

# A INCUMBÊNCIA DO OFENDIDO DE REABILITAR-SE PROFISSIONALMENTE NA RESPONSABILIDADE CIVIL

## THE INJURED PERSON'S BURDEN OF PROFESSIONAL REHABILITATION IN TORT LAW

**Daniel Pires Novais Dias**

Professor da FGV Direito Rio. Pesquisador visitante pela Harvard Law School. Aprovado como pesquisador visitante pela Yale Law School. Doutor em Direito Civil, na modalidade de doutorado-sanduíche, pela Universidade de São Paulo, com período de pesquisa na Ludwig-Maximilians-Universität München, com bolsa concedida pelo Deutscher Akademischer Austauschdienst (DAAD). Foi pesquisador visitante do Instituto Max-Planck de Direito Comparado e Internacional Privado em Hamburgo, na Alemanha. Mestre em Direito Civil pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Graduado em Direito pela Universidade Federal da Bahia.

**Resumo:** Em caso de ofensa à saúde pela qual o ofendido não possa exercer o seu ofício ou profissão, o Código Civil prevê que a indenização inclui pensão no valor do trabalho para que se inabilitou (art. 950, CC). Mas e se o ofendido puder, mediante esforço ou sacrifício razoável, exercer outros ofícios ou profissões, terá ele direito à pensão integral? Ou deve-se abater do valor da pensão a remuneração que ele teria podido obter com outro trabalho? Há divergência na doutrina e jurisprudência, predominando o entendimento pela irrelevância, do ponto de vista indenizatório, da capacidade laboral remanescente do ofendido. No presente artigo, as posições existentes são analisadas criticamente e, ao final, é apresentada uma nova solução: a não aplicação, por redução teleológica, do art. 950, CC aos casos em que o ofendido pode, mediante esforço razoável, exercer outros ofícios ou profissões. Nesses casos, incide o regramento geral de perdas e danos, em especial a regra do dano evitável (art. 403, CC). E dessa incidência extrai-se a incumbência do ofendido de reabilitar-se profissionalmente, sob pena de ser abatido da pensão o montante que ele poderia auferir no exercício de trabalho substitutivo. A metodologia utilizada foi a de pesquisa bibliográfica e de análise qualitativa da jurisprudência do STJ sobre o tema, sob a vigência dos códigos civis de 1916 e de 2002.

**Palavras-chave:** Ofensa à saúde. Incapacidade de trabalho específica. Pensão civil por incapacidade. Mitigação do dano. Regra do dano evitável. Reabilitação profissional.

**Abstract:** In the event of personal injury for which the injured person is not able to exercise his office or profession, Brazilian Civil Code provides, as a remedy, damages which include a pension in the amount of the work's remuneration for which he has become disabled (Article 950). However, if the injured person can, by a reasonable effort or sacrifice, exercise other offices or professions, will he be entitled to the full pension? Or should be deducted from the pension's amount the remuneration that he would have been able to obtain with another job? There is disagreement in the doctrine and jurisprudence, prevailing the understanding of the irrelevance of the remaining labor capacity of the victim for the

calculation/fixation of the amount of the damages. In this paper, these positions are critically analyzed, and a new solution is presented: the non-application, by teleological reduction, of art. 950, CC to the cases where the injured person may, by reasonable effort, carry on other offices or professions. In these cases, the general rules of damages are applied, particularly the avoidable consequences rule (Article 403, CC). Moreover, from the application of this rule is extracted the burden of the injured person to carry out other offices or professions, under the penalty of deduction from the pension of the amount of potential remuneration from the exercise of substitutive work. The methodology used was that of bibliographic research and qualitative analysis of jurisprudence of the STJ on the subject, under the Civil Codes of 1916 and 2002.

**Keywords:** Personal injury. Specific working incapacity. Disability annuity or pension. Mitigation of damages. Avoidable consequences rule. Professional rehabilitation.

**Sumário:** 1 Introdução – 2 Experiência estrangeira – 3 Experiência brasileira – 4 Análise crítica – 5 A regra do dano evitável – 6 A incumbência de reabilitar-se profissionalmente – 7 Conclusão

---

## 1 Introdução

Em caso de ofensa à saúde da qual resulte defeito que incapacite o ofendido para exercer o seu ofício ou profissão, a indenização inclui “pensão correspondente à importância do trabalho para que se inabilitou”, segundo prevê o art. 950 do Código Civil (CC). Mas e se o ofendido puder exercer, por meio de esforço razoável, outros ofícios ou profissões, isso influencia o valor da pensão? A remuneração que ele receberia por esses outros trabalhos é deduzida da pensão?<sup>1</sup>

Há três posições na doutrina e jurisprudência civis. A posição majoritária afirma que, independentemente de o ofendido poder exercer outros ofícios ou profissões (ou mesmo de estar, de fato, exercendo-os), a pensão deve sempre corresponder à importância do trabalho para o qual o ofendido se inabilitou. Posicionamento intermediário prega que a pensão deve ser reduzida apenas se o ofendido estiver de fato exercendo trabalho substitutivo, não sendo suficiente para tanto a mera capacidade ou possibilidade de vir a fazê-lo. Por fim, entendimento contrário ao majoritário defende que, em se constatando capacidade laboral remanescente do ofendido, o juiz deve reduzir equitativamente o valor da pensão.

Essas posições não estão, contudo, de acordo com o regramento do Código Civil. Para solucionar as questões formuladas, propõe-se então uma outra solução: a de que o art. 950, CC não se aplica aos casos em que o ofendido perde a capacidade de exercer o seu ofício ou profissão, mas pode exercer, sem sacrifício excessivo de sua parte, outros ofícios ou profissões. Esses casos são regulados

---

<sup>1</sup> Agradeço aos professores Ligia Fabris, Thomaz Pereira, Carlos Konder e Luciano Martinez, ao Min. Cláudio Brandão e ao advogado Sérgio Novais pela leitura e comentários à versão anterior desse artigo.

pelo regramento geral das perdas e danos, em especial pela regra do dano evitável (art. 403, CC), segundo a qual o devedor não responde pelo dano que o credor poderia ter evitado sofrer mediante emprego de esforço razoável. Da aplicação dessa regra ao grupo de casos em questão, extrai-se a incumbência do ofendido de exercer outros ofícios ou profissões, sob pena de se abater da pensão o valor da remuneração que ele poderia ter obtido em trabalho substitutivo.

Este artigo é dividido em cinco partes. Apresentam-se, primeiramente, as experiências estrangeira e brasileira sobre a questão de se, ao ofendido incapacitado para o exercício do seu ofício ou profissão habitual, incumbe ou não exercer outros trabalhos compatíveis com a sua seqüela incapacitante. A partir da experiência brasileira, identificam-se as diversas soluções propostas e seus fundamentos. Essas posições são então analisadas criticamente e, em seguida, apresenta-se o posicionamento adotado. Na quarta parte, expõe-se a regra do dano evitável, prevista pelo art. 403, CC. E, por fim, analisam-se os contornos dogmáticos da incumbência do ofendido de reabilitar-se profissionalmente, fornecendo em especial elementos para determinação em concreto do comportamento exigível.

## 2 Experiência estrangeira

Na Alemanha, em caso de ofensa à saúde que elimine ou reduza a capacidade de trabalho do ofendido, este tem direito à indenização prestada por meio do pagamento de pensão (§843, BGB). O valor dessa pensão deve corresponder à perda ou diminuição de renda que o ofendido sofreu concretamente em decorrência da ofensa à sua saúde. Se o ofendido tiver uma redução na sua capacidade de trabalho constatada clinicamente, mas mesmo assim continuar apto a exercer sua antiga atividade remunerada, sem perda de rendimentos, então não haverá dano (material) a ser indenizado. Aplica-se o mesmo entendimento se o ofendido custeava até então o seu sustento a partir do seu patrimônio ou de outras fontes de renda e não exercia atividade remunerada, desde que esses rendimentos continuem disponíveis apesar do evento danoso. Se o ofendido perdeu apenas parcialmente a sua capacidade de trabalho, trata-se de saber em que medida ele ainda pode usar sua capacidade de trabalho restante. Se, como resultado da ofensa, ele mudar de profissão ou emprego, as remunerações obtidas devem ser deduzidas de sua pensão.<sup>2</sup>

---

<sup>2</sup> WAGNER, Gerhard. §§839a-853. In: SÄCKER, Franz Jürgen; RIXECKER, Roland; OETKER, Hartmut (Ed.). *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 5: Schuldrecht, Besonderer Teil III: §§705-853*. 6 Aufl. München: Beck, 2013. p. 2719.

Nesse cálculo, leva-se ainda em conta a incumbência do ofendido de mitigar o próprio dano, prevista no §254, II do BGB.<sup>3</sup> Com base nesse dispositivo, doutrina e jurisprudência alemãs reconhecem que o ofendido tem de empregar a sua capacidade de trabalho remanescente da melhor maneira possível para fins remuneratórios. Incumbe ao ofendido tentar achar um novo trabalho e aceitar mudanças em sua atividade profissional. E se for necessário mudar de profissão, cabe a ele participar do processo de reabilitação profissional.<sup>4</sup> Se o ofendido não se esforçar, dentro do razoável, para empregar a sua capacidade de trabalho remanescente, é deduzido da sua pensão o valor da remuneração que ele poderia ter obtido. Por outro lado, se o ofendido obtiver ganhos com um trabalho substitutivo que não lhe era exigível, por ser, por exemplo, excessivamente difícil e extenuante, esse valor não é deduzido do valor da indenização.<sup>5</sup>

Na França, a jurisprudência encorajava a reabilitação profissional, decidindo pela redução da indenização em casos em que o ofendido poderia ter, mediante esforço razoável, retornado ao mercado de trabalho. Em 1996, a Segunda Câmara Cível da Corte de Cassação julgou caso que envolvia a interrupção forçada da carreira de um professor primário vítima de acidente. O autor alegava que estaria impossibilitado de retomar qualquer atividade profissional, independentemente da sua natureza. A Corte de Cassação entendeu, porém, que a vítima sofria de incapacidade parcial de apenas 10% e que estava em condições de retornar a uma profissão que não a de professor. A suposta impossibilidade seria, em realidade, apenas fruto de um estado psicológico no qual a própria vítima havia se colocado por vários anos. A sua inatividade, portanto, não seria consequência direta de seu acidente e a indenização deveria ser limitada à diferença entre a remuneração que ele teria continuado a receber caso não tivesse sofrido o acidente e aquela que teria recebido se tivesse procurado e encontrado um outro trabalho.<sup>6</sup>

<sup>3</sup> Em tradução livre: “§254 Culpa concorrente: (1) Tendo, na ocorrência do dano, concorrido uma culpa do lesado, então a obrigação de reparação, assim como a extensão da reparação a ser prestada, dependem das circunstâncias, especialmente em que medida o dano foi causado preponderantemente por uma ou por outra parte. (2) Isso também se aplica se a culpa do lesado se limita a que ele deixou de chamar a atenção do devedor para o risco de um dano extraordinariamente elevado, que o devedor nem conhecia, nem tinha de conhecer, ou a que ele deixou de evitar ou de reduzir o dano. [...]” (grifos nossos).

<sup>4</sup> WAGNER, Gerhard. §§839a-853. In: SÄCKER, Franz Jürgen; RIXECKER, Roland; OETKER, Hartmut (Ed.). *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 5: Schuldrecht, Besonderer Teil III: §§705-853*. 6. Aufl. München: Beck, 2013. p. 2724; LOOSCHELDERS, Dirk. *Die Mitverantwortlichkeit des Geschädigten im Privatrecht*. Tübingen: Mohr Siebeck, 1999. p. 476-477; LARENZ, Karl. *Lehrbuch des Schuldrechts, Bd. 1: Allgemeiner Teil*. 14. Aufl. München: Beck, 1987. p. 543-545.

<sup>5</sup> WAGNER, Gerhard. §§839a-853. In: SÄCKER, Franz Jürgen; RIXECKER, Roland; OETKER, Hartmut (Ed.). *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 5: Schuldrecht, Besonderer Teil III: §§705-853*. 6. Aufl. München: Beck, 2013. p. 2725; MARKESINIS, Basil; COESTER, Michael; ALPA, Guido; ULLSTEIN, Augustus. *Compensation for personal injury in English, German and Italian law: a comparative outline*. New York: Cambridge University Press, 2011. p. 144.

<sup>6</sup> REIFEGERSTE, Stéphan. *Pour une obligation de minimiser le dommage*. Aix-en-Provence: Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2002. p. 181-182.

A partir de 2003, porém, a Segunda Câmara Cível da Corte de Cassação passou a proferir decisões em que rejeita a obrigação da vítima de lesão corporal de minimizar seu dano. Com base no art. 1.382 do Código Civil francês, tem afirmado que “o autor de um acidente tem de reparar todas consequências indenizáveis; que a vítima não tem de limitar seu prejuízo no interesse do responsável”.<sup>7</sup> Essas decisões têm sido criticadas, entre outras razões, por violarem o limite da “consequência imediata e direta” presente no art. 1231-4 do Código Civil francês (correspondente, à época, ao art. 1.151).<sup>8</sup>

Na Itália, o art. 1.226 do Código Civil autoriza a avaliação equitativa do dano nos casos em que ele não pode ser provado no seu preciso montante. Com base nesse dispositivo, entende-se que “o juiz pode levar em conta a possibilidade de uma reeducação profissional, com particular atenção às atitudes, competência e vocação já experimentadas pela vítima”. Segundo Pietro Rescigno, “o juiz poderá levar isso em conta, porque a sua avaliação do dano – tratando-se de dano à pessoa, que pode ser removido ou reduzido pela intervenção reparadora – será uma avaliação necessariamente equitativa”. No caso de ofendido com redução da capacidade de trabalho, “a existência e a medida atual do dano são certas; a probabilidade, que torna incerta a quantidade do dano ao fim da liquidação, diz respeito à persistência do dano, remetido como é, essa persistência, à vontade e à liberdade da vítima”.<sup>9</sup>

<sup>7</sup> CassFr. 2ª Câ. civ., 19 jun. 2003, n. 00-22.302; CassFr. 2ª Câ. civ., 19 jun. 2003, n. 01-13.289; CassFr. 2ª Câ. civ., 8 out. 2009, n. 08-18492; CassFr. 2ª Câ. civ., 25 out. 2012, n. 11-25511; CassFr. 2ª Câ. civ., 26 mar. 2015, n. 14-16011.

