

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARÁ
INSTITUTO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

ALEXANDRE PEREIRA BONNA

**IDENTIFICAÇÃO E QUANTIFICAÇÃO DO DANO MORAL: FUNDAMENTAÇÃO DA
DECISÃO JUDICIAL NA PERSPECTIVA JURÍDICA E ÉTICA DA LEI NATURAL**

Belém

2018

ALEXANDRE PEREIRA BONNA

**IDENTIFICAÇÃO E QUANTIFICAÇÃO DO DANO MORAL: FUNDAMENTAÇÃO DA
DECISÃO JUDICIAL NA PERSPECTIVA JURÍDICA E ÉTICA DA LEI NATURAL**

Tese apresentada ao Programa de Pós-
Graduação em Direito da Universidade Federal
do Pará, para obtenção do grau de Doutor.

Orientadora: Prof. Dra. Pastora do Socorro
Teixeira Leal

Belém

2018

Tese intitulada “identificação e quantificação do dano moral: fundamentação da decisão judicial na perspectiva jurídica e ética da lei natural”, de autoria de Alexandre Pereira Bonna, aprovada pela banca examinadora constituída pelos seguintes professores:

Profa. Dra. Pastora do Socorro Teixeira Leal
Universidade Federal do Pará - UFPA

Prof. Dr. Victor Sales Pinheiro
Universidade Federal do Pará - UFPA

Prof. Dr. Denis Verbicaro Soares
Universidade Federal do Pará - UFPA

Profa. Dra. Karina Cristina Nunes Fritz
Universidade do Estado do Rio de Janeiro - UERJ

Prof. Dr. Marcos Jorge Catalan
Centro Universitário La Salle Canoas - UNILASALLE

Data e local de aprovação: Belém, 23 de novembro de 2018.

Aos meus filhos Davi e Pedro e minha esposa Lizandra.

AGRADECIMENTOS

O ser humano é marcado pela sociabilidade/amizade e, ao longo dessa tortuosa e bela jornada, esbarramos uns aos outros, construímos pontes e escaladas com apoios mútuos. Na empreitada de pesquisar e escrever o tema da minha tese de doutorado não foi diferente, pois inúmeras pessoas contribuíram decisivamente para os *insights*, desenvolvimento e, não menos importante, para o equilíbrio mental desse pesquisador.

Agradeço aos meus pais, Evandro e Leila, por me concederem a vida recheada de valores virtuosos e me apoiarem em todos os meus sonhos, darem amor incondicional e estarem presentes em todas os momentos, sempre com gestos positivos de carinho e estímulo.

Em seguida, minha mais profunda gratidão a minha esposa, Lizandra, e a meus filhos, Davi e Pedro. À primeira, por incansavelmente me apoiar, me levantar e me acolher em toda a minha complexidade difícil de um marido, pai, advogado, professor e pesquisador, sempre com doçura, companheirismo e otimismo. Aos meus filhos, pelo amor do dia a dia e por me fazerem ter mais uma razão para viver e alcançar a excelência em minhas tarefas. Sem vocês três, meu mundo é diferente e minha alegria é triste.

No âmbito acadêmico, meu agradecimento à Profa. Dra. Pastora do Socorro Teixeira Leal, minha orientadora e suporte intelectual de todas as reflexões feitas nessa tese e em toda a minha carreira acadêmica. Meu muito obrigado por sempre nortear e lapidar meus ímpetos científicos e pela humildade e solidariedade com que tratais seus orientandos, sempre permitindo que eles cresçam juntos com você.

Nesse mesmo âmbito, minha profunda estima e deferência ao Prof. Dr. Vitor Sales Pinheiro, o qual se revelou - em suas disciplinas Lei Natural, Ética e Direito e Teoria do Direito – um grande esteio no campo da filosofia do direito – não medindo esforços para sanar minhas dúvidas no âmbito da ética, fornecer livros, me emprestar sua sala e biblioteca, assim como a todo momento me enviar e-mails e mensagens de celular com artigos, vídeos e teses pertinentes à responsabilidade civil na interface com a filosofia.

Por fim, agradeço sobremaneira ao Prof. Dr. Nelson Rosenvald, estendendo meus cumprimentos a todos os professores membros do Instituto Brasileiro de Responsabilidade Civil – IBERC, como o Prof. Marcos Catalan e a Profa. Karina Fritz, que gentilmente aceitaram o convite para participar dessa banca de avaliação da minha tese. Assim, graças a dedicação dele ao estudo

da responsabilidade civil e à criação do referido instituto, foi possível a união de esforços norte e sul desse país para aprofundar as discussões atuais em matéria do direito de danos. Suas obras já reverberaram enorme impulso para minha caminhada nessa tese, e, quando o instituto foi solidificado no início de 2018, minha alegria e entusiasmo em perscrutar os meandros sinuosos da responsabilidade civil só se intensificaram, motivo pelo qual aqui está o meu muito obrigado por teres optado em escalar a montanha da construção da responsabilidade civil ao lado de outros colegas e amigos.

“É fácil viver com os olhos fechados
Sem entender tudo o que você vê
Está ficando difícil ser alguém
Mas tudo funciona bem
Isso não me importa muito”.
(John Lennon)

RESUMO: Aborda a hipótese de que a responsabilidade civil, na tarefa corrigir perdas imerecidas e danos injustos envolvendo dano moral - que é a violação a um interesse extrapatrimonial protegido juridicamente - ser fortalecida a partir de uma leitura ética no campo da identificação e quantificação. Adota como pressuposto teórico que o direito possui duas dimensões: a factual e a ideal, na esteira do que defende Robert Alexy em *Teoria da Argumentação Jurídica* (2014). Esclarece que no tocante ao dano moral, na primeira dimensão (factual) existe o arcabouço jurídico dos bens extrapatrimoniais protegidos juridicamente, ao passo que na segunda (ideal) defende-se que há os bens humanos básicos (ética), os quais complementam e fortalecem a análise dos bens extrapatrimoniais no tocante a identificação e quantificação do dano moral. Investiga a interface dos bens extrapatrimoniais extraídos do direito pátrio com os bens humanos básicos formulados por Bebhinn Donnelly – em *A natural law approach to normativity* (2007) -, Mark Murphy – em *Natural law in jurisprudence and politics* (2006) e *Natural law and practical rationality* (2001) - e John Finnis – em *Lei natural e direitos naturais* (2007) e *Aquinas: moral, political and legal theory* (2008). Tem como problema de pesquisa investigar o impacto que a relação de complementariedade entre os bens extrapatrimoniais e os bens humanos básicos possui na identificação e quantificação do dano moral, tendo por objetivos investigar a relevância e a contribuição da ética dos bens humanos básicos na identificação e na quantificação do dano moral, adensar o conteúdo dos valores existenciais que sustentam o dano moral no direito brasileiro, investigar em nível dogmático e jurisprudencial quais os parâmetros para reconhecer o dano moral indenizável, apresentar a justificativa ética do dano moral a partir dos bens humanos básicos, e realizar a fusão do estudo jurídico com o ético, desenvolvendo raciocínio ético-jurídico do dano moral em casos concretos. É orientada pelo método hipotético-dedutivo, partindo de premissas gerais e abstratas sobre a identificação e quantificação do dano moral na lei e dogmática, assim como sobre a teoria dos bens humanos básicos, para em seguida unir essas duas dimensões para o fim de alcançar conclusões particularizadas. Conclui, a partir da análise de algumas decisões judiciais envolvendo dano moral proferidas pelos juízes de primeira instância das varas cíveis e trabalhistas da cidade de Belém, que as mesmas são limitadas do ponto de vista jurídico e ético e que caso endossassem a tese aqui descrita, a responsabilidade civil poderia desempenhar um papel mais relevante na construção de comportamentos virtuosos (identificação do dano moral) e na justa quantificação do valor indenizatório em toda a magnitude do dano sofrido (quantificação do dano moral), assim como poderia ser melhor compreendida por acadêmicos e profissionais do direito, na medida em que a pesquisa em seu sentido global apresenta uma proposta de sistematização do raciocínio envolvendo responsabilidade civil por danos morais.

Palavras-chave: dano moral; bens extrapatrimoniais; bens humanos básicos; ética; identificação e quantificação do dano moral.

ABSTRACT: *Reflect about tort law in terms an ethical and juridical reading in the field of identification and quantification of non pecuniary damages. Adopted as a theoretical assumption that has the purpose of two dimensions: a factual and an ideal, in the wake of Robert Alexy's Theory of Legal Argumentation (2014). It clarifies that concerning moral damage, in the first dimension (factual) exists the legal of off-balance-sheet assets legally protected, while in the second (ideal) it is argued that there are the true basic of men (ethics), which complement and strengthen an analysis of off-balance sheet data on the identification and quantification of moral damages. The Law of Extramarital Rights Derived from Right to Right, Based on Bebhinn Donnelly - in An Approach to Natural Law to Normativity (2007) - Mark Murphy in Natural Law in Jurisprudence and Politics (2006) and Natural Law and Practical Rationality 2001) - and John Finnis - in Natural Law and Natural Rights (2007) and Aquinas: moral, political and legal theory (2008). The research problem is to investigate the impact of the complementarity relationship between off-balance sheet assets and basic metric values and the quantification of moral damage, with the objectives of investigating and substantiating the statistical data of the basic years in the identification and quantification of moral, to investigate at the dogmatic and jurisprudential level the parameters for recognizing the moral damages, to present an ethical justification for moral damages based on the basic human goods, and to carry out a series of study with the ethical, developing ethical-legal reasoning of moral damage in concrete processes. It is guided by the hypothetical-deductive method, starting from general and abstract premises on the identification and quantification of moral damage in law and dogmatics, as well as on the history of basic human facts, particularized. It concludes from the analysis of some judicial decisions involving moral damages pronounced by the lower court judges of the civil and labor courts of the city of Belém, that they are limited from a legal and ethical point of view and that if they endorse the thesis described here, civil liability could play a more relevant role in constructing virtuous behaviors (identification of moral damage) and fair quantification of the indemnity value across the magnitude of the damage suffered (quantification of moral damage), as well as being better understood by academics and professionals in the Law, to the extent that the research in its global sense presents a proposal of systematization of the reasoning involving civil liability for moral damages.*

Keywords: *fundamental rights of human being; basic human goods; ethics; identification and quantification of non-pecuniary damages.*

LISTA DE ABREVIATURAS

CF/1988 - Constituição Federal de 1988

CPC - Código de Processo Civil (Lei Federal n. 13.105/2015)

LACP - Lei da Ação Civil Pública (Lei Federal n. 7.347/1985)

CC/2002 - Código Civil de 2002 (Lei Federal n. 10.406/2002)

CDC - Código de Defesa do Consumidor (Lei Federal n. 8.078/1990)

STJ - Superior Tribunal de Justiça

STF - Supremo Tribunal Federal

TST - Tribunal Superior do Trabalho

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO -----	12
OS PARADOXOS PARA A IDENTIFICAÇÃO E QUANTIFICAÇÃO DO DANO MORAL	12
A IMPORTÂNCIA DA ÉTICA NA IDENTIFICAÇÃO E QUANTIFICAÇÃO DO DANO MORAL	26
PROBLEMA DE PESQUISA-----	32
OBJETIVOS-----	33
METODOLOGIA-----	33
1 IDENTIFICAÇÃO E QUANTIFICAÇÃO DO DANO MORAL A PARTIR DA LEITURA JURÍDICA -----	36
1.1 ASPECTOS HISTÓRICOS DO DANO MORAL-----	36
1.2 A IDENTIFICAÇÃO A PARTIR DA NOÇÃO DE INTERESSE E DE BEM JURÍDICO	39
1.3 A IDENTIFICAÇÃO A PARTIR DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA	44
1.4 A IDENTIFICAÇÃO A PARTIR DE OUTROS INTERESSES DESVINCULADOS DA DIGNIDADE	49
1.5 IDENTIFICAÇÃO E QUANTIFICAÇÃO DE ALGUNS INTERESSES PROTEGIDOS JURIDICAMENTE RELACIONADOS AO DANO MORAL	50
1.5.1 IGUALDADE-----	52
1.5.2 CUIDADO EM RAZÃO DE VÍNCULOS DE PARENTESCO	54
1.5.3 VIDA E NÃO EXPOSIÇÃO AO PERIGO	56
1.5.4 INTEGRIDADE FÍSICA-----	60
1.5.5 INTEGRIDADE PSÍQUICA-----	64
1.5.6 HONRA-----	68
1.5.7 INTIMIDADE E VIDA PRIVADA-----	70
1.5.8 IMAGEM-----	73
1.5.9 INTEGRIDADE DA CRIAÇÃO DO INTELECTO-----	77
1.5.10 PERDA DE ENTE QUERIDO-----	78
1.5.11 AFETO A BENS MATERIAIS-----	80

1.5.12 PERDA DE UMA CHANCE-----	81
1.5.13 LIBERDADE-----	81
1.5.14 PERDA DE TEMPO ÚTIL-----	84
1.5.15 COMO IDENTIFICAR O MERO DISSABOR/ABORRECIMENTO-----	91
1.6 A PROBLEMÁTICA ENVOLVENDO A (DES) NECESSIDADE DE DANO-PREJUÍZO PARA CONFIGURAR O DANO MORAL INDENIZÁVEL-----	94
1.7 CRITÉRIOS DE QUANTIFICAÇÃO SOB O VIÉS COMPENSATÓRIO A PARTIR DA ORDEM JURÍDICA, DOGMÁTICA E PRECEDENTES-----	104
1.8 CRITÉRIOS DE QUANTIFICAÇÃO SOB O VIÉS PUNITIVO/PREVENTIVO/PEDAGÓGICO/EDUCATIVO-----	116
1.9 QUESTÕES CONTROVERSAS DO DANO MORAL NA INTERFACE COM NOVOS DANOS-----	124

2 IDENTIFICAÇÃO E QUANTIFICAÇÃO DO DANO MORAL A PARTIR DA LEITURA ÉTICA-----

2.1 FUNDAMENTOS ÉTICOS DA FUNÇÃO COMPENSATÓRIA-----	128
2.2 FUNDAMENTOS ÉTICOS DA FUNÇÃO PUNITIVA/PREVENTIVA-----	133
2.3 FUNDAMENTOS ÉTICOS DA IDENTIFICAÇÃO E QUANTIFICAÇÃO A PARTIR DOS BENS HUMANOS BÁSICOS-----	142
2.4 FUNDAMENTOS ÉTICOS DA IDENTIFICAÇÃO E QUANTIFICAÇÃO A PARTIR DO BEM HUMANO BÁSICO DA RAZÃO PRÁTICA-----	158
2.5 A CONTRIBUIÇÃO DO DIÁLOGO ÉTICO-JURÍDICO DA RESPONSABILIDADE CIVIL PARA OS DIREITOS HUMANOS-----	169
2.6 A IMPORTÂNCIA DA ÉTICA NO DISCURSO JURÍDICO-----	182
2.6.1 A FUNÇÃO HERMENÊUTICA DO DIREITO NATURAL: UMA RELEITURA DOS MECANISMOS “CONCLUSIONE” E “DETERMINATIONE”-----	182
2.6.2 A CORREÇÃO MORAL COMO PRESSUPOSTO DE UMA TEORIA NÃO- POSITIVISTA NO CAMPO DA RESPONSABILIDADE CIVIL-----	193
2.7 CONCLUSÕES DA IDENTIFICAÇÃO E QUANTIFICAÇÃO DO DANO MORAL A PARTIR DO DIÁLOGO ÉTICO-JURÍDICO-----	201
2.7.1 FUNDAMENTOS ÉTICO-JURÍDICOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL-----	201

2.7.2 FUNDAMENTOS ÉTICO-JURÍDICOS DOS BENS EXTRAPATRIMONIAIS-----	203
2.7.3 FUNDAMENTOS ÉTICO-JURÍDICOS DE CRITÉRIOS DE QUANTIFICAÇÃO-----	207
3 ANÁLISE DE IDENTIFICAÇÃO E QUANTIFICAÇÃO DO DANO MORAL EM CASOS PRÁTICOS POR MEIO DO DIÁLOGO ÉTICO-JURÍDICO-----	209
3.1 IGUALDADE-----	209
3.2 CUIDADO EM RAZÃO DE VÍNCULOS DE PARENTESCO-----	215
3.3 VIDA E NÃO EXPOSIÇÃO AO PERIGO-----	222
3.4 INTEGRIDADE FÍSICA-----	233
3.5 INTEGRIDADE PSÍQUICA-----	240
3.6 HONRA-----	247
3.7 INTIMIDADE E VIDA PRIVADA-----	253
3.8 IMAGEM-----	259
3.9 INTEGRIDADE DA CRIAÇÃO DO INTELLECTO-----	265
3.10 PERDA DE ENTE QUERIDO-----	271
3.11 AFETO A BENS MATERIAIS-----	277
3.12 PERDA DE UMA CHANCE-----	283
3.13 LIBERDADE-----	288
3.14 PERDA DE TEMPO ÚTIL-----	294
CONCLUSÃO-----	301
REFERÊNCIAS-----	309
ANEXO: NOME DAS PARTES, DO MAGISTRADO, NÚMERO DO PROCESSO, INTEIRO TEOR DA SENTENÇA E DATA DE PUBLICAÇÃO-----	323

INTRODUÇÃO

OS PARADOXOS PARA A IDENTIFICAÇÃO E QUANTIFICAÇÃO DO DANO MORAL

A presente pesquisa tem por objeto a aproximação das justificativas éticas da responsabilidade civil, especialmente do dano moral, com a fundamentação legal do mesmo, buscando investigar do ponto de vista teórico e prático as conclusões que tal diálogo pode ter no campo da identificação e quantificação do dano moral. Destarte, trabalho visa não apenas a auxiliar na atuação de profissionais do direito em casos concretos, mas também sedimentar bases filosóficas e jurídicas para uma melhor compreensão da responsabilidade civil, do dano moral e as funções da indenização deste: a compensatória e a punitiva.

Preambularmente, cumpre reconhecer um paradoxo na tarefa dos agentes do direito em identificar e quantificar o dano moral, visto que a identificação de interesses existenciais/extrapatrimoniais¹ merecedores de tutela jurídica em casos concretos não possui sustentáculo sólido no emaranhado de regras e princípios presentes no âmbito institucional-autoritativo (vida, honra, imagem, intimidade, vida privada, integridade física, integridade psíquica, liberdade, etc.), uma vez que há uma cláusula aberta de reconhecimento de danos morais. Além disso, não há critérios sólidos na lei e na dogmática para auxiliar o juiz no momento da quantificação, sendo oportuno um estudo que vise a adentrar nas miríades das relações interpessoais de modo a investigar na teoria e prática critérios racionais para o manejo do dano moral, atenuando a subjetividade e arbitrariedade envolvendo o tema.

O desenvolvimento de parâmetros para identificar e quantificar o dano moral indenizável é de suma importância em dois sentidos. Primeiro, para emanar padrões de comportamento à sociedade, pois a responsabilidade civil se revela como um poderoso instrumento de edificação de padrões virtuosos em diferentes espaços de convivência (na favela, em cidades de interior, em centros urbanos, nas relações de consumo, de trabalho, com o Estado, com vizinhos e familiares, etc.), o que não é avesso aos valores abstratamente considerados, ao contrário, a faceta teórica e abstrata ganha vida e concretude em situações específicas. Segundo, a existência de mais critérios

¹ As expressões interesses existenciais e interesses extrapatrimoniais serão utilizadas como sinônimos. Em ambos os casos estar-se-á diante da possibilidade de reconhecimento de dano moral indenizável.

permite levar à sério a função compensatória da responsabilidade civil, na medida em que buscará compreender a magnitude do dano em grau máximo.

Assim, uma vez identificado um interesse existencial digno de proteção em um caso concreto, outros desafios não menos complexos surgem na segunda etapa relativa a qualquer decisão completa sobre dano moral: a quantificação do valor necessário para compensar o dano. Neste aspecto, a mensuração do *quantum* indenizatório deve ter harmonia com a magnitude do dano sofrido pela vítima, de modo a realizar a justiça corretiva propugnada pela responsabilidade civil, eliminando no maior grau possível o dano imerecido, tarefa esta que no dano patrimonial corresponde ao desfalque patrimonial e não demanda maiores digressões, mas em se tratando de dano moral a “anulação” da perda imerecida se dá de modo aproximativo, compensando-a.

Contudo, em se tratando do dano moral, tal tarefa se mostra pífia se os únicos parâmetros que o julgador tiver forem os valores abstratos do texto frio da lei, sendo imperioso o conhecimento de bases mais concretas para que o valor da indenização por dano moral cumpra com maior grau de justiça o papel de eliminar/atenuar o dano injusto, o que envolve a investigação da gravidade, intensidade, duração do dano e a compreensão da efetiva repercussão do dano dentro das repercussões da faceta externa e interna da vítima, dos complexos projetos, valores e relacionamentos de cada pessoa. Para tanto, a presente pesquisa busca não apenas investigar a teoria por trás dos interesses extrapatrimoniais juridicamente protegidos, mas também elencar critérios que norteiem o julgador no momento da quantificação. Tanto na primeira proposta quanto na segunda buscar-se-á uma abordagem ético-jurídica. O papel da ética aqui é compreender o fenômeno da responsabilidade civil em uma perspectiva mais ampla, a qual subjaz a racionalidade do direito positivo, na esteira do que preceitua Pietro Perlingieri:

O conjunto de valores, de bens, de interesses que o ordenamento jurídico considera e privilegia, e mesmo a sua hierarquia, traduzem o tipo de ordenamento com o qual se opera, caracterizado por uma filosofia de vida, isto é, por valores e por princípios fundamentais que constituem a sua estrutura qualificadora. O respeito aos valores e aos princípios fundamentais da República representa a passagem essencial para estabelecer uma correta e rigorosa relação entre poder do Estado e poder dos grupos, entre maioria e minoria, entre poder econômico e os direitos dos marginalizados, dos mais desfavorecidos (1997, p. 5).

Nessa linha, argumentos excessivamente calcados em conceitos abstratos permenecem deixando um campo demasiadamente aberto de vagueza e indeterminação para os juízes, pelo que

a utilização de conceitos abstratos já foi objeto de crítica por Rudolf Von Lhering em “Geist des Romischen Rechts nor of Scherz und Ernst in der Jurz'sprudenz” (1970), pesquisa essa que foi utilizada como referencial teórico de Herbert Hart no artigo “O Paraíso dos Conceitos de Jhering e a Moderna Teoria Analítica do Direito Moderna” (2010). Neste trabalho, se expõe um olhar crítico em relação às decisões judiciais calcadas excessivamente em conceitos abstratos, concluindo que seria melhor se o raciocínio jurídico estivesse em um degrau mais abaixo, de aplicação do conceito na realidade na qual está inserido, com sensibilidade para problemas práticos (HART, 2010, p. 299), proposta esta que se coaduna com o olhar ético-jurídico aqui trabalhado na interface da ordem jurídica com a ética.

Ressalta-se que embora muitos agentes do direito possuam as virtudes inerentes à aplicação de conceitos abstratos em questões práticas, lapidadas por anos de experiência e conhecimento acumulados, é certo que a presente pesquisa não tem a pretensão de ensinar a esses sábios do direito parâmetros do raciocínio prático, mas ao menos pode contribuir para sistematizar balizas, na medida em que também poderá inseri-los no linguajar desses critérios envolvendo a identificação e quantificação do dano moral indenizável. Destarte, diante da abstrata cláusula geral de proteção de danos à pessoa humana, poder-se-á construir espaços argumentativos de raciocínio prático para um maior grau de justiça da responsabilidade civil quanto à função de atenuar perdas injustas no campo existencial por meio do que se convencionou chamar de compensação do dano moral, que é uma forma aproximada de anulação do desequilíbrio injusto causado.

Para compreender a amplitude da responsabilidade civil em seu grau máximo, indispensável a compreensão da ética por trás do dano moral e a sua justificativa moral, a qual remonta a classificação da justiça de Aristóteles em “Ética a Nicômaco” (1991), onde se acentua que existe uma justiça geral, relativa à consecução do bem comum de forma ampla, e a justiça particular. Dentro da justiça particular, tem-se, de um lado, a justiça distributiva, entendida como o conjunto de exigências de colaboração que intensificam o bem-estar, e, de outro, a justiça corretiva, responsável por recompor o equilíbrio nas relações entre particulares, pois, sendo as transações interpessoais uma espécie de igualdade, eventual desigualdade injusta deve ser igualada pelo juiz da seguinte forma: “ele retira a diferença pela qual uma das partes se beneficiou. E quando o todo for igualmente dividido, os litigantes dizem que receberam ‘o que lhes pertence’ — isto é, receberam o que é igual” (ARISTÓTELES, 1991, p. 104/105).

Assim, a justiça corretiva fundamenta a responsabilidade civil no sentido de que atua quando alguém causa alguma perda material ou moral a outrem, tanto quando existe uma relação especial entre as partes, como um contrato, quanto quando tal relação jurídica não existe, como em danos causados por estranhos (MICHELON, 2014, p. 274). Contudo, a justiça corretiva não pode ser plenamente compreendida sem a vinculação com a justiça distributiva e a noção de alocações exclusivas, de modo a demonstrar que o jurista da responsabilidade civil não está livre para praticar qualquer tipo de racionalidade esdrúxula à função do direito de danos.

Qualquer concepção de responsabilidade civil deve pressupor que há bens que são alocados ou pareados a determinadas pessoas por meio do sistema legal vigente, que assegura não somente a inviolabilidade de bens patrimoniais, mas também concede a cada um o direito à sua honra, imagem, vida privada, intimidade, vida, integridade psíquica e física, bens estes que variam conforme a comunidade política, mas que independentemente disso trata-se de um conjunto de bens em relação aos quais as pessoas têm exclusivo controle.

O resultado final da alocação é que um sujeito tem o exclusivo controle de seu bem, no sentido de que há uma espécie de pareamento segundo o qual o sujeito tem a capacidade de estabelecer a agenda para o bem e como ele será utilizado, inclusive permitindo que outras pessoas o utilizem, como no caso da imagem que por contrato é cedida ou da integridade física que em uma cirurgia gera cicatrizes. Uma alocação sempre traz a relação entre um sujeito e um bem independentemente de quem tenha estabelecido a distribuição dos bens, motivo pelo qual um juiz pode condenar o dono de um carro velho de baixo valor a pagar uma indenização ao dono de uma Ferrari de luxo sem indagar sobre a justiça da distribuição dos bens em sociedade. Isso porque a justiça corretiva e por consequência a responsabilidade civil tem um caráter instrumental em relação à manutenção da distribuição dos bens em sociedade (MICHELON, 2014, p. 279), embora seja salutar reconhecer que em casos de extrema injustiça não deve o juiz ignorar a distribuição de bens e riquezas na sociedade, sob pena de promover um pensamento dicotômico obsoleto em uma sociedade complexa.

É nesse sentido que se um guardador de carro ofender uma mulher gestante com palavras libidinosas, ele não pode ser condenado a pagar um valor indenizatório na mesma monta que um humorista de renome nacional e salário altíssimo que tenha perpetrado a mesma ofensa. Invariavelmente, a realidade social brasileira, marcada pela penúria e miserabilidade de muitos,

não pode passar despercebida pelo juiz da responsabilidade civil, que não deve ter uma postura asséptica e insensível à sociedade que o circunda. De outro lado, eventual crise econômica ou saúde financeira difícil de pessoas físicas ou jurídicas perpetradoras de dano não podem ser utilizadas como escusas para forçar a diminuição do *quantum* indenizatório, uma vez que o valor compensatório tem como cerne a vítima e seu respectivo descalabro, motivo pelo qual se uma pequena padaria ou um supermercado em crise financeira, com a queda de um telhado causar traumatismo craniano em um consumidor e o valor indenizatório girar na monta de R\$ 200.000,00, eventual risco de falência será uma decorrência ocasional da necessidade de efetivar a justiça corretiva da responsabilidade civil. Como diz Pablo Malheiros da Cunha Frota, “o valor indenizatório é muito alto e o ofensor vai à falência por este motivo, seus negócios ruíram porque houve a necessidade de garantir a compensação do dano em toda a sua magnitude” (Palestra proferida no dia 13/04/2018 no Salão Nobre da Universidade Federal do Rio de Janeiro).

Em outras palavras, embora o papel da justiça corretiva seja restabelecer a situação anterior à ocorrência da perda injusta, mesmo que a distribuição de bens anterior seja injusta do ponto de vista da justiça distributiva (COLEMAN, 1992a, p. 429), a distribuição vigente não deve ser muito injusta a ponto de quebrar a estabilidade social e o bem-estar social e a justiça corretiva e justiça distributiva não são totalmente independentes. A justiça corretiva apoia a distribuição correspondente, de modo que não se pode pensar que corresponda à justiça corretiva assegurar uma distribuição fortemente injusta em clara afronta ao bem-estar. A obrigação de reparar requer que a distribuição subjacente satisfaça certas condições mínimas de justiça (COLEMAN, 1998, p. 309/310).

Deste modo, torna-se claro que a justiça corretiva pressupõe um conjunto de esquemas de alocações de bens em sociedade e deverá lutar para mantê-los, mesmo que sob um olhar mais amplo da justiça geral tais alocações sejam injustas, porque “o argumento sobre a distribuição de bens na sociedade e a sua adequada regulação não pertence ao reino da justiça corretiva” (Tradução Livre) (MICHELON, 2014, p. 281). É por isto que a responsabilidade civil protege bens que já pertencem aos indivíduos sem indagar da justiça da distribuição, pois tal deficiência deve ser sanada em outro campo, indicando que no direito de danos as alocações dos bens aos indivíduos significam exclusão de outros em razão da exclusividade total ou parcial em relação aquele bem específico que a própria

comunidade política elegeu como se daria a alocação e quais seriam esses bens (MICHELON, 2014, p. 281/282).

É por isso que há uma umbilical relação entre a justiça corretiva e distributiva, pois sem a primeira a segunda seria conceitualmente vazia, do mesmo modo que sem a segunda a primeira seria sem sentido, eis que dependente de alocações. Assim, embora o papel de ambas as justiças seja também classificar as alocações como justas ou injustas, tal tarefa se opera em níveis distintos, porque a corretiva parte do pressuposto da base de alocações já feitas pela distributiva e ambas estão conectadas a ideia moral de alocação exclusiva (MICHELON, 2014, p. 285).

É como se cada ser humano fosse envolto em uma bolha que contivesse um conjunto de bens patrimoniais e existenciais dignos de proteção jurídica e toda vez que por ato de outrem essa bolha fosse furada e vilipendiada, surgirá para o ofensor o dever de corrigir tal desequilíbrio injusto. O conhecimento dessa bolha que possui os interesses protegidos pelo direito perpassa pela ordem jurídica subjacente e a dimensão normativa válida, de modo a justificar que em uma comunidade política específica aquela intromissão na esfera jurídica de outrem não é tolerada. Aliás, acentua Cláudio Michelon, “a lei positiva é uma condição necessária para que argumentos que invocam justiça particular façam sentido” (Tradução Livre) (2014, p. 272).

Assim, a justiça corretiva parte do pressuposto de que as pessoas possuem bens patrimoniais e existenciais dignos de inviolabilidade por ato de outrem, e, deste modo, qualquer rompimento desse equilíbrio gera injustiça a partir da implantação de uma desigualdade ilegítima e injustificável. Portanto, o valor da justiça corretiva será realizado na medida em que o equilíbrio e a igualdade anteriormente existentes se restabeleça, seja por ato voluntário das partes, seja por decisão judicial, momento em que se nota que o direito violado da vítima corresponde a um dever violado pelo ofensor, assim como o direito de a vítima não ter seu direito/interesse violado é relacionado a um dever de o ofensor prevenir danos, motivo pelo qual a justiça corretiva está diante de uma injustiça que tem duas faces no cerne de uma relação bilateral e relacional.

A relação entre justiça corretiva e a responsabilidade civil é bem delineada por Jules Coleman na chamada concepção mista da justiça corretiva, que é assim chamada porque engloba duas concepções anteriormente construídas pelo próprio Jules Coleman: a concepção anulativa e a relacional. Juntas, estas formam o elemento central de compreensão da justiça corretiva no bojo da responsabilidade civil.

O elemento anulativo centra sua base na exigência de que a justiça corretiva deve eliminar/anular perdas injustas, de modo a restabelecer integral ou aproximadamente a situação patrimonial ou existencial anterior à ocorrência da perda injusta (COLEMAN, 1992a, p. 430). O foco da justiça corretiva, na concepção anulativa, é a eliminação de perdas injustas e imerecidas, não se imiscuindo no mérito sobre a justiça na distribuição dos bens e riquezas na sociedade, tudo isso em princípio, pois conforme visto anteriormente o próprio Jules Coleman passou a considerar que a interdependência entre ambas as justiças não deve ser absoluta.

A partir do momento em que Jules Coleman considerou insuficiente a concepção anulativa para explicar e justificar o fenômeno da justiça corretiva na responsabilidade civil, desenvolveu uma concepção complementar: a relacional. Nesse sentido, enquanto algumas obrigações que temos uns com os outros dizem respeito a uma relação perante a comunidade e o Estado, outros deveres estão envolvidos numa rede de ações que realizamos ou formamos. Assim, não fosse a concepção relacional da justiça corretiva, danos causados por inundações, furacões, dentre outros, por ocasionarem perdas imerecidas, poderiam gerar uma confusão de conceitos no bojo da responsabilidade civil, motivo pelo qual Jules Coleman assevera que para justificar a justiça corretiva não basta primar pela reparação da perda injusta, pois fica a lacuna: quem deve reparar a perda injusta?

Neste ponto, a concepção relacional oferece uma resposta e justifica moralmente a justiça corretiva a partir da identificação de direitos e responsabilidades correlativos, uma vez que não basta que haja um dano injusto. É preciso que alguém tenha um dever correlativo de não lesar o referido direito, seja por exemplo em razão de contrato, lei ou pelo risco. Então, em uma segunda dimensão, o direito de ser indenizado será correlativo ao dever de reparar o dano como forma de garantir que os direitos de primeira ordem (vida, honra, imagem, liberdade, etc) sejam protegidos.

Em razão da correlatividade de direitos e responsabilidades primárias, tem-se por decorrência lógica que em relação ao direito de inviolabilidade de bens materiais e existenciais existe, em uma segunda dimensão, o correlato dever de prevenção de danos, sendo, além de um dever jurídico, um dever de cunho moral a partir da concepção de justiça corretiva de Jules Coleman.

Portanto, a noção complementar entre a teoria anulativa e relacional compõe a concepção mista. Caso só existisse a teoria anulativa, haveria o dever de reparar todo e qualquer dano injusto,

inclusive de um raio que caia sobre a cabeça de um pedestre²; caso a única teoria fosse a relacional, haveria a obrigação de indenizar qualquer perda, como o dano físico que um médico causa ao cortar a barriga de um paciente, o dano que uma empresa causa a outra por oferecer produtos melhores e até mesmo o dano que um vizinho causa por obstruir uma vista bonita. Assim, a justiça corretiva – na esteira da concepção mista – exige o elemento da perda injusta e o vínculo relacional (COLEMAN, 2010, p. 327).

Essa concepção mista da justiça corretiva no campo da responsabilidade civil vai ao encontro do crescimento exponencial da função preventiva da responsabilidade civil. Nesse sentido, um novo perfil de responsabilidade civil se desenha quando se transpõe a ideia de imputação de uma ação censurável (qualificação moral negativa) a alguém para o fim de torná-lo responsável para uma espécie de responsabilidade desgarrada de uma noção de censurabilidade e calcada exclusivamente na capacidade ou incapacidade do agente em agir, na esteira de uma responsabilidade sem culpa. Em termos práticos, a ideia de reparação por danos causados deve ser substituída – pelo menos em princípio – por uma inclinação à adoção de medidas de prudência, precaução, prevenção e cuidado com outras dentro do seu emaranhado de relações, passando este a ser o objeto primordial e nuclear da responsabilidade civil (FARIAS; BRAGA NETTO; ROSENVALD, 2015, p. 12/13).

Nesse ponto destaca-se que a prevenção da responsabilidade civil não se manifesta apenas no comportamento dos agentes em suas relações, mas também se situa no cerne de decisões judiciais que acabam por se caracterizar como *standards* de condutas a serem seguidas. Por isso, ao sancionar e rechaçar determinadas condutas por decisões judiciais, a responsabilidade estará contribuindo para a prevenção, na medida em que se revela como instrumento para o direcionamento de condutas humanas, sendo capaz de “induzir de forma generalizada, comportamentos virtuosos, orientando potenciais ofensores a adotar medidas de segurança e evitar condutas danosas. Uma ode à virtude da ‘previdência’” (FARIAS; BRAGA NETTO; ROSENVALD, 2015, p. 27).

Assim, feita a introdução sobre a razão de ser da responsabilidade civil a partir da tarefa de eliminar o dano injusto, ao mesmo tempo em que fixa padrões de conduta não tolerados, resta

² Registre-se que na opinião de Jules Coleman os danos ocasionados por infortúnios e eventos da natureza podem ser reparados, porém sob a perspectiva da justiça distributiva e não da corretiva, que necessita de perdas injustas mais um vínculo relacional com outrem.

saber, ainda que de maneira introdutória o que é dano e quais os desafios no tocante à identificação e quantificação do dano moral, para a partir de então ser colocado o grande desafio do aplicador do direito da responsabilidade civil sob a ótica da presente pesquisa.

O conceito de dano está umbilicalmente ligado à noção de interesse juridicamente protegido, uma vez que quando o direito reivindica para si a tutela de um bem sabe-se que o respeito por esses interesses (agora juridicamente protegidos) se torna obrigatório e coercitivo, excluindo razões pessoais para descumpri-lo. É por isso que as pessoas podem frustrar o interesse patrimonial de uma padaria a partir da inauguração de outra no mesmo bairro com mais qualidade e menor preço; que os amigos do bairro podem quebrar o interesse econômico do único advogado daquela localidade de ser contratado para as demandas judiciais; que os vizinhos de alguém que deseje receber bom dia e boa noite todos os dias podem violar esse interesse extrapatrimonial; que a namorada de alguém pode dizer que não irá ao cinema hoje e desapontar o parceiro quanto a esse projeto; que os familiares podem se desobrigar de ligar uns para os outros para desejar feliz aniversário, quebrando expectativas de lembranças. Isto é assim porque todos os interesses patrimoniais ou extrapatrimoniais acima identificados não são juridicamente protegidos e qualquer achatamento dos mesmos não se revela como dano injusto (contrário ao direito).

De outro lado, a ninguém é dada a escolha de violar sem justificativa a integridade física ou psíquica de outrem; de frustrar o interesse dos nubentes de que a festa ocorra como o pactuado com a casa de recepção; de achatar a pretensão de um empregado de receber seus salários na data apazada e possuir condições adequadas de segurança no trabalho; de ignorar o desejo de um consumidor de que um imóvel adquirido esteja em harmonia com o projeto; de vilipendiar a intimidade de outrem a partir da publicação de vídeos íntimos em rede social. Isto se explica porque acima se encontram interesses protegidos juridicamente, e, portanto, gozam de autoridade, coercibilidade e excluem outras razões pessoais para a ação.

Portando, em um sentido amplo, dano é a violação a um interesse, patrimonial ou existencial, concretamente merecedor de tutela jurídica, entendido como aquele que historicamente foi construído por uma comunidade política como digno de proteção, de modo que não existe rol de interesses jurídicos pretensamente válido para todos os casos (FARIAS; BRAGA NETTO; ROSENVALD, 2015, p. 232), havendo uma verdadeira cláusula geral de reconhecimento de danos a partir dos arts. 186 e 927 do Código Civil de 2002 (Lei Federal n. 10.406/2002, de agora em

diante CC/2002), que asseveram que aquele que causa dano a outrem comete ato ilícito e fica obrigado a repará-lo, quando o dano for merecedor de tutela.

A cláusula geral é uma técnica que busca combater o engessamento da norma jurídica a partir de um caráter descritivo da norma, possuindo textura mais aberta que as regras convencionais. Ou seja, em contraposição às regras específicas, as cláusulas gerais “son reglas com sentido amplio” (CARRIÓ, 1994, p. 225) e extremamente úteis porque “os legisladores humanos não podem ter conhecimento de todas as possíveis combinações de circunstâncias que o futuro pode trazer” (HART, 1994, p. 141). Assim, são marcadas por uma lógica distante da casuística, que é “aquela configuração da hipótese legal que circunscreve particulares grupos de casos na sua especificidade própria” (ENGISHC, 2001, p. 229).

Tal cláusula geral se agiganta quando se está diante do chamado dano moral, na medida em que enquanto o dano material é a violação a um interesse patrimonial digno de tutela, o dano moral é a violação a um interesse existencial merecedor de proteção jurídica (FARIAS; BRAGA NETTO; ROSENVALD, 2015, p. 296). E, neste cenário um sem número de valores existenciais protegidos pelo direito surgem para embasar o chamado dano moral, como por exemplo a dignidade humana (art. 1º, III, CF/88); vida, liberdade, igualdade, intimidade, vida privada, honra, imagem (art. 5º, caput e incisos V e X, CF/88); fraternidade e solidariedade (preâmbulo e art. 3, I, CF/88); saúde física e mental (art. 196, CF/88); os direitos da personalidade, como o corpo, a vida, o nome e a vida privada (arts. 11 a 21 do CC/2002) dentre outros que são corolários dos mesmos, como o interesse ao projeto de vida – que advém como consequência direta da liberdade porque por ato injustificado de outra pessoa, a vítima deve refazer o curso de sua vida que já estava bem delineado por sua autodeterminação e escolhas visando a um fim³ - e o direito à paz, sossego e tranquilidade – que se extrai a partir do valor da saúde mental.

Todos esses interesses são marcados por um elo comum: a sua perda ou subtração não permite a indenização por equivalente, visto que esses interesses não podem ser adquiridos na prateleira do mercado, como pode ocorrer com o dano causado em um celular, carro, móveis etc.

³ Nesse sentido, o julgamento do Caso Cantoral Benavides vs Peru, julgado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos em 3 de dezembro de 2001: “os fatos deste caso ocasionaram uma grave alteração do curso que, normalmente, teria seguido a vida de Luis Alberto Cantoral Benavides. Os transtornos que esses fatos lhe impuseram, impediram a realização da vocação, das aspirações e potencialidades da vítima, em particular no que diz respeito à sua formação e ao seu trabalho como profissional. Tudo isso tem representado um sério prejuízo para o seu 'projeto de vida'”. Fonte: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_69_esp.pdf. Acesso em 07 de setembro de 2012.

Isso aguça o desafio de lidar com o dano moral como a violação de um interesse existencial merecedor de tutela, que, para além de envolver os bens mais caros da ordem jurídica e indispensáveis para a plena realização do ser humano ainda está envolto em uma cláusula geral abstrata e genérica.

A justificativa para a existência de uma cláusula geral de tutela da pessoa humana⁴ centra-se na viabilização de atualização e a mobilidade constante do sistema jurídico para atender a complexidade e à mutabilidade das relações sociais, possibilitando o reconhecimento de novos interesses merecedores de tutela não pensados anteriormente, afastando o risco de imobilismo na defesa dos interesses existenciais diante da abertura semântica que permite a construção progressiva do seu conteúdo jurídico (MARTINS-COSTA, 1998, p. 129/154).

Deste modo, seria inviável um sistema fechado de tutela da pessoa humana pela impossibilidade de seleção *a priori* e rígida de interesses merecedores de tutela, considerando que o que se está a tutelar é o valor da pessoa humana sem limites, salvo os postos à sua própria proteção, já que o seu conteúdo não se limita a resumir os direitos tipicamente previstos por outros artigos da Constituição, mas permite estender a tutela a situações atípicas (PERLINGIERI, 2007, p. 154/156). E é exatamente essa significativa abertura normativa que dificulta a tutela da pessoa humana. Esse paradoxo é manifestado por Anderson Schreiber (2013, p. 126), segundo o qual “o caráter extremamente aberto do comando de tutela da personalidade (...) afasta uma utilidade concreta definitiva que pudesse lhe atribuir como critério selecionador dos danos ressarcíveis”, assim como explicado por Luís Roberto Barroso (2014, p. 50):

Apesar do grande apelo moral e espiritual da expressão, sua grande vagueza tem feito com que ela funcione, em extensa medida, como um espelho: cada um projeta nela a sua própria imagem, os seus valores e convicções. Isso tem feito com que a ideia de dignidade seja frequentemente invocada pelos dois lados do litígio, quando estejam em disputa questões moralmente controversas.

Portanto, esse é o grande paradoxo quanto à identificação do dano moral, pois de um lado inúmeros vetores existenciais presentes na ordem jurídica dão sustentáculo a uma enorme gama de

⁴ Expressão desenvolvida por Maria Celina Bodin de Moraes para se referir ao elemento central da responsabilidade civil: “(...) é efetivamente o princípio da dignidade humana, princípio fundante de nosso Estado Democrático de Direito, que institui e encima (...) a cláusula geral de tutela da personalidade humana, segundo a qual as situações jurídicas subjetivas não patrimoniais merecem proteção especial no ordenamento nacional, seja através de prevenção, seja mediante reparação, a mais ampla possível, dos danos a elas causados” (1991, p. 144/145).

danos indenizáveis. De outro, sabe-se que o raciocínio jurídico – para alcançar o maior grau de justiça – deve buscar uma compreensão mais ampla do fenômeno do dano moral, de modo a atenuar os problemas concernentes às reflexões abstratas dissociadas de questões da vida em sociedade, motivo pelo qual o presente trabalho se propõe a realizar a aproximação entre o abstrato e o concreto dentro da multifacetada vida humana, explorando o lado mais abstrato - a justificativa ética e jurídica - e o campo mais concreto do dano moral (análise de casos concretos de violação).

É claro que é possível verificar a violação de um bem existencial e não ser o caso de reconhecer o direito à indenização, especialmente quando a intensidade da violação de um interesse existencial protegido juridicamente for tão baixa a ponto de se comparar com intercorrências inerentes à vida humana, no que doutrina e jurisprudência convencionaram a chamar de mero dissabor ou mero aborrecimento, os quais, diga-se de passagem, passaram a servir de ponte para uma verdadeira banalização do dano moral pelo fato de que inúmeros interesses protegidos pelo direito violados em grau passível de indenização passaram a sofrer improcedências sob máscara do mero dissabor ou aborrecimento.

Tarefa não menos hercúlea envolvendo o dano moral se impõe ao jurista no tocante à quantificação e mensuração do valor indenizatório relativo ao dano moral. E, nesse desiderato, há dois critérios que podem fundar bases para estabelecer o chamado “quantum indenizatório”. Por uma via, há parâmetros para a indenização punitiva (*punitive damages* do direito anglo-saxão), também chamada no Brasil de indenização pedagógica, preventiva ou educativa, a qual visa a formular valor maior do que o suficiente para compensar o prejuízo de modo a desestimular a conduta do ofensor e de outros potenciais perpetradores de danos.

O critério punitivo/preventivo/pedagógico/educativo tem como foco não a gravidade do dano em si mesmo, mas principalmente o grau de censurabilidade da conduta realizada pelo réu, avaliando, dentro outros fatos, os seguintes: a) se houve dano físico; b) se a vítima é vulnerável; c) se a conduta é reiterada; d) se a conduta do ofensor foi marcada por alto grau de desprezo; e) se o dano é de pequena monta e perpetrado em larga escala a ponto de existir o risco de o ofensor não pagar por todo o mal que fez perante outras vítimas, dentre outros.

O outro viés para o estabelecimento do valor indenizatório do dano moral é o critério da indenização compensatória, a qual tem por principal tarefa a clássica função da responsabilidade civil centrada na justiça corretiva: a de eliminar o dano injusto, nem que seja de forma aproximativa

(visto que os bens existenciais não vendem em prateleiras e não podem ser objeto de entrega de um bem equivalente), aprofundando a repercussão do dano na vida da vítima a partir de elementos como: a) gravidade; b) intensidade; c) duração; d) características pessoais da vítima (sexo, idade, valores, projetos); e) impacto do dano no desenrolar da vida do ofendido, dentre outros, alguns desses expostos na pesquisa de Héctor Valverde Santana (2007, p. 21/40).

Sublinha-se que não há no ordenamento jurídico parâmetros máximos nem mínimos, nem tampouco uma fórmula que possa pôr o jurista em posição mais prática, exceto o que consta na lei n. 13.467/2017 (chamada de reforma trabalhista, a qual alterou e acrescentou dispositivos na Consolidação das Leis do Trabalho), a qual traz parâmetros mínimos em seu art. 223-G, incisos I a XII⁵ e limites máximos de indenização em seu art. 223-G, § 1^o, artigos esses que serão objeto de reflexão e crítica por parte deste autor no primeiro capítulo. E, como se não bastasse, há um agravante por se tratar de bens existenciais necessários à integral realização humana que se manifestam em múltiplas intensidades na vida das vítimas relacionado ao fato de que para o mesmo dano abstratamente considerado é preciso reconhecer diferentes valores indenizatórios para pessoas distintas em razão da magnitude do dano, como por exemplo na diferença que deve existir na compensação da perda da perna de um escritor em comparação com a de um esportista.

Por este motivo, rechaça-se a prática judiciária voltada para uma fixação do “quantum” indenizatório de forma automática e padronizada em total desconsideração às múltiplas formas de realização humana a partir da interpretação da vida como eventos simples, isolados e episódicos, avaliando o valor da indenização compensatória tendo por base apenas os fatos necessários para caracterizar a responsabilidade, porém deixando de lado a investigação de fatos que possibilitam a fixação de um valor justo o suficiente para restabelecer o equilíbrio na vida da vítima.

⁵ Ao apreciar o pedido, o juízo considerará: I – a natureza do bem jurídico tutelado; II – a intensidade do sofrimento ou da humilhação; III – a possibilidade de superação física ou psicológica; IV – os reflexos pessoais e sociais da ação ou da omissão; V – a extensão e a duração dos efeitos da ofensa; VI – as condições em que ocorreu a ofensa ou o prejuízo moral; VII – o grau de dolo ou culpa; VIII – a ocorrência de retratação espontânea; IX – o esforço efetivo para minimizar a ofensa; X – o perdão, tácito ou expresso; XI – a situação social e econômica das partes envolvidas; XII – o grau de publicidade da ofensa.

⁶ Se julgar procedente o pedido, o juízo fixará a indenização a ser paga, a cada um dos ofendidos, em um dos seguintes parâmetros, vedada a acumulação: I – ofensa de natureza leve, até três vezes o último salário contratual do ofendido; II – ofensa de natureza média, até cinco vezes o último salário contratual do ofendido; III ofensa de natureza grave, até 20 vezes o último salário contratual do ofendido; IV – ofensa de natureza gravíssima, até cinquenta vezes o último salário contratual do ofendido.

A problemática da pesquisa centrada no elemento “dano moral” ganha acentuada importância diante da chamada erosão dos filtros de responsabilidade civil⁷, em especial a relacionada ao nexo de causalidade e à culpa. Esses elementos eram rigidamente exigidos para a configuração do dever de indenizar, contudo, com o incremento da complexidade tecnológica que ensejou uma sociedade de risco⁸ e com o fortalecimento de uma sociedade de consumo e trabalho em massa, que sedimentaram os chamados danos em massa⁹, essas categorias (nexo de causalidade e culpa) perderam espaço na teoria e prática, promovendo o dano a elemento central da teoria da responsabilidade civil.

⁷ Expressão cunhada por Anderson Schreiber para se referir à “perda de importância da prova da culpa e da prova do nexo de causalidade como obstáculo ao ressarcimento dos danos na dinâmica das ações de ressarcimento” (2013, p. 11/12).

⁸ Expressão cunhada por Ulrich Beck (1998, p. 28) para explicar que o avanço tecnológico, científico e econômico da sociedade gerou uma sociedade de risco caracterizada pela ausência de segurança e previsibilidade da racionalidade destrutiva associada ao perigo. Assim é que o estado de exceção se converte em normalidade e a lógica de produção de riscos domina a lógica da produção de riquezas, como assevera Pastora do Socorro Teixeira Leal: “à medida que se diagnostica o risco, se reconhece a submissão a ele, fica-se debaixo do signo do medo e da incerteza, em virtude da insuficiência dos conhecimentos instrumentos de medição e das teorias para dar respostas à problemática” (2014, p. 472).

⁹ Ao analisar a sociedade de massa de consumidores e de trabalhadores no mundo moderno decorrente da vitória do *animal laborans* do pensamento de Hanna Arendt, Alexandre Bonna resume o contexto e os fatores que possibilitaram os danos em massa: “(...) estão inseridos no contexto do mundo moderno inaugurado a partir do final da 2ª Guerra Mundial e subsistente até os dias atuais (e não da era moderna compreendida entre os primórdios da Revolução Industrial no século XVII e início do século XX). Estes danos foram e continuam ocorrendo em uma sociedade de massa, marcada pelo problemático equilíbrio entre trabalho e consumo, pela intensificação da atividade produtiva e pela elevação da atividade do trabalho como a mais relevante do homem moderno, em um ambiente de coisas efêmeras e apreendidas apenas para o consumo e não para o uso, o que favorece a massificação das relações privadas” (2015, p. 41).

A IMPORTÂNCIA DA ÉTICA NA IDENTIFICAÇÃO E QUANTIFICAÇÃO DO DANO MORAL

Preliminarmente, cumpre salientar que para ser um bom juiz não basta um preparo jurídico. Além disso, juízes precisam conhecer virtudes morais como a justiça corretiva e virtudes intelectuais como a sabedoria prática (MODAK-TRURAN, 2000, p. 249), especialmente no bojo do direito de danos (responsabilidade civil) em que a moldura de danos morais indenizáveis é extremamente abstrata. Nesse sentido, embora a interpretação do juiz em se tratando de dano moral seja aparentemente simples, em verdade o maior grau de justiça corretiva no sentido de eliminação da perda existencial injusta está vinculada à sabedoria prática e ao conhecimento do *telos* (fim) da vida humana individual e coletivamente considerada, como assevera Mark C. Modak-Truran:

(...) a virtude moral da justiça corretiva recebe seu conteúdo, como fazem todas as virtudes morais, por meio de juízes que exercem a virtude intelectual da sabedoria prática em relação aos detalhes do caso e ao *telos* da vida boa. A concepção teleológica da justiça corretiva não tenta analisar a justiça corretiva apenas como uma concepção formal (Weinrib), substantiva (Wright) ou política (Heyman) de igualdade ou liberdade que pode ser aplicada por razões técnicas a várias circunstâncias. Em vez disso, sustento que a justiça corretiva é uma virtude moral do juiz que não pode ser totalmente compreendida sem especificar sua relação com a virtude intelectual da sabedoria prática e o *telos* da vida boa. (Tradução Livre) (2000, p. 252).

O que o presente trabalho chama de compreensão ética da responsabilidade civil é a aproximação desta com o estudo dos bens humanos básicos, alocado em um momento de racionalidade pretérito ao da elaboração das leis. Nesse viés, a presente pesquisa - calcada no referencial teórico mais profundo de Aristóteles, mas utilizando interlocutores contemporâneos - entende que uma completa realização da justiça corretiva em relação aos interesses existenciais exige uma absorção da ética por trás do direito de danos. É dizer, o ideal de justiça corretiva da responsabilidade civil para ser potencializado necessita da compreensão da ética que a sustenta, como proclamou Mark C. Modak-Truran: “existe uma ausência impressionante da concepção teleológica da justiça corretiva na literatura jurídica” (Tradução Livre) (2000, p. 254). Nessa linha, a pesquisa propõe uma compreensão dos bens existenciais como especificações mais concretas dos bens humanos básicos.

A perseguição dos bens humanos básicos como proposta ética está envolvida em um projeto mais amplo pela busca de uma comunidade virtuosa e atenuação do profundo individualismo que marca a Modernidade. Assim, Alasdair MacIntyre ressalta que é preciso lutar contra a mentalidade liberal moderna desprovida de um *telos* comunitário, visto que a Modernidade produziu a ideia de um ser humano destacado de seus papéis sociais, o que não havia nas sociedades pré-modernas, onde o sujeito extraía seus deveres e obrigações a partir da sua relação com os diversos grupos sociais, visto que o próprio espaço particular do indivíduo só fazia sentido se estivesse em harmonia com as suas relações sociais (MACINTYRE, 1981, p. 33).

Essa ausência de um *telos* compartilhado na Modernidade é gerada em parte pela existência bifurcada de dois campos abertos de vida: a vida social e a esfera individual: “essa bifurcação é uma boa demonstração das sociedades modernas” (MACINTYRE, 1981, p. 34). Contudo, assevera Alasdair MacIntyre, que não é possível em termos de moralidade realizar compartimentos individuais em detrimento de uma ideia de vida boa para todos:

Então, o trabalho é dividido da diversão, a vida privada é separada da pública e a vida pessoal é desconectada da profissional. Todas essas separações foram feitas para favorecer o desmantelamento da vida do indivíduo e não a sua unidade (Tradução Livre) (1981, p. 204).

Essa forma atomizada de compreender a vida humana descaracteriza a ideia completa de pessoa, pois a partir do momento que se interpreta os atos humanos em termos de componentes simples e se ignora as histórias e as narrativas que este ser humano faz parte, se reduz a vida a uma sequência de episódios e ações individuais, o que não condiz as práticas sociais socialmente incorporadas (MACINTYRE, 1981, p. 204).

Ao se romper com a possibilidade de uma busca compartilhada de bens que vão além de bens individuais e descaracterizar a concepção da natureza histórica do homem, a Modernidade produz regras de moralidade ininteligíveis e esvazia de conteúdo ético as regras morais e jurídicas, já que a finalidade da ética é capacitar o homem a passar de seu estado atual à dimensão em que o fim é alcançado (MACINTYRE, 1981, p. 52). Assim, ao esvaziar a discussão sobre as virtudes que aproximam o homem desse fim e sobre os vícios que os afastam, a Modernidade faz com que, por exemplo, no campo do direito, inúmeros institutos não sejam maximizados em atenção a esse ideal de bem comum compartilhado, como é o caso da responsabilidade civil quanto aos danos morais.

Como para a Modernidade o que interessa é que os diferentes papéis sociais cumpram suas regras próprias de maneira atomizada, se perde a arena para o florescimento de virtudes que poderiam auxiliar o homem (ou a comunidade) a sair, por meio de determinadas condutas pautadas em virtudes, do estado real (*human-nature-as-it-happens-to-be*) para um estado ideal a partir do alcance do *telos* (*human-nature-as-it-could-be-if-itrealized-its-telos*). Neste aspecto, a ideia de contribuir para um *telos* comunitário em melhoria ao estado real, é condizente com uma das maiores tendências da responsabilidade civil: o papel de prevenção de danos a partir do rechaço a condutas não toleradas no bojo de uma comunidade específica, contribuindo para o estabelecimento de diretrizes éticas esperadas pelos atuais e potenciais ofensores.

Uma completa análise sobre o reconhecimento de hipóteses ensejadoras de dano moral, por violação de um interesse existencial merecedor de tutela jurídica, especialmente em casos mais difíceis, necessitará de uma visão de bem compartilhada para concluir o que se tolera ou não dentro da convivência interpessoal de uma comunidade específica em termos de valores existenciais. Assim, a busca pela sociedade que se quer construir (*human-nature-as-it-could-be-if-itrealized-its-telos*) pode ter como instrumento a categoria do dano moral.

Igualmente, para que o instituto do dano moral possa contribuir para o fomento desse *telos*, o juiz deve ser portador de virtudes que lhe dê respaldo ético para a completa compreensão do dano moral, especialmente a partir das virtudes da justiça corretiva e a da sabedoria prática, uma vez que virtudes “são aquelas qualidades cuja posse nos permite alcançar o florescimento e a falta frustra essa busca” (MACINTYRE, 1981, p. 148). E, ao mesmo tempo em que essas virtudes serão adequadas para compreender em maior amplitude a identificação do dano moral merecedor de tutela, também contribuirão para uma quantificação mais justa, visto que a ética das virtudes – que tem berço na Grécia Antiga e retomada na segunda metade do século XX como uma forte teoria moral normativa contraposta às teorias morais deontológicas e utilitaristas modernas – possui elementos para valorar adequadamente detalhes da vida humana relevantes para a tarefa de fixar valor indenizatório que elimine em maior grau possível a perda imerecida existencial. Sobre esse papel da ética das virtudes, Amalia Amaya explica:

Segundo os defensores da ética das virtudes, estas teorias não davam conta de uma série de temas que toda teoria moral deve abordar, tais como motivação, o caráter moral, a educação moral, a relevância moral da amizade, as relações familiares, os vínculos comunitários, questões relativas a que tipo de pessoa deve ser, o papel das emoções na

vida moral e a preocupação com a felicidade e auto realização (Tradução Livre) (2012, p. 1758/1759).

Existe um tipo de concepção forte de ética das virtudes no direito – a qual não é adotada nessa pesquisa - no sentido de que qualquer decisão jurídica só possui justificativa se se apoiar em padrões de virtude. O parâmetro de ética das virtudes que essa pesquisa adensa é a que a concebe como um papel auxiliar na teoria do direito (AMAYA, 2012, p. 1768). Ou seja, não são as virtudes que darão validade às leis nem às decisões judiciais, porém as mesmas podem contribuir para a lapidação, no caso da presente pesquisa, da identificação e quantificação do dano moral, sendo para este desiderato as virtudes mais importantes a justiça e a sabedoria prática, as quais serão apreendidas para explorar o conteúdo dos bens humanos básicos na interface com os bens existenciais.

A virtude da justiça (geral ou particular) é a mais importante de todas, pois é aquela que não tem a sua análise centrada apenas no sujeito que pratica a conduta, porque a justiça só se realiza se existir uma projeção no outro e justo será o que for bom para si e para os outros, sendo considerada a maior de todas as virtudes morais (MODAK-TRURAM, 2000, p. 255). Para a responsabilidade civil, a virtude da justiça corretiva, como já explicado noutrora, é o elemento central, na medida em que a razão de ser do direito de danos é eliminar (totalmente ou de maneira aproximativa) o dano injusto, de modo que em se tratando de violação de interesses existenciais, a presente pesquisa entende que a qualidade da efetivação da função compensatória pode ser incrementada a partir do diálogo com a ética.

A busca pela eliminação do dano injusto exige um momento anterior de análise sobre a posição de igualdade das partes, pois apenas delimitando no caso concreto o que as partes tinham por igual será possível partir para o segundo passo relacionado à eliminação do dano injusto. Por consequência, a perda imerecida está vinculada à determinação da posição de igualdade (o que as pessoas merecem por igual). A análise judicial do dano moral não deve ficar restrita ao vazio das abstrações dos valores existenciais presentes no texto legal.

Nesse sentido, a sabedoria prática concebe que o raciocínio jurídico é um tipo de raciocínio prático, não podendo ser captado exclusivamente por nenhum sistema, por mais completo que seja, de regras ou princípios (AMAYA, 2012, p. 1774). Nesse sentido, o saber prático não atinge sua plenitude com princípios abstratos e gerais, devendo a virtude da sabedoria prática orientar à

problematização de casos concretos sem o risco da frieza de um raciocínio puramente codificado (AMAYA, p. 1774/1775).

Desta feita, a partir do estudo dos bens humanos básicos é possível vislumbrar a sua adequação para o trato de uma categoria com valores tão abstratos como o dano moral, eis que se trata de um virtude ancorada na ideia do que é bom e não pode ser tolerado no âmbito existencial para a comunidade, mergulhando em detalhes do suposto dano injusto. Nesse sentido, deve-se apreender o princípio racional pelo qual buscamos a boa ação, calculando sobre o bem em relação a valores abstratos, mas também sobre detalhes do caso em análise. Preocupa-se, portanto, sobre o que é bom e conveniente para a boa vida em geral, como explica Mark C. Modak-Truram:

No caso da virtude moral da justiça corretiva, é necessária, portanto, uma sabedoria prática para uma boa ação. Uma boa ação requer a determinação da posição de igualdade, que é a média entre ganho e perda injustos. Em casos fáceis, a posição de igualdade será óbvia mesmo para aqueles juízes sem sabedoria prática. Em casos difíceis, no entanto, a posição de igualdade só será conhecida por um juiz virtuoso - um juiz com a virtude intelectual de sabedoria prática. (...) Para entender o fim específico da justiça corretiva (restaurar a posição de igualdade), é preciso entender um fim mais geral para os seres humanos (a boa vida) de que é parte. Conseqüentemente, se o fim da ciência prática é 'o bem para [humanos]', o fim da justiça corretiva - que é restaurar a relação correta entre as partes em uma disputa jurídica (ou seja, a posição de igualdade) - deve ser determinado em relação a esse fim (Tradução Livre) (2000, p. 262/265).

Deste modo, a compreensão dos bens humanos básicos pelo juiz permite um julgamento com maior robustez interpretativa, com a potencialização do ideal da justiça corretiva. É preciso, assim, além de um saber teórico, de um saber ético e prático, motivo pelo qual Aristóteles dedicou seu estudo para as duas dimensões no livro *Ética à Nicômaco* (1991), sabedoria prática (*phrónesis*) e sabedoria teórica (*sophia*), apelando para a necessidade de conhecer virtudes morais como a justiça corretiva, assim como valer-se do raciocínio prático para examinar os bens básicos para as pessoas (MODAK-TRURAM, 2000, p. 264).

Destarte, a junção dos dois saberes valoriza a ideia de que o direito não é um fenômeno pré-fabricado e previamente fixado, mas sim faz parte de um longo processo de adensamento de valores abstratos no bojo da vida em sociedade. A interpretação judicial do dano moral calcada apenas nos valores existenciais não é a abordagem mais completa do fenômeno da responsabilidade civil, o qual, dialogando com a ética, pode fortalecer a proteção da pessoa humana a partir da fundamentação do direito de danos dentro de um espectro amplo de justificação.

Destarte, concebe-se a responsabilidade civil como um instrumento de edificação de condutas que respeitem valores reconhecidos pela sociedade como relevantes, revelando-se como uma categoria jurídica que não se atém apenas à órbita jurídica-positiva, mas também busca a realização de valores não previstos expressamente pela dimensão institucional-formal do Direito, de modo a assegurar à preservação da harmonia no bojo das relações humanas dentro de uma comunidade política.

A responsabilidade civil, no tocante ao dano moral principalmente, passa a ser um instrumento de “ministração de justiça do caso concreto, ou, ainda, modo de reação a comportamentos que transgridem deveres impostos ao convívio social pelo direito, permitindo o desenvolvimento normal das relações que se processam na sociedade” (BITTAR, 2015, p. 116). Para tanto, faz-se imprescindível a absorção da ética por trás da responsabilidade civil pelo magistrado calcada nos valores compartilhados na sociedade a fim de construir espaços de convivência mais respeitosos sem perder de vista os objetivos da ordem jurídica, como se posiciona Antônio Jeová Santos:

O avanço e desenvolvimento do dano moral surgem no exato instante em que impera a necessidade de vivência com respeito mútuo. Este é o apoio e fundamento da convivência e de toda relação jurídica. É iniludível que todos os homens exigem dos demais um comportamento respeitoso. O rompimento desse bom viver (...) pode constituir o dano moral (2015, p. 42).

É claro que o direito positivo não pode proibir tudo que é antiético nem fomentar tudo que é ético, mas é preciso que os profissionais do direito estejam arrimados em uma concepção compartilhada de bem que não se exaure no indivíduo, motivo pelo qual a ética das virtudes pode ser deslocada para o centro desse ramo do direito e resgatar o seu viés comunitário e calcado em regras básicas de convivência, a ponto de oferecer respostas coerentes em diferentes espaços dentro da lógica corretiva e distributiva.

O deslocamento da ética das virtudes para o centro da responsabilidade civil pode proporcionar um contraponto à moralidade atual, a qual, de acordo com Alasdair MacIntyre se assemelha a um cenário fictício assombroso marcado pela perda do elo comunitário (MACINTYRE, 1981, p. 1). Desta forma, através da justiça corretiva e sabedoria prática é possível asseverar que o bem do indivíduo é ao mesmo tempo individual e bem público, havendo uma correlação entre o bem de um indivíduo e o bem da comunidade, de modo que “a busca pelo telos

de restaurar a posição de igualdade é assim definido em relação ao estado ou comunidade política que visa o bem supremo” (Tradução Livre) (MODAK-TRUTAM, 2000, p. 268).

Portanto, o estudo da ética que envolve o dano moral aloca uma importância demasiada na figura do juiz (e por consequência dos advogados que exercem o papel de influenciá-lo), pois a este cumpre o papel de desbravar a posição da igualdade para depois averiguar a ocorrência ou não da quebra desse equilíbrio. A ele (o juiz) cabe determinar a posição de igualdade em relação ao *telos* da vida boa, havendo uma espécie de prevalência da interpretação judicial sobre concepções abstratas formais, políticas e/ou legislativas. Neste sentido, rejeita-se as leituras kantianas ou deontológicas da justiça corretiva por Weinrib e Wright, pois a posição de igualdade não é um princípio pré-determinado ou imutável, mas sim construído pela sabedoria prática do juiz atento ao aspecto teleológico mais abrangente (MODAK-TRUTAM, 2000, p. 286).

Quando se atende a esse comando se realiza não somente um imperativo ético, mas principalmente se potencializa valores presentes no diploma legal da mais alta hierárquica, a Constituição Federal de 1988 (de agora em diante CF/88), tais como justiça (preâmbulo e art. 3, I), bem-estar (preâmbulo), dignidade (art. 1º, III), solidariedade (art. 3º, I), bem de todos (art. 3, IV) e direitos humanos (art. 4, II e art. 5, § 2º e § 3º).

PROBLEMA DE PESQUISA

Diante da contextualização acima delineada, indaga-se, como questão primária: a identificação e a quantificação do dano moral no direito brasileiro apresenta um salto qualitativo na compreensão e aplicação dessas categorias a partir da ética calcada nos bens humanos básicos? Como questões secundárias, pergunta-se: a) quais valores existenciais abstratos no direito brasileiro podem ser identificados para o reconhecimento de danos morais indenizáveis?; b) quais parâmetros interpretativos presentes na ordem jurídica ou na prática jurídica brasileira se referem à tarefa de quantificação do valor da indenização por dano moral?; c) qual incremento na identificação e quantificação do dano moral em casos concretos pode ser constatado a partir da ética dos bens humanos básicos?

Cabe salientar que não está dentro do problema dessa pesquisa outras categorias da responsabilidade civil, como o dano material, o nexos causal, a culpa e as hipóteses de

responsabilidade objetiva. Não se discorre também acerca das teorias econômicas do direito relevantes no bojo da responsabilidade civil, uma vez que a pesquisa tem como ponto central a teoria moral de identificação e quantificação de danos morais na esteira da virtude moral da justiça corretiva. O foco desse trabalho é o reconhecimento do dano moral individual da pessoa humana e a consequente indenização compensatória, não perquirindo acerca do dano moral coletivo ou da pessoa jurídica.

OBJETIVOS

Geral

- Investigar a relevância e a contribuição da ética dos bens humanos básicos na identificação e na quantificação do dano moral.

Específicos

- Adensar o conteúdo dos valores existenciais que sustentam o dano moral no direito brasileiro;
- Investigar em nível dogmático e jurisprudencial quais os parâmetros para reconhecer o dano moral indenizável;
- Apresentar a justificativa ética do dano moral a partir dos bens humanos básicos;
- Realizar a fusão do estudo dogmático-jurídico com o ético e desenvolver raciocínio ético-jurídico do dano moral em casos concretos no campo da identificação e quantificação.

METODOLOGIA

Será exposta a metodologia da presente tese em dois eixos: a) o método que orienta a pesquisa em seu todo; b) o procedimento e fontes de pesquisa ao longo dos capítulos. No que toca a alínea “a”, o método que subjaz o trabalho é o hipotético-dedutivo, visto que o autor partirá de premissas gerais e abstratas sobre a identificação e quantificação do dano moral na lei e dogmática, assim como sobre a teoria dos bens humanos básicos, para em seguida unir essas duas dimensões

para o fim de alcançar conclusões particularizadas, concretas e menos abstratas na teoria da responsabilidade civil e no estudo do dano moral. No que se refere ao procedimento previsto na alínea “b”, será devidamente esmiuçado nos parágrafos subsequentes.

No primeiro capítulo, a pesquisa apresentará o estado da arte da identificação e quantificação do dano moral no Direito brasileiro. Em outras palavras, a partir das obras dos principais autores sobre o tema e dos precedentes mais paradigmáticos e atuais, serão apresentadas as bases teóricas envolvendo a tarefa de reconhecer um dano moral indenizável, assim como a de quantificar o valor indenizatório, buscando aportar a posição do autor a atual conjuntura da dogmática e jurisprudência do dano moral no Brasil. Cabe destacar que nesse primeiro capítulo serão selecionados 14 (quatorze) bens extrapatrimoniais protegidos juridicamente (igualdade, cuidado em razão de vínculos de parentesco, vida e não exposição ao perigo, integridade física, integridade psíquica, honra, intimidade e vida privada, imagem, integridade da criação do intelecto, perda de ente querido, afeto a bens materiais, perda de uma chance, liberdade e perda de tempo útil) tendo por base as obras “Daño moral: el daño moral en las diversas ramas del Derecho”(1996), de Ramon Daniel Pizarro e “Dano moral indenizável” (2015), de Antônio Jeová Santos, consideradas as obras mais completas sobre o tema por este autor.

Contudo, mesmo diante de tais obras, diversos bens extrapatrimoniais ficariam de fora da lista, motivo pelo qual a pesquisa investigou a palavra-chave “dano moral” no campo de pesquisa de jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e captou os bens extrapatrimoniais reconhecidos pelas decisões desta corte e que não se faziam presentes nos livros pesquisados, bens estes devidamente incluídos. Tal explicação é fundamental, já que são exatamente esses 14 (quatorze) bens extrapatrimoniais que serão objeto de estudo de casos concretos no terceiro e último capítulo desta tese, quando será posto em prática o método ético-jurídico aqui desenvolvido.

Por conseguinte, no segundo capítulo o trabalho apresentará a interface do dano moral com os bens humanos básicos, dentre eles a razão prática, refletindo sobre o salto qualitativo dessa perspectiva ética na compreensão e aplicação do dano moral. Para este desiderato, no campo dos bens humanos básicos serão utilizadas as proposições teóricas de Mark C. Murphy e Jonh Finnis. No mesmo capítulo a pesquisa buscará explicar como e em que medida os bens humanos básicos podem desempenhar uma função hermenêutica, aprofundando a concepção teórica do direito utilizada na pesquisa de modo a possibilitar a inserção de elementos éticos na compreensão do

fenômeno jurídico. Nesse sentido, será explanado em que medida uma teoria não-positivista no campo da responsabilidade civil necessita de um elemento ético que permita a correção moral, a partir de Robert Alexy.

Por fim, no terceiro capítulo a pesquisa utilizará o aporte teórico da dogmática, lei e da ética retroapreciados para analisar casos concretos envolvendo dano moral, repousando a investigação em sentenças de primeiro grau de processos judiciais que tramitam ou tramitavam em uma das varas cíveis ou do trabalho da comarca de Belém e que tenham sido sentenciados entre os anos de 2011 e 2018, tendo por base a seguinte investigação: 1) a partir da ótica deste autor, será apresentada a fundamentação ética-jurídica para justificar o dano moral indenizável; 2) do mesmo modo, será externada a leitura ética-jurídica na visão deste autor sobre quais os critérios essenciais para a quantificação da indenização no caso, visando a conhecer as condições pessoais da vítima e demais detalhes relevantes para aferir a magnitude do desequilíbrio sofrido; 3) comparar a fundamentação da identificação do dano moral sob a ótica ética-jurídica com a fundamentação do juiz no caso concreto; 4) comparar os critérios de quantificação considerados essenciais pela pesquisa com os parâmetros do juiz no caso concreto, caso este tenha julgado procedente o pedido de indenização por danos morais.

A escolha dos processos judiciais não será arbitrária ou aleatória e terá por base os seguintes critérios: a) sentença proferida e uma das varas cíveis ou do trabalho da comarca de Belém; b) sentença proferida entre os anos de 2011 e 2018; c) sentenças de mérito, ou seja, que tenham enfrentado os pedidos formulados pelo autor, independentemente de ter julgado procedente o pedido de indenização por dano moral; d) processos judiciais que envolvam a violação de cada um dos extrapatrimoniais aprofundados no presente trabalho, sendo uma sentença para cada um dos bens jurídicos, quais sejam, igualdade, cuidado em razão de vínculos de parentesco, vida e não exposição ao perigo, integridade física, integridade psíquica, honra, intimidade e vida privada, imagem, integridade da criação do intelecto, perda de ente querido, afeto a bens materiais, perda de uma chance, liberdade e perda de tempo útil; e) diante de todos esses critérios, caso haja mais de um caso, terá preferência o mais recente e possuir maior carga argumentativa no tocante à identificação e quantificação do dano moral, pois desta forma poderá ser feito o cotejo da tese aqui apresentada com o que há de mais fidedigno ao melhor cenário do Poder Judiciário paraense.

1 IDENTIFICAÇÃO E QUANTIFICAÇÃO DO DANO MORAL A PARTIR DA LEITURA JURÍDICA

1.1 ASPECTOS HISTÓRICOS DO DANO MORAL

Em relação ao tempo e espaço pretérito ao nascimento de Jesus Cristo, destacam-se o Código de Hamurabi, Lei das XII Tábuas, *Lex Aquilia*, Odisséia de Homero e Deuteronômio do Antigo Testamento no tocante à existência de dispositivos destinados a proteger o que hoje entendemos por patrimônio moral, como por exemplo a vida, honra e integridade física. Nesse emaranhado normativo é possível inferir que existe um conjunto de bens juridicamente relevantes diversos do patrimônio material e econômico, ou seja, diferentes daqueles bens que podemos adquirir no mercado de compra e venda. Embora nesses documentos não existisse um tratamento claro e sistemático do dano moral, percebe-se que quando esses interesses existenciais juridicamente protegidos são atingidos existem castigos físicos ou pagamento de indenizações em dinheiro, sendo possível vislumbrar a semente do que hoje se chama de dano moral nesses primevos.

Aproximadamente 1.770 anos antes de Cristo, o Código de Hamurabi regulou a vida das pessoas submetidas ao governo da primeira dinastia babilônica na região da Mesopotâmia. Em seu art. 127 é possível identificar disposição relativa à reprimenda ao que hoje se conhece por dano moral, acentuando que: “se um homem livre estendeu o dedo contra uma sacerdotisa, ou contra a esposa de um outro e não comprovou, arrastarão ele diante do juiz e rapar-lhe-ão a metade do seu cabelo”. Além desse dispositivo, outros acentuam o pagamento de indenização em dinheiro (chamado de siclos ou mina), como no caso de espancamento (10 siclos), agressão à mulher que provoque aborto (10 siclos), arrancar olhos (uma mina), quebrar dentes (um terço de mina), previsões estas constantes nos arts. 204, 209, 198 e 201 (ASSIS NETO, 1998, p. 22/23).

Do mesmo modo, 453 anos antes de Cristo, a Lei das XII Tábuas, visando a regular a conduta da sociedade durante a República Romana, contém “definições de crimes privados como o furto, o dano e a injúria, os quais eram sempre sujeitos a penas patrimoniais, que consistiam no duplo, triplo ou quádruplo do valor do dano” (ASSIS NETO, 1998, p. 24). Ainda em Roma, a Lei intitulada *Lex Aquilia*, promulgada aproximadamente 3 séculos antes de Cristo, continha a proteção

contra injúrias que maculavam a vítima, momento em que esta fazia jus a uma reparação em soma de dinheiro de modo a abrandar o dano sofrido, dano relativo não ao que o homem tem, mas ao que o homem era em termos de bens intangíveis como a honra, o nome e a fama (ZENUN, 1996, p. 10).

Ademais, a expressão injúria tinha uma concepção bem ampla na Lei das XII Tábuas, representando qualquer tipo ofensa à pessoa, seja física ou verbal. Mesmo que a indenização não tivesse um caráter compensatório como se conhece hoje, percebe-se a preocupação do ordenamento jurídico romano com bens extrapatrimoniais a partir das sanções às mais diversas violações à pessoa, como explica Antônio Jeová Santos:

A lei das XII Tábuas admitia três espécies de injuria: *membrum ruptum*, quando havia a amputação de um membro ou a inutilização de algum órgão. Aplicava-se a esse tipo de delito a pena de Talião. A vítima ou um de seus parentes poderia lesionar o ofensor. Havia também o *fractum*, que sempre ensejava uma indenização equivalente a 300 sestércios. Se fosse escravo o ofendido, a quantia era reduzida à metade: 150 sestércios. Conhecia o romano, também, as *injuriae simples*, que compreendiam pequenas lesões. A composição era fixada em 25 ases (2015, p. 50).

Em documentos religiosos e literários que fazem parte da história da humanidade também é possível identificar a importância dada a bens existenciais da pessoa humana. Em deuterônimo, que é parte do Antigo Testamento da Bíblia cristã, há narrativa de pagamento em dinheiro para compensar divulgação de má fama sobre uma virgem de Israel, assim como na obra *Odisseia*, de Homero, lê-se nos versos de 266 a 367 a obrigação de reparar danos imposta a Ares em razão de adultério com Afrodite (ZENUN, 1996, p. 7).

Antes do espraio do cabimento do dano moral na França, Áustria, Espanha, Bélgica, Polônia, Turquia, China, Japão, Alemanha, Inglaterra, Estados Unidos, Portugal, Itália, Suíça, Áustria, Chile, Argentina, Uruguai, Colômbia, Venezuela, Equador e Brasil, destaca-se que em 1789, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, inspirada pelo Iluminismo, Revolução Americana e Constituinte Francesa, estabeleceu o reconhecimento expresso de inúmeros interesses existenciais merecedores de proteção, como a igualdade (art. 1º) e a liberdade (art. 1º, 4º e 10º) (ZENUN, 1996, p. 15/37).

No Brasil, antes da CF/88 havia intensa controvérsia jurisprudencial e doutrinária acerca do cabimento da indenização por danos morais, contudo, apesar de a Constituição ter espancado

dúvidas quanto ao cabimento da compensação por danos morais, antes dela já havia decisões judiciais reconhecendo os danos morais indenizáveis no Direito brasileiro, como na sentença de Raul de Souza Martins, que em 1911 pincelou que “a reparação do dano moral, não é dúvidas, é tão justamente devida como a do dano material. As condições morais do indivíduo não podem deixar de merecer uma proteção jurídica igual a sua condição material” (1911, *Apud* ZENUN, 1996, p. 78). No mesmo sentido, em 1966, a 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal (de agora em diante STF) proclamou que o dano moral é ressarcível e em 1976 a 2ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul asseverou que o dano moral é indenizável tanto quanto o dano patrimonial (SANTINI, 1997, p. 30).

A CF/88 se revelou como um celeiro de inúmeros interesses existenciais como a dignidade, vida, liberdade, intimidade, privacidade, honra e imagem (art. 1º, III, art. 5º, caput e incisos V e X). Ou seja, a Constituição reconheceu expressamente nos referidos dispositivos que é possível privar uma pessoa não só de algo que lhe ela tem (bens patrimoniais), mas também de bens que ela possui em seu próprio ser e lhe são inatos, possibilitando que o dano e o conseqüente dever de indenizar surja a partir da violação de qualquer bem jurídico, material ou moral.

Assevera-se que o preâmbulo da CF/88, enquanto projeto do que norteará o conjunto de regras e princípios, possui demasiada importância porque influencia o modo pelo qual a Constituição deve ser interpretada, vetorizada e direcionada, declarando a fonte de onde proclamou todo o texto constitucional e a finalidade da reunião, exteriorizando que os representantes do povo brasileiro, reunidos em assembleia constituinte visam a instituir um Estado Democrático de Direito que possa assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça (SANTOS, 2015, p. 5).

1.2 A IDENTIFICAÇÃO A PARTIR DA NOÇÃO DE INTERESSE E DE BEM JURÍDICO

Por um lado, a noção de bem, do latim *bene*, significa tudo que está em ordem conforme o Direito, ou seja, aquilo que é bom e adequado para uma coletividade perseguir; de outro lado, representa a ideia de coisa. Assim, podem ser bens jurídicos tanto elementos corpóreos/materiais/patrimoniais quanto elementos incorpóreos/imateriais/patrimoniais, pois ambos podem ter relevância em relações jurídicas, isto é, bens móveis, imóveis e direito de crédito, assim como o nome, a honra, a imagem, a liberdade e a saúde podem sublinhar-se enquanto bens revestidos de juridicidade e coerção (ZENUN, 1996, p. 63/65).

No tocante ao vocábulo moral atrelado à expressão “dano moral”, cabe salientar que nada tem a ver com a moral que se estuda na Filosofia, enquanto valores morais que orientam a conduta do ser humano, principalmente em uma primeira análise. Logo, comparando a experiência brasileira com a italiana (que possui diversas nomenclaturas para diferentes danos à pessoa, como dano biológico, dano à saúde, dano às férias arruinadas), no Brasil a palavra dano moral serve para representar o dano aos múltiplos interesses da pessoa humana, de modo que é aconselhável persistimos em nossa tradição própria, pois mesmo que ela seja equívoca etimologicamente falando acaba por englobar proteção integral à pessoa, sem limitações, como explica Antônio Jeová Santos:

A infração às normas da ética não tem similitude, nem se aproxima do dano moral. A conduta do ofensor pode não ser reprovável de ponto de vista moral, mas ser lesiva ao patrimônio imaterial do ofendido. No atual quadrante do viver jurídico nacional, a expressão dano moral está tão arraigada no dia a dia dos profissionais e do profano, que qualquer mudança somente serviria para atrapalhar a real compreensão da lesão moral. Se, de um lado, prevalece a equivocidade do vocábulo, de outro, dita expressão já se encontra de tal forma incorporada em legislações e na linguagem do foro, que é preferível continuar com o sentido equívoco da palavra até a sedimentação do autêntico significado do dano moral (2015, p. 56/57).

É por isto que a moral protegida no tocante ao dano moral, se em algum ponto se entrelaça com a moralidade, diz respeito aos valores morais acolhidos pela coletividade e não aos apegos individuais sem conexão com a linguagem pública sobre o que é adequado ou não perpetrar uns com os outros no seio da sociedade. Por este motivo, uma pessoa não pode reputar diminuído um bem jurídico seu nas hipóteses descritas a seguir: seu vizinho não lhe dá bom dia; o atendente de uma loja de roupa não lhe estende um tapete vermelho para uma entrada triunfal na loja; o (a)

companheiro (a) não quis realizar uma viagem de fim de ano tão sonhada pelo casal; um programa de televisão expôs novela com diversidade de gênero, classes sociais e cultura em contraposição aos valores de uma pessoa conservadora enojada de tudo o que é diferente de sua realidade.

Augusto Zenum acentua que patrimônio é “o conjunto de direitos e obrigações de uma pessoa. Não é, pois, só formado de direitos e bens, mas de direitos e deveres jurídicos” (1996, p. 67). Desta feita, é possível afirmar que faz parte do patrimônio jurídico de outrem o respeito e zelo que este deve ter por bens patrimoniais e existenciais de terceiros, que por consequência, enquanto direitos, estes bens fazem parte de seu patrimônio jurídico. Seja como for, a efetiva lesão para fins de gerar a indenização por dano moral deve atingir um bem integrante do patrimônio jurídico da pessoa, como a vida, liberdade, intimidade, privacidade, honra, imagem, os quais são tutelados pelo Direito e fazem parte do patrimônio jurídico das pessoas, que possuem patrimônio material e imaterial. Desde logo assevera-se que o surgimento do dano moral indenizável pode surgir a partir da violação a um bem patrimonial, desde que existe uma consequência lesiva extrapatrimonial, conforme será explanado adiante.

Embora comumente se dê ênfase aos bens materiais, não se pode olvidar que fazem parte do patrimônio aqueles referidos bens existenciais, que de fato são mais importantes para a plena realização humana e se assemelham ao que a Nova Escola do Direito Natural capitaneada por John Finnis intitula de bens humanos básicos, que são valores que se relevam como razões para o agir humano de qualquer um, valores básicos estes que se forem respeitados ensejam a plena realização ou felicidade do ser humano (FINNIS, 2007, p. 30/36), chamada de *eudaimonia* por Aristóteles, *felicitas* por Tomas de Aquino e realização humana integral por John Finnis (2008, p. 85/86). Essa escola defende que não é razoável viver uma vida individual ou comunitária sem perseguir os referidos bens, na esteira de que o bem deve ser feito (inclusive os bens humanos básicos) e o mal evitado (*good is to be done and pursued, and bad avoided*) (FINNIS, 2008, p. 80). Na tentativa de realizar essa união entre o dano moral e bens necessários para a realização humana, esclarece Carlos Alberto Bittar:

É que de bens espirituais e materiais necessitam as pessoas para a consecução de seus objetivos, na integridade da vida humana (...). Atingem-se interesses juridicamente relevantes, que à sociedade cabe preservar, para que possa alcançar os respectivos fins, e os seus componentes, as metas postas como essenciais, nos planos individual, familiar e social (2015, p. 33/35).

Acerca de tal linha de pensamento, deve-se precaver quanto a uma inclinação natural de se afirmar que o dano moral “é a lesão ao patrimônio jurídico materialmente não apreciável”, como ensinou S. J. de Assis Neto (1998, p. 33), porque, como visto na introdução a aferição de existência do dano moral pergunta não apenas sobre lesão a um bem jurídico existencial, mas também acerca da consequência lesiva, uma vez que o bem jurídico patrimonial violado pode – é raro, diga-se de passagem – trazer uma consequência lesiva existencial, porque “o dano moral deve ser identificado não pelo bem sobre o qual incidiu, mas pela natureza final do prejuízo por ele determinado” (SANTINI, 1997, p. 35).

Nesse sentido, um anel de casamento que alguém carrega consigo há 20 anos, se for destruído em uma loja de polimento, pode configurar o dano moral. Em uma primeira essência o anel é um bem patrimonial, embora a lesão a esse bem material tenha gerado uma consequência lesiva que transcende o patrimônio e atinge e fulmina os afetos, as lembranças, as recordações, os sentimentos e os valores morais de uma vida que deposita imenso valor naquele dito objeto. Em outras palavras, para se caracterizar um dano indenizável imprescindível a ofensa a um bem existencial juridicamente protegido, seja na lesão abstratamente considerada, seja na consequência lesiva, de modo que não é exato que a lesão a um bem patrimonial gerará um prejuízo apenas patrimonial e que a violação a um bem existencial produzirá tão somente consequências lesivas morais, como destaca Ramon Daniel Pizarro:

La realidad demuestra que, por lo general, un menoscabo de naturaleza extrapatrimonial, puede generar, además del daño moral, también uno de carácter patrimonial (si, por ejemplo, la lesión a la integridad sicofísica de una persona repercute sobre la aptitud productiva del damnificado, produciendo una disminución de sus ingresos). Inversamente, es posible que la lesión a derechos patrimoniales sea susceptible de causar, al mismo tiempo, no sólo daño patrimonial sino también de carácter moral (incumplimiento de un contrato de transporte, que frustra las vacaciones o el viaje de luna de miel del acreedor) (1996, p. 39).

No mesmo sentido, discorrem os irmãos Mazeaud e André Tunc (1957):

Suele ocurrir que un mismo hecho lleve consigo a la vez, una pérdida pecuniaria y un daño moral; tal es, por ejemplo, el caso de la herida que disminuye la capacidad para el trabajo en la víctima y le hace padecer al mismo tiempo algunos sufrimientos. Con frecuencia también, el perjuicio que afecta a los derechos extrapatrimoniales tiene como contrapartida una pérdida pecuniaria; así, los atentados contra el honor de un comerciante cuando resultan del hecho de poner en duda su probidad: son susceptibles de arruinar su negocio (p. 425).

Foi dito que bem jurídico é aquilo que pode ser objeto de relações jurídicas a partir da ideia de obrigação de respeitar ou de promover. Nessa toada, o que pode ser objeto do Direito são as pretensões que podem ser amparadas pela ordem jurídica, “susceptível ou não de valorização econômica, ou tudo que satisfaz o interesse de uma pessoa, na relação jurídica” (ZENUN, 1996, p. 66). Portanto, apropriando-se da noção de interesse, é possível potencializar a ideia de dano como sendo toda e qualquer lesão aos nossos interesses oriundos de relação jurídica, sendo interesse aqui entendido como a relação entre o homem e um bem qualquer (ZENUN, 1996, p. 70).

A partir da noção de interesse inclui-se interesses menores passíveis de valoração, até mesmo não previstos na ordem jurídica como princípios expressos, como o afeto, a valorização de crédito e o tempo perdido, todos como interesses não patrimoniais passíveis de proteção jurídica por representarem pretensões exercitáveis em face de outrem como corolários lógicos e jurídicos de outros bens envoltos em círculos maiores e mais abrangentes.

Critica-se nessa primeira fase do dano moral no Brasil a sua vinculação aos sentimentos de dor, espanto, vergonha, humilhação presente em algumas obras, como de Nilson Naves, José de Aguiar Dias (ASSIS NETO, 1998, p. 36/37) e Carlos Alberto Bittar, que afirmou que os danos morais “se traduzem em turbacões de ânimo, em reações desagradáveis, desconfortáveis ou constrangedoras” (2015, p. 37).

Em primeiro lugar, há pessoas que, por causa transitória ou não, ficam impossibilitadas de externar sentimentos de dor e sofrimento, seja porque não sentem, seja porque, em princípio, não exteriorizam visivelmente estas emoções, como é o caso do nascituro, de pessoas em coma ou incapazes em geral, etc. Ainda assim, mesmo que a dor e o sofrimento não se manifestem, estas pessoas podem ser vítimas de uma violação ao direito subjetivo à dignidade, haja vista que pelo simples fato de serem pessoas humanas são detentoras de dignidade e da sua proteção correlata. Esta preocupação foi explanada por Sérgio Cavalieri Filho:

Por mais pobre e humilde que seja uma pessoa, ainda que completamente destituída de formação cultural e bens materiais, por mais deplorável que seja seu estado biopsicológico, ainda que destituída de consciência, enquanto ser humano será detentora de um conjunto de bens integrantes de sua personalidade, mais precioso que o patrimônio (2012, p. 89).

A falta de sensibilidade ou de compreensão da dor e da humilhação não excluem a existência do dano moral ressarcível nem o caráter juridicamente negativo da lesão, visto ser possível a caracterização do dano moral pelo menosprezo e desvalor relativo a pessoa do ofendido em razão da violação de determinados interesses. Por conseguinte, o juiz não deve buscar a exteriorização da lesão moral no mundo fático, mas sim identificar o dano por meio da própria repercussão negativa dentro de um raciocínio baseado numa presunção absoluta com dispensa de prova do dano moral, como reforça Ramon Daniel Pizarro:

Lo incapaz o la persona en estado de vida vegetativa titular de derechos o intereses extrapatrimoniales, toda lesión a los mismos debería importar un daño moral. Cualquier lesión que sufra injustamente em dichos bienes o presupuestos personales originará un agravio moral que hará, nacer, a su vez, el derecho a obtener una reparación. El resarcimiento, en estos casos, no deve considerarse como la raparación de un modo de sentir el agravio, sino como resarcimiento objetivo de un bien jurídico. El dolor, la pena, la angustia, no son sino formas posibles en que el daño moral puede exteriorizarse, más no hacen a su esencia (1996, p. 271/272).

De outra via, cabe salientar que os sentimentos de dor, perda da capacidade de sentir e querer, sofrimento, humilhação, vergonha, angústia, tristeza, aflição, perda do desejo de viver, dentre outros, são possíveis manifestações do dano moral. Ou seja, é preciso reconhecer apesar de estes sentimentos não serem requisitos indispensáveis para a configuração do dano moral, representam muitas vezes a exteriorização do dano moral, “son posibles manifestaciones del daño moral o la forma en que, generalmente, éste suele exteriorizarse. A modificação disvaliosa del espíritu proyecta sus efectos con amplitud hacia âmbitos específicos del damnificado” (PIZARRO, 1996, p. 48/50). É por este motivo que podem ser levados em conta no momento da fixação do valor da indenização, como no caso de uma funcionária grávida que foi vítima de grave assédio moral que gerou complicações em sua gravidez. A profunda tristeza e angústia experimentada pela vítima, embora não configure requisito indispensável para a configuração do dano moral, representam elementos importantes para a fixação do valor a ser recebido a título de compensação.

1.3 A IDENTIFICAÇÃO A PARTIR DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Com o descontentamento do caminhar doutrinário do tópico acima, inúmeros autores passaram a defender que, cumulando o art. 5º, incisos V e X (que estabelecem o cabimento da indenização por dano moral) com o art. 1º, III (que finca o respeito à dignidade da pessoa humana como o valor existencial norteador de todas as relações jurídicas), todos da CF/88, o reconhecimento do dano moral surge a partir da violação da dignidade humana.

O artigo 5º da CF/88, inciso V, reza: “é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem”, e, o inciso X do mesmo artigo dispõe: “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”. Logo, considerando que a proteção da dignidade humana é o fio condutor de todos os direitos fundamentais e a base axiológica de nosso sistema jurídico, pensou-se que a categoria do dano moral poderia ser interpretada de modo a potencializar o respeito aos bens integrantes da dignidade humana previsto no art. 1º, inciso III: “Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...) III - a dignidade da pessoa humana”.

Nota-se que a pessoa humana se situa no topo do ordenamento jurídico e todas as categorias do Direito devem ser interpretadas de modo a garantir maior efetividade a esse ideal, “porque a dignidade humana nada mais é do que a base de todos os valores morais, a essência de todos os direitos personalíssimos” (CAVALIERI FILHO, 2012, p. 88), devendo o conceito de dano moral ser lastreado “na própria Constituição, ou seja, no art. 5º, V (...) e X (...) e, especialmente, no art. 1º, III, que erigiu à categoria de fundamento do Estado Democrático a dignidade da pessoa humana” (GONÇALVES, 2009, p. 617).

Certifica-se que embora a CF/88 tenha atrelado expressamente o dano moral à violação da vida privada, honra e imagem, considerando que a dignidade da pessoa humana é o valor jurídico de maior envergadura em nosso Direito, aqueles bens jurídicos são tão-somente alguns dos interesses relacionados à proteção da pessoa humana, visto que a lei não pode abarcar todos os aspectos da personalidade, especialmente porque o parágrafo segundo do art. 5º da própria CF/88 assevera que uma cláusula aberta em relação aos direitos previstos na Constituição: “os direitos e

garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte".

Considerando que a pessoa humana é anterior a própria existência do Estado e que o arcabouço institucional legal foi construído para o ser humano e não o contrário, a evolução histórica dos direitos fundamentais na experiência europeia e latina demonstra que a dogmática das Constituições incorporou a proteção de bens jurídicos essenciais e supremos para uma vida plena do ser humano, bens estes dignos de inviolabilidade por outras pessoas ou pelo Estado, os quais devem nortear todo o conjunto normativo constitucional e infraconstitucional. Assim, para além da disciplina relativa à organização do Estado, deve-se ter em mente, em primeiro lugar, os valores destinados à proteção das pessoas que compõe a comunidade política.

Esses bens que visam a proteger aspectos extrapatrimoniais que pertencem a todas as pessoas por sua simples condição humana são da mais alta hierarquia, visto que a dignidade da pessoa humana é primeiro de todos em sua escala axiológica, ou seja, que vale mais que qualquer outro direito, se caracterizando como pressuposto do exercício dos demais direitos (SANTOS, 2015, p. 11/12), motivo pelo qual deve fomentar o instituto do dano moral na interface do direito civil com o direito constitucional (Constitucionalização do Direito Civil) a partir do reconhecimento da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas, considerando que “los poderes privados constituyen hoy una amenaza para el disfrute efectivo de los derechos fundamentales no menos inquietante que la representada por el poder público” (UBILLOS, 1997, p. 243).

Nesse sentido, em sendo os valores destinados à proteção da pessoa humana a finalidade última do sistema jurídico (COMPARATO, 2010, p. 74), o dano moral encontra-se apto a compensar a ofensa a bens componentes da dignidade humana, podendo ser concebido e conceituado como a afronta à dignidade da pessoa humana em suas múltiplas manifestações. Por isso, exige a dignidade humana que se respeitem as decisões pessoais, o projeto de vida que cada um elege para si, suas vontades, suas livres manifestações (SANTOS, 2015, p. 12).

Contudo, conforme será detalhado no tópico seguinte, esta é uma visão rica, porém restrita do dano moral, que pode e deve abarcar situações que não configurem clara ofensa à dignidade

humana, sendo este princípio apenas o norteador do maior número de hipóteses concretizadoras de dano moral. Sobre essa visão estrita, Sérgio Cavalieri Filho leciona:

Em sentido estrito dano moral é a violação do direito à dignidade. E foi justamente por considerar a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem corolário do direito à dignidade que a Constituição inseriu em seu art. 5º, V e X, a plena reparação do dano moral (2012, p. 89).

Assim sendo, as hipóteses de dano moral estariam postas para a pessoa humana como um todo, representando um valor sem limites, sendo tutelado o valor da personalidade humana em todas as suas dimensões, garantido pelo princípio constitucional da dignidade humana (MORAES, 2008, p. 114). Corroborando com a impossibilidade de um *numerus clausus* para a tutela da pessoa humana no âmbito existencial, Pietro Perlingieri acentua que não existirá “um número fechado de hipóteses tuteladas: o tutelado é o valor da pessoa sem limites, salvo aqueles colocados no seu interesse e naqueles de outras pessoas” (2009, p. 156).

Do mesmo modo, Cristiano Chaves de Farias, Felipe Peixoto Braga Netto e Nelson Rosenvald asseveram que “aproximar o modelo jurídico do dano moral com o princípio da dignidade da pessoa humana é um exercício indispensável para todos que verdadeiramente queiram construir um direito civil constitucional” (2015, p. 293). Esta afirmação tem total procedência, em ambas as dimensões que o direito civil constitucionalizado pode ser lido: primeira, a partir da constatação de que institutos e regras tradicionais, antes exclusivas do direito civil, passam a ser tratadas explicitamente pela Constituição (é o caso do dano moral); segundo, a partir da necessidade de observância do diploma civil com o conteúdo axiológico da Constituição, “informado pelos princípios estabelecidos na Constituição, dentre os quais, como é de todos sabido, ressalta, com supremacia, o princípio da dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º, III)” (NEGREIROS, 2006, p. 61).

Após se debruçar sobre os postulados filosóficos da dignidade, Maria Celina Bodin de Moraes (2008, p. 117) entende que o substrato material da mesma é composto por quatro princípios jurídicos: igualdade; a liberdade; a solidariedade social e a proteção da integridade psicofísica da pessoa. Para cada postulado há um princípio que arrima a dignidade da pessoa humana, motivo pelo qual se diz que ela é um superprincípio. Estabelece, em outras palavras, que a pessoa humana não é circunscrita à sua esfera patrimonial, “possuindo dimensão existencial valorada juridicamente

à medida que a pessoa considerada em si e por sua humanidade constitui o valor-fonte que justifica a existência de um ordenamento jurídico” (CHAVES; BRAGA NETTO; ROSENVALD, 2015, p. 294).

Salienta-se uma importante observação sobre a faceta social do dano moral deve ser sublinhada, pois a proteção dos interesses existenciais não está centrada apenas nos bens individuais, eis que possui uma consideração social do titular dos direitos, de modo que é possível surgir o cabimento da indenização por dano moral a partir da violação da dimensão social da pessoa humana. Em outras palavras, a dimensão social a seguir explicada é fundamental para a compreensão de duas questões envolvendo o dano moral: a) que há bens que transcendem o valor da pessoa em si mesma, como a honra e a imagem, que se revelam como bens individuais com projeção social; b) que as considerações acerca do que é e não é dano moral indenizável perpassa pela análise sobre o que as pessoas merecem umas em face das outras (na favela, no interior, na família, na vizinhança, na sociedade, na escola, etc).

Nesse sentido, o dano moral surge não apenas da violação dos aspectos intrínsecos da pessoa humana, como a saúde, a integridade psíquica e a liberdade, mas também pela inobservância de interesses relativos à “valoração da pessoa no meio social em que vive e atua, o da reputação ou da consideração social, na estima social” (BITTAR, 2015, p. 45).

Por conseguinte, a pessoa humana tem uma projeção social (interativa com outros) recheada de inúmeros interesses juridicamente protegidos, motivo pelo qual pode ser ofendida e agredida nessa parte social de sua personalidade. Nessa linha, Augusto Zenun destaca que pode ser objeto de direito “os modos de ser da pessoa na própria vida social (...) e tudo aquilo que pode ser amparado por tutela jurídica” (1996, p. 65).

Em suas interações com outros, a pessoa humana se desdobra socialmente a partir da inteligência (manifestações), atos motores físicos e vínculos afetivos (BITTAR, 2015, p. 48). E, embora cada pessoa busque, prioritariamente a sua realização e bem-estar individual, para alcançar isto necessita interagir com outros a partir do bem da sociabilidade, sendo fundamental, para fins de harmonizar os interesses existenciais nas relações intersubjetivas, uma consciência pública acerca do que o meio social exige durante essa convivência quase que obrigatória (trabalho, amizade, lazer, família, educação).

Neste viés, o Direito preocupa-se com em proteger a projeção da pessoa no seio social, visto que esta cultiva uma série de vínculos dentro de seu convívio social, e, por este motivo, a violação de sua honra, intimidade, a perda de ente querido, dentre outros, representam dano moral indenizável. É nessa linha que, ao tratar da ideia de igual dignidade e da consequente ideia de simetria nas relações interpessoais no espaço público, afirmam Cristiano Chaves de Farias, Felipe Peixoto Braga Netto e Nelson Rosenvald (2015, p. 21) que “não há como desconsiderar a dimensão comunitária (social) da dignidade de cada e de todas as pessoas. A dignidade só assume significado em um contexto de intersubjetividade, que marca todas as relações humanas”.

Destarte, o pensador do dano moral deve possuir esse termômetro do meio social para o fim de estabelecer quais interesses merecem e quais não merecem proteção do direito, respostas estas que se encontram, como vetores, na ordem jurídica, mas que se relevam muito transparentes a partir de juízos de experiência, porque é óbvio que o tratamento que se espera de um atendente de telemarketing é diferente do que se acredita de um Síndico de um edifício numa discussão acalorada sobre contas negativas ou de um presidente de comissão de formatura no momento do acerto de contas da renda de um evento. Vetores principiológicos, portanto, são a origem da tarefa hermenêutica acerca do reconhecimento do dano moral, mas jamais possuirão uma resposta adequada em casos difíceis se o julgador não for dotado do saber prático a ser tratado na presente pesquisa.

1.4 A IDENTIFICAÇÃO A PARTIR DE OUTROS INTERESSES DESVINCULADOS DA DIGNIDADE

Considerando que o princípio da dignidade humana se encontra imbrincado com os bens mais básicos à uma plena existência e realização humana, uma demasiada exigência da violação da dignidade para a configuração do dano moral pode acarretar o não cabimento da indenização por dano moral em inúmeras hipóteses em que se constata a violação clara de interesses existenciais. Em outras palavras, quer se dizer que a pessoa humana pode ser aviltada sem que a sua dignidade, de forma direta e imediatamente, seja afetada, como nos exemplos a seguir delineados: a) nome de música de um compositor aparecer em novela com a indicação errada sobre quem é o compositor; b) amassado na porta de um carro de coleção, que o proprietário herdou de seu pai; c) perda de tempo útil com um processo judicial que a outra parte deu causa indevidamente; d) exposição a um perigo que poderia ter ocasionado à morte ou danos físicos graves, mas nenhuma lesividade concreta no plano do dano-prejuízo/consequência foi vislumbrada; e) mosquito dentro do bolo de casamento; f) ausência de anotação da Carteira de Trabalho do empregado.

Por conseguinte, forçar o magistrado a realizar uma ginástica hermenêutica para justificar que a dignidade humana foi violada seria absolutamente insensível a inúmeros interesses existenciais que se desdobram na experiência humana. De igual modo, seria uma postura asséptica em relação à uma gama de atributos inerentes ao ser humano e que fazem parte de seu patrimônio moral, embora não diretamente relacionado à sua dignidade, a qual, como se sabe, teve a sua evolução ligada a um movimento de soerguimento do ser humano a partir dos horrores da 2ª Guerra Mundial, movimento de suma importância, mas que trouxe consigo o risco de que “a força ética e jurídica de que é portadora a ideia de dignidade humana (...) impeça uma seleção criteriosa dos interesses mercedores de tutela” (SCHREIBER, 2013, p. 140).

Sendo assim, apanhando todos os atributos inerentes ao ser humano, em todas as suas facetas (física, psíquica, relacional, espiritual), percorrendo diversos interesses existenciais daí decorrentes, percebe-se que a definição eloquente do dano moral como violação da dignidade da pessoa humana pode soar incompleta e insatisfatória face à necessidade de proteção integral do ser humano, como explicam Cristiano Chaves de Farias, Felipe Peixoto Braga Netto e Nelson Rosenvald:

Resumir o dano moral à sedutora noção da ofensa à dignidade da pessoa humana pode redundar em uma fórmula abstrata e genérica, que não propiciará segurança ou estabilidade jurídica, pois a dignidade se tornaria uma figura retórica capaz de justificar qualquer pretensão à reparação pelo dano extrapatrimonial. Não consideramos um ‘erro’ a menção ao dano moral como violação à dignidade. Porém, uma definição incompleta, insatisfatória, à luz de um ordenamento jurídico plural e complexo (2015, p. 294/295).

Portanto, diversos interesses pessoais de cunho existencial frustrados podem gerar a compensação dos danos morais sem que exista conexão imediata com a dignidade humana, uma vez que se busca com o dano moral o respeito a todos os interesses “individuais ou sociais da pessoa humana e possa ela cumprir seus fins. Impõe-se o respeito a esses valores individualizadores da pessoa, como ente pensante e comunicante, como ser social, que realiza as funções para as quais veio ao mundo” (BITTAR, 2015, p. 69).

1.5 IDENTIFICAÇÃO E QUANTIFICAÇÃO DE ALGUNS INTERESSES PROTEGIDOS JURIDICAMENTE RELACIONADOS AO DANO MORAL

Inúmeros interesses existenciais juridicamente protegidos estão permeados pelo ordenamento jurídico brasileiro, tornando-se imperioso que o jurista da responsabilidade civil conheça o conteúdo mínimo (o ponto de partida) ou aspectos centrais e basilares de cada um desses interesses. A seguir, serão apresentados sucintamente os interesses mais comuns de serem violados no bojo das práticas sociais sob a visão deste autor, considerando que as hipóteses de cabimento do dano moral estão envolvidas em uma cláusula aberta, não passível de taxatividade. Cabe salientar que os bens extrapatrimoniais que serão desenvolvidos não foram fruto de uma escolha arbitrária da pesquisa, mas sim decorreram de análise atenta de diversas obras jurídicas como a dos irmãos Mazeaud e André Tunc (1957), que discorrem sobre o cabimento do dano moral em muitas hipóteses que lembram as que serão aqui trabalhadas:

(...) El juez puede conceder, especialmente, una indemnización a la víctima en el caso de lesión corporal, atentado contra su honor, contra su reputación, o contra la de su familia, contra su libertad personal o por la violación de su domicilio o de un secreto que le interese, a los parientes consanguíneos, afines o al cónyuge como reparación del pesar experimentado en caso de muerte de la víctima. (...) Resulta imposible una enumeración; cabe tan sólo citar, a título de ejemplos, los atentados contra las convicciones y las creencias; más generalmente, contra los sentimientos de moral propiamente dicha, y

también todos los daños que afectan a la persona física sin disminuir su capacidad de trabajo: sufrimientos, cicatrices y heridas que atenten contra la estética (p. 424/427).

No mesmo sentido, António Menezes Cordeiro:

Estão em causa, designadamente, realidades como a vida, a integridade física e moral, o bom nome, a honra e a privacidade do próprio sujeito (...) a liberdade. A vida é sentida como uma vantagem, satisfazendo evidentes necessidades ligadas à sobrevivência do ser pensante. Daí podemos extrapolar outras vantagens: a saúde, a integridade física, o repouso, o sono e o ambiente adequado. O ser humano ainda tem uma vivência espiritual e social: implica estima pelos outros e auto-estima. Tratando-se de si próprio, encontramos a honra, a consideração, a reputação e o bom nome (2004, p. 29/78)

Assevera-se que o estudo do dano moral não é afeito a bens jurídicos alocados em compartimentos, porque é muito comum que diversos bens jurídicos existenciais sejam atingidos em um único acontecimento. Ofensas cotidianas a alguém como “desonesto” atingem o bem jurídico honra subjetiva e integridade psíquica; a tortura de alguém para dizer algo fulmina o bem jurídico da integridade física e da integridade psíquica; longas esperas em banco, companhia aérea ou ao telefone para cancelar serviço ou obter informação viola o bem jurídico relacionado ao tempo, mas também a integridade psíquica; uma criança que é eletrocutada em uma cerca elétrica que despenca sobre defeito físico, mas também perturbação psíquica, revelada pela dor, traumas, sofrimentos; um rompimento abrupto de noivado após data marcada de casamento e convite enviado aos convidados gerará direito a indenização por dano moral por atingir a integridade psíquica da vítima e ao mesmo tempo a honra objetiva. Sendo assim, o estudo abaixo é feito de forma dividida para fins didáticos.

1.5.1 IGUALDADE

De inúmeras formas a violação do direito de igualdade (art. 5º, caput e inciso I, CF/88) pode gerar dano moral indenizável, visto que a CF/88 repudia qualquer forma de discriminação, estabelece o racismo como crime inafiançável, sendo intolerável qualquer conduta que denote preconceito por origem, raça, posição política, condição social, doenças, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. Portanto, no bojo das práticas sociais as pessoas físicas e jurídicas têm direito de realizarem preferências, distinções, exclusões ou restrições, mas não podem estar calcadas em cor, sexo, religião, origem étnica, condição social, idade, dentre outras, desde que devidamente justificadas, como no caso da legislação que determina que a mulher deve carregar menos peso que o homem e a que estipula idade mínima para obter habilitação de motorista. Portanto, o respeito que se exige à igualdade para não ser responsabilizado é aquele que suprime e elimina, de forma radical, qualquer discriminação arbitrária entre as pessoas, ou seja, quando uma pessoa é colocada por outra em situação de inferioridade (SANTOS, 2015, p. 429/430).

Na ocasião de ter sido violado o interesse de ser tratado com igualdade, alguns parâmetros são importantes para uma justa fixação do dano moral, como se a violação expôs o ofendido de forma negativa perante outras pessoas; o nível do sofrimento; a duração da ofensa; a existência de irreversibilidade e a repercussão na vida posterior da vítima, etc.

Desta feita, fora de hipóteses adequadamente justificadas - como requisitos de idade e teste físico para determinados cargos, de idoneidade financeira para contratos, de especialidade em determinada área - tratamentos desiguais violam frontalmente valor existencial protegido pelo direito, fazendo *jus* a vítima à indenização por danos morais, como nos casos expostos a seguir: a) empregado demitido por ser portador de HIV; b) mulher demitida por ser bonita e atrair homens; c) estagiário não aprovado em seleção por possuir tatuagem; d) consumidor mal atendido por ser negro seja por ser expulso da loja, seja por negarem atendimento ao mesmo¹⁰; e) pessoa vestida de forma simples ser expulsa de estabelecimento comercial; f) consumidor não ter atendimento adequado por possuir ação judicial contra a empresa; g) brincadeiras que ridicularizam a pessoa

¹⁰ Assim já decidiu o Tribunal de Justiça da Bahia, no julgamento do Recurso Inominado 6714102003, de Relatoria de Baltazar Miranda Saraiva, com acórdão publicado dia 29/07/2005, em caso envolvendo pessoa negra que foi impedido de ingressar em estabelecimento comercial em área nobre.

por ser de uma cidade pequena do interior ou de outro país¹¹; h) mulheres que não recebem atendimento em locais frequentados por homens; i) proibir homossexuais como candidatos de vaga de garçom em restaurante; j) mulher grávida proibida de disputar vaga de emprego; k) criança com síndrome de down ou dentro do espectro autista ter negada a matrícula em colégio; l) casal homossexual vítima de insultos e ofensas em restaurante, metrô, cinema e qualquer outro espaço público ou privado; m) mulher grávida que tem seu cargo ou função modificada¹²; n) chacotas, ofensas e humilhações em razão de o empregado ou colega de turma ser homossexual¹³.

Sendo assim, é lícito ter preferência por verde e não azul, por praias e não fazenda, por filmes de suspense e não de ficção científica, por pessoas com alto aproveitamento acadêmico e não por negligentes em relação às disciplinas da faculdade, por pessoas que demonstrem humildade e não por aquelas que afirmam que não gostam de receber ordens. Fora desse âmbito exclusivamente privado, sabe-se que as diferenças criadas são puramente ideológicas e calcadas em poder simbólico de uma sociedade tendente a afirmar valores de uma maioria que detém o poder.

¹¹ Ganham destaque dois casos julgados pelo Tribunal Superior do Trabalho que condenaram a empresa a pagar danos morais aos trabalhadores chamados, respectivamente, de baiano preguiçoso e árabe sujo. Trata-se do julgamento dos Recursos de Revista n. 305-63.2012.5.09.0009 (Relator Ministro Cláudio Mascarenhas Brandão, acórdão publicado dia 30/05/2014) e 861-24.2011.5.04.0661 (Relator Ministro Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira, acórdão publicado dia 09/05/2014).

¹² “A gravidez de uma empregada nem sempre é recebida com bons olhos pelo empregador e, no caso em concreto, houve uma prova real de que a Reclamante teve a função alterada após a gravidez. De toda sorte, não pode passar despercebido por esta Justiça Especial que o conjunto da prova oral produzida favorece às alegações da Reclamante, inclusive quanto à rescisão indireta do contrato de trabalho. A rescisão indireta decorrente de um tratamento diferenciado que foi dispensado à Reclamante após a sua gravidez é fato objeto de prova nesses autos e autoriza a extinção do contrato, por culpa do empregador, porque é um ato discriminatório, além de ofensivo” (trecho do voto da Desembargadora Relatora Taisa Maria M. de Lima, no julgamento do Recurso Ordinário n. 00476-2008-022-03-00-7, tramitando perante o Tribunal Federal do Trabalho da 3ª Região, com acórdão publicado dia 08/10/2008).

¹³ “Para efeito de cumprimento das cláusulas do contrato de trabalho é absolutamente irrelevante a orientação sexual adotada pelo empregado, vez que se trata de questão estritamente relacionada à sua intimidade. In casu, restou provada a insólita conduta patronal, com a prática reiterada de ofensas de cunho homofóbico por parte de superior hierárquico, que atingiram o patrimônio moral da obreira, resultando a obrigação legal de reparar. ... Independentemente da orientação sexual da autora, que só a ela diz respeito posto que adstrita à esfera da sua liberdade, privacidade ou intimidade, a prática revela retrógrada e repugnante forma de discriminação, qual seja, o preconceito quanto à orientação sexual do ser humano” (trecho do voto do Relator Desembargador do Tribunal Federal do Trabalho da 2ª Região, Ricardo Artur Costa e Trigueiros, no julgamento do Recurso Ordinário 00010612020135020078, com acórdão publicado dia 15/08/2014).

1.5.2 CUIDADO EM RAZÃO DE VÍNCULOS DE PARENTESCO

Outro interesse digno de proteção é o das crianças e adolescentes de terem as fases da vida, escolhas, conhecimentos e afetos com participação significativa dos pais, por força dos deveres inerentes ao poder familiar, que exigem que os pais dirijam a criação e educação e os tenham em sua companhia. Deste modo, trata-se de um interesse que não é monetário, mas é digno de tutela jurídica, no sentido de que não podem ser jogados de escanteio por força das pretensões individuais de seus pais, que decidirem comportar-se de forma insensível e asséptica para com o desenvolvimento da personalidade e construção de projetos dessas pessoas (crianças e adolescentes), cabendo destacar que o mesmo dever de cuidado é exigido dos filhos em relação aos pais idosos.

Houve um tempo que no Brasil a entidade familiar, nas relações entre marido e mulher, pais e filhos, era considerada imune para fins de dano moral, no sentido de o Judiciário intervir o mínimo possível, motivo pelo qual “até a segunda metade do século XIX, foi negativa a doutrina sobre a possibilidade de indenizar por danos e prejuízos quando o fato lesivo ocorria na família” (SANTOS, 2015, p. 214). Contudo, essa blindagem da família e a intensa autonomia da vontade de cada um de seus membros, livres de qualquer forma de responsabilização, passou a ser ultrapassada, considerando a equiparação entre todos os filhos, fora ou dentro do casamento; o reconhecimento da união homoafetiva; a igualdade referente ao exercício do poder familiar do homem e da mulher; o valor máximo da dignidade da pessoa humana em nosso ordenamento jurídico. Assim, a responsabilidade civil, visando a impor padrões de conduta desejáveis e a compensar danos injustos, deve atuar também no seio de famílias que passam por situações danosas e perturbadoras, como esclarece Antônio Jeová Santos:

Sem embargo, a família pode se transformar em um barril de pólvora. Basta uma centelha para que exista a explosão. O marido se desentende permanentemente com a mulher. Esta, por sua vez, no privado, é alvo de brincadeiras jocosas acerca de sua aparência, da sua inteligência e da sua forma de viver. À palavra mais aguda e ferina, segue-se a discussão em que o baldão e a ofensa são livres de freios inibitórios. Um pequeno espaço de tempo é suficiente para as ofensas orais se transformarem em agressões físicas. Os filhos, quando atemorizados, se encolhem em algum canto da casa, para irem se transformando em seres cheios de traumas e dramas psicológicos. Quando podem, em idade adolescente, enfrentam os pais tendo comportamento totalmente diferente daquele que a família esperou e responde, na mesma medida, às ofensas físicas ou verbais (2015, p. 218).

Acerca desse interesse protegido das crianças e dos adolescentes, na decisão do Recurso Especial n. 1159242, publicado dia 10/05/2012, a partir da análise do dever de cuidado como dever legal (art. 227 da CF/88), a Ministra Relatora Nancy Andrichi fixou o entendimento de que havendo descumprimento desse dever se manifesta uma conduta ilícita, e, portanto, surge o dever de indenizar os prejuízos sofridos. Nesse sentido, o julgado estabeleceu que uma vez comprovado o descumprimento da imposição legal de cuidar da prole trata-se de claro ilícito civil, sob a forma de omissão (*non facere*), que atinge um bem juridicamente tutelado (criação, educação e companhia), surgindo a possibilidade de se pleitear compensação por danos morais por abandono afetivo.

Destaca-se que também é um interesse juridicamente protegido o dos pais idosos ou em situações de saúde delicadas serem assistidos pelos filhos, se aplicando analogicamente o mesmo raciocínio para condenar filhos insensíveis e ausentes da vida dos pais quando estes mais precisam. Por esse motivo, diz-se que a responsabilidade civil por abandono afetivo (pais em relação aos filhos e filhos em relação aos pais) tem como fundamento também o princípio da solidariedade social, que não deve ser visto apenas como parâmetro para políticas públicas e produção de leis, mas também para a interpretação e aplicação do Direito:

[...] a tutela da personalidade não é orientada apenas aos direitos individuais pertencentes ao sujeito no seu precípua e exclusivo interesse, mas, sim, aos direitos individuais sociais, que têm uma forte carga de solidariedade, que constitui o seu pressuposto e também o seu fundamento (PERLINGIERI, 2009, p. 38).

Dentre os critérios para aferir o *quantum* indenizatório, nota-se a duração do abandono afetivo, podendo variar de poucos meses até uma vida inteira; a repercussão do abandono nos projetos de vida; a vergonha decorrente da absoluta ausência dos pais em momentos importantes; a magnitude do sofrimento corolário da falta de um dos pais durante uma fase da vida; a idade do ofendido; a forma que o abandono se manifestou, variando de abandonos brandos até mais graves.

Como exemplos, é possível sublinhar a) pai que não se faz presente em datas comemorativas; b) pai que decide morar em outro país sem continuar mantendo contato; c) pai que nunca se faz presente em consultas médicas, reuniões de colégio e atividades esportivas; d) pai que não exerce o direito de visitaçã; e) pai que nunca realizou momentos de lazer e descontraçã; f)

filhos que menosprezam os pais em asilo ou em hospital; g) filhos que negam assistência moral ou material para os pais em momentos de necessidade.

1.5.3 VIDA E NÃO EXPOSIÇÃO AO PERIGO

Antes de adentrar no conteúdo do direito à vida, cabe uma digressão acerca da magia e beleza que circunda tal bem jurídico. Em primeiro lugar, a vida é anterior ao seu próprio reconhecimento pelo Estado, é primária e condição para o exercício de todos os direitos: “somente a pessoa viva, em sua realidade radical, pode ter outros direitos, já que nenhum outro direito pode ser exercido por cadáveres. Quando se afirma sobre o direito a uma vida estão sendo colocados todos os demais direitos” (SANTOS, 2015, p. 180). Registra-se que há teóricos que defendem que o morto, caso tenha agonizado por semanas, por exemplo, tem direito a dano moral a ser recebido pelos seus sucessores independentemente de estes terem direito a indenização pela perda do ente querido (CORDEIRO, 2004, p. 139).

O direito à vida também fundamenta, em meandros mais específicos, outros bens jurídicos que possibilitam a indenização por dano moral, como a exposição ao perigo, a integridade psíquica, a integridade física e o afeto por parentes próximos, bens estes que decorrem, em maior ou menor grau, do gravame a um bem mais amplo, que é a vida.

O ser humano possui um misto entre animalidade e humanidade, visto que é detentor de massa corporal e anatômica, contudo, também carrega consigo a racionalidade, que não se faz presente nos demais animais, porque tem a capacidade observar, compreender generalidades teóricas e bens como a justiça, entender sua vida e de outros seres humanos, para então optar o caminho que deseja seguir, de forma única e peculiar, decidindo constantemente não segundo uma natureza dada, mas sim orientado segundo suas próprias deliberações (FINNIS, 2008, p. 176/186).

Nesse sentido, a vida humana é um verdadeiro espetáculo narrativo, contrastando com a vida dos animais irracionais, visto que o ser humano nasce absolutamente peculiar em relação aos demais, compreende o meio em que vive no tempo e no espaço, traça projetos únicos e os persegue conscientemente. Por esse motivo, a vida não lhe é dada feita, mas o ser humano, cada um, deve fazê-la dentro dos limites temporais e espaciais dentro da comunidade na qual está inserido, como explica Antônio Jeová Santos:

A vida é intransferível, incomunicável e indelegável. Ao homem lhe é dado o que nenhum ser até então havia recebido: a faculdade de reger-se por si mesmo, de eleger entre instâncias opostas, em suma, de fazer-se. É um sujeito único, irrepetível e distinto (SANTOS, 2015, p. 175/176).

A vida implica em um contínuo decidir o que cada um tem que fazer; o ser humano elabora seus planos racionais de vida e os persegue. Esta complexidade que forma a vida torna esse bem tão caro na ordem jurídica em uma dupla dimensão: ninguém pode indevidamente ceifar a faceta biológica e anatômica do ser humano, que constitui bem da mais alta importância em razão da sua irrecuperabilidade; ninguém pode obstruir o caminho/projeto traçado por cada ser humano, que livremente - diante de suas qualidades pessoais, do meio em que vive, das oportunidades que surgem e de seus talentos e dons - traçou um itinerário único e exclusivo seu, motivo pelo qual obstáculos indevidos nos projetos de vida de cada um se revelam como violação não apenas do direito à liberdade, mas também do direito à vida em um sentido amplo.

O direito à vida “assegura a preservação das funções vitais do organismo biológico humano” (2004, p. 123). Deste modo, a interpretação ampla do direito à vida, previsto expressamente no art. 2º do CC/2002 e art. 5º, caput, da CF/88, traz consigo diversas exigências, como o dever negativo, de não violar o direito à vida, utilizando-se de condutas positivas; o dever, também negativo, que obriga a não impedir o pleno desenvolvimento da vida, em quaisquer de suas manifestações, deixando fazer livremente ao titular dela; o dever positivo de manter a vida alheia (por exemplo: satisfazer- por parte do Estado - prestações concretas para proteger a vida, através de medicamentos e tratamentos); o dever de informar (o médico ou estabelecimento hospitalar), ao enfermo, de todas as consequências (positivas e negativas) do tratamento, ou aplicação de medicamentos, tenha caráter experimental ou não (SANTOS, 2015, p. 179).

Deixa-se de comentar exemplos de violação do direito à vida e aspectos de quantificação posto que a violação do interesse jurídico do projeto de vida será tratada no tópico da liberdade e as violações dos interesses relacionados à integridade física, integridade psíquica e perda de ente querido serão detalhadas adiante, em espaço próprio. Infelizmente, em um sentido mais estrito, uma vez ceifada a vida em sua inteireza, nada há que se discutir em termos de direitos da vítima fatal, que padeceu de um dano irrecuperável e definitivo.

Destarte, somente interesses que tangenciam a vida mediatamente/indiretamente possuem relevância para fins de dano moral, como o projeto de vida, a integridade física e psíquica e a perda de ente querido, pois “embora a morte seja a maneira mais radical e absoluta do detrimento a este bem superior que é a vida humana, outros bens existem que, apesar de atingirem a pessoa em menor dimensão, também merecem absoluto resguardo” (SANTOS, 2015, p. 203).

Duas exceções podem ser apontadas para o que foi afirmado acima. A primeira diz respeito as ações que pediram indenização por dano moral em razão da falta de pagamento de pensão alimentícia, que é um interesse juridicamente protegido que está umbilicalmente ligado à vida, ou melhor, à necessidade de manutenção da vida a partir do cumprimento de obrigações relativas à prestação de alimentos, que o inadimplemento põe em xeque uma existência digna com o mínimo de apoio material daqueles que têm obrigação para tanto¹⁴. Analogicamente, tem-se o cabimento da indenização por dano moral que decorre do atraso no pagamento de salários ao empregado¹⁵. Em ambas as hipóteses, exige-se que o atraso não seja um evento isolado, mas sim se constitua de forma reiterada e ultrajante.

A segunda, está relacionada a afronta à vida sem ceifá-la, na chamada exposição ao perigo, que se caracteriza pela criação de um perigo concreto a outras pessoas, como no caso de motorista sem habilitação que participa de racha; parque de diversões que não realiza as manutenções preventivas; construtora que entrega empreendimento com vazamento de gás; empresa de

¹⁴ Assim já decidiu o Superior Tribunal de Justiça, no bojo do Recurso Especial n. 1.087.561/RS, com acórdão publicado dia 18/08/2017, de Relatoria do Ministro Raul Araújo, que assim asseverou: “a omissão voluntária e injustificada do pai quanto ao amparo material do filho gera danos morais, passíveis de compensação pecuniária. Cinge-se a controvérsia a definir se é possível a condenação em danos morais do pai que deixa de prestar assistência material ao filho. Inicialmente, cabe frisar que o dever de convivência familiar, compreendendo a obrigação dos pais de prestar auxílio afetivo, moral e psíquico aos filhos, além de assistência material, é direito fundamental da criança e do adolescente, consoante se extrai da legislação civil, de matriz constitucional (Constituição Federal, art. 227). Da análise dos artigos 186, 1.566, 1.568, 1.579 do CC/02 e 4º, 18-A e 18-B, 19 e 22 do ECA, extrai-se os pressupostos legais inerentes à responsabilidade civil e ao dever de cuidado para com o menor, necessários à caracterização da conduta comissiva ou omissiva ensejadora do ato ilícito indenizável. Com efeito, o descumprimento voluntário do dever de prestar assistência material, direito fundamental da criança e do adolescente, afeta a integridade física, moral, intelectual e psicológica do filho, em prejuízo do desenvolvimento sadio de sua personalidade e atenta contra a sua dignidade, configurando ilícito civil e, portanto, os danos morais e materiais causados são passíveis de compensação pecuniária”.

¹⁵ Nesse sentido, o Tribunal Superior do Trabalho, no julgamento do Agravo Interno em Recurso de Revista, com acórdão publicado dia 30/11/2011, de Relatoria do Ministro Mauricio Godinho Delgado, asseverou “Embora a jurisprudência, regra geral, considere incabível a indenização por danos morais em face de esporádicos atrasos nos pagamentos salariais do obreiro, essa tendência não é absoluta. Evidenciado nos autos que a lesão se tornou grave, por ser reiterada, atingindo a estabilidade emocional da pessoa humana trabalhadora e afetando seu prestígio e imagem na comunidade, emerge a regra constitucional e legal reparadora do malefício, consistente na indenização pela afronta ao patrimônio moral e psicológico do obreiro”.

construção civil que não compra equipamentos de proteção do trabalho para os seus empregados; explosão em boate ou posto de gasolina; empregado contratado para ser motorista, mas que acaba por ser designado para transportar valores altos sem o mínimo de segurança; queda de fio de alta tensão próximo a pedestres; exposição de trabalhadores a condições perigosas de trabalho. Em todos esses exemplos, embora a vida ou integridade física não seja ceifada, todas as pessoas expostas ao perigo farão *jus* ao recebimento de indenização por danos morais por se tratar de situação concretamente lesiva à vida em seu sentido amplo, tratando-se de clara violação de um bem juridicamente tutelado. Como se não bastasse, inúmeros diplomas legais corroboram para tal interpretação:

Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/1990)

Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

I - a proteção da vida, saúde e segurança contra os riscos provocados por práticas no fornecimento de produtos e serviços considerados perigosos ou nocivos;

Art. 8º Os produtos e serviços colocados no mercado de consumo não acarretarão riscos à saúde ou segurança dos consumidores, exceto os considerados normais e previsíveis em decorrência de sua natureza e fruição, obrigando-se os fornecedores, em qualquer hipótese, a dar as informações necessárias e adequadas a seu respeito.

Art. 12 (...)

§ 1º O produto é defeituoso quando não oferece a segurança que dele legitimamente se espera.

Código Penal (Decreto n. 2.848/1940)

Perigo de contágio venéreo

Art. 130 - Expor alguém, por meio de relações sexuais ou qualquer ato libidinoso, a contágio de moléstia venérea, de que sabe ou deve saber que está contaminado:

Perigo de contágio de moléstia grave

Art. 131 - Praticar, com o fim de transmitir a outrem moléstia grave de que está contaminado, ato capaz de produzir o contágio:

Perigo para a vida ou saúde de outrem

Art. 132 - Expor a vida ou a saúde de outrem a perigo direto e iminente:

Consolidação das Leis do Trabalho (Decreto n. 5.452/1993).

Art. . 189 - Serão consideradas atividades ou operações insalubres aquelas que, por sua natureza, condições ou métodos de trabalho, exponham os empregados a agentes nocivos à saúde, acima dos limites de tolerância fixados em razão da natureza e da intensidade do agente e do tempo de exposição aos seus efeitos

Art. 193. São consideradas atividades ou operações perigosas, na forma da regulamentação aprovada pelo Ministério do Trabalho e Emprego, aquelas que, por sua natureza ou métodos de trabalho, impliquem risco acentuado em virtude de exposição permanente do trabalhador a:

I - inflamáveis, explosivos ou energia elétrica;

II - roubos ou outras espécies de violência física nas atividades profissionais de segurança pessoal ou patrimonial.

Clarividente está o acolhimento da não exposição ao perigo como um interesse existencial protegido pelo Direito. Nessa linha, assim como ocorre com o uso de imagem não autorizada ou com a intromissão na privacidade da vítima, que a violação do direito não necessita de nenhuma outra consequência lesiva, aqui também em relação a vida, bem inclusive hierarquicamente superior aos demais, não precisa a mesma ser vilipendiada, o leite ser derramado, para surgir o direito de indenização. O atentado concreto contra a vida, por si só, revela o dano-evento e o dano-prejuízo, tese esta que está em consonância com posicionamentos consolidados do Superior Tribunal de Justiça (de agora em diante STJ), conforme visto em tópico anterior.

1.5.4 INTEGRIDADE FÍSICA

O interesse de ter a saúde (normal funcionamento do corpo) ou integridade corporal (composição anatômica do corpo) invioláveis por ato de outrem (PIZARRO, 1996, p. 490), normalmente chamado de dano estético pelos tribunais brasileiros, se caracteriza como alteração ou diminuição da integridade física da pessoa de forma permanente ou duradoura (BITTAR, 2015, p. 271), possuindo como sustentáculo o art. 5º, caput (direito à vida) e o art. 196 (direito à saúde), ambos da CF/88.

Cabe salientar que o dano moral decorrente da violação do interesse relacionado a saúde ou integridade corporal pode se manifestar tanto quando ocorre transmissão de doenças e negligência médica que agrava o estado do paciente quanto quando a vítima perde alguma parte interna ou externa de seu corpo por ocasião de acidente, agressões ou falha de profissionais da saúde. De acordo com a Organização Mundial da Saúde, o conceito social e jurídico do direito à saúde é “o completo bem-estar psíquico, mental e social (...) problematizando tal conceito indaga-se ‘qual foi a última vez que você sentiu-se assim?’, assinalando que esse completo bem-estar é difícil em nossa forma de vida” (LORENZETTI; FRADERA, 1998, p. 474). Por esse motivo, o dano físico faz referência ao que era habitual na pessoa prejudicada, e que provavelmente o seguirá sendo no futuro (LORENZETTI; FRADERA, 1998, p. 475).

A quantificação do dano moral para estes casos deve levar em conta a duração ou intensidade da dor/sofrimento; a extensão da seqüela ou da piora da saúde; o enfeamento externo; a inviabilidade de prosseguir com determinada profissão; o prejuízo de atividades sexuais ou

atividades cotidianas; necessidade de cirurgias ou de acompanhamento profissional e medicamentos após a lesão; a extensão temporal da lesão ou do estado ruim de saúde; a perda do prazer de realizar determinadas atividades, “su implicancia en la vida de relación, y en el proyecto de vida del perjudicado, la reducción de las expectativas de vida que genera, la forma y modo en que se produjo el hecho lesivo” (PIZARRO, 1996, p. 492).

É salutar conceder uma atenção maior quanto ao parâmetro da perda do prazer e da relação, ambos de um certo modo entrelaçados, pois muitas vezes o vilipêndio da saúde ou da anatomia do corpo ocasiona o desestímulo de a vítima realizar atividades que lhe proporcionavam satisfação/prazer/descontração, como por exemplo estar impossibilitado de tocar um instrumento, “praticar esportes, não poder dançar, não poder se locomover e realizar uma viagem de passeio, perda do olfato/gosto/visão que retiram o prazer de sentir o cheiro agradável de certos perfumes e da comida” (SANTOS, 2015, p. 69).

Como se não bastasse, danos morais de tal natureza também podem afetar os laços sociais construídos pela vítima. Portanto, sabe-se que para que as pessoas alcancem seus propósitos, é imprescindível que construam pontes de relacionamentos onde possa trocar experiências e conhecimento, relações estas que vão desde a família e a vizinhança até o clube, o trabalho e a roda de bar. Estas relações são constituídas ao longo da vida tendo como razões o amor, a política, religião, trabalho, estudo, arte, dentre outras. Como o ser humano é naturalmente inclinado à convivência e à sociabilidade, essa perda de relação com os outros fulmina uma das grandes dimensões de realização do ser humano, devendo ser devidamente considerada para fins de quantificação do dano moral, não apenas em face da violação do interesse à saúde/anatomia, mas também no caso de ofensa à honra, imagem ou qualquer outro bem jurídico que afete os laços já construídos, em construção ou potencialmente edificadas no futuro, como destaca Antônio Jeová Santos, dando como exemplo a perda de relação por ofensa a honra de alguém:

Quantas pessoas já não se viram impedidas de sair de casa, de manter sua regular e normal atividade cotidiana, porque o jornal e a televisão emitiram notícia de que aquela pessoa é acusada de algum crime hediondo ou grave. Vizinhos não mais cumprimentam a vítima que, envergonhada, deixa de frequentar os lugares em que ia antes da infundada notícia. Nem sequer pode ir à escola e tem de gozar férias do trabalho, obrigatórias, para evitar o mal-estar que acompanha os colegas. É o puro e simples dano à vida de relação. Deve ser computada e reparada, com dinheiro, toda lesão sofrida e que atinja também as faculdades culturais, desportivas, artísticas, religiosas, comunitárias, sexuais, etc. (SANTOS, 2015, p. 70/73).

Além da perda de relação e do prazer de realizar determinadas atividades, o dano estético também pode afetar um projeto de vida, que tem seu sustentáculo maior no próprio interesse jurídico da liberdade ou vida, posto que todos os seres humanos possuem o direito à inviolabilidade injustificada dos caminhos, sonhos e planejamentos traçados. Assim, um menoscabo anatômico ou relacionado à saúde pode gerar alteração injusta do curso da vida de alguém, como no caso de um estudante de direito que faz parte de grupos de pesquisa de direito criminal e sonha em ser um grande advogado de júri, mas vem a perder a voz por ato injusto de outrem, o que fulmina a realização de uma vocação e aspiração. Desta feita, levando o dano moral à sério, para fins de quantificação não só a perda da voz (poderia ser de um membro, da audição, do olfato, etc.) deve ser levada em conta, como também a dor, os procedimentos cirúrgicos, a vergonha em se portar em público, os medicamentos e acompanhamentos médicos que agora se impõem, a perda de relação, do prazer de realizar atividades e, finalmente, o projeto de vida, a mudança de curso abrupta de uma vida com um plano racional esboçado.

Em que pese a súmula 387 do Superior Tribunal de Justiça estabelecer que são cumuláveis o dano moral e o dano estético, com todo respeito, este autor discorda de tal orientação, visto que o interesse na integridade física externa ou interna, ligada à anatomia ou à saúde, é apenas mais um dos inúmeros interesses existenciais juridicamente protegidos que possibilitam o recebimento de indenização de cunho compensatório. Assim, tendo em vista que o dano estético possui outros desdobramentos danosos, para este trabalho, o dano estético pode ser compensado sob a alcinha de moral por que é uma espécie do gênero dano moral, como explica Antônio Jeová Santos:

Em mais de 25 anos de exercício da magistratura, o autor deste trabalho jamais conseguiu estremar as causas do dano moral e do estético, nem viu em algum caso sob julgamento ser possível a apuração dessas causas de forma autônoma. Pense-se em caso grave, qual seja, a amputação de ambas as pernas. Para efeitos de indenização, o dano é moral e material tão somente. Basta que o juiz aumente o valor da indenização, dada a gravidade da lesão, e fixe o montante indenizatório em valor alto, a título de dano moral, para a questão ser solucionada, sem que seja necessária a indesejada repetição (2015, p. 363).

Se, por exemplo, a vítima de um acidente de trânsito perde sua perna direita, deve ser relevado para fins de quantificação do dano moral a privação do membro em si (de parte do corpo); a vergonha que afligirá a vítima em suas relações sociais; a dor e o sofrimento que o ofendido

sentiu no momento do acidente e posteriormente; as complicações de medicamentos e cirurgias advindas do evento danos, dentre outros. Ou seja, a questão puramente estética/anatômica/saúde, em si mesma, é talvez o mais importante parâmetro para quantificar a indenização nestes casos, mas que se soma a outros fatores para uma quantificação justa. Além do mais, do ponto de vista teórico nenhuma diferença conceitual existe entre os outros interesses extrapatrimoniais e o direito à integridade física. Todos, neste ínterim, são bens existenciais que uma vez violados fazem surgir o direito de indenização por dano moral.

Logo, são exemplos de violações a esse interesse: a) lesões físicas experimentadas por empregados no ambiente de trabalho, como perda de dedos, audição, olfato ou visão; b) perda de membro ou fixação de cicatriz em acidente de consumo, causada por explosões ou outros acidentes de consumo; c) acidente de trânsito que provoque tetraplegia; d) briga física que promova perfuração de órgãos; e) perda de baço ou rim por erro médico em cirurgia; f) remédio errado ou em dosagem errada que piorou situação do paciente; g) agressões físicas sofridas por uma mulher por pessoa desconhecida ou por namorado/companheiro/cônjuge; h) preso em situação degradante¹⁶; i) excesso de ruído, trepidação, mal cheiro e degradação do meio ambiente (CORDEIRO, 2004, p. 134).

¹⁶ No julgamento do Rext n. 580.252/MS, com acórdão publicado dia 08/09/2017, de Relatoria do Ministro Alexandre de Moraes, STF fixou a tese de que é cabível indenização por dano moral a ser paga pelo Estado quando este não cumpre condições legais do encarceramento (prisão em situação degradante); por outro lado, reacendeu a preocupação dos juristas da responsabilidade civil sobre se a capacidade econômica do ofensor deve ser levada em conta na quantificação da indenização, na medida em que diversos votos justificaram a indenização no valor de R\$ 2.000,00 sob o argumento de que o Estado não teria condições de arcar com patamar maior considerando os milhares de presos em situação degradante, considerando que a população carcerária brasileira é a 3ª maior do mundo, com 726 mil pessoas. Em outras palavras, é preciso refletir se o foco da indenização compensatória é apenas a vítima e a magnitude de seu dano ou o ofensor também deve ter sua capacidade econômica sopesada.

1.5.5 INTEGRIDADE PSÍQUICA

Como corolário do direito à uma vida plena (art. 5º, caput, CF/88) e à saúde (art. 196, CF/88) vem o direito à inviolabilidade da integridade psíquica do ser humano, compreendido como o direito de não sofrer, por ato de outrem, diminuição de seu bem-estar e equilíbrio mental, manifestado por uma alteração anormal dos padrões de humor, estresse, aborrecimentos, enfurecimentos, descontentamentos, frustrações, irritações, agonias, sossego e paz por ato de outrem e não por infortúnios e contingências da vida, anormalidade essa que transcenda a proporção dos dissabores do cotidiano. Ademais, uma visão integral do ser humano implica necessariamente em compreender que não basta a proteção da integridade física, mas também a da integridade da mente, como explica Pietro Perlingieri:

A saúde refere-se também àquela psíquica, já que a pessoa é uma indissolúvel unidade psicofísica (...). Seja o perfil físico, seja aquele psíquico, ambos constituem componentes indivisíveis da estrutura humana. A tutela de um desses perfis traduz-se naquela da pessoa em seu todo (1997, p. 159).

Cabe destacar que embora não exista na CF/88 expressamente a palavra integridade psíquica, é possível vislumbrar tal pretensão não apenas do direito à vida e à saúde, mas de outras leis que protegem a higidez e incolumidade mental da pessoa humana, como por exemplo: art. 128, II, do decreto-lei n. 2848/1940 (Código Penal): não se pune o aborto praticado por médico se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante; art. 7º, I, da lei n. 11.340/2006 (Lei Maria da Penha): são formas de violência doméstica e familiar contra a mulher, entre outras: a violência psicológica, entendida como qualquer conduta que lhe cause dano emocional e diminuição da auto-estima ou que lhe prejudique e perturbe o pleno desenvolvimento ou que vise degradar ou controlar suas ações, comportamentos, crenças e decisões, mediante ameaça, insulto, chantagem, ridicularização, exploração e limitação do direito de ir e vir ou qualquer outro meio que lhe cause prejuízo à saúde psicológica e à autodeterminação; art. 7º, da lei 8.069/1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente): a criança e o adolescente têm direito à vida e à saúde, mediante a efetivação de políticas sociais públicas que permitam o nascimento e o desenvolvimento sadio e harmonioso, em condições dignas de existência; art. 71, da lei 8.078/1990 (Código de Defesa do Consumidor), na parte das infrações penais: utilizar, na cobrança de dívidas,

de ameaça, coação, constrangimento físico ou moral, afirmações falsas incorretas ou enganosas ou de qualquer outro procedimento que exponha o consumidor, injustificadamente a ridículo ou interfira com seu trabalho, descanso ou lazer; art. 2º, da lei 10.741/2003 (Estatuto do Idoso): o idoso goza de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta lei, assegurando-se-lhe, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, para preservação de sua saúde física e mental e seu aperfeiçoamento moral, intelectual, espiritual e social, em condições de liberdade e dignidade.

Logo, uma vez que por ato de outrem o ser humano seja colocado em situação que em condições normais da vida em sociedade acarretem um agigantamento desmedido de estresse, aborrecimentos, enfurecimentos, descontentamentos, frustrações, irritações, agonias e falta de paz, mesmo que inexista violação à integridade física, estar-se-á diante de um menoscabo de cunho psíquico, que ocasiona danos à pessoa humana passíveis de compensação por danos morais. Dentre elementos importantes para aferir o valor indenizatório destaca-se a intensidade e duração do dano; a magnitude do desequilíbrio psíquico no caso concreto; a afetação do dano na vida pessoal, profissional ou lúdica da vítima; se a vítima se encontrava em situação de vulnerabilidade; a perda de tempo que o dano ocasionou ao ofendido, dentre outros.

No que toca o aspecto técnico da psicologia ou psiquiatria para a apuração do dano psíquico, o presente trabalho entende ser prescindível na maior parte dos casos porque o dano psíquico não ocorre apenas quando o ato de alguém causa deterioração, debilidade ou distúrbio permanente, duradouro ou incurável nas condições mentais de outrem (no sentido patológico e que, portanto, necessita de tratamento e/ou medicamentos com auxílio de profissionais da saúde). Portanto, o dano psíquico para o direito tem harmonia com o conceito de Mariano Castex (1997, p. 65): “desenvolvimento psico-gênico ou psico-orgânico que, afetando suas esferas afetiva e/ou volitiva, limita sua capacidade de gozo individual, familiar, laboral social e ou recreativa”.

Por esse motivo, a maior parte dos danos psíquicos que geram direito à indenização por dano moral são danos que não deixam marcas permanentes e nem seriam evidenciados por laudos técnicos, sendo este um grande desafio para o juiz, que deve julgar demandas que envolvam danos psíquicos sem que o perito tivesse algo a acrescentar, isto é, sem sinais patológicos. Este desafio é atenuado pela existência da regra do art. 375 do CPC, segundo o qual “o juiz aplicará as regras de experiência comum subministradas pela observação do que ordinariamente acontece (...)”. Sendo

assim, a partir das vivências e observâncias da sociedade que o circunda, o magistrado pode se utilizar desse arcabouço prático para presumir situações danosas que quebram a incolumidade mental. É tautológico dizer, mas o magistrado, como alguém que constrói laços, desempenha outros papéis e vive na pele as arguras da vida dos demais membros da sociedade, tem condições de utilizar a técnica da presunção do dano (*in re ipsa*) através das suas experiências, presumindo que houve dano psíquico, ou seja, um desequilíbrio anormal do humor, aborrecimento, frustração, agonias, por exemplo, nas hipóteses a seguir descritas como exemplos de danos psíquicos.

Como exemplos de situações ensejadoras de dano moral por violação à integridade psíquica, segue: a) espera por mais de quatro horas em fila de banco; b) falha no serviço que demandou diversas idas do consumidor ao fornecedor para resolver o vício; c) dezenas de ligações para obter cancelamento de serviço ou informação; d) festas corriqueiras com música alta da casa do vizinho¹⁷; e) constantes ameaças de colega de trabalho, empregador ou namorado (a); f) ofensas cotidianas perpetradas pelos colegas de turma do colégio ou da faculdade em face de um dos alunos; g) atraso de voo sem a consequente assistência da companhia aérea em fornecer hotel e transporte a uma família; h) extravio de bagagem em aeroporto; i) recebimento de inúmeras mensagens de texto pela operadora de telefonia¹⁸; j) recebimento de ligações reiteradas realizadas por bando no intuito de cobrar dívidas inexistentes¹⁹; k) atraso demasiado em voo, de aproximadamente 30 horas²⁰; l) a neurose ou medo ao sinistro, a demência pós-traumática, o stress ou esgotamento do trabalho (LORENZETTI; FRADERA, 1998, p. 456).

Nesta lista acima, dois exemplos merecem relevo. O primeiro diz respeito a constrangimentos vivenciados pelo empregado no bojo de uma relação de emprego, como ser objeto de agressões verbais ou físicas pelo empregador, de humilhações e xingamentos, de exigências de metas inalcançáveis, de constantes ameaças, de proibições ilegais como de ir ao banheiro, tomar água, etc. Nestes casos, muitos chamam esse dano de assédio moral, contudo, trata-se na verdade de dano moral por ofensa a diversos bens jurídicos, que podem variar entre honra,

¹⁷ Nesse sentido decidiu o Tribunal de Justiça de São Paulo, no julgamento da Apelação n. 992050163832, de Relatoria do Desembargador Emanuel Oliveira, com acórdão publicado dia 08/04/2010.

¹⁸ Assim já decidiu o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, no julgamento da Apelação n. 71007031032, de Relatoria da Desembargadora Glaucia Dipp Dreher, com acórdão publicado dia 15/09/2017.

¹⁹ Nessa linha decidiu o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, no julgamento da Apelação n. 71007069073, de Relatoria do Desembargador Roberto Carvalho Fraga, com acórdão publicado dia 08/09/2017.

²⁰ Nesse sentido, decidiu o Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Agravo Regimental no Agravo no Recurso Especial n. 144558, de Relatoria do Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, com acórdão publicado dia 04/02/2014.

imagem, integridade física e psíquica. O Tribunal Superior do Trabalho (de agora em diante TST), no julgamento do Agravo de Instrumento em Recurso de Revista n. 1.712/2005, de Relatoria do Ministro Renato de Lacerda Paiva, com acórdão publicado dia 10/10/2007, reconheceu que o assédio moral é um misto de ofensa a diversos bens jurídicos, fincando algumas características principais:

- a) a intensidade da violência psicológica. É necessário que ela seja grave na concepção objetiva de uma pessoa normal;
- b) o prolongamento no tempo, pois episódio esporádico não o caracteriza, mister o caráter permanente dos atos capazes de produzir o objetivo;
- c) outro elemento do assédio moral é que tenha por fim ocasionar um dano para marginalizá-lo no seu ambiente de trabalho;
- d) que se produzam efetivamente os danos psíquicos, permanente ou transitório.

O segundo exemplo que merece uma atenção maior se refere a perda de tempo em longas filas em bancos, aeroportos ou em atendimento telefônico, uma vez que parte da doutrina²¹ tem discutido a existência de dano moral indenizável pela simples usurpação do tempo útil de forma indevida por outra pessoa, bem jurídico esse que pode decorrer tanto do princípio maior da integridade psíquica, como do princípio da liberdade, como será visto em tópico próprio.

²¹ Para aprofundar o tema, ver: DESSAUNE, Marcos. Desvio Produtivo do Consumidor: o prejuízo do tempo desperdiçado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011; GUGLINSKI, Vitor Vilela. O dano temporal e sua reparabilidade: aspectos doutrinários e visão dos tribunais. Revista de Direito do Consumidor, v. 24, n. 99, p. 125-156, maio/jun. 2015.

1.5.6 HONRA

O direito à honra, previsto no art. 5º, inciso X, da CF/88, está ligado à preservação em nível social e individual dos aspectos que dizem respeito à reputação que a pessoa tem de si e perante os outros, motivo pelo qual o direito à honra pode ser transgredido de duas formas distintas: a) pode ferir a auto avaliação que cada um tem de si mesmo enquanto ser humano no tocante à sua autoestima e consciência (PIZARRO, 1996, p. 493), no Brasil conhecido por injúria ou honra subjetiva, sendo o “apreço próprio, do juízo que cada um tem de si” (SILVA, 2005, p. 188); b) pode atingir a reputação que a vítima construiu perante terceiros em nível social, momento este que se verifica que o vilipêndio a esse interesse, ao prejudicar a relação do ofendido com terceiros, acaba por obstruir chances de êxito, confiança, crédito e oportunidades (PIZARRO, 1996, p. 493/494), no Brasil chamado de calúnia, quando imputar ilícito penal indevidamente à alguém, e de difamação, quando vilipendiar a boa fama da pessoa em nível social, ou seja, a sua honra objetiva, que é “o respeito, a consideração, a reputação, a fama de que gozamos no meio social” (SILVA, 2005, p. 188).

Cabe ressaltar que em se tratando de ofensa ao bem jurídico honra o nosso ordenamento jurídico admite a exceção da verdade, quando o possível transgressor demonstra a veracidade das alegações apurada pelo mínimo de diligência razoável e não necessariamente de uma verdade cabal e absoluta. Aqui, para configurar o dano moral indenizável basta transmitir como fatos verdadeiros “simples rumores, carentes de toda constatação, ou meras invenções ou insinuações insidiosas” (SANTOS, 2015, p. 300).

Além do mais, mesmo verdadeira, nem tudo que se faz tem de ser revelado, como no caso de contas da de um motel do cidadão, os insucessos escolares ou opções pessoais legítimas, pois o direito civil procura a felicidade das pessoas e nunca poderá coadunar com a maldade gratuita (CORDEIRO, 2004, p. 149). Assim, a informação não pode ser abusiva, caracterizando perseguição, como no caso de uma decoradora de festas que não realizou seu serviço a contento e tem a sua página da internet bombardeada diuturnamente de informações depreciadoras da ofendida enquanto profissional. Aliás, comete ato ilícito aquele que excede manifestamente os fins para o exercício do direito (art. 187 do CC/2002). Nessa mesma linha, denota-se ilegal o manejo de informações, mesmo verdadeiras, que invadam a intimidade e vida privada do ofendido, como

o fato dele beber todas as noites ou realizar orgias em sua casa, como explica Antônio Jeová dos Santos: “quando divulga notícia verdadeira, mas avança, de forma indevida, na intimidade, a conduta é antijurídica porque violadora de direitos da personalidade” (SANTOS, 2015, p. 300/301).

Diversos critérios podem orientar uma fixação adequada de indenização compensatória para casos de violação da honra individual ou social, tais como a maior ou menor propagação da divulgação; o impacto negativo da divulgação na vida da vítima; condições pessoais da vítima; importância da reputação atingida na vida da vítima, dentre outros.

À guisa de exemplos, imagine-se a) falsa imputação de quaisquer crimes, pois, como assevera Ramon Daniel Pizarro “nadie puede ser tildado de delincuente, asesino, violador o corrupto hasta tanto así lo que determine la justicia competente” (1996, p. 496); b) imputação falsa de fato desonroso, como o fato de o ofendido viver bêbado ou drogado; c) menosprezo à pessoa por meio de gestos, palavras ou escritos; d) publicações inverídicas, como as constantes em cadastros de restrição de crédito, que aludem a débitos inexistentes ou em valores errados; e) publicações verídicas, mas que desrespeitam os parâmetros legais, como a inscrição em cadastro de restrição de crédito sem a notificação prévia do consumidor²²; f) acusar cliente de furto em loja; g) informar que pessoa é criminosa após ser absolvida ou ter o inquérito arquivado; h) divulgação de informação inverídica como a que tal pessoa é um estuprador ou responde em ação penal pelo crime de homicídio “quando ela é o resultado de um conceito equivocado que difere da realidade. Tanto em um como em outro caso, a informação não é verdadeira” (SANTOS, 2015, p. 301); i) protesto indevido de título cambial²³; j) veiculação de matéria jornalística imputando práticas ilícitas a alguém sem o mínimo de indícios²⁴; k) em suma, juízos valorativos quanto à integridade,

²² O Superior Tribunal de Justiça tem proferido reiteradas decisões no sentido de reconhecer o dano moral decorrente da própria existência do ato ilícito (seja por inscrever dívida inexistente, seja por desrespeitar os requisitos legais para uma inscrição devida), como no julgamento do Recurso Especial n. 1.369.039/RS, com acórdão publicado dia 10/04/2017, no qual o Ministro Relator Ricardo Villas Bôas Cueva asseverou que “a inscrição ou manutenção indevida do nome do devedor no cadastro de inadimplentes acarreta, conforme jurisprudência reiterada deste Tribunal, o dano moral *in re ipsa*, ou seja, dano vinculado à própria existência do fato ilícito, cujos resultados são presumidos”.

²³ Nessa linha, o Superior Tribunal de Justiça já se pronunciou, no julgamento do Recurso Especial n. 60033/MG, Relator Ministro Ruy Rosado de Aguiar, acórdão publicado dia 27/11/1995.

²⁴ “A emissora recorrente extrapolou os limites da liberdade de manifestação e de informação, pois induziu os telespectadores a acreditar que o recorrido compactuava com atividade ilícita, sem o cuidado de checar ao menos um indício de plausibilidade dessa declaração” (trecho do voto do Relator Ministro Marco Aurélio Bellizze, no julgamento do Agravo Interno no Agravo no Recurso Especial n. 2016/0247299-5, com acórdão publicado dia 02/08/2017).

à seriedade e à moralidade do sujeito; a reputação familiar; a reputação profissional; a reputação cívica; a reputação política e assim por diante (CORDEIRO, 2004, p. 143).

1.5.7 INTIMIDADE E VIDA PRIVADA

Em suma, o direito à intimidade e à vida privada implicam na proteção de que cada um pode orientar sua vida com bem entender sem prejudicar terceiros, como nas facetas relacionadas à origem e a identidade da pessoa; a sua situação de saúde; a sua situação patrimonial; a sua imagem; os seus escritos pessoais; as suas amizades e relacionamentos sentimentais; as suas preferências estéticas; as suas opções políticas e religiosas, sendo tudo que não seja público, profissional ou social (CORDEIRO, 2004, p. 205). Tanto a intimidade quanto a vida privada estão protegidas pelo art. 5º, X, da CF/88 estão imbrincados, porque a vida privada é mais ampla do que a intimidade. Desta feita, a intimidade se refere à faceta mais interna e sagrada do ser humano, ao passo que a vida privada tem relação com questões que não são íntimas, mas que fazem parte de um conjunto de fatos que não são de conhecimento da sociedade e podem merecer proteção pelo zelo de a pessoa manter reservadas a si ou a um grupo restrito, fora do alcance de conhecimento dos demais (SILVA, 2005, p. 264). Nesse sentido, informações sobre como a pessoa dorme, almoça e janta dentro de seu recinto familiar, se a pessoa frequenta bordéis, se está com novo namorado ou terminou o noivado, se vai todos os dias ao encontro da amante, se tem dois ou mais parceiros sexuais não dizem respeito ao seu íntimo mais intrínseco, mas conectam-se com um campo que o sujeito deseja manter confidencial, motivo pelo qual está protegido pelo bem jurídico da vida privada. De outro lado, deformidades, anomalias, fatos desabonadores do passado e/ou vícios que o ser humano possua se referem mais propriamente à intimidade.

Vale lembrar que não será de tanta relevância estabelecer um termômetro que divida o bem jurídico da vida privada da intimidade, pois ambos são igualmente protegidos pela Carta Magna e, em um sentido amplo, se referem à inviolabilidade de a pessoa ter um espaço mínimo reservado apenas para si e com quem queira dividir, ou, nos dizeres de Américo Luís Martins da Silva, trata-se da “liberdade de se introverter, de se recolher à vida privada” (2005, p. 263). Diz respeito a um âmbito que o ser humano deseja manter condutas e situações dentro do espectro privado, sem difundir ao conhecimento de terceiros, como questões ligadas a doenças, a tristezas e frustrações,

a hábitos circunscritos ao âmbito familiar, a deformidades físicas, ao cotidiano com os ascendentes, descendentes, cônjuge ou companheira, dentre outros. Em todos esses casos, estar-se-á diante de informações que não possuem relevância significativa para mais ninguém, a não ser à própria pessoa e àqueles com quem queira compartilhar.

É importante destacar que o espectro de proteção da intimidade é mais amplo do que possa parecer. De acordo com Ramon Daniel Pizarro, tal direito está vinculado a uma tripla dimensão: a) direito de ser deixado em paz e tranquilidade; b) direito à autonomia em relação as decisões de sua existência; c) direito de controle de informações pessoais (1996, p. 501). De tal modo, também está dentro da proteção da intimidade a violação de correspondência, a divulgação de dados pessoais (CPF, endereço, número do celular, etc) para terceiros, assim como a toda e qualquer difusão de informações do íntimo do ser humano.

Cabe fazer um paralelo com o bem jurídico da integridade psíquica, pois neste foi visto que a quebra da tranquilidade/sossego/paz de alguém por sons altos na vizinhança, demora demasiada em atendimento, longas filas intermináveis e necessidade de diversas idas ao estabelecimento para resolver algum problema do serviço ou do produto geram direito à indenização por danos morais. Contudo, aqui também se faz presente a proteção de uma outra faceta da tranquilidade, desvinculada do equilíbrio psíquico e mais relacionada ao direito de ser deixado sozinho (nos Estados Unidos chamado de *right to be alone*). É o que acontece com pessoas famosas que são perseguidas por humoristas em praias, ruas e outros locais públicos, fazendo com que aquelas não consigam gozar de um mínimo de vida privada livre da interferência de outrem, como explica Antônio Santos Jeová:

O homem pode ensimesmar-se, ou seja, ter o poder de retirar-se virtual e provisoriamente do mundo e meter-se dentro de si. O que há de mais surpreendente neste fato, é o poder que o homem tem de retirar-se virtual, e provisoriamente do mundo, e meter-se dentro de si mesmo. Esta faculdade, maravilhosa que é, implica dois poderes muito distintos: o de desatender o mundo em tomo e o de ter onde se introjetar, onde estar quando se tem saído do mundo. Significa que o homem pode sair fora do mundo e, paradoxalmente, esse sair do mundo é um entrar verdadeiro (2015, p. 401).

Cabe destacar que, diferentemente dos ataques à honra, que admitem a exceção da verdade, para as transgressões à intimidade são irrelevantes que o fato veiculado seja verdadeiro ou não. Em

qualquer caso, quando por ato de terceiro aspecto reservado ao íntimo do ofendido for divulgado e revelado, este fará *jus* à indenização por danos morais.

Em relação a critérios para valor o dano moral, Ramon Daniel Pizarro aconselha a identificar a personalidade da vítima; a gravidade do prejuízo; a maior ou menor divulgação da informação; a índole da intrusão (1996, p. 504). Acrescenta-se o gravame à profissão ou laços familiares e de amizade do ofendido; se o vazamento foi corriqueiro ou um caso isolado, dentre outros; o nível de importância de a informação ter sido mantida em segredo, pois a divulgação de foto de uma pessoa dormindo é diferente da transmissão de uma doença terminal.

São exemplos de violações aos bens jurídicos intimidade e/ou vida privada: a) divulgação de foto da pessoa agonizando em cirurgia; b) publicação de sentença de divórcio com a identificação do nome das partes; c) divulgação de fotos íntimas da pessoa sozinha ou com seu parceiro; d) violação de correspondência; e) transmissão para terceiros de cadastro de consumidor contento suas informações pessoais; f) vazamento de informações acobertadas pelo sigilo profissional; g) intromissão por fotos ou filmagens no domicílio do ofendido, retratando a intimidade familiar; h) instalação de câmeras dentro de residências ou espaços privados sem a divulgação; i) interceptação telefônica sem autorização judicial, porém observa-se que a gravação de telefonema feita por um dos interlocutores sem autorização do outro não gera dano moral²⁵; j) vizinho que tira fotografia da vizinha aos beijos com o novo namorado na saída do elevador e publica para o conhecimento de terceiros; k) divulgação de vídeo capturando momentos do ofendido dentro de sua casa com sua família em diversas situações cotidianas; l) divulgação de doença ou vício que a pessoa desejava manter em sigilo; m) locador que não providencia a reconstrução de muro de casa alugada, deixando a privacidade do locatário exposta pela falta de reparo do muro desabado²⁶; n) violação de dados pessoais e familiares em relação aos sentimentos, conduta sexual, saúde, defeitos físicos, fé religiosa, idéias políticas, lembranças, gravação de conversas (LORENZETTI; FRADERA, 1998, p. 492).

²⁵ O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Recurso Extraordinário n. 583.937/RJ, de Relatoria do Ministro Cezar Peluso, DJ 19/11/2009, decidiu que não é ilegal a gravação ambiental realizada por um dos interlocutores sem conhecimento do outro.

²⁶ Conforme decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo no julgamento da Apelação n. 483.023, de Relatoria do Desembargador Renato Sartorelli, DJ 10/03/1997.

1.5.8 IMAGEM

Cada ser humano tem uma aparência física, de voz e de trejeitos distinta da dos restantes. Ao contrário do que sucede com outros animais, onde se torna possível encontrar indivíduos idênticos, entre os seres humanos prevalece sempre a variabilidade de genes e a unicidade, de modo que a imagem materializada de uma pessoa é um bem personalíssimo fortemente objetivado pois o destino que se dê à imagem é, de certo modo, um tratamento dado à própria pessoa que acaba surgindo no palco dos bens de personalidade (CORDEIRO, 2004, p. 193).

Todas as pessoas possuem o espaço protegido para dispor de sua aparência física, social ou sonora (voz) autorizando a captura, reprodução ou difusão dos mesmos. O direito à compensação por danos morais pelo uso indevido da imagem está estampado no art. 5º, X, da CF/88: "são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação", bem jurídico este também esculpido nos artigos 20 e 21 do CC/2002. Ambos os diplomas visam a proteção da forma plástica da pessoa e de todos os seus "respectivos componentes identificadores (rosto, olhos, perfil, busto, voz, características fisionômicas, etc.) que a individualizam na coletividade" (CHAVES; BRAGANETTO; ROSENVALD, 2015, p. 398).

A imagem é um bem jurídico que diz respeito àquilo que nos diferencia e nos particulariza em relação aos outros, pois "a imagem está sempre vinculada a qualquer tipo de representação gráfica da figura humana, em que a própria pessoa se reconhece e é reconhecida por outras pessoas" (SANTOS, 2015, p. 382). A esse respeito, alude-se a uma tridimensionalidade do direito de imagem, formado por imagem-retrato, imagem-atributo e imagem-voz (CHAVES, BRAGANETTO, ROSENVALD, 2015, p. 398), no sentido de que estão sob o campo de proteção da imagem as características fisionômicas atreladas à pessoa – como o perfil, o rosto e o corpo – as características pessoais que estão vinculadas à pessoa - como o jeito de dançar, de falar, de utilizar jargões, hábitos – assim como o próprio timbre sonoro peculiar de cada ser humano sob à luz do sol.

Salienta-se que a violação do bem jurídico da imagem não necessita da utilização da imagem do ofendido para ser consumada, bastando que se utilize uma representação gráfica, como o desenho de alguém muito parecido com o Zeca Pagodinho com uma cerveja na mão a fim de

vender mais produtos, ou, como a utilização de um artista muito parecido com o cantor Roberto Carlos, o jogador Pelé ou o apresentador Faustão. Nestes casos, embora não se esteja diante da utilização de uma imagem fidedigna à pessoa, sabe-se que o ofensor está obtendo proveito indevido das características que distinguem aquela pessoa famosa. Destarte, “o retratado pode até ser uma pessoa desconhecida do público, em geral. Mas, se houver o reconhecimento no meio social em que vive, arranhada estará a sua imagem” (SANTOS, 2015, p. 382).

Nesse ponto, vale sublinhar que a violação do direito de imagem gera dano moral indenizável independentemente de ter como consequência o gravame à honra ou à intimidade, gozando o interesse da imagem de autonomia: “a imagem obtida sem consentimento do retratado, mesmo que não atente contra a honra e a intimidade, é passível de proteção” (SANTOS, 2015, p. 385). No mesmo sentido: “pode configurar-se um fato antijurídico, ainda que não exista atentado à honra, ou à identidade dinâmica, ou à privacidade, mas em forma autônoma não autorizada da imagem” (LORENZETTI; FRADERA, 1998, p. 488).

Como vive-se sob a égide de um sistema jurídico que balanceia interesses contrapostos, nada mais salutar do que o direito à integridade da imagem sofrer limitações. Assim é que “es libre la publicación del retrato cuando se relacione con fines científicos, didácticos y em general culturales, o con hechos o acontecimientos de interés público o que se hubieran desarrollado en público” (PIZARRO, 1996, p. 505). Na mesma linha, o consentimento tácito ou expresso também afasta qualquer violação do direito de imagem.

Uma limitação clara também se manifesta quando arrima a difusão da imagem o interesse didático, científico ou público relativo à informação de artista, esportista, político ou pessoa famosa de relevância para toda a sociedade. Também existem limitações quando se está em espaço ou evento público.

Questão difícil se referiu à possibilidade de escritor desenvolver obra sobre a vida de alguém sem a autorização do mesmo, a chamada biografia não autorizada. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4815, de Relatoria da Ministra Carmem Lúcia, com acórdão publicado dia 01/02/2016, privilegiou a liberdade de expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença de pessoa biografada, asseverando que não é proibindo, recolhendo obras ou impedindo sua circulação, calando-se a palavra e amordaçando a história que se consegue cumprir a

Constituição. Destacou, é claro, que os direitos do biografado não ficarão desprotegidos: qualquer sanção pelo uso abusivo da liberdade de expressão deverá dar preferência aos mecanismos de reparação *a posteriori*, como a retificação, o direito de resposta, a indenização e até mesmo, em último caso, a responsabilização penal.

Na referida ação, ajuizada pela Associação Nacional dos Editores de Livros, se buscava a declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto dos artigos 20 e 21 do CC/2002, os quais, em uma leitura literal sem consonância com demais valores constitucionais expressam que a utilização da imagem de outrem necessita de autorização, sendo bem jurídico inviolável. Denotam, assim, o privilégio do direito do biografado em detrimento do direito do escritor de publicar obras sobre a vida daquele, conforme abaixo transcrito:

Art. 20. Salvo se autorizadas, ou se necessárias à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública, a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa poderão ser proibidas, a seu requerimento e sem prejuízo da indenização que couber, se lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se se destinarem a fins comerciais.

Art. 21. A vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma.

O advogado que subscreveu a petição inicial da referida ação²⁷ foi Gustavo Binenbojm, o qual argumentou que as pessoas cuja trajetória pessoal, profissional, artística, esportiva ou política, haja tomado dimensão pública, gozam de uma esfera de privacidade e intimidade naturalmente mais estreita, inferindo que exigir a prévia autorização do biografado importa consagrar uma verdadeira censura privada à liberdade de expressão. Continuou afirmando que a extensão dos artigos 20 e 21 do Código Civil, ao não preverem qualquer exceção que contemple as obras biográficas, acabam por violar as liberdades de manifestação do pensamento, da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação (CF, art. 5º, IV e IX), além do direito difuso da cidadania à informação (art. 5º, XIV), requerendo ao final a declaração de inconstitucionalidade parcial, sem redução de texto, dos artigos 20 e 21 do Código Civil para que, mediante interpretação conforme a Constituição, fosse afastada do ordenamento jurídico brasileiro a necessidade do

²⁷ Ver petição inicial em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/audienciasPublicas/anexo/paginador.pdf>. Acesso em: 14/10/2017.

consentimento da pessoa biografada para a publicação ou veiculação de obras biográficas, literárias ou audiovisuais (BINENBOJM, 2012, p. 1/17).

Logo, não configuram dano moral a veiculação de imagem nos seguintes casos: a) desportista que acaba de vencer um campeonato; b) político que realiza discurso; c) discussões em uma praia, na rua ou no congresso nacional; d) retratar vida de pessoa pública em livro ou filme; e) artista em performance no show; f) torcedor no meio da arquibancada. É claro que em todos esses casos não pode haver abusos a ponto de explorar a imagem comercialmente, veiculá-la de forma descontextualizada e/ou enfatizar situações vexatórias e humilhantes, posto que tais circunstâncias afrontam claramente a proteção constitucional da pessoa humana.

A mensuração do *quantum* deve relevar se houve gravame à honra, a ponto de prejudicar reputação que a pessoa tem perante a sociedade em nível profano ou profissional; se violou a intimidade ou privacidade, adentrando em esfera que o ofendido dedicou para o seu espaço particular; a duração e intensidade da utilização da imagem, que vai desde uma simples publicação em jornal, até constantes usos para fins lucrativos; o grau de prestígio que a vítima goza no meio em que a imagem foi difundida, de modo que utilizar a imagem do Ronaldinho Gaúcho para incrementar a venda de material esportivo é mais danoso do que utilizar a imagem de um estudante para o mesmo fim.

Como exemplos: a) reprodução da imagem original ou de similar de modo a se apropriar daquela para fins artísticos, comerciais ou fotográficos sem autorização da vítima; b) uso de imagem verdadeira com autorização, mas deturpando ou modificando a imagem do ofendido; c) uso da imagem para além do permitido em contrato; d) pintura representando o rosto de alguém em estampa de blusa sem autorização; e) utilização da voz da pessoa em comerciais ou filmes; f) abordar em filme, programa de televisão ou comercial trejeitos que remetem a alguém famoso, como o jeito de falar, se vestir, se portar; g) construção de busto de alguém para enfeitar uma loja, sem a devida autorização; h) divulgar fotografia de pessoa famosa em local público que mostre os seios ou outras partes íntimas²⁸; i) divulgação de imagem de menor envolvido em ato infracional,

²⁸ Assim já decidiu o Superior Tribunal de Justiça: “No tocante às pessoas notórias, apesar de o grau de resguardo e de tutela da imagem não ter a mesma extensão daquela conferida aos particulares, já que comprometidos com a publicidade, restará configurado o abuso do direito de uso da imagem quando se constatar a vulneração da intimidade, da vida privada ou de qualquer contexto minimamente tolerável” (julgamento do Recurso Especial 1594865/RJ, de Relatoria do Ministro Luís Felipe Salomão, com acórdão publicado dia 18/08/2017).

mesmo que com provas cabais²⁹; j) a simples reprodução da pessoa, pela pintura, pela fotografia ou pelo filme, é suficiente para configurar a violação do direito à imagem (CORDEIRO, 2004, p. 193).

1.5.9 INTEGRIDADE DA CRIAÇÃO DO INTELECTO

Assim como subsiste a proteção da integridade da mente e do corpo humano, há também a inarredável necessidade de proteger a criação do intelecto humano, tais como obras de arte, melodias e letras de músicas, poesias, livros, invenções, dentre outras formas de manifestação do pensamento criativo, de modo que a violação aos direitos do autor acarretam, por expressa determinação do art. 108 da Lei n. 9.610/1998, o direito de indenização por danos morais, simplesmente porque há, para além de pretensões lucrativas com tais criações, interesses não patrimoniais dignos de proteção.

O art. 7º da Lei n. 9.610/1998 enumera alguns exemplos de obras do intelecto humano protegidas pelo direito autoral: a) textos de obras literárias, artísticas ou científicas; b) conferências, alocações, sermões; c) obras dramáticas e dramático-musicais; d) obras coreográficas e pantomímicas, cuja execução cênica se fixe por escrito ou por qualquer outra forma; e) composições musicais, tenham ou não letra; f) obras audiovisuais, sonorizadas ou não; g) obras fotográficas; h) obras de desenho, pintura, gravura, escultura; i) projetos, esboços e obras plásticas concernentes à geografia, engenharia, topografia, arquitetura, paisagismo, cenografia e ciência; i) as adaptações, traduções e outras transformações de obras originais, apresentadas como criação intelectual nova; j) programas de computador, dentre outros.

Ademais, embora a criação de tais obras sejam fruto da racionalidade humana, o art. 11 e parágrafo único da mesma lei frisam que o autor é a pessoa física criadora da obra, mas que a proteção concedida ao autor poderá aplicar-se às pessoas jurídicas. Logo, tanto as pessoas físicas

²⁹ “A preservação da imagem e da intimidade dos menores, em tenra idade ou prestes a alcançar a maturidade, é reflexo do comando constitucional da sua proteção integral, com absoluta prioridade em assegurar seus direitos fundamentais (arts. 227, da CF/88, 4º do ECA). Independente do grau da reprovabilidade da conduta do menor, o Ordenamento Jurídico veda a divulgação de imagem de adolescentes a quem se atribua a autoria de ato infracional, de modo a preservar a sensível e peculiar condição de pessoa em desenvolvimento” (trecho do voto da Relatora Ministra Nancy Andriighi, no julgamento do Recurso Especial n. 1442083/ES, julgado pelo Superior Tribunal de Justiça, com acórdão publicado dia 02/10/2017).

quanto as jurídicas titulares do direito autoral possuem diversos direitos previstos no art. 24 da mencionada lei: de reivindicar a autoria da obra; de ter seu nome indicado ou anunciado como sendo o autor na utilização da obra e o de conservar a obra inédita; de assegurar a integridade da obra; de retirar de circulação a obra ou de suspender qualquer forma de utilização já autorizada, quando a circulação ou utilização implicarem afronta à sua reputação e imagem.

Como critérios para a mensuração do dano moral, pode-se identificar o nível de exposição da obra utilizada indevidamente, seja a duração e quantidade, seja a abrangência de alcance a terceiros; a existência de deturpação da obra original; a consequência lesiva para a carreira do autor no futuro; a existência de prejuízo à obra em si no futuro, dentre outros.

São exemplos de violações ao direito do autor que acarretam o dever de indenizar danos morais: a) utilização não autorizada de programa de computador³⁰; b) tradução da obra sem autorização do autor; c) execução da obra sem menção ao autor; d) distribuição da obra sem autorização do autor; e) menção errônea de nome do autor; f) publicação não autorizada da obra; g) utilização de trechos de obra de outro autor, no que vem a ser denominado de plágio; h) realização de discurso ou de peça processual como se fosse sua, sendo que tais escritos foram elaborados por outra pessoa; i) exposição de obra de arte sem autorização do autor³¹

1.5.10 PERDA DE ENTE QUERIDO

Como visto, o bem jurídico vida, caso seja atingido inteiramente, restam aos familiares mais próximos, circunscritos ao seio de convivência mais íntima, o direito de pleitear indenização por danos morais, dano moral este certamente presumido pelo julgador, sendo absolutamente inerente às práticas sociais o conhecimento de que a perda de um ente querido gera dor aguda desmedida em decorrência dos tempo de convivência e vínculo afetivo com aquele que se fazia presente nos momentos bons e ruins, na calada da noite e no primeiro bom dia, no café da manhã e na jantar, na praia ou na fazenda, na piscina ou na hora do dever de casa. Esta convivência, somada aos vínculos afetivos, potencializam a identificação do dano moral por perda de parente próximo.

³⁰ Nesse sentido já decidiu o Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso Especial n. 443119/RJ, de Relatoria da Ministra Nancy Andrigui, com acórdão publicado dia 30/06/2003.

³¹ Nesse sentido já decidiu o Superior Tribunal de Justiça, no julgamento dos Embargos de Divergência no Recurso Especial n. 56288/RJ, de Relatoria do Ministro Humberto Gomes de Barros, com acórdão publicado dia 25/03/1996.

Em termos de identificação desse dano moral, legitimidade para pleitear indenização e a própria mensuração do *quantum* indenizatório, nada mais esclarecedor do que mais recentes julgados do Superior Tribunal de Justiça sobre o tema (Agravo Interno no Recurso Especial n. 1165102/RJ, Relator Ministro Raul Araújo, DJ 07/12/2016; Recurso especial n. 1095762/SP, Relator Ministro Luís Felipe Salomão, DJ 11/03/2013; Recurso especial n. 1076160/AM, Relator Ministro Luís Felipe Salomão, DJ 21/06/2012; Recurso Especial n. 1291702/RJ, Relatora Ministra Nancy Andrichi, DJ 30/11/2011), em relação aos quais é possível resumir os seguintes termos: a) em princípio, rechaça-se o direito à indenização daqueles que não fazem parte do núcleo familiar da vítima ou não sejam herdeiros; b) é possível que diante das peculiaridades do caso se conceda o direito a indenização por danos morais a sobrinho, irmão, sogra e tio; c) o valor indenizatório deve observar o grau de parentesco ou de proximidade; d) não obstante a formação de um novo grupo familiar com o casamento e nascimento de filhos, entende-se que o poderoso laço afetivo que une os pais com o filho não se extingue, de modo que o que se observa é a coexistência de dois núcleos familiares, sendo correto afirmar que os ascendentes e sua prole integram um núcleo familiar inextinguível para fins de demanda indenizatória por morte. Nessa linha de inteligência, os ascendentes têm legitimidade para a demanda indenizatória por morte da sua prole ainda quando esta já tenha constituído o seu grupo familiar imediato; e) os irmãos podem pleitear indenização por danos morais em razão do falecimento de outro irmão, sendo irrelevante a existência de direito hereditário. A questão não é sucessória, pois a legitimidade ativa está relacionada a todos aqueles atingidos pelo sofrimento da perda do ente querido.

1.5.11 AFETO A BENS MATERIAIS

Como assevera Ramon Daniel Pizarro, “nada obsta a la existencia de intereses no patrimoniales, de afección, vinculados a bienes patrimoniales, cuya minoración (por destrucción, pérdida o deterioro) puede generar un detrimento espiritual” (1996, p. 531). Desta feita, uma vez provado pela vítima que havia entre o bem destruído e a sua pessoa um vínculo afetivo, fará *jus* não apenas aos danos materiais, mas também à indenização por danos morais, visto que a recomposição do equilíbrio tão propugnada pela responsabilidade civil deve mergulhar a fundo no tamanho da perda sofrida pela vítima, e, se tal perda foi também de cunho existencial, o direito deve conceder ao ofendido o direito à compensação pelos danos sofridos.

Nesse sentido, Antônio Jeová Santos aduz que nestes casos existe uma relação subjetiva entre a pessoa e o bem, de ordem espiritual, diferente e autônoma do interesse econômico que representa o objeto, de modo que a substituição por um bem similar ou igual não será suficiente para compensar a total magnitude do dano. Isto porque a inclinação do ânimo não somente se dirige às pessoas, como também às coisas, em relação as quais é possível constituir um verdadeiro sentimento afetivo que o leva a gozar com sua posse (valor de afeição) (SANTOS, 2015, p. 209).

Conseqüentemente, o ordenamento jurídico brasileiro reconhece a valoração jurídica do afeto relacionado a coisas e objetos, conforme o art. 952, parágrafo único, do CC/2002: “para se restituir o equivalente, quando não exista a própria coisa, estimar-se-á pelo seu preço ordinário e pelo de afeição, contanto que este não se avantaje àquele”. Contudo, não se está a reconhecer o dano moral em decorrência da deterioração ou destruição de qualquer objeto ou coisa, nem tampouco identificar dano moral indenizável em razão do alto valor de determinado bem. Destarte, é possível vislumbrar o dano moral pela destruição de uma simples carta de pedido de casamento e não tutelar o dano moral pela destruição de um carro de luxo. O que está em jogo é a existência na coisa de “um valor peculiar e vivencialmente intransferível para a vítima, quando um outro bem, similar ao que foi desaparecido, não serve para substituí-lo” (SANTOS, 2015, p. 210/211).

À guisa de mensuração, destaca-se quanto tempo durou ou dura a relação entre a coisa e o ofendido; o grau do valor de afeto entre a coisa e a pessoa; o nível de irreparabilidade do bem deteriorado ou perdido; dentre outros.

Como exemplos de ofensa a esse bem jurídico: a) destruição de veículo de colecionador; b) destruição de veículo que pertenceu ao avô e ao pai; c) deterioração de joia de família ou de anel de noivado; d) morte de animais domésticos³², cabendo ressaltar que a proteção jurídica dos animais, pelo projeto de lei n. 3670/15, passará a não ser mais de coisas inanimadas, e embora não se possa enquadrá-los como pessoas, deve ser desenvolvida uma nova categoria de modo a reconhecer a dignidade animal, bastando para o objetivo da presente pesquisa considerar que entre animais domésticos e o seu proprietário existe um liame de sentimentos e memórias que atrai a existência de dano moral indenizável; e) perda de fotografia de valor único e peculiar para a vítima; f) destruição de carta de valor sentimental para o ofendido; g) desaparecimento de um livro autografado por alguém que já faleceu; h) destruição da 1ª via do diploma de bacharel, mestre ou doutor de longa data; i) quebra irreversível de um troféu.

1.5.12 PERDA DE UMA CHANCE

Inicialmente, afirma-se que a perda de uma chance vem se firmando como uma terceira modalidade de danos materiais, ao lado dos danos emergentes e dos lucros cessantes. Do ponto de vista exclusivamente patrimonial, a perda de uma chance se diferencia dos danos emergentes, pois enquanto estes se caracterizam como um desfalque patrimonial efetivo e imediato a partir da conduta lesiva, ao passo que a perda de uma chance se refere à frustração de uma expectativa de ganho ou vantagem futura que não se consumou. De outro lado, se diferencia dos lucros cessantes, pois estes se revelam como a perda de um ganho altamente esperado segundo a ordem natural dos eventos pretéritos, ao passo em que a perda de uma chance não é a frustração de um ganho ou vantagem altamente esperada, mas sim a perda de uma chance séria e efetiva, e, por se tratar apenas de uma oportunidade concreta desperdiçada a análise do dano material não se debruça integralmente ao dano final ou ganho final perdido, como explica Rafael Peteffi Silva:

A chance representa uma expectativa necessariamente hipotética, materializada naquilo que se pode chamar de ganho final ou dano final, conforme o sucesso do processo aleatório. Entretanto, quando esse processo aleatório é paralisado por um ato imputável, a vítima experimentará a perda de uma probabilidade de um evento favorável. Esta

³² Nessa linha se posicionou o Tribunal de Justiça de São Paulo, no julgamento da Apelação n. 70072151491, de Relatoria do Desembargador Eugênio Facchini Neto, com acórdão publicado dia 31/03/2017.

probabilidade pode ser estatisticamente calculada, a ponto de lhe conferir um caráter de certeza (SILVA, 2009, p. 13)

Um interessante exemplo é desenvolvido por Rafael Peteffi da Silva, em sua obra “Responsabilidade Civil pela Perda de Uma Chance” (2009), o qual serve para a reflexão sobre as principais características desse instituto. Trata-se de um peão com excelente currículo que não participará do rodeio em razão da falta de pagamento da respectiva inscrição pelo seu agente. Neste caso, a ação ou omissão do agente não foi a causa para a perda do prêmio, porém não se pode negar a ocorrência de dano pela perda da chance de ganhar o prêmio. Nesse desiderato, o referido autor defende que a indenização por dano material pela perda de uma chance deve ser calculada com base na proporção de causalidade do ato do réu e o dano final (prêmio) (SILVA, 2009, p. 20).

A seguir, exemplos de casos onde se verifica a ocorrência da perda de uma chance indenizável: a) advogado que perde o prazo de um recurso com potencial de reformar a sentença; b) médico que negligentemente deixa de informar em tempo paciente com doença grave sobre tratamento alternativo; c) candidato a vaga de concurso público que perde a última prova em razão de atraso do voo; d) atleta de alta performance que foi atropelado nas vésperas da final em olimpíada ou mundial; e) eliminação de candidato durante prova de concurso sem demonstrar uma das hipóteses que o edital permitiria para tal sanção³³.

Em todos esses casos seria impossível cravar que a vítima obteria o ganho ou vantagem almejada, porém em todos os casos é possível afirmar inequivocamente que houve a perda de uma chance real, séria, factível, bem próxima de ser realizada. Em nenhuma das hipóteses acima o ofendido tinha uma chance hipotética, fictícia e altamente improvável, mas também em nenhuma delas havia o grau de certeza de obtenção do ganho, grau este que se faz presente no caso da dentista atropelada, que auferia R\$ 8.000,00 por mês em média nos últimos 10 anos; de taxista com veículo abarrotado, que recebia R\$ 6.000,00 por mês nos últimos anos; de fábrica vítima de piquete de movimento social, que faturava R\$ 1.000.000,00 por mês nos tempos pretéritos.

Portanto, na perspectiva do dano material, o grande ponto é que a jurisprudência brasileira tem admitido a reparação consistente em valor menor que o integral ou dano final (por se tratar apenas de uma chance), mas proporcional ao gravame, assim como a compensação pelos danos

³³ O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul já decidiu essa hipótese de cabimento, no julgamento da Apelação n. 70062886031, de Relatoria do Desembargador Eduardo Delgado, com acórdão publicado dia 29/09/2017.

morais pela oportunidade frustrada por ato de outrem³⁴. Ressalta-se que não será a mera conjectura que tornará viável a perda da chance como um agregador do dano moral. A chance deve ser séria e provável. O sonho de prosperidade, sem que tivesse existido de forma preexistente uma situação fática que pudesse propiciar a expectativa ou aspiração, não é perda de chance, mas pura elucubração (SANTOS, 2015, p. 76).

Assim, a indenização de cunho patrimonial consistirá em valor sempre em um valor menor que a possível vitória futura, devendo “ser feita de forma equitativa pelo juiz, que deverá partir do dano final e fazer incidir sobre este o percentual de probabilidade de obtenção de vantagem esperada (SAVI, 2006, p. 63). De outro lado, a quantificação do dano moral é centrada em outra lógica, calcada no esforço desperdiçado, nos desejos e sentimentos arruinados, na afetação da vida da pessoa humana em seus projetos, em sua perturbação psíquica e demais nuances existenciais, como por exemplo no caso de um jovem que concluiu o doutorado e sonhava em ser professor concursado da Universidade Federal de sua cidade, a qual lança edital do concurso em média a cada 10 anos, mas no dia de sua prova didática sofre um atropelamento, o que acaba desperdiçando sonhos, horas de estudos, planejamentos de vida a longo prazo, etc.

No que tange o dano moral, dentre os critérios para a fixação do valor indenizatório, deve-se ter em mente quanto tempo de preparação foi desperdiçado; o grau de possibilidade de a chance ter sido exitosa, que pode variar desde um concurso com 100 candidatos por uma vaga até a final de um campeonato com duas pessoas; a chance em si mesma valorada em função da importância que tinha na vida do ofendido, sendo diferente a perda da chance de realizar um tratamento de uma doença grave da perda da chance de reverter uma sentença condenatória de R\$ 1.000,00, e, por fim, o caráter reversível ou irreversível do prejuízo que provocou sua frustração.

³⁴ Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Agravo Interno no Recurso Especial n. 1577177/AC, de Relatoria da Ministra Assusete Magalhães, com acórdão publicado dia 28/06/2017, acolheu o cabimento de indenização por danos morais no valor de R\$ 100.000,00 aos parentes de paciente em tratamento de câncer que faleceu após a interrupção ilegal no fornecimento de medicamentos.

1.5.13 LIBERDADE

A proteção do bem jurídico liberdade se encontra espalhada por todo o texto constitucional (art. 5, caput, incisos VI, IX e XV), estando protegida expressamente a liberdade artística, científica, intelectual, de comunicação, de locomoção, de consciência e crença, de modo qualquer violação destas facetas da liberdade poderá ensejar dano moral indenizável, a depender do caso, porque quando a liberdade é afetada a dignidade também é fulminada na medida em a liberdade está ligada ao “direito que todo sujeito tem de regular juridicamente os seus interesses, de poder definir o que reputa melhor ou mais adequado para a sua existência; o direito de regular a própria existência, de construir o próprio caminho e de fazer escolhas” (DIDIER JR, 2015, p. 132).

Cabe salientar que Carlos Eduardo Pianovski Ruzyk desenvolveu tese de doutorado problematizando a liberdade no campo do direito privado, apresentando múltiplas classificações da liberdade (negativa/positiva; individual/coletiva; como insubordinação; formal/substancial) e criticando a possibilidade de “pretensões definidoras de conceitos unitários, excludentes de outros modos de se compreender a liberdade” (2009, p. 12). Por exemplo, mostra que a ênfase do conceito formal de liberdade pode ensejar eliminação de liberdades substanciais - já que pessoas sem acesso a bens básicos não poderão traçar planos de vida mais amplos - assim como a prevalência apriorística de uma liberdade positiva pode conduzir a uma superlativização do individualismo, criando barreiras na regulação de relações – tendo em vista que se o ser humano pode fazer o que bem entende, fica difícil regular limites dessa atuação no tumulto na vida de outrem (2009, p. 12).

Dentre os diversos conceitos de liberdade percebe-se que eles se chocam e colidem, pois de um lado há os libertários como Robert Nozick, que defendem uma liberdade formal e negativa, no sentido de poder fazer tudo o que não for proibido e que os limites devem ser mínimos, além do que não pode o governo realizar políticas de favorecimento a nenhum grupo social (RUZYK, 2009, p. 15/16). De outro lado, há autores liberais igualitários, que como Amartya Sen, que defendem que a liberdade deve ser vista como capacidade concreta de realizar aquilo que cada pessoa valoriza, na esteira de uma liberdade positiva e substancial/efetiva, e não apenas em uma perspectiva formal e negativa, posto que a pessoa humana deve ser capaz de autodeterminar-se e, para isso, necessita ter acesso a um conjunto de bens (RUZYK, 2009, p. 16).

Resumidamente, com base na obra de Carlos Eduardo Pianovski Ruzyk, serão explicados os principais conceitos que circundam a liberdade. Em primeiro lugar, a liberdade negativa é a ausência de coerção do Estado e agentes privados na vida da pessoa, enquanto que a liberdade positiva é a “liberdade vivida” em dados lugares da intersubjetividade privada, como se percebe nas relações de família, tratando-se de proteger a possibilidade de o indivíduo traçar escolhas e persegui-las racionalmente (2009, p. 25). Nesse desiretado, vislumbra-se o alcance da proteção da liberdade negativa no campo do dano moral quando ocorre o cárcere privado em restaurantes, hotéis ou até mesmo uma prisão ilegal, posto se tratar de uma interferência ilegal na liberdade de locomoção, ao passo que se verifica a violação da liberdade positiva em longas esperas em filas ou em aeroportos, o que acarreta a frustração de caminhos e planos traçados para aquele dia, o que a longo prazo poder-se-ia estender para a perda de ente querido ou violação da integridade física que afete a profissão, a prática de esportes, de lazer e contemplação.

No que tange a classificação liberdade individual e coletiva, assevera-se que a liberdade não pode ser vista apenas em uma perspectiva centrada no indivíduo, pois a sociedade em redes é “um conceito instrumental à compreensão de que, na realidade, nem as instituições se formam a partir da vontade individual soberana, nem, tampouco, são entes que organicamente absorvem os indivíduos, movendo-se rumo a um destino inexorável” (2009, p. 48), motivo pelo qual a pessoa deve ser compreendida em suas múltiplas e complexas relações com os demais, ou seja, “o indivíduo se autoconstitui socialmente no âmbito dessas condições empíricas, pleno de contradições, permeado pela necessidade, mas no quais há o espaço para o exercício de liberdade” (2009, p. 48).

Assim, partindo do pressuposto que a “liberdade do indivíduo abstrato isolado da concretude de seus vínculos sociais” (2009, p. 50), surge a possibilidade de ligarmos o tema da liberdade a nível coletivo e de laços com outros com o dano moral, especialmente no tocante à perda de ente querido e abandono afetivo e, em critério de quantificação como a perda de relações e do prazer de realizar atividades, de modo que nesses casos se percebe que a pessoa tem diminuído o seu campo de relações com o mundo e com os outros. Em sendo a razão disso um ato ilícito, é possível surgir o dever de indenizar.

O autor também aprofunda o conceito de liberdade como insubordinação de Michael Foucault, que se caracteriza como a possibilidade de resistir às estruturas de poder, seja do Estado

ou dos agentes privados, não vislumbrando a liberdade apenas como ausência de coerção em seu sentido negativo. Portanto, para alguém ser livre, não basta que não interfiram em sua liberdade, como também é necessário que possa se insurgir diante das estruturas de poder, rompendo com os esquemas de adestramento social propagados pelo poder disciplinar – poder sobre o corpo - e pelo biopoder – poder sobre a sociedade (2009, p. 52/57). Nesse viés, é possível refletir sobre a incidência desse conceito de liberdade no âmbito do dano moral para rechaçar demandas indenizatórias em face de pessoas que estavam se negando ao exercício dos padrões de comportamento impostos pela rede de relações de poder, especialmente no caso de pessoas que fazem parte de grupos vulneráveis como indígenas, negros, gays, mulheres e pessoas com necessidades especiais.

Por fim, existe a divisão entre liberdade formal e substancial. A formal traz a ideia de que “em tese, todos podem exercer sem sofrer coerção estatal, mas que não toma em consideração limites ou condicionamentos concretos, nem, tampouco, condições objetivas de exercício” (2009, p. 60); a substancial significa a “possibilidade efetiva de se fazer o que se valoriza” e implica em ter “as condições materiais e subjetivas de exercício da liberdade formal. Restrições materiais que eliminam concretamente as escolhas possíveis limitam liberdade efetiva” (2009, p. 60). Com base nessas linhas, informa-se que a responsabilidade civil não tem o condão de distribuir os bens na sociedade de forma justa, posto que lida com reparação e prevenção de danos injustos no bojo de relações entre pessoas, porém é possível conceber a liberdade substancial violada nos casos de dano moral envolvendo atraso de salários e de pensão alimentícia, assim como todos aqueles danos físicos ou psíquicos que fulminem as escolhas e planos dos indivíduos.

Todas essas concepções de liberdade (positiva, negativa, formal, substancial, como insubordinação, individual e coletiva) são importantes para o direito civil de acordo com a tese de Carlos Eduardo Pianovski Ruzyk, que assevera que a liberdade individual é insuficiente ante a extensão do comando constitucional pertinente ao direito fundamental de liberdade, pois não se é livre sozinho, fortalecendo a solidariedade; a liberdade formal também não é suficiente porque é preciso da liberdade substancial de modo a assegurar um conjunto capacitatório apto a ensejar um nível de liberdade(s) compatível com uma vida digna; a liberdade negativa unicamente considerada também não é adequada para diversas searas do direito civil, como o contrato, que também é um instrumento para satisfação de necessidades e promoção de liberdade(s), e como a família,

importante para a liberdade positiva dos indivíduos na constituição de suas relações existenciais de afeto (2009, p. 376/380).

Ressalta-se que a liberdade individual representa uma pretensão legítima à livre vontade e determinação, sem limitação às escolhas nem ao projeto de vida e sofre limitações relacionadas aos bens jurídicos de outros cidadãos, como a intimidade, honra, privacidade, a propriedade privada, dentre outros. Por esse motivo, a liberdade não pode ser exercida a qualquer preço e é nesta limitação que se vê inúmeros humoristas, jornalistas, cantores e políticos serem condenados a pagar danos morais individuais ou coletivos por afrontarem outros bens jurídicos, como nos casos notórios envolvendo o humorista Rafinha Bastos e a cantora Vanessa Camargo e o relacionado ao Deputado Federal Jair Bolsonaro e as comunidades quilombolas e população negra.

Caso a liberdade em qualquer dimensão seja violada, é possível o reconhecimento do dano moral indenizável por afetar a faceta existencial do ser humano, devendo a fixação do valor indenizatório avaliar a intensidade, duração e magnitude do dano, dentre outros. Como exemplos de violações à liberdade: a) rigor excessivo no exercício da autoridade parental; b) a restrição à manifestação de pensamento e de crítica; c) a prisão ilegal³⁵; d) o cárcere privado; e) fechamento arbitrário de exposições de arte ou de shows artísticos; f) proibição de empregado ir ao banheiro³⁶; g) trancamento da empresa para que empregado saia apenas quando o gerente abrir o cadeado, obrigando o funcionário a ficar enclausurado no ambiente de trabalho³⁷.

³⁵ Assim já se manifestou o Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso Especial n. 220982/RS, de Relatoria do Ministro José Delgado, com acórdão publicado dia 03/04/2000, o qual asseverou: “o Estado está obrigado a indenizar o particular quando, por atuação de seus agentes, pratica contra o mesmo, prisão ilegal. Em caso de prisão indevida, o fundamento indenizatório da responsabilidade do Estado deve ser enfocado sobre o prisma de que a entidade estatal assume o dever de respeitar, integralmente, os direitos subjetivos constitucionais assegurados ao cidadão, especialmente, o de ir e vir. O Estado, ao prender indevidamente o indivíduo, atenta contra os direitos humanos e provoca dano moral ao paciente, com reflexos em suas atividades profissionais e sociais”.

³⁶ Nessa linha, já se manifestou o Tribunal Superior do Trabalho, no julgamento do Agravo Interno em Recurso de Revista n. 3429-68.2015.5.10.0802, de Relatoria do Ministro José Roberto Freire Pimenta, com acórdão publicado dia 27/10/2017.

³⁷ Nesse sentido já decidiu o Tribunal Superior do Trabalho, no julgamento do Recurso de Revista n. 9635720145120034, de Relatoria do Ministro Antônio José de Barros Levenhagen, com acórdão publicado dia 10/03/2017.

1.5.14 PERDA DE TEMPO ÚTIL

O tempo é um bem precioso e caro para a consecução dos projetos de vida e contemplação de momentos sozinho, com família ou amigos, e, como se não bastasse, é imparável e irrecuperável. A preservação do tempo útil trata-se, portanto, de um interesse existencial digno de tutela jurídica posto que a ninguém é lícito ofender tal bem que o ser humano pode destinar ao seu lazer, educação, trabalho e descanso.

Contudo, cabe asseverar que não é o tempo o bem jurídico aqui protegido, pois este é uma grandeza física relacionada a um espaço e uma construção da racionalidade humana, motivo pelo qual, assim como a gