Objetiva do Empregador pela reparação dos danos causados ao empregado.** Prescrição. Disponível em <http://www.lacier.com.br/artigos/periodicos/aspectos_polemicos.pdf>. Acessado em 04/02/2014.

¹⁰ Sobre esse tema, ver item 1.2.2. Teoria da Responsabilidade Objetiva do Empregador.

relativas ao seguro específico para o infortúnio laboral, decorrente da teoria do risco social (responsabilidade objetiva), e estende-se à Justiça do Trabalho a competência para apreciar a pretensão de indenização reparatória dos danos materiais e morais dirigida contra o empregador à luz da sua responsabilidade subjetiva, insculpida no artigo 159 do Código Civil de 1916, ante a natureza eminentemente trabalhista do conflito. Recurso de revista conhecido e provido" (TST, 2ª T, RR-564/2003-019-12-00.2, REL. MIN. RENATO PAIVA, DJ 23/11/07).

"DOENÇA PROFISSIONAL. LER OU DORT. DANO MORAL. CONFIGURAÇÃO. RESPONSABILIDADE. I É sabido que o dano moral prescinde de prova da sua ocorrência, em virtude de ele consistir em ofensa a valores humanos, bastando a demonstração do ato em função do qual a parte diz tê-lo sofrido. II - Por isso mesmo é que em se tratando de infortúnio do trabalho há de se provar que ele, o infortúnio, tenha ocorrido por dolo ou culpa do empregador, cabendo ao Judiciário se posicionar se o dano dele decorrente se enquadra ou não no conceito de dano moral. III - É certo, de outro lado, que o inciso X do artigo 5º da Constituição elege como bens invioláveis, sujeitos à indenização reparatória, a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas. Encontra-se aí subentendida no entanto a preservação da dignidade da pessoa humana, em razão de ela ter sido erigida em um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, a teor do artigo 1º, inciso III da Constituição. IV - Significa dizer que a norma do inciso X do artigo 5º da Carta Magna deve merecer interpretação mais elástica a fim de se incluir entre os bens ali protegidos não só a honra e a imagem no seu sentido mais estrito, mas também seqüelas psicológicas oriundas de ato ilícito, em razão de elas, ao fim e ao cabo, terem repercussões negativas no ambiente social e profissional. V - Constatado ter a recorrente adquirido LER em consequência das condições adversas de trabalho executado, capazes de causar o afastamento da reclamante do trabalho pelo INSS, em função da qual se extrai notório abalo psicológico e acabrunhamento emocional, tanto quanto irrefutável depressão por conta do confinamento das possibilidades de inserção no mercado de trabalho, impõe-se a conclusão de achar-se constitucionalmente caracterizado o dano moral. Conclusão que não se altera pelo fato de tais condições terem sido minimizadas, bem como de ter sido indicada a reabilitação profissional pelo INSS" (TST, 4ª T, RR-703/2003-441-02-00.6, MIN. REL. BARROS LEVANHAGEN, DJ 11/10/07).

1.2.2 TEORIA DA RESPONSABILIDADE SUBJETIVA DO EMPREGADOR COM CULPA PRESUMIDA

Em que pese tratem alguns doutrinadores de teorias diversas, a Teoria da reponsabilidade do empregador com culpa presumida pode ser considerada uma vertente da teoria da responsabilidade subjetiva, já que aferi os

mesmos requisitos, mas apenas inverte o ônus da prova, através da presunção *iuris tantum*.

Tal inversão do ônus da prova decorre principalmente de quando tratamos de doenças profissionais ou de acidente do trabalho, em que a empresa deverá comprovar que cumpria todas as exigências legais, especialmente provar que tomou todas as medidas necessárias para evitar os acidentes de trabalho e lesões ao trabalhador, e ainda manter um meio ambiente salubre de trabalho (artigos 164 e seguintes da CLT, artigos 7º, 170, VI, XXII, 200, VIII, 225, p. 3º, ambos da CF/88 e artigo 4º, parágrafo 1º da Convenção 155, da OIT e também as previstas nas Normas Regulamentadoras e Instrumentos Normativos (Convenções e Acordos Coletivos), por derrogação legislativa expressa.¹¹

Assim, a Constituição Federal estabelece o meio ambiente ecologicamente equilibrado como direito de todos, reputando um bem de uso comum do povo, cabendo ao poder público e à coletividade a sua defesa (art. 225).

O meio ambiente do trabalho deve ser inserido no meio ambiente artificial, inclusive indicando que é digno de um tratamento especial na Carta Política de 1988.

O art. 200, VIII, estabelece, ao tratar das competências do sistema único de saúde, o dever de “colaborar na proteção do meio ambiente, nele compreendido o do trabalho”.

O art. 7º da Carta Política estabelece quais são os direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social.

Os direitos sociais envolvem as questões relativas à educação, à saúde, ao trabalho, ao lazer, à segurança, à previdência social, à proteção à maternidade e à infância e à assistência aos desamparados (art. 6º, CF).

¹¹ SCHIAVI, Mauro. **ASPECTOS POLÊMICOS DO ACIDENTE DE TRABALHO: Responsabilidade Objetiva do Empregador pela reparação dos danos causados ao empregado.** Prescrição. Disponível em <http://www.lacier.com.br/artigos/periodicos/aspectos_polemicos.pdf>. Acessado em 04/02/2014.

Ainda, prevê a Constituição Federal o dever de “redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança” (art. 7º, XXII).

Decorrem do direito à vida a saúde e a incolumidade física do trabalhador, sendo que a vida humana possui um valor inestimável e deve ser protegida através de todos os meios.

O art. 7º, inciso XXVIII, da CF/88 é claro a ser devido “seguro contra acidentes de trabalho, a cargo do empregador, sem excluir a indenização a que este está obrigado, quando incorrer em dolo ou culpa”.

Nessa esteira, parece-nos razoável a interpretação de ser ônus da empresa provar que cumpria a legislação, especialmente para afastar a sua culpa, já que é seu o dever de cumprir essa legislação supra citada.

Fazendo um paralelo, é dever da empresa comprovar que pagou o salário, já que é esse o seu dever contratual, enquanto ao trabalhador é dever provar que laborou, já que esse é o seu dever contratual, independentemente de ser o trabalhador quem alega o não pagamento desse salário.

Sobre o tema, Cesar Pereira da Silva Machado Junior defende a distribuição dos ônus da prova em acordo com os princípios de direito do trabalho, de tal sorte que “quem alega algum fato presumido por algum princípio de direito de trabalho tem em seu favor presunção de veracidade do mesmo, o que significa dizer que, nesta hipótese, a prova dele incumbe à parte contrária.”¹²

Ainda, mais à frente complementa o autor que “a parte que alegar (art. 818 da CLT) fato contrário ao decorrente dos princípios do trabalho,¹³assumirá o encargo da prova respectiva.”¹⁴

Ademais, segundo o princípio da aptidão da prova, é plenamente possível que o juiz inverta os ônus da prova em sendo a hipótese do artigo 6º,

¹² SILVA MACHADO JR., Cesar Pereira da. **O ônus da prova no processo do trabalho. 3ª Ed.** São Paulo: LTr, 2001. p. 137

¹³ Aqui podemos incluir os direitos à vida, a um ambiente ecologicamente equilibrado, ao trabalho digno.

¹⁴ SILVA MACHADO JR., Cesar Pereira da. **O ônus da prova no processo do trabalho. 3ª Ed.** São Paulo: LTr, 2001. p. 138

VIII, do Código de Defesa do Consumidor¹⁵, “em razão da omissão da CLT e compatibilidade com os princípios que regem o Processo do Trabalho (artigo 769, da CLT), máxime o princípio do acesso à justiça do trabalhador”¹⁶

Nesse sentido, a empresa possui a obrigatoriedade de elaboração dos laudos PCMSO (Programa de Controle Médico de Saúde Ocupacional) e PPRA (Programa de Prevenção de Riscos Ambientais) de forma detalhada e efetiva, de modo a prevenir acidentes e doenças, sendo assim a parte apta a produzir provas de que efetivamente cumpriu a sua obrigação, enquanto o trabalhador não possuiria as mesmas condições de produzir provas a seu favor.

1.2.3 TEORIAS DA RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO EMPREGADOR

Segundo os Autores que defendem essas teorias¹⁷, a responsabilidade do empregador independe de culpa, nela incluídas negligência, imprudência e imperícia, ou dolo, mas derivam tão somente da existência de uma atividade de risco do empregador.

Assim, segundo essa teoria, o empregador que é o responsável pela atividade, que gera a situação de risco e é quem busca o lucro, deverá ser responsabilizado em caso de haver qualquer infortúnio decorrente dessa atividade, especialmente com base nos artigos 927 do CC/2002 e artigo 2º da CLT.

Referida teoria apenas excluiria o direito à indenização nas “hipóteses de caso fortuito ou força maior, ou ainda em casos de culpa exclusiva da vítima”.¹⁸

¹⁵ Art. 6º São direitos básicos do consumidor: VIII - a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências;

¹⁶ SCHIAVI, Mauro. **Manual de Direito Processual do Trabalho. 2ª Ed.** São Paulo: LTr, 2009. p. 524

¹⁷ Conforme explica Dallegrave Neto, in Responsabilidade Civil no Direito do Trabalho, estão as teorias que defendem a responsabilidade objetiva divididas em teoria do risco integral, risco proveito, risco criado, risco profissional e risco da atividade econômica.

¹⁸ SCHIAVI, Mauro. **ASPECTOS POLÊMICOS DO ACIDENTE DE TRABALHO: Responsabilidade Objetiva do Empregador pela reparação dos danos causados ao**

Segundo Jorge Luiz Souto Maior, “a obrigação de indenizar por ocorrência de acidente de trabalho não depende de prova da culpa. A responsabilidade é objetiva, conforme prevê o artigo 927 do Código Civil. A previsão constitucional, por óbvio, não limita este direito do acidentado, na medida em que a norma constitucional é de caráter mínimo, podendo, portanto, ser ampliada pela lei infraconstitucional, como se dá na presente situação”¹⁹

Com razão o referido autor, valendo frisar o nem sempre observado caput do artigo 7º da CF/88, segundo o qual “são direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria da sua condição social”, de tal sorte que todos os incisos que se seguem no referido artigo são direitos dos trabalhadores e não direitos dos empregadores, não podendo assim em hipótese alguma ser considerado qualquer inciso do artigo 7º da CF/88 como limitador de direitos obreiros quando em comparação com as demais legislações.

Nesse sentido, mais recentemente e cada vez com mais intensidade têm decidido os tribunais, especialmente o Tribunal Superior do Trabalho:

RECURSO DE REVISTA - DANOS MORAIS – RESPONSABILIDADE OBJETIVA – ATIVIDADE DE RISCO
Aplica-se a responsabilidade civil objetiva quando a atividade do trabalhador é de risco, como no caso dos autos, em que o Autor era vigilante de carro-forte e foi alvejado durante tentativa de assalto. Precedentes da SBDI-I. Recurso de Revista não conhecido. (TST, 8ª T, RR-400.16.2008.5.03.0134, REL. MIN. MARIA CRISTINA IRIGOYEN PEDUZZI, DJ 11/02/2011)

AGRAVO DE INSTRUMENTO ACIDENTE DE TRABALHO. DANOS MORAL E ESTÉTICO. TRABALHO EM REDE ELÉTRICA. ATIVIDADE DE RISCO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. NÃO PROVIMENTO. 1. A responsabilidade civil por danos causados por quem desempenha atividade empresarial de risco tem caráter objetivo, a teor do artigo 927, parágrafo único, do Código Civil. Impõe-se a aplicação da responsabilidade objetiva, calcada única e exclusivamente nos elementos dano e nexo causal, em casos de indenização por danos morais e estéticos decorrentes de acidente de trabalho, quando ocorridos no desempenho de atividade empresarial de risco, o que se verificou

empregado. Prescrição. Disponível em
<http://www.lacier.com.br/artigos/periodicos/aspectos_polemicos.pdf>. Acessado em 04/02/2014.

¹⁹ SCHIAVI, Mauro. **ASPECTOS POLÊMICOS DO ACIDENTE DE TRABALHO: Responsabilidade Objetiva do Empregador pela reparação dos danos causados ao empregado. Prescrição. Disponível em**
<http://www.lacier.com.br/artigos/periodicos/aspectos_polemicos.pdf>. Acessado em 04/02/2014.

na hipótese dos autos. Precedentes. Incidência da Súmula nº 333. (TST, 2ª T, AIRR-14540.29.2008.5.22.0101, REL. MIN. CAPUTO BASTOS, DJ 22/10/2010)

RECURSO DE REVISTA. ACIDENTE DO TRABALHO. "MOTOBOY". DANO MORAL E ESTÉTICO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. TEORIA DO RISCO DA ATIVIDADE. 1. Tese regional, fulcrada na exegese dos artigos 2º da CLT e 927, parágrafo único, do Código Civil, a afirmar a responsabilidade objetiva, nas atividades em que um dos contratantes exponha o outro a risco, bem como a assunção, pelo empregador, dos riscos da atividade econômica. 2. Prevalecendo nesta Corte compreensão mais ampla acerca da exegese da norma contida no *caput* do art. 7.º da Constituição da República, revela-se plenamente admissível a aplicação da responsabilidade objetiva à espécie, visto que o acidente automobilístico de que foi vítima o trabalhador - que laborava na função de "motoboy" -, ocorreu no exercício e em decorrência da atividade desempenhada para a reclamada, notadamente considerada de risco. Precedentes. 3. Inviolados os arts. 7º, XXVIII, da Constituição da República e 186 e 927 do Código Civil. Inespecífico o aresto paradigma coligido. Aplicação das Súmulas 23 e 296 do TST. (TST, 3ª T. RR-59300.11.2005.5.15.0086, REL. MIN. ROSA MARIA WEBER, DJ 12.08.2011)

Atualmente, a responsabilidade civil objetiva está prevista nos casos de Acidentes de trabalho (artigos 7º, XXVIII, da CF/88 e Lei 8.213/91); Acidentes de Transporte em estradas de ferro, aéreos, por água e por veículos automotores (Decreto Legislativo 2.681/12, Lei 7.565/86, Decreto-Lei 116/67 e Lei 8.4410/92); Minas (Decreto-Lei 227/67 e Decreto-Lei 318/67); Acidentes Nucleares (Lei 6.453/77); Relações de Consumo (Lei 8.078/90); Atividade de Risco Normalmente desenvolvida (Artigo 927, paragrafo único, do CC/2002); Poluição Ambiental (Artigo 225, § 3º, da CF/88); Responsabilidade por ato de terceiro (Artigo 1.521 do CC/16 e 933 do CC/2002); Contrato de Trabalho (Artigo 2º, *caput*, da CLT).²⁰

Impinge destacar as diferenças dentre as diversas vertentes na doutrina que defendem a teoria objetiva da responsabilidade civil, sendo as teorias do risco integral, do risco proveito, do risco criado, do risco profissional e do risco da atividade econômica.²¹

²⁰ DALLEGRAVE NETO, Jose Afonso. **Responsabilidade Civil no Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2010, 4ª ed., p. 116

²¹ DALLEGRAVE NETO, Jose Afonso. **Responsabilidade Civil no Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2010, 4ª ed., p. 117

A **Teoria do risco integral** parte do pressuposto que o risco deve ser assumido de forma integral por aquele que exerce a atividade, não excluindo a responsabilidade os casos de caso fortuito, força maior ou até culpa exclusiva da vítima.

Já para a **Teoria do risco proveito** apenas é cabível a indenização em gerando a atividade de risco algum benefício ao empregador, sendo referida teoria de difícil aplicabilidade pragmática, já que fica ao cargo subjetivo do julgador se haveria ou não proveito, bem como o que seria proveito, ou seja, se apenas seria considerado o proveito econômico, ou poderiam ser levados em consideração outros proveitos, como uma “eventualidade de ganho”²²

A **Teoria do Risco criado**, diversamente do risco proveito, retirou o caráter subjetivo para o dever de indenizar, além de ter alargado as hipóteses de indenização, já que assim também passíveis em situações em que não há proveito, como lazer e recreação, e objetivou que risco criado é aquele que deriva de toda e qualquer atividade que expuser outrem a perigo, excetuados os casos de força maior, caso fortuito e culpa exclusiva da vítima (inclusive porque nessas excludentes não há ato volitivo, mas sim manifestações alheias à vontade do empregador).²³

Sobre referida teoria, importante destacar o verbete 38 da Jornada I do STJ, a saber:

“A responsabilidade fundada no risco da atividade, como prevista na segunda parte do CC 927 par. ún., configura-se quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano causar a pessoa determinada um ônus maior do que aos demais membros da coletividade”.

²² DALLEGRAVE NETO, Jose Afonso. **Responsabilidade Civil no Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2010, 4ª ed., p. 118

²³ SOUZA, Wendell Lopes Barbosa de. **A responsabilidade civil objetiva fundada na atividade de risco**. São Paulo: Atlas, 2010, p. 91

A **Teoria do Risco Profissional** é “teoria mais ampla que a do risco criado, pois enquanto esta se limita às atividades empresariais perigosas, a do risco profissional se estende a todo empregador.”²⁴

É expoente da referida teoria o embasamento para a cobrança do SAT (Seguro de Acidente do Trabalho), pelo qual os empregadores serão responsáveis, e únicos responsáveis, pelo pagamento das contribuições referentes a acidentes do trabalho, mediante o recolhimento das contribuições devidas ao SAT, sem a participação dos empregados ou da sociedade.

Por fim, a mais atual das teorias, é a **Teoria do Risco da Atividade econômica**, segundo a qual o empregador é o responsável com base no artigo 2º da CLT, o qual “Considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviços.”

Assim, segundo os que defendem essa teoria, o artigo 2º da CLT é o fundamento legal explícito do legislador para responsabilizar a empresa de forma objetiva.

Para os que defendem essa teoria, o empregador é quem atua no campo da incerteza, ou seja, é quem, contratualmente e por intermédio da formalização do vínculo de emprego, se compromete a assumir os riscos da atividade, de forma irrestrita, quando se tratar de risco ordinário, excetuado o risco extraordinário, que é tratado de maneira diversa na CLT.

A respeito da distinção entre risco extraordinário e ordinário, importantes as lições de Dallegrave Neto:

“Importante consignar que todo contrato tem, dentro de si, certa carga de incerteza denominada *álea* ou risco natural que deve ser suportado pelo contratante prejudicado. As *áleas* contratuais são do tipo ordinárias ou extraordinárias, estas, por sua vez, subdividem-se em econômicas ou administrativas. A *álea* extraordinária econômica tem sua manifestação na teoria da *imprevisão*, enquanto a *álea* extraordinária administrativa tem o

²⁴ DALLEGRAVE NETO, Jose Afonso. **Responsabilidade Civil no Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2010, 4ª ed. P. 118

factum principis sua expressão. Tais hipóteses estão previstas na CLT, respectivamente nos artigos 503 e 486, eximindo parcialmente a indenização daí decorrente.”²⁵

1.2.4 TEORIA DA RESPONSABILIDADE OBRIGACIONAL DO EMPREGADOR

Sustentam com propriedade alguns autores que o dever de zelar pela saúde do trabalhador é um dever acessório ao contrato de trabalho e, portanto, não se perquire quanto à culpa, mas apenas se houve uma infração contratual, um ato ilícito contratual ou não.

No caso das doenças profissionais e acidentes do trabalho, o dever de zelar pela incolumidade do trabalhador restou violado, uma vez que houve o dano, havendo assim inadimplemento da obrigação acessória.

Nessa esteira, são os ensinamentos de José Luiz Dias Campos e Adelina Bitelli Dias Campos:

“Sustentamos, sem margem de erro, que o contrato de trabalho contém, implicitamente, cláusula assecuratória das condições de segurança e saúde do trabalhador de modo que, a sua inexistência caracteriza inadimplemento de obrigação contratual ensejadora de reparação penal e civil, havendo acidente do trabalho dela decorrente. Nestas circunstâncias o infortúnio laboral ocorreu não pelo risco da atividade laborativa para a qual foi contratado o laborista, mas por inexecução de uma obrigação que compete ao empregador. Acidente de trabalho decorrente de não cumprimento de normas de segurança e de saúde do trabalhador não é singelo acidente do trabalho, como pode parecer para alguns, mas também um ato ilícito, de natureza contratual, com todas as consequências previstas no Código Civil Brasileiro, notadamente, a reparação do dano além da tipificação penal.”²⁶

1.3 PRESSUPOSTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Conforme ensina Maria Helena Diniz,²⁷ é questão tormentosa no direito a definição dos pressupostos da responsabilidade civil, mas podemos

²⁵ DALLEGRAVE NETO, Jose Afonso. **Responsabilidade Civil no Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2010, 4ª ed. p. 120

²⁶ CAMPOS, José Luiz Dias e DIAS, Adelina Bitelli. *Acidentes do Trabalho. Prevenção e Reparação*, 3ª ed. São Paulo: LTr, 2009, p. 42.

²⁷ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro. Volume 7: Responsabilidade Civil**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 52

destacar que a maioria da doutrina é assente quanto serem pressupostos a existência de uma ação, dano moral ou patrimonial e nexo de causalidade.

1.3.1 AÇÃO

A ação deve ser

“comissiva ou omissiva, qualificada juridicamente, isto é, que se apresenta como um ato ilícito ou lícito, pois ao lado da culpa, como fundamento da responsabilidade temos o risco. A regra básica é que a obrigação de indenizar, pela prática de atos ilícitos, advem da culpa. Ter-se-á o ilícito se a ação contrariar dever geral previsto no ordenamento jurídico, integrando-se na seara da responsabilidade extracontratual (CC, arts. 186 e 927), e se ela não cumprir obrigação assumida, caso em que se configura a responsabilidade contratual (CC, art. 389). Mas o dever de reparar pode deslocar-se para aquele que procede de acordo com a lei, hipótese em que se desvincula o ressarcimento do dano da ideia de culpa, deslocando a responsabilidade nela fundada para o risco (...) Há atos que embora não violem a norma jurídica, atingem o fim social a que ela se dirige, caso em que se tem os atos praticados com abuso de direito, e, se tais atos prejudicarem alguém, ter-se-á o dever ressarcitório. Deveras, a obrigação de indenizar dano causado a outrem pode advir de determinação legal, sem que a pessoa obrigada a repará-lo tenha cometido qualquer ato lícito., A ação consubstancia-se num ato humano do próprio imputado ou de terceiro, ou num fato de animal ou coisa inanimada.”²⁸

A ideia de ato ilícito encerra-se na definição de culpa, enquanto a ideia de ato lícito indenizável está relacionada a uma questão de política legislativa relacionada à ideia de risco, ou seja, está vinculada ao fato do legislador imputar responsabilidade a certas pessoas em decorrência de questões fáticas peculiares, tal qual a responsabilidade do pai pelos atos dos filhos e do dono do animal.

Assim, a regra geral de responsabilidade está relacionada à responsabilidade aquiliana, ou decorrente de culpa, enquanto a responsabilidade objetiva deverá estar explicitada em algum diploma legal²⁹, ao teor do artigo 927, parágrafo único, do CC/2002, além da previsão que já está contida na parte final

²⁸ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro. Volume 7: Responsabilidade Civil**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 52

²⁹ Sobre as hipóteses de responsabilidade objetiva, ver o item 1.2.2.

do referido artigo, “quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem”.

A culpa, em sentido amplo, se caracteriza pela reprovação do direito a certas ações e se divide em dolo e culpa em sentido estrito, se dividindo ainda essa em imprudência, negligência e imperícia.

Dolo é toda “vontade consciente de violar o direito, dirigida à consecução do fim ilícito.”³⁰ É a “violação deliberada, consciente, intencional, do dever jurídico”³¹

A culpa estrito senso se caracteriza pela ausência de dever de cuidado, uma vez que, em que pese não haja ilicitude quanto à conduta, existe ilicitude quanto ao resultado, ou seja, em razão do desvio accidental de conduta há um resultado reprovável, ante a falta de cuidados exigidos.

Os cuidados exigidos por lei deverão ser aqueles exigidos para o homem médio, ao que se classifica a culpa *in abstracto*, quando se analisa a culpa do agente em comparação a um homem médio, salientando que tem-se por homem médio que se exija do agente apenas um dever de cuidado a que ordinariamente se deveria ter e não aquele que não seria usualmente adotado pela maioria dos homens.³²

Segundo Carlos Roberto Gonçalves pode-se afirmar que

“imprudência é conduta positiva, consistente em uma ação da qual o agente deveria abster-se, ou em uma conduta precipitada. Por exemplo, o condutor de um automóvel ingere bebidas alcoólicas antes de dirigir; um médico dá uma injeção no paciente sem verificar previamente se este é ou não alérgico ao medicamento.

A negligência consiste em uma conduta omissiva: não tomar as precauções necessárias, exigidas pela natureza da obrigação e pelas circunstâncias, ao praticar uma ação. Por exemplo, a

³⁰ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro. Volume 7: Responsabilidade Civil.** São Paulo: Saraiva, 2011, p. 58

³¹ GONCALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro. Volume IV. Responsabilidade Civil. 3ª Ed.** São Paulo: Saraiva, 2008. p. 297

³² GONCALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro. Volume IV. Responsabilidade Civil. 3ª Ed.** São Paulo: Saraiva, 2008. p. 297

pessoa que faz uma queimada e se afasta do campo sem verificar se o fogo está completamente apagado.

Por fim, a imperícia é a incapacidade técnica para o exercício da uma determinada função, profissão ou arte. Por exemplo, um médico que desconhece que determinado medicamento pode produzir reações alérgicas, não obstante a eventualidade estar cientificamente comprovada.³³

A respeito da culpa, importante destacar a necessidade de imputabilidade do agente, que se traduz na existência de consciência e vontade por parte do agente, de tal sorte que ausentes esses requisitos não se pode imputar responsabilidade.

Segundo Maria Helena Diniz, há certas circunstâncias que excluem a imputabilidade como a menoridade, demência ou estado grave, anuência da vítima, exercício normal de um direito, estado de necessidade e legítima defesa.

A menoridade exclui a responsabilidade e imputabilidade, uma vez que o menor de 18 anos, por ficção legal, não possui discernimento, o que, todavia, não exclui a responsabilidade dos pais ou tutores, conforme artigo 933, do CC/2002.

A demência ou estado grave se assemelha à menoridade quanto ao conceito de inimputabilidade, ante a impossibilidade de discernimento do agente, estando o agente incapaz de controlar suas ações.³⁴

A anuência da vítima retira a ilicitude do ato, já que autorizado o ato pela vítima, sendo imprescindível que essa vontade da vítima “seja livre, isenta de qualquer vício e que promane da vontade de pessoa capaz, com desenvolvimento mental que lhe permita compreender os riscos a que se expõe, para que exonere o lesante da sua responsabilidade.”³⁵

Exercício normal de um direito é excludente de imputabilidade pois não há ato ilícito, ao teor do artigo 188, I, do CC/2002, estando excetuada a

³³ GONCALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro. Volume IV. Responsabilidade Civil. 3ª Ed.** São Paulo: Saraiva, 2008. p. 299

³⁴ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro. Volume 7: Responsabilidade Civil.** São Paulo: Saraiva, 2011, p. 64

³⁵ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro. Volume 7: Responsabilidade Civil.** São Paulo: Saraiva, 2011, p. 64

situação em que o exercício regular de um direito é utilizado de forma abusiva, conforme previsto no artigo 187 do mesmo diploma legal.

Estado de necessidade é a ofensa a direito alheio para remover perigo iminente e atual, quando não ultrapassados os limites do indispensável para a remoção do perigo e legítima defesa é o ato praticado visando repelir injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem.

1.3.2 DANO MORAL OU MATERIAL

Dano, “enquanto o conceito clássico de dano é o de que constitui ela uma “diminuição de patrimônio”, alguns autores o definem como a diminuição ou subtração de um “bem jurídico”, para abranger não só o patrimônio, mas a honra, a saúde, a vida, suscetíveis de proteção.”³⁶

Não há dano sem perda de um bem jurídico, posto que o dever de indenizar, ou seja, de tornar indene, sem dano, pressupõe a obrigação de ressarcir, com a ideia de perda, não sendo passíveis de indenização os atos, ainda que praticados por dolo (que contem a ideia de alta reprovabilidade), que não resultem em dano, em que nada há a reparar.

Assim, dirigir perigosamente pode levar várias vidas a risco, mas em não havendo um acidente não pode um transeunte pedir uma indenização por danos quando não há qualquer lesão a direito seu.

Maria Helena Diniz³⁷ conceitua como requisitos do dano a diminuição ou destruição de um bem jurídico pertencente a uma pessoa, efetividade ou certeza do dano, causalidade, subsistência do dano no momento da reclamação do lesado, legitimidade e ausência de causas excludentes.

A diminuição ou destruição de um bem jurídico pertencente a uma pessoa significa que o direito lesado deve possuir um titular.

³⁶ GONCALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro. Volume IV. Responsabilidade Civil. 3ª Ed.** São Paulo: Saraiva, 2008. p. 337

³⁷ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro. Volume 7: Responsabilidade Civil.** São Paulo: Saraiva, 2011, p. 80

A efetividade ou certeza do dano diz respeito ao fato do dano não poder ser conjectural ou hipotético, mas há de ser concreto, ainda que possa ser presumido, o que contém noção diferente, já que na presunção se tem a certeza do dano, mas apenas não o afere no caso concreto já que é verificável pela própria lesão, ou seja, *in ré ipsa*.

Ainda, a efetividade do dano não exclui os danos futuros, já que, ainda que não ocorram no presente, os danos são previsíveis, como na perda da capacidade laborativa decorrente da perda de um braço, onde fatalmente haverá uma perda futura e irreversível.

A causalidade se faz necessária, já que “deverá haver uma relação entre a falta e o prejuízo causado, ou seja, o dano deverá estar encadeado com a causa produzida pelo lesante”³⁸, podendo ser direto ou indireto (ou por ricochete), sendo aquele quando decorrer imediatamente da ação e esse quando decorrer indiretamente da ação, como no caso do vendedor de gado que entrega animais doentes, que contagiam outros pertencentes ao comprador, sendo o dano direto o prejuízo pelo gado comprado e o indireto o dano no gado já existente no pasto.³⁹

A subsistência do dano no momento da reclamação do lesado é a necessidade do dano não ter sido reparado pelo lesante ou por terceiro, caso esse em que o terceiro se sub-rogará nos direitos do lesado.

A legitimidade é a necessidade da vítima que tutela o direito ser a mesma que sofreu o dano.

A ausência de causas excludentes “porque podem ocorrer danos (...) que não resultem dever ressarcitório, como os causados por caso fortuito, força maior, ou culpa exclusiva da vítima.”⁴⁰

1.3.3 NEXO DE CAUSALIDADE

³⁸ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro. Volume 7: Responsabilidade Civil.** São Paulo: Saraiva, 2011, p. 83

³⁹ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro. Volume 7: Responsabilidade Civil.** São Paulo: Saraiva, 2011, p. 83

⁴⁰ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro. Volume 7: Responsabilidade Civil.** São Paulo: Saraiva, 2011, p. 83

Pede-se vênia par transcrever a definição da nexo de causalidade tal qual propõe Maria Helena Diniz⁴¹, ante a sua exatidão:

“O vínculo entre o prejuízo e ação designa-se “nexo causal”, de modo que o fato lesivo deverá ser oriundo da ação, diretamente ou como sua consequência previsível. Tal nexo representa, portanto, uma relação necessária entre o evento danoso e a ação que o produziu, de tal sorte que esta é considerada como sua causa. Todavia, não será necessário que o dano resulte apenas imediatamente do fato que o produziu. Bastará que se verifique que o dano não ocorreria se o fato não tivesse acontecido. Este poderá não ser a causa imediata, mas, se for condição para a produção do dano, o agente responderá pela consequência.”

O nexo de causalidade pode ser exclusivo, ou por concausa, quando há mais de uma causa que desencadeia a doença ou acidente, sendo uma delas decorrente do trabalho e outra extralaboral.

As excludentes do nexo de causalidade são culpa exclusiva da vítima, culpa de terceiro e força maior ou caso fortuito e as atenuantes são culpa concorrente e culpa comum.

A culpa exclusiva da vítima, culpa exclusiva de terceiro e a força maior ou caso fortuito são excludentes de nexo causal por lógica, já que na culpa exclusiva da vítima ou de terceiro é a sua ação, ou de terceiro, que gera o dano e assim sendo não há sequer ação do cogitado agente ofensor e no caso fortuito e força maior, igualmente, onde se tem a ação da natureza e de causas desconhecidas, as quais não se pode evitar.

O legislador, de forma sábia, quis apenas explicitar o que já decorre logicamente do próprio conceito de nexo causal, para que não haja discussões indevidas sobre o assunto, encerrando a matéria.

Todavia, cumpre relevar que no caso fortuito e força maior deve ficar robustamente clara a inevitabilidade dos atos, não podendo, v.g., o Estado se eximir de responder pelas perdas e danos de um cidadão atingido por uma enchente quando não há chuvas anormais.

⁴¹ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro. Volume 7: Responsabilidade Civil.** São Paulo: Saraiva, 2011, p. 127

Ou seja, em que pese a enchente seja um evento da natureza, é um evento previsível e evitável através de políticas públicas, apenas podendo ser excluído o nexo quando uma chuva torrencial, anormal, causar a enchente.

A culpa concorrente é atenuante da responsabilidade, eis que dois atos concorreram juntamente para o evento danoso, sendo um deles do ofensor e outro da própria vítima, devendo ser a responsabilidade distribuída equitativamente entre eles.

Já a culpa comum, via de regra será atenuante, em que pese possa se tornar excludente da responsabilidade, já que os prejuízos da vítima e do ofensor devem ser compensados, e, em se tratando de prejuízos iguais, a indenização será indevida.

1.4 DA INDENIZAÇÃO PREVISTA NO ARTIGO 950 DO CC/2002

Feito o estudo sobre o dever de indenizar, passamos a estudar a indenização em espécie do tema, que é a pensão mensal vitalícia prevista no artigo 950, parte final, do Código Civil de 2002, a saber:

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. (Grifo nosso).**

Parágrafo único. O prejudicado, se preferir, poderá exigir que a indenização seja arbitrada e paga de uma só vez.

Conforme está explicitado no artigo referido, o ofendido faz jus aos lucros cessantes (que equivalem à integralidade dos seus vencimentos) durante o período em que estiver doente, até o fim da convalescença e, então, a partir daí fará jus à pensão mensal.

Ou seja, o termo inicial da pensão mensal vitalícia será o dia imediatamente posterior ao da convalescença. Nesse sentido:

“Responsabilidade Civil – Desabamento de prédio acarretando danos pessoais. A lesão corporal sofrida pela

autora acarretou-lhe uma redução parcial na sua capacidade de trabalho, em caráter permanente, avaliada em 50%.

Portanto, a partir do acidente, as rés devem indenização correspondente não somente aos danos emergentes, bem como calculados e arbitrados em sentença, como também aos lucros cessantes, correspondentes ao período em que deixou de trabalhar, quer por estar hospitalizada, quer por estar impossibilitada em razão de aguardar o aparelho ortopédico e de com ele se acostumar; durante esse período, a indenização correspondente aos salários integrais que deveria perceber, sem qualquer redução; a partir daí, a indenização corresponderá a 50% do salário que deveria perceber normalmente, observada a proporção estabelecida pela sentença, isto é, entre o que a autora percebia por ocasião do acidente e o que deveria perceber em face da alteração do salário mínimo” (STF, RTJ 57:788)⁴²

Todavia, a jurisprudência trabalhista têm entendido que esse termo inicial se dá com o evento danoso e não da data da sua convalescença, ao que se verifica do aresto transcrito abaixo:

“(...)2. ACIDENTE DE TRABALHO. DANO MATERIAL. PENSÃO. TERMO INICIAL. É descabida a compensação da pensão devida ao trabalhador que teve sua capacidade laboral reduzida em decorrência de acidente com os benefícios pagos pela Previdência Social, títulos diversos que são. Assim, não há que se cogitar da alta médica previdenciária como termo inicial da obrigação. **A pensão é devida desde o evento danoso, quando cessa o trabalho.** Recurso de revista não conhecido.” (TST, 3ª T, RR-109400-61.2006.5.15.0012, REL. MIN. ALBERTO LUIZ BRESCIANI DE FONTAN PEREIRA, DJ 11/06/2010)(Grifo nosso)

Quanto ao termo final, é assente na jurisprudência, e também por grande parte da doutrina, que a pensão mensal prevista no artigo 950 do Código Civil de 2002 é vitalícia e não pode ser limitada, ante os princípios que norteiam o dever de indenização integral. Nesse sentido:

(...)TERMO FINAL DA PENSÃO MENSAL. 1. O termo final do pagamento da pensão a que alude o artigo 950 do Código Civil de 2002 deve ser fixado caso a caso, em razão da ausência de limites traçados no ordenamento jurídico. 2. Na hipótese dos autos, considerando o dano permanente, não há falar em definição de termo final para o pagamento da pensão mensal. 3. Não assiste razão, assim, utilizar-se como termo final do pagamento da pensão a data em que o lesionado poderia requerer sua aposentadoria por idade, em virtude de, mesmo depois de aposentado, o segurado poder

⁴² GONCALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro. Volume IV. Responsabilidade Civil.** 3ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 771

trabalhar regularmente. 4. Agravo de instrumento a que se nega provimento.(TST, 1ª T, AIRR-14051-34.2010.5.04.0000, REL. MIN. LELIO BENTES CORREA, DJ 26/11/2010)

No que tange ao valor da pensão, esse deverá tomar por conta a “importância do trabalho para que se inabilitou, ou da depreciação que ele sofreu”, ao que Carlos Roberto Gonçalves considera a perda da capacidade laborativa para o desempenho do trabalho que o lesado já desempenhava, da sua profissão, e não para qualquer trabalho.⁴³

Os critérios para aferir essa perda da capacidade laborativa não são tarifados em nosso ordenamento jurídico, como o são nos seguros, com o uso da Tabela SUSEP, mas devem ser objeto de análise atenta pelo juiz, que deverá “visualizar o acidentado, agora portador de deficiência irreversível, na busca de emprego ou de atividade rentável na sua área de atuação profissional, em um mercado de trabalho cada vez mais competitivo, onde até os ditos normais estão enfrentando dificuldades para obter uma colocação.”⁴⁴

⁴³ GONCALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro. Volume IV. Responsabilidade Civil. 3ª** Ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 770

⁴⁴ OLIVEIRA, Sebastião Geraldo. **Indenizações por acidente do trabalho ou doença ocupacional. 5ª Ed.** São Paulo: LTr, 2009. p. 311

CAPÍTULO II – QUESTÕES PREVIDENCIÁRIAS PERTINENTES AO TEMA

Para o estudo da possibilidade de cumulação, ou retenção, dos valores devidos ao empregado ante a responsabilidade civil do empregador com os valores pagos pela Previdência Social, se faz necessário o estudo de algumas questões previdenciárias, como a definição de Previdência Social, a sua natureza jurídica, bem como a natureza jurídica das contribuições previdenciárias, e os estudos da contribuição do SAT e FAT e da sua destinação, além dos benefícios em espécie auxílio doença, auxílio acidente, aposentadoria por invalidez e grande invalidez.

2.1 PREVIDÊNCIA SOCIAL

Previdência Social é uma das vertentes da Seguridade Social, ao lado de Assistência Social e Direito à Saúde.

Seguridade Social “compreende um conjunto de ações destinado a assegurar direitos relacionados à saúde, à previdência e à assistência social. Trata-se, portanto, de uma proteção social constituída de princípios e ações voltadas ao indivíduo, garantindo-lhe meios de subsistência, assistência e saúde, de responsabilidade dos Poderes Públicos e da sociedade.”⁴⁵

Assistência Social e Direito à Saúde são as vertentes da Seguridade Social que não são contributivas, uma vez que independem de qualquer contribuição direta para que se usufrua.

Assim, qualquer ser humano, inclusive estrangeiro, poderá se dirigir a um posto de saúde e será atendido pelo SUS – Sistema Único de Saúde, independentemente de ter vertido qualquer contribuição para aquele serviço, bem como qualquer brasileiro (alguns defendem o direito ao benefício inclusive para estrangeiros) que esteja dentre os requisitos para perceber o benefício BPC-LOAS – Benefício de Prestação Continuada da Lei Orgânica de Assistência Social

⁴⁵ VIANNA, Claudia Salles Vilela. **Previdência Social: custeios e benefícios**. São Paulo: LTr, 2005. p. 66

o receberá, independentemente de qualquer contribuição. Regem-se, assim, esses benefícios pela universalidade.

Já a Previdência Social é um regime geral, que se impõe a todos aqueles que estejam submetidos a certa condição, como ser empregado ou empregador, de caráter obrigatório, eis que decorre de lei a necessidade de filiação, não possuindo assim caráter contratual e opcional, bem como eminentemente contributivo, o que o distingue da assistência social ou saúde, já que na Previdência Social apenas farão jus ao benefício aqueles que contribuírem para o sistema.

Quanto à sua natureza jurídica, a Previdência Privada é “tradicionalmente definida como seguro *sui generis*, pois é de filiação compulsória para os regimes básicos (RGPS e RPPS), além de coletivo, contributivo e de organização estatal, amparando seus beneficiários contra os chamados riscos sociais” ⁴⁶

É de caráter *sui generis* porque não possui natureza jurídica atrelada a nenhum instituto com exatidão, mas possui correlação com diversos institutos, especialmente com o instituto do seguro.

Não pode, entretanto, ser considerado um seguro já que a natureza do regime da previdência social é estatutária ou institucional, ou seja, deriva de lei, que impõe o dever aos cidadãos e não os delega o direito de escolha, como é feito em relação ao Direito Privado, sendo assim ramo do Direito Público.

Todavia, como já mencionado, guarda bastante relação com o instituto do seguro, como se deduz do artigo 201 da Constituição Federal que prescreve ser a previdência social organizada sob a forma de filiação obrigatória, observados os critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial.

No mesmo sentido, o artigo 202 da CF/88 determina que a todo benefício deva haver uma correspondente fonte de custeio, dispondo que deve haver “fonte de reservas que garantem o benefício contratado”.

⁴⁶ IBRAHIM, Fábio Zambeti. **Curso de Direito Previdenciário. 17ª Ed.** Rio de Janeiro: impetrus, 2012. p. 28

A ciência atuarial e financeira é própria dos seguros e envolve, no plano financeiro, a necessidade das contribuições vertidas serem suficientes para os pagamentos dos benefícios.

Já no plano atuarial, está relacionada a diversas variáveis e estudos que visam que as contribuições do grupo segurado não se traduzam em *superávit* ou *déficit*, já que as duas situações determinam desequilíbrio entre o que está sendo cobrado e o que realmente se necessita para a manutenção do grupo segurado.

A ciência atuarial tem caráter multidisciplinar, envolvendo conceitos de administração, economia, contabilidade, matemática, finanças e estatística, sendo a ciência que analisa os riscos e expectativas financeiros e econômicos, bastante utilizados na área dos seguros e pensões.

Assim, o equilíbrio atuarial estuda dados como “taxa de contribuição, experiência de risco, expectativa média de vida, tábuas biométricas, margem de erro, variações, e da massa” ⁴⁷, além de outros como reserva técnica, e se utiliza desses dados para traçar uma estratégia de arrecadação dos prêmios suficiente para o pagamento das contingências.

O objetivo da Previdência Social é amparar os beneficiários, tanto segurados quanto dependentes “quando estes se deparam com eventos previamente selecionados que os coloquem numa situação de necessidade social em virtude da impossibilidade de obtenção de sua própria subsistência ou do aumento das despesas.” ⁴⁸

2.2 NATUREZA JURÍDICA DAS CONTRIBUIÇÕES DEVIDAS À PREVIDÊNCIA SOCIAL

Com propriedade, classifica Sergio Pinto Martins no estudo da natureza jurídica das contribuições, as teorias em teoria do prêmio de seguro;

⁴⁷ MARTINEZ, Wladimir Novaes. **Curso de Direito Previdenciário. 3ª Ed.** São Paulo: LTr, 2010. p. 746

⁴⁸ HORVATH JUNIOR, Miguel. **Direito Previdenciário. 9ª Ed.** São Paulo: Quartier Latin, 2012. p.

teoria do salário diferido; teoria do salário social; teoria do salário atual; teoria fiscal; teoria parafiscal; teoria de exação *sui generis*.

Segundo a **teoria do prêmio de seguro**, o valor pago para o custeio da Previdência Social se assemelha do prêmio que é pago nos seguros e visa justamente angariar fundos para o pagamento dos sinistros, dos benefícios dispostos em lei.

Para Sergio Pinto Martins, essa ideia não pode ser atrelada à contribuição social, uma vez que “esta tem por objetivo amparar as pessoas que estejam em situação de necessidade, que não se verifica no seguro se não houver pagamento das prestações. A seguridade social tem também por objetivo distribuir renda, o que não se observa nas empresas de seguro, que inclusive são privadas.” ⁴⁹

Já a **teoria do salário diferido** afirma que as contribuições são parte do salário que não é pago diretamente ao empregado, mas vertidas à Previdência Social, cujo objetivo é a “formação de um fundo de recursos que futuramente irá prover a subsistência do operário, quando, pela ocorrência de um risco social (aposentadoria, morte, invalidez, etc.) não tiver condições de obter meios próprios para sua subsistência.” ⁵⁰

Diversamente, para a **teoria do salário social**, as contribuições possuem característica própria, “por ser coletivo em sua origem, já que não é a contrapartida de uma produtividade individual servida pelo empregador – mas suscetível de individualizar-se em benefícios concretos para cada trabalhador” ⁵¹

Para os defensores da **teoria do salário atual** a natureza jurídica das contribuições é de salário, mas que não é pago imediatamente ao empregado, mas vertido para a Previdência Social e ali retido até que se implementem certas condições para o seu pagamento especificadas em lei.

⁴⁹ MARTINS. Sergio Pinto. **Direito de Seguridade Social. 30ª Ed.** São Paulo: Atlas, 2010. p. 68

⁵⁰ MARTINS. Sergio Pinto. **Direito de Seguridade Social. 30ª Ed.** São Paulo: Atlas, 2010. p. 69

⁵¹ RODRIGUES, Americo Plá *apud* MARTINS. Sergio Pinto. **Direito de Seguridade Social. 30ª Ed.** São Paulo: Atlas, 2010. p. 70

Segundo a **teoria fiscal**, a contribuição é uma obrigação tributária, compulsória e paga à Previdência Social, com a finalidade de se constituir um fundo para o custeio de serviço público, com natureza jurídica de imposto para o empregador (já que não possui destinação vinculada), mas de taxa ao empregado (já que se vincula a um benefício posterior).⁵²

Critica-se tal teoria, uma vez que, em se tratando de estudo da natureza jurídica, não é aconselhável que a natureza jurídica seja cindida como no caso, em que é dividida em taxa e imposto.

Assim, aqueles que defendem a **teoria parafiscal** entendem que as contribuições são tributos parafiscais, ou seja, em que pese ter natureza de tributo, não tem destinação própria das atividades do Estado, mas o valor é destinado a outros fins e é controlado pela atividade estatal.

Por fim, para a **teoria da exação *sui generis***, as contribuições são “uma imposição legal atípica, uma determinação legal, cogente, prevista na Constituição e na legislação ordinária. Não sendo tributo, seria uma exação *sui generis*, isto é, uma exigência compulsória, com previsão legal.”⁵³

2.3 SAT / FAT

O SAT (Seguro contra Acidentes de Trabalho), que desde 08/05/2003 conta com um fator de redução ou majoração, que é denominado FAT (Fator Acidentário de Prevenção), é o seguro contra acidentes de trabalho, conforme previsto no artigo 7º, XXVIII, da CF/88.⁵⁴

Como já mencionado, o artigo 202 da CF/88 determina que a todo benefício deva haver uma correspondente fonte de custeio, de tal sorte que por ocasião da criação dos benefícios acidentários foi igualmente criada pelo

⁵² MARTINS. Sergio Pinto. **Direito de Seguridade Social. 30ª Ed.** São Paulo: Atlas, 2010. p. 71

⁵³ MARTINS. Sergio Pinto. **Direito de Seguridade Social. 30ª Ed.** São Paulo: Atlas, 2010. p. 73

⁵⁴ Artigo 7º, XXVIII, da CF/88 - São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: - seguro contra acidentes de trabalho, a cargo do empregador, sem excluir a indenização a que este está obrigado, quando incorrer em dolo ou culpa;

legislador a sua respectiva fonte, sendo justamente as contribuições devidas ao SAT.

Referida fonte de custeio é única e exclusivamente paga pelos empregadores, sem qualquer participação de qualquer outra pessoa, nem dos empregados, nem do Estado ou da sociedade, tal qual já constava da previsão normativa do artigo 7º, XXVIII, da CF/88.

Acidente do trabalho é aquele definido pelo artigo 19 da Lei 8.213/91, segundo a qual ocorre pelo exercício do trabalho, equiparando-se o acidente de trajeto, bem como a doença profissional, provocando lesão corporal ou perturbação funcional que cause a morte ou a perda ou redução, permanente ou temporária, da capacidade para o trabalho.

Estão abrangidos pelo Seguro contra acidentes do trabalho o trabalhador empregado, exceto o doméstico, o trabalhador temporário, o avulso, os empregados de empresas de economia mista e empresas públicas, além dos segurados especiais.⁵⁵

Conforme estatuído pelo artigo 22, II, da Lei 8.212/91, as alíquotas do SAT são de 1%, 2% ou 3%. A Lei 10.666/03 previu pela primeira vez a possibilidade de redução ou majoração da alíquota do SAT, instituindo o que se denomina FAT:

Art. 10. A alíquota de contribuição de um, dois ou três por cento, destinada ao financiamento do benefício de aposentadoria especial ou daqueles concedidos em razão do grau de incidência de incapacidade laborativa decorrente dos riscos ambientais do trabalho, poderá ser reduzida, em até cinquenta por cento, ou aumentada, em até cem por cento, conforme dispuser o regulamento, em razão do desempenho da empresa em relação à respectiva atividade econômica, apurado em conformidade com os resultados obtidos a partir dos índices de frequência, gravidade e custo, calculados segundo metodologia aprovada pelo Conselho Nacional de Previdência Social.

O Regulamento de que trata a lei só foi editado quatro anos depois, através do Decreto 6.042/07, que alterou o Regulamento da Previdência Social (Decreto 3.048/99):

⁵⁵ HORVATH JUNIOR, Miguel. **Direito Previdenciário**. 9ª Ed. São Paulo: Quartier Latin, 2012. p. 421.

“Art. 202-A. As alíquotas constantes nos incisos I a III do art. 202 serão reduzidas em até cinquenta por cento ou aumentadas em até cem por cento, em razão do desempenho da empresa em relação à sua respectiva atividade, aferido pelo Fator Acidentário de Prevenção - FAP.

§ 1º O FAP consiste num multiplicador variável num intervalo contínuo de cinquenta centésimos (0,50) a dois inteiros (2,00), desprezando-se as demais casas decimais, a ser aplicado à respectiva alíquota.

§ 2º Para fins da redução ou majoração a que se refere o § 1º, proceder-se-á à discriminação do desempenho da empresa, dentro da respectiva atividade, por distanciamento de coordenadas tridimensionais padronizadas (índices de frequência, gravidade e custo), atribuindo-se o fator máximo dois inteiros (2,00) àquelas empresas cuja soma das coordenadas for igual ou superior a seis inteiros positivos (+6) e o fator mínimo cinquenta centésimos (0,50) àquelas cuja soma resultar inferior ou igual a seis inteiros negativos (-6).

§ 3º O FAP variará em escala contínua por intermédio de procedimento de interpolação linear simples e será aplicado às empresas cuja soma das coordenadas tridimensionais padronizadas esteja compreendida no intervalo disposto no § 2º, considerando-se como referência o ponto de coordenadas nulas (0; 0; 0), que corresponde ao FAP igual a um inteiro (1,00).

Dado regulamento passou a prever que as alíquotas do SAT, que são hoje de 1%, 2% e 3%, serão diminuídas até a metade ou majoradas até o dobro, conforme cada caso.

Basicamente, os critérios utilizados para essa redução ou majoração são a frequência dos acidentes, sua gravidade e o custo dos acidentes por cada estabelecimento empresarial.

Muitas são as críticas a esse instituto, especialmente porque tem como método de cálculo do FAT estatísticas que se baseiam em infortúnios, ou seja, eventos indesejáveis ocorridos, por vezes, independentemente da culpa da empresa, ocorrendo assim uma punição em razão de fatores externos.

Juridicamente essa também é a crítica ao instituto, já que o SAT tem natureza jurídica de tributo, não podendo, portanto, ter essa natureza jurídica punitiva, que é próprio das multas.

Ademais, os tributos devem prever a alíquota, mas também a base de cálculo, não podendo ficar a cargo da delegação por qualquer Órgão, a seu interesse “legislar”, por delegação, sobre qual o valor devido.

2.4 APOSENTADORIA POR INVALIDEZ

A aposentadoria por invalidez é a prestação previdenciária, na modalidade benefício de trato continuado, equivalente a 100% do salário de benefício,⁵⁶ que tem como risco protegido a incapacidade laboral.

Trata-se de contraprestação pecuniária para aqueles segurados que estejam sem possibilidade, em razão da incapacidade laborativa, de receber salário com o próprio trabalho.

Incapacidade, segundo a OMS – Organização Mundial da Saúde é “qualquer redução ou falta (resultante de uma deficiência ou disfunção) da capacidade para realizar uma atividade de uma maneira considerada normal para o ser humano, ou que esteja dentro do espectro considerado normal”.

No Brasil, ao menos para efeitos previdenciários, incapacidade laboral é a incapacidade para todo e qualquer trabalho, não devendo ser levada a efeito a atividade anteriormente desenvolvida, mas a capacidade do segurado de realizar outra atividade que lhe garanta a subsistência.

É o que prevê o artigo 42 da LBPS, que conceitua aposentadoria por invalidez:

Art. 42. A aposentadoria por invalidez, uma vez cumprida, quando for o caso, a carência exigida, será devida ao segurado que, estando ou não em gozo de auxílio-doença, for considerado incapaz e insusceptível de reabilitação para o exercício de atividade que lhe garanta a subsistência, e ser-lhe-á paga enquanto permanecer nesta condição.

Considera-se, outrossim, inválido o segurado que não tenha condições de atingir rendimento equivalente a 60% do valor que recebia antes do infortúnio que lhe reduziu a capacidade, segundo ficou estipulado no I

⁵⁶ Para os inscritos a partir de 29 de novembro de 1999, o salário de benefício será a média dos 80% maiores salários de contribuição de todo o período contributivo, que serão devidamente corrigidos e formarão assim o salário do benefício.

Congresso Interamericano de Previdência Social, de tal forma que o sistema não exige perda da capacidade laborativa de 100%.

Conforme explica Miguel Horvath Junior, o médico do Órgão Previdenciário deverá, para prestar na perícia as seguintes informações:

- Diagnostico da doença
- Natureza e grau da deficiência ou disfunção produzida pela doença;
- Tipo de atividade ou profissão e suas exigências;
- Indicação da necessidade de “proteção” do segurado doente, por exemplo, contra re-exposições ocupacionais a agentes patogênicos, sensibilizantes ou de efeito cumulativo;
- Eventual existência de hipersuscetibilidade do segurado ao agente patogênico relacionado com a etiologia da doença.
- Dispositivos legais pertinentes
- Idade e escolaridade do segurado
- Suscetibilidade ou potencial do segurado a readaptação profissional
- Mercado de trabalho e outros fatores exógenos.

Tal avaliação, portanto, não é de caráter estritamente médico, mas deve atentar para questões de ordem social, moral, dentre outras, inclusive porque essa é a dicção do artigo 42 da LBPS supramencionado, ou seja, o benefício deverá perdurar enquanto o beneficiário “for considerado incapaz e insusceptível de reabilitação para o exercício de atividade que lhe garanta a subsistência, e ser-lhe-á paga enquanto permanecer nesta condição”.

Via de regra, o segurado não pode retornar ao trabalho, podendo, entretanto, se utilizar de pequenos serviços para complementar sua renda, a exemplo dos engraxates, não significando estar apto para o trabalho, uma vez que apenas será considerado apto ao trabalho aquele que readquirir a capacidade de se sustentar. Nesse sentido AP. Civ. 398.684-0/0.10, do extinto 2º TAC/SP.

Todavia, o artigo 46 da LBPS não é claro nesse sentido, prevendo de forma literal apenas “o aposentado por invalidez que retornar voluntariamente à atividade terá sua aposentadoria automaticamente cancelada, a partir da data do retorno.”

O período de carência será em regra de doze meses, com exceção de Acidente de qualquer natureza ou causa; Doença profissional ou do trabalho;

Nos casos de segurado que, após filiar-se ao Regime Geral de Previdência Social, for acometido de alguma das doenças e afecções especificadas em lista elaborada pelos Ministérios da Saúde e do Trabalho e da Previdência Social a cada três anos, de acordo com os critérios de estigma, deformação, mutilação, deficiência, ou outro fator que lhe confira especificidade e gravidade que mereçam tratamento particularizado, ocasiões em que não se exige qualquer carência.

Assim, em verdade, apenas haverá carência caso o benefício tenha por origem uma doença, desde que essa não seja profissional ou não esteja no rol do Ministério da Saúde e do Trabalho e da Previdência Social.

2.4.1 DOENÇA PREEXISTENTE

Doença preexistente é a doença que antes da data de vinculação ao sistema previdenciário já estava instalada no segurado, ficando vedada pela Previdência Social a concessão de qualquer benefício em havendo tal condição.

Trata-se de regra eminentemente securitária, onde há exclusão de riscos preexistentes, sob pena de quebra do equilíbrio atuarial, sendo muito difícil ou quase impossível se mensurar as cifras que envolveriam se realizar seguros que cobrissem situações/doenças pretéritas.

Exceção à regra é a cobertura do risco existente em caso de agravamento ou progressão da doença, no qual há o direito ao benefício previdenciário.