<sup>8</sup> Nesse sentido, ver em especial: CHAZAL, Jean-Pascal. “L’ultra-indemnisation”: une réparation au delà des préjudices directs. *Recueil Dalloz*, n. 34, p. 2326-2330, 2003. Citando Chazal, Alexandre Dumery afirma que “essas decisões vão para além da reparação integral, não indenizando unicamente o dano diretamente causado pelo réu. A reparação pode, desse ponto de vista, perder seu caráter de integral em favor daquele de desmedido” (DUMERY, Alexandre. *La faute de la victime en droit de la responsabilité civile*. Paris: L’Harmattan, 2011. p. 376.) Nessa mesma linha, Brieskorn, afirma que “o direito francês já oferece com o art. 1151 [...] meios jurídicos suficientes para aduzir esse dever” de evitar o próprio dano (BRIESKORN, Konstanze. *Vertragshaftung und responsabilité contractuelle: ein Vergleich zwischen deutschem und französischem Recht mit Blick auf das Vertragsrecht in Europa*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2010. p. 411-412.)

<sup>9</sup> RESCIGNO, Pietro. Libertà del “trattamento” sanitario e diligenza del danneggiato. In: *Studi in onore di Alberto Asquini*. Padova: Cedam, 1965. v. IV. p. 1659-1660. Segundo Pietro Rescigno, o segundo parágrafo do art. 1227 do CC italiano não é aplicável a esse grupo de casos. Esse artigo, intitulado concurso do fato culposo do credor, prevê no segundo parágrafo que “o ressarcimento não é devido pelos danos que o credor teria podido evitar usando a diligência ordinária”. Rescigno explica que esse dispositivo é aplicável aos casos em que a lesão física do ofendido é agravada por conta da sua conduta culposa, como no exemplo típico em que o ofendido não trata uma ferida aberta. Por outro lado, o dispositivo não se aplica aos casos em que a lesão física está consolidada, mas o ofendido omite uma atividade específica que poderia diminuir ou remover essa lesão ou dano. Nessa linha, o dispositivo não seria aplicável aos casos em que tentativas de reeducação ou reabilitação ao trabalho poderiam evitar a perda de remuneração do ofendido. Além disso, segundo Rescigno, a medida de irreparabilidade do dano assim evitável conflitaria com o princípio da livre escolha do trabalho (art. 4, 2ª parágrafo, Constituição)

Por fim, no direito inglês, o ofendido que não é capaz de retornar para o seu emprego anterior ao acidente, terá de tentar arranjar outro trabalho. Se ele se recusar, a sua indenização corresponderá à diferença entre o que ele é capaz de ganhar e o que ele ganharia se não fosse pelo acidente.<sup>10</sup>

### 3 Experiência brasileira

#### 3.1 Códigos civis

A indenização em caso de lesão incapacitante para o trabalho habitual do ofendido é uma questão jurídica tradicional e antiga, atualmente regulada pelo art. 950, CC/2002, o qual é, em essência, repetição do art. 1.539, CC/1916. No trecho relevante para a presente análise, os regramentos do CC/1916 e do CC/2002 são efetivamente iguais: “Se da ofensa resultar defeito pelo qual o ofendido não possa exercer o seu ofício ou profissão, [...] a indenização incluirá pensão correspondente à importância do trabalho para que se inabilitou”.

João Manuel de Carvalho Santos foi possivelmente o primeiro autor a questionar, em face desse regramento, a hipótese de o ofendido poder exercer outros ofícios ou profissões e se isso teria efeito sobre a pensão. E a sua posição acabou se tornando a mais famosa e influente sobre essa questão. Segundo Carvalho Santos, o Código teria tratado apenas do ofício ou profissão habitual do ofendido, sem levar em conta a possibilidade de ele assumir outros trabalhos compatíveis com seu defeito, porque, em qualquer outra atividade remunerada, os rendimentos do ofendido seriam naturalmente muito menores. Além disso, para Carvalho Santos, essa seria

uma solução justa e equitativa, mesmo porque as profissões ou ofícios que podem ser exercidos por inválidos, portadores de defeitos físicos de certa monta, não devem ser obrigatórios, por importarem em

italiana) (RESCIGNO, Pietro. Libertà del “trattamento” sanitario e diligenza del danneggiato. In: *Studi in onore di Alberto Asquini*. Padova: Cedam, 1965. v. IV. p. 1651-1653)

<sup>10</sup> MARKESINIS, Basil; COESTER, Michael; ALPA, Guido; ULLSTEIN, Augustus. *Compensation for personal injury in English, German and Italian law: a comparative outline*. New York: Cambridge University Press, 2011. p. 124-125. De maneira análoga, no direito anglo-americano, em caso de dispensa ilícita (*wrongful dismissal*), o ex-empregado tem de adotar medidas razoáveis para encontrar outro trabalho, sob pena de o tribunal reduzir a sua indenização no valor do dano que ele poderia ter evitado sofrer, ou seja, no montante da remuneração que ele poderia ter obtido em outros empregos. Sobre esse tema, ver: DIAS, Daniel. O “princípio” da mitigação e o direito do trabalho: análise da (restrita) aplicabilidade da regra da irreparabilidade do dano evitável ao direito do trabalho brasileiro. In: PAMPLONA FILHO, Rodolfo; PINTO, José Augusto Rodrigues (Coord.). *Principiologia: estudos em homenagem ao centenário de Luiz de Pinho Pedreira da Silva*. São Paulo: LTr, 2016. p. 69-86.

um sacrifício imenso, que se não tem o direito de exigir de ninguém, principalmente quando daí resultar ficar a pessoa na situação de des-  
pertar a caridade pública, que seria verdadeiramente humilhante se  
fôsse forçada pela necessidade.<sup>11</sup>

Caio Mário da Silva Pereira foi outro autor cuja posição pela irredutibilidade da pensão foi bastante influente. Ele reconhecia que o ofendido incapaz de exercer o seu ofício ou profissão poderia ser capaz de trabalhar em outras funções: “uma cantora que perde a voz, pode trabalhar em outra atividade; um atleta que perde a destreza não está impedido de ser comentarista”. Mas a isso Caio Mário contrapunha: “uma e outro, no entanto, sofrem a destruição inerente à sua atividade normal. A indenização a que fazem jus leva em consideração o prejuízo específico, uma vez que a procura de outro trabalho é uma eventualidade que pode ou não vir a ser”.<sup>12</sup>

Mais recentemente outros autores posicionaram-se, de maneira semelhante, pela irredutibilidade do montante da pensão. As justificativas apresentadas são, em geral, reformulações dos argumentos já presentes em Carvalho Santos e Caio Mário: (i) a lei faz expressa referência à impossibilidade de o ofendido exercer o seu ofício ou profissão, não sendo portanto dele exigível a readaptação a outros trabalhos;<sup>13</sup> (ii) a pensão visa não só a reparar o dano material, mas também compensar o ofendido pela lesão física (dano moral) sofrida;<sup>14</sup> (iii) a incerteza sobre o futuro, ou seja, o fato de que o ofendido pode até continuar no mesmo trabalho, mas ser possível que no futuro ele seja dispensado e, por causa do seu defeito, não consiga achar outro trabalho que propicie igual remuneração.<sup>15</sup>

<sup>11</sup> SANTOS, João Manuel de Carvalho. *Código Civil brasileiro interpretado: direito das obrigações* (art. 1533-1571). 12. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1989. XXI. p. 145-146.

<sup>12</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil*. 11. ed. rev. e atual. por Gustavo Tepedino. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 414. Apesar de o autor falar que a “procura” de outro trabalho seria “uma eventualidade que poderia ou não vir a ser”, ele parece se referir na verdade à “obtenção” de outro trabalho. Como a procura de outro trabalho é algo que só depende do próprio ofendido, não faz sentido concebê-la como uma eventualidade.

<sup>13</sup> SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Princípio da reparação integral: indenização no Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 245.

<sup>14</sup> MIRAGEM, Bruno. *Direito civil: responsabilidade civil*. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 351-352 (a pensão teria também um “caráter compensatório em relação à ofensa física sofrida pela vítima”); DONNINI, Rogério. Arts. 927 a 954. In: CARVALHO, Washington Rocha de et al. *Comentários ao Código Civil brasileiro: dos atos unilaterais, dos títulos de crédito, da responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2013. v. VIII. p. 472-473; FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. *Curso de direito civil: responsabilidade civil*. [s.l.]: [s.n.], 2014. v. 3. p. 325-326 (“A indenização civil, diferentemente da previdenciária, busca o ressarcimento da lesão física causada, não propriamente a mera compensação sob a ótica econômica”); TARTUCE, Flávio. *Direito civil: direito das obrigações e responsabilidade civil*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. v. 2. p. 466-467; RIZZARDO, Arnaldo. *Responsabilidade civil*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 210, falando em “limitação para as atividades humanas”.

<sup>15</sup> RIZZARDO, Arnaldo. *Responsabilidade civil*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 210.

Em oposição, o entendimento contrário prega que a possibilidade de o ofendido exercer outros ofícios ou profissões é relevante para a fixação do valor da pensão.<sup>16</sup> Segundo Silvio Rodrigues, que foi o principal partidário desse posicionamento, o juiz deveria “agir com ponderação ao fixar a indenização” quando o ofendido pudesse voltar a trabalhar em outras funções, “admitindo por vezes haver apenas redução parcial na capacidade laborativa, com o fito não só de impossibilitar um enriquecimento indevido [...], como também o de desencorajar um injustificado ócio”.<sup>17</sup>

De maneira análoga, Paulo Nader leciona:

Se a vítima era motorista particular e, devido à redução de sua capacidade visual, foi obrigada a se dedicar a uma atividade compatível com as suas condições e menos rendosa, tal depreciação implicará o direito de receber uma pensão equivalente a *capitis deminutio*. A fim de não propiciar à vítima um enriquecimento sem causa, o juiz deverá apreciar com equidade o justo valor da pensão, inclusive para não motivar o ócio.<sup>18</sup>

<sup>16</sup> MELO, Diogo Leonardo de. Arts. 927 a 965. In: NANNI, Giovanni Ettore (Coord.). *Comentários ao Código Civil: direito privado contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 1323. Orlando Gomes assume posição peculiar que merece análise. Diz o autor: “A *incapacidade permanente* pode ser *total* ou *parcial*. Se a lesão sofrida pelo ofendido o inabilita, por completo, para todo gênero de atividade, como, por exemplo, nos casos de cegueira ou de perda de membros inferiores, a pensão há de ser equivalente à que receberiam os herdeiros da vítima, caso o ferimento lhe houvesse causado a morte. Outro critério deve presidir, no entanto, a fixação da indenização, se a incapacidade for parcial. Nessa hipótese, verifica-se a diminuição da capacidade de trabalho da vítima, que, entretanto, continua apta ao exercício de outra atividade, devendo a pensão corresponder à depreciação sofrida” (GOMES, Orlando. *Responsabilidade civil*. Revisão, atualização e ampliação de Edvaldo Brito. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 119). Com base no final desse trecho, é possível concluir que, para Orlando Gomes, o ofendido, incapaz de exercer determinado ofício ou profissão, deveria exercer outros trabalhos compatíveis com o seu defeito. Apesar da viabilidade dessa interpretação, em uma análise mais detida, percebe-se que Gomes pauta-se por critério de capacidade de trabalho distinto do legal. Ele se baseia no critério de capacidade laboral geral ou genérica, enquanto o dispositivo legal baseia-se no de capacidade especial ou específica. De acordo com a previsão legal, a diminuição da capacidade de trabalho significa a redução do valor do trabalho habitual do ofendido. Ou seja, o ofendido permanece trabalhando no seu ofício, só que agora de maneira menos eficiente ou produtiva. É por isso que a consequência legal para a diminuição da capacidade de trabalho é que ele receberá pensão correspondente ao valor da depreciação que o trabalho sofreu. Já para Orlando Gomes, diminuição da capacidade de trabalho significa a redução das atividades que o ofendido pode exercer. Por isso que ele sugere que o ofendido nessa situação deve exercer um outro trabalho. Contudo Gomes acaba referindo ao final, como consequência jurídica, que deveria “a pensão corresponder à depreciação sofrida”. Aqui a incompatibilidade dos critérios fica evidente. Em caso de incapacidade parcial ou diminuição da capacidade de trabalho, Gomes sugere, de um lado, que o ofendido exerça outra atividade (solução para redução da capacidade genérica) e, de outro, que a pensão corresponda à depreciação sofrida (solução para redução da capacidade específica).

<sup>17</sup> RODRIGUES, Silvio. *Direito civil: responsabilidade civil*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 4. p. 233-234.

<sup>18</sup> NADER, Paulo. *Curso de direito civil: responsabilidade civil*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. v. 7. p. 286. E em seguida, prossegue o autor: “Na prática podem surgir inúmeras variáveis em relação à incapacidade, total ou parcial, para o trabalho, cabendo ao juiz, com equidade, dar a solução mais adequada

A literatura especializada acompanha essa posição.<sup>19</sup> Além do enriquecimento sem causa e do não incentivo ao ócio, Arnaldo Marmitt acrescenta o argumento dos avanços médicos no campo da reabilitação profissional: “Ultimamente a ciência médica tem revelado grandes avanços no particular”, o que, segundo Marmitt, teria de certo modo dado um novo sentido aos “conceitos emitidos por Carvalho Santos em época já distante”. Marmitt refere-se à lição de Santos citada acima, segundo a qual o exercício de outros ofícios ou profissões demandaria um sacrifício imenso do ofendido e seria, portanto, inexigível.<sup>20</sup>

Por fim, em uma posição mais recente e intermediária, alguns autores defendem que a pensão deve ser reduzida apenas se o ofendido de fato exercer outro ofício ou profissão, não sendo suficiente para tanto a sua mera capacidade de fazê-lo. Uma vez que o legislador presumiu que seria excessivamente oneroso para o ofendido exercer outras atividades remuneradas, essa presunção só poderia ser superada em caso de efetivo exercício de outro trabalho pelo ofendido.<sup>21</sup>

Na jurisprudência, o STF apresenta ao menos uma decisão sobre o tema. Trata-se de caso de responsabilidade civil decorrente de acidente automobilístico do qual resultou redução da capacidade laboral do ofendido. O ofensor recorreu pedindo o indeferimento da pensão, “porque o recorrido passou a exercer cargo de destaque na Caixa Econômica Federal”. O Min. Thompson Flores rejeitou o pedido, reiterando argumento presente na sentença: “Viável não se faz a exclusão da indenização pela redução da capacidade laborativa. A incapacidade física resultante do ilícito, quando menos, restringiu o campo de escolha de trabalho do exequente [sic], e o dano disso proveniente é de ser indenizado”.<sup>22</sup>

---

ao caso concreto. Por exemplo, se a vítima exerce a profissão de fisioterapeuta e ainda leciona, ficando impedida apenas para aquela atividade, no cálculo do pensionamento dever-se-á levar em consideração apenas a perda parcial de ganhos. Caso a vítima mais tarde, duplicando a sua jornada de trabalho no magistério, recobre os ganhos salariais perdidos, razão não haverá para a continuidade do pensionamento”.

<sup>19</sup> MARMITT, Arnaldo. *Perdas e danos*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 61; MONTENEGRO, Antônio Lindbergh C. *Ressarcimento de danos*. 8. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 99.

<sup>20</sup> MARMITT, Arnaldo. *Perdas e danos*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 61. No texto original, Arnaldo Marmitt utiliza o verbo “revalidar”, afirmando que o avanço da medicina “revalidou os conceitos emitidos por Carvalho Santos”. Contudo entende-se, pelo contexto, que Marmitt queria dizer, conforme apresentado no texto acima, que o avanço da medicina seria responsável por uma reavaliação dos conceitos emitidos por Carvalho Santos.

<sup>21</sup> DIREITO, Carlos Alberto Menezes; CAVALIERI FILHO, Sérgio Cavalieri. *Comentários ao novo Código Civil: da responsabilidade civil, das preferências e privilégios creditórios*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. v. XIII. p. 466-467; CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 122-123; GODOY, Claudio Luiz Bueno de. Responsabilidade civil (arts. 927 a 954). In: PELUSO, Cezar. *Código Civil comentado*. 8. ed. [s.l.]: [s.n.], 2014. p. 901; TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil interpretado: conforme a Constituição da república*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012. v. II. p. 879.

<sup>22</sup> RE nº 77.635. Rel. Min. Thompson Flores, Segunda Turma, j. 22.10.1974. *DJ*, 22 nov. 1974. PP-08769 Ement Vol-00968-01 PP-00312.

No Superior Tribunal de Justiça (STJ), em um primeiro caso, que serviu de base para algumas decisões seguintes, o ofendido perdeu a mobilidade do antebraço esquerdo, o que o incapacitou para o exercício da sua profissão. Em segunda instância, o tribunal entendeu que a pensão deveria ser fixada em valor correspondente a 60% do salário que o ofendido recebia, pois esse valor seria o bastante para que ele vivesse com dignidade, podendo passar a se ocupar, “se assim o desejar, de outra atividade mais suave, pois não está impossibilitado de trabalhar”. O STJ reformou essa decisão. Em seu voto, o Min. Eduardo Ribeiro colocou a questão da seguinte maneira:

A questão jurídica posta é a de saber se, inabilitada a vítima para a profissão que exercia, mas não para outras, a indenização, em forma de pensão, haverá de ser igual ao que recebia, ou se deve ter-se em conta que não houve inabilitação para qualquer trabalho, outorgando-se, em consequência [*sic*], compensação proporcional.

Analisando o art. 1.539, CC/1916, concluiu que o legislador presumiu “que dificilmente o ofendido conseguirá exercer outro trabalho, muitas vezes tornando-se, também, especialmente penoso fazê-lo”, mas que seria possível “demonstrar o contrário, tendo em vista a razão de ser da previsão legal que não é a de ensejar enriquecimento”. Se ficar então demonstrado que “a vítima trabalha, ainda que em profissão distinta, não seria razoável a pensão integral”. O Min. Eduardo Ribeiro ressaltou, contudo, que isso não teria sido demonstrado no caso sob julgamento:

O acórdão assinalou que sessenta por cento do que percebia o autor já lhe permitiria viver com dignidade, o que não constitui critério aceitável quando se trata de reparar o dano. Acrescentou que poderia dedicar-se a outra atividade. Isso, entretanto, apenas no plano hipotético, o que importa contrariar, sem base em elementos fáticos, a presunção que resulta da lei.<sup>23</sup>

Esse entendimento foi expressamente reafirmado e aplicado em outras cinco decisões. Essas decisões formam dois grupos. Em um primeiro, depois de se recuperar da ofensa à saúde, o ofendido continuou trabalhando para o mesmo empregador, embora em função diversa, concluindo então o tribunal que a pensão era descabida durante o período em que o ofendido permaneceu empregado.<sup>24</sup> No

---

<sup>23</sup> REsp nº 233.610/RJ. Rel. Min. Eduardo Ribeiro, Terceira Turma, j. 9.11.1999. *DJ*, 26 jun. 2000, p. 164.

<sup>24</sup> REsp nº 235.393/RS. Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, Quarta Turma, j. 23.11.1999. *DJ*, 28 fev. 2000, p. 89 (por conta de acidente de trânsito, o ofendido perdeu a capacidade de agarrar com a mão

segundo, os ofendidos não voltaram a trabalhar para o antigo empregador nem passaram a trabalhar em outro lugar, não havendo, portanto, qualquer redução do valor da pensão.<sup>25</sup>

Em 2003, a Quarta Turma proferiu decisão sobre caso ligeira, porém, substancialmente diferente, mas que acabou alterando o entendimento do tribunal sobre a finalidade da pensão por incapacidade laboral do ofendido, o que consequentemente alterou o entendimento sobre se é devida ou não pensão integral no caso em que o ofendido volta a trabalhar depois de recuperar-se da ofensa. No REsp nº 402.833, o Min. Aldir Passarinho Jr. acatou o argumento do ofendido de que “o dano advém de ato ilícito e não se restringe meramente à reparação de ordem econômica, mas também à física, decorrente de lesões incapacitantes parciais e permanentes”, e decidiu que, em caso de ofensa à saúde, “o surgimento de seqüelas permanentes há de ser compensado pela prestação de pensão desde a data do sinistro, independentemente de não ter havido perda financeira concretamente apurada”. Isso porque

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 ensinar a

---

direita, ficando incapacitado para sua função de sondador, mas voltou a trabalhar na mesma empresa no almoxarifado sem redução salarial, até ser despedido); REsp nº 401.474/SP. Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, Quarta Turma, j. 7.3.2002. *DJ*, 15 abr. 2002, p. 232 (lidando com maquinário de fabricação de equipamentos de tecnologia, o ofendido sofreu amputação parcial do braço esquerdo e lesões graves no direito, mas, após o tratamento, continuou trabalhando na mesma empresa, “embora em função diversa, sem redução de salário, vindo a sair da empresa após acordo celebrado pelas partes”); REsp nº 268.909/SP. Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, Quarta Turma, j. 3.4.2001. *DJ*, 7 maio 2001, p. 148 (o ofendido, por conta de acidente de trabalho, perdeu quatro dedos da mão direita, ficando incapacitado para a função que exercia; após o tratamento, continuou a exercer atividade profissional na mesma empresa que o empregava quando do acidente, embora em função diversa, sem redução salarial). Nesse último caso, em segunda instância, o tribunal levou em conta o fato de o ofendido ter continuado a trabalhar na mesma empresa para reduzir o percentual da pensão, afirmando: “A redução leva em conta, ainda, a postura da empresa, que permanece com o autor em seus quadros até hoje, readaptado ao trabalho: é atitude encomiástica, merecedora de reconhecimento e incentivo”. Apesar do tom que acaba sugerindo a ideia equívoca de que a conduta de manter os acidentados empregados seria merecedora de prêmio, esse trecho chama atenção para um ponto importante, que é o efeito sobre o empregador da decisão de abater da pensão a remuneração obtida pelo ofendido em função de permanecer trabalhando. Essa decisão cria um incentivo para os empregadores manterem os acidentados empregados, o que é bom inclusive para o empregado que se mantém ativo, no mercado de trabalho, com todos efeitos pessoais e sociais positivos que isso gera.

<sup>25</sup> REsp nº 569.351/MG. Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, Terceira Turma, j. 7.12.2004. *DJ*, 4 abr. 2005, p. 304 (ofendida trabalhava como bancária e desenvolveu doença profissional – tenossinovite); REsp nº 733.990/MG. Rel. Min. Nancy Andrighi, Terceira Turma, j. 21.2.2006. *DJ*, 20 mar. 2006, p. 270 (ofendida que trabalhava como bancária e adquiriu LER, tendo sido aposentada por invalidez).

busca por melhores condições e remuneração na mesma empresa ou no mercado de trabalho.<sup>26</sup>

Essa mudança de interpretação acerca da finalidade da pensão curiosamente deu-se em um caso em que não estava em jogo propriamente pensão por incapacidade laboral permanente, mas sim lucros cessantes a que faz jus o ofendido durante o período de tratamento. No caso, durante a convalescença, por conta de acordo coletivo de trabalho, o ofendido recebeu normalmente a sua remuneração. Em segunda instância, o tribunal entendeu por isso indevido o pensionamento nesse período. A Quarta Turma do STJ, porém, com base na fundamentação referida, reformou essa decisão, condenando o réu a pagar pensão durante o período de tratamento. Acontece que, de acordo com o art. 1.539, CC/1916 (o que é repetido no art. 950, CC/2002), durante o período de tratamento, o ofendido não tem direito à pensão e sim a lucros cessantes. E essa separação não é mero formalismo, pois essas figuras são diferentes, tendo os lucros cessantes um alcance mais amplo, podendo levar em conta outros ingressos financeiros que não apenas a perda de remuneração.<sup>27</sup>

Essa constatação de que o caso, no qual se alterou o entendimento sobre a finalidade da pensão, tratava na realidade de lucros cessantes fragiliza a fundamentação do STJ. O argumento para justificar o pagamento da pensão apesar de o ofendido estar recebendo era o de que a pensão serviria para indenizar não só dano material, mas também dano moral. O que dizer dessa argumentação em face da constatação de que a indenização prevista são os lucros cessantes e não o pensionamento? Teria o tribunal concluído de maneira análoga que seriam devidos os lucros cessantes, apesar de o ofendido ter recebido o salário normalmente, pois os lucros cessantes destinam-se a reparar não só dano material, mas também dano moral? Essa possibilidade parece no mínimo improvável.<sup>28</sup>

<sup>26</sup> REsp nº 402.833/SP. Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, Quarta Turma, j. 6.2.2003. *DJ*, 7 abr. 2003, p. 292.

<sup>27</sup> Sobre o objeto de indenização da pensão por incapacidade laboral permanente, ver a seguir tópico 4.1.3.

<sup>28</sup> Tratando de situação análoga, em que servidor do Estado continua recebendo os seus vencimentos durante período de tratamento, o jurista português João António Álvaro Dias afirma: “Não faz, com efeito, nenhum sentido que o funcionário público, o militar de carreira, ou o juiz, que que sofre um acidente de viação, que o impossibilita de trabalhar durante um determinado período de tempo, e continua a receber o seu vencimento por inteiro, possa por alguma forma cumular tal quantia (contrapartida normal do exercício da sua atividade) com a indemnização que o responsável originário ou sub-rogado pelo acidente está obrigado a pagar-lhe. Daí que, em tais situações-tipo, a única solução sensata e razoável seja a de considerar a entidade pagadora dos salários (v.g. Estado) sub-rogada nos direitos que o crédito ressarcitórios da vítima fez surgir na sua esfera jurídica” (DIAS, João António Álvaro. *Dano corporal: quadro epistemológico e aspectos ressarcitórios*. Coimbra: Almedina, 2001. p. 274, n. 633). Esse raciocínio pode ser transposto para situações que envolvam ofendidos que não trabalhem para o Estado e/ou casos de lesão com seqüela permanente pela qual o ofendido não possa mais exercer o seu ofício ou profissão, mas que igualmente não levem à redução da renda do ofendido. Por exemplo, como no caso de ofendido

Nada obstante, essa decisão alterou o entendimento das decisões posteriores do STJ. A Min. Nancy Andrighi, por exemplo, que já havia como relatora apresentado entendimento favorável a abater da pensão o valor auferido pelo ofendido em novo trabalho, mudou o seu entendimento, baseando-se expressamente nessa decisão. No REsp nº 869.505, a Terceira Turma decidiu: “A pensão devida à vítima de acidente no trabalho que fica incapacitada para a atividade laboral deve ser paga desde a data do evento, sendo irrelevante a data do fim de seu vínculo empregatício”.<sup>29</sup> No caso, o ofendido trabalhava como auxiliar de produção, mas teve os dedos polegar e indicador da mão direita esmagados em prensa mecânica. Ele prosseguiu, todavia, trabalhando para o mesmo empregador sem redução salarial por mais quase cinco anos nas funções de empacotador e responsável por atividades burocráticas, quando se demitiu da empresa. Em segunda instância, o tribunal decidiu que “o termo inicial da pensão deve ser a data da rescisão do contrato de trabalho, pois, anteriormente, não houve perda patrimonial ensejadora de prejuízos”. A Terceira Turma do STJ, todavia, reformou essa decisão. Além de adotar o argumento de que a pensão serviria para compensar o ofendido pela lesão física, a Min. Nancy Andrighi, relatora do caso, apresentou dois fundamentos principais para a decisão: (i) o ofendido tem necessidades especiais;<sup>30</sup> e (ii) ao se reduzir a pensão, estar-se-ia reduzindo o ofendido à condição de servo.<sup>31</sup>

Por fim, esse entendimento evolui e acaba assumindo a sua forma final. Em uma generalização do que já vinha sendo decidido, no REsp nº 579.888 decidiu-se que o ofendido que perde a capacidade de exercício do seu ofício ou profissão faz jus à pensão em valor correspondente à sua remuneração, independentemente do exercício ou não de outras atividades remuneradas. O caso era de ação indenizatória por acidente de trabalho movida pelo ofendido, que exercia a função de mergulhador a serviço da ré, quando sofreu esmagamento da mão direita. O ofendido continuou, todavia, prestando serviços à mesma empregadora, em função diversa, da mesma natureza que a anterior e hierarquicamente superior. A Quarta Turma concluiu que, se o recorrente ficou incapacitado para exercer a função de

---

que se aposente com aposentadoria no mesmo valor da remuneração da ativa, ou ofendido que continua a trabalhar para o mesmo empregador e sem redução salarial, embora exercendo outra função.

