

A incumbência de reabilitar-se profissionalmente na responsabilidade civil

Daniel DIAS*

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 a remuneração que ele teria podido obter com o trabalho substitutivo deve ser abatida do valor da pensão? 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 se apresenta uma nova solução: a não aplicação, por redução teleológica, do art. 950 do 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 exercer outros ofícios ou profissões, sob pena de ser abatido da pensão o montante da remuneração que ele poderia ter obtido no exercício de trabalhos substitutivos.

PALAVRAS-CHAVE: Ofensa à saúde; incapacidade de trabalho específica; pensão civil por incapacidade; mitigação do dano; regra do dano evitável; reabilitação profissional.

SUMÁRIO: 1. Introdução; – 2. Experiência estrangeira; – 3. Experiência brasileira; – 3.1. Códigos civis; – 3.2. Lei previdenciária; – 4. Análise crítica; – 4.1. Posição de irredutibilidade da pensão; – 4.1.1. Da presunção legal de sacrifício inexigível; – 4.1.2. Da suposta redução natural da remuneração; – 4.1.3. Da pensão supostamente como meio de indenização por dano moral; – 4.1.4. Da suposta irreparabilidade das necessidades especiais do ofendido; – 4.1.5. Da incerta obtenção de trabalho substitutivo; – 4.1.6. Da suposta redução do ofendido à condição de servo; – 4.2. Posição de redução da pensão em caso de exercício de outro ofício ou profissão; – 4.3. Posição de redutibilidade equitativa da pensão; – 4.4. Posição adotada: redução teleológica do art. 950 do CC; – 5. A regra do dano evitável; – 6. A incumbência de exercer outros ofícios ou profissões; – 7. Conclusão.

TITLE: *The Burden of Professional Rehabilitation in Tort Law*

ABSTRACT: *In the event of an offense to health for which the offended person is not able to exercise his office or profession, Brazilian Civil Code provides that the damages include a pension in the amount of the work's remuneration for which he has become incapacitated (Article 950). However, if the offended person can, by a reasonable effort or sacrifice, exercise other offices or professions, will he be entitled to the full pension? Or should the remuneration that he would have been able to obtain with the substitutive work be deducted from the pension's amount? There is disagreement in the doctrine and jurisprudence, predominating the understanding of the irrelevance, from an indemnity point of view, of the remaining labor capacity of the victim. 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 offended 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*

* Professor da FGV Direito Rio. Doutor em Direito Civil pela USP (2013-2016), com períodos de pesquisa na LMU, em Munique, e no Instituto Max-Planck, em Hamburgo (2014-2015). Estágio pós-doutoral na Harvard Law School (2016-2017). E-mail: daniel.dias@fgv.br

(Article 403, CC). Moreover, from the application of this rule is extracted the burden of the offended 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.

KEYWORDS: Personal injury; specific working incapacity; disability annuity or pension; mitigation of damages; avoidable consequences rule; professional rehabilitation.

CONTENTS: 1. Introduction; – 2. Foreign experience; – 3. Brazilian experience; – 3.1. Civil codes; – 3.2. Social Security Law; – 4. Critical analysis; – 4.1. Position of irreducibility of the pension; – 4.1.1. From the legal presumption of unenforceable sacrifice; – 4.1.2. The supposed natural reduction in remuneration; – 4.1.3. The pension supposedly as a means of compensation for moral damages; – 4.1.4. The supposed irreparability of the victim's special needs; – 4.1.5. From the uncertain obtaining of substitute work; – 4.1.6. From the supposed reduction of the victim to the condition of a servant; – 4.2. Position of pension reduction in case of exercising another occupation or profession; – 4.3. Position of equitable pension reducibility; – 4.4. Position adopted: teleological reduction of art. 950 of the CC; – 5. The avoidable harm rule; – 6. The task of exercising other trades or professions; – 7. Conclusion.

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?

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. Uma posição oposta defende que, em se constatando capacidade laboral remanescente do ofendido, o juiz deve reduzir equitativamente o valor da pensão. E, por fim, uma posição intermediária 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 ele vir a fazê-lo.

Nenhuma dessas posições está, contudo, de acordo com o regramento do Código Civil. Para solucionar as questões formuladas, propõe-se então uma outra posição, a de que o art. 950 do 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 pelo regramento geral das perdas e danos, em especial pela regra do dano evitável (art. 403 do 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.

Esse artigo é dividido em cinco partes. Apresenta-se, primeiramente, as experiências estrangeira e brasileira em relação à questão de se, ao ofendido incapacitado para o exercício do seu ofício habitual, incumbe ou não exercer outros trabalhos compatíveis com o seu defeito incapacitante. A partir da experiência brasileira identifica-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 do CC. E, por fim, analisa-se os contornos dogmáticos da incumbência do ofendido de exercer outros ofícios ou profissões, 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, esse tem direito a indenização prestada por meio do pagamento de pensão (§ 843 do 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 faltará totalmente um dano (material) a ser indenizado. O mesmo se aplica se o ofendido custeava até então o seu sustento a partir do seu patrimônio ou de outras fontes de renda e não exercia uma 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 responsabilidade.¹

Nesse cálculo, leva-se ainda em conta a incumbência do ofendido de mitigar o próprio dano, prevista no § 254, II do BGB.² Com base nesse dispositivo, doutrina e jurisprudência alemães 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.³ 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.⁴

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 um caso que envolvia a interrupção forçada da carreira de um professor primário vítima de um acidente. O autor alegava que estaria impossibilitado de retomar qualquer atividade profissional, seja qual fosse a 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 uma 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

¹ 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.

² 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*. [...]”. (itálico aditado)

³ WAGNER, op. cit., 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

⁴ WAGNER, op. cit., 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.

sofrido o acidente e aquela que teria recebido se tivesse procurado e encontrado um outro trabalho.⁵

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”.⁶ 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).⁷

Na Itália, com base no art. 1.226 do Código Civil, que autoriza a avaliação equitativa do dano nos casos em que ele não pode ser provado no seu preciso montante, 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

⁵ REIFEGERSTE, Stéphan. *Pour une obligation de minimiser le dommage*. Aix-en-Provence : Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2002, p. 181-182.

⁶ CassFr. 2^a Câm. civ., 19 jun. 2003, n. 00-22.302; CassFr. 2^a Câm. civ., 19 jun. 2003, n. 01-13.289; CassFr. 2^a Câm. civ., 8 out. 2009, n. 08-18492; CassFr. 2^a Câm. civ., 25 out. 2012, n. 11-25511; CassFr. 2^a Câm. civ., 26 mar. 2015, n. 14-16011.

⁷ Nesse sentido, ver em especial: CHAZAL, Jean-Pascal. “*L’ultra-indemnisation*”: une réparation au delà des préjudices directs. In: D., n. 34, 2003, p. 2326-2330. 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.)

liquidação, diz respeito à persistência do dano, remetido como é, essa persistência, à vontade e à liberdade da vítima”.⁸

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 senão fosse pelo acidente.⁹

3. Experiência brasileira

A indenização em caso de lesão incapacitante para o trabalho habitual do ofendido é uma questão jurídica tradicional e antiga. A atual previsão do art. 950 do CC/2002 é, em essência, repetição do art. 1.539 do CC/1916, o qual, por sua vez, é resultado da evolução dos textos dos anteprojetos anteriores. Importa conhecer essa história.

No Esboço do Código Civil, elaborado por Teixeira de Freitas, constava: “Art. 3.644. Se o delito for de *ferimento*, ou de *ofensa física*, a indenização consistirá: 1.º No pagamento de todas as despesas do curativo e da convalescença do ofendido; 2.º No pagamento de todos os lucros que o ofendido deixou de ter até o dia de seu completo restabelecimento; 3.º Na indenização do prejuízo provável, se do ferimento ou ofensa resultou aleijão que prive o ofendido de continuar em sua profissão, ou ofício, ou resultou deformidade que de futuro possa influir nas vantagens de sua posição”.¹⁰

⁸ RESCIGNO, Pietro. Libertà del “trattamento” sanitario e diligenza del danneggiato. In: *Studi in onore di Alberto Asquini*, vol. IV. Padova: Cedam, 1965, 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, 2º parágrafo, Constituição italiana). (RESCIGNO, op. cit., p. 1651-1653)

⁹ MARKESINIS et. al., op. cit., 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.

¹⁰ FREITAS, Augusto Teixeira de. *Esboço do código civil*, vol. 2. Brasília: Ministério da Justiça, 1983, p. 532.

Nos anteprojetos que se seguiram, o caso de ofensa à saúde incapacitante para o trabalho passou a ser tratado em artigo autônomo. O anteprojeto elaborado por Felício dos Santos apresentou o regramento mais detalhado dessa matéria, prevendo expressamente que o ganho que o ofendido pudesse adquirir com outra ocupação seria deduzido da indenização e também que deveria ser levada em conta a sequela que, embora não fosse incapacitante, tornasse mais oneroso ou menos rentável o exercício do trabalho. Eis o texto original: “Art. 668. Si do ferimento resultar aleijão, que impossibilite o offendido de continuar no exercício de sua profissão, ou officio, a indemnização será dos prejuizos, que resultarem de tal aleijão: § 1.º Si o offendido, apesar do aleijão, pode adquirir modo de vida, ou outra ocupação, o ganho que puder adquirir será deduzido da indemnização. § 2.º Si o aleijão não impede inteiramente do trabalho, mas somente o faz mais difficultoso ou menos rendoso, deve ser isso attendido na indemnização”.¹¹

No anteprojeto de Código Civil de Coelho Rodrigues não se repetiu a regra que mandava deduzir da indenização o ganho que o ofendido poderia ter por meio de outro trabalho e foi resumido o tratamento do caso de redução da capacidade de trabalho. Além disso, foi a primeira vez em que se falou em indenização por meio de pensão: “Art. 1.222. Si do ferimento resultar defeito que impossibilite o offendido de continuar no exercício da sua profissão ou officio, ou diminua a efficacia do seu trabalho, a indemnização comprehenderá, além das despesas do curativo e dos lucros cessantes até o fim da convalescença, uma pensão correspondente ao valor do trabalho impossibilitado ou reduzido”.¹²

O projeto primitivo de Clovis Bevilacqua é quase que inteiramente uma repetição do anteprojeto de Coelho Rodrigues: “Art. 1.666. Si da offensa á saude resultar defeito que impossibilite o offendido de continuar no exercício da sua profissão ou officio, ou diminua a efficacia do seu trabalho, a indemnisação comprehenderá, além das despesas do curativo e dos lucros cessantes, até o fim da convalescença, uma pensão correspondente ao valor do trabalho impossibilitado ou reduzido”.¹³ No projeto revisto foram suprimidas as palavras “á saúde” e substituídos “curativo” por “tratamento” e “eficácia” por “valor”: “Art. 1.836. Si da offensa resultar defeito que impossibilite o offendido de continuar no exercício de sua profissão ou officio, ou diminua o valor de

¹¹ SANTOS, Joaquim Felício dos. *Projecto do codigo civil da republica dos estados unidos do Brazil*. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1891, p. 68.

¹² RODRIGUES, A. Coelho. *Projecto do código civil brasileiro*: precedido de um projecto de lei preliminar. Rio de Janeiro: Imprensa Oficial, 1893, p. 148.

¹³ BEVILAQUA, Clovis. *Projecto do código civil brasileiro*: trabalhos da câmara dos deputados, vol. I: projectos primitivo e revisto. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1902, p. 142.

seu trabalho, a indenização compreenderá, além das despesas do tratamento e lucros cessantes até o fim da convalescença, uma pensão correspondente ao valor do trabalho impossibilitado ou reduzido”.¹⁴

Na revisão do projeto no senado, Rui Barbosa fez as últimas alterações no texto, deixando-o com as suas feições finais: “Art. 1.539. Se da ofensa resultar defeito, pelo qual o ofendido não possa exercer o seu ofício ou profissão, ou se lhe diminua o valor do trabalho, a indenização, além das despesas do tratamento e lucros cessantes até ao fim da convalescença, incluirá uma pensão correspondente à importância do trabalho, para que se inabilitou, ou da depreciação que ele sofreu”.¹⁵

E, finalmente, o Código civil de 2002 prevê: “Art. 950. Se da ofensa resultar defeito pelo qual o ofendido não possa exercer o seu ofício ou profissão, ou se lhe diminua a capacidade de trabalho, a indenização, além das despesas do tratamento e lucros cessantes até ao fim da convalescença, incluirá pensão correspondente à importância do trabalho para que se inabilitou, ou da depreciação que ele sofreu”.

3.1. Códigos civis

No trecho relevante para a presente análise, os regramentos do CC/1916 (art. 1.539) e do CC/2002 (art. 950) são 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, sobre 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

¹⁴ *Projecto do código civil brasileiro*: trabalhos da câmara dos deputados, vol. I: projectos primitivo e revisto. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1902, p. 272.

¹⁵ BARBOSA, Rui. *Obras completas de Rui Barbosa*, vol. XXIV, t. I: Parecer sôbre a redação do código civil. Rio de Janeiro: Ministério da Educação e Saúde, 1949, p. 406. Sobre as influências desse artigo, segundo Pontes de Miranda, “no art. 1.539 parece que se combinou o *Esboço* de Teixeira de Freitas com o I Projeto alemão, § 726 (B.G.B., § 843)”. (MIRANDA, Pontes de. *Fontes e evolução do direito civil brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 333)

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”.¹⁶

Caio Mário da Silva Pereira foi outro autor favorável à irredutibilidade da pensão nessa situação, embora por outros fundamentos. Ao tratar do tema, 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”.¹⁷

Outros autores mais recentemente posicionaram-se, de maneira semelhante, pela irredutibilidade do montante da pensão. As justificativas apresentadas são, em geral, reformulações dos argumentos já apresentados por 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;¹⁸ (ii) a pensão visa não só a reparar o dano material, mas também compensar o dano moral sofrido pelo ofendido;¹⁹ (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.²⁰

¹⁶ SANTOS, João Manuel de Carvalho. *Código civil brasileiro interpretado*, vol. XXI: direito das obrigações (art. 1533-1571). 12. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1989, p. 145-146.

¹⁷ 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 é uma eventualidade, 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.

¹⁸ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Princípio da reparação integral: indenização no Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 245.

¹⁹ MIRAGEM, Bruno. *Direito civil: responsabilidade civil*. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 351-352, falando que 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*, vol. VIII: dos atos unilaterais, dos títulos de crédito, da responsabilidade civil. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 472-473; FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. *Curso de direito civil*, vol. 3: responsabilidade civil. 2014, p. 325-326; TARTUCE, Flávio. *Direito civil*, vol. 2: direito das obrigações e responsabilidade civil. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 466-467; RIZZARDO, Arnaldo. *Responsabilidade civil*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 210, falando em “limitação para as atividades humanas”.

²⁰ RIZZARDO, op. cit., 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.²¹ 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”.²²

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”.²³

²¹ 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*. Texto revisado, atualizado e ampliado por 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 um determinado ofício ou profissão, deveria exercer outros trabalhos compatíveis com o seu defeito. Apesar da viabilidade dessa interpretação, é necessário notar que, 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 que 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 desvalorizado. 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 dos gêneros de atividades que o ofendido pode exercer. Por isso que ele sugere que o ofendido nessa situação deve exercer uma outra atividade. 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).

²² RODRIGUES, Silvio. *Direito civil*, vol. 4: responsabilidade civil. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 233-234.

²³ NADER, Paulo. *Curso de direito civil*, vol. 7: responsabilidade civil. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, 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 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”.

A literatura especializada acompanha essa posição.²⁴ 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 o exercício de outros ofícios ou profissões demandaria um sacrifício imenso do ofendido e seria portanto inexigível.²⁵

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 por parte do ofendido.²⁶

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 ao 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, e o dano disso proveniente é de ser indenizado”.²⁷

²⁴ MARMITT, Arnaldo. *Perdas e danos*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 61; MONTENEGRO, Antonio Lindbergh C. *Ressarcimento de danos*. 8. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 99.

²⁵ MARMITT, op. cit., 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, pelo contexto, entende-se 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.

²⁶ DIREITO, Carlos Alberto Menezes; CAVALIERI FILHO, Sérgio Cavalieri. *Comentários ao novo código civil*, vol. XIII: da responsabilidade civil, das preferências e privilégios creditórios. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 466-467; CAVALIERI FILHO, Sergio. *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. 2014, p. 901; TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código civil interpretado: conforme a constituição da república*, vol. II. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012, p. 879.

²⁷ RE 77635, Relator(a): Min. Thompson Flores, Segunda Turma, julgado em 22/10/1974, DJ 22-11-1974 PP-08769 Ement Vol-00968-01 PP-00312.

O Superior Tribunal de Justiça (STJ) manifestou-se sobre essa questão em cinco casos: (i) o ofendido perdeu a mobilidade do antebraço esquerdo;²⁸ (ii) por conta de acidente de trânsito, o ofendido perdeu a capacidade de agarrar com a mão direita, ficando incapacitado para sua função de sondador, mas voltou a trabalhar na mesma empresa no almoxarifado sem redução salarial até ser despedido;²⁹ (iii) ofendida trabalhava como bancária, mas adquiriu LER, o que a incapacitou para o exercício dessa sua atividade profissional;³⁰ (iv) ofendida que trabalhava como bancária e desenvolveu doença profissional (tenossinovite);³¹ e (v) ofendido que trabalhava como auxiliar de produção, mas teve os dedos polegar e indicador da mão direita esmagados em prensa mecânica; 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.³²

Nos quatro primeiros o tribunal afirmou, por vezes como *obiter dicta*, o entendimento de que a pensão do ofendido, incapaz de exercer o seu ofício ou profissão, deve ser reduzida apenas se ele de fato exercer outras atividades remuneradas. No quinto caso, contudo, decidiu-se que, mesmo que o ofendido exerça outros ofícios ou profissões, não deveria ser reduzida a sua pensão. A Ministra Nancy Andrighi, relatora do caso, apresentou dois fundamentos principais para a decisão: (i) o ofendido tem necessidades especiais;³³ e (ii) ao se reduzir a pensão, estar-se-ia reduzindo o ofendido à condição de servo.³⁴

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

²⁸ REsp 233.610/RJ, Rel. Ministro Eduardo Ribeiro, Terceira Turma, julgado em 09/11/1999, DJ 26/06/2000, p. 164.

²⁹ REsp 235.393/RS, Rel. Ministro Sálvio De Figueiredo Teixeira, Quarta Turma, julgado em 23/11/1999, DJ 28/02/2000, p. 89.

³⁰ REsp 733.990/MG, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 21/02/2006, DJ 20/03/2006, p. 270

³¹ REsp 569.351/MG, Rel. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, Terceira Turma, julgado em 07/12/2004, DJ 04/04/2005, p. 304

³² REsp 869.505/PR, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 07/08/2007, DJ 20/08/2007, p. 278

³³ REsp 869.505/PR, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 07/08/2007, DJ 20/08/2007, p. 278, fls. 6-7 do relatório e voto.

³⁴ REsp 869.505/PR, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 07/08/2007, DJ 20/08/2007, 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 abaixo como posição que afirma que a pensão do art. 950 do CC serviria para indenizar também dano moral.

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 n. 79.037/1976): “Art. 34. O acidentado que, em conseqüência do acidente, 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 pensão em caso de o ofendido não poder exercer seu ofício ou profissão, mas permanecer 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 de 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 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 possa 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 do dispositivo legal. Uma primeira observação a se fazer é a seguinte: a previsão presente no art. 950 do CC/2002 data do final do século XIX, uma vez que ela é praticamente uma repetição do texto do art. 1.539 do CC/1916. Nesse período, o tratamento médico e a reabilitação física e profissional eram mais precárias. 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, contudo, 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, destaca-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 continue ocorrendo lesões físicas graves, duas das cinco 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 segue podendo exercer, sem sacrifício imenso, diversos outros ofícios e profissões.

