

ARTIGOS

LIQUIDAÇÃO DO DANO À PESSOA

Sumário. 1. Introdução. 2. Das indenizações. 2.1. Indenização em caso de morte. 2.1.1. Funeral. 2.1.2. Luto. 2.1.3. Credores da pensão. 2.1.4. Idade provável. 2.1.5. Valor da pensão. 2.1.6. Vítima menor. 2.1.7. Pensão em favor do menor. 2.1.8. Morto que não exerce atividade laborativa. 2.1.9. Alimentos in natura. 2.2. Indenização em caso de lesão temporária à saúde. 2.2.1. Despesas de tratamento. 2.2.2. Lucros cessantes. 2.2.3. Outros prejuízos. 2.2.4. Dano biológico sem perda da capacidade laboral. 2.3. Indenização em caso de lesão definitiva à saúde. 2.3.1. Pensão vitalícia. 2.3.2. Indenização arbitrada e paga de uma só vez. 2.3.3. A incapacidade social. 3. Formas de reparação. 4. Liquidação do dano moral. 4.1. Dano moral na morte de outrem. 5. Liquidação dano estético. 6. Liquidação do dano material. 6.1. Indenização fixada pelo juiz criminal. 6.2. Valor da pensão. 6.3. Liquidação do dano em parcela única. 6.3.1. Método de cálculo por pontos. 6.3.2. Método multiplicador ou linear. 6.3.3. Método do capital rentável. 6.3.4. Método do capital amortizável ou matemático financeiro. 6.3.5. Método concreto. 7. Compensação do lucro com o dano. 7.1. Liberalidades ou doações em favor da vítima. 7.2. Benefícios previdenciários. 7.3. Seguros. 7.4. Heranças e legados. 8. Juros sobre a indenização por danos morais. 9. Correção monetária. 10. Extensão da indenização por atos ilícitos. 11. Indenização na culpa concorrente. 12. Conclusão. 13. Referência.

1. Introdução

A doutrina e jurisprudência vacilam muito no momento de fixação do valor do dano em decorrência de lesão causada a outrem. Neste sentido é que, procurando contribuir para o debate, neste trabalho trataremos de algumas questões práticas relacionadas especificamente à quantificação da indenização devida pelo ofensor em face do dano causado à integridade física de outrem.

São várias as situações e, ao certo, não esgotaremos todas elas. Procuraremos abordar as situações mais comuns, especialmente as mais controversas, como, por exemplo, quanto à definição do valor da indenização no caso de dano moral.

2. Das indenizações

Antes de adentrarmos nas questões diretamente relacionadas à liquidação dos danos, cabe rever algumas lições relacionadas às indenizações devidas em caso de lesão à pessoa.

2.1. Indenização em caso de morte

No caso de morte, o art. 948 do Código Civil, prevê que a indenização consiste, “sem excluir outras reparações”, “I - no pagamento das despesas com o tratamento da vítima, seu funeral e o luto da família; II - na prestação de alimentos às pessoas a quem o morto os devia, levando-se em conta a duração provável da vida da vítima”.

A indenização, portanto, deve incluir, além de outras reparações eventualmente devidas, o ressarcimento havido com o tratamento da vítima, se for o caso delas ter ocorridos antes da morte.

O dano aqui, se houver, seria causado à própria vítima, que arca com as despesas de tratamento. Logo, ele se transmite ao Espólio e aos seus herdeiros.

2.1.1. Funeral

Deve se incluir, ainda, no valor da indenização o ressarcimento das despesas havidas com o funeral da vítima. As despesas do funeral devem ser ressarcidas a quem arcou com as mesmas. Tais despesas, pois, não necessariamente são arcadas pelo Espólio ou sucessores. Logo, a legitimidade para exigí-las recairá sobre quem arcou com tais despesas.

Nas despesas do funeral se incluem todas aquelas realizadas para o sepultamento da vítima, desde que não fujam ao razoável e sejam adequadas à posição social do falecido. Devem ser levados em conta, ainda, além da condição

EDILTON MEIRELES,
Desembargador do Trabalho
do TRT da 5ª Região (Bahia).
Doutor em Direito (PUC/SP).
Pós-doutor (Universidade de
Lisboa). Professor Adjunto
da UFBA e da UCSal.

social do morto, os usos e costumes locais relativos aos atos de enterro, bem como as exigências religiosas e a vontade de manifestação do falecido quanto aos atos pertinentes, salvo quanto ao que foge ao que normalmente se admite como razoável.

Por exemplo, se a vítima manifestou a vontade de ser cremado, razoável que se imponha ao ofensor o ônus de arcar com a despesa respectiva. Fora do razoável seria exigir o pagamento de um funeral no topo da Cordilheira dos Andes de alguém que gostava de fazer alpinismo.

Óbvio, ainda, que não se pode exigir o pagamento das despesas de funeral pomposo para uma pessoa que vivia em dificuldades financeira ou pertencente à camada de baixo escalão social. Por outro lado, é razoável a despesa com a compra de um jazigo perpétuo de pessoa (ou sua família) que tinha condições social e econômica para adquiri-lo se vivo fosse. O mesmo se diga em relação ao mausoléu.

Incluem-se, em fim, nesta categoria, todas as despesas inerentes ao funeral, desde o velório ao enterro, englobando-se a compra do esquife, a locação do espaço para o velório, as flores, espaço para o enterro (cova), anúncios, transladação do corpo, cerimônia religiosa, etc, tudo de acordo com os usos e costumes e tradições religiosas das pessoas da classe social da família do falecido.

É muito comum, porém, da parte não fazer a prova das despesas de funeral. Mas elas são presumidas. Daí porque, o STJ, tem firme jurisprudência entendendo que, neste caso, deve ser assegurado um valor para ressarcir as despesas do funeral, ainda que arbitrada pelo juiz (vide Resp. n. 860.221, Rel. Min. Luís Felipe Salomão).

Podemos, inclusive, citar decisão no mesmo sentido, quando, então, decidiu-se, verbis:

“Desnecessidade de comprovação das despesas de funeral para a obtenção do ressarcimento dos causadores do sinistro, em face da certeza do fato, da modicidade da verba quando dentro dos parâmetros previstos pela Previdência Social e da imperiosidade de se dar proteção e respeito à dignidade humana. Precedentes do STJ” (REsp 625161/RJ, Rel. Ministro Aldir Passarinho).

No mesmo sentido:

“Encontra-se sedimentada a orientação desta Turma no sentido de que inexigível a prova da realização de despesas de funeral, em razão, primeiramente, da certeza do fato do sepultamento; em segundo, pela insignificância no contexto da lide, quando limitada ao mínimo previsto na legislação previdenciária; e, em terceiro, pelo relevo da verba e sua natureza social, de proteção à dignidade humana” (REsp 210.101/PR, Rel. Carlos Fernando Mathias, Juiz Federal Convocado).

O STJ, todavia, ainda hoje, tem arbitrado esse valor em quantia idêntica ao que seria devido pelo INSS a título de auxílio funeral. Tal benefício previdenciário, porém, já foi extinto desde 1997, com a revogação imposta pela Lei n. 9.528/97.

Pode-se, então, pensar em arbitrar esse valor, por analogia, tomando como parâmetro o disposto no art. 226 da Lei n. 8.112/91 (Estatuto do Servidor Público Federal), que fixa o auxílio funeral devido aos familiares do servidor falecido em quantia equivalente à remuneração percebida pelo de cujus.

Tal valor, assim, na ausência de prova efetiva das despesas de funeral, serviria para ressarcir a perda econômica sofrida com o enterro da vítima. Óbvio, porém, que tal raciocínio somente deve ser aplicado em favor dos familiares do falecido. Já em relação ao terceiro que tenha custeado as despesas do funeral, caberá ao mesmo fazer a prova respectiva.

2.1.2. Luto

Por luto da família se entende o período no qual os familiares mais próximos da vítima se resguardam, em sentimento de tristeza, devida a dor sofrida com a perda de ente querido. Tal período, pois, deve ser ressarcido, quando o enlutado deixa de produzir renda (produzir; trabalhar) ou mesmo sofre abalo moral.

Veja o exemplo de um autônomo, que somente obtém renda quando labora. Nos dias de luto o mesmo deixa de trabalhar. Logo, sofre um dano a ser reparado pelo causador da ofensa que resultou na morte de seu familiar.

O período de luto, por sua vez, é controvertido. Ao adotar os parâmetros mencionados em lei, teríamos que ele se resume há dois dias para os empregados em geral (inciso I do art. 473 da CLT), nove dias para os professores (§ 3º do art. 320 da CLT) e oito dias para o servidor federal (alínea “b” do inciso III do art. 97 da Lei n. 8.112/90).

Razoável, porém, é tomar como parâmetro a regra do inciso III do art. 217 do CPC, que veda a citação de parentes do falecido até o sétimo dia seguinte ao falecimento. Para fins de apuração dos lucros cessantes, pois, ter-se-ia como limite o luto de até sete dias.

Por “família”, por sua vez, deve se entender todos os entes queridos e mais próximos do falecido. Não só os familiares tais como assim previstos em lei, mas também o cônjuge, o companheiro, o dependente não-parente, madrasta ou padrasto, enteados, menor sob guarda ou tutela, etc.

Pode-se, de qualquer modo, estabelecer a regra de que o luto envolve, pelo menos, o cônjuge (igualando-se os

companheiros), os ascendentes, os descendentes, os irmãos e os dependentes do falecido, em aplicação analógica do art. 473 da CLT.

Óbvio, porém, que aquele que apenas é empregado ou servidor e que durante o período de luto recebe seus salários, não sofre qualquer dano material neste período. Logo, a indenização relativa à perda da renda não se aplica neste caso.

Outrossim, no conceito de luto a ser indenizado, considerando as circunstâncias, usos e costumes locais e religiosos e a posição social e econômica da família, também se inclui as despesas havidas com a aquisição de roupas fúnebres (exemplo de roupas escuras) para os familiares da vítima, bem como os gastos com cerimônias religiosas após o enterro (missa de sétimo dia, etc), tudo com respeito ao princípio da razoabilidade.

Ressalte-se, ainda, que, neste caso, a legitimidade para exigir a indenização pelo luto será da própria pessoa enojada. Diga-se, ainda, que aqui se cuida, tão somente, do dano material decorrente do luto.

Por fim, ressalte-se que há doutrinadores que sustentam que o Código Civil, ao tratar do luto da família, apenas quis se referir ao dano moral sofrido pelas pessoas próximas do falecido. Assim não entendemos, no entanto, já que ela parte de uma interpretação restritiva do dispositivo em comento. Cremos, assim, que essa regra tanto respalda a pretensão da indenização moral, como a material.

2.1.3. Credores da pensão

A lei também prevê o pagamento de uma “prestação de alimentos às pessoas a quem o morto os devia”. Aqui o dano é gerado à pessoa a quem o morto devia alimentos. Se vivo fosse, o devedor da prestação alimentícia iria pagá-la, logo o causador da morte deve assumir tal obrigação.

Destaque-se, de logo, que como a pensão é devida a quem o morto a devia, somente tais dependentes são quem possuem legitimidade para reclamar tal pensão. Trata-se de direito próprio dos dependentes e não do falecido.

Tal pensão seria devida, assim, reciprocamente, entre cônjuges ou companheiros e pais e filhos, extensivo a todos os ascendentes, na falta destes, aos descendentes e, faltando estes, aos irmãos, assim germanos como unilaterais (arts. 1.694, 1.696 e 1.697 do CC).

Essa pensão, por sua vez, tem natureza alimentar indenizatória. E, conquanto guarde a natureza indenizatória, ela se rege, na sua fixação, pelas mesmas regras pertinentes aos alimentos devidos por um parente ou cônjuge a outro.

2.1.4. Idade provável

A pensão pós-morte, todavia, não é vitalícia. A lei menciona que a pensão será devida “levando-se em conta a duração provável da vida da vítima”.

A jurisprudência é extremamente vacilante na definição dessa idade provável da vítima. Creio que, com o desenvolvimento das estatísticas, a melhor solução seja adotar o índice estabelecido pelo IBGE, divulgado por força do art. 2º do Decreto n. 3.266/99 (30/11/99), considerando a tábua de mortalidade média nacional única para ambos os sexos. Tal estatística, divulgada todo ano no mês de novembro, estabelece a data provável de vida do brasileiro de acordo com a sua idade.

A tábua de mortalidade divulgada em novembro de 2009, por exemplo, aponta a idade média do brasileiro (ambos os sexos) em 73,2 anos. Contudo, uma pessoa que contava com 50 anos, tinha uma perspectiva de vida de 29 anos, podendo, assim, chegar aos 79 anos de idade. E quem alcançava a idade de 72 anos, tinha uma perspectiva de duração provável de vida de mais 13,4 anos.

Tal tabela, pois, por ser oficial, deve ser considerada para definição da duração provável de vida da vítima na data de sua morte. Ela, inclusive, sana a dúvida de se estabelecer qual a duração razoável de vida da vítima quando ela morreu em idade superior à média nacional.

Pode-se, se for o caso, se fazer opção, ainda, de aplicação da tábua de mortalidade de acordo com cada sexo, refletindo mais a realidade de duração de vida da vítima.

2.1.5. Valor da pensão

Quanto ao valor da pensão, algumas questões devem ficar esclarecidas.

A primeira delas é que a pensão não pode jamais equivaler ao total que a vítima poderia perceber se vivo fosse. Isso porque parte de sua renda era destinada ao seu próprio sustento e somente uma parte poderia ser destinada ao pagamento da pensão alimentícia. Logo, aqueles que podem exigir a pensão alimentícia somente fazem jus ao valor que seria devido pelo morto se vivo fosse.