2.4.2 MENSALIDADE DE RECUPERAÇÃO

A mensalidade de recuperação é a prestação devida ao segurado no período posterior à recuperação da capacidade laborativa, possuindo regras próprias na lei com tempos diversos:

Art. 47. Verificada a recuperação da capacidade de trabalho do aposentado por invalidez, será observado o seguinte procedimento:

I - quando a recuperação ocorrer dentro de 5 (cinco) anos, contados da data do início da aposentadoria por invalidez ou do auxílio-doença que a antecedeu sem interrupção, o benefício cessará:

a) de imediato, para o segurado empregado que tiver direito a retornar à função que desempenhava na empresa

quando se aposentou, na forma da legislação trabalhista, valendo como documento, para tal fim, o certificado de capacidade fornecido pela Previdência Social; ou

b) após tantos meses quantos forem os anos de duração do auxílio-doença ou da aposentadoria por invalidez, para os demais segurados;

II - quando a recuperação for parcial, ou ocorrer após o período do inciso I, ou ainda quando o segurado for declarado apto para o exercício de trabalho diverso do qual habitualmente exercia, a aposentadoria será mantida, sem prejuízo da volta à atividade:

a) no seu valor integral, durante 6 (seis) meses contados da data em que for verificada a recuperação da capacidade;

b) com redução de 50% (cinquenta por cento), no período seguinte de 6 (seis) meses;

c) com redução de 75% (setenta e cinco por cento), também por igual período de 6 (seis) meses, ao término do qual cessará definitivamente.

2.5 GRANDE INVALIDEZ OU INVALIDEZ MAIOR

Trata-se de benefício pago em 25% do valor do salário de benefício⁵⁷, para o segurado beneficiário da aposentadoria por invalidez que necessite da ajuda de terceira pessoa para sua sobrevivência, para a realização de suas atividades diárias, previsto no artigo 45 da LBPS:

Art. 45. O valor da aposentadoria por invalidez do segurado que necessitar da assistência permanente de outra pessoa será acrescido de 25% (vinte e cinco por cento).

Parágrafo único. O acréscimo de que trata este artigo:

a) será devido ainda que o valor da aposentadoria atinja o limite máximo legal;

b) será recalculado quando o benefício que lhe deu origem for reajustado;

c) cessará com a morte do aposentado, não sendo incorporável ao valor da pensão.

O Decreto 3.048/99, em seu anexo I, elenca as situações em que são consideradas causas da majoração da aposentadoria, pela grande invalidez:

1 - Cegueira total.

2 - Perda de nove dedos das mãos ou superior a esta.

3 - Paralisia dos dois membros superiores ou inferiores.

4 - Perda dos membros inferiores, acima dos pés, quando a

⁵⁷ Para os inscritos a partir de 29 de novembro de 1999, o salário de benefício será a média dos 80% maiores salários de contribuição de todo o período contributivo, que serão devidamente corrigidos e formarão assim o salário do benefício.

prótese for impossível.

5 - Perda de uma das mãos e de dois pés, ainda que a prótese seja possível.

6 - Perda de um membro superior e outro inferior, quando a prótese for impossível.

7 - Alteração das faculdades mentais com grave perturbação da vida orgânica e social.

8 - Doença que exija permanência contínua no leito.

9 - Incapacidade permanente para as atividades da vida diária.

2.6 AUXÍLIO DOENÇA

O auxílio doença possui de diferença da aposentadoria por invalidez se tratar de benefício devido quando o segurado este estiver impossibilitado ao trabalho de forma total e provisória, enquanto na aposentadoria por invalidez a impossibilidade é total, mas permanente.

A o contrário da aposentadoria por invalidez, é pago no valor equivalente a 91% do salário de benefício⁵⁸, enquanto na aposentadoria por invalidez esse valor é de 100% do salário de benefício.

No que tange à carência, qualidade de segurado e procedimento para a concessão, as regras são as mesmas da aposentadoria por invalidez.

Interessante questão reside no fato que o auxílio doença concedido não poderá ser cassado em que o Autor passe por perícia médica final, em decorrência da decisão proferida na Ação Civil Pública 2005.33.00.020219-8, que tramita na Bahia.

2.6.1 NEXO ETIOLÓGICO

Constante do Anexo II do Decreto 3.048/99, os agentes etiológicos são os fatores que causam ou tendem a causar determinadas doenças.

Assim, para determinadas doenças, observará o perito do INSS a tabela constante do Anexo II do Decreto 3.048/99, onde constam as etiologias das

⁵⁸ Para os inscritos a partir de 29 de novembro de 1999, o salário de benefício será a média dos 80% maiores salários de contribuição de todo o período contributivo, que serão devidamente corrigidos e formarão assim o salário do benefício.

doenças e enquadrará ou excluirá a doença do beneficiário da classificação de doença do trabalho.

A exemplo, temos como nexos etiológicos da doença bursite de ombro as posições forçadas, ritmo de trabalho penoso e vibrações localizadas.

Além do extenso rol de doenças e suas etiologias, a Previdência Social aceita, de forma excepcional, que sejam consideradas outras causas para a doença profissional:

Art. 347. Consideram-se acidente do trabalho:

I - doença profissional, assim entendida a produzida ou desencadeada pelo exercício do trabalho peculiar a determinada atividade, conforme relação constante no Anexo II do RPS; e

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 que trata o Anexo II do RPS.

§ 1º Não são consideradas como doença do trabalho:

I - a doença degenerativa;

II - a inerente a grupo etário;

III - a que não produza incapacidade laborativa; e

IV - a doença endêmica adquirida por segurado habitante de região em que ela se desenvolva, salvo comprovação de que é resultante de exposição ou contato direto determinado pela natureza do trabalho.

§ 2º Em caso excepcional, constatando-se que a doença não incluída na relação prevista no Anexo II do RPS, resultou das condições especiais em que o trabalho é executado e com ele se relaciona diretamente, a Previdência Social deverá considerá-la acidente do trabalho.

2.6.2 NEXO TÉCNICO EPIDEMIOLÓGICO

Visando diminuir a negativa de benefícios acidentários pela utilização da ausência de nexos etiológicos entre a doença e o trabalho, foi editada a Lei 11.430/2006, da onde se conclui a natureza acidentária da doença não pelas causas da doença, mas com base na atividade preponderante da empresa.

Assim, para se constatar se a doença é do trabalho, segundo o Anexo II do Decreto 3.048/99, pelo nexo técnico epidemiológico é feita a análise

do CNAE (Código Nacional de Atividades Empresariais) e cotejado com a doença (CID) e, havendo normatização nesse sentido, é enquadrada a doença como o sendo profissional.

A esse respeito foi incluído o artigo 21-a da lei 8.213/91:

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)

§ 1º. A perícia médica do INSS deixará de aplicar o disposto neste artigo quando demonstrada a inexistência do Anexo de que trata o caput deste artigo. (Incluído pela Lei nº 11.430, de 2006)

§ 2º A empresa poderá requerer a não aplicação do nexo técnico epidemiológico, de cuja decisão caberá recurso com efeito suspensivo, da empresa ou do segurado, ao Conselho de Recursos da Previdência Social. (Incluído pela Lei nº 11.430, de 2006).

Por exemplo, temos intervalo de CID L60-L75, que são doenças como doenças nas unhas, ou perda de cabelos, e estão relacionadas ao CNAE 8610, que é atividade de atendimento hospitalar.

2.7 AUXÍLIO ACIDENTE

O auxílio acidente é o benefício de caráter continuado ao segurado que, após a consolidação das lesões que tenham ocasionado a perda da capacidade laborativa, permaneça com redução da capacidade de forma parcial e permanente.

Atualmente é concedido no percentual de 50% e possui caráter indenizatório e por isso não está limitado ao salário mínimo nacional, podendo ser concedido em valor inferior a esse.

Sua concessão depende do preenchimento de alguns requisitos: a existência de lesão ou doença consolidada; da lesão ou da doença consolidada advieram sequelas; a redução da capacidade para o trabalho que habitualmente

exercia; o nexo etiológico entre a lesão ou moléstia incapacitante com o labor exercido.

Apenas a partir de 31/12/2008, por força do Decreto 6.722/2008, o auxílio acidente passou a ser concedido para acidentes de qualquer natureza, sendo que anteriormente o era apenas para acidentes do trabalho ou doença profissional.

Capítulo III – DIREITO DE REGRESSO DO INSS EM FACE DO EMPREGADOR

Cada vez com mais intensidade, tem a Advocacia Geral da União ingressado com ações regressivas em face dos culpados por danos que deram ensejo ao pagamento de benefícios previdenciários, tornando o tema cada vez mais em voga.

Referidos benefícios são pagos por dever legal, já que estipulados em lei, figurando o Órgão Previdenciário como uma espécie de seguradora, evitando assim o antigo risco a que os trabalhadores estavam submetidos de não serem indenizados no caso de empresas insolventes, como ocorria na vigência do Decreto Legislativo 3.724 de 15.01.1919 e do Decreto Legislativo 24.637, de 10.09.1934, já estudados.

Uma vez pagando o benefício, o INSS faz jus a ser indenizado do pagamento efetuado sempre que o causador do dano não seja o próprio segurado.

O reconhecimento do direito de regresso é pedido judicialmente por intermédio da Procuradoria Geral Federal, que é representada judicialmente pela Advocacia-Geral da União.

Em 2009, a Advocacia Geral da União comemorou o ingresso da milésima ação regressiva acidentária em face das empresas, onde é cobrado o valor total de R\$ 80 milhões.⁵⁹

Conforme referida notícia, as áreas que apresentam maior índice de acidentes de trabalho são: 38% construção civil; 22% agroindústria; 8% energia elétrica; 7% metalurgia; 5% indústria calçadista; 5% mineração; 4% indústria moveleira; e 11% outros.

⁵⁹ AGU chega à milésima ação regressiva acidentária e cobra R\$ 80 milhões de empresas. Disponível em <http://www.agu.gov.br/sistemas/site/TemplateImagemTexto.aspx?idConteudo=100456&id_site=3>. Acessado em 18/02/2014.

O Tribunal Superior do Trabalho (TST) em conjunto com o Conselho Superior da Justiça do Trabalho (CSJT) instituíram o Programa Nacional da Prevenção de Acidentes do Trabalho, onde, em conjunto com outras entidades, buscam ações nacionais voltadas à redução dos acidentes e doenças do trabalho e profissionais.

As estatísticas são estarrecedoras, uma vez que não obstante a ampla evolução tecnológica nos mais diversos ramos, como também o é no ramo da segurança e medicina do trabalho, as estatísticas de infortúnios laborais mudam com muito vagar ao passar dos anos.

Em 2007, de um universo de 37.607.430 trabalhadores formais, os acidentes e doenças somaram 659.523, ou seja, 1,7% dos trabalhadores sofreram acidentes e somaram 2.845 mortes, ou seja, 7,56 mortes por cada 100.000 trabalhadores.

Em 2011, de um universo de 46.310.631 trabalhadores formais, os acidentes e doenças somaram 711.164, ou seja, 1,53% dos trabalhadores sofreram acidentes e somaram 2.884 mortes, ou seja, 6,22 mortes por cada 100.000 trabalhadores.

Em suma, as diferenças das estatísticas são insignificantes, ante a disponibilidade de novas tecnologias, fato que têm provocado atenção da sociedade e reclamado providências.

Nessa esteira, é que a ação regressiva acidentária tem sido cada vez mais utilizada com um caráter pedagógico, desestimulante pelo INSS.⁶⁰

3.1 FUNDAMENTOS DA AÇÃO DE REGRESSO

A ação de regresso acidentária tem diversos fundamentos, sendo constitucionais, de princípios, na legislação específica e legislação aplicada por analogia, bem como nas Convenções da OIT.

⁶⁰ PULLINO, Daniel. **Ação Regressiva Contra as Empresas Negligentes Quanto à Segurança e à Higiene do Trabalho.** Disponível em <http://www.pgt.mpt.gov.br/publicacoes/seguranca/acidentedanielpulino.pdf>. Acessado em 18/02/2014.

A Constituição Federal tem em seus primeiros artigos “os valores sociais do trabalho” e a “dignidade da pessoa humana” como fundamentos da República Federativa do Brasil (Artigo 1º, II e IV, da CF/88) e constitui objetivo fundamental da República “garantir o desenvolvimento nacional” (Artigo 3º, II, da CF/88).

Tem a ação regressiva acidentária função tríplice, ou seja, visa prevenir acidentes, observando a dignidade da pessoa humana, visa aplicar uma sanção ao ofensor das normas de medicina, higiene e segurança do trabalho e função-incentivo-pedagógico, uma vez que incentivam as empresas a cumprir as normas pelo exemplo das demais empresas que sofreram as ações regressivas. Ainda tem uma quarta função que é a de recompor o patrimônio do fundo social.⁶¹

Mais especificamente é a norma de regência do direito de regresso acidentária o previsto nos artigos 120 e 121 da Lei 8.213/91:

Art. 120. Nos casos de negligência quanto às normas padrão de segurança e higiene do trabalho indicados para a proteção individual e coletiva, a Previdência Social proporá ação regressiva contra os responsáveis.

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

Não se pode negar o direito de regresso acidentário, pois em assim se procedendo estaria o órgão judicante cancelando os atos ilícitos praticados pelo empregador que descumpre as normas de segurança, medicina e higiene do trabalho em face da coletividade, que é a provedora do fundo social.⁶²

Igualmente não pode ser admitido o argumento de que o SAT (Seguro contra acidentes do trabalho) já é pago pelos empregadores e em assim sendo o empregador estaria pagando duas vezes pelo mesmo fato gerador.

⁶¹ BRAMANTE, Ivani Contini. **Fundamentos da Ação Regressiva Acidentária**. Revista Síntese Trabalhista e Previdenciária. V. 23. N. 275. Maio de 2012. p. 19.

⁶² PULLINO, Daniel. **Ação Regressiva Contra as Empresas Negligentes Quanto à Segurança e à Higiene do Trabalho**. Disponível em <http://www.pgt.mpt.gov.br/publicacoes/seguranca/acidentedanielpulino.pdf>. Acessado em 18/02/2014.

Nesse sentido, inicialmente não existe seguro contra atos dolosos praticados pelo empregador:

Art. 762, do CC/2002. Nulo será o contrato para garantia de risco proveniente de ato doloso do segurado, do beneficiário, ou de representante de um ou de outro.

No mesmo sentido, o seguro social tem como beneficiário o empregado e não o empregador, sendo que apenas quando se tratar de cobertura por atos praticados pelo beneficiário é que poderia se excluir o direito de regresso.

Com razão, não se pode sob o véu de um seguro o empregador praticar todas as atrocidades possíveis, mas ao contrário, o seguro visa justamente que sejam indenizados os empregados, sem prejuízo do direito de ação de regresso em face do empregador, pelas funções já elencadas que possui a ação regressiva acidentária.

Daniel Pulino, entende que

“(...) o seguro acidentário, público e obrigatório, não pode servir de alvará para que empresas negligentes com a saúde e a própria vida do trabalhador fiquem acobertadas de sua irresponsabilidade, sob pena de constituir-se verdadeiro e perigoso estímulo a esta prática socialmente indesejada.”⁶³

Não obstante apenas tenha vindo o direito de regresso como hoje conhecemos com a vigência da Lei 8.213/91, é defensável tal direito mesmo antes do referido diploma legal, pelo dever geral de se indenizar, tal qual previsto nos artigos 159 e 1.524 do Código Civil de 1916⁶⁴:

Art. 159. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano.

Art. 1.524. O que ressarcir o dano causado por outrem, se este não for descendente seu, pode reaver, daquele por quem pagou, o que houver pago.”

⁶³ PULLINO, Daniel *apud* HORVATH JUNIOR, Miguel. **Direito Previdenciário. 9ª Ed.** São Paulo: Quartier Latin, 2012. p. 613.

⁶⁴ PULLINO, Daniel. **Ação Regressiva Contra as Empresas Negligentes Quanto à Segurança e à Higiene do Trabalho.** Disponível em <http://www.pgt.mpt.gov.br/publicacoes/seguranca/acidentedanielpulino.pdf>. Acessado em 18/02/2014.

No mesmo sentido, são aplicáveis e corroboram o texto do artigo 120 da Lei 8.213/91 os artigos 186 e 934 do Código Civil de 2002, que guardam idêntica redação do código anterior.

Segundo Ivani Contini Bramante⁶⁵, alguns Autores, como Castro e Lazzari, defendem que a natureza jurídica da ação regressiva acidentária é indenizatória, vez que visa a restabelecer ao Órgão Previdenciário os valores gastos por culpa do causador do dano.

No mesmo sentido, Miguel Horvath Junior entende que as ações possuem natureza jurídica indenizatória, sendo assim de direito comum, visando reparar o dano pelo empregador ou por terceiro, sendo direito próprio, sem qualquer relação com o direito do trabalhador.⁶⁶

3.2 COMPETÊNCIA

A jurisdição é uma das funções do Estado, estando ao lado do Poder Legislativo e Executivo, decorrendo da soberania desse Estado, estando encarregada da solução dos conflitos.

Possui quatro princípios inerentes, sendo investidura, já que apenas quem ocupa o cargo de juiz pode judicar, aderência ao território, uma vez que apenas pode ser exercida nos limites do território nacional, indelegabilidade, tendo em vista que apenas o Judiciário é que pode exercê-la e inafastabilidade, uma vez que a lei não pode excluir da apreciação do Judiciário nenhuma lesão ou ameaça a direito (Artigo 5º, XXXV, da CF/88).⁶⁷

Em que pese a Jurisdição seja um poder uno, o seu exercício é dividido por questões de Organização Judiciária, ou seja, com o fito de operacionalizar a Justiça. A essa divisão denominamos competência.

⁶⁵ BRAMANTE, Ivani Contini. **Fundamentos da Ação Regressiva Acidentária**. Revista Sintese Trabalhista e Previdenciária. V. 23. N. 275. Maio de 2012. p. 14.

⁶⁶ HORVATH JUNIOR, Miguel. **Direito Previdenciário**. 9ª Ed. São Paulo: Quartier Latin, 2012. p. 609.

⁶⁷ GONCALVES, Marcus Vinicius Rios. **Novo Curso de Direito Processual Civil. Volume 1. Teoria Geral e Processo de Conhecimento**. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 63.

As competências estão definidas na Constituição Federal de 1988, que igualmente definiu os Órgãos da Justiça e a Organização Judiciária, dividindo as justiças em Justiça Trabalhista, Militar e Eleitoral (Especializadas) e Estadual ou Federal (comuns).

Para averiguar a competência das Justiças, se deve analisar se a questão é de competência das justiças especializadas e, apenas em não sendo, será remetida para justiça comum. Ainda, dentro da justiça comum, deverá se analisar se a competência é da Justiça Federal e apenas em assim não sendo que se deverá, de forma residual, ser a competência da Justiça Comum Estadual.⁶⁸

A competência não pode ser da Justiça Eleitoral e Militar, ante a sua clara incompetência.

Poderia se perquirir sobre a competência ser da Justiça do Trabalho, tendo em vista o quanto disposto no artigo 114, IX, da CF/88, que determina ser competência da Justiça do Trabalho processar e julgar “outras controvérsias decorrentes da relação de trabalho, na forma da lei”, todavia, conforme já consta do próprio texto, deveria haver legislação nesse sentido.⁶⁹

Para Ivani Contini Bramante⁷⁰, a competência deve ser da Justiça do Trabalho, tendo em vista a causa remota da lide ser o descumprimento de normas de saúde, segurança e medicina do trabalho. Nesse sentido, destaca a Súmula Vinculante 22 e Súmula 736 do STF:

SÚMULA 22 – A Justiça do Trabalho é competente para processar e julgar as ações de indenização por danos morais e patrimoniais decorrentes de acidente de trabalho propostas por empregado contra o empregador, inclusive aquelas que ainda não possuíam sentença de mérito em primeiro grau, quando da promulgação da Emenda Constitucional 45/2004.

⁶⁸ ALVIM, Arruda. ALVIM, Eduardo Arruda. ASSIS, Araken. **Comentários ao Código de Processo Civil. Comentários à Lei 9.613/98 com as alterações da Lei 12.683/12**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 57

⁶⁹ PULLINO, Daniel. **Ação Regressiva Contra as Empresas Negligentes Quanto à Segurança e à Higiene do Trabalho**. Disponível em <http://www.pgt.mpt.gov.br/publicacoes/seguranca/acidentedanielpulino.pdf>. Acessado em 18/02/2014.

⁷⁰ BRAMANTE, Ivani Contini. **Fundamentos da Ação Regressiva Acidentária**. Revista Síntese Trabalhista e Previdenciária. V. 23. N. 275. Maio de 2012. p. 17

SÚMULA 736 – Compete à Justiça do Trabalho julgar as ações que tenham como causa de pedir o descumprimento de normas trabalhistas relativas à segurança, higiene e saúde dos trabalhadores.

Ademais, a análise da competência deve ser feita de acordo o princípio da unicidade de convicção (Artigo 114, VI e IX, da CF/88), segundo o qual a Justiça do Trabalho já é aquela que tem contato direto com a questão de fundo, analisando as suas provas e, por isso, é a justiça que está mais apta ao julgamento da ação regressiva acidentária, inclusive como medida de economia processual, além de que a Justiça do Trabalho é competente para executar as contribuições previdenciárias, o que atrai a sua competência, na mesma linha de raciocínio.⁷¹

Todavia, não tem assim entendido a jurisprudência, em que pese a questão não tenha chegado ao Supremo Tribunal Federal, devendo-se, então, analisar se a competência é da Justiça Comum Federal ou Estadual, sob a dicção do artigo 109 da Constituição Federal de 1988:

Art. 109. Aos juízes federais compete processar e julgar:
I - as causas em que a União, entidade autárquica ou empresa pública federal forem interessadas na condição de autoras, rés, assistentes ou oponentes, **exceto as de falência, as de acidentes de trabalho** e as sujeitas à Justiça Eleitoral e à Justiça do Trabalho; Grifo nosso.

Daniel Pulino, comentando o referido artigo, esclarece que não há na legislação e nem no texto do artigo 109 da CF/88 clareza quanto à competência nesse caso:

“Em regra, já constante da lei acidentária anterior (art. 19, da Lei nº 6.367/76) está prevista, atualmente, no art. 129, II, da Lei nº 8.213/91, que prescreve:
"Art. 129. Os litígios e medidas cautelares relativos a acidente do trabalho serão apreciados:
I - (...)
II - na via judicial dos Estados e do Distrito Federal, segundo o rito sumaríssimo, inclusive durante as férias forenses, mediante petição instruída pela prova de efetiva notificação do evento à Previdência Social, através da Comunicação de Acidente do Trabalho - CAT.”

⁷¹ ⁷¹ BRAMANTE, Ivani Contini. **Fundamentos da Ação Regressiva Acidentária**. Revista Sintese Trabalhista e Previdenciária. V. 23. N. 275. Maio de 2012. p. 17

Merece, ainda, ser transcrita a Súmula nº 15 do Superior Tribunal de Justiça:

Compete à Justiça Estadual processar e julgar os litígios decorrentes de acidente do trabalho (DJ 14.11.90)

Pois bem, do que até aqui se expôs, percebe-se que tanto quanto a Constituição quanto a lei infraconstitucional não esclarecem a questão ora analisada, já que ambas as normas fazem uso de expressão bastante genérica ("causas... de acidente do trabalho" e litígios e medidas cautelares relativas a acidente do trabalho", respectivamente), deixando para o intérprete a solução do problema. ⁷².

Para Miguel Horvath Junior, que passa ao largo da discussão acerca da exceção contida no texto do artigo 119, I, da CF/88, a ação regressiva acidentária segue a regra geral do referido artigo, uma vez que o demandante é o Órgão Previdenciário, uma autarquia federal criada pela Lei 8.029/90, regulamentada pelo Decreto 99.350/90 e reestruturada pelo Decreto /MPAS 3.081/99 e, portanto, dever ser ajuizada na Justiça Comum Federal.⁷³

Daniel Pulino, diversamente, analisa a questão da exceção contida na parte final do inciso I do artigo 119 da Constituição Federal, asseverando com propriedade que

“(...) ao contrário do que possa parecer num primeiro e superficial exame, a generalidade desses textos mais afasta do que atrai a competência da Justiça comum para o julgamento das ações regressivas contra as empresas.

Isso porque, conforme já se ressaltou anteriormente, não é propriamente o acidente do trabalho que serve de base para a propositura da ação regressiva, e sim o dano causado ao órgão previdenciário especificamente pela empresa que não cumpre as normas relativas à segurança e higiene do trabalho.

Ora, se é assim, pode-se dizer que o objeto (em sentido comum, não processual) dessas ações é a responsabilidade civil da empresa que negligência essas normas trabalhistas, e não a ocorrência em si desse acidente, como se discute ordinariamente nas lides acidentárias.

São diversas, portanto, as discussões: de um lado, a simples caracterização do acidente do trabalho (= morte/incapacidade laborativa + nexo causal) sem que se cogite de qualquer culpa, e, de outro, a existência de culpa (= negligência quanto às normas

⁷² PULLINO, Daniel. **Ação Regressiva Contra as Empresas Negligentes Quanto à Segurança e à Higiene do Trabalho.** Disponível em <http://www.pgt.mpt.gov.br/publicacoes/seguranca/acidentedanielpulino.pdf>. Acessado em 18/02/2014.

⁷³ HORVATH JUNIOR, Miguel. **Direito Previdenciário. 9ª Ed.** São Paulo: Quartier Latin, 2012. p. 612

de segurança) da empresa, para que esta seja responsabilizada regressivamente.

Assim, se à Justiça Estadual cabe o julgamento dos litígios relativos a acidente do trabalho (art. 129 da Lei), e não é a mera ocorrência destes que autoriza o uso da ação regressiva (em que nem será discutido o acidente - que a essa altura já está mais do que caracterizado - e sim a negligência da empresa para que o Instituto se reembolse das despesas havidas), tem-se que esses litígios são, na verdade, relativos à responsabilidade civil, não propriamente aos acidentes do trabalho.

De um ponto de vista essencialmente processual, pode-se colocar o pensamento acima exposto no campo da diversidade de causa de pedir, que seriam, para uma, a mera existência de acidente do trabalho, e, para outra - a ação regressiva - a verificação de ter a empresa negligenciado as normas tutelares do trabalho.

Sabe-se que, de acordo com a ciência processual, as ações são identificadas por três elementos: partes, causas de pedir e pedido. Portanto, além do elemento até aqui analisado - o elemento causal - há que se verificar se a ação regressiva identifica-se, em tese, com a chamada ação acidentária, também pelo enfoque do elemento subjetivo (partes) e objetivo (pedido).

E não coincidem, igualmente, as partes - idealmente falado, é claro - dessas duas modalidades de ação, pois enquanto as lides acidentárias envolvem, no polo ativo, o segurado (ou, eventualmente, seus dependentes), e no póli passivo, o Instituto-segurador (o INSS), nas ações regressivas, ocuparão aquelas posições, respectivamente, o INSS e as empresas negligentes.

Pode-se dizer, então, que são totalmente diferentes os sujeitos dessas duas relações processuais, com o que também incore, quanto a esse aspecto, identidade de ações.

Note-se, por fim, que são diversos os pedidos numa e noutra ação, porque, na demanda acidentária, o autor pleiteia a condenação do instituto no pagamento das prestações - quer em dinheiro, quer em espécie - devidas em virtude do seguro de acidentes do trabalho, ao passo que, na ação regressiva, o INSS buscará reembolsar-se, perante as empresas negligentes, das despesas tidas com a concessão daquelas prestações acidentárias.

Como se vê, em termos processuais, inexistente identidade de ações, quando se comparam, idealmente, todos os elementos da ação regressiva e da ação acidentária típica, não havendo razão, por consequência, para a incidência da execução prevista no art. 109, I, "in fine", da constituição.

Outras consideração importa ser feita: a competência da Justiça Estadual para julgar demandas em que autarquia federal figure como parte é uma exceção, e, como tal, há que ser interpretada restritivamente.⁷⁴

⁷⁴ PULLINO, Daniel. **Ação Regressiva Contra as Empresas Negligentes Quanto à Segurança e à Higiene do Trabalho.** Disponível em <http://www.pgt.mpt.gov.br/publicacoes/seguranca/acidentedanielpulino.pdf>. Acessado em 18/02/2014.

Nesse sentido é a decisão do Superior Tribunal de Justiça, que transcrevemos:

CONFLITO DE COMPETÊNCIA. ACIDENTE DO TRABALHO. AÇÃO DE RESSARCIMENTO PROPOSTA PELO INSS CONTRA O EMPREGADOR. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. Compete à Justiça comum processar e julgar ação proposta pelo INSS objetivando o ressarcimento dos valores despendidos com o pagamento de pecúlio e pensão por morte acidentária, em razão de acidente de trabalho ocorrido nas dependências da empresa ré, por culpa desta. O litígio não tem por objeto a relação de trabalho em si, mas sim o direito regressivo da autarquia previdenciária, que é regido pela legislação civil. **Conflito conhecido para declarar competente o Tribunal Regional Federal da 4ª Região**".(CC 59970/RS, Rel. Ministro CASTRO FILHO, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 13.09.2006, DJ 19.10.2006 p. 237) Grifo nosso

3.3 PRESCRIÇÃO

A prescrição é a “extinção da pretensão correspondente a certo direito violado em decorrência do titular não a ter exercido no prazo legalmente estabelecido”.⁷⁵

Trata-se de norma de direito material que tem por função a segurança e paz públicas nas relações jurídicas, ou seja, visa evitar seja o direito oponível forçosamente por tempo indeterminado, para que as relações jurídicas possam se desenvolver sem a sensação de insegurança dos sujeitos.⁷⁶

A prescrição, no ramo do direito civil, não extingue o direito em si, mas sim a sua potestatividade, de tal sorte que incorre o Autor na perda do direito de ação, mas não na perda do direito em si, que transmuta-se em direito natural, que é existente, mas inexigível.

Quanto à prescrição do direito de regresso acidentário, Ivani Contini Bramante⁷⁷ destaca quatro correntes, aquela que entende ser imprescritível, aquela que entende o prazo prescricional em cinco anos com fulcro no Decreto

⁷⁵ SCHIAVI, Mauro. **Manual de Direito Processual do Trabalho**. 2ª Ed. São Paulo: LTr, 2009. p. 361

⁷⁶ SCHIAVI, Mauro. **Manual de Direito Processual do Trabalho**. 2ª Ed. São Paulo: LTr, 2009. p. 361

⁷⁷ BRAMANTE, Ivani Contini. **Fundamentos da Ação Regressiva Acidentária**. Revista Síntese Trabalhista e Previdenciária. V. 23. N. 275. Maio de 2012. p. 15

20.910/1932, a terceiro que defende o prazo prescricional de cinco anos com fundamento no artigo 104 da Lei 8.213/1991 e a quarta que defende a prescrição trienal.

A primeira corrente defende ser o direito de ação imprescritível, por se tratar de ação de ressarcimento ao Erário, nos termos do artigo 37, § 5º, da CF/88:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

§ 5º - A lei estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízos ao erário, ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento.

A segunda corrente defende a prescrição quinquenal com fulcro no Decreto 20.910/1932, que determina um prazo de cinco anos do particular contra o Estado e, pelo princípio da isonomia, deveria o mesmo prazo ser aplicado quando da relação inversa, do Estado contra o particular.

A terceira corrente entende ser aplicável o artigo 104 da Lei 8.213/91, o que é “veementemente refutada por se tratar de reparação civil”⁷⁸

A quarta corrente é a mais aceita pela jurisprudência e entende que, tendo em vista o caráter reparatório e civilista da obrigação, deva ser aplicada a regra constante do artigo 206, §3º, V, do Código Civil, que prevê prescrição de três anos.

Questão interessante quanto ao direito de regresso reside em se considerar qual é o termo inicial da prescrição, se é do nascimento do direito do lesado, ou seja, a data do acidente, se é o pagamento do primeiro benefício ao lesado ou se é o pagamento de cada benefício ao lesado.

⁷⁸ BRAMANTE, Ivani Contini. **Fundamentos da Ação Regressiva Acidentária**. Revista Sintese Trabalhista e Previdenciária. V. 23. N. 275. Maio de 2012. p. 15

Diversamente do direito do sub-rogado, que mantém as mesmas características do direito originário do sub-rogante, o direito de regresso nasce com o pagamento da dívida originária e não se prolonga como na sub-rogação.

Assim, parece-nos razoável entender que o direito de regresso nasce com o pagamento do benefício e não antes desse pagamento, devendo ser aplicado ao caso em concreto o disposto no artigo 189 do CC/2002:

Art. 189. Violado o direito, nasce para o titular a pretensão, a qual se extingue, pela prescrição, nos prazos a que aludem os arts. 205 e 206.

Questão ainda tormentosa diz respeito a se a prescrição deve ocorrer em relação ao primeiro benefício pago ou se pode ser considerada em relação a cada parcela paga.

Capítulo IV – POSSIBILIDADE DE CUMULAÇÃO, DE RETENÇÃO, DE COMPENSAÇÃO, OU DE DEDUÇÃO DOS VALORES PAGOS PELO INSS POR PARTE DO EMPREGADOR EM FACE DE PENSÃO MENSAL VITALÍCIA

Cumulação, ou impossibilidade de se cumular, diz respeito à compatibilidade ou não entre dois institutos, ou seja, dois institutos sendo incompatíveis entre si não são passíveis de cumulação, como, por exemplo, pedir adicional de cargo de gerência previsto em regulamento e ao mesmo tempo horas extras descaracterizando esse cargo de gerência ou a impossibilidade de se cumular aposentadoria com auxílio-doença (artigo 86, § 2º da Lei 8.213/91).

Compensação, conforme o artigo 368 do Código Civil⁷⁹ aplicado subsidiariamente ao direito trabalhista, tem como finalidade compensar valores devidos pelo Réu em face do Autor, ainda que sob rubricas diversas. Referidos valores devem ser uma dívida líquida, vencida e de coisas fungíveis, a teor do artigo 369 do CC/2002⁸⁰.

Na Justiça do Trabalho apenas são compensáveis verbas de natureza trabalhista, conforme Súmula 18 do C. TST, segundo a qual “a compensação, na Justiça do Trabalho, está restrita a dívidas de natureza trabalhista.”

Retenção, por seu turno, é o direito do empregador de reter algo do Reclamante, como v.g. o direito de retenção dos valores devido a título de Imposto de Renda.⁸¹

Dedução, ao contrário da compensação e retenção que devem ser requeridas quando do oferecimento da contestação, é matéria que o juiz conhece de ofício e consiste em se deduzir da dívida os valores já pagos, não

⁷⁹ Art. 368 do Código Civil – Se duas pessoas forem ao mesmo tempo credor e devedor uma da outra, as duas obrigações extinguem-se, até onde se compensarem.

⁸⁰ SCHIAVI, Mauro. **Manual de Direito Processual do Trabalho**. 2ª Ed. São Paulo: LTr, 2009. p. 488

⁸¹ LEITE, Carlos Henrique Bezerra Leite. **Curso de Direito Processual do Trabalho**. 9ª Ed. São Paulo: LTr, 2011. p. 557

necessariamente pelo empregador, quando comprovado o pagamento nos autos, a fim de evitar o enriquecimento ilícito.⁸²

A maioria dos Autores analisa o tema sob o enfoque da possibilidade ou não de cumulação, não obstante se verifique pedidos na Justiça do Trabalho em que se peça a compensação, retenção ou dedução das verbas pagas pelo INSS ao Reclamante da pensão mensal vitalícia arbitrada.

Sob o enfoque da possibilidade de cumulação e a favor dessa possibilidade de cumulação está a corrente doutrina majoritária e jurisprudência quase que uníssona.

Nesse sentido, Sergio Pinto Martins assevera que

“A responsabilidade civil decorrente do acidente do trabalho independe da responsabilidade previdenciária. É possível a acumulação de ambas as hipóteses desde que haja dolo ou culpa do empregador.

A ação acidentária tem natureza alimentar, compensatória, pois substitui o salário que o empregado deixa de receber. A ação civil terá natureza indenizatória, de reparar o dano causado pelo empregador ou por terceiro, restaurando o *status quo ante*, a situação anterior.

O benefício previdenciário decorre da teoria do seguro social, sendo pago pelo INSS. A responsabilidade civil é decorrente da culpa do empregador, por meio de seu preposto. São reparações distintas, com sujeitos passivos diversos.

Não se pode compensar a verba recebida na ação acidentária com a devida na ação civil, pois as verbas têm natureza distinta. As indenizações são autônomas e cumuláveis.

Com o pagamento da contribuição para o custeio de acidente do trabalho, o empregador fica coberto, em caso de infortúnio, pelo benefício previdenciário que será concedido ao empregado.”⁸³

Na esteira dos argumentos de Sergio Pinto Martins, podemos destacar a jurisprudência que se firmou no sentido de que tendo o benefício previdenciário um caráter alimentar não se repete. Nesse sentido:

⁸² SCHIAVI, Mauro. **Manual de Direito Processual do Trabalho**. 2ª Ed. São Paulo: LTr, 2009. p. 489

⁸³ MARTINS, Sergio Pinto. **Direito de Seguridade Social**. 30ª Ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 436

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PREVIDENCIÁRIO. REPETIÇÃO DE VALORES PAGOS EM RAZÃO DE DECISÃO JUDICIAL (TUTELA ANTECIPADA) POSTERIORMENTE REVOGADA. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. Não há violação do art. 535 do CPC quando o acórdão Recorrido, integrado por julgado proferido em embargos de declaração, dirime, de forma expressa, congruente e motivada, as questões suscitadas nas razões recursais.

2. Não cabe a repetição de valores pagos a título de benefício previdenciário por força de antecipação de tutela posteriormente revogada, tendo em vista a natureza alimentar da verba.

3. Agravo regimental desprovido.

(STJ, 2ª T, REsp. 1125195, REL. MIN. HERMAN BENJAMIN, DJe 01/07/2010) (Grifo nosso)

Pela possibilidade de cumulação assevera Claudia Salles Villela

Viana que

“O pagamento do seguro contra acidentes do trabalho pelo empregador não substitui ou exclui a indenização a que o empregador está obrigado, quando incorrer em dolo ou culpa.

Esta indenização figura no campo da responsabilidade civil, vez que o empregador assumirá o prejuízo decorrente da ação ou omissão voluntária (dolo), negligência ou imprudência (culpa), prevista no artigo 186 do Código Civil.

Por outro lado, cabe à empresa cumprir e fazer cumprir as normas de segurança e medicina do trabalho, instruindo seus empregados no sentido de evitar acidentes e adotando as medidas determinadas pelo órgão competente.

Assim, nos casos de acidente do trabalho decorrentes de negligência quanto às normas padrão de segurança e higiene do trabalho indicadas para a proteção individual e coletiva, a Previdência Social proporá ação regressiva contra os responsáveis, visando ao ressarcimento dos benefícios pagos aos segurados acidentados.”⁸⁴

No mesmo sentido, pela possibilidade de cumulação a jurisprudência dominante:

RECURSO DE EMBARGOS EM RECURSO DE REVISTA. ACÓRDÃO EMBARGADO PUBLICADO SOB A ÉGIDE DA LEI 11.496/2007. DOENÇA OCUPACIONAL. DANO MATERIAL. PENSÃO MENSAL VITALÍCIA. CUMULAÇÃO COM BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO E COMPLEMENTAÇÃO DE

⁸⁴ VIANNA, Claudia Salles Villela. **Previdencia Social: custeios e benefícios**. São Paulo: LTr, 2005. p. 489

APOSENTADORIA. 1. Os danos materiais decorrentes de acidente do trabalho ou doença profissional abrangem, segundo a dicção do art. 950 do Código Civil, as despesas com o tratamento e os lucros cessantes, até o fim da convalescença - a ser entendida como a cura da enfermidade ou a consolidação das lesões -, e pensão correspondente à importância do trabalho para o qual houve a inabilitação, total ou parcial, a partir do fim da convalescença. 2. Em relação à indenização por lucros cessantes e à pensão mensal vitalícia, é de se notar que não se confundem, embora visem a finalidade semelhante, distinguindo-se, tecnicamente, quanto ao momento a que se refere o pagamento. Constatada a incapacidade para o trabalho, após a convalescença, exsurge a obrigação de pagar pensão mensal correspondente à importância do trabalho para que se inabilitou a vítima, ou da depreciação que sofreu, não havendo falar em necessidade de aferição de lucros cessantes nesse momento. 3. À luz do artigo 121 da Lei 8.213/91, o pagamento, pela Previdência Social, das prestações por acidente de trabalho não exclui a responsabilidade civil da empresa ou de outrem. 4. A responsabilidade civil do empregador, no caso de acidente do trabalho ou doença ocupacional, emana do dano sofrido pelo empregado, com nexo de causalidade na atividade profissional por ele desempenhada, e resulta de imposição legal do direito comum, de natureza civil-trabalhista. O benefício previdenciário, em outro vértice, decorre diretamente das contribuições pagas pelo trabalhador e pela empresa ao Seguro Social, e tem natureza previdenciária, com cobertura integral do risco. Inviável, nesse passo, qualquer dedução ou compensação entre parcelas de natureza jurídica e origem diversas, constatada, aliás, a opção do legislador - por meio dos arts. 7º, XXVIII, da Constituição da República e 121 da Lei 8.213/91 - pela autonomia entre tais institutos. 5. A complementação de aposentadoria, a seu turno, é benefício oriundo de relação jurídica anexa ao contrato de trabalho - mas também de natureza previdenciária, embora privada -, proporcionada por entidade fechada de previdência complementar, acessível a todos os empregados da empresa patrocinadora, indistintamente, à qual aderem voluntariamente e contribuem para seu custeio, conforme regulamento próprio. 6. Se a previdência complementar tem por escopo justamente suprir a diferença verificada entre o teto da aposentadoria paga pelo Regime Geral de Previdência Social e o salário auferido pelo empregado na ativa, é de se concluir que a aposentadoria e sua complementação detêm natureza - securitária - e finalidade similares, a inviabilizar, por qualquer ângulo, a possibilidade de compensação ou dedução com a pensão mensal paga pelo empregador em virtude da incapacidade para o trabalho, advinda de acidente ou doença ocupacional. 7. Ademais, cumpre atentar que a complementação é instituída em benefício do empregado e, não, do empregador, sob pena de se transmudar sua natureza para a de uma espécie de seguro de responsabilidade civil em favor deste último. 8. A se pensar de modo diverso, eventual compensação acarretaria o enriquecimento ilícito da empresa - e não do empregado -, além de poder redundar em indesejável situação de igualdade entre desiguais, na qual o trabalhador que recebesse salário abaixo do teto da Previdência Social, ou, ainda

que auferisse valor superior, optasse por não aderir ao plano de previdência privada, não sofreria qualquer desconto a esse título durante todo o curso do pacto laboral e, ao adquirir eventual direito à pensão mensal em consequência de infortúnio do trabalho, passaria a obter ganho mensal em montante proporcionalmente idêntico ao daquele que sempre contribuiu para a complementação de aposentadoria. Precedentes desta Subseção e do STJ. Recurso de embargos conhecido e não provido. (TST, SDI-1, E-ED-RR-84100.19.2006.5.18.0011, REL. MIN. ROSA MARIA WEBER CANDIOTA DA ROSA, DJ 25/03/2011)

AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. ATROPELAMENTO. LESÕES CORPORAIS. INCAPACIDADE. DEVER DE INDENIZAR. REEXAME DE MATÉRIA DE FATO. REVISÃO DO VALOR DA INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. PENSÃO MENSAL. BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. CUMULAÇÃO. POSSIBILIDADE. JULGAMENTO ULTRA PETITA. OCORRÊNCIA. RESPONSABILIDADE CIVIL DOS PAIS. EMANCIPAÇÃO.

1. Não cabe recurso especial por alegada ofensa a dispositivos constitucionais.
 2. A emancipação voluntária, diversamente da operada por força de lei, não exclui a responsabilidade civil dos pais pelos atos praticados por seus filhos menores.
 3. Impossibilidade de reexame de matéria de fato em recurso especial (Súmula 7 do STJ).
 4. Admite a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, excepcionalmente, em recurso especial, reexaminar o valor fixado a título de indenização por danos morais, quando ínfimo ou exagerado. Hipótese, todavia, em que o valor foi estabelecido na instância ordinária, atendendo às circunstâncias de fato da causa, de forma condizente com os princípios da proporcionalidade e razoabilidade.
 5. A percepção de benefício previdenciário não exclui o pagamento de pensão mensal como ressarcimento por incapacidade decorrente de ato ilícito. Precedentes.
 6. Indevidos décimo terceiro e férias, não postulados na inicial, uma vez que o autor não era assalariado, desenvolvendo a atividade de pedreiro como autônomo.
 7. Agravo regimental parcialmente provido.
- (STJ, 1ª T, REsp. 922.951, REL. MIN. LUIZ FUX, DJe 17/10/2012)

Além dos argumentos acima, cite-se que os valores da pensão mensal vitalícia e do benefício previdenciário são diferentes, sendo o valor do benefício previdenciário calculado com base no salário de benefício, que consiste nas 80% maiores contribuições vertidas ao INSS, com fatores de redução, como no auxílio acidente (50% do salário de contribuição) e no auxílio doença (91% do salário de contribuição) ou não, como na aposentadoria por invalidez (100% do

salário de benefício), enquanto a pensão mensal vitalícia toma em consideração a última remuneração do empregado.

Assim, é perfeitamente possível e comum que o valor do benefício previdenciário seja inferior ao valor da última remuneração, de tal sorte que admitir a não cumulação dos benefícios geraria em alguns casos uma indenização menor que a devida.

Em sentido contrário, pela impossibilidade de cumulação, não há registro na pesquisa de posição doutrinária, havendo apenas algumas decisões, especialmente um acórdão da 2ª Turma do Superior Tribunal de Justiça encontrado em caso análogo, mas que trata o tema com propriedade:

RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. INDENIZAÇÃO POR MORTE DE DETENTO EM CASA PRISIONAL. DANOS MORAIS E MATERIAIS. CONDENAÇÃO DO ESTADO AO PAGAMENTO DE PENSÃO MENSAL À FAMÍLIA DO FALECIDO APESAR DO RECEBIMENTO DE BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO COM IDÊNTICO FATO GERADOR. IMPOSSIBILIDADE. MAJORAÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL SEM PEDIDO EXPRESSO NA INICIAL. DECISÃO *ULTRA PETITA*. TAXA DE JUROS MORATÓRIOS E TERMO INICIAL. BALIZA DO CÓDIGO CIVIL POR TRATAR DE ATO ILÍCITO.

1. Impossível a cumulação de auxílio-reclusão, convertido em pensão após o óbito do beneficiário, com a indenização por danos materiais aplicada a título de pensionamento à família do *de cujus*. A indenização por dano material só pode dizer respeito ao ressarcimento do que representou a diminuição indevida do patrimônio do ofendido. Precedentes do Superior Tribunal de Justiça.

2. Incorre em julgamento *ultra petita* a majoração de indenização por danos morais quando ausente pedido expresso da parte autora. Precedentes do STJ.

3. Os juros moratórios incidem à taxa de 6% ao ano, nos termos do art. 1.062 do CC/1916, até o início da vigência do Novo Código Civil, quando deverão se submeter à taxa Selic, nos termos da Lei 9.250/95 (art. 406 da Lei 10.406/01). Precedentes do STJ.

4. Recurso Especial parcialmente provido para a) excluir a indenização de danos materiais, b) limitar o *quantum* dos danos morais ao pedido inicial e c) fixar a taxa de juros moratórios, a partir do evento danoso, na alíquota de 0,5% ao mês, até a entrada em vigor. (STJ, 2ª T, REsp. 1.125.195, REL. MIN. HERMAN BENJAMIN, DJe. 01/07/2010) (Grifo nosso)

No decorrer do voto do relator⁸⁵, são utilizados diversos fundamentos, especialmente que a indenização devida pelo ofensor do dano deve ser limitada ao valor do dano, compensando-se o valor já recebido por ocasião do benefício previdenciário, uma vez que a indenização pressupõe dano e aquele valor que já fora indenizado afasta o dano:

“Se o Estado assume tal risco⁸⁶, caberia a ele, então, cobrar o ressarcimento pelo que passará a despendar daquele que, efetivamente, foi o causador do dano. Ou seja, não se está a advogar uma quebra do princípio da igualdade; o ofensor continua tão responsável quanto sempre o seria, fosse a vítima profissional não protegido por específica norma previdenciária. A questão resume-se, apenas, a transferir a titularidade do crédito ao Estado, que de antemão e por lei, como se fora um garante daquele tipo de evento, assumiu os riscos do sinistro.

É o que se procede, por exemplo, e aos milhares, com os contratos de seguro por danos materiais, nos quais a seguradora, após arcar com o ressarcimento dos prejuízos advindos do evento danoso, procura seu direito de regresso contra seu verdadeiro causador. Portanto, cabe ao Estado procurar o ressarcimento pelos gastos que passou a ter, pois não há que se olvidar que o cargo do juiz falecido passou, necessariamente, a ser ocupado por outro membro do Poder Judiciário, que está recebendo vencimentos idênticos à pensão paga à viúva.

O voto é, portanto, no sentido de afastar a obrigação ao pagamento da pensão mensal vitalícia no valor de cinquenta por cento dos vencimentos do magistrado falecido, conforme havia sido determinado pelo acórdão (...). (REsp 604758/RS, Rel. Ministro HUMBERTO GOMES DE BARROS, Rel. p/ Acórdão Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 17/10/2006, DJ 18/12/2006 p. 364)”

Nesse sentido, é de se destacar ser assente na doutrina o requisito da restituição integral do dano, segundo o qual o dano deve ser totalmente indenizado, mas igualmente esse requisito limita a indenização ao valor total do dano, não podendo ser indenizado valor superior àquele dano experimentado pela vítima.

Segundo Maria Helena Diniz, “etimologicamente, o vocábulo indenizar provem do latim *indemne*, que significa tornar ileso; sem dano;

⁸⁵ O extenso acórdão, com diversos fundamentos, consta do Anexo do presente trabalho.

⁸⁶ O risco a que se refere é o de pagamento da pensão aos dependentes.

incólume. Logo, a indenização, ante seu próprio termo, encerra a ideia de tirar o dano; vale dizer, retornar à situação jurídica anterior.”⁸⁷

Cite-se que além da ação regressiva prevista no artigo em comento, o Código Civil de 2002 possui outras ações regressivas, como a ação das pessoas de direito público em face do agente que causa os danos por dolo ou culpa (artigo 43), do credor que aceitou a novação, substituindo o credor, quando esse novo credor for insolvente e a substituição do devedor se der por má-fé (artigo 363), àqueles que pagarem cláusula penal e não tiverem culpa, em face daquele que deu causa à pena civil (artigo 414, parágrafo único), ao mandante, em face dos demais mandantes, que paga dívida contraída pelo mandatário (artigo 680), ao transportador em face do terceiro culpado, quando da responsabilidade contratual por acidente de passageiro (artigo 735), daquele que pagou dívida indevidamente, em face do verdadeiro devedor e de seu fiador (artigo 880), do avalista contra o avalizado (artigo 899, § 1º), do endossante contra os coobrigados anteriores (artigo 914, §2º), do autor do dano, em face do terceiro culpado, pelo valor pago ao lesado (artigo 930), do condômino em face dos demais (artigo 1.318), além de outras.

Logo, como amplamente exemplificado acima, as ações regressivas têm uma característica em comum, que é justamente de criar o direito de um regresso àquele que pagou dívida alheia.

Esse direito não é o mesmo direito originário do lesado, mas sim um novo direito daquele que pagou ao lesado, que nasce em decorrência do pagamento.

Ou seja, têm as ações regressivas uma relação jurídica de fundo, que é a relação entre o ofendido ou credor originário e os co-obrigados, relação essa em que intervêm o terceiro ou co-obrigado, solvendo-a, e que resulta em um novo direito, uma nova situação jurídica, em que há o novo credor (esse que pagou a dívida) e os devedores originários ou co-obrigados.

⁸⁷ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro. Volume 7: Responsabilidade Civil.** São Paulo: Saraiva, 2011, p.

Essa relação jurídica de fundo é de extrema importância, pois dela nasce o direito do novo credor, em decorrência da previsão legal do direito de regresso e decorrente da intervenção com o pagamento.

Reside, assim, justamente no fato de haver adimplemento ou indenização por parte do terceiro, a impossibilidade de deduzir novamente pretensão por parte do lesado ou do credor daquilo que já lhe foi pago.

Nessa esteira, é de se repulsar os argumentos de que devem ser reprimidas as ações do empregador, não podendo ele sob o pretexto de um seguro que paga (o SAT), cometer atrocidades.

Ora, o empregador que causa os danos ao empregado em absoluto restará impune, ao reverso, é responsável pelas indenizações devidas pela sua integralidade, mas nos limites do dano experimentado.

Assim, deverá o empregador pagar os lucros cessantes, danos morais, danos materiais como gastos com remédio e também a pensão mensal vitalícia, todavia essa última àquele que a antecipou ao trabalhador por ocasião do seguro e possui o direito de regresso,.

Nesse sentido, o artigo 944, parágrafo único, do Código Civil é interessante dispositivo legal que nos demonstra o espírito do legislador:

Art. 944. A indenização mede-se pela extensão do dano.

Parágrafo único. Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização.

Ou seja, prevê o legislador, v.g., no caso de uma pessoa acender uma fogueira no quintal de casa, ignorando a possibilidade de haver um incêndio e acaba por causar um incêndio de proporções homéricas na floresta que o avizinha, que poderá o juiz reduzir o valor da indenização equitativamente.

Mas, ao contrário, em momento algum prevê o legislador a possibilidade de, diante de cometer o empregador atrocidades, ser a indenização devida além do valor a ser indenizado, além do dano.

Ilustrando a situação, em se admitindo a cumulação, no caso em que o empregador fosse o causador de um dano total e permanente ao empregado que recebe salário de R\$ 1.000,00, seria esse empregador devedor do valor da pensão mensal vitalícia, de R\$ 1.000,00, além do valor de R\$ 1.000,00 (valor apenas para exemplificar) a título do direito de regresso do INSS, no total de R\$ 2.000,00.

Ou seja, gerando um prejuízo de R\$ 1.000,00 mensais, o empregador seria obrigado a indenizar o equivalente a R\$ 2.000,00 mensais.

Ainda, com a devida vênia, é de se afastar os argumentos de que está previsto nos artigos 7º, XXVIII, da Constituição da República e 121 da Lei 8.213/91 a possibilidade de cumulação dos direitos do benefício previdenciário e da pensão mensal vitalícia.

O artigo 7º, XXVIII, da CF/88 apenas determina que é direito do trabalhador “seguro contra acidentes de trabalho, a cargo do empregador, sem excluir a indenização a que este está obrigado, quando incorrer em dolo ou culpa”.

Em momento nenhum se nega vigência ao artigo, mas a sua extensão não pode ser aquela proposta pela corrente que defende a cumulação, uma vez que o termo indenização a que alude o referido artigo é aquele amplo, incluindo danos morais, lucros cessantes e danos materiais como as despesas médicas.

Parece-nos, porque não era de costume do Órgão Previdenciário até a promulgação da Constituição intentar as ações regressivas, que o Poder Constituinte não buscou disciplinar o tema, nem pela cumulação, nem pela impossibilidade.

Em verdade, a Constituição Federal foi o marco inicial para a instituição dos benefícios previdenciários acidentários tal qual conhecidos hoje também do direito de regresso e, por isso, não previu a situação aqui posta, como é de costume, já que normalmente a legislação visa regular situações conflitantes

após postos os conflitos. Raramente a lei regula relações jurídicas prevenindo o que irá acontecer no futuro.

Quanto ao artigo 121 da Lei 8.213/91⁸⁸, igualmente, nos parece estar tratando esse dispositivo do fato do benefício não excluir o direito à indenização, o que é admitido por ambas as correntes, independentemente inclusive de legislação específica, podendo se apoiar no dever geral da indenização, mas em momento algum o referido dispositivo tratou da extensão dessa indenização.

Ou seja, mais uma vez o legislador não previu qual seria a extensão dos danos a serem indenizados e, por isso, não foi específico ao disciplinar a matéria.

Interessante ressaltar que é impossível se arguir o instituto da compensação ou da retenção, eis que o empregador não possui um crédito em face do empregado, a não ser que já tenha pago o direito de regresso do INSS.

Diversamente, poderia se perquirir acerca da aplicabilidade da dedução, já que o crédito do Reclamante fora devidamente pago pelo INSS, como uma forma de antecipação da pensão mensal vitalícia e, assim, se exclui da responsabilidade do empregador aquela parcela já paga, ainda que por terceiro, sob pena de enriquecimento ilícito.

No mesmo sentido, poderia se questionar acerca da ilegitimidade ativa do empregado em requerer um direito do qual não é mais detentor, já que fora pago pelo INSS, com o direito de regresso em face do ofensor, cabendo ao empregado apenas deduzir pretensão em relação ao excedente daquilo que lhe foi pago, quando houver diferença a receber entre o valor da pensão mensal vitalícia e do benefício previdenciário.

É de destacar a dicção do artigo 786 do Código Civil de 2002, segundo o qual “paga a indenização, o segurador sub-roga-se, nos limites do valor respectivo, nos direitos e ações que competirem ao segurado contra o autor do dano.”

⁸⁸ Artigo 121 da Lei 8.213/91. O pagamento, pela Previdência Social, das prestações por acidente do trabalho não exclui a responsabilidade civil da empresa ou de outrem.

Ou seja, não é o ofendido o legitimado a intentar ação pelo valor já pago, mas sim aquele que se obrigou a pagar aquele dano, se sub-rogando nos direitos do ofendido.

Ocorreria, assim, de forma semelhante a um seguro de carro, onde a seguradora cobre o valor previsto em contrato de seguro e se sub-roga nos direitos do segurado até o valor que o indenizou, cabendo apenas ao segurado deduzir pretensões acerca daquele valor que sofreu danos como, por exemplo, a franquia paga.

De fato, não obstante os diversos argumentos acima de ambas as correntes, analisando a problemática com mais profundidade, a solução do problema ocorrerá na definição da natureza jurídica do direito ao benefício previdenciário e da pensão mensal vitalícia.

Ou seja, será o benefício previdenciário um direito autônomo ao direito da pensão mensal vitalícia e que apenas coincide com o direito à essa pensão no mundo fático? Ou é o direito ao benefício o mesmo direito à pensão mensal vitalícia, que fora apenas assegurado antecipadamente pela Previdência Social?

Ambos os institutos (direito ao benefício e à pensão mensal vitalícia) possuem o mesmo fato gerador, ou seja, o evento danoso, sendo que ambos os fatos possuem o mesmo titular do direito, o empregado e a mesma finalidade, qual seja, de não permitir que o trabalhador, parte hipossuficiente, fique sem um rendimento mensal que garanta a sua subsistência.

Desse modo, defendem a cumulação aqueles que julgam ter o legislador previsto dois direitos ao empregado, autônomos, um ao benefício previdenciário e outro à pensão mensal vitalícia e pela impossibilidade aqueles que defendem se tratar do mesmo direito, que apenas é antecipado ao empregado, em razão do seguro existente, e pelo qual esse não poderá cobrar, já que uma vez pago possui agora outro titular, quem o pagou.

Para se conhecer a natureza jurídica de uma norma é necessário analisar a conjunção de um binômio *definição e comparação*. Pela definição

busca-se a essência do instituto examinado; pela comparação, busca-se posicionar esse instituto no universo de institutos que lhe são próximos.”⁸⁹

É o que Antônio Álvares da Silva denomina “atividade lógica de classificação”⁹⁰, ou seja, é o processo científico pelo qual se busca enquadrar o novo instituto como espécie de um determinado gênero, tendo em vista a sua similitude.

Assim, quanto à sua natureza jurídica, a Previdência Privada é “tradicionalmente definida como seguro *sui generis*, pois é de filiação compulsória para os regimes básicos (RGPS e RPPS), além de coletivo, contributivo e de organização estatal, amparando seus beneficiários contra os chamados riscos sociais”⁹¹

Ainda que sendo um seguro *sui generis*, podendo assim gerar interpretações diversas, afigura-nos razoável entender que o benefício previdenciário se assemelha ao pagamento dos riscos cobertos pelo seguro e, portanto, não é uma obrigação de resultado ou de meio em si, mas uma obrigação de garantia, que é aquela que garante uma outra obrigação.⁹²

⁸⁹ DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. p. 650.

⁹⁰ DELGADO, Mauricio Godinho apud SILVA, Antonio Álvares. *Ibidem*. p. 928.

⁹¹ IBRAHIM, Fábio Zambeti. **Curso de Direito Previdenciário. 17ª Ed.** Rio de Janeiro: impetrus, 2012. p. 28

⁹² GONCALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro. Volume II. Responsabilidade Civil. 6ª Ed.** São Paulo: Saraiva, 2009. p. 174

CONCLUSÃO

A jurisprudência e doutrina majoritária têm entendido que o empregado possui dois direitos autônomos, com fundamento que não foi feita qualquer ressalva nesse sentido pela legislação, bem como pelo fato de possuírem os institutos naturezas jurídicas diversas.

Inobstante o entendimento majoritário, com a devida vênia, esse não seria o entendimento mais apropriado, uma vez que indenização, como bem lecionam os doutrinadores, é um instituto que visa a recompor o *status quo ante* do lesado e não elevá-lo e Justiça, como ideal de pacificação social, está justamente no equilíbrio dos direitos e não pode o julgador exceder os limites da lei, já que ninguém será privado senão em virtude de lei.

Assim, conceder direitos a alguém além daqueles a que faz jus significa, necessariamente, retirar direitos de outrem.

A lei é clara ao determinar que a indenização será devida pelo valor da perda, perda essa aferida não em abstrato, mas de forma pragmática, incluindo aí o fato do Autor ter recuperado parte da sua remuneração, por intermédio do benefício.

Ademais, é deveras difícil perfectibilizar a possibilidade de cumulação entre a pensão e o benefício e o fato do ofensor ter em face de si o direito de regresso.

O direito de regresso nasce, advém do pagamento do direito ao benefício previdenciário pelo INSS ao ofendido, o empregado.

Pensar do modo diverso, como tem feito a posição majoritária, é necessariamente pensar que teria o INSS um direito autônomo da pensão mensal vitalícia, em razão da sua sub-rogação no direito também autônomo do empregado ao benefício previdenciário, ou seja, que seria também dissociado ao direito de pensão mensal vitalícia do INSS.

Seria pensar que a legislação, como nunca visto em outras relações jurídicas, asseguraria quando da ocorrência do dano um direito maior que a recomposição do dano.

Assim, é muito mais tangível o caminho que se trilha para a impossibilidade de compensação que pela possibilidade.

Ou seja, a construção jurídica de que o benefício previdenciário não é um direito autônomo, mas sim uma espécie de cobertura ampla dos riscos, como uma obrigação de garantia, assegurando o direito à pensão mensal vitalícia de forma objetiva, ainda que com base de cálculo diversa da pensão, nos parece muito mais plausível.

Referida conclusão está lastreada não na análise do instituto da pensão mensal vitalícia, mas sim da natureza jurídica do instituto do benefício previdenciário, que por se tratar de seguro, ainda que *sui generis*, é uma obrigação de garantia e não uma obrigação de fim ou de meio.

BIBLIOGRAFIA

ALVIM, Arruda. ALVIM, Eduardo Arruda. ASSIS, Araken. **Comentários ao Código de Processo Civil. Comentários à Lei 9.613/98 com as alterações da Lei 12.683/12.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

BRAMANTE, Ivani Contini. **Fundamentos da Ação Regressiva Acidentária.** Revista Síntese Trabalhista e Previdenciária. V. 23. N. 275. . p. 9-48. Maio de 2012

CAMPOS, José Luiz Dias e DIAS, Adelina Bitelli. *Acidentes do Trabalho. Prevenção e Reparação*, 3ª ed. São Paulo: LTr, 2009.

DALLEGRAVE NETO, Jose Afonso. **Responsabilidade Civil no Direito do Trabalho. 4ª Ed.** São Paulo: LTr, 2010.

DELGADO, Mauricio Godinho Delgado. *Curso de Direito do Trabalho - 6ª ed.* – São Paulo: LTr, 2007.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro. Volume 7: Responsabilidade Civil.** São Paulo: Saraiva, 2011.

GONCALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro. Volume IV. Responsabilidade Civil. 3ª Ed.** São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. **Direito Civil Brasileiro. Volume II. Responsabilidade Civil. 6ª Ed.** São Paulo: Saraiva, 2009.

GONCALVES, Marcus Vinicius Rios. **Novo Curso de Direito Processual Civil. Volume 1. Teoria Geral e Processo de Conhecimento.** São Paulo: Saraiva, 2012.

HORVATH JUNIOR, Miguel. **Direito Previdenciário. 9ª Ed.** São Paulo: Quartier Latin, 2012.

IBRAHIM, Fábio Zambeti. **Curso de Direito Previdenciário. 17ª Ed.** Rio de Janeiro: impetrus, 2012.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra Leite. **Curso de Direito Processual do Trabalho. 9ª Ed.** São Paulo: LTr, 2011.

MARTINEZ, Wladimir Novaes. **Curso de Direito Previdenciário. 3ª Ed.** São Paulo: LTr, 2010.

MARTINS, Sergio Pinto. **Direito de Seguridade Social. 30ª Ed.** São Paulo: Atlas, 2010.

OLIVEIRA, Sebastião Geraldo. **Indenizações por acidente do trabalho ou doença ocupacional. 5ª Ed.** São Paulo: LTr, 2009.

PULLINO, Daniel. **Ação Regressiva Contra as Empresas Negligentes Quanto à Segurança e à Higiene do Trabalho.** Disponível em <http://www.pgt.mpt.gov.br/publicacoes/seguranca/acidentedanielpulino.pdf>. Acessado em 18/02/2014.

ROSSI, Leticia Verdi. AGU chega à milésima ação regressiva acidentária e cobra R\$ 80 milhões de empresas. Disponível em <http://www.agu.gov.br/sistemas/site/TemplateImagemTexto.aspx?idConteudo=100456&id_site=3>. Acessado em 18/02/2014.

SCHIAVI, Mauro. **Manual de Direito Processual do Trabalho. 2ª Ed.** São Paulo: LTr, 2009.

_____ **ASPECTOS POLÊMICOS DO ACIDENTE DE TRABALHO: Responsabilidade Objetiva do Empregador pela reparação dos danos causados ao empregado. Prescrição.** Disponível em <http://www.lacier.com.br/artigos/periodicos/aspectos_polemicos.pdf>. Acessado em 04/02/2014.

SILVA MACHADO JR., Cesar Pereira da. **O ônus da prova no processo do trabalho. 3ª Ed.** São Paulo: LTr, 2001. p. 137

SOUZA, Wendell Lopes Barbosa de. **A responsabilidade civil objetiva fundada na atividade de risco.** São Paulo: Atlas, 2010, p. 91

VIANNA, Claudia Salles Vilela. **Previdencia Social: custeios e benefícios.** São Paulo: LTr, 2005.

ANEXO I

Superior Tribunal de Justiça

RECURSO ESPECIAL Nº 1.125.195 - MT (2009/0034302-1)

RELATOR : MINISTRO HERMAN BENJAMIN
 RECORRENTE : ESTADO DE MATO GROSSO
 PROCURADOR : CARLOS EMILIO BIANCHI ENTO E OUTRO(S)
 RECORRIDO : E M DE O (MENOR) E OUTROS
 REPR. POR : A M DE O
 ADVOGADO : MURILO DE SANT'ANA MALHEIROS E OUTRO(S)

EMENTA

RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. INDENIZAÇÃO POR MORTE DE DETENTO EM CASA PRISIONAL. DANOS MORAIS E MATERIAIS. CONDENAÇÃO DO ESTADO AO PAGAMENTO DE PENSÃO MENSAL À FAMÍLIA DO FALECIDO APESAR DO RECEBIMENTO DE BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO COM IDÊNTICO FATO GERADOR. IMPOSSIBILIDADE. MAJORAÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL SEM PEDIDO EXPRESSO NA INICIAL. DECISÃO *ULTRA PETITA*. TAXA DE JUROS MORATÓRIOS E TERMO INICIAL. BALIZA DO CÓDIGO CIVIL POR TRATAR DE ATO ILÍCITO.

1. Impossível a cumulação de auxílio-reclusão, convertido em pensão após o óbito do beneficiário, com a indenização por danos materiais aplicada a título de pensionamento à família do *de cujus*. A indenização por dano material só pode dizer respeito ao ressarcimento do que representou a diminuição indevida do patrimônio do ofendido. Precedentes do Superior Tribunal de Justiça.

2. Incorre em julgamento *ultra petita* a majoração de indenização por danos morais quando ausente pedido expresse da parte autora. Precedentes do STJ.

3. Os juros moratórios incidem à taxa de 6% ao ano, nos termos do art. 1.062 do CC/1916, até o início da vigência do Novo Código Civil, quando deverão se submeter à taxa Selic, nos termos da Lei 9.250/95 (art. 406 da Lei 10.406/01). Precedentes do STJ.

4. Recurso Especial parcialmente provido para a) excluir a indenização de danos materiais, b) limitar o *quantum* dos danos morais ao pedido inicial e c) fixar a taxa de juros moratórios, a partir do evento danoso, na alíquota de 0,5% ao mês, até a entrada em vigor do Novo Código Civil, quando então deverá ser observada a taxa Selic.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça: "A Turma, por unanimidade, deu parcial provimento ao recurso, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a)-Relator(a)." Os Srs. Ministros Mauro Campbell Marques, Eliana Calmon, Castro Meira e Humberto Martins (Presidente) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Superior Tribunal de Justiça

Brasília, 20 de abril de 2010(data do julgamento).

MINISTRO HERMAN BENJAMIN
Relator



Superior Tribunal de Justiça

RECURSO ESPECIAL Nº 1.125.195 - MT (2009/0034302-1)

RELATOR : MINISTRO HERMAN BENJAMIN
RECORRENTE : ESTADO DE MATO GROSSO
PROCURADOR : CARLOS EMILIO BIANCHI ENTO E OUTRO(S)
RECORRIDO : E M DE O (MENOR) E OUTROS
REPR. POR : A M DE O
ADVOGADO : MURILO DE SANT'ANA MALHEIROS E OUTRO(S)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO HERMAN BENJAMIN (Relator):

Trata-se de Recurso Especial interposto, com fundamento no art. 105, III, "a", da Constituição da República, contra acórdão assim ementado:

RECURSO DE APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO - MORTE DE PRESO - OMISSÃO DO ESTADO - INTERESSE PÚBLICO RELEVANTE A ENSEJAR A INTERVENÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO - RESPONSABILIDADE OBJETIVA - POSSIBILIDADE DE CUMULAÇÃO DE PENSÃO POR MORTE COM INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS ATÉ QUE OS FILHOS COMPLETEM 24 (VINTE E QUATRO) ANOS - DANOS MORAIS - MERA ESTIMATIVA - JUROS - HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS - APLICAÇÃO DO § 4º DO ARTIGO 20 DO CPC - CUSTAS PROCESSUAIS - INAPLICAÇÃO CONTRA A FAZENDA - RECURSO PROVIDO PARCIALMENTE.

Em casos que guardam relação com a tutela de presos em unidades prisionais, evidente o interesse público relevante a ensejar a intervenção do Ministério Público, com espeque no artigo 82, inciso III, parte final.

Havendo omissão do Estado em se tratando de situação em que poderia agir para impedir o dano à vida do acautelado, aplicável a responsabilidade objetiva.

É possível a cumulação entre o auxílio reclusão que após a morte se transforma em pensão com a indenização por danos materiais aplicada a título de pensionamento aos filhos do *de cujus*.

Inexiste julgamento *ultra petita* em casos de indenização por danos morais, pois se trata de mera estimativa da parte autora, devendo o magistrado aplicar seu livre convencimento motivado.

Juros incidentes sobre a condenação em 12% ao ano, dentro da legalidade e razoabilidade.

Os honorários advocatícios em casos em que a Fazenda Pública é vencida, deve obedecer o § 4º do artigo 20 do Código de Processo Civil.

Vencida a Fazenda Pública as custas processuais devem incidir apenas e tão-somente sobre os gastos efetuados pela parte que venceu a

Superior Tribunal de Justiça

demanda, inteligência do artigo 3, inciso I, da Lei Estadual nº 7.603/01.
Recurso conhecido e provido parcialmente. (fls. 338-339)

Os Embargos de Declaração foram desacolhidos (fl. 366).

O recorrente alega violação dos arts. 2º, 128, 219, 460 e 535 do CPC, 948, II, do CC e 1º-F da Lei 9.494/97. Afirma que os danos morais não poderiam ter sido estipulados em montante superior ao pedido inicial. Aduz que os juros devem ter taxa de 6% ao ano, incidindo apenas a partir da citação. Registra que não são devidos danos materiais, pois os recorridos já recebiam auxílio-reclusão, benefício que foi convertido em pensão *post mortem*. Requer reforma do *decisum* para sanar o desrespeito às precitadas normas (fls. 374-387).

Contraminuta não apresentada (fl. 301).

O Ministério Público Federal opina pelo desprovimento do recurso (fls. 417-425).

É o relatório.

Superior Tribunal de Justiça

RECURSO ESPECIAL Nº 1.125.195 - MT (2009/0034302-1)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO HERMAN BENJAMIN (Relator): Os autos foram recebidos neste Gabinete em 17.7.2009.

A irresignação merece parcial acolhida, sendo dividida em tópicos para adequada fundamentação.

Acumulação de pensão *post mortem* com danos materiais decorrentes do mesmo fato gerador

Inicialmente, perquire-se acerca da possibilidade de serem devidos danos materiais a título de pensão decorrente do falecimento do detento.

Na situação em tela, os recorridos já recebiam auxílio-reclusão que, após o evento, foi convertido em pensão *post mortem*, caracterizando identidade de fatos geradores de concessão.

O tema não é novo nesta Corte Superior.

Apesar de os precedentes terem sido desenvolvidos no âmbito da Seção de Direito Privado, tenho que o raciocínio se aplica integralmente à espécie.

O *leading case* é de autoria da eminente Ministra Nancy Andrigli, cujo posicionamento preponderou após longo julgamento travado na 3ª Turma, i.e., de 16.6.2005 a 10.8.2006.

O posicionamento anterior da Corte era exatamente aquele esposado pelo Tribunal de origem, ou seja, no sentido de que caberia cumulação de benefícios por tratarem de origens distintas das causas de concessão: um decorria do direito acidentário (pensão ligada à relação previdenciária) e outro do direito comum (pensão vinculada ao ato ilícito).

Apesar de vencido com o relator, vale transcrever a abordagem inicial da matéria nas palavras magistrais do Ministro Menezes Direito:

(...) Começo, porque reputo rica, pela lição dos Mazeaud. Quando cuidam da cumulação entre a indenização decorrente do ilícito e a

Superior Tribunal de Justiça

pensão em decorrência do dano, mostram duas faces do tema, quais sejam, (1) malgrado o direito da pensão pode o lesado demandar do terceiro indenização integral?; (2) pode o estado que paga a pensão exercer o direito de regresso? (*Traité Théorique et Pratique de la Responsabilité Civile*, Sirey, 4a ed., nº 255). Traçam a evolução legislativa que conduziu ao trato de situações particulares, por exemplo, no caso da Lei de 13 de agosto de 1947 que adotou um sistema misto (cit., nº 261), e no caso do seguro social (*Ordonnance* nº 5.454, de 19/10/45), em que se autoriza, nos acidentes de trabalho, cumulação em caso de morte, mas veda-se em caso de lesão ou doença (cit., nº 261). E, quando se trate de acidentes de direito comum, existe a proibição do ponto de vista prático diante da previsão do direito de regresso (cit., nº 261). Tratando especificamente dos funcionários públicos, os Mazeaud mostram que a integração destes no sistema geral de seguridade social, estabelecido pela Lei de 9/4/47, levou ao triunfo definitivo da regra da não-cumulação (*L'intégration des fonctionnaires dans le système de sécurité sociale, réalisée par la loi du 9 avril 1947* (11), *conduit au triomphe définitif de la règle du non-cumul*"; cit., nº 265).

Savatier também trata largamente do assunto enunciando, desde logo, o princípio segundo o qual a reparação é devida somente do dano. Assim, se já houve compensação em virtude do mesmo evento, não cabe a reparação e a vítima deixa de ser vítima, perdendo a ação indenizatória. Mas se um outro que não o responsável pela lesão deve compensar a vítima, ele próprio torna-se vítima e pode buscar o retorno ao seu patrimônio daquilo que despendeu (*Traité De La Responsabilité Civile*, LGDJ, T. II, 1939, nº 576 e seguintes).

Geneviève Viney faz amplo estudo sobre a legislação de 1985 e 1993 considerando a reparação socializada e a responsabilidade civil (*Traité de Droit Civil, Introduction à La Responsabilité*, sob a direção de Jacques Ghestin, LGDJ, 2ª ed., 1995, números 28 e seguintes). No volume sobre as condições da responsabilidade, da mesma coleção, Geneviève Viney e Patrice Jourdan examinam a questão do dano já reparado, começando por tratar do risco da cumulação das indenizações, afirmando não ser possível, por meio de ação de responsabilidade civil, receber reparação por um dano já reparado. Os modernos civilistas franceses destacam a extensão do princípio da não-cumulação, analisando a lista de prestações constante da Lei de 1985 que pode dar lugar a recurso dos organismos sociais contra o responsável, consolidando a jurisprudência no sentido de que as prestações enumeradas são em princípio dedutíveis da indenização devida pelo responsável, afastando dessa regra, porém, aquelas prestações consideradas não indenizatórias (*"non indemnitaires"*). Geneviève Viney e Patrice Jourdan referem-se à Lei de 31/12/91 sobre o direito de reparação das vítimas contaminadas por HIV em decorrência de transfusão de sangue, que conservam o direito da ação civil, mas não têm direito à cumulação do valor com aquele obtido do fundo de garantias, criado para esse fim, se superior a soma das duas fontes ao valor que permita uma indenização integral do dano sofrido (*Traité de Droit Civil, Les Conditions de La Responsabilité*, sob a direção de Jacques Ghestin, LGDJ, 2ª ed., 1998, números 286 e seguintes).

Sem dúvida, a questão da cumulação de prestações oriundas da previdência social e da ação de responsabilidade civil comporta enorme

Superior Tribunal de Justiça

difficuldade, mesmo se tomarmos como critério aquele proposto por Pontes, Carvalho Santos e Ennecerus, trazido no voto do Ministro Ari Pargendler, que parece-me bem construída.

Diga-se que a construção doutrinária francesa tomou por base para definir o critério da não-cumulação a perspectiva da sub-rogação do estado para haver do terceiro causador do dano, tal como nos casos de seguro, a soma do valor da pensão, caminho aventado pela eminente Ministra Nancy Andrighi. (...)

Nesse sentido, prevaleceu o posicionamento, de certa forma anunciado no voto supratranscrito, cujo teor se reproduz na parte aplicável ao ponto:

(...) Sustenta a recorrente, nesse ponto, que o acórdão propicia o enriquecimento indevido da recorrida ao determinar o pagamento de pensão mensal vitalícia no valor de metade da remuneração antes percebida pelo seu falecido marido.

Isso porque a viúva já teria garantida a pensão previdenciária correspondente à integralidade dos vencimentos da magistratura, de modo que o acórdão colocou-a numa situação financeira que seria impossível de ser alcançada caso o evento danoso não tivesse ocorrido.

A questão, aqui, passa ao largo do que dispõe a Súmula nº 229/STF, assim redigida: *"A indenização acidentária não exclui a do direito comum, em caso de dolo ou culpa grave do empregador"*, porque, na hipótese, não se cogita da cumulação entre a indenização derivada do seguro de acidentes de trabalho, prevista pela Lei nº 6367/76, com aquela passível de ser obtida pela aplicação do direito comum, quando teria incidência a jurisprudência da 3ª e 4ª Turma no sentido de que *"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 n. 229/STF), podendo, inclusive, cumularem-se"* (Resp nº 268909/SP; 4ª Turma. Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJ de 07.05.2001).

Na presente hipótese, a controvérsia tem origem no recebimento simultâneo de pensão vinculada às regras previdenciárias da magistratura do Estado do Rio Grande do Sul, carreira esta seguida pelo falecido marido da ora recorrida, com a pensão mensal vitalícia derivada de ato ilícito que, nessa condição, originou danos materiais.

Assim colocada a questão, dois são os ângulos que devem ser conjugados para o correto deslinde da controvérsia, pois há o prisma do beneficiário das pensões cumuladas e o prisma daqueles que as pagam, ou seja, do responsável pelo dano e do Estado-previdência.

Na presente demanda, houve pedido para ressarcimento e compensação de diversos tipos de danos, em acordo com o que permite o ordenamento jurídico: assim, quanto à viúva do magistrado falecido, foram levantados como danos materiais os decorrentes dos gastos com tratamento médico e do ressarcimento pela perda total do veículo, estes a serem

Superior Tribunal de Justiça

indenizados em valor fixo correspondente à perda patrimonial experimentada, e ainda os decorrentes da perda da percepção da remuneração do varão, que deveriam ser ressarcidos, de acordo com a inicial, pelo pensionamento vitalício a ser pago pelos autores do dano, na proporção de dois terços daqueles vencimentos.

Da própria análise dos pedidos resta claro que a indenização por dano material só pode dizer respeito ao ressarcimento daquilo que, em cada situação, representou uma diminuição indevida do patrimônio do ofendido. Os danos emergentes e os lucros cessantes são quantificáveis, ao contrário dos danos morais; e se tal diferença muito contribuiu para que, durante tempos, houvesse resistência à admissão da possibilidade de compensação financeira destes, não há que se perder de vista essa marcante característica dos danos materiais, uma vez já devidamente sedimentados os conceitos relativos às duas modalidades de responsabilidade civil.

Se assim é, e se o acórdão afirma existir o direito da viúva à percepção integral, a título de pensão por morte, dos vencimentos do magistrado falecido, qualquer quantia recebida a mais sobre a mesma base representaria a fruição de uma vantagem pecuniária indevida, ultrapassando os limites do ressarcimento ao dano causado.

Os danos emergentes, portanto, configurar-se-iam na perda daqueles valores que, após o desconto da parcela ordinariamente consumida pelo próprio varão, seriam destinados à manutenção de seu núcleo familiar; para a generalidade dos casos, tal valor costuma ser definido pela jurisprudência em dois terços dos rendimentos totais, conforme feito, aliás, pela petição inicial.

Resta, ainda, um terço do valor total dos vencimentos da magistratura do Rio Grande do Sul, que também será, pelo Estado, destinado à viúva; tal percentagem, à guisa de alguma justificativa para além do simples respeito à disposição legal que determina o pagamento da pensão em sua integralidade, poder-se-ia dispor ao título de lucros cessantes em face de futuras progressões na carreira do magistrado, que ainda não se havia encerrado, de modo a exaurir as possibilidades de indenização por danos materiais.

Vencida a análise da questão sob o prisma da beneficiária das pensões, resta alterar o ângulo da abordagem para a posição dos ora recorrentes, pois não é de se negar que o quanto exposto *supra* gera uma certa perplexidade se, em contradição, fosse afirmado que tal postura poderia levar a uma violação do princípio da igualdade, à medida em que representaria uma espécie de isenção de responsabilidade aos ofensores em face, exclusivamente, de uma característica pessoal relativa à carreira seguida pela vítima fatal do acidente.

Mas não há que se confundir as situações. Colocada a premissa maior de que o dano material deve ser, apenas, ressarcido na medida em que desfalcado o patrimônio do lesado, o que se verifica é a existência de uma previsão legal de assunção dos riscos previdenciários relativos à carreira da magistratura pelo Estado, em razão da importância e seriedade do exercício desse mister, não sendo exagero afirmar que tal providência está inserida no contexto da previsão constitucional da imparcialidade do juiz, pois a garantia de pensionamento integral à família do magistrado é fator tranquilizador ao

Superior Tribunal de Justiça

desempenho íntegro da atividade judicante.

Se o Estado assume tal risco, caberia a ele, então, cobrar o ressarcimento pelo que passará a despendar daquele que, efetivamente, foi o causador do dano. Ou seja, não se está a advogar uma quebra do princípio da igualdade; o ofensor continua tão responsável quanto sempre o seria, fosse a vítima profissional não protegido por específica norma previdenciária. A questão resume-se, apenas, a transferir a titularidade do crédito ao Estado, que de antemão e por lei, como se fora um garante daquele tipo de evento, assumiu os riscos do sinistro.

É o que se procede, por exemplo, e aos milhares, com os contratos de seguro por danos materiais, nos quais a seguradora, após arcar com o ressarcimento dos prejuízos advindos do evento danoso, procura seu direito de regresso contra seu verdadeiro causador. Portanto, cabe ao Estado procurar o ressarcimento pelos gastos que passou a ter, pois não há que se olvidar que o cargo do juiz falecido passou, necessariamente, a ser ocupado por outro membro do Poder Judiciário, que está recebendo vencimentos idênticos à pensão paga à viúva.

O voto é, portanto, no sentido de afastar a obrigação ao pagamento da pensão mensal vitalícia no valor de cinquenta por cento dos vencimentos do magistrado falecido, conforme havia sido determinado pelo acórdão (...). (REsp 604758/RS, Rel. Ministro HUMBERTO GOMES DE BARROS, Rel. p/ Acórdão Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 17/10/2006, DJ 18/12/2006 p. 364)

Desde então, o referido posicionamento tem prevalecido na 2ª Seção, conforme se pode constatar da seguinte ementa:

CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE REPARAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E COMPENSAÇÃO POR DANOS MORAIS. ATROPELAMENTO COM MORTE. PRETENSÃO AO PAGAMENTO DE PENSÃO MENSAL VITALÍCIA À ESPOSA DO FALECIDO, NÃO OBSTANTE ESTA RECEBER PENSÃO VITALÍCIA INTEGRAL DO ESTADO, EM FACE DE ESPECÍFICA LEGISLAÇÃO APLICÁVEL À CARREIRA NA QUAL A VÍTIMA SE APOSENTOU. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTE. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DE DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO AO ART. 535 DO CPC AFASTADA. (...) nos termos de precedente da 3ª Turma do STJ, a pretensão relativa ao recebimento de pensionamento mensal vitalício, a ser pago pela causadora do evento danoso, não é de ser aceita, pois, em face do cargo público no qual se deu a aposentadoria do falecido, a viúva já tem assegurada pensão mensal vitalícia, a ser paga pelo Estado, no valor integral dos vencimentos do de cujus. (...) Prepondera, nesta situação, o princípio segundo o qual a indenização por dano material só pode dizer respeito ao ressarcimento daquilo que, em cada situação, representou uma diminuição indevida do patrimônio do ofendido. (...) Se o acórdão afirma existir o direito da viúva à percepção integral, a título de pensão por morte, dos vencimentos do falecido, qualquer quantia recebida a mais sobre a mesma base representaria a fruição

Superior Tribunal de Justiça

de uma vantagem pecuniária indevida, ultrapassando os limites do ressarcimento ao dano causado. (...) (REsp 675.147/RJ, Rel. Ministro CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO, Rel. p/ Acórdão Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 20/03/2007, DJ 30/04/2007 p. 310, grifos nossos)

Assim, o Tribunal *a quo* laborou em descompasso com a atual jurisprudência do STJ, merecendo reforma no tópico.

Limitação do *quantum* dos danos morais ao pedido inicial

Registre-se, por outro turno, ser inaplicável o entendimento de que o valor contido na exordial a título de danos morais seria mera sugestão ao juiz, permitindo-lhe balizar o *quantum debeatur* acima ou abaixo da sugestão da parte (REsp 1041745).

Na hipótese em análise, houve pedido expresso do patamar máximo da indenização, sem qualquer ressalva que pudesse ensejar conclusão, no sentido de que se trata de pedido genérico.

Veja-se o requerimento de fl. 18 *ipsis litteris*:

E que, ao final, seja condenado o ESTADO DE MATO GROSSO a pagar o valor de R\$ 101.063,08 relativo a dano material e R\$ 20.000,00 correspondente a dano moral (...). (grifo nosso)

Portanto, tem-se que, de fato, o *quantum* não poderia ter sido majorado acima do pleito, evidenciando clara hipótese de julgamento *ultra petita*, consoante entendimento desta Corte:

DIREITO ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. MATÉRIA CONSTITUCIONAL. EXAME. IMPOSSIBILIDADE. VIOLAÇÃO AO ART. 535, II, DO CPC. INDICAÇÃO GENÉRICA. DEFICIÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. SÚMULA 284/STF. MILITAR. ACIDENTE EM SERVIÇO. INCAPACIDADE. MATÉRIA FÁTICA. REEXAME. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. TRATAMENTO MÉDICO. NECESSIDADE COMPROVADA. LICENCIAMENTO. ILEGALIDADE. DECISÃO ULTRA PETITA. OCORRÊNCIA. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. NÃO-CABIMENTO. RESSARCIMENTO DE DESPESAS. CABIMENTO. JUROS MORATÓRIOS. 6% AO ANO. ART. 1º-F DA LEI 9.784/99. TERMO INICIAL. DATA DA REALIZAÇÃO DE CADA DESPESA. RECURSO ESPECIAL CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. (...)

Superior Tribunal de Justiça

É ultra petita a decisão que, malgrado inexistia pedido expresso na inicial, condena a parte ré ao pagamento de indenização por danos morais em face do licenciamento do autor do serviço ativo das Forças Armadas. (...) (REsp 1021500/PR, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, QUINTA TURMA, julgado em 10/09/2009, DJe 13/10/2009, grifos nossos)

ADMINISTRATIVO. SERVIDÃO ADMINISTRATIVA. OCUPAÇÃO DE ÁREA PARA PASSAGEM DE FIOS CONDUTORES DE ELETRICIDADE E INSTALAÇÃO DE POSTES. (...) Decisão ultra petita proferida pelo juiz de primeiro grau ao fixar a indenização em R\$ 206.106,98 (duzentos e seis mil, cento e seis reais e noventa e oito centavos), quando as partes, em sua petição inicial, formularam pedido certo e determinado. (...) Recurso provido para fixar indenização em R\$ 55.812,45, mais acessórios, conforme foi solicitado. (REsp 965.303/RS, Rel. Ministro JOSÉ DELGADO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 08/04/2008, DJe 24/04/2008, grifos nossos)

Assim, deverão os danos morais estar circunscritos ao pedido inicial, no caso, ao valor de R\$ 20.000,00, nos termos do requerimento de fl. 18.

Taxa de juros moratórios

No que se refere aos juros de mora, apesar de correta a determinação de sua incidência a partir do evento danoso (e não da citação, como pretende o recorrente), sua taxa deve ser estipulada em 6% ao ano, nos termos da jurisprudência do STJ:

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. MILITAR. VÍTIMA DE HOMICÍDIO EM QUARTEL. SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA PROFERIDA PELA JUSTIÇA MILITAR FEDERAL. DANOS MORAIS E MATERIAIS. PRESCRIÇÃO. INOCORRÊNCIA. DANOS MATERIAIS E MORAIS. ARTIGO 37, § 6º DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. MATÉRIA CONSTITUCIONAL. NEXO DE CAUSALIDADE. REDUÇÃO DO QUANTUM INDENIZATÓRIO. EXORBITÂNCIA. INEXISTÊNCIA. JUROS MORATÓRIOS. CABIMENTO. *TEMPUS REGIT ACTUM*. (...) *Os juros moratórios fluem a partir do evento danoso em caso de responsabilidade extracontratual (Súmula 54/STJ). Precedentes: REsp 771926/SC, DJ 23.04.2007; REsp 771926/SC, DJ 23.04.2007; REsp 489439/RJ, DJ 18.08.2006; REsp 768992/PB, DJ 28.06.2006. (...) Os juros não se ser calculados, a partir do evento danoso (Súmula 54/STJ) à base de 0,5% ao mês, ex vi artigo 1.062 do Código Civil de 1916 até a entrada em vigor do Novo Código Civil (Lei nº 10.406/2001) . (...) A partir da vigência do Novo Código Civil (Lei nº 10.406/2001) os juros moratórios deverão observar a taxa que estiver em vigor para a mora do pagamento de impostos devidos à Fazenda Nacional (artigo 406). Taxa esta que, como de sabença, é a SELIC, nos expressos termos da Lei nº 9.250/95. Precedentes: REsp 688536/PA, DJ*

Superior Tribunal de Justiça

18.12.2006; REsp 830189/PR, DJ 07.12.2006; REsp 813.056/PE, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 16.10.2007, DJ 29.10.2007; REsp 947.523/PE, DJ 17.09.2007; REsp 856296/SP DJ 04.12.2006; AgRg no Ag 766853/MG, DJ 16.10.2006. (...) Deveras, é cediço na Corte que o fato gerador do direito a juros moratórios não é o ajuizamento da ação, tampouco a condenação judicial, mas, sim, o inadimplemento da obrigação. (...) Desta feita, tratando-se de fato gerador que se protraí no tempo, a definição legal dos juros de mora deve observância ao princípio do direito intertemporal segundo o qual *tempus regit actum*. (...) Consectariamente, *aplica-se à mora relativa ao período anterior à vigência do novo Código Civil as disposições insertas no revogado Código Civil de 1916, regendo-se o período posterior pelo diploma civil superveniente* (...) (REsp 745825/RS, DJ 20.02.2006). (REsp 1109303/RS, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 04/06/2009, DJe 05/08/2009, *grifos nossos*)

Como visto, os interesses de mora fluem a partir do evento danoso por tratar de responsabilidade civil extracontratual, *in casu*, ato ilícito, nos termos da Súmula 54/STJ, plenamente aplicável à espécie.

Ressalte-se ser inaplicável o art. 1º-F da Lei 9.497/1997, porquanto dispõe sobre o regime dos juros moratórios nas ações propostas contra a Fazenda Pública para pagamento de verbas remuneratórias de servidores, nos termos do julgamento do recurso repetitivo no REsp 1.086.944-SP, de relatoria da eminente Min^ª. Maria Thereza de Assis Moura, sendo julgado em 11.3.2009.

Em que pese a presente ação ter sido ajuizada após a entrada em vigor da MP 2.180-35/2001, o caso em tela não trata de atraso no pagamento de verba remuneratória, mas sim de indenização por ato ilícito.

Ademais, mesmo com a novel alteração do referido artigo, por meio da Lei 11.960/2009, ampliando-se o campo de aplicação a qualquer indenização contra a Fazenda Pública, igualmente não se aplica o referido diploma legal por força do princípio *tempus regit actum*, pois, como dito, a ação foi ajuizada antes desta modificação normativa.

Assim, os juros moratórios deverão ser fixados, a partir do evento danoso, na alíquota de 0,5% ao mês, até a entrada em vigor do Novo Código Civil, quando então deverá ser observada a taxa SELIC.

Superior Tribunal de Justiça

Diante do exposto, dou parcial provimento ao Recurso Especial para:

- a) **excluir a indenização de danos materiais** por identidade de fato gerador com benefício previdenciário;
- b) **limitar o quantum dos danos morais** ao pedido inicial (R\$ 20.000,00);
- c) **fixar a taxa de juros moratórios**, a partir do evento danoso, na alíquota de 0,5% ao mês, até a entrada em vigor do Novo Código Civil, quando então deverá ser observada a taxa SELIC.

É como voto.



Superior Tribunal de Justiça

**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
SEGUNDA TURMA**

Número Registro: 2009/0034302-1

REsp 1125195 / MT

Números Origem: 1912002 201542008

PAUTA: 20/04/2010

JULGADO: 20/04/2010
SEGREDO DE JUSTIÇA

Relator

Exmo. Sr. Ministro **HERMAN BENJAMIN**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **HUMBERTO MARTINS**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **CARLOS EDUARDO DE OLIVEIRA VASCONCELOS**

Secretária

Bela. **VALÉRIA ALVIM DUSI**

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : ESTADO DE MATO GROSSO
PROCURADOR : CARLOS EMILIO BIANCHI ENTO E OUTRO(S)
RECORRIDO : E M DE O (MENOR) E OUTROS
REPR. POR : A M DE O
ADVOGADO : MURILO DE SANTANA MALHEIROS E OUTRO(S)

ASSUNTO: DIREITO ADMINISTRATIVO E OUTRAS MATÉRIAS DE DIREITO PÚBLICO -
Responsabilidade da Administração

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia SEGUNDA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"A Turma, por unanimidade, deu parcial provimento ao recurso, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a)-Relator(a)."

Os Srs. Ministros Mauro Campbell Marques, Eliana Calmon, Castro Meira e Humberto Martins (Presidente) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 20 de abril de 2010

VALÉRIA ALVIM DUSI
Secretária