Um segundo ponto é o de que, nesse último século, houve uma grande evolução da medicina, de modo que diversas lesões que há cem anos certamente levariam o ofendido à invalidez, nos dias de hoje são tratáveis, permitindo o retorno a uma vida, senão plenamente funcional, pelo menos em um estado de menos debilidade. Nesse ponto, vale lembrar 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.

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 do CC, de fato, baseia-se em uma presunção legal de sacrifício inexigível do ofendido para exercer outros ofícios ou profissões. Apesar de ser ainda em alguma medida fundada, essa presunção vem perdendo a sua correspondência com a realidade, havendo potencialmente cada vez mais casos em que a readaptação profissional não exigirá sacrifício imenso.

Ilustrativamente, a jurisprudência do STJ apresenta casos de reabilitação profissional sem sacrifício imenso 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.³⁵ 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”³⁶ O STJ não se aprofundou na análise do grau de esforço dos ofendidos para o exercício das atividades substitutivas, mas ao que parece o sacrifício não terá sido imenso.

A aplicação do art. 950 do 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, alguém que sofre ofensa e se torna incapaz de exercer o seu ofício ou profissão em geral sofre também uma redução da capacidade de trabalho geral, de modo que tendencialmente passará a desenvolver atividades menos complexas ou relevantes e portanto pior remuneradas.³⁷ Mas isso não é a regra, não devendo então ser divulgada como uma consequência “natural” dos defeitos físicos de todo e qualquer ofendido.

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 consequente 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

³⁵ REsp 235.393/RS, Rel. Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, Quarta Turma, julgado em 23/11/1999, DJ 28/02/2000, p. 89.

³⁶ REsp 869.505/PR, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 07/08/2007, DJ 20/08/2007, p. 278, fl. 7 do relatório e voto.

³⁷ Segundo Luiz Alberto de Vargas, “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: fundamentalidade e conteúdo jurídico*. São Paulo: LTr, 2017, p. 45 nota 32.

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, isso ocorreu em dois dos cinco casos analisados. 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.³⁸ E 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”.³⁹

Por fim, mesmo que a remuneração com defeito físico fosse “naturalmente” menor, esse argumento ainda assim não serviria para justificar a conclusão a que se propõe. Nessa hipótese, a pensão não deveria ser irredutível, mas sim reduzida em valor correspondente a essa menor remuneração do ofendido. Qualquer remuneração decorrente de um trabalho substitutivo, independentemente do seu valor, deve ser considerada. Caso contrário, haverá indenização excessiva, ou seja, o ofendido será colocado em uma situação patrimonialmente superior à que teria caso o ato ilícito não tivesse ocorrido, o que viola o princípio da reparação integral (art. 944 do 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 indenizar, além do dano material, também o dano moral sofrido pelo ofendido. Isso não procede, todavia, pois a pensão do art. 950 do CC não visa a indenizar dano moral. Antes de fundamentar esse posicionamento contrário, importa deixar claro que não se desconhece, e 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 944 do CC. O art. 950 do CC, por sua vez, é uma previsão que trata apenas da

³⁸ REsp 235.393/RS, Rel. Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, Quarta Turma, julgado em 23/11/1999, DJ 28/02/2000, p. 89.

³⁹ REsp 869.505/PR, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 07/08/2007, DJ 20/08/2007, p. 278.

indenização por dano material, em caso de ofensa incapacitante para o trabalho habitual do ofendido.⁴⁰

O texto do art. 950 do 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, § 1.º do CC/1916). Segundo o próprio Clovis Bevilacqua lecionava à época, “o nosso direito positivo, quando o damno consiste na privação da vida e em lesões corporaes, não deformantes, atende, simplesmente á repercussão patrimonial, que o facto determina”.⁴¹

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 por exemplo a não obtenção de uma promoção.⁴² A aferição exata do valor desse dano é naturalmente muito difícil, por vezes mesmo impossível, sendo por isso que a indenização foi prevista por meio de pensão.⁴³

Além de não ter sido concebida para isso, a pensão do art. 950 do 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

⁴⁰ 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. 4.º, LINDB). É, no caso, como a regramento geral incide (arts. 186 c/c 927, CC), ainda que apenas em relação ao dano moral, não há que se falar em lacuna.

⁴¹ BEVILAQUA, op. cit., p. 688.

⁴² Na Alemanha, com base no § 842 BGB, fala-se em *Erwerbsschaden* e *Fortkommenschaden*.

⁴³ Em comentários ao art. 1.539 do CC/1916, Bevilacqua afirmava que a indenização “melhormente se obterá por meio de uma pensão vitalícia (sic), do que pelo pagamento de uma somma (sic), difícil de determinar e, em muitos casos, difícil de obter”. (op. cit., p. 692)

pensão do 950 do CC e também por meio da previsão geral dos arts. 186 c/c 927 CC.⁴⁴ Essa possibilidade não pode ser chancelada, por violar, por excesso, o princípio da reparação integral (art. 944 do CC).

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).⁴⁵

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.⁴⁶ 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

⁴⁴ É o que se encontra, por exemplo, no REsp 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) não se restringiria a reparar apenas uma perda econômica, mas serviria também como ressarcimento pela “lesão física”, ou pelo “surgimento de seqüelas 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 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 402.833/SP, Rel. Ministro Aldir Passarinho Junior, Quarta Turma, julgado em 06/02/2003, DJ 07/04/2003, 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.

⁴⁵ 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 faz jus compreenderia as despesas do tratamento, os lucros cessantes até ao 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 parapléxico. 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 ao fim da convalescença e uma pensão no valor de dois mil reais. Note-se que, apesar das 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.

⁴⁶ No caso em que essa argumentação surgiu no STJ (REsp n. 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.

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 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 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”.⁴⁷

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 do 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

⁴⁷ REsp 869.505/PR, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 07/08/2007, DJ 20/08/2007, p. 278, fls. 6-7 do relatório e voto.

pela ofensa, como a aquisição de novo vestuário, ou de um carro próprio, ou de um carro com câmbio automático, ou a adaptação de um carro para deficientes; (v) reforma para adaptação para deficientes da casa ou do apartamento; e (vi) necessidade de contratação de auxiliar para cuidar dos serviços domésticos.⁴⁸

Partindo dessa noção, alguns grupos de hipóteses de necessidades especiais, como o (i) e (ii) já são abarcados, de acordo com o entendimento da doutrina, pela previsão legal de “despesas do tratamento”, presente nos arts. 949 e 950 do CC.⁴⁹ Mas e os demais grupos, que são despesas ainda menos ligadas à cura e 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”? Parece-nos que a 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 a indenização por aquilo que ele “efetivamente perdeu” e aqui são abrangidos todas as despesas necessárias feitas em decorrência do ato ilícito.

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 do 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 um trabalho substitutivo. Assim, segundo Caio Mário da Silva Pereira, a pensão do

⁴⁸ WAGNER, op. cit., p. 2738-2739.

⁴⁹ DIREITO; CAVALIERI FILHO, op. cit., p. 465, incluem, entre as “despesas do tratamento”, “verba para tratamento especializado, quando necessário (fisioterapias, cirurgias) e para aquisição de aparelhos ortopédicos[,] próteses, cadeira de rodas etc”.; MONTENEGRO, op. cit., 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 despende”. (MARMITT, op. cit., p. 66) O autor não explica, contudo, de que maneira essa hipótese estaria abarcada pelo art. 950 CC.

ofendido deveria ser sempre integral, porque a obtenção “de outro trabalho é uma eventualidade que pode ou não vir a ser”.⁵⁰

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, mas não tenha conseguido obter um outro trabalho, 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, em primeiro lugar, 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 a pensão integral. É o que se extrai do art. 950 do CC. Apenas se o ofendido tiver capacidade para exercer outros ofícios ou profissões e esse exercício não for para ele sacrificante, o art. 950 do CC não se aplica por redução teleológica⁵¹. 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”.⁵²

Essa argumentação não procede. A remuneração obtida pelo ofendido com o 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

⁵⁰ Ver acima no tópico “3.1. Códigos civis”.

⁵¹ Para detalhes, v. abaixo tópico n. 4.4.

⁵² REsp 869.505/PR, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 07/08/2007, DJ 20/08/2007, p. 278, fl. 7 do relatório e voto.

remuneração do ofendido.⁵³ 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. 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 do CC.

4.2. Posição de redução da pensão em caso de exercício de outro ofício ou profissão

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.

Essa posição 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 de fato 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 deve se dar pela demonstração de que, no caso concreto, não há esse sacrifício. E isso independente do exercício de fato por parte do ofendido.

Apesar de o efetivo exercício poder servir como um indício para se determinar se o exercício é excessivamente sacrificante ou não para o ofendido, o exercício efetivo e o sacrifício que esse exercício demanda para o ofendido são questões diferentes e autônomas.

Por um lado, o ofendido pode se recusar a exercer um determinado ofício ou profissão, apesar de o seu exercício não demandar dele um sacrifício imenso. Por exemplo, o STJ decidiu um caso envolvendo um “encarregado geral do setor de lavanderia e expedição”

⁵³ Sobre isso, v. acima tópico n. 4.1.3.

que perdeu a visão de um olho. Nesse caso, 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.⁵⁴ Assim, mesmo se o ofendido se recusasse a retornar ao trabalho – e mesmo que sob a alegação de que o fazia porque o seu exercício seria muito sacrificante para ele –, o seu exercício não seria considerado excessivamente sacrificante.

Por outro lado, o ofendido pode vir a exercer um determinado outro ofício ou profissão mesmo que o seu exercício seja para ele excessivamente sacrificante. E, nesse caso, a remuneração do ofendido não deve ser descontada da pensão. Isso porque estarão sendo preenchidos não só o suporte fático do art. 950 do CC – trata-se de caso em que o ofendido não pode exercer seu ofício ou profissão –, como também o seu fundamento – trata-se de caso em que é 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 do médico (*Arzthelferinfal*) que foi decidido pelo Tribunal Federal do Trabalho alemão (BAG). Um médico e uma assistente celebram um contrato de trabalho. Dois dias depois de começar o novo emprego, a assistente decide, por causa de discordâncias com o empregador, não mais comparecer ao trabalho. Nas semanas seguintes, o médico não consegue encontrar uma substituta e, sem assistência, ele normalmente não conseguiria atender o 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. O médico posteriormente 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, elas não devem ser consideradas no cálculo do dano, porque o ofensor não tinha nenhum direito a elas. No caso, o médico não sofreu uma redução de sua renda, mas essa circunstância decorreu apenas do fato de ele ter trabalhado diariamente quatro horas adicionais, uma tarefa

⁵⁴ REsp 685.801/MG, Rel. Ministro Antonio Carlos Ferreira, Quarta Turma, julgado em 06/05/2014, DJe 16/10/2014.

excessivamente sacrificante e que não seria dele exigível. Essas medidas não foram, portanto, contabilizadas no cálculo do dano.⁵⁵

Com isso é possível refutar também o argumento que diz que reduzir a pensão seria punir a superação individual do ofendido.⁵⁶ Nos casos em que exercer trabalho substitutivo representar superação individual, a incidência do art. 950 do CC está garantida e a pensão também. Mas, por outro lado, nos casos em que não exercer atividade substitutiva decorrer de preguiça do ofendido, nesses sim não faz sentido manter a indenização.

Por fim, condicionar a diminuição da pensão ao efetivo exercício de atividade substitutiva seria 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 uma situação em que é mais vantajoso não fazer nada. Essa interpretação do art. 950 do CC deve portanto ser evitada.

4.3 Posição de 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 a que tem direito o ofendido.

Essa posição não deve, contudo, ser seguida, porque ela 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”.⁵⁷ De maneira análoga, Rubens Limongi França leciona que “a equidade [...] supõe a inexistência, sobre a matéria, de texto claro e inflexível”.⁵⁸

⁵⁵ BAG, Urteil vom 24.8.1967, in 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 ss.

⁵⁶ REsp 869.505/PR, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 07/08/2007, DJ 20/08/2007, p. 278. Segundo a Min. Nancy Andrighi, por ter sido abatido da pensão o valor da remuneração que o ofendido obtém exercendo trabalho substitutivo, a Min. Afirma: “toma-se a superação individual como causa de não indenizar, punindo o que deveria ser mérito” (fl. 7 do relatório e voto)

⁵⁷ MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 161.

⁵⁸ FRANÇA, Rubens Limongi. *Hermenêutica jurídica*. 13. ed. São Paulo: RT, 2015, p. 59.

O art. 950 do 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 a 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 as posições existentes, resta apresentar a posição que se entende que melhor resolve a questão.

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

O art. 950 do 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 do CC a esses casos se dá por redução teleológica. Isto é, reduz-se o campo de incidência desse dispositivo, extraindo 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, podem ser excluídos da incidência do dispositivo por meio da redução teleológica.⁵⁹

Essa é a hipótese em questão. O art. 950 do CC foi desenhado com base em uma 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 visava a regradar o dano material efetivamente sofrido pelo ofendido em caso de defeito físico incapacitante para o trabalho, que é decorrente o decréscimo patrimonial efetivamente sofrido pelo ofendido. A pensão foi calculada com base em

⁵⁹ 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 ss. No Brasil, a redução teleológica tem sido reconhecido pela doutrina: DINIZ, Maria Helena. *As lacunas no direito*, p. 184-186. E também utilizado pela jurisprudência: STJ, Informativo n. 0588, Período: 17 a 31 de agosto de 2016, referente ao REsp 1613260/SP, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 09/08/2016, DJe 24/08/2016; QO no Inq 1.175/DF, Rel. Ministro Felix Fischer, Corte Especial, julgado em 21/11/2018, DJe 19/12/2018; QO no Inq 1.188/DF, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Corte Especial, julgado em 21/11/2018, DJe 19/12/2018.

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 fosse para o ofendido muito difícil exercer outros ofícios ou profissões está fora da *ratio legis* do art. 950 do CC, não sendo portanto regulado por esse dispositivo. A indenização nesses casos é regulada pelo regramento geral de perdas e danos (arts. 402 ss.). 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, sob pena de ter deduzido do valor da remuneração do trabalho para que se inabilitou (lucros cessantes), o valor da remuneração que poderia obter mediante esforço razoável. Trata-se de aplicação, a esse grupo de casos, da regra geral do dano evitável, tema que se passa a apresentar agora.

5. A regra do dano evitável

A regra do dano evitável é uma 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.

A regra do dano evitável é uma norma que decorre de uma interpretação histórica do art. 403 do CC. Essa previsão é uma repetição do antigo art. 1151 do Código Civil francês,⁶⁰ correspondente em parte ao atual art. 1231-4. Esses dispositivos têm por base direta as lições de Robert-Joseph Pothier, as quais estabeleciam uma associação entre o dano indireto e o dano evitável. Essa correspondência foi consagrada no *Code Napoleon* e aplicada por um 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. Por ser, contudo, norma

⁶⁰ “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”.

que encontra sólido respaldo na interpretação histórica do art. 403 CC e ser útil para o sistema jurídico, a regra do dano evitável deve ser novamente reconhecida e aplicada.⁶¹

A regra do dano evitável tem um alcance geral como norma delimitadora do dano indenizável. Apesar de o art. 403 do CC, a partir do seu texto, aparentar ser aplicável apenas para o caso de responsabilidade obrigacional, ele é um dispositivo com alcance geral, aplicável também ao campo da responsabilidade aquiliana.⁶²

A regra do dano evitável é uma norma de imputação objetiva⁶³ e não esgota o conteúdo normativo do art. 403 do CC. Esse dispositivo, pautado em um conceito indeterminado (“efeito direto e imediato”), serve também de base às demais normas de imputação objetiva, como por exemplo à teoria da adequação.⁶⁴

6. A incumbência de exercer outros ofícios ou profissões

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.⁶⁵

A necessidade de utilização da capacidade laboral remanescente pode impactar a personalidade do ofendido, afetando consideravelmente o seu direito ao livre

⁶¹ Para uma exposição completa dessa fundamentação histórica da regra do dano evitável, ver: DIAS, Daniel. *A corresponsabilidade 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 ss. Para uma exposição mais resumida, ver: DIAS, Daniel. *A irreparabilidade do dano evitável no direito civil brasileiro (parte 1)*. *Consultor Jurídico* (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.

⁶² TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. *Código Civil comentado*, vol. IV: direito das obrigações (arts. 233 a 420). São Paulo: Atlas, 2008, p. 376; NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 619. Essa posição já foi reconhecida também pelo STF em célebre acórdão da lavra do Min. Moreira Alves: RE 130764, Relator(a): Min. Moreira Alves, Primeira Turma, julgado em 12/05/1992, DJ 07-08-1992 PP-11782 EMENT VOL-01669-02 PP-00350 RTJ VOL-00143-01 PP-00270 (“Não obstante aquele dispositivo da codificação civil diga respeito a impropriamente denominada responsabilidade contratual, aplica-se ele também a responsabilidade extracontratual”).

⁶³ Sobre a natureza jurídica dessa norma, ver: DIAS, op. cit., 2016, p. 176 ss. Em termos mais sucintos, ver: DIAS, Daniel. *A irreparabilidade do dano evitável no direito civil brasileiro (parte 3)*. *Consultor Jurídico* (Conjur), São Paulo, 19 mar. 2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-mar-19/direito-civil-atua-irreparabilidade-dano-evitavel-direito-civil-brasileiro-parte>>. Acesso em: 2 nov. 2018.

⁶⁴ Sobre o art. 403 CC como base da teoria da adequação, ver: NORONHA, op. cit., p. 635-636.

⁶⁵ De maneira análoga, na Alemanha, ver: WAGNER, op. cit., p. 2724; LOOSCHELDERS, op. cit., p. 476-477; LANGE; SCHIEMANN, op. cit., p. 580 ss.

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.⁶⁶

Na determinação da exigibilidade de um trabalho substitutivo, deve-se levar especialmente em conta elementos ou características pessoais do ofendido,⁶⁷ como estado de saúde, personalidade, vocação e formação, habilidades, colocação familiar e social, assim como enraizamento no local de domicílio.⁶⁸

O ofendido não tem de assumir um trabalho que exija dele significativamente menos conhecimentos e habilidades, ou que confira a ele remuneração e apreciação social consideravelmente menor do que o trabalho anteriormente exercido.⁶⁹ O ofendido também não precisa assumir significativos riscos à saúde ou econômicos. Em sendo dono de uma empresa, pode ser exigível do ofendido que assuma outra atividade dentro da própria pessoa jurídica. Mas ele não deve desistir de seus negócios se ele puder continuar gerindo-os por meio, por exemplo, da contratação de um assistente.⁷⁰ Além disso, ele não deve ser responsabilizado se não obtiver posição substitutiva apesar de ter se esforçado devidamente, como, por exemplo, caso ele não encontre um emprego não por culpa dele, mas por dificuldades ligadas ao mercado de trabalho.⁷¹

⁶⁶ De maneira correspondente, na Alemanha: LOOSCHELDERS, op. cit., p. 476-477.

⁶⁷ De maneira análoga, no direito alemão, ver: WAGNER, op. cit., p. 2724; LANGE; SCHIEMANN, p. 580 ss.; LOOSCHELDERS, op. cit., p. 476.

⁶⁸ 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 et. al., op. cit., p. 124-125). Já no direito alemão, Gerhard Wagner faz a seguinte leitura: “No passado, pensava-se que a 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, op. cit., p. 2725)

⁶⁹ 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 et. al., op. cit., 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, op. cit., p. 182).

⁷⁰ LANGE; SCHIEMANN, op. cit., p. 580-581.

⁷¹ De maneira análoga, na Alemanha, ver: WAGNER, op. cit., 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 et. al., op. cit., 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”.⁷² Além disso, deve-se levar em conta as perspectivas do mercado de trabalho após a reabilitação. É necessário que haja uma chance real⁷³ ou que, pelo menos, seja possível supor com alguma probabilidade que o ofendido, depois do processo, obterá uma nova colocação.⁷⁴ Não é, portanto, necessário que haja certeza de obtenção de uma nova colocação. Por outro lado, o ofendido também não precisa se submeter à reabilitação caso seja provável que ele não encontre trabalho com a nova qualificação,⁷⁵ ou mesmo que a sua reabilitação represente apenas uma “mera tentativa”.⁷⁶ A submissão a um 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.⁷⁷

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. Um acórdão de 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 uma reorientação correspondente às suas aspirações, recebendo uma formação ministrada por um instituto de administração agroalimentar. O ofendido havia demandado do

⁷² MONTENEGRO, op. cit., p. 99. Sobre isso, chamando-a de “justa observação”, Montenegro transcreve o trecho final da famosa e já referida 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 praticamente 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.

⁷³ LANGE; SCHIEMANN, op. cit., p. 582.

⁷⁴ LOOSCHELDERS, op. cit., p. 476.

⁷⁵ LOOSCHELDERS, op. cit., p. 477.

⁷⁶ LANGE; SCHIEMANN, op. cit., p. 582.

⁷⁷ 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, op. cit., p. 57)

ofensor uma 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.⁷⁸

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”.⁷⁹ No rol de limitações decorrentes das “condições personalíssimas do trabalhador”, reconhece-se que, além da baixa escolaridade, “é natural que o ser humano, depois de fazer a mesma coisa por mais de uma década depare-se com sérias dificuldades para desenvolver novas habilidades”.⁸⁰

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

⁷⁸ REIFEGERSTE, op. cit., n. 504.

⁷⁹ VARGAS, op. cit., p. 54.

⁸⁰ ROCHA, op. cit., p. 563.

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”.⁸¹

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.⁸²

Em um terceiro caso, o autor trabalhava como servente de pedreiro e sofreu lesão com consequente 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.⁸³

7. Conclusão

Segundo o art. 950 do 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 a 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

⁸¹ REsp 1650837/RS, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 21/02/2017, DJe 25/04/2017. Em sentido análogo, ver: AgRg no AgRg no Ag 691.979/MS, Rel. Ministra Alderita Ramos De Oliveira (Desembargadora Convocada Do TJ/PE), Sexta Turma, julgado em 06/11/2012, DJe 13/11/2012; AgRg no REsp 1220061/SP, Rel. Ministro Gilson Dipp, Quinta Turma, julgado em 03/03/2011, DJe 14/03/2011.

⁸² TRF2, Agravo Interno em Agravo de Instrumento n. 2010.02.01.013092-6, Numeração única 0013092-04.2010.4.02.0000, 1ª Turma Especializada, Relatora Abel Gomes, Data de decisão 29/03/2011, Data de disponibilização 07/04/2011.

⁸³ TRF4, AC 0017504-89.2013.4.04.9999, Sexta Turma, Relator Celso Kipper, D.E. 12/11/2013.

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 julgados pelo STJ ilustram isso, como os casos 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 de uma análise histórica do dispositivo, chega-se à conclusão de que a pensão do art. 950 do 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, 927 c/c 944 do 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 equivoca-se ao sustentar que a presunção do art. 950 do CC, de que seria excessivamente sacrificante para o ofendido com defeito físico exercer outros ofícios ou profissões, 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 do CC.

Em face da insuficiência das soluções propostas, sustenta-se uma outra: o art. 950 do 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 do 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, o art. 950 CC não deve ser então a eles aplicado.

Para esse grupo de casos, aplica-se o regramento geral da indenização, o qual prevê, no art. 403 do 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 do ofendido de 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 exigível do ofendido, 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 que o ofendido incorrer deverão ser custeados 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.

Referências

ALEMANHA, BAG, Urteil vom 24.8.1967, in NJW 1968, p. 221-222

ALVES, João Luiz. *Código civil da republica dos estados unidos do Brasil anotado*, vol. 2. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1935.

BARBOSA, Rui. *Obras completas de Rui Barbosa*, vol. XXIV, t. I: Parecer sôbre a redação do código civil. Rio de Janeiro: Ministério da Educação e Saúde, 1949.

BEVILAQUA, Clovis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. Edição Histórica. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1977,

BRASIL, STF, RE 77635, Relator(a): Min. Thompson Flores, Segunda Turma, julgado em 22/10/1974, DJ 22-11-1974 PP-08769 Ement Vol-00968-01 PP-00312.

BRASIL, STF, RE 130764, Relator(a): Min. Moreira Alves, Primeira Turma, julgado em 12/05/1992, DJ 07-08-1992 PP-11782 EMENT VOL-01669-02 PP-00350 RTJ VOL-00143-01 PP-00270.

BRASIL, STJ, REsp 233.610/RJ, Rel. Ministro Eduardo Ribeiro, Terceira Turma, julgado em 09/11/1999, DJ 26/06/2000, p. 164.

BRASIL, STJ, REsp 235.393/RS, Rel. Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, Quarta Turma, julgado em 23/11/1999, DJ 28/02/2000, p. 89.

BRASIL, STJ, REsp 324.149/SP, Rel. Ministro Aldir Passarinho Junior, Quarta Turma, julgado em 14/05/2002, DJ 12/08/2002, p. 216

BRASIL, STJ, REsp 402.833/SP, Rel. Ministro Aldir Passarinho Junior, Quarta Turma, julgado em 06/02/2003, DJ 07/04/2003, p. 292.

BRASIL, STJ, REsp 478.796/RJ, Rel. Ministro Aldir Passarinho Junior, Quarta Turma, julgado em 18/11/2003, DJ 16/02/2004, p. 261.

BRASIL, STJ, REsp 588.649/RS, Rel. Ministro Aldir Passarinho Junior, Quarta Turma, julgado em 02/09/2004, DJ 08/11/2004, p. 243.

BRASIL, STJ, REsp 569.351/MG, Rel. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, Terceira Turma, julgado em 07/12/2004, DJ 04/04/2005, p. 304.

BRASIL, STJ, REsp 733.990/MG, Rel. Ministra Nancy Andrichi, Terceira Turma, julgado em 21/02/2006, DJ 20/03/2006, p. 270.

BRASIL, STJ, REsp 536.140/RS, Rel. Ministro Barros Monteiro, Quarta Turma, julgado em 14/02/2006, DJ 17/04/2006, p. 199.

BRASIL, STJ, REsp 596.192/RJ, Rel. Ministro Aldir Passarinho Junior, Quarta Turma, julgado em 18/08/2005, DJ 04/09/2006, p. 273.

BRASIL, STJ, REsp 869.505/PR, Rel. Ministra Nancy Andrichi, Terceira Turma, julgado em 07/08/2007, DJ 20/08/2007, p. 278.

BRASIL, STJ, AgRg no REsp 1220061/SP, Rel. Ministro Gilson Dipp, Quinta Turma, julgado em 03/03/2011, DJe 14/03/2011.

BRASIL, STJ, REsp 1062692/RJ, Rel. Ministra Nancy Andrichi, Terceira Turma, julgado em 04/10/2011, DJe 11/10/2011.

BRASIL, STJ, REsp 1306395/RJ, Rel. Ministra Nancy Andrichi, Terceira Turma, julgado em 04/12/2012, DJe 19/12/2012.

BRASIL, STJ, AgRg no AgRg no Ag 691.979/MS, Rel. Ministra Alderita Ramos de Oliveira (Desembargadora Convocada do TJ/PE), Sexta Turma, julgado em 06/11/2012, DJe 13/11/2012.

BRASIL, REsp 685.801/MG, Rel. Ministro Antonio Carlos Ferreira, Quarta Turma, julgado em 06/05/2014, DJe 16/10/2014.

BRASIL, STJ, REsp 1613260/SP, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 09/08/2016, DJe 24/08/2016.

BRASIL, STJ, REsp 1650837/RS, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 21/02/2017, DJe 25/04/2017.

BRASIL, STJ, QO no Inq 1.175/DF, Rel. Ministro Felix Fischer, Corte Especial, julgado em 21/11/2018, DJe 19/12/2018.

BRASIL, STJ, QO no Inq 1.188/DF, Rel. Ministra Nancy Andrichi, Corte Especial, julgado em 21/11/2018, DJe 19/12/2018.

BRASIL, TRF2, Agravo Interno em Agravo de Instrumento n. 2010.02.01.013092-6, Numeração única 0013092-04.2010.4.02.0000, 1ª Turma Especializada, Relatora Abel Gomes, Data de decisão 29/03/2011, Data de disponibilização 07/04/2011.

BRASIL, TRF4, AC 0017504-89.2013.4.04.9999, Sexta Turma, Relator Celso Kipper, D.E. 12/11/2013.

BRIESKORN, Konstanze. *Vertragshaftung und responsabilité contractuelle: ein Vergleich zwischen deutschem und französischem Recht mit Blick auf das Vertragsrecht in Europa*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2010.

CAHALI, Yusef Said. *Dano moral*. 4. ed. São Paulo: RT, 2011.

CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

CHAZAL, Jean-Pascal. "L'ultra-indemnisation": une réparation au delà des préjudices directs. In: D., n. 34, 2003, p. 2326-2330.

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.

DIAS, Daniel. *A corresponsabilidade 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.

DIAS, Daniel. *A irreparabilidade do dano evitável no direito civil brasileiro (parte 1)*. *Consultor Jurídico (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.

DINIZ, Maria Helena. *As lacunas no direito*. 9. Ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

DIREITO, Carlos Alberto Menezes; CAVALIERI FILHO, Sérgio Cavalieri. *Comentários ao novo código civil*, vol. XIII: da responsabilidade civil, das preferências e privilégios creditórios. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

DONNINI, Rogério. Arts. 927 a 954. In: CARVALHO, Washington Rocha de et al. *Comentários ao código civil brasileiro*, vol. VIII: dos atos unilaterais, dos títulos de crédito, da responsabilidade civil. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

DUMERY, Alexandre. *La faute de la victime en droit de la responsabilité civile*. Paris: L'Harmattan, 2011.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. *Curso de direito civil*, vol. 3: responsabilidade civil. Salvador: Jus Podivm, 2014.

FRANÇA, Rubens Limongi. *Hermenêutica jurídica*. 13 ed. São Paulo: RT, 2015.

GOMES, Orlando. *Responsabilidade civil*. Texto revisado, atualizado e ampliado por Edvaldo Brito. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

IBRAHIM, Fábio Zambitte. *Curso de direito previdenciário*. 23. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2018.

LARENZ, Karl. *Lehrbuch des Schuldrechts*, Bd. 1: Allgemeiner Teil. 14. Aufl. München: Beck, 1987.

LARENZ, Karl; CANARIS, Claus-Wilhelm. *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*. 3. Aufl. Berlin: Springer, 1995.

LOOSCHELDERS, Dirk. *Die Mitverantwortlichkeit des Geschädigten im Privatrecht*. Tübingen: Mohr Siebeck, 1999.

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.

MARMITT, Arnaldo. *Perdas e danos*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

- MENDONÇA, Manuel Inácio Carvalho de. *Doutrina e prática das obrigações*, t. 2. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1956.
- MIRAGEM, Bruno. *Direito civil: responsabilidade civil*. São Paulo: Saraiva, 2015.
- MIRANDA, Pontes de. *Fontes e evolução do direito civil brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981.
- MONTENEGRO, Antonio Lindbergh C. *Ressarcimento de danos*. 8. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
- NADER, Paulo. *Curso de direito civil*, vol. 7: responsabilidade civil. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.
- NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*. 4. Ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil*. 11. ed. rev. e atual. por Gustavo Tepedino. Rio de Janeiro: Forense, 2016.
- Projecto do código civil brasileiro: trabalhos da câmara dos deputados*, vol. I: projectos primitivo e revisto. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1902.
- REIFEGERSTE, Stéphan. *Pour une obligation de minimiser le dommage*. Aix- en-Provence : Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2002.
- RESCIGNO, Pietro. Libertà del “trattamento” sanitario e diligenza del danneggiato. In: *Studi in onore di Alberto Asquini*, vol. IV. Padova: Cedam, 1965 p. 1639-1660.
- RIZZARDO, Arnaldo. *Responsabilidade civil*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.
- ROCHA, Daniel Machado da. *Comentários à lei de benefícios da previdência social*. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2018.
- RODRIGUES, Silvio. *Direito civil*, vol. 4: responsabilidade civil. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
- SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Princípio da reparação integral: indenização no Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2010.
- SANTOS, João Manuel de Carvalho. *Código civil brasileiro interpretado*, vol. XXI: direito das obrigações (art. 1533-1571). 12. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1989.
- SANTOS, Joaquim Felício dos. *Projecto do código civil da republica dos estados unidos do Brazil*. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1891.
- TARTUCE, Flávio. *Direito civil*, vol. 2: direito das obrigações e responsabilidade civil. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.
- TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código civil interpretado: conforme a constituição da república*, vol. II. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.
- VARGAS, Luiz Alberto de. *Direito à reabilitação profissional: fundamentalidade e conteúdo jurídico*. São Paulo: LTr, 2017.
- 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.
- WETTICH, Götz. *Die überobligationsmäßige Abwehr des Verdienstausfallschadens*. Berlin: Duncker und Humblot, 1999.

civilistica.com

Recebido em: 23.2.2020

Publicação a convite.

Como citar: DIAS, Daniel. A incumbência de reabilitar-se profissionalmente na responsabilidade civil. **Civilistica.com**. Rio de Janeiro, a. 10, n. 2, 2021. Disponível em: <<http://civilistica.com/a-incumbencia/>>. Data de acesso.