Cabe, assim, ao juiz, em cada caso concreto, arbitrar o valor da pensão, tal como o juiz de família no arbitramento da pensão alimentícia, tendo em vista as circunstâncias que cercam a hipótese em apreciação.

Devem ser observadas, porém, duas regras postas no Código Civil, em seu art. 1.694, quais sejam, “os alimentos devem ser fixados na proporção das necessidades do reclamante” (§ 1º) e “os alimentos serão apenas os indispensáveis à subsistência, quando a situação de necessidade resultar de culpa de quem os pleiteia” (§ 2º).

Igualmente, não se aplica, no caso da pensão indenizatória, a regra de limitação do seu valor à capacidade da pessoa obrigada (§ 1º, in fine, do art. 1.694). Isso porque, aqui, a pensão alimentícia é devida enquanto prestação indenizatória, visando reparar o dano causado a outrem. E, em sendo assim, descabe levar em conta a capacidade econômica do devedor.

Neste caso, cabe ao autor da demanda, ainda, apontar qual seria a idade provável da vida da vítima, socorrendo-se da tábua de mortalidade divulgada pelo IBGE relacionada à época da morte.

Cumpra-se, ainda, alegar (e comprovar) os fatos que devem ser considerados pelo juiz na fixação da pensão, a exemplo do sexo do dependente, grau de parentesco, sua idade, educação, nível cultural, eventual ocupação ou ofício, eventual especificidade ou especialidade de seu trabalho, eventual aptidões ou talento para o trabalho, posição econômica e social, potencialidade a ajuda econômica perdida etc.

Cabe-lhe, igualmente, também alegar e comprovar as eventuais despesas correntes que o dependente deve suprir com a pensão devida, de modo que ela não tenha uma redução em seu status social. Contudo, para tanto, o juiz deve se valer, tanto quanto possível, de elementos objetivos. Daí porque a importância do sucessor ou dependente do falecido comprovar as despesas com a manutenção da residência (prestações de financiamento, IPTU, taxa de condomínio, energia, fornecimento de água, etc), com a educação, despesas com empregados necessários etc.

2.1.6. Vítima menor

Em caso de morte de menor, a jurisprudência (Súmula n. 491 do STF) tem entendido que a pensão é devida aos pais a partir do momento em que a vítima completaria 14 anos, pois idade na qual ele poderia firmar contrato de emprego como aprendiz (STJ, REsp 586.443, Rel. Min. Castro Meira). A partir de então, a pensão seria devida até a idade provável da vítima.

Aqui se busca reparar o dano futuro, ou seja, aqueles previsíveis. E se já determináveis, podem, desde logo, serem assegurados pelo juiz.

Contudo, a jurisprudência do STJ também é dominante no sentido de que a pensão deve ser reduzida à metade após a data em que o menor completaria 25 (vinte e cinco) anos, pois “possivelmente constituiria família própria, reduzindo sua colaboração no lar primitivo” (STJ, REsp 586.443, Rel. Min. Castro Meira).

Esse último entendimento, aliás, pode ser aplicado em caso de morte de pessoa solteira menos de 25 anos. Isso porque é certo que, provavelmente, após os 25 anos, o solteiro maior de idade também “possivelmente constituiria família própria, reduzindo sua colaboração no lar primitivo”.

Já em relação ao maior de 25 anos e solteiro seria o caso de se aplicar o mesmo raciocínio, mas considerando que num prazo de dois ou três anos ele iria constituir família.

2.1.7. Pensão em favor do menor

Há jurisprudência firmando o entendimento de que, em caso de pensão devida a sucessor menor, a mesma deve ser limitada à idade em que o mesmo completaria 25 (vinte e cinco) anos. Parte-se do pressuposto de que esta seria a idade provável da cessação da dependência financeira dos filhos em relação aos pais.

Assim não entendemos. Cremos que, em verdade, deva se aplicar a regra do direito de família quanto ao pagamento da pensão (arts. 1.694 a 1.710 do CC). Ou seja, a pensão seria devida enquanto “quem os pretende não tem bens suficientes, nem pode prover, pelo seu trabalho, à própria manutenção” (art. 1.695 do CC).

Uma vez fixada a pensão, pois, caberá ao obrigado a pagá-la comprovar, na devida ação revisional, que o credor já tem bens suficientes ou pode prover pelo seu trabalho sua manutenção, de modo a se exonerar ou reduzir o valor dos alimentos. Em suma, se depois de fixados os alimentos, sobrevier mudança na situação financeira de quem os recebe, “poderá o interessado reclamar ao juiz, conforme as circunstâncias, exoneração, redução ou majoração do encargo” (art. 1.699 do CC).

2.1.8. Morto que não exerce atividade laborativa

É pacífica, ainda, a jurisprudência quanto a ser devida a pensão mesmo que o morto não exercesse atividade laborativa (Súmula n. 491 do STF).

Dificuldade há na fixação da pensão neste caso. Isso porque, em regra, no caso em que o morto percebia renda, a pensão geralmente se fixa a partir de um percentual sobre o ganho da pessoa.

No caso do falecido que não trabalhava se admite, porém, que a pensão seja fixada a partir do valor do salário mínimo (Súmula n. 490 do STF). E nos casos de pessoas de baixa escolaridade e qualificação, a jurisprudência se firma para estabelecer a pensão no valor do salário mínimo.

Contudo, em caso de pessoa que possuía maior qualificação profissional (advogado desempregado, por exemplo), há de ser levada em conta à potencialidade da renda do falecido.

2.1.9. Alimentos in natura

Nada impede, ainda, que o devedor da pensão cumpra sua obrigação de forma in natura, dando hospedagem e sus-

tento ao credor, “sem prejuízo do dever de prestar o necessário à sua educação, quando menor” (art. 1.701 do CC). Neste caso, caberá ao juiz, “se as circunstâncias o exigirem, fixar a forma do cumprimento da prestação” (parágrafo único do art. 1.701 do CC).

2.2. Indenização em caso de lesão temporária à saúde

A segunda hipótese tratada especificamente no Código Civil cuida da lesão ou ofensa à saúde em caráter temporário, sem deixar seqüelas ou diminuição definitiva na capacidade laboral. Em suma, aqui estariam acobertadas as situações nas quais a pessoa é ofendida em sua saúde e necessita ser tratada.

Neste caso, dispõe o art. 949 do Código Civil que o ofendido terá direito a uma indenização equivalente às despesas do tratamento de sua saúde e dos “lucros cessantes até ao fim da convalescença, além de algum outro prejuízo que o ofendido prove haver sofrido”.

A indenização, assim, pode ser composta de três parcelas: o ressarcimento das despesas de tratamento; os lucros cessantes; e outro prejuízo que tenha sofrido o ofendido.

2.2.1. Despesas de tratamento

Nas despesas de tratamento incluem-se todos os gastos havidos pelo ofendido para recompor sua saúde, incluindo-se neles as despesas médicas, com enfermeiros, paramédicos, hospitalares, com remédios, exames, terapia, fisioterapia, equipamentos utilizados durante o tratamento (muletas, próteses, óculos, locação de cama ortopédica), com transporte especial (nos deslocamento até ao hospital, clínica ou laboratório), etc.

Em caso de seqüela, que exija tratamento para o resto da vida, por certo que se incluem todas essas despesas enquanto elas se fizerem necessárias. Cabe, assim, a condenação nas despesas futuras, desde que, de logo, previsíveis e determináveis. Para uma pessoa que precisará usar medicamento pelo resto da vida, por certo essa despesa é previsível e determinável, ainda que seu valor somente possa se apurar em momento posterior (em liquidação articulada). Também aqui se incluem as despesas havidas com pessoas contratadas para acompanhar o lesado durante o período de tratamento, quando se faz necessário (enfermeira particular, etc).

Pode ocorrer, todavia, da pessoa ser lesada e não efetuar nenhuma despesa de tratamento, quando, por exemplo, é socorrido por médico gratuito, etc.

É preciso lembrar, ainda, que nem sempre o pedido respectivo precisa ser certo e determinado. Isso porque se pode estar diante de uma situação na qual a vítima ainda esteja em tratamento. Logo, pode formular pedido genérico, já que não é possível “determinar, de modo definitivo, as conseqüências do ato ou do fato ilícito” (inciso II do art. 286 do CPC).

É muito comum, ainda, a parte não produzir a prova do que gastou em tratamento. Contudo, elas são presumidas, assim como são presumidas as futuras despesas de tratamento. Neste caso, então, impõe-se a condenação genérica nesta indenização (inciso II do art. 286 do CPC), a ser quantificada em artigos de liquidação (quando, então, o ofendido deverá comprovar as despesas realizadas em tratamento), seja para pagamento das despesas médicas, hospitalares, farmacêuticas já realizadas, como às futuras.

2.2.2. Lucros cessantes

Os lucros cessantes equivalem, em outras palavras, ao pagamento de uma pensão correspondente à importância do trabalho para qual o ofendido se inabilitou. Ou, em sentido mais amplo, é a importância correspondente ao que o ofendido deixou de auferir durante o período a qual se inabilitou.

Por lucros cessantes se entende o que a pessoa lesada deixa de auferir em face da lesão. Não se deve levar, todavia, ao pé da letra a acepção “cessante”, pois não se exige que necessariamente o lesado estivesse ou esteja exercendo uma atividade remunerada, que foi “cessada”. Basta, em verdade, a perda da possibilidade de deixar de auferir renda.

Outrossim, não se trata propriamente da perda dos lucros, ou seja, da diferença entre o capital empregado e aquilo que auferiu (“lucro do negócio”). A expressão lucros aqui é utilizada no sentido de “ganho”, “remuneração”, “renda”, interpretando-a de forma ampla de modo a envolver qualquer benefício, utilidade ou vantagem que se deixa de poder obter em face da lesão.

Também pode ocorrer do lesado não sofrer qualquer dano cessante. Ou seja, ainda que lesado em sua saúde não tenha deixado de auferir qualquer renda, na hipótese em que não tenha diminuído sua capacidade laboral. É o que pode ocorrer com alguém que é lesado em um olho, mas continua com sua plena capacidade laboral durante todo período de tratamento.

Óbvio, ainda, que os lucros cessantes (pensão) são devidos desde o evento que tenha inabilitado o ofendido.

O valor da pensão, por sua vez, deve equivaler monetariamente ao que o trabalhador deixou de auferir durante o período em que, eventualmente, ficou inabilitado para o trabalho, pois o que se busca recompor é o patrimônio que deixou de ser adquirido em face da perda da capacidade de laborar.

Óbvio, no entanto, que, na fixação desse valor, o juiz deve ter em conta o grau de incapacidade laboral da pessoa: se parcial ou total. Na parcial, por certo, os lucros cessantes são menores, já que a pessoa somente parcialmente tem diminuída sua capacidade laboral. Já na incapacidade total, os lucros cessantes são maiores, pois o lesado fica inabilitado para o trabalho.

É certo, ainda, que mesmo retornando à sua vida plena atividade, após o tratamento, o ofendido faz jus aos lucros cessantes do período em que se inabilitou. Pouco importa, para tanto, que o mesmo tenha readquirido sua capacidade laboral. O que importa, neste caso, é a incapacidade temporária.

É comum, outrossim, que possa variar o grau de incapacidade durante o tratamento. O ofendido, por exemplo, logo após o evento danoso, pode ficar internado num hospital e depois da alta hospitalar continuar em tratamento, mas com o retorno parcial de sua capacidade de trabalhar. Neste caso, então, teríamos um período de incapacidade total (internamento no hospital) e outro de incapacidade parcial. Lógico, então, que, para cada período, o valor da pensão (lucros cessantes) será distinto.

A esse respeito, aliás, aplicam-se, ainda, as lições postas adiante, no que couber, em relação à pensão devida em caso de lesão com seqüela.

Frise-se, porém, que se deve indenizar o que razoavelmente (art. 402 do CC) o lesado lucraria, a partir do que ordinariamente aconteceria, seguindo o curso natural da vida, tendo em vista os antecedentes ou, na sua ausência, seus parâmetros ou situações análogas. Ao julgador cabe se guiar pelo prognóstico de probabilidade, e não de meras possibilidades. Não cabe exigir a certeza absoluta, nem se contentar com a mera possibilidade.

Tudo isso, no entanto, tendo em vista a equidade, a partir do que acontece naturalmente; a congruência (coerência, conformidade) entre o critério escolhido e a medida adotada; e o equilíbrio ou equivalência, que impõe que a indenização deva, tanto quanto possível, corresponder ao valor do dano. Cabe, assim, de ordinário, tentar construir hipoteticamente o que poderia ter ocorrido.

Neste último caminho, ainda, não se pode olvidar, na fixação da indenização, de “abater” as eventuais despesas ou gastos que o lesado teria em condições normais. Em suma, deve ser descontado dos lucros cessantes o valor dos gastos que a pessoa teria para obtê-los, de modo a evitar o enriquecimento ilícito.

Tome-se como exemplo o caso do profissional liberal (um dentista, por exemplo) que fica impossibilitado de trabalhar durante determinado tempo, ficando em tratamento médico. De intuitivo, podemos afirmar que os lucros cessantes seriam correspondente à média diária do que o dentista auferia na sua atividade laboral, a partir de sua experiência pretérita. Neste caso, no entanto, é necessário que se abata o que o lesado gastaria em sua atividade (despesas de energia, produtos, água, etc), do contrário o lesado ficará numa situação melhor do que a anterior, enriquecendo-se ilicitamente.