<sup>29</sup> REsp nº 869.505/PR. Rel. Min. Nancy Andrighi, Terceira Turma, j. 7.8.2007. *DJ*, 20 ago. 2007, p. 278.

<sup>30</sup> REsp nº 869.505/PR. Rel. Min. Nancy Andrighi, Terceira Turma, j. 7.8.2007. *DJ*, 20 ago. 2007, p. 278, fls. 6-7 do relatório e voto.

<sup>31</sup> REsp nº 869.505/PR. Rel. Min. Nancy Andrighi, Terceira Turma, j. 7.8.2007. *DJ*, 20 ago. 2007, p. 278, fls. 7 do relatório e voto. A Min. Nancy Andrighi afirma também que tomar o fato de o ofendido estar trabalhando como causa de não indenizar seria privilegiar o “conceito de perda da capacidade de auferir renda” em detrimento do conceito de perda da capacidade de trabalho (fl. 8 do relatório e voto). Esse argumento é visto como expressão e, portanto, englobado e analisado a seguir na posição que afirma que a pensão do art. 950, CC serviria para indenizar também dano moral.

mergulhador (que era seu trabalho ao tempo do acidente), ele faz jus ao pensio-  
namento de 100%, independentemente do exercício ou não de outro trabalho que  
lhe provenha rendimento igual ou mesmo superior.<sup>32</sup>

### **3.2 Lei previdenciária**

Boa parte da discussão sobre capacidade de trabalho remanescente e a sua  
influência sobre a indenização do ofendido ocorre fora da responsabilidade civil,  
em especial no direito previdenciário. A Lei de Benefícios da Previdência Social  
(LBPS) prevê, por exemplo, em caso de segurado insuscetível de recuperação  
para sua profissão habitual, a necessidade de ele submeter-se ao processo de  
reabilitação profissional, sob pena de suspensão do benefício (arts. 62 e 101).

Antigamente, a imposição de reabilitação profissional era prevista no não  
mais vigente decreto que regulamentava o seguro de acidentes do trabalho  
(Decreto nº 79.037/1976): “Art. 34. O acidentado que, em consequência do aci-  
dente, se tornar incapaz para o exercício da sua atividade será submetido, quando  
necessário e indicado, a programa de reabilitação profissional”.

## **4 Análise crítica**

Na experiência brasileira há, como visto, três posições sobre o valor da pen-  
são em caso de o ofendido não poder exercer seu ofício ou profissão, mas perma-  
necer apto a desenvolver outras atividades remuneradas: (i) a pensão deve ser,  
nada obstante, “correspondente à importância do trabalho para que se inabilitou”;  
(ii) a pensão deve ser reduzida apenas se o ofendido efetivamente exercer outros  
ofícios ou profissões; e (iii) a pensão deve ser equitativamente reduzida.

Essas posições apresentam problemas que levam à impossibilidade de seu  
acolhimento. Passa-se agora a analisar criticamente cada uma delas.

### **4.1 Posição pela irredutibilidade da pensão**

Segundo o posicionamento majoritário, a possibilidade de o ofendido exercer  
outros ofícios ou profissões não influenciaria o cálculo da pensão. Os defensores  
dessa posição, em geral, baseiam-se no texto legal, mais especificamente no

---

<sup>32</sup> REsp nº 579.888/RJ. Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, Quarta Turma, j. 6.8.2009. *DJe*, 21 set. 2009.

fato de o Código tratar apenas do ofício ou profissão habitual do ofendido, sem mencionar a possibilidade de ele assumir outros trabalhos compatíveis com o seu defeito.

Partindo dessa premissa, os defensores desse posicionamento apresentam argumentos para justificar o regramento legal. São eles: (i) o exercício de outros ofícios ou profissões exigiria um sacrifício enorme e inexigível do ofendido; (ii) em qualquer outra atividade remunerada os rendimentos do ofendido seriam naturalmente muito menores; (iii) a pensão também serviria para indenizar o dano moral sofrido pelo ofendido; (iv) não haveria dispositivo prevendo que as necessidades especiais do ofendido são indenizáveis; (v) encontrar “outro trabalho é uma eventualidade que pode ou não vir a ser”; e (vi) ao se reduzir a pensão, estar-se-ia reduzindo o ofendido à condição de servo.

Passa-se agora a analisar criticamente cada um desses fundamentos.

#### **4.1.1 Da presunção legal de sacrifício inexigível**

Um primeiro e principal argumento é o de que os outros ofícios ou profissões que o ofendido poderia exercer demandariam dele um sacrifício imenso que não se pode exigir de ninguém. Seria por isso que a lei teria previsto que a pensão deve corresponder à importância do trabalho para que o ofendido se inabilitou, sem ressalva em relação à possibilidade de exercício de outros trabalhos.

Essa é, como visto acima, a leitura apresentada por João Manuel de Carvalho Santos, a qual ao longo dos anos se transformou na principal justificativa que se tem dessa interpretação do dispositivo legal. Uma primeira observação a se fazer é a seguinte: a previsão presente no art. 950, CC/2002 data do final do século XIX, uma vez que ela é praticamente uma repetição do texto do art. 1.539, CC/1916. Nesse período, o tratamento médico e a reabilitação física e profissional eram muito mais precários. Nesse contexto, é mais factível generalizar a presunção de que, para o ofendido que perdeu a capacidade de exercício do seu ofício ou profissão, desenvolver outros trabalhos envolveria um sacrifício imenso e inexigível.

Mais de cem anos se passaram, porém, desde a concepção desse regramento, até os dias de hoje. Nesse período, a correspondência entre essa presunção e o que ocorre na prática se enfraqueceu. Entre possíveis outras, destacam-se as seguintes mudanças: (i) alteração das lesões; (ii) evolução do tratamento médico; e (iii) evolução da reabilitação profissional do ofendido.

Em primeiro lugar, na atualidade as lesões incapacitantes para o trabalho são, em alguma medida, diferentes das da época em que o regramento foi concebido. Retomando a clássica lição de Carvalho Santos, nota-se que se tinha em

perspectiva lesões físicas gravíssimas, referindo esse autor o exemplo de uma pessoa que perdeu a perna. O ofendido incapaz de exercer o seu ofício ou profissão era referido como um “inválido” e “portador de defeito físico de certa monta”. Esse não é mais necessariamente o caso. Atualmente, não obstante ainda continuem ocorrendo lesões físicas graves, duas decisões do STJ tratando do tema são de casos de pessoas que, trabalhando como bancárias, desenvolveram lesão por esforço repetitivo (LER). Em casos como esse, o ofendido torna-se incapaz de exercer a sua profissão de bancário, mas pode seguir capaz de exercer (ao menos nos casos de lesão em graus mais brandos), sem sacrifício imenso, outros ofícios e profissões.

Um segundo ponto é o de que, nesse último século, houve grande evolução da medicina, de modo que lesões que há cem anos certamente levariam o ofendido à invalidez, nos dias de hoje são tratáveis, permitindo o retorno à vida, senão plenamente funcional, pelo menos com maior funcionalidade. Vale lembrar aqui o comentário de Arnaldo Marmitt, mencionado acima, afirmando que os grandes avanços da medicina teriam superado a percepção antiga de que, para o ofendido incapaz de exercer o seu ofício ou profissão, seria um sacrifício imenso exercer outros trabalhos.<sup>33</sup>

Por fim, houve no último século avanços na área de reabilitação profissional. Não só do ponto de vista técnico, mas também do da disponibilização e acesso da população. A reabilitação profissional corresponde, atualmente, a uma prestação integrada ao Regime Geral da Previdência Social (art. 18, III, “c”), LBPS), havendo toda uma regulamentação específica a respeito. Segundo a LBPS:

a habilitação e a reabilitação profissional e social deverão proporcionar ao beneficiário incapacitado parcial ou totalmente para o trabalho, e às pessoas portadoras de deficiência, os meios para a (re)educação e de (re)adaptação profissional e social indicados para participar do mercado de trabalho e do contexto em que vive. (Art. 89, LBPS)

Além disso, a reabilitação profissional compreende, entre outros benefícios, o fornecimento de aparelho de prótese, órtese e instrumentos de auxílio para locomoção e o transporte do acidentado do trabalho, quando necessário (art. 89, parágrafo único, LBPS).

Conclui-se então que o art. 950, CC, de fato, baseia-se na presunção de que o exercício de outros ofícios ou profissões por parte do ofendido implicaria um “sacrifício imenso” e, portanto, inexigível. Apesar de ser ainda em alguma medida

---

<sup>33</sup> Para acessar comentário, ver tópico 3.1 anterior.

fundada, essa presunção vem perdendo a sua correspondência com a realidade, havendo mais casos – e, potencialmente, cada vez mais casos – em que a readaptação profissional não exige imenso sacrifício.

Ilustrativamente, a jurisprudência do STJ apresenta casos de reabilitação profissional sem sacrifício exorbitante para o ofendido. Em um primeiro caso, o ofendido trabalhava como sondador, mas perdeu a capacidade de agarrar com a mão direita e passou a trabalhar na função de almoxarifado.<sup>34</sup> E em um segundo, o ofendido trabalhava como “auxiliar de produção”, mas teve dois dedos esmagados em prensa mecânica e passou a trabalhar nas funções de “empacotador e atividades burocráticas”.<sup>35</sup> O STJ não se aprofundou na análise do grau de esforço dos ofendidos para o exercício das atividades substitutivas, mas das circunstâncias fáticas é possível supor que o sacrifício não terá sido imenso.

A aplicação do art. 950, CC encontra-se, portanto, justificada apenas nos casos em que há, de fato, sacrifício exorbitante para o ofendido exercer outros ofícios ou profissões. Mas, então, como fica a regulação da pensão nos casos em que não há sacrifício enorme? Antes de apresentar resposta a essa questão, é necessário analisar os demais argumentos voltados a justificar a irredutibilidade da pensão.

#### 4.1.2 Da suposta redução natural da remuneração

De acordo com um segundo fundamento, a possibilidade de o ofendido exercer outros ofícios ou profissões não deveria influenciar o valor da pensão pelo fato de que, em qualquer outro ofício ou profissão, os rendimentos do ofendido seriam “naturalmente muito menores”.

Primeiramente, essa assertiva configura uma generalização excessiva de algo que pode ser tido apenas como mais provável. De fato, o ofendido que se torna incapaz de exercer o seu ofício ou profissão normalmente sofre também uma redução da capacidade de trabalho geral, de modo que tendencialmente passará a desenvolver atividades menos complexas ou relevantes.<sup>36</sup> Mas, além de isso não ocorrer necessariamente, mesmo nos casos em que o ofendido de fato passe a

<sup>34</sup> REsp nº 235.393/RS. Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, Quarta Turma, j. 23.11.1999. *DJ*, 28 fev. 2000, p. 89.

<sup>35</sup> REsp nº 869.505/PR. Rel. Min. Nancy Andrighi, Terceira Turma, j. 7.8.2007. *DJ*, 20 ago. 2007, p. 278, fl. 7 do relatório e voto.

<sup>36</sup> Luiz Alberto de Vargas, especialista no tema, reconhece que “há uma tendência para a reabilitação do trabalhador em funções menos qualificadas (serviços de portaria, tarefas manuais simples, etc.) ou, mesmo, não lhe cometer trabalho algum” (VARGAS, Luiz Alberto de. *Direito à reabilitação profissional: fundamentação e conteúdo jurídico*. São Paulo: LTr, 2017. p. 45, nota 32).

exercer tarefas menos complexas ou relevantes, nem sempre ele sofrerá redução da sua remuneração.

O ofendido, especialmente em caso de acidente de trabalho, goza de garantias e benefícios que garantem a sua (ao menos temporária) permanência no emprego e conseqüente manutenção salarial. Veja-se, por exemplo, o caso da estabilidade do egresso de auxílio-doença acidentário. Nos termos do art. 118 da LBPS, “o segurado que sofreu acidente do trabalho tem garantida, pelo prazo mínimo de doze meses, a manutenção do seu contrato de trabalho na empresa, após a cessação do auxílio-doença acidentário, independentemente de percepção de auxílio-acidente”.

Além disso, o ofendido empregado pode vir a ser remanejado dentro da empresa empregadora, sem que haja redução do salário. Na jurisprudência do STJ, três dos casos analisados ilustram isso. Em um primeiro, o ofendido trabalhava como sondador e, depois do acidente, continuou a trabalhar na mesma empresa, sem redução salarial, na função de almoxarifado.<sup>37</sup> No segundo, o ofendido trabalhava como “auxiliar de produção” e, depois do acidente, continuou a trabalhar na mesma empresa, sem redução salarial, nas funções de “empacotador e atividades burocráticas”.<sup>38</sup> E no terceiro, o ofendido trabalhava como mergulhador e, depois do acidente, passou a trabalhar em função hierarquicamente superior.<sup>39</sup>

Por fim, mesmo que a remuneração com defeito físico fosse “naturalmente” menor, esse argumento ainda assim não serviria para justificar a conclusão de irredutibilidade da pensão. Em caso de remuneração menor, a pensão não deveria ser irredutível, mas sim reduzida em valor correspondente a essa menor remuneração do ofendido. Qualquer remuneração decorrente de trabalho substitutivo, independentemente do seu valor, deve ser considerada. Caso contrário, haverá indenização excessiva, ou seja, o ofendido será colocado em situação patrimonialmente superior à que teria, caso o ato ilícito não tivesse ocorrido, o que viola o princípio da reparação integral (art. 944, CC).

### **4.1.3 Da pensão supostamente como meio de indenização por dano moral**

Um outro argumento para justificar a irredutibilidade da pensão é o de que ela serviria, para além de reparar o dano material, para compensar o dano moral

<sup>37</sup> REsp nº 235.393/RS. Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, Quarta Turma, j. 23.11.1999. *DJ*, 28 fev. 2000, p. 89.

<sup>38</sup> REsp nº 869.505/PR. Rel. Min. Nancy Andrighi, Terceira Turma, j. 7.8.2007. *DJ*, 20 ago. 2007, p. 278.

<sup>39</sup> REsp nº 579.888/RJ. Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, Quarta Turma, j. 6.8.2009. *DJe*, 21 set. 2009.

sofrido pelo ofendido. Esse é o entendimento subjacente a diversas declarações da doutrina e dos tribunais apresentadas acima, entre as quais, ilustrativamente: de que a pensão teria um “caráter compensatório em relação à ofensa física sofrida pela vítima” (Miragem); ou de que, “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” (STJ).<sup>40</sup>

Esse argumento não procede, todavia, pois a pensão do art. 950, CC não visa a indenizar dano moral. Antes de fundamentar esse posicionamento contrário, importa deixar claro que não se desconhece, nem se nega, que a ofensa à saúde incapacitante para o trabalho pode trazer, e via de regra traz, privações imateriais graves para o ofendido. Contudo a indenização pelo dano moral é regulada pelo regramento geral dos arts. 186 e 927 c/c art. 944, CC. O art. 950, CC, por sua vez, é uma previsão que trata apenas da indenização por dano material, em caso de ofensa incapacitante para o trabalho habitual do ofendido.<sup>41</sup>

O texto do art. 950, CC foi elaborado sob a concepção de que lesão corporal não geraria dano moral. Esse dispositivo, como visto, reproduz em essência o art. 1.539, CC/1916. Sob a vigência dessa codificação, em caso de lesão corporal, só haveria indenização por dano moral se do ferimento resultasse aleijão ou deformidade (art. 1.538, §1º, CC/1916). Segundo o próprio Clovis Bevilacqua lecionava à época, “o nosso direito positivo, quando o *damno [sic]* consiste na privação da

<sup>40</sup> Sobre essas e outras declarações, ver tópico 3.1 anterior. Além disso, em casos em que o ofendido volta a exercer o mesmo ofício, o STJ por vezes justifica a concessão de pensão alegando que o exercício agora seria mais penoso e, portanto, merecedor de indenização. Nesse sentido, ver: REsp nº 324.149/SP. Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, Quarta Turma, j. 14.5.2002. *DJ*, 12 ago. 2002, p. 216 (“Destarte, ainda que mantido o empregado nas suas funções anteriores, o desempenho do trabalho com maior sacrifício em face das seqüelas [*sic*] permanentes há de ser compensado pelo pagamento de uma pensão indenizatória, independentemente de não ter havido perda financeira concretamente apurada”). Esse dano do esforço a mais, que se pretende ver indenizado pela pensão, corresponde a dano moral. Tratando de situação parecida, mas cuja análise esclarece esse ponto, veja-se o que diz João Antônio Álvaro Dias: “Nos casos em que a pessoa lesada continua a assegurar, como o fazia antes, as tarefas de organização e gestão da vida doméstica – embora com dificuldades acrescidas – cremos que o dano com que nos deparamos (*v.g.* dores, esforço adicional, cansaço mais frequente), embora digno de reparação, terá de ser ressarcido no âmbito do dano corporal em sentido estrito e bem assim das consequências não pecuniárias do dano corporal. Tal não significa – longe disso – que tal dano tenha uma menor dignidade ou haja de ser avaliado e reparado em função de estalões mais modestos. Significa apenas e tão só que é um dano de natureza diferente e que como tal há-de ser avaliado” (DIAS, João Antônio Álvaro. *Dano corporal*: quadro epistemológico e aspectos ressarcitórios. Coimbra: Almedina, 2001. p. 289-290).

<sup>41</sup> De maneira distinta, defendendo que o dano moral é solucionado pela aplicação analógica da previsão do art. 949 do CC (“além de algum outro prejuízo que o ofendido prove haver sofrido”), ver: CAHALI, Yussef Said. *Dano moral*. 4. ed. São Paulo: RT, 2011. p. 227. Essa posição não deve, contudo, ser seguida. A analogia só deve ser utilizada em caso de lacuna (art. 4º, LINDB). E, no caso, como a regramento geral incide (art. 186 c/c art. 927, CC), ainda que apenas em relação ao dano moral, não há que se falar em lacuna.

vida e em lesões corporaes [sic], não deformantes, atende, simplesmente á [sic] repercussão patrimonial, que o facto determina”.<sup>42</sup>

A pensão do art. 950, CC visa, portanto, a indenizar apenas o dano material ou patrimonial. Trata-se, mais especificamente, de uma espécie de lucro cessante, correspondente à remuneração que o ofendido teria obtido caso não tivesse sofrido a lesão corporal incapacitante. Nesse dano estão incluídas não só as desvantagens para a remuneração, como a perda do salário referente ao trabalho que o ofendido exercia antes do acidente, mas também as desvantagens para o seu progresso ou avanço profissional, como exemplo a não obtenção de uma promoção.<sup>43</sup> A aferição exata do valor desse dano é naturalmente muito difícil, por vezes mesmo impossível, sendo por isso que a indenização foi prevista em forma de pensão.<sup>44</sup>

Além de não ter sido concebida para isso, a pensão do art. 950, CC não deve ser interpretada de modo a abranger a indenização por dano moral, pois isso levaria a consequências negativas inaceitáveis. Essa interpretação, ou levaria a uma duplicidade da indenização por dano moral (*bis in idem*), ou retiraria a autonomia da indenização pelo dano moral. Na primeira hipótese, indenizar-se-ia o dano moral por meio da pensão do art. 950, CC e também por meio da previsão geral do art. 186 c/c art. 927, CC.<sup>45</sup> Essa possibilidade não pode ser chancelada, por violar, por excesso, o princípio da reparação integral (art. 944 do CC).

<sup>42</sup> BEVILAQUA, cit., p. 688.

<sup>43</sup> Na Alemanha, com base no §842 BGB, fala-se em *Erwerbsschaden e Fortkommenschaden*.

<sup>44</sup> Em comentários ao art. 1.539 do CC/1916, Bevilaqua afirmava que a indenização “melhormente se obterá por meio de uma pensão vitalícia [sic], do que pelo pagamento de uma somma [sic], difícil [sic] de determinar e, em muitos casos, difícil [sic] de obter” (cit., p. 692).

<sup>45</sup> É o que se encontra, por exemplo, no REsp nº 402.833. Nesse caso, o autor trabalhava como pedreiro de manutenção quando sofreu acidente de trabalho. Durante o tratamento, apesar de não ter trabalhado, o ofendido recebeu a sua remuneração. Ao avaliar a indenização, o tribunal de segunda instância separou corretamente a pensão da indenização por dano moral. De um lado, a pensão, por estar atrelada à perda de remuneração, que no caso não houve, foi julgada improcedente. De outro, a indenização por dano moral foi arbitrada “em função do sofrimento decorrente do evento e no período de recuperação”. O STJ, por sua vez, misturou os elementos, utilizando-se do mesmo fato lesivo (“sequelas permanentes”) para fundamentar a concessão da pensão e a majoração da indenização por dano moral. Segundo o voto do Min. Aldir Jr., apesar de o autor-recorrente ter permanecido recebendo a sua remuneração durante o tratamento, a “pensão” prevista no art. 1.539, CC/1916 (correspondente ao art. 950, CC/2002) não se restringiria a reparar apenas uma perda econômica, mas serviria também como ressarcimento pela “lesão física”, ou pelo “surgimento de seqüelas [sic] permanentes”. E, em paralelo a isso, decidiu-se também que, em relação ao dano moral, o valor da indenização deveria ser majorado: “Tendo havido seqüelas [sic] permanentes, ainda que parciais, acarretando ao autor redução incapacitante de 30%, estou em que a pretensão exordial, de 100 (cem) salários mínimos melhor representa a reparação moral” (REsp nº 402.833/SP. Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, Quarta Turma, j. 6.2.2003. DJ, 7 abr. 2003, p. 292) Vê-se, portanto, o *bis in idem* em relação à indenização das “sequelas permanentes”, uma vez que elas acabaram sendo indenizadas duas vezes: por meio da pensão e da indenização por dano moral.

A segunda hipótese, por sua vez, representaria uma restrição da indenização por dano moral a valores ligados à antiga remuneração do ofendido. Isso é problemático porque não há qualquer correlação entre a extensão do dano moral e o valor da remuneração do ofendido. A extensão do dano moral varia caso a caso e de maneira independente dos valores ligados à perda ou diminuição da renda do ofendido. Inserir o dano moral como objeto de indenização da pensão levaria então a um descompasso entre indenização e extensão do dano moral, o que também contrariaria o princípio da reparação integral (art. 944 do CC).<sup>46</sup>

Na prática, a ideia de integrar na pensão a indenização por dano moral parece ter sido pensada para beneficiar o ofendido. O argumento teria sido desenvolvido para não permitir que a pensão fosse reduzida pelo fato de o ofendido não ter tido redução da sua remuneração.<sup>47</sup> É compreensível essa antipatia com a redução da pensão do ofendido. Afinal, como se nota da jurisprudência do STJ, trata-se em geral de casos envolvendo ofendidos com remuneração baixa e que sofreram lesões físicas graves e que dependerão dessa pensão para sua subsistência. Contudo, como se vê, pretender que a pensão do art. 950, CC tenha por objetivo indenizar também o dano moral contraria esse próprio objetivo, uma vez que essa interpretação, caso levada a sério e aplicada coerentemente, tem no fundo mais consequências negativas do que positivas para o ofendido.

#### **4.1.4 Da suposta irreparabilidade das necessidades especiais do ofendido**

Segundo a Min. Nancy Andrighi, deve ser irrelevante do ponto de vista indenizatório a capacidade laboral remanescente do ofendido, porque “o acidentado não tem as mesmas necessidades de uma pessoa que goza de perfeita compleição física” e, apesar disso, “o direito não lhe assegura mais recursos, para dar

---

<sup>46</sup> Imagine-se, por exemplo, dois colegas preneiros que trabalham em uma mesma fábrica e têm a mesma remuneração de dois mil reais. Um deles sofre um acidente com a prensa, lesiona gravemente uma das mãos e não pode mais exercer o seu ofício. A indenização a que faria jus compreenderia as despesas do tratamento, os lucros cessantes até o fim da convalescença e uma pensão no valor de dois mil reais. O outro preneiro, por sua vez, sofre um acidente de automóvel bem mais grave e fica paraplégico. A paraplegia também corresponde a defeito pelo qual o ofendido não pode mais exercer o seu trabalho de preneiro. Nesse caso, a indenização a que faria jus abrangeria as despesas do tratamento, os lucros cessantes até o fim da convalescença e uma pensão no valor de... dois mil reais! Note-se que, apesar de as perdas de remuneração dos dois preneiros terem sido as mesmas, os danos morais sofridos por eles têm extensões consideravelmente diferentes, sendo insustentável que as suas indenizações sejam essencialmente as mesmas.

<sup>47</sup> No caso em que essa argumentação surgiu no STJ (REsp nº 869.505), como visto, debatia-se a questão de a partir de quando começaria a incidir a pensão, o que pressupunha determinar se o fato de não ter havido redução salarial afetaria ou não a pensão.

conta de suas necessidades especiais”. De acordo com a ministra, o “direito acidentário” conferiria ao ofendido apenas “aquilo que recebia” ou “uma fração de sua remuneração anterior, a compensação pelos danos morais experimentados e o ressarcimento de tratamentos médicos”. A Min. Andrighi conclui então com alguma insatisfação: “como este cidadão fará para sobreviver e suprir suas necessidades especiais, é problema que vem sendo tratado como meta-jurídico”.<sup>48</sup>

Essa hipótese de indenização por despesas do ofendido com “necessidades especiais” decorrentes de ofensa à saúde não é, de fato, comumente tratada pela doutrina. A própria ministra não deixa claro o que entende por necessidades especiais e por que, e em que medida, elas não estariam abarcadas pelo regramento vigente, em especial pela previsão de indenização pelas “despesas do tratamento” (arts. 949 e 950, CC).

Para aprofundar a questão, é necessário primeiramente fixar o que se entende por “necessidades especiais”. Com apoio em doutrina estrangeira, pode-se trabalhar com a noção de que despesas com “necessidades especiais” são aquelas que não servem propriamente à cura, mas à manutenção, tanto quanto possível, da vida habitual do ofendido apesar da deficiência sofrida. Nessa linha, entre outras possíveis hipóteses, são necessidades especiais do ofendido: (i) tratamentos médicos voltados para alívio de longo prazo ou estabilização do sofrimento, como custo de alguns medicamentos e tônicos, fisioterapia, massagens, entre outros; (ii) recursos ortopédicos e técnicos, como membros artificiais, óculos, aparelhos auditivos, cintas de apoio, cadeiras de rodas, meias de compressão ou sapatos especiais; (iii) mudanças da alimentação, como dietas especiais e custosas; (iv) alterações das circunstâncias da vida condicionadas pela ofensa, como a aquisição de novo vestuário, ou de um carro próprio, ou de um veículo com câmbio automático, ou a sua adaptação para deficientes; (v) reforma da residência para adaptação para deficientes; e (vi) necessidade de contratação de auxiliar para cuidar dos serviços domésticos.<sup>49</sup>

Partindo dessa noção, algumas das hipóteses de necessidades especiais, como as (i) e (ii), já são abarcadas, de acordo com o entendimento da doutrina, pela previsão legal de “despesas do tratamento”, presente nos arts. 949 e 950, CC.<sup>50</sup> Mas e os demais grupos, que são despesas ainda menos ligadas à cura e

<sup>48</sup> REsp nº 869.505/PR. Rel. Min. Nancy Andrighi, Terceira Turma, j. 7.8.2007. *DJ*, 20 ago. 2007, p. 278, fls. 6-7 do relatório e voto.

<sup>49</sup> WAGNER, Gerhard. §§839a-853. In: SÄCKER, Franz Jürgen; RIXECKER, Roland; OETKER, Hartmut (Ed.). *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 5: Schuldrecht, Besonderer Teil III: §§705-853*. 6. Aufl. München: Beck, 2013. p. 2738-2739.

<sup>50</sup> DIREITO, Carlos Alberto Menezes; CAVALIERI FILHO, Sérgio Cavalieri. *Comentários ao novo Código Civil: da responsabilidade civil, das preferências e privilégios creditórios*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. v. XIII. p. 465, incluem, entre as “despesas do tratamento”, “verba para tratamento especializado, quando

mais à qualidade de vida em geral do ofendido? Seriam eles também abrangidos por, por exemplo, uma interpretação extensiva dessa mesma previsão de “despesas do tratamento”? A melhor solução se dá não por essa via, mas por meio de uma aplicação do regramento geral de perdas e danos. De acordo com o art. 402 do CC, o ofendido tem direito à indenização por aquilo que ele “efetivamente perdeu” e aqui são abrangidas todas as despesas necessárias feitas em decorrência do ato ilícito.<sup>51</sup>

O argumento da irreparabilidade das despesas com necessidades especiais não prospera, portanto. Mas mesmo que assim não fosse, esse problema não seria satisfatoriamente solucionado por meio da proposta de irrelevância, do ponto de vista indenizatório, da capacidade laboral remanescente do ofendido. Isso porque nada indica que os gastos com as necessidades especiais seriam correspondentes ao acréscimo de renda do ofendido decorrente da manutenção da pensão integral. Essa solução levaria, no mais das vezes, ou a uma indenização superior, ou inferior ao dano sofrido pelo ofendido, em violação ao princípio da reparação integral (art. 944, CC).

#### 4.1.5 Da incerta obtenção de outro trabalho

Um outro argumento pela irrelevância, do ponto de vista indenizatório, da capacidade de trabalho remanescente do ofendido é a incerteza de que ele conseguirá obter trabalho substitutivo. Assim, segundo Caio Mário da Silva Pereira, a pensão do ofendido deveria ser sempre integral, porque a obtenção “de outro trabalho é uma eventualidade que pode ou não vir a ser”.<sup>52</sup>

---

necessário (fisioterapias, cirurgias) e para aquisição de aparelhos ortopédicos[,] próteses, cadeira de rodas etc.”; MONTENEGRO, Antônio Lindbergh C. *Ressarcimento de danos*. 8. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 123, acrescentando que, “em se tratando de lesões corporais, deve incluir-se verba própria para aquisição de aparelhos ortopédicos, sua conservação e substituição, de acordo com as recomendações médicas”. Em capítulo sobre “perdas e danos pessoais”, em tópico intitulado “aferição do dano emergente e do lucro cessante”, no qual o autor fala sobre as hipóteses de perda parcial ou total da capacidade laborativa, Arnaldo Marmitt trata da hipótese de lesada que “se viu obrigada a contratar doméstica para substituí-la nos trabalhos caseiros, que normalmente desempenhava” e conclui que, nesse caso, “dever-lhe-á ser pago o valor correspondente a esse salário que teve de despendar” (MARMITT, Arnaldo. *Perdas e danos*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 66). O autor não explica, contudo, de que maneira essa hipótese estaria abarcada pelo art. 950, CC.

<sup>51</sup> Nos relatórios médico-legais elaborados pelos peritos para avaliar o dano corporal, entre os danos patrimoniais, são elencados os gastos de adaptação do domicílio e do veículo e as despesas com assistência de terceira pessoa. Sobre isso, ver: BOUCHARDET, Fernanda Capurucho Horta; SANTOS, Weliton Barbosa. *Avaliação do dano corporal no âmbito civil e do trabalho*. Belo Horizonte: Coopmed, 2015. p. 87.

<sup>52</sup> Ver no tópico 3.1 anterior.

A fala de Caio Mário representa uma preocupação prática legítima, mas está em desconexão com o regramento legal. O cenário temido por Caio Mário é um cenário em que o ofendido tenha se esforçado para obter um outro trabalho, mas não tenha conseguido, e, mesmo assim, tenha a sua pensão reduzida. Essa hipótese, todavia, não é passível de acontecer.

De maneira nenhuma o ofendido teria a sua indenização reduzida com base na mera capacidade laboral remanescente. Antecipando a nossa compreensão do problema, o ponto de partida é o de que, se o ofendido perdeu a capacidade para o exercício da sua atividade habitual, ele tem em princípio direito à pensão integral. É o que se extrai do art. 950, CC. Apenas se ele tiver capacidade para exercer outros ofícios ou profissões e esse exercício não for excessivamente sacrificante, o art. 950, CC não incide.<sup>53</sup> Daí, por aplicação do regramento geral das perdas e danos, o ofendido terá de adotar medidas razoáveis para obter outros empregos. Apenas então que, se ele omitir essas medidas e assim não obtiver outros empregos, o ofendido sofrerá como sanção a redução da sua pensão com base na remuneração que ele poderia ter obtido caso tivesse adotado aquelas medidas.

#### **4.1.6 Da suposta redução do ofendido à condição de servo**

Segundo a Min. Nancy Andrighi, a remuneração do ofendido obtida com trabalho substitutivo não deveria ser abatida da pensão, porque assim estar-se-ia contando o salário por outro trabalho como se indenização fosse. “Ora, se o recorrente optou por emprestar a força de trabalho que lhe restou e não recebe a remuneração ajustada, mas só indenização por fato já ocorrido, ele foi, por vias tortuosas, reduzido à condição de servidão”.<sup>54</sup>

Essa argumentação não procede. Em caso de abatimento da pensão, a remuneração obtida pelo ofendido com trabalho substitutivo não estaria sendo contabilizada como indenização. Na verdade, como demonstrado acima, a pensão visa a indenizar o dano da perda ou redução da remuneração do ofendido.<sup>55</sup> Assim, a remuneração substitutiva representa, a depender do valor, ausência ou ao menos redução do dano a ser indenizado pela pensão. E é por essa ausência de dano que é abatida da pensão a remuneração obtida pelo ofendido com trabalho substitutivo.

---

<sup>53</sup> Para detalhes, ver a seguir tópico 4.4.

<sup>54</sup> REsp nº 869.505/PR. Rel. Min. Nancy Andrighi, Terceira Turma, j. 7.8.2007. *DJ*, 20 ago. 2007, p. 278, fl. 7 do relatório e voto.

<sup>55</sup> Sobre isso, ver tópico 4.1.3 anterior.

Nesse caso, insistir na concessão da pensão junto com o salário pelo trabalho exercido representaria dobrar a remuneração do ofendido, colocando-o, nesse particular, em situação financeira mais confortável do que a que ele teria se o acidente não tivesse acontecido, o que violaria os arts. 950 e 944, CC.

#### **4.2 Posição pela redutibilidade da pensão apenas em caso de efetivo exercício de outro trabalho**

Segundo a posição intermediária, a mera possibilidade ou aptidão do ofendido para exercer outros trabalhos não seria suficiente para a redução da pensão. A pensão do ofendido só deveria ser reduzida se ele estivesse, de fato, trabalhando em outro ofício ou profissão.

Esse posicionamento parte da seguinte premissa: a presunção legal – de que para o ofendido incapaz de exercer o seu ofício ou profissão é extremamente sacrificante exercer outras atividades laborais – só poderia ser refutada se o ofendido efetivamente exercesse outro ofício ou profissão, não sendo suficiente a mera possibilidade de fazê-lo.

Essa posição apresenta, em primeiro lugar, uma incoerência interna. Não faz sentido partir da premissa de que a presunção legal de sacrifício imenso só pode ser refutada por meio do exercício de fato de outros ofícios ou profissões. Se a presunção legal é de sacrifício excessivo para o exercício de outras atividades remuneradas, a sua superação pode e deve se dar pela demonstração de que, no caso concreto, esse sacrifício não existe. E isso independentemente do seu exercício de fato por parte do ofendido.

Apesar de o efetivo exercício poder servir como indício para se determinar se o trabalho é ou não excessivamente sacrificante para o ofendido, o exercício de fato e o sacrifício que ele demanda para o ofendido são questões diferentes e autônomas. Por um lado, o ofendido pode recusar-se a exercer determinado ofício ou profissão, apesar de o trabalho não demandar dele um sacrifício imenso. Por exemplo, o STJ decidiu caso envolvendo um “encarregado geral do setor de lavanderia e expedição” que perdeu a visão de um olho. Houve perícia médica e o perito atestou que o defeito físico do ofendido não afetava o exercício da função, uma vez que ela não exigia visão binocular.<sup>56</sup> No caso, após o tratamento o ofendido retornou a trabalhar na mesma função. Mas se ele tivesse se recusado a voltar ao trabalho, argumentando que seria para ele muito sacrificante, essa alegação não

---

<sup>56</sup> REsp nº 685.801/MG. Rel. Min. Antonio Carlos Ferreira, Quarta Turma, j. 6 maio 2014. *DJe*, 16 out. 2014.

deveria ser acatada, porque, conforme atestado pela perícia, a lesão não afetava a função laboral do ofendido.

Por outro lado, o ofendido pode vir a exercer outro trabalho mesmo que seja para ele excessivamente sacrificante.<sup>57</sup> Nesse caso, a remuneração não deve ser descontada da pensão, porque estarão sendo preenchidos não só o suporte fático do art. 950, CC – pois trata-se de caso em que o ofendido não pode mais exercer seu ofício ou profissão –, como também o seu fundamento – pois se trata de caso em que é, de fato, excessivamente sacrificante e, portanto, inexigível para o ofendido exercer outros ofícios ou profissões –, a justificar uma natural e legítima aplicação do dispositivo ao caso.

Essa questão pode ser ilustrada com o caso da assistente de médico (*Arzthelferinfal*), decidido pelo Tribunal Federal do Trabalho alemão (BAG). Um médico e uma assistente celebraram contrato de trabalho. Dois dias depois de começar o novo emprego, a assistente decidiu, por causa de discordâncias com o empregador, não mais comparecer ao trabalho. Nas semanas seguintes, o médico não conseguiu encontrar uma substituta e, sem assistência, ele normalmente não conseguiria atender ao número regular de pacientes. Para evitar as perdas de receitas que daí decorreriam, o próprio médico assumiu então as funções da assistente, trabalhando quatro horas adicionais por dia, em um total de aproximadamente 360 horas. Posteriormente ele ajuizou ação contra a assistente, pedindo indenização por dano material e o tribunal deferiu o pedido. Na fundamentação da decisão, o tribunal afirmou que, apesar de o ofendido ter de evitar e reduzir o próprio dano (§254, II, BGB), esse dever existe apenas no limite do razoável. Medidas de evitação para além do obrigatório não podem, portanto, ser exigidas do ofendido. E, se ele as realizar mesmo assim, não devem ser consideradas no cálculo do dano, porque o ofensor não tinha nenhum direito a elas. No caso, o médico não sofreu redução de sua renda, mas essa circunstância decorreu apenas do fato de ele ter trabalhado diariamente quatro horas adicionais, uma tarefa excessivamente sacrificante e que não seria dele exigível. Essas medidas não foram, portanto, contabilizadas no cálculo do dano.<sup>58</sup>

<sup>57</sup> Tratando de situação semelhante a essa, em que o ofendido retoma, apesar de sacrifício imenso, o exercício de seu ofício ou profissão, João Antônio Álvaro Dias afirma: “Razões da mais diversa índole (v.g. querer inquebrantável, insensibilidade à dor e ao sacrifício, necessidade premente) podem explicar que alguém com uma incapacidade significativa para o trabalho continue, todavia, a mourejar como se de nenhuma incapacidade sofresse” (DIAS, João Antônio Álvaro. *Dano corporal: quadro epistemológico e aspectos ressarcitórios*. Coimbra: Almedina, 2001. p. 258).

<sup>58</sup> BAG, Urteil vom 24.8.1967. *NJW*, 1968, p. 221-222. Para uma análise crítica dessa decisão, ver: WETTICH, Götz. *Die überobligationsmäßige Abwehr des Verdienstausfallschadens*. Berlin: Duncker und Humblot, 1999. p. 59 e ss.

Com isso é possível refutar também o argumento segundo o qual reduzir a pensão seria punir a superação individual do ofendido.<sup>59</sup> Nos casos em que exercer trabalho substitutivo representar superação individual, a incidência do art. 950, CC está garantida e a pensão também. Mas, por outro lado, nos casos em que decorrer de preguiça do ofendido, nesses sim não faz sentido manter a pensão.

Por fim, condicionar a diminuição da pensão ao efetivo exercício de atividade substitutiva é um estímulo à indolência. Se o ofendido, ao trabalhar, terá o valor da pensão reduzido e, ao não laborar, ganhará pensão integral, ele se encontrará em situação em que é mais vantajoso não fazer nada. Essa interpretação do art. 950, CC deve, portanto, ser evitada.

### 4.3 Posição pela redutibilidade equitativa da pensão

Uma última posição defende que, quando o ofendido for incapaz de exercer o seu ofício ou profissão, mas puder exercer outros, o juiz deveria levar isso em consideração e fixar equitativamente o valor da pensão.

Esse posicionamento não deve, contudo, ser seguido, porque propõe utilizar a equidade para modular efeitos de previsão legal expressa e clara, o que contraria os cânones da hermenêutica jurídica. É consenso entre os autores de interpretação e aplicação do direito que a equidade não deve ser utilizada nesses casos. Segundo Carlos Maximiliano, referindo-se à equidade, “jamais será a mesma invocada para se agir, ou decidir, contra prescrição positiva clara e prevista”.<sup>60</sup> De maneira análoga, Rubens Limongi França leciona que “a equidade [...] supõe a inexistência, sobre a matéria, de texto claro e inflexível”.<sup>61</sup>

O art. 950, CC, por sua vez, prevê claramente que, se da ofensa resultar defeito pelo qual o ofendido não possa exercer o seu ofício ou profissão, ele terá direito à indenização no valor da importância do trabalho para que se inabilitou. Diante da clareza e inflexibilidade dessa previsão, o intérprete-aplicador não estaria autorizado a modular seus efeitos com base no recurso à equidade.

Tendo sido analisadas criticamente os posicionamentos existentes, resta apresentar a posição que se entende que melhor resolve a questão.

---

<sup>59</sup> REsp nº 869.505/PR. Rel. Min. Nancy Andrighi, Terceira Turma, j. 7.8.2007. *DJ*, 20 ago. 2007, p. 278. Em sendo abatido da pensão o valor da remuneração que o ofendido obtém exercendo trabalho substitutivo, afirma a ministra: “toma-se a superação individual como causa de não indenizar, punindo o que deveria ser mérito” (fl. 7 do relatório e voto).

<sup>60</sup> MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 161.

<sup>61</sup> FRANÇA, Rubens Limongi. *Hermenêutica jurídica*. 13. ed. São Paulo: RT, 2015. p. 59.

#### 4.4 Posição adotada: redução teleológica do art. 950, CC

O art. 950, CC não incide nos casos em que da ofensa resulta defeito pelo qual o ofendido não possa exercer o seu ofício ou profissão, mas possa, mediante esforço razoável, ou seja, sem sacrifício extraordinário da sua parte, exercer outros ofícios ou profissões.

A não aplicação do art. 950, CC a esses casos se dá por redução teleológica. Isto é, reduz-se o campo de incidência desse dispositivo, extraindo-se dele o referido grupo de casos que, apesar de corresponder ao suporte fático de incidência, não corresponde à sua *ratio legis*. É sabido que não é suficiente para uma satisfatória aplicação da lei que haja uma correspondência formal entre o caso e o suporte fático da previsão legal. Tem de haver também uma correspondência material, no sentido de que o caso corresponde à teleologia ou à finalidade do dispositivo em questão. Os casos que apenas correspondem formalmente devem ser excluídos da incidência do dispositivo por meio da redução teleológica.<sup>62</sup>

Essa é a hipótese em questão. O art. 950, CC foi desenhado com base em presunção de que seria para o ofendido, incapaz de exercer o seu ofício ou profissão, excessivamente sacrificante exercer outros trabalhos, o que não seria portanto exigível. O dispositivo visa a regerar o dano material sofrido pelo ofendido em caso de defeito físico incapacitante para o seu trabalho. A pensão foi calculada com base em um dano presumido, o qual, por sua vez, tem por base a presunção de um esforço excessivo. Essa percepção estava em sintonia com a época de elaboração do regramento (final do século XIX), período no qual a medicina e técnicas de reabilitação eram mais precárias.

Um caso, então, em que não seja para o ofendido muito sacrificante exercer outros ofícios ou profissões está fora da *ratio legis* do art. 950, CC, não devendo, portanto, ser regulado por esse dispositivo. A indenização nesses casos submete-se ao regramento geral de perdas e danos (arts. 402 e ss., CC). E, pelo regramento geral, o ofendido que não puder exercer o seu ofício ou profissão, mas puder exercer outras atividades laborais sem sacrifício imenso, terá de fazê-lo,

<sup>62</sup> A redução teleológica é um elemento da aplicação jurídica muito divulgado na obra de Karl Larenz sobre interpretação e aplicação do direito, devendo-se a esse autor o seu *nomen iuris*. Sobre o tema, cf. LARENZ, Karl; CANARIS, Claus-Wilhelm. *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*. 3. Aufl. Berlin: Springer, 1995. p. 210 e ss. No Brasil, a redução teleológica tem sido reconhecida pela doutrina: DINIZ, Maria Helena. *As lacunas no direito*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 184-186. E também utilizada pela jurisprudência: STJ. *Informativo*, n. 0588, 17-31 ago. 2016, referente ao REsp nº 1613260/SP. Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, j. 9.8.2016. *DJe*, 24 ago. 2016; QO no Inq nº 1.175/DF. Rel. Min. Felix Fischer, Corte Especial, j. 21.11.2018. *DJe*, 19 dez. 2018; QO no Inq nº 1.188/DF. Rel. Min. Nancy Andrighi, Corte Especial, j. 21.11.2018. *DJe*, 19 dez. 2018.

sob pena de ter deduzido da remuneração do trabalho para que se inabilitou (lucros cessantes) o montante que poderia obter mediante esforço razoável. Trata-se de aplicação, a esse grupo de casos, da regra geral do dano evitável, norma que se passa a apresentar agora.

## 5 A regra do dano evitável

A regra do dano evitável é norma, prevista pelo art. 403 do CC, segundo a qual o agente responsável pelo evento danoso não responde pelo dano daí decorrente, mas que o ofendido culposamente deixou de evitar. Esse dano é efeito indireto e mediato do evento danoso e, portanto, o agente por ele não responde.

Essa norma decorre de uma interpretação histórica do art. 403 do CC. Essa previsão é uma repetição do antigo art. 1.151 do Código Civil francês,<sup>63</sup> correspondente em parte ao atual art. 1231-4. Esses dispositivos têm por base direta as lições de Robert-Joseph Pothier, nas quais o dano evitável era tido como dano indireto. Essa correspondência foi consagrada no *Code Napoleon* e aplicada por longo período pela doutrina e jurisprudência francesas. No Brasil, de maneira análoga, em especial sob a vigência do CC/1916, a doutrina reconheceu e a jurisprudência aplicou a limitação da responsabilidade do ofensor ao dano direto no sentido de ele não responder pelo dano evitável pelo ofendido. Mais recentemente, no entanto, esse entendimento perdeu alguma força e tem sido inclusive equivocadamente contestado por alguns autores nacionais.<sup>64</sup>

Esse dissenso restringe-se, todavia, apenas ao fundamento jurídico-positivo da regra, pois há praticamente unanimidade na comunidade jurídica brasileira pela existência de uma irreparabilidade do dano evitável mediante a adoção de medidas razoáveis.<sup>65</sup> Essa unanimidade encontra expressão nos enunciados nºs 169 e 629 das Jornadas de Direito Civil, referentes aos arts. 422 e 944 do CC, respectivamente.

<sup>63</sup> “Art. 1151. Mesmo no caso em que a inexecução da convenção resulte do dolo do devedor, os danos e interesses devem compreender, em relação à perda sofrida pelo credor e ao ganho que ele foi privado, apenas o que é uma consequência imediata e direta da inexecução da convenção”.

<sup>64</sup> Para uma exposição completa dessa fundamentação histórica da regra do dano evitável, ver: DIAS, Daniel. *A coresponsabilidade do lesado no direito civil: da fundamentação da irreparabilidade do dano evitável*. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016. p. 24 e ss. Para uma exposição mais resumida, ver: DIAS, Daniel. A irreparabilidade do dano evitável no direito civil brasileiro (parte 1). *Conjur*, São Paulo, 26 fev. 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-fev-26/direito-civil-atual-irreparabilidade-dano-evitavel-direito-civil-brasileiro>. Acesso em: 2 nov. 2018.

<sup>65</sup> Para a documentação dessa unanimidade, ver: DIAS, Daniel. O duty to mitigate the loss no direito civil brasileiro e o encargo de evitar o próprio dano. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Org.). *Doutrinas essenciais: obrigações e contratos: contratos: princípios e limites*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. v. 3. p. 683-738.

Portanto, para além do art. 403, CC, a incumbência do ofendido de reabilitar-se profissionalmente na responsabilidade civil poderia então, ao menos em tese, ser extraída também dos arts. 422 ou 944, CC. Essa constatação leva a duas consequências. De um lado, a de que é na prática mais relevante aprofundar o estudo do regime jurídico da referida incumbência, do que em demonstrar a superioridade teórica de um fundamento jurídico-positivo em face do outro. De outro, as conclusões sobre o regime jurídico têm certa autonomia em relação ao seu fundamento, de modo que as conclusões a que se chega em relação à incumbência de reabilitar-se profissionalmente permanecem incólumes mesmo que se discorde da sua fundamentação no art. 403, optando-se por fundamentá-la por exemplo no art. 944, CC.

Passa-se, portanto, à análise do regime jurídico da regra do dano evitável, mais especificamente de uma das suas expressões, que é a incumbência do ofendido de reabilitar-se profissionalmente.

## 6 A incumbência de reabilitar-se profissionalmente

Aplicando-se a regra do dano evitável aos casos em que da ofensa à saúde resulta defeito pelo qual o ofendido não possa exercer o seu ofício ou profissão, extrai-se a incumbência de ele empregar, na medida do razoável, a sua capacidade de trabalho remanescente para exercer outros ofícios ou profissões e assim evitar o dano decorrente da perda de sua remuneração habitual. Cabe então ao ofendido tentar achar um novo trabalho, aceitar mudanças em sua atividade profissional e, se necessário, até mesmo mudar de profissão.<sup>66</sup>

A necessidade de utilização da capacidade laboral remanescente pode impactar a personalidade do ofendido, afetando consideravelmente o seu direito ao livre desenvolvimento da personalidade. Por isso, é necessário proceder com bastante cautela no reconhecimento das concretas incumbências e levar em consideração as circunstâncias individuais do ofendido.<sup>67</sup>

<sup>66</sup> De maneira análoga, na Alemanha, ver: WAGNER, Gerhard. §§839a-853. In: SÄCKER, Franz Jürgen; RIXECKER, Roland; OETKER, Hartmut (Ed.). *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 5: Schuldrecht, Besonderer Teil III: §§705-853*. 6. Aufl. München: Beck, 2013. p. 2724; LOOSCHELDERS, Dirk. *Die Mitverantwortlichkeit des Geschädigten im Privatrecht*. Tübingen: Mohr Siebeck, 1999. p. 476-477; LANGE; SCHIEMANN, cit., p. 580 e ss.

<sup>67</sup> De maneira correspondente, na Alemanha: LOOSCHELDERS, Dirk. *Die Mitverantwortlichkeit des Geschädigten im Privatrecht*. Tübingen: Mohr Siebeck, 1999. p. 476-477.

Na determinação da exigibilidade de trabalho substitutivo, deve-se levar especialmente em conta elementos ou características pessoais do ofendido,<sup>68</sup> como estado de saúde, personalidade, vocação e formação, habilidades, colocação familiar e social, assim como enraizamento no local de domicílio.<sup>69</sup>

O ofendido não tem de assumir trabalho que exija dele significativamente menos conhecimentos e habilidades, ou que confira a ele remuneração e apreciação social consideravelmente menores do que o trabalho anteriormente exercido.<sup>70</sup> O ofendido também não precisa assumir significativos riscos à saúde ou econômicos. Em sendo dono de empresa, pode ser exigível do ofendido que assuma outra atividade dentro da própria pessoa jurídica. Mas ele não deve desistir de seus negócios, se puder continuar gerindo-os por meio, por exemplo, da contratação de um assistente.<sup>71</sup> Além disso, não deve ser responsabilizado se não obtiver posição substitutiva apesar de ter se esforçado devidamente, como exemplo, caso ele não encontre um emprego não por sua culpa, mas por dificuldades ligadas ao mercado de trabalho.<sup>72</sup>

<sup>68</sup> De maneira análoga, no direito alemão, ver: WAGNER, Gerhard. §§839a-853. In: SÄCKER, Franz Jürgen; RIXECKER, Roland; OETKER, Hartmut (Ed.). *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 5: Schuldrecht, Besonderer Teil III: §§705-853*. 6. Aufl. München: Beck, 2013. p. 2724; LANGE; SCHIEMANN, cit., p. 580 e ss.; LOOSCHELDERS, Dirk. *Die Mitverantwortlichkeit des Geschädigten im Privatrecht*. Tübingen: Mohr Siebeck, 1999. p. 476.

<sup>69</sup> No direito inglês entende-se, por exemplo, que “a mitigação não exige que ele se mude de um extremo a outro do país para obter um emprego com baixo salário” (MARKESINIS, Basil; COESTER, Michael; ALPA, Guido; ULLSTEIN, Augustus. *Compensation for personal injury in English, German and Italian law: a comparative outline*. New York: Cambridge University Press, 2011. p. 124-125). Já no direito alemão, Gerhard Wagner faz a seguinte leitura: “No passado, pensava-se que as deteriorações significativas do trabalho ou a separação da família não eram razoáveis, mas dada a crescente mobilidade, por um lado, e a fraqueza temporária do mercado de trabalho, por outro, os limites da razoabilidade devem ser determinados novamente e de maneira mais generosa” (WAGNER, Gerhard. §§839a-853. In: SÄCKER, Franz Jürgen; RIXECKER, Roland; OETKER, Hartmut (Ed.). *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 5: Schuldrecht, Besonderer Teil III: §§705-853*. 6. Aufl. München: Beck, 2013. p. 2725).

<sup>70</sup> No direito inglês, entende-se “em função do seu dever de mitigar o próprio dano, o ofendido não pode dizer que os trabalhos que ele é capaz de exercer estão abaixo dele. Não é, no entanto, exigível que alguém com uma carreira ascendente pré-acidente, realize as mais insignificantes tarefas pelo fato de que ninguém o empregará” (MARKESINIS, Basil; COESTER, Michael; ALPA, Guido; ULLSTEIN, Augustus. *Compensation for personal injury in English, German and Italian law: a comparative outline*. New York: Cambridge University Press, 2011. p. 124-125). Na França, entende-se que, caso se disponha apenas de ofertas de emprego menos recompensadoras ou menos bem pagas, pode-se pensar que a vítima só será obrigada a aceitar uma oferta se não resultar para ela uma qualquer humilhação (REIFEGERSTE, Stéphan. *Pour une obligation de minimiser le dommage*. Aix-en-Provence: Presses universitaires d’Aix-Marseille, 2002. p. 182).

<sup>71</sup> De maneira análoga, no direito alemão, ver: LANGE; SCHIEMANN, cit., p. 580-581.

<sup>72</sup> De maneira análoga, na Alemanha, ver: WAGNER, Gerhard. §§839a-853. In: SÄCKER, Franz Jürgen; RIXECKER, Roland; OETKER, Hartmut (Ed.). *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 5: Schuldrecht, Besonderer Teil III: §§705-853*. 6. Aufl. München: Beck, 2013. p. 2725. No direito inglês, entende-se que “deve ser levado em conta também os níveis de desemprego na área em que o ofendido reside” (MARKESINIS, Basil; COESTER, Michael; ALPA, Guido; ULLSTEIN, Augustus. *Compensation for personal injury in English, German and Italian law: a comparative outline*. New York: Cambridge University Press, 2011. p. 124-125).