Analogicamente, em relação ao trabalhador-empregado, cabe “descontar” o que ele “gastaria” com seu emprego, desde as despesas com vestimentas para o trabalho aos gastos com transportes (se for o caso), etc, sem se esquecer dos “descontos legais” que incidem sobre o salário (imposto de renda, contribuições previdenciárias, etc). Óbvio, ainda, que não se pode querer fixar o valor da indenização por lucros cessantes apenas a partir da experiência pretérita do lesado, já que ela pode não corresponder ao que ele deixaria de auferir no futuro. É o exemplo do recém-formado que perde a possibilidade de auferir renda a partir de sua habilitação profissional. Neste caso, por certo, tem como parâmetro pra fixação do valor dos lucros cessantes o que ele auferiu na sua profissão não irá refletir o que provavelmente ganharia no futuro.

Em situações tais, portanto, melhor seguir o critério comparativo, isto é, toma-se como parâmetro um outro profissional de maior experiência. Adota-se o critério da “comparação de mercado”.

Por fim, destaque-se que, até por analogia ao disposto nos incisos I e II do art. 210 da Lei n. 9.279/96 (que regula direitos e obrigações relativos à propriedade industrial), cabe adotar o princípio do critério mais favorável ao lesado para determinação dos lucros cessantes, ainda que optando entre “I - os benefícios que o prejudicado teria auferido se a violação não tivesse ocorrido; ou II - os benefícios que foram auferidos pelo autor da violação do direito”.

2.2.3. Outros prejuízos

A lei menciona, ainda, que a indenização poderá ser composta por parcela equivalente a “outro prejuízo que o ofendido prove haver sofrido”.

Aqui a lei deixou em aberto à possibilidade de o lesado demonstrar que sofreu outros danos além daqueles relativos ao tratamento e lucros cessantes.

Pode-se, pensar, neste caso, nas situações nas quais o ofensor, ao causar lesão à saúde do ofendido, também danificou outros bens que lhe pertenciam, a exemplo de roupas, relógio, etc, os quais devem ser recomposto ao patrimônio do lesado. São situações, aliás, que ocorrem comumente em caso de lesões decorrentes de típicos acidentes.

Aqui, também, caso não se inclua no conceito de danos decorrentes do tratamento, pode-se pensar nas despesas havidas com pessoas contratadas (cuidador) para acompanhar o lesado durante o período de tratamento (ou em decorrência da seqüela), quando se faz necessário (enfermeira particular, etc), levando-se em conta a dificuldade de locomoção, cuidado de si próprio, a comunicação, o preparo da alimentação, o trato com a higiene pessoal, etc. Não à toa, a Lei n. 8.213/91 assegura ao aposentado por invalidez um acréscimo de 25% (vinte e cinco por cento) no valor dos proventos da aposentadoria na hipótese em que o segurado necessita da assistência permanente de outra pessoa. Tal percentual, aliás, pode ser considerado na fixação dessa despesa com o terceiro cuidador, tendo como base de cálculo a pensão devida pelo ofensor durante o período de tratamento ou pelo resto da vida da vítima em caso de seqüela.

Diga-se, ainda, que, neste caso, não se pode exigir do parente ou cônjuge a assunção desse amparo, desde quando ele decorre de ato ofensor praticado por terceiro e ultrapasse os cuidados que ordinariamente seria exigido no âmbito normal do dever de assistência (especialmente entre cônjuges). Cabe, porém, a critério do parente ou cônjuge, se assim o desejar, converter o pagamento da despesa com a contratação de terceiro cuidador pela fixação de uma remuneração a ser paga à pessoa da família que passa a exercer esse papel.

É certo, ainda, que, no caso de seqüela, não se tratando mais de equipamento ou serviço utilizado durante o tratamento, cabe a reparação das despesas havidas com óculos, compra ou locação de cama ortopédica, muletas, bengalas, cadeira de rodas, próteses, aparelhos auditivos, etc, desde que elas se façam necessárias em decorrência da lesão física sofrida por ato do ofensor.

O mesmo se diga em relação às despesas permanentes com terapia, fisioterapia, etc, se não incluídos no conceito de despesas de tratamento.

Da mesma forma, incluem-se nesta categoria as despesas havidas pelo lesado com obras de adaptação ou de construção quando, por exemplo, haja necessidade de construir rampas de acesso à residência (ou ao local de trabalho, se for autônomo), colocação de elevador, adaptação de portas e instalações sanitárias, etc. Inclui-se, ainda, até a aquisição ou locação de nova habitação (ou local de trabalho) se aquela na qual reside a vítima não comporta reformas ou elas sejam de maior monta do que o necessário às adaptações. E, para tanto fixar a indenização, nestes casos, cabe ao juiz determinar a prova pericial do local de residência da vítima, de modo a se apurar o que seria necessário reformar ou construir.

Pode-se, pensar, ainda, nas despesas havidas com as adaptações necessárias para que a vítima possa continuar a usufruir de momentos de lazer. Se antes, a vítima se distraía com a prática de esporte, caso se torne um deficiente físico, pode-se pensar na reparação das despesas com a compra de utensílios ou equipamentos que lhe permitam se distrair (gozar do direito ao lazer) de outro modo, a exemplo da compra de uma televisão, etc.

Importante, aqui, pois, é considerar a reparação dos danos decorrentes da perda da qualidade de vida da vítima. Tudo o que for minimamente necessário para reparar essa perda, pois, deverá ser incluída na indenização devida. E é neste sentido, inclusive, que se pode, com bastante razão e também em prol do interesse do ofensor, incluir as despesas realizadas com a requalificação profissional do lesado. Isso porque a vítima tem todo o direito de se requalificar, buscando se reinserir no mercado de trabalho, enquanto verdadeira reparação natural da lesão sofrida (perda ou diminuição da capacidade laborativa). Tal despesa interessa, inclusive, ao ofensor, já que, à medida que o lesado readquire condições de laborar, tendo em vista seu maior ou menor grau, poderá aquele primeiro se exonerar da obrigação de pagar pensão ou pedir a diminuição do seu valor.

Diga-se, por fim, que todas as lições acima se aplicam nos casos de seqüela, isto é, quando a pessoa tem ofendida sua integridade física de forma permanente e necessita de tratamento ou cuidados por tempo indeterminado.

É certo, ainda, que a condenação da reparação desses danos pode ser para o futuro, isto é, condena-se a reparar as despesas que estão por vir, apurando-se, em liquidação articulada, se for necessário, o valor respectivo. Aqui se trata, portanto, da condenação em uma prestação de trato sucessivo.

Acrescente-se que a doutrina europeia também aceita como indenizáveis “as despesas realizadas com vista a prevenir uma ameaça de dano”, pois “são consideradas dano ressarcível, desde que a realização dessas despesas se revele razoável” (Principles of european tort law, art. 2:104. Despesas preventivas).

Em outras palavras, cuida-se de ressarcir as despesas havidas para prevenir a ocorrência de um provável dano futuro, a exemplo da realização de uma cirurgia não necessária contemporaneamente, mas que se faz premente para que, com o passar do tempo, a lesão não se agrave. E, de fato, existem situações lesivas nas quais hoje não demandam uma cirurgia reparadora, por exemplo, mas com o decorrer do tempo ou o “peso da idade”, ela se fará necessária. Daí porque, para se evitar essa lesão futura, pode-se incluir, desde já, na reparação da ofensa (“outros prejuízos”) o custo com a realização dessas despesas para prevenir uma ameaça (ou agravamento) de dano, desde que se mostre razoável a sua ocorrência, ou seja, haja uma grande probabilidade da lesão vir a ocorrer no futuro.

Desde que se mostre razoável, pois nem sempre ela será necessária, pois a depender de cada caso e das condições pessoais da vítima.

Lembre-se outrossim, que o dano futuro não se confunde com o dano potencial, pois este último se trata de uma situação possível de ocorrer, mas improvável. E porque não é certo, ela não deve ser considerado no cálculos da indenização. Óbvio, no entanto, que, se na evolução da lesão ela se mostrar negativa, caberá ao lesado pedir a revisão do valor da eventual pensão devida.

Também não se pode esquecer, ainda, da reparação do dano decorrente da privação do uso, isto é, aquele que decorre da impossibilidade de a pessoa utilizar determinado bem, ainda que do seu não-uso não decorra um prejuízo imediato. É a situação da empresa de ônibus que possui “automóveis reservas”, que substituem o veículo em uso quando danificado. Neste caso, pode-se afirmar que a empresa não sofre o prejuízo decorrente da não-exploração de seu negócio (transporte), já que tem um automóvel reserva. Contudo, em face da privação do uso, cabe a indenização decorrente da perda dos lucros (vide REsp 535979, da 3ª T. do STJ). Na pior das hipóteses, há de se admitir o ressarcimento das despesas com a manutenção da frota reserva.

2.2.4. Dano biológico sem perda da capacidade laboral

Cabe observar que o Código Civil, em seus arts. 949 e 950, cuida de estabelecer regras de indenização quando, diante da agressão à integridade física da pessoa, essa sofre limitações em sua capacidade de trabalho. Tais dispositivos, assim, regulam, a princípio, a indenização devida em caso de perda patrimonial em face da lesão à integridade física.

Contudo, pode ocorrer da lesão à integridade psíquico-física da pessoa sem que esta sofra qualquer redução ou perda na sua capacidade laborativa. Daí porque doutrina abalizada, especialmente a italiana, diferencia, no denominado dano corporal, três subdivisões que devem ser consideradas: o dano corporal em sentido restrito (dano biológico), o dano patrimonial e o dano moral.

Dano biológico (corporal em sentido restrito) é diminuição ou lesão à integridade psicofísica da pessoa em si, considerando o valor homem em toda a sua dimensão, que não se esgota na eventual aptidão para produzir renda. Aqui há lesão à integridade psicofísica, sem perda da capacidade laborativa. Há lesão à saúde.

O dano patrimonial, por sua vez, refere-se justamente à perda da capacidade de produzir riqueza a partir da lesão à integridade física da pessoa. Por conta dessa lesão, o ofendido deixa de auferir lucros, daí porque a reparação em forma de pensão.

Neste caso se busca reparar o dano sucessivo, ulterior e eventual, decorrente da lesão à integridade físico-psíquica da pessoa. Não a lesão à saúde em si, mas sim o dano em consequência, daí porque dano patrimonial (perda da possibilidade de auferir lucros; produzir riquezas; produzir renda).

A partir de tais lições, pois, pode-se concluir que tanto o dano biológico, como o dano corporal patrimonial, deve ser reparado, já que ambos ofendem direito alheio.

O dano corporal patrimonial, no entanto, rege-se pelas regras dos arts. 949 e 950 do Código Civil. Já o dano biológico se sujeita à regra geral da reparação civil (art. 927 do CC).

Na reparação do dano biológico, no entanto, há de ser incluída a despesa de tratamento até o fim da convalescença, incluindo tudo o que for necessário à recuperação do bem saúde (integridade físico-psíquica).

Aqui se pode lembrar da hipótese da eventual perda auditiva parcial, sem qualquer prejuízo para o desenvolvimento das atividades laborativas; a lesão parcial à visão, sem alteração na capacidade produtiva; a lesão à capacidade reprodutiva sem repercussão no labor, etc.

Neste caso de dano apenas biológico, porém, inexistindo dano à capacidade de produzir (dano corporal patrimonial), descaberá a fixação dos lucros cessantes. Cabe reparar a lesão em si e as despesas efetuadas em decorrência dela (medicamentos, compra de óculos, etc).

Por fim, há o dano moral (que será tratado adiante) gerado pela lesão à integridade física.

2.3. Indenização em caso de lesão definitiva à saúde

O Código Civil, outrossim, dispõe de regra específica para a hipótese em que o lesado fica com defeito pelo qual não possa exercer o seu ofício ou profissão ou lhe diminua em definitivo a capacidade de trabalho.

Vale frisar, todavia, que quando falamos em incapacidade em definitivo estamos a nos referir àquelas situações nas quais, em determinado momento, tem-se que a pessoa ficou inabilitada ou tenha diminuído de forma irreversível sua capacidade de trabalhar. Contudo, sabemos que “milagres” acontecem. O que hoje pode ser considerado um dano irreversível, amanhã, com o desenvolvimento da ciência, pode ser reversível. Se a lesão hoje, a ciência não pode curar, amanhã pode encontrar a sua solução.

Além disso, é certo que a pessoa, considerada hoje totalmente incapaz para o trabalho, pode, amanhã, adquirir novos conhecimentos (qualificação) ou habilidades que a tornam produtiva, isto é, capaz de laborar. Daí porque a

aposentadoria por invalidez ser sempre concedida a título precário, já que sempre há a possibilidade, ainda que remota, do quadro de incapacidade ser revertido.

Assim, quando se fala em incapacidade definitiva devemos ter em mente que esse conceito está diretamente vinculado à situação do trabalhador em determinado momento.

Na hipótese agora tratada, o Código Civil dispõe, em seu art. 950, que a indenização, além das despesas do tratamento e lucros cessantes até ao fim da convalescença (conferir comentários do item anterior), incluirá pensão correspondente à importância do trabalho para qual se inabilitou ou da depreciação que ele sofreu.

Óbvio, ainda, que se inclui na indenização “outro prejuízo que o ofendido prove haver sofrido”, a que se refere o art. 949 do Código Civil, remetendo o leitor aos comentários pertinentes lançados no item anterior. O mesmo se diga em relação às despesas de tratamento, que foram objeto de comentários anteriormente.

No art. 950 do CC, o legislador regulou as situações nas quais a pessoa perdeu totalmente sua capacidade laborativa ou a teve diminuída de forma definitiva. Busca-se, assim, assegurar à vítima o ressarcimento do que deixa de auferir em face de sua perda ou diminuição da capacidade laboral. Daí porque o pagamento da pensão (lucros cessantes).

2.3.1. Pensão vitalícia

Tal pensão, por sua vez, deve ser vitalícia ou enquanto mantida a incapacidade. O limite de idade provável da vítima apenas se aplica em caso de morte (art. 948 do CC). Isso porque, enquanto viva a pessoa lesada ela pode auferir renda com sua capacidade laboral. Logo, a pensão deve ser paga até o fim da vida da vítima sequelada.

Vale esclarecer, todavia, que essa indenização é devida mesmo sendo o trabalhador readaptado ao labor. Isso porque a partir da seqüela adquirida, a pessoa fica reduzida em sua capacidade laborativa. Tal, pois, implica que ela não pode mais produzir o mesmo que normalmente seria capaz de gerar com seu labor se não tivesse sofrido qualquer lesão à sua integridade física.

O que se procura reparar com essa pensão é a redução (ou perda) da capacidade laborativa da pessoa, não podendo esta (redução ou perda) ser medida apenas em relação ao trabalho desempenhado em favor do seu empregador, mas, sim, em todos os seus aspectos, haja vista a diminuição, por exemplo, da possibilidade da pessoa obter outras rendas, junto a outro empregador ou de forma autônoma, dadas às doenças ou lesões adquiridas por culpa da reclamada.

Neste sentido, cabe citar a seguinte decisão do STJ:

“CIVIL E PROCESSUAL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO – LESÃO PARCIALMENTE INCAPACITANTE – AUSÊNCIA DE DECESSO SALARIAL – ASPECTO IRRELEVANTE PARA A CONCESSÃO DA VERBA – CC, ART. 1.539 – PENSÃO QUE SE ESTENDE AO PERÍODO DE RECEBIMENTO DO BENEFÍCIO TEMPORÁRIO – I. Diversamente do benefício previdenciário, a indenização de cunho civil tem por objetivo não apenas o ressarcimento de ordem econômica, mas, igualmente, o de compensar a vítima pela lesão física causada pelo ato ilícito do empregador, que reduziu a sua capacidade laboral em caráter definitivo, inclusive pelo natural obstáculo de ensejar a busca por melhores condições e remuneração na mesma empresa ou no mercado de trabalho. II. Destarte, ainda que não sofrendo o autor decesso remuneratório, o desempenho do trabalho com maior sacrifício em face das seqüelas permanentes há de ser compensado pelo pagamento de uma pensão indenizatória parcial, independentemente de não ter havido perda financeira concretamente apurada até o momento. III. Pensionamento devido também no período imediatamente subsequente ao acidente, até o início da pensão vitalícia, nas mesmas bases desta” (STJ – RESP 200301768997 – (596192 RJ) – 4ª T. – Rel. Min. Aldir Passarinho Junior – DJU 04.09.2006 – p. 273).

Ora, como dito no julgamento do REsp n. 324.149/SP, pelo Rel. Min. Aldir Passarinho Junior,

“Ainda que o trabalho permaneça sendo remunerado no mesmo patamar que antes do acidente, a pensão objetiva suprir a perda causada pela seqüela. Tal perda não pode ser medida apenas economicamente, sob pena de se dar interpretação rigorosamente literal ao art. 1.539 do Código Civil, afastando-se do seu exato sentido. A suposição do legislador foi que, reduzida a capacidade laboral, reduzida respectivamente a remuneração. Pode até acontecer, como aqui, que isso não tenha ocorrido, e que a vítima permaneceu no emprego. Mas, a indenização civil, diferentemente da previdenciária, busca o ressarcimento da lesão física causada, não propriamente a mera compensação sob a ótica econômica. Fosse assim, bastaria ao lesionado ter um emprego razoável, até mesmo pago por outro empregador, um terceiro, para eximir o anterior, responsável pelo acidente do trabalho, por qualquer obrigação pelo ilícito cometido, o que soa incongruente, data maxima vênua”.

Ora, a situação de eventualmente não ter ocorrido, ao menos temporariamente, a perda remuneratória, não afasta a postulação indenizatória sob a forma de pensão, pois o que se ressarcir é o comprometimento da higidez física, da saúde da pessoa sinistrada, e não uma mera compensação circunstancial.

Basta imaginar a seguinte situação: uma pessoa tem seu braço amputado, mas continua a trabalhar na empresa percebendo o mesmo salário, sem qualquer perda remuneratória. A princípio pode-se afirmar, então, que o ofendido não sofreu qualquer dano remuneratório, daí porque indevida a pensão. Ocorre, porém, que essa pessoa, ao

certo, teve diminuída a sua capacidade de trabalhar diante da perda de um braço. Logo, cabe reparar essa diminuição da capacidade laboral através do pagamento de uma pensão vitalícia.

A questão, então, não será decidir se o lesado tem ou não direito à pensão, mas, sim, qual o valor dessa pensão. É certo que tal valor sempre estará sujeito à revisão em caso de mudança das circunstâncias.

Destaque-se, ainda, que em todos esses pedidos de pagamento de pensão (arts. 949 e 950 do CC), compete, ainda, ao autor apontar, ao menos, os parâmetros para quantificação do valor respectivo. É o caso, por exemplo, do autor indicar quais as parcelas devem ser consideradas na quantificação da perda de sua renda em decorrência da doença, se se preferir que ela seja quantificada a partir do que recebia a título de remuneração na empresa.

Cabe, assim, pedir que seja considerado o duodécimo do 13º salário, integrado o correspondente a 8% do FGTS mensal na base de cálculos, etc. Tudo isso para evitar, em momento posterior, quando da liquidação, a discussão dessas questões, especialmente quando a pensão é fixada em percentual da remuneração.

Cumprido, ainda, apontar todas as circunstâncias que devem ser levadas em conta pelo juiz para a quantificação dessa indenização, especialmente nas hipóteses de perda ou redução da capacidade laborativa. Isso porque, como já dito anteriormente, neste caso, o juiz deve considerar a potencialidade produtiva do lesado e não apenas o que ele, eventualmente, ganha ou ganhava na empresa.

Neste caso, então, cabe apontar as circunstâncias que podem e devem ser consideradas pelo juiz, a exemplo de sua idade, educação, nível cultural, ocupação ou ofício, especificidade ou especialidade de seu trabalho, renda percebida antes da lesão, aptidões ou talento para o trabalho, etc. Em suma, deve-se apontar tudo aquilo que deve ser considerado para se mensurar a capacidade produtiva da vítima, que foi perdida ou reduzida com o evento danoso.

2.3.2. Indenização arbitrada e paga de uma só vez

O parágrafo único do art. 950 do Código Civil, porém, contém uma regra bastante controvertida. Permite tal dispositivo que a vítima, “se preferir, poderá exigir que a indenização seja arbitrada e paga de uma só vez”.

Nesta hipótese, a vítima teria a opção de pedir ou o pagamento da pensão vitalícia, ou o pagamento da indenização em valor único, a ser arbitrado pelo juiz.

Parece-nos, a princípio que nada justifica a condenação em parcela única quando a empresa é sólida economicamente, dispondo de meios para constituição do capital necessário para garantia do pagamento da pensão. Isso porque, como já ressaltado acima, toda e qualquer lesão sempre é reversível. Sempre há a possibilidade, ainda que remota, de qualquer pessoa retomar sua plena ou parcial capacidade laborativa. Logo, o pagamento da indenização em parcela única pode gerar o enriquecimento ilícito da vítima.

A indenização paga em parcela única, assim, deve ser reservada para a hipótese em que a empresa não tem solidez econômica ou não possa constituir o capital necessário para a garantia da pensão.

Contudo, há quem entenda que se trata de um direito potestativo do lesado exigir pagamento da indenização de uma só vez, mas desde que observada a possibilidade econômica do ofensor (Súmula 48 das Jornadas de Direito Civil), “caso em que o juiz poderá fixar outra forma de pagamento, atendendo à condição financeira do ofensor e aos benefícios resultantes do pagamento antecipado” (Súmula 381 das Jornadas de Direito Civil).

A partir da posição topográfica desta regra (parágrafo único do art. 950 do CC), pode-se pensar que essa faculdade apenas está reservada à vítima que se inabilitou para o trabalho ou teve reduzida sua capacidade laboral. Ela, então, não socorreria os herdeiros da vítima falecida (art. 948 do CC), nem a vítima com lesão temporária (art. 950 do CC). Ocorre, porém, que o Código Civil incorreu em uma situação contraditória ao prevê essa faculdade apenas no seu art. 950. Isso porque, nesta hipótese, a pensão devida à vítima é, a princípio, vitalícia. Como, então, quantificar a pensão se, a princípio, não se tem o marco temporal final?

Diante dessa verdadeira lacuna, a jurisprudência dominante acaba por entender aplicável o parâmetro mencionado no art. 948 do CC, qual seja, o da idade provável da vítima. E, a partir daí, entende-se que essa indenização paga em única parcela também pode ser paga nas hipóteses regradadas nos arts. 948 e 949 do Código Civil.

Quanto ao valor da indenização paga de uma só vez, no entanto, remetemos o leitor para o item que trata da quantificação da reparação, quando, então, abordamos os diversos métodos utilizados.

2.3.3. A incapacidade social

Comumente, entende-se que a incapacidade para o trabalho é a impossibilidade temporária ou definitiva para o desempenho de determinada atividade ou ocupação, em consequência de alterações morfofisiológicas provocadas por doença ou acidente, para o qual a pessoa estava habilitada e em exercício.

Os tribunais, entretanto, têm reconhecido também a incapacidade para o trabalho em decorrências de aspectos sociais. É a incapacidade social.

Por incapacidade social se deve entender a situação na qual a pessoa, devida a sua condição socioeconômica, profissional e cultural, não tem como exercer uma atividade, ainda que, do ponto de vista médico, esteja apto ao

labor (STJ, AgREsp n. 1.055.886, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, DJ 09/11/09).

Em suma, na apuração da capacidade da pessoa, devem ser considerados outros aspectos relevantes que não só relacionados diretamente às condições físicas da pessoa. Devem se observar os aspectos médico e social.

Assim, por exemplo, “em face das limitações impostas pela avançada idade, bem como pelo baixo grau de escolaridade” é utópico se defender “a inserção do segurado no concorrido mercado de trabalho, para iniciar uma nova atividade profissional” (STJ, AgREsp n. 1.055.886, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, DJ 09/11/09). Em situações nas quais a pessoa está incapacitada para o ofício que desempenhava e que devido a sua condição social muito dificilmente irá retornar ao mercado de trabalho, dada à dificuldade de requalificação, preconceitos, etc, é certo que ela se torna, materialmente, absolutamente incapaz, ainda que, do ponto de vista clínico-médico, possa exercer outras funções.

Daí porque, apreciando essa questão, diante do caso concreto, o STJ decidiu que “não resta dúvidas de que, colocado nesta posição, estaria comprometida a sua própria sobrevivência, já que, sem conseguir exercer sua atividade habitual, e sem garantia de oportunidades no mercado de trabalho, não teria como prover suas necessidades vitais básicas, estando, assim, demonstrada a necessidade de amparar o segurado neste momento” (STJ, AgREsp n. 1.055.886, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, DJ 09/11/09).

A análise de incapacidade, portanto, deve levar em consideração não somente a limitação à saúde, mas também as restrições impostas em decorrência das condições e circunstâncias de vida e o universo social da pessoa. A pessoa, pois, deve ser avaliada em sua integralidade, apreciando-se sua realidade física, psíquica, social, econômica, política, afetiva, cultural, etc, isto é, em todas as suas faces.

Na análise da incapacidade da pessoa, então, devem ser considerados os fatores ligados à incapacidade física e psicológica em si, bem como a idade da pessoa, sua escolaridade, capacidade de aprendizagem, grau de instrução, dificuldade de acesso ao mercado de trabalho, cultura, inserção social, etc, ainda que seja para apenas se reconhecer meramente a incapacidade social (inválido social).

Veja, por exemplo, a hipótese de uma mulher que trabalha no meio rural, maior de 50 anos, com baixo grau de instrução e que se torna incapaz para exercer a sua atividade habitualmente exercida. Terá ela, considerando a realidade do nosso meio rural, condições de ser reabilitada para exercício de outra atividade e, depois, ainda, obter inserção no mercado de trabalho? Nossa realidade demonstra que, muito, muito dificilmente, essa pessoa retornará ao mercado de trabalho. Ela, pois, é uma inválida social. É portadora de incapacidade social.

Em suma, na avaliação deve se “considerar também aspectos socioeconômicos, profissionais e culturais do segurado a fim de aferir-lhe a possibilidade ou não, de retorno ao trabalho, ou de sua inserção no mercado de trabalho, mesmo porque a invalidez laborativa não é meramente o resultado de uma disfunção orgânica, mas uma somatória das condições de saúde e pessoais de cada indivíduo” (STJ, AgREsp n. 81.329, 5ª T., Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, DJe 29/02/2012).

Ressalte-se, por fim, que essa incapacidade social para o trabalho não se confunde a impossibilidade temporária ou definitiva para o desempenho das atividades sociais em decorrência de lesão à integridade morfopsíquico-fisiológicas da pessoa. Aquela incapacidade impede o labor; já a lesão à saúde também pode impedir o exercício das atividades sociais (praticar esporte, assistir televisão, etc).

3. Formas de reparação

O dano pode ser reparado de duas formas: in natura ou mediante pagamento de uma soma em dinheiro.

Na primeira hipótese, o ofensor repara o dano restituindo o patrimônio lesado ao estado anterior. Tal ocorre no dano à coisa com a reconstrução do bem deteriorado ou destruído, com o fornecimento de um bem idêntico, bem como com a anulação do ato jurídico, etc.

Outra hipótese de reparação in natura ocorre com a publicação de declaração desmentindo eventual ofensa realizada pelo mesmo meio. Ainda que neste caso o dano não se repare por inteiro (pois a ofensa já teria sido lançada de público), seu desmentido serve para minorar seus efeitos.

A mais comum forma de reparação, no entanto, é o pagamento da soma em dinheiro, isto é, repara-se o dano pelo seu equivalente pecuniário, especialmente nas situações nas quais se torna impossível se retornar ao status quo ante.

4. Liquidação do dano moral

Uma das questões mais controvertidas é o do arbitramento da indenização por danos morais. Aqui cabe ao juiz arbitrar o valor da indenização, já que não se tem como objetivamente quantificar o dano.

Contudo, ainda que veja fixado por arbitramento, ao juiz cabe levar em consideração alguns fatores na fixação do valor da indenização por danos morais. E, neste trilhar, cabe considerar alguns critérios subjetivos (v.g., intensidade do sofrimento), outros objetivos (v.g., capacidade econômica do ofensor) e o princípio da equidade.

Discute-se a legalidade do dano moral assumir caráter punitivo (punitive damages). Isso porque, neste caso, a

indenização assumiria a natureza de verdadeira sanção (punição). O nosso ordenamento jurídico, no entanto, apenas admite a aplicação da sanção quando haja prévia cominação em lei.

Também é questionável a natureza preventiva da indenização por danos morais (natureza pedagógica). Isso porque, neste caso, ela assumiria um caráter coercitivo (cominatório), já que visa a impelir o ofensor a não mais adotar a conduta ofensiva. Não teria, assim, um caráter meramente reparador do dano já causado à vítima credora da indenização. Visaria a impedir a conduta futura.

Contudo, nas duas hipóteses anteriormente mencionadas (indenização punitiva e preventiva), poder-se-ia falar em enriquecimento ilícito do credor da indenização, já que este receberia uma quantia que não seria destinada meramente a repor o dano sofrido. Receberia uma quantia superior ao dano, enriquecendo-se indevidamente.

Desse modo, no momento de arbitrar o valor da indenização, o juiz deve se ater aos limites do dano moral, procurando, tão somente, reparar o prejuízo causado ao ofendido.

Em geral, devem ser consideradas, no arbitramento da indenização para reparação do dano moral, a intensidade do sofrimento do ofendido, a gravidade, a natureza e a repercussão da ofensa e a posição social e política da vítima, bem como a intensidade do dolo ou grau da culpa do ofensor (parágrafo único do art. 944 do CC), sua situação econômica e sua condenação anterior por fatos idênticos ou semelhantes (que revelaria a conduta gravosa do ofensor).

Neste sentido, ao juiz cabe considerar, entre outros fatores, a idade da vítima, sua educação, nível cultural, ocupação ou ofício, especificidade ou especialidade de seu trabalho, status social, status profissional, status familiar (casado, solteiro, etc), número de filhos (suas idades e ocupações), suas atividades sociais (membro de confrarias, igreja, etc), repercussão da lesão, etc. E, para tanto, cabe a parte produzir a prova respectiva, no que couber.

Jurisprudência estrangeira, no entanto, tem considerado que, na fixação dessa indenização, devam também ser considerados outros fatores, tal como a figura do “préjudice d’agrément” (danos à vida de relação; de afeição; de afirmação pessoal) da jurisprudência francesa ou o “loss of amenities of life” (perda dos prazeres da vida) da jurisprudência anglo-americana; “gióia de vivere” (alegria de viver) dos italianos. Ou, em outras palavras, estamos tratando do dano existencial.

Neste caso, busca-se também indenizar aquele que ficou privado da possibilidade de gozar dos prazeres da vida (“perte de joie de vivre” - “perda da vontade de viver”). E eles seriam das mais diversas naturezas, tendo em conta aqueles próprios de uma determinada idade, cultura, meio social em que o ofendido vive, etc. Leva-se em conta que a pessoa comum busca satisfação estética (v.g., na música, dança, pintura, leitura, no cinema), física (prática de esporte, exercícios físicos, caminhadas), social (atividade política, associativa, sindical), familiar (convívio com parentes) ou outras realizações pessoais (v.g., através da satisfação de impulsos ou prazeres pessoais, a exemplo do gosto pela gastronomia, pela bebida, a torcida por um clube de futebol, etc).

Em outras palavras, o prejuízo do prazer (ou de afeição) se refere aos danos advindos pela impossibilidade de realizar certas atividades que dão prazer à vida, como o lazer, atividades desportivas, culturais, etc. Repara-se a perda dos gozos da vida diante da impossibilidade de se dedicar às atividades prazerosas que normalmente a vítima usufruía. Envolve tanto as atividades lúdicas desenvolvidas particularmente pela vítima, como a perda da possibilidade de continuar a praticar certas atividades sociais.

Tal dano, aliás, está expressamente mencionado na Resolução n. 75-7 do Conselho da Europa, de 14/03/1975, que, prevê que a vítima deve ser compensada pela dor da desfiguração física e sofrimento mental, incluindo nesta última categoria os vários problemas derivados da lesão, como o mal-estar, a insônia, os sentimentos de inferioridade e a perda dos prazeres de vida causada pela incapacidade de se envolver em determinadas atividades de lazer.

Nesta categoria de dano também pode se incluir o dano de projeto de vida, que, em outras palavras, é a perda ou diminuição do direito de liberdade de escolha das metas de vida, ou seja, da liberdade geral de ação.

Tal liberdade seria a “a faculdade natural que gozam os homens para atuar, de acordo com seu peculiar modo de ser, com objetivo de acrescentar, ou simplesmente levar à prática, suas qualidades diferenciais de ordem física, intelectual ou moral”. Ou ainda, “a faculdade natural de que gozam os homens para realizar, sem obstáculos, as ações ou omissões que lhe permitem expressar e aumentar progressivamente, aquelas qualidades de capacidade, disposição, virtudes e prudência que devem distinguir a pessoa”.

A doutrina, ainda, menciona o “damnum sexuelle”, que deriva da seqüela decorrente da perda ou diminuição da função sexual ou da capacidade reprodutiva. Busca-se reparar a perda ou diminuição da capacidade de manter relações sexuais ou de procriar.

Também deve ser considerado, a depender do caso, o “pretium juventutis” (prejuízo juvenil), ou seja, o dano causado à criança ou a um adolescente que, devido à lesão que sofre, fica privado de participar de brincadeiras ou divertimentos próprios da infância ou juventude.

Não se pode esquecer, ainda, do dano à paternidade, qual seja, aquele gerado pela perda da possibilidade da criança ou adolescente de se relacionar (ser educado, brincar, jogar, ir ao cinema, etc) com seus pais e vice-versa.

Certo, ainda, que, em casos de lesões corporais, deve ser levado em consideração o sofrimento psíquico implicado com a lesão (quantum doloris). É sabido que no comum das pessoas com lesão orgânica, em regra, ela é acompanhada de certa tristeza, desconforto, infelicidade, pessimismo para com a vida que acabam afetando a vida relacional (familiar, social e de lazer). Nestes casos, cabe considerar o sofrimento desde o momento da lesão até sua cura ou, ainda, envolvendo o sofrimento suportado após a consolidação da seqüela, especialmente quando presente as dores físicas crônicas, a incapacidade resultante da ofensa e os próprios sofrimentos gerados do esforço da vítima para que possa continuar a realizar as atividades que antes desenvolvia de forma natural.

Acrescente-se que, em relação ao “dote, previsto no art. 1.538, § 2º, do Código Civil revogado, destinado a indenizar a mulher lesionada com aleijão ou deformação, que, em razão da idade, seria, em tese, capaz de aspirar casamento, e que fica, pela seqüela permanente, a tanto prejudicada, é, hodiernamente, ressarcido como dano moral, assim devendo ser considerado quando da fixação do montante pelo órgão judicial” (STJ, 4ª T., REsp 681479, Relator Min. Aldir Passarinho Júnior, DJ 18/09/2006, p. 324).

4.1. Dano moral na morte de outrem

Já vimos que, diante da morte, um terceiro pode sofrer dano moral ante a perda do ente querido. É o dano moral por ricochete.

Neste caso, (como nas outras lesões também), sabe-se, todavia, que, no geral, os danos morais sofridos por terceiros guardam pertinência com o grau de relacionamento existente entre as pessoas (o lesado e o terceiro). Daí porque cabe ponderar, em cada situação, o valor a ser pago a título de indenização, de modo a não se tratar de forma desigual as pessoas, criando situações aparentemente contraditórias. Por exemplo, a morte de filho único certamente gera maior dano moral aos pais do que na hipótese em que possuem outro descendente direto. Da mesma forma, a perda do filho único quando os pais não estão mais na idade de procriar é mais doloroso do que quando ainda podem ter outro descendente consanguíneo.

Procurando, então, distinguir essas diversas situações, sugerimos uma tabela avaliativa dos danos morais, partindo-se de um valor base (VB) a ser definido pelo juiz para a hipótese de morte. Óbvio, porém, que se trata apenas de uma sugestão. E, em relação aos percentuais sugeridos, eles buscam muito mais apontar que há situações que devam ser para mais ou para menos valoradas a indenização, do que em querer indicar em quanto mais ou menos deva ser quantificada a indenização a partir do valor base (VB).

Diga-se, ainda, que devemos presumir, na maioria dos casos, o laço de afetividade existente entre o falecido e o lesado moralmente. Óbvio, no entanto, que, devido as circunstâncias, a ponderação sugerida deve ser alterada a depender da maior ou menor afetividade.

Cabe, destacar, ainda, que o valor base (VB) pode variar a depender do status familiar do morto em relação ao lesado moralmente. Assim, por exemplo, pode-se ter um valor base para a morte do filho (100 mil, v.g.) e outro valor base para a hipótese de morte do genitor (50 mil, v.g.).

Diga-se, ainda, que, em havendo enquadramento em duas ou mais situações, deve se preferir o mais favorável ao lesado. Assim, partindo-se de um valor base (VB) devido em caso de morte, a ser definido em cada caso concreto, teríamos a aferição do dano seguindo este esquema quantitativo:

INDENIZAÇÃO DEVIDA AOS PAIS (afetividade presumida)

Morte do filho = VB (valor base)

único menor de 18 anos = VB + 75%

Se a mãe não pode mais procriar = VB + 100% (para mãe)

Se o pai não pode mais procriar = VB + 100% (para o pai)

único entre 18 e 40 anos = VB + 50%

INDENIZAÇÃO DEVIDA AOS FILHOS (afetividade presumida)

Morte do genitor = VB

filho menor de 18 anos = VB + 50%

filho menor de 18 anos (ficar) órfão = VB + 100%

filho maior de 18 anos e menor de 40 anos = VB + 25%

INDENIZAÇÃO DEVIDA AOS AVÓS (afetividade presumida)

Morte do neto = VB

neto sob guarda = situação do filho

maior de 18 anos e menor de 40 anos = VB – 25% (redução de 25%)

maior de 40 anos = VB – 50%

INDENIZAÇÃO POR MORTE DE OUTROS DESCENDENTES (afetividade presumida)

sob guarda do ascendente = situação do filho

outras hipóteses = VB – 75%

INDENIZAÇÃO DEVIDA PELA MORTE DOS AVÓS (afetividade presumida)

Morte do avó/avô = VB

neto sob guarda = morte do genitor

neto maior de 18 anos e menor de 40 anos = VB – 25%

se avó/avô maior de 60 anos = VB – 50%

neto maior de 40 anos = VB – 50%

se avó/avô maior de 60 anos = VB - 75%

INDENIZAÇÃO DEVIDA AO IRMÃO (afetividade presumida)

Morte do irmão = VB

irmão único = VB + 75%

irmão único maior de 60 anos = VB + 25%

irmão menor de 18 anos = VB + 50%

irmão maior de 18 anos e menor de 40 anos = VB + 25%

irmão maior de 60 anos = VB – 50%

INDENIZAÇÃO DEVIDA AOS COLATERAIS MAIS DISTANTES (comprovada a afetividade)

morte do colateral (salvo irmão) = VB da morte do irmão – 50%

INDENIZAÇÃO DEVIDA AO CÔNJUGE/COMPANHEIRO (afetividade presumida)

Morte do cônjuge/companheiro = VB

morto menor de 40 anos = VB + 100%

maior de 40 anos e menor de 60 anos = VB + 50%

casamento com mais de 25 anos = VB + 25%

INDENIZAÇÃO DEVIDA AOS AFINS EM LINHA RETA (comprovada a afetividade)

Morte do parente afim em linha reta = VB da morte do cônjuge – 75%

INDENIZAÇÃO DEVIDA A OUTROS COM QUEM MANTÉM LAÇOS AFETIVOS (comprovada a afetividade)

Morte = VB da morte do irmão – 50%

5. Liquidação do dano estético

Ao lado do dano moral em si, parcela doutrinária distingue o dano estético.

Dano estético é a modificação da aparência física da pessoa em face da lesão à sua integridade física externa. Dele decorre um dano extrapatrimonial, que a jurisprudência e doutrina buscam distinguir para efeito de quantificação da indenização. Em outras palavras, teríamos, na hipótese do dano estético, duas indenizações extrapatrimoniais a serem fixadas: a moral propriamente dita e a estética.

É dano moral, pois dele resulta certa amargura ou sentimento de auto-repulsão em decorrência da modificação da aparência física.

Não é preciso, todavia, que haja o “enfeamento”. Basta a modificação da aparência. Caracteriza-se, assim, por se configurar uma modificação na integridade física externa da pessoa; certa e permanente; e que cause ao ofendido ofensa de natureza moral. Óbvio, pois, que, na reparação do dano estético, não se deve ter seu sentido como sinônimo de “belo”. Ainda que a pessoa não se enfeie com a lesão (e o que é feio ou bonito?), cabe a indenização por conta da lesão consolidada à integridade física externa.

É certo, porém, que, também se deve indenizar o dano estético temporário, levando-se em conta o período respectivo. É o caso do período em que a pessoa convive com o dano estético até a realização de uma cirurgia reparadora. Ele, por óbvio, não se confunde com o dano biológico, aqui entendido como o dano à integridade física interna da pessoa (perda de um pulmão, rim, etc). Contudo, mesmo diante do dano biológico se pode reparar o dano moral que dele deriva, além da eventual lesão material (ex.: dada a perda do pulmão, não pode exercer determinada atividade). Na fixação do valor do dano estético, também por arbitramento, cabe aplicar as mesmas lições lembradas para indenização por danos morais, no que couber. Contudo, também devemos considerar alguns fatores específicos para fixação do valor da indenização, distinguindo as situações mais graves das lesões leves.

Assim é que se impõe verificar se com o dano estético há redução da possibilidade da pessoa utilizar seu corpo e se há redução da capacidade social, inclusive em relação a maior dificuldade de encontrar um(a) namorado(a) ou cônjuge em virtude da lesão, v.g.

Certo, ainda, que o juiz deve considerar o dano ou prejuízo do lazer, dano sexual, dano juvenil e dano da paternidade se presentes enquanto derivados da lesão estética.

Aqui, porém, cabe outra ressalva. É que, em relação ao dano estético, descabe considerar a condição socioeconômica da vítima pobre para que se fixe uma indenização por dano estético em valor baixo. Tal relação não ocorre no dano estético, já que a modificação da integridade física é igual para todas as pessoas, independentemente de sua classe social. Em outras palavras, a perda de uma perna do rico tem o mesmo valor da mesma perda por parte de um pobre. Tal dano, portanto, não se confunde com o dano profissional (material).

O mesmo se diga em relação à condição econômica do ofensor. Descabe desconsiderar esse fator, sob pena de o pobre ser condenado a pagar parcela irrisória à pessoa rica a quem causou uma lesão estética ou o rico pagar elevada quantia ao pobre vítima de lesão estética.

6. Liquidação do dano material

Em relação ao dano material as dificuldades para quantificação da indenização se mostram reduzidas. Isso porque, em regra, cabe a parte comprovar o valor do dano patrimonial sofrido.

Frise-se, todavia, que se tem por dano a lesão a qualquer interesse ou bem digno de tutela jurídica. Consiste, pois, numa lesão material ou imaterial a um interesse juridicamente protegido.

Relembremos, ainda, que, em relação aos danos emergentes ele não se refere apenas ao que se perdeu (diminuição do patrimônio), mas, também, ao aumento do passivo, como no caso do pagamento da cláusula penal quando a pessoa descumpriu uma obrigação em face da conduta ilícita de outrem.

Em algumas situações, porém, cabe formular pedido genérico. Isso porque se pode estar diante de uma situação na qual a vítima não possa desde logo apontar o valor do dano sofrido. Logo, pode formular pedido genérico, já que não é possível “determinar, de modo definitivo, as consequências do ato ou do fato ilícito” (inciso II do art. 286 do CPC).

Não se pode esquecer, ainda, dos denominados danos futuros, quais sejam, aqueles que sejam previsíveis, ainda que indetermináveis de imediato, quando, então, cabe remeter para a liquidação por artigos a fixação do valor respectivo.

É muito comum, ainda, a parte não produzir a prova do que gastou em tratamento médico ou com despesas do enterro. Contudo, essas despesas são presumidas. Assim, nestes casos, cabe a condenação genérica na indenização (inciso II do art. 286 do CPC), a ser apurada em artigos de liquidação (quando, então, o ofendido deverá comprovar as despesas realizadas em tratamento, etc), seja para reparação das despesas já realizadas, como às futuras.

Outras questões, porém, merecem maior debate.

6.1. Indenização fixada pelo juiz criminal

O inciso IV do art. 387 do Código de Processo Penal permite ao juiz penal, ao proferir a sentença condenatória, fixar um “valor mínimo para reparação dos danos causados pela infração, considerando os prejuízos sofridos pelo ofendido”.

Observem que, por tal dispositivo, o juiz penal está autorizado a fixar uma indenização mínima para reparação do dano causado em decorrência da prática de um crime.

Tal valor, no entanto, não impede do lesado demandar no juízo civil-trabalhista pedindo a condenação da reparação do dano em valor superior aquele eventualmente fixado pelo juiz penal (parágrafo único do art. 63 c/c art. 64 ambos do Código de Processo Penal). Óbvio, porém, que se a sentença penal for proferida anteriormente, cabe ao juiz civil (inclusive trabalhista) levar em conta o valor já assegurado na decisão criminal.

6.2. Valor da pensão

O valor da pensão (lucros cessantes), como é sabido, deve refletir o valor do trabalho para qual a pessoa ficou inabilitada ou reduzida.

Tal valor, por sua vez, não deve levar em consideração o que a pessoa, eventualmente, ganhava quando do evento danoso, mas, sim, o que potencialmente poderia produzir obtendo renda com seu labor. Deve ficar claro que o que se procura reparar com essa pensão é a redução ou perda da capacidade laborativa da pessoa, não podendo esta (redução ou perda) ser medida apenas em relação ao trabalho eventualmente desempenhado no momento da lesão, mas, sim, em todos os seus aspectos, haja vista a diminuição, por exemplo, da possibilidade de a pessoa obter outras rendas, junto a outro empregador ou de forma autônoma.

Dois exemplos servem de modelos para fundamentar essa questão.

Na hipótese de um trabalhador de baixa qualificação e para qual cujo ofício desempenhado é exigido uma carga de trabalho de 44 (quarenta e quatro) horas semanais, muito provavelmente o potencial de seu ganho com seu labor é a remuneração que percebe na empresa da qual é empregado. Logo, neste caso, é razoável se levar em conta o valor da sua remuneração como base de cálculos da pensão devida.

Mas imaginem, porém, a situação de um professor que é empregado de apenas uma faculdade, percebendo determinado salário, mas que, diante de sua condição de portador do título de mestre, tem a possibilidade de se empregar em mais uma ou duas faculdades. Imaginem, ainda, que este professor sofre acidente de trabalho e fica totalmente inabilitado para sua profissão. Neste caso, o professor tem a potencialidade de auferir renda superior ao que ele percebia quando do acidente. Seria justo, então, fixar a pensão tendo em conta apenas o valor que recebia a título de remuneração quando do acidente? Óbvio que não.

Sendo assim, em verdade, cabe ao juiz, em cada caso concreto, apreciar todas as circunstâncias, levando em conta a qualificação, status social e a potencialidade produtiva, séria, real e possível de ocorrer, conforme o que normalmente acontece, do ofendido, para definir o valor da pensão.

Tomando-se em conta, porém, a remuneração percebida pelo trabalhador na empresa para qual trabalha (ou trabalhava), parece-nos que o valor da pensão deve ser quantificado a partir da soma de todas as verbas salariais pagas ao empregado, a exemplo do salário base, gratificações, adicionais, horas extras, repouso semanal, duodécimo do 13º salário, duodécimo do adicional de férias, etc, além do correspondente a 8% do devido a título de FGTS incidentes sobre todas as verbas anteriores mencionadas.

Em suma, deve se quantificar o que, de fato, o trabalhador recebia de remuneração mensal, considerando todas as verbas que lhe foram pagas nos doze meses anteriores ao acidente ou em todos os meses anteriores caso não tenha completado um ano de labor.

É certo, ainda, que a inabilitação para o trabalho pode ser parcial ou total.

Na hipótese de inabilitação total, é mais fácil se quantificar o valor da pensão. Isso porque, neste caso, o juiz pode partir da remuneração ganha pela vítima quando do acidente, ressalvada as hipóteses de maior potencialidade produtiva.

Na inabilitação parcial, no entanto, é incerto se quantificar qual a redução da capacidade produtiva.

Para se evitar as incertezas, pode-se aplicar, por analogia, ao disposto no art. 86, § 1º, da Lei 8.213/91, que fixa em 50% do valor do salário-de-benefício o auxílio-acidente devido ao trabalhador quando este tem consolidadas as lesões decorrentes de acidente de qualquer natureza que impliquem em redução da capacidade funcional.

Assim, em todas as hipóteses, pode-se pensar em fixar a pensão em valor que corresponda à metade da remuneração percebida pelo trabalhador quando do evento danoso.

Contudo, em determinadas situações, nas quais a perda da capacidade laborativa seja reduzida, não é desarrazoado se alcançar valor inferior a 50% da remuneração.

No mais, quanto a este tema, cabe ao leitor rever as lições postas acima quanto aos parâmetros a serem considerado na fixação do valor da pensão nas mais diversas situações.

6.3. Liquidação do dano em parcela única

O parágrafo único do art. 950 do Código Civil prevê que a vítima, “se preferir, poderá exigir que a indenização seja arbitrada e paga de uma só vez”.

Aqui a lei fala em arbitramento, o que, a princípio, daria ao juiz uma ampla liberdade para fixação do valor da indenização, arbitrando-a tal como na fixação do dano moral.

Contudo, em verdade, entende-se que esse arbitramento deve seguir critérios objetivos, fugindo de critérios subjetivos. Daí porque a doutrina menciona seis métodos de quantificação do lucro cessante a ser pago de uma só vez. Tratamos deles adiante.

6.3.1. Método de cálculo por pontos

Este método consiste em multiplicar a taxa de incapacidade por um valor que se denomina ponto de incapacidade. Ele, porém, pressupõe a existência de uma tabela legal de incapacidades para cada espécie de lesão, a qual se indica um número de pontos e um valor econômico para cada ponto. A partir, então, do total de pontos se quantifica o valor da indenização.

Tal método, no entanto, depende de lei assim prevendo sua aplicação.

Outrossim, tal sistema de quantificação é considerado demasiadamente arbitrário, por depender, exclusivamente, da vontade do legislador.

6.3.2. Método multiplicador ou linear

O segundo método mencionado pela jurisprudência já foi e ainda é muito utilizado pelo Judiciário nacional.

Tal método é bastante simples. Ele consiste em multiplicar a renda mensal da vítima anterior a ocorrência da lesão pelo número de meses de sua idade provável de vida.

Esse método, no entanto, é bastante equivocados, pois pode conduzir a fixação de um valor indenizatório que gera para a vítima uma renda superior ao que ganhava antes do evento danoso. E essa constatação se pode fazer com uma simples quantificação.

Parta-se do pressuposto de que a vítima percebia remuneração de R\$.1.000,00 e que faltavam 240 meses para

sua morte provável. Neste caso, a indenização seria devida no valor de R\$..240.000,00. Tal valor, porém, aplicado no sistema financeiro, renderá, no mínimo, juros (renda do capital) de 0,5% ao mês (da caderneta de poupança, para ficar em uma aplicação bem conservadora). Logo, a vítima receberá de juros, por mês, o equivalente a R\$..1.200,00. Ou seja, acabará por ganhar de juros mais do que percebia trabalhando. Daí porque ser mais correto a aplicação do terceiro método, a seguir comentado.

6.3.3. Método do capital rentável

Por este terceiro método, a indenização será fixada a partir da determinação matemática de uma soma de dinheiro que, devidamente aplicada no mercado financeiro, seja capaz de gerar uma renda (juros) igual àquela que a vítima auferia antes da lesão (equivalente ao valor da pensão devida pelo ofensor).

Ou seja, para que o valor da indenização seja equivalente, há de se arbitrar o seu valor em quantia única suficiente e necessária para que a vítima possa, através do capital recebido, perceber renda mensal igual ao valor da pensão que seria devida. Em outras palavras, o valor da indenização paga de uma única vez deve corresponder à quantia necessária para que a vítima, aplicando tal dinheiro, perceba renda mensal (a título de juros, já que é a renda do capital) igual ao valor da pensão mensal.

Assim, por exemplo, caso a renda mensal fosse de R\$..1.000,00, a indenização única haveria de ser fixada em R\$..200.000,00, considerando a renda mínima de 0,5% de juros por mês devida pela caderneta de poupança. Ou seja, a vítima ao receber a indenização no valor de R\$..200.000,00, aplicando esse dinheiro em caderneta de poupança, receberá, por mês, a título de renda (juros), o valor de R\$..1.000,00. Isto é, seria como tivesse recebendo a pensão que lhe seria devida mensalmente.

Parece-nos que esse seja o método mais correto para quantificação da indenização paga de uma só vez, pois ele tem o mérito de assegurar à vítima a percepção de uma renda equivalente ao que deixou de produzir após a lesão de modo vitalício.

6.3.4. Método do capital amortizável ou matemático financeiro

A doutrina menciona, ainda, um quarto método, que consiste em determinar o valor mediante uma operação matemático-financeira (fórmula Moore), fixando-se um capital que aplicado no mercado financeiro, a juros de 6% ao ano, seja amortizado em um período calculado como de provável de vida da vítima, mediante a percepção de uma renda mensal similar a que percebia antes da lesão.

Tal método se diferencia do anterior em razão de se consumir do capital a renda percebida pela vítima, de modo que ao fim do tempo (idade provável) ele se esgote. Ou seja, quantifica-se um capital que, aplicado a juros de 6% ao ano, permita que a vítima retire, mensalmente, um valor equivalente à sua renda anterior à lesão, de modo que, ao final do período quantificado (idade provável) todo capital esteja consumido.

Para tanto se utiliza da seguinte fórmula para quantificação da indenização:

$$C = a \times [1 - (1/(1+i)^n)/i]$$

Onde

C: representa o valor do capital (indenização)

a: renda mensal da vítima (pode ser proporcional à redução da capacidade)

n: o número de meses do período a considerar

i: a taxa de juros

Daí, teríamos, como exemplo, considerando a renda de R\$..1.000,00 por mês, juros de 0,5% ao mês e idade provável restante de 240 meses:

$$C = 1.000,00 [1 - (1/(1+0,005)^{240})/0,005]$$

$$C = 1.000,00 \times 139,5807717$$

$$C = R\$..139.580,77$$

Tal valor, aplicado aos juros de 0,5% ao mês, com retirada mensal de R\$..1.000,00, permite à vítima obter essa renda até completar o momento provável de sua morte, quando ao cabo desse período nada restará do capital original.

Esse método, no entanto, é criticável por não assegurar à vítima qualquer renda para a hipótese em que ele viva mais do que seria provável. E essa situação geraria uma verdadeira injustiça, pois já em idade avançada, a vítima que perdeu ou teve reduzida sua capacidade de labor, sem a renda mensal, ficará sujeito à boa vontade dos parentes ou da aposentadoria oficial.

Ele, porém, se aplicável, é mais adequado à hipótese de morte da vítima, já que a lei, aqui, menciona que deve ser considerado o parâmetro da idade provável.

Vale frisar que, se o capital for atualizado monetariamente, é certo que haverá a faculdade da retirada mensal em valor majorado na mesma proporção, de modo que ao final se consuma por inteiro o principal.

6.3.5. Método concreto

Por fim, parte da doutrina estrangeira menciona também o método denominado concreto. Por ele, em verdade, cuida-se de fixar o valor da indenização por arbitramento, devendo o juiz levar em consideração, na prática, os mesmos fatores utilizados, em geral, para a indenização por danos morais.

Assim, caberá ao juiz, neste caso, observar as circunstâncias particulares relacionados à vítima, como seu sexo, idade, tempo de vida provável, educação, nível cultural, ocupação ou ofício, especificidade ou especialidade de seu trabalho, renda percebida antes da lesão, aptidões ou talento para o trabalho, nível de vida ou posição social e posição econômica e social, para fixação do valor da indenização.

Por óbvio que esse critério deve ser evitado, pois ele, por ser bastante subjetivo, distancia-se da objetividade que se busca na fixação da indenização por danos materiais.

7. Compensação do lucro com o dano

A doutrina também identifica uma situação na qual deva ser considerado pelo juiz no momento de fixação da indenização por danos materiais, ainda que em forma de pensão. Cuida-se da compensação do lucro com o dano. É sabido que, muitas vezes, acontece da vítima, em consequência do evento danoso, obter ganhos econômicos ou incremento de seu patrimônio. Neste caso, entende-se que tais ganhos devem ser considerados e compensados no momento de fixação da indenização para se evitar que a vítima, diante do dano, tire proveito ou benefício, ficando em situação melhor a que tinha antes do evento danoso. Procura-se evitar o enriquecimento sem causa, deduzindo da indenização devida o proveito obtido pelo lesado com o evento danoso.

Lógico, no entanto, que esse proveito há de ter uma relação causal com o sucesso obtido com a lesão. Sem esse nexos causal, descaberá efetuar qualquer abatimento do valor da indenização devida. Há se existir, assim, entre a vantagem e o dano uma relação causal. Se a vantagem tem sua própria justificação, descabe, portanto, a compensação.

Ressalte-se, porém, que a jurisprudência italiana não admite a compensação entre a indenização devida ao trabalhador em face de sua invalidez permanente e a renda por ele auferida em uma eventual nova ocupação condizente com a referida invalidez.

Podemos, neste caso, como exemplo, mencionar o mundialmente famoso episódio envolvendo os mineiros chilenos que ficaram 33 (trinta e três) dias retidos numa mina de subsolo. É certo que, diante do acidente ocorrido, tais mineiros sofreram, no mínimo, fortes danos morais. Foi noticiado, porém, que diversos desses mineiros, logo após o resgate, passaram a obter ganhos com entrevistas exclusivas e até com palestras no Chile e em outros países.

Daí se tem que tais mineiros obtiveram ganhos econômicos, aumentando seus patrimônios, devido ao evento danoso em que estiveram envolvidos. Justo, então, será compensar esses ganhos com a indenização devida, evitando-se que o lesado fique numa situação melhor do que estava antes da lesão.

As situações de ganhos com entrevistas exclusivas, lançamento de livros, venda de fotos, etc, têm sido comuns entre vítimas de eventos danosos gerados por atos de outrem. São ganhos, portanto, que devem ser compensados. Cabe, no entanto, ressaltar que “a indenização de cunho civil tem por objetivo não apenas o ressarcimento de ordem econômica, mas, igualmente, o de compensar a vítima pela lesão física causada pelo ato ilícito do empregador, que reduziu a sua capacidade laboral em caráter definitivo, inclusive pelo natural obstáculo de ensinar a busca por melhores condições e remuneração na mesma empresa ou no mercado de trabalho. Destarte, ainda que eventualmente prosseguisse a empregada nas mesmas funções... o desempenho do trabalho com maior sacrifício em face das seqüelas permanentes há de ser compensado pelo pagamento de uma pensão ressarcitória, independentemente de ter ou não havido perda financeira concretamente apurada” (STJ – RESP 588649 – RS – 4ª T. – Rel. Min. Aldir Passarinho Junior – DJU 08.11.2004 – p. 00243).

A indenização civil, portanto, tem por fim, não só reparar a perda financeira, mas também compensar o dano físico causado ao empregado. E mesmo em relação ao dano financeiro, é de se lembrar que a indenização visa também a reparar os lucros cessantes devidos em face da redução da capacidade laborativa, tendo em mente que o trabalhador poderia auferir, fora da empresa, outros rendimentos com o fruto de seu labor (seja como autônomo, empresário, etc).

Desse modo, mesmo diante da ausência de perda financeira, ainda assim será devida a indenização caso haja diminuição ou eliminação da capacidade laborativa. Tal, porém, não impede algumas compensações, para se evitar o enriquecimento ilícito. Alguns desses ganhos, porém, merecem abordagem específica. É o que faremos a seguir.

7.1. Liberalidades ou doações em favor da vítima

Um dos ganhos comuns obtidos pelas vítimas é a percepção de doações dadas por terceiros, que procuram, através desse gesto de solidariedade, assistir os lesados em seus momentos difíceis.

A doutrina entende, todavia, que tais doações não se compensam do lucro cessante devido, já que elas são frutos da generosidade ou liberalidade de terceiros, não existindo, verdadeiramente, um vínculo causal com o fato que

originou o dano. Tem mais um caráter assistencial do lesado, fruto da benevolência do ser humano, sem qualquer caráter reparatório.

Outrossim, se tais doações fossem abatidas da indenização devida elas acabariam por beneficiar o ofensor; em outras palavras, a doação seria revertida em favor do ofensor, que se beneficiaria com o abatimento de sua dívida.

7.2. Benefícios previdenciários

É bastante comum, ainda, o pedido de compensação dos benefícios previdenciários percebidos pela vítima a partir da lesão.

Há muito, porém, nossa doutrina e jurisprudência já assentaram o entendimento de que o benefício previdenciário pago ao acidentado não se compensa com a indenização civil devida pelo empregador em face do acidente de trabalho. Para tanto basta à leitura do inciso XXVIII do art. 7º da CF, que assegura o seguro por acidente de trabalho sem excluir a indenização civil.

Ademais, o benefício previdenciário decorre de uma relação contratual-administrativo firmada entre o trabalhador e o instituto oficial de previdência, na qual esta se obriga a pagar um benefício em caso de invalidez daquele, que, para tanto, contribui com uma prestação mensal. É produto, pois, de seu esforço laboral e da contribuição paga à previdência social.

Aqui, inclusive, pode ser repetida a crítica formulada para situação das doações de terceiros em favor da vítima. Se se permitir a compensação do benefício previdenciário, o único beneficiado será o ofensor, às custas da vítima, já que, a partir das contribuições previdenciárias pagas por esta (vítima), aquele primeiro (ofensor) terá reduzida sua dívida para com o lesado.

Tais benefícios, portanto, não se prestam a compensar a indenização devida pelo empregador.

Mesmo raciocínio, aliás, deve se ter com os benefícios de previdência privada, já que também são devidos em face do contrato firmado pela vítima, descabendo beneficiar o ofensor com qualquer compensação.

7.3. Seguros

Uma terceira situação ocorre com a indenização percebida pela vítima da entidade seguradora em caso de lesão à sua saúde.

Três são as situações possíveis de ocorrer: o prêmio do seguro é pago exclusivamente pela vítima; o prêmio do seguro é arcado apenas pelo ofensor; e, o prêmio do seguro é pago pela vítima e pelo ofensor.

Em relação ao seguro arcado pelo ofensor, cuja indenização é paga ao terceiro vítima do evento danoso (seguro de lesão causada a terceiros), não temos dúvidas da possibilidade de compensação do valor respectivo da indenização devida, seja a título de danos materiais ou morais.

Isso porque, na prática, quem paga a indenização à vítima é o ofensor que firmou o contrato de seguro. Por este contrato apenas há uma substituição do devedor. Ao invés de ser o ofensor, passa a ser a seguradora, por força de contrato firmado com aquele primeiro. Ou, em outras palavras, é como a seguradora estivesse pagando, por ordem do ofensor, à vítima uma indenização previamente contratada.

Neste caso, portanto, é possível o abatimento.

Uma ressalva, porém, deve ser lembrada. É a hipótese na qual o prêmio do seguro é pago (arcado) pelo ofensor (empregador) como obrigação decorrente do contrato de emprego, seja por previsão constante do contrato individual, seja imposto por instrumento coletivo de trabalho. Neste caso, descabe qualquer compensação. Isso porque, em verdade, o seguro se configura como verdadeira vantagem contratual do empregado, constituindo-se obrigação da empresa apenas pagar o prêmio.

Ainda que esse benefício (valor do prêmio) não seja considerado como uma parcela de natureza salarial, para fins de integração à remuneração (inciso V do § 2º do art. 458 da CLT), o mesmo decorre do pactuado entre empregado e empregador, integrando-se ao patrimônio do trabalhador por força do pactuado em contrato. Neste caso, na realidade, quem firma o seguro é o empregado, ainda que o prêmio seja pago pela empresa.

Essa situação, pois, é diversa daquela na qual a empresa, voluntariamente, sem qualquer imposição posta no contrato de emprego, celebra o contrato de seguro em favor de outrem.

Situações diversas, ainda, ocorrem quando o seguro é arcado diretamente pela vítima. E neste caso, cabe distinguir duas hipóteses: de dano à coisa e de dano à pessoa.

Na hipótese de seguro de dano à coisa, estabelece o art. 786 do Código Civil, que, uma vez 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”.

Daí se tem que, na realidade, o valor recebido pela vítima da seguradora, no ressarcimento de danos causados à coisa segurada, deve ser abatido da indenização devida pelo ofensor ao ofendido, pois a quantia respectiva fica sub-rogada ao segurador. Mas apenas há um abatimento do que deve ser pago à vítima, já que o valor respectivo

(quantia paga a título de indenização pela seguradora) passa a ser devida à seguradora (sub-rogada). Lembre-se, todavia, que os parágrafos 1º e 2º do art. 786 do Código Civil ressaltam que “salvo dolo, a sub-rogação não tem lugar se o dano foi causado pelo cônjuge do segurado, seus descendentes ou ascendentes, consangüíneos ou afins” e que é “ineficaz qualquer ato do segurado que diminua ou extinga, em prejuízo do segurador, os direitos a que se refere este artigo”.

Já em relação ao seguro de pessoa, o art. 800 do Código Civil dispõe que “o segurador não pode sub-rogar-se nos direitos e ações do segurado, ou do beneficiário, contra o causador do sinistro”. Neste caso, então, ao segurado ou beneficiário do seguro de pessoa resta assegurado plenamente seu direito de ressarcimento pelos danos causados por terceiros.

E, neste caso, não se deve descontar do valor devido pelo ofensor o que a vítima recebeu da seguradora, já que a indenização paga por esta não tem por objeto reparar o dano (como se fosse seguro de dano, regulado nos arts. 778 a 788 do Código Civil). Tal valor é pago, em verdade, em decorrência da fixação de um evento como fato gerador da indenização a ser paga pela seguradora, pouco importando se tal evento tenha sido causado por terceiros ou não. E tanto é assim que a seguradora não se sub-rogar nos direitos e ações nos limites do valor respectivo contra o autor da lesão.

Ademais, a se permitir a compensação, o ofensor acabaria por se aproveitar do que foi pago pela vítima à seguradora. Sairia lucrando, pois o valor da indenização devida seria diminuído em face do contrato firmado pela vítima com a seguradora.

Por fim, temos a hipótese em que o seguro é arcado pelo ofensor e ofendido. Sói ocorrer, comumente, tal situação naquelas hipóteses na qual a empresa firma um contrato de seguro coletivo em favor dos seus empregados, mas dividindo com estes o custo do prêmio. Ou seja, cada um paga uma parte do prêmio.

Neste caso, conjugando-se as lições anteriores, temos que somente será possível a compensação da indenização paga pela seguradora na proporção do valor do prêmio pago pelo ofensor. Assim, se ele arcar com a metade do prêmio, recebida a indenização pela vítima da seguradora, apenas metade do seu valor poderá ser abatido daquilo que é devido pelo ofensor.

7.4. Heranças e legados

Outra hipótese mencionada na jurisprudência estrangeira é a da compensação da herança ou legado recebido pelos sucessores da vítima morta. Neste caso, alega-se que o sucessor, com a morte do parente ou cônjuge, acaba por ser beneficiado por receber a herança ou legado deixado pelo falecido.

Tal argumento, porém, não pode ser considerado, já que inexistente a relação causal entre o ato danoso e a herança ou legado recebido. Isso porque, o benefício recebido pelos herdeiros não decorre diretamente do fato ilícito que provocou a morte, mas, sim, da vocação hereditária posta na lei. E esta vocação hereditária guarda independência total e absoluta da causa geradora da morte. Em outras palavras, os efeitos da sucessão hereditária são gerados pelo evento morte, pouco importando que este tenha decorrido de um ato ilícito ou de causa natural.

8. Juros sobre a indenização por danos morais

Em relação à incidência dos juros, cabem alguns esclarecimentos em relação à indenização por danos morais.

A tal respeito, lembramos que, conforme o Código Civil, os juros incidem:

- a) sobre a obrigação positiva e líquida, desde o termo fixado para o seu cumprimento (art. 397 do Código Civil);
- b) sobre a obrigação negativa, desde o dia em que o devedor executou o ato de que se devia abster (art. 390 do Código Civil);
- c) sobre a obrigação decorrente da prática de ato ilícito (não-contratual), desde que o praticou (art. 390 do Código Civil);
- d) sobre a obrigação positiva e líquida sem termo pré-fixado, a partir da interpelação judicial ou extrajudicial (parágrafo único do art. 397 do Código Civil); e,
- e) nas demais hipóteses (obrigação ilíquida ou obrigação positiva e líquida sem termo pré-fixado e sem prévia interpelação), a partir da citação inicial (art. 405 do Código Civil).

As situações acima, entretanto, somente se aplicam quando o valor da indenização é fixado com época-própria idêntica ao termo inicial dos juros.

Assim, por exemplo, na primeira hipótese, não pago o salário certo e líquido no termo fixado, os juros começam a incidir desde a época-própria respectiva (data do vencimento). Aqui há coincidência entre a data do valor da indenização e o da incidência dos juros.

O mesmo ocorrerá, ainda, se a indenização devida pela prática do ato ilícito for fixada considerando como época-própria a data em que o ilícito foi cometido. Ou seja, neste caso, praticado o ato ilícito em determinada data, o juiz fixa o valor da indenização tendo como parâmetro o mesmo dia (ilícito em 10/02/2010, indenização no valor X na data de 10/02/2010).

Situação diferente, no entanto, ocorrerá se o juiz fixar o valor da indenização tendo outra data como de época-própria. Por exemplo, se alguém causa dano ao veículo de outrem no dia 10/02/2010, a princípio, os juros começam a correr desde então. Contudo, se o juiz, ao fixar o valor da indenização (suficiente ao conserto do veículo), leva em conta a avaliação (orçamento) realizada em data posterior, o correto é incidir os juros a partir deste último dia. Do contrário, chegaríamos a uma situação contraditória de incidir juros a partir de uma data anterior ao da fixação do valor da indenização.

Essa última situação ocorre, ainda, em geral, para as hipóteses de arbitramento da indenização, especialmente em relação ao dano moral. Em regra, o juiz fixa a indenização por dano morais tendo em vista o valor da reparação na data da sentença. Se tal ocorre, presume-se que o juiz tem em conta o valor da reparação já devidamente “atualizada”, na data corrente. Logo, descabe a incidência retroativa de juros neste caso.

Tal situação, no entanto, difere da hipótese em que o juiz, por exemplo, fixa o valor da indenização tendo como parâmetro a data da lesão. Neste caso, então, aplicam-se as regras de incidência dos juros conforme acima delimitados. Exemplo: se o juiz, diante de uma ofensa moral (ato ilícito), resolve fixa a indenização no valor de X na data em que ocorreu a lesão, logo, os juros incidirão desde a prática do ato ilícito (art. 390 do Código Civil).

A incidência dos juros, portanto, deve respeitar as regras acima delineadas, combinadas, no que couber, com a data considerada pelo juiz para a fixação da indenização.

De qualquer forma, cabe lembrar que o TST, conforme sua Súmula n. 439, entende que “os juros incidem desde o ajuizamento da ação, nos termos do art. 883 da CLT”.

Vale lembrar, ainda, que, em relação à Fazenda Pública se aplicam os mesmos índices oficiais de juros aplicados à caderneta de poupança (Art. 1º. F da Lei n. 9.494/97, com a redação dada pela Lei n. 11.960/09).

9. Correção monetária

Em relação à correção monetária não há dúvida de que a mesma incide desde o momento em que é devida a reparação. Óbvio, ainda, que, no caso de arbitramento da indenização, a correção monetária somente começara a ser devida após a data considerada pelo juiz como de época-própria. Por exemplo, repetindo as lições ditas acima quanto aos juros, se alguém causa dano ao veículo no dia 10/02/2010, a princípio, a correção monetária incidente sobre a indenização devida começa a correr desde então. Contudo, se o juiz, ao fixar o valor da indenização (suficiente ao conserto do veículo), leva em conta a avaliação (orçamento) realizada em data posterior, o correto é incidir a correção monetária a partir deste último dia. Do contrário, chegaríamos a uma situação contraditória de incidir correção monetária a partir de uma data anterior ao da fixação do valor da indenização.

Lembre-se, ainda, que o TST, conforme sua Súmula n. 439, entende que “nas condenações por dano moral, a atualização monetária é devida a partir da data da decisão de arbitramento ou de alteração do valor”.

Questão mais controvertida é quanto ao índice de incidência da correção monetária na Justiça do Trabalho.

Duas são as opções: incidência do índice de atualização dos débitos trabalhistas (art. 40 da Lei n. 8.177/91) ou o índice de correção dos débitos civis.

Em relação à Fazenda Pública, atualmente cabe a aplicação do índice oficial de remuneração básica da caderneta de poupança (Art. 1º. F da Lei n. 9.494/97, com a redação dada pela Lei n. 11.960/09).

Já em relação aos demais débitos cíveis, os tribunais têm decidido pela aplicação dos seguintes índices:

- de outubro de 1964 a fevereiro de 1986: ORTN
- março de 1986: OTN
- de abril de 1986 a fevereiro de 1987: OTN “pro-rata”
- de março de 1987 a janeiro de 1989: OTN
- fevereiro de 1989: 42,72% (conforme STJ, índice de jan/89)
- março de 1989: 10,14% (conforme STJ, índice de fev/89)
- de abril de 1989 a março de 1991: IPC do IBGE (de mar/89 a fev/91)
- de abril de 1991 a julho de 1994: INPC do IBGE (de mar/91 a jun/94)
- de agosto de 1994 a julho de 1995: IPC-r do IBGE (de jul/94 a jun/95)
- de agosto de 1995 em diante: INPC do IBGE (de jul/95 em diante)

Parece-nos que em relação ao débito trabalhista se aplica a regra da Lei n. 8.177/91. Já quanto ao débito que não tem natureza trabalhista, cabe a incidência do índice dos débitos cíveis.

Seria o caso, por exemplo, da correção monetária incidente sobre a indenização devida aos familiares da vítima morta em acidente de trabalho. Neste caso, como a indenização é devida a terceiro, não integrante de uma relação de emprego, o débito tem natureza civil e não trabalhista. Já em relação à indenização por ato ilícito devida

ao próprio empregado, numa interpretação ampliativa, pode-se concluir que o débito tem natureza trabalhista.

10. Extensão da indenização por atos ilícitos

As regras definidoras do valor da indenização devida por atos ilícitos se encontram traçadas nos arts. 944 a 954 do Código Civil.

O art. 944 do CC, por sua vez, estabelece a regra de que a “indenização mede-se pela extensão do dano”. Com isso se quer estabelecer a regra de que ninguém pode receber, a título de indenização, valor superior ao dano que sofreu, evitando-se, com isso, o enriquecimento sem causa.

Duas exceções estão postas no Código Civil, porém. A primeira delas é aquela mencionada no parágrafo único do próprio art. 944, que dispõe que “se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, eqüitativamente, a indenização”.

Aqui, ficou estabelecida a faculdade de o juiz reduzir, eqüitativamente, a indenização na hipótese de excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano. Ou seja, neste caso, a indenização não será na medida da extensão do dano (reparação integral). O ofendido, assim, neste caso, ficará em prejuízo, pois o dano não será reparado por inteiro se houver “excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano”.

Tal dispositivo legal, assim, funda-se no princípio da equidade, na qual se pondera os interesses do lesado e do ofensor, em especial quando a este último não se possa impor uma maior censura em sua conduta.

Algumas questões, no entanto, devem ser esclarecidas.

A primeira é que deve haver uma desproporção excessiva, exagerada, demasiada ou desmedida entre o prejuízo da vítima e o grau de culpa do ofensor. Logo, se for leve a culpa e o dano de pequena monta, inexistindo o desequilíbrio (desproporção), será devida a indenização.

Lógico, ainda, que se a culpa for grave, mas o dano for pequeno, ainda assim deve haver a reparação integral. Isso porque, para redução da indenização, leva-se em conta o grau de culpa como fator preponderante de redução da indenização. A partir da culpa em menor grau (não grave) é que, havendo desproporção com o dano, reduz-se a indenização. Daí se tem que, necessariamente, a culpa do ofensor há de ser leve ou levíssima.

Também não se mostra autorizado por esta regra, fundada na equidade, a redução da indenização quando o ofensor tenha boa condição econômica, podendo arcar com a indenização integral, sem redução de sua condição sócio-econômica, ainda que tenha agido com culpa leve ou levíssima. A se pensar em sentido contrário, estar-se-ia diante de uma injustiça, em contradição ao princípio que norteia a regra redutora do parágrafo único do art. 944 do CC.

Diga-se, ainda, que a expressão “poderá o juiz reduzir” não implica em deduzir que se trata de uma faculdade do juiz. Cuida-se de direito subjetivo do ofensor, que deve ser observado quando satisfeitos os pressupostos previstos em lei. Tal redução, no entanto, há de ser pedido pelo ofensor em sua defesa, pois se trata de uma faculdade jurídica posta à sua disposição, até porque ele pode, querendo, reparar integralmente o dano, mesmo que tenha agido em culpa leve.

Ressalte-se, ainda, que “a possibilidade de redução do montante da indenização em face do grau de culpa do agente, estabelecida no parágrafo único do art. 944 do novo Código Civil, deve ser interpretada restritivamente, por representar uma exceção ao princípio da reparação integral do dano” (Súmula 46 das Jornadas de Direito Civil, com redação dada pela Súmula 380).

A segunda exceção encontramos no art. 928 do Código Civil. Este dispositivo reafirma a responsabilidade do menor “pelos prejuízos que causar, se as pessoas por ele responsáveis não tiverem obrigação de fazê-lo ou não dispuserem de meios suficientes” (art. 928 do Código Civil). É uma regra que reafirma a responsabilidade do incapaz por seus atos quando seus responsáveis não tiverem obrigação de fazê-lo ou não dispuserem de meios suficientes para tanto.

Contudo, dispõe o parágrafo único do art. 928 do Código Civil que, neste caso, a indenização “deverá ser equitativa” e “não terá lugar se privar do necessário o incapaz ou as pessoas que dele dependem”.

Nesta hipótese, o legislador privilegiou o incapaz em detrimento do ofendido por seus atos, procurando estabelecer regra que evite com que a indenização se torne excessivamente onerosa para o incapaz. Também levou em conta o princípio da equidade, devendo ser considerado, ainda, a imputabilidade diminuída do incapaz.

A indenização devida, portanto, poderá ser limitada eqüitativamente pelo juiz, não cabendo a mesma ser cobrada se privar o menor ou quem dele depende do necessário para sua vida digna. O juiz, pois, na fixação da indenização devida pelo incapaz deve ter em conta o princípio da dignidade da pessoa humana e da equidade.

Tal regra, por sua vez, é de ordem pública, já que cuida de norma de proteção do incapaz. Logo, ao juiz, ainda que não haja pedido do ofensor, impõe considerar o disposto no art. 928 do CC, devendo, se for o caso, mandar que seja produzida a prova relativa à condição econômica do menor.

Essa regra, porém, não beneficia os representantes legais dos incapazes quando aos mesmos se atribui a responsabilidade pelo pagamento da indenização.

Acrescente-se, ainda, que as regras de redução da indenização devida se aplicam tanto aos materiais, como os morais.

11. Indenização na culpa concorrente

O art. 945 do Código Civil, igualmente, estabelece outra regra especial para fixação do valor da indenização quando a vítima concorre culposamente para o evento danoso. Neste caso, a “indenização será fixada tendo-se em conta a gravidade de sua culpa em confronto com a do autor do dano”.

Exemplo que se pode lembrar é aquele na qual se pede indenização por danos materiais decorrentes de acusação injusta, tornada pública a injúria. Se, entretanto, conquanto injusta a acusação, restar comprovado que foi a própria vítima que lhe deu divulgação pública (através dos jornais, por exemplo) ou tornou-a mais ampla do que a inicialmente feita pelo autor, tem-se que o próprio ofendido - ao tornar pública a acusação - concorreu para o dano. Essa sua conduta, pois, deve ser considerada na fixação da indenização.

Tal regra socorre o autor do dano quando os efeitos de seus atos são aumentados pelo comportamento da vítima, seja no momento da prática do ato danoso, seja em estágio posterior.

12. Conclusão

Diversas são as situações da vida que influenciam e devem ser consideradas para a fixação do valor da indenização devida em decorrência de dano causado à integridade física de outrem.

No presente trabalho procuramos apontar algumas lições retiradas da doutrina e da jurisprudência, que auxiliam o julgador no momento tormentoso de apontar o valor da indenização, especialmente quando diante do dano moral e estético.

Esperamos, assim, ter contribuído para o estudo deste tema, sem pretensão de esgotar o debate ou o elenco de questões que devem ser consideradas.

13. Referência

CENDON, Paolo. BALDASSARI, Augusto (orgs.). Codice civile annotato con la giurisprudenza. Milão: UTET, 2007.
VÁZQUEZ DE CASTRO, Luis Martinez. El principio de libre desarrollo de la personalidad en el ámbito privado. Cizur Menor (Navarra): C