Em relação à exigibilidade do processo de reabilitação ou readaptação profissional, não se pode “perder de vista a natureza da lesão e a posição social da vítima”.<sup>73</sup> Além disso, deve-se levar em conta as perspectivas do mercado de trabalho após a reabilitação. É necessário que haja uma chance real<sup>74</sup> ou que, pelo menos, seja possível suportar com alguma probabilidade que o ofendido, depois do processo, obterá uma nova colocação.<sup>75</sup> Não é, portanto, necessário que haja certeza de obtenção de nova colocação. Por outro lado, o ofendido também não precisa se submeter à reabilitação, caso seja provável que não encontrará trabalho com a nova qualificação,<sup>76</sup> ou mesmo que a sua reabilitação represente apenas uma “mera tentativa”.<sup>77</sup> A submissão a processo de reabilitação profissional pode afetar consideravelmente o estilo de vida do ofendido. Os encargos pessoais resultantes não podem de modo algum ser dele exigidos se o sucesso da medida de reabilitação for mais improvável do que provável.<sup>78</sup>

O ofensor é responsável pelos gastos com o processo de reabilitação. Essa responsabilidade encontra, contudo, limites. Por um lado, ele não precisa indenizar os custos de reabilitação se as medidas correspondentes tiverem sido ineficazes por culpa do ofendido. Por outro lado, o ofensor não deve suportar os custos de todos os estudos que o ofendido deseje realizar ou as formações que pretenda fazer após ter retornado à vida profissionalmente ativa. Acórdão de

<sup>73</sup> MONTENEGRO, Antônio Lindbergh C. *Ressarcimento de danos*. 8. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 99. Sobre isso, chamando-a de “justa observação”, Montenegro transcreve o trecho final da famosa e já multirreferida lição de Carvalho Santos, em que esse autor diz que “as profissões ou ofícios que podem ser exercidos por inválidos, portadores de defeitos físicos de certa monta, não devem ser obrigatórios, por importarem em um sacrifício imenso, que se não tem o direito de exigir de ninguém, principalmente quando daí resultar ficar a pessoa na situação de despertar a caridade pública, que seria verdadeiramente humilhante se fôsse forçada pela necessidade”. Apesar de parecer-lhe justa, essa “observação” de Carvalho Santos está sendo utilizada por Montenegro fora de seu contexto e de um modo que tem o potencial de afetar o seu significado. Veja: aqui Montenegro está utilizando-a como uma ilustração dos limites da exigibilidade da readaptação profissional. Ou seja: o ofendido incapaz de exercer o seu ofício ou profissão tem de buscar exercer outros ofícios ou profissões, a não ser que a gravidade da lesão torne isso inexigível. Carvalho Santos, por outro lado, com o referido trecho, estava apresentando uma justificativa para a compreensão da regra legal de que o ofendido incapaz de exercer o seu ofício ou profissão não precisaria procurar exercer outros ofícios ou profissões.

<sup>74</sup> De maneira análoga, no direito alemão, ver: LANGE; SCHIEMANN, cit., p. 582.

<sup>75</sup> De maneira análoga, no direito alemão, ver: LOOSCHELDERS, Dirk. *Die Mitverantwortlichkeit des Geschädigten im Privatrecht*. Tübingen: Mohr Siebeck, 1999. p. 476.

<sup>76</sup> De maneira análoga, no direito alemão, ver: LOOSCHELDERS, Dirk. *Die Mitverantwortlichkeit des Geschädigten im Privatrecht*. Tübingen: Mohr Siebeck, 1999. p. 477.

<sup>77</sup> De maneira análoga, no direito alemão, ver: LANGE; SCHIEMANN, cit., p. 582.

<sup>78</sup> Em atenção a esses encargos pessoais que entende que, no direito previdenciário, “em geral, o processo de reabilitação deve ser feito na localidade de residência do trabalhador (ou ‘no contexto em que vive’, na forma do art. 89, ‘caput’ da Lei n. 8.213/91), de forma a não afastá-lo da família e da sociedade na qual se insere, sob pena de, ao invés de preservar sua dignidade, macular a integridade do reabilitando” (VARGAS, Luiz Alberto de. *Direito à reabilitação profissional: fundamentalidade e conteúdo jurídico*. São Paulo: LTr, 2017. p. 57).

1987, da Câmara Criminal da Corte de Cassação da França, fornece um exemplo. Um cirurgião veterinário havia sido vítima de lesões que o impediram de exercer sua profissão. Ele exerceu por um tempo a atividade de consultor veterinário, mas desistiu por falta de vocação e escolheu reorientação correspondente às suas aspirações, recebendo formação ministrada por instituto de administração agroalimentar. O ofendido havia demandado do ofensor indenização correspondente à perda de salário resultante da impossibilidade de exercer sua profissão inicial e aos custos da sua nova instrução. O tribunal rejeitou esse último pedido sob o argumento de que o ofendido não pode atribuir ao ofensor todos os estudos que ele deseja realizar. Nesse caso, o fato danoso inicial não causou na sua totalidade o dano cuja reparação foi pedida. Este último foi em parte devido à livre escolha da vítima. Seria, portanto, natural que ela suportasse os custos daí resultantes.<sup>79</sup>

No direito previdenciário reconhece-se há mais tempo e lida-se mais rotineiramente com a incumbência de o ofendido submeter-se a processo de reabilitação profissional, sendo por isso frutífero conhecer o delineamento geral e exemplos desse instituto nessa área do direito. Segundo a LBPS, quando o segurado em gozo de auxílio-doença é considerado “insuscetível de recuperação para sua atividade habitual”, ele deve submeter-se a processo de reabilitação profissional para o exercício de outra atividade (art. 62, LBPS), sob pena de suspensão do benefício (art. 101, LBPS). Por outro lado, se o ofendido for considerado insusceptível de reabilitação para o exercício de atividade que lhe garanta a subsistência, deve ser-lhe concedida aposentadoria por invalidez (art. 42, LBPS).

No direito previdenciário, a inexigibilidade da reabilitação profissional é determinada à luz de elementos objetivos, como o grau de deficiência, e subjetivos, como o grau de instrução do reabilitando. Segundo Luiz Alberto de Vargas:

há um grande número de casos em que a reabilitação profissional é improvável, devido ao grau de deficiência adquirida, sendo considerados “não elegíveis” para a reabilitação; em outros casos, a dificuldade de reinserção no mercado laboral decorre do baixo nível de escolaridade do reabilitando. Em tais situações, não resta outra opção a esses trabalhadores que não a da aposentadoria por invalidez.<sup>80</sup>

No rol de limitações decorrentes das “condições personalíssimas do trabalhador”, reconhece-se que, além da baixa escolaridade, “é natural que o ser

<sup>79</sup> REIFEGERSTE, Stéphan. *Pour une obligation de minimiser le dommage*. Aix-en-Provence: Presses universitaires d’Aix-Marseille, 2002. n. 504.

<sup>80</sup> VARGAS, Luiz Alberto de. *Direito à reabilitação profissional: fundamentalidade e conteúdo jurídico*. São Paulo: LTr, 2017. p. 54.

humano, depois de fazer a mesma coisa por mais de uma década depare-se com sérias dificuldades para desenvolver novas habilidades”.<sup>81</sup>

A jurisprudência previdenciária oferece bons exemplos de características do segurado que são relevantes para se determinar a inexigibilidade da reabilitação profissional. Em um primeiro caso, a autora tinha cinquenta e cinco anos de idade e enfermidade na coluna incompatível com a sua atividade de agricultora. O STJ concedeu o benefício de aposentadoria por invalidez, afirmando que a incapacidade da autora para a reabilitação laboral decorria, além do seu estado de saúde, da sua idade, da sua presumível pouca instrução, da sua limitada experiência laborativa e, por fim, da “realidade do mercado de trabalho atual, já exíguo até para pessoas jovens e que estão em perfeitas condições de saúde”.<sup>82</sup>

Em um segundo caso, o autor tinha cinquenta anos de idade e era portador de lesões incapacitantes para o exercício de suas atividades laborativas habituais de vigilante. Segundo o laudo pericial, ele deveria ser “readaptado para o exercício de funções de natureza leve e preferencialmente sentado”. De maneira distinta, o tribunal, ponderando as condições sociais e econômicas, a idade e o baixo grau de instrução do autor, concluiu pela inexigibilidade da reabilitação profissional. Com base nos referidos elementos, entendeu o tribunal que, mesmo que melhorasse o seu nível de instrução, o autor não teria melhores chances de recolocação no mercado de trabalho.<sup>83</sup>

Em um terceiro caso, o autor trabalhava como servente de pedreiro e sofreu lesão com conseqüente redução definitiva de cerca de 7% da funcionalidade do membro superior direito, sendo insuscetível de recuperação para sua atividade habitual. O tribunal concluiu pela inviabilidade do processo de reabilitação, tendo em vista as condições pessoais do demandante: 57 anos de idade, baixa escolaridade e qualificação profissional restrita.<sup>84</sup>

## 7 Conclusão

Segundo o art. 950, CC, em caso de ofensa à saúde da qual resulte defeito que impeça o ofendido de exercer o seu ofício ou profissão, ele tem direito à

<sup>81</sup> ROCHA, cit., p. 563.

<sup>82</sup> REsp nº 1650837/RS. Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, j. 21.2.2017. *DJe*, 25 abr. 2017. Em sentido análogo, ver: AgRg no AgRg no Ag nº 691.979/MS. Rel. Min. Alderita Ramos de Oliveira (Desembargadora Convocada do TJ/PE), Sexta Turma, j. 6.11.2012. *DJe*, 13 nov. 2012; AgRg no REsp nº 1.220.061/SP. Rel. Min. Gilson Dipp, Quinta Turma, j. 3.3.2011. *DJe*, 14 mar. 2011.

<sup>83</sup> TRF2, Agravo Interno em Agravo de Instrumento nº 2010.02.01.013092-6, Numeração única 0013092-04.2010.4.02.0000. Rel. Abel Gomes, 1ª Turma Especializada, Data de decisão 29.3.2011, Data de disponibilização 7.4.2011.

<sup>84</sup> TRF4, AC nº 0017504-89.2013.4.04.9999, Rel. Celso Kipper, Sexta Turma. *DE*, 12 nov. 2013.

pensão no valor da importância do trabalho para que se inabilitou. No caso de o ofendido poder exercer outros ofícios ou profissões, há três posições sobre se isso afetaria ou não o valor da pensão.

Uma primeira linha de entendimento diz que o ofendido faria jus à pensão integral independentemente de ele poder – ou, quiçá, de fato – exercer outros ofícios ou profissões. Essa linha baseia-se em diversos fundamentos que não se sustentam. Os dois principais são: a presunção legal de sacrifício imenso para o ofendido exercer outros ofícios ou profissões e a pensão como meio de indenização por dano moral. O primeiro fundamento não é apto a sustentar a conclusão a que chega essa linha de entendimento, pelo simples fato de que nem sempre é excessivamente sacrificante para ofendido com defeito físico incapacitante exercer outros ofícios ou profissões. Alguns casos do STJ ilustram isso, como os do sondador que passou a trabalhar no almoxarifado e do auxiliar de produção que passou para as funções de empacotador e responsável por atividades burocráticas. O segundo fundamento não se sustenta, porque, por meio da análise histórica do dispositivo, chega-se à conclusão de que a pensão do art. 950, CC não visa a indenizar dano moral, mas apenas dano material, mais especificamente a perda ou diminuição de remuneração sofrida pelo ofendido. O dano moral, comumente presente em caso de ofensa à saúde com seqüela incapacitante, e sua indenização são regulados pelo regramento geral dos arts. 186 e 927 c/c art. 944, CC.

Uma segunda linha afirma que é devida a redução apenas em caso de o ofendido efetivamente exercer outro ofício ou profissão, não sendo para tanto suficiente a mera possibilidade de fazê-lo. Essa posição equivocada-se ao sustentar que a presunção de sacrifício imenso, subjacente ao art. 950, CC, só poderia ser superada em caso de efetivo exercício de outras atividades por parte do ofendido.

E uma terceira linha prega que, se o ofendido tiver condições de exercer outros ofícios ou profissões, o juiz deve levar isso em consideração e reduzir equitativamente o valor da pensão. O problema dessa posição está ligado à forma como ela busca resolver o problema, por meio da equidade. Essa figura não é apta a modular os efeitos jurídicos decorrentes da aplicação de uma previsão clara e inflexível, como é no particular a do art. 950, CC.

Em face da insuficiência das soluções propostas, sustenta-se uma outra: o art. 950, CC não se aplica aos casos em que o ofendido, apesar de incapaz de exercer o seu trabalho habitual, pode exercer outros ofícios ou profissões sem sacrifício imenso ou mediante apenas esforço razoável da sua parte.

Essa não aplicação do art. 950, CC decorre de redução teleológica desse dispositivo. Esse regramento legal baseia-se na presunção de que, para o ofendido com seqüela incapacitante para o exercício da sua profissão habitual, seria excessivamente sacrificante o exercício de outro ofício ou profissão, não sendo,

portanto, exigível isso dele. Os casos em que o ofendido não pode exercer o seu ofício ou profissão, mas pode exercer, sem esforço ou sacrifício excessivo da sua parte, outras atividades laborais preenchem, então, o suporte fático, mas não a teleologia do art. 950, CC. Por redução teleológica, esse dispositivo não é, então, a eles aplicado.

Para esse grupo de casos, aplica-se o regramento geral da indenização, o qual prevê, no art. 403, CC, a regra do dano evitável, segundo a qual o responsável pelo evento danoso não responde pelos danos daí decorrentes que o ofendido culposamente não evitou sofrer. Aplicando a regra do dano evitável aos casos de ofensa à saúde por meio da qual o ofendido não possa exercer o seu ofício ou profissão, chega-se à incumbência de o ofendido exercer, na medida do razoável, outros ofícios ou profissões para evitar o dano decorrente da perda da sua remuneração habitual.

Segundo essa incumbência, o ofendido tem de se esforçar, dentro do razoável, para exercer outros ofícios ou profissões, sob pena de ter a sua pensão reduzida em valor correspondente ao que ele teria ganho no exercício desse trabalho substitutivo. Por outro lado, caso o ofendido exerça outra atividade, que esteja para além do exigível, mediante esforço e sacrifício imensos dele, o valor da remuneração que ele obtiver com esse trabalho não deverá ser deduzido do valor da pensão.

O ofendido deverá se esforçar apenas na medida do razoável. Na determinação de qual é a conduta dele exigível, tem-se de levar em conta aspectos objetivos, como gravidade da lesão, e aspectos subjetivos, como formação e condição social do ofendido. O ofendido poderá ter de se submeter a processo de reabilitação profissional, mas os custos em que incorrer deverão ser suportados pelo ofensor.

No direito previdenciário, incumbência análoga é há mais tempo reconhecida e aplicada. A sua doutrina e, em especial, a sua jurisprudência podem, portanto, servir como bons parâmetros de operacionalização dessa incumbência na responsabilidade civil.

---

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2018 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

DIAS, Daniel Pires Novais. A incumbência do ofendido de reabilitar-se profissionalmente na responsabilidade civil. *Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil*, Belo Horizonte, v. 26, p. 49-84, out./dez. 2020.

---

Recebido em: 14.05.2019

1º parecer em: 13.01.2020

2º parecer em: 05.08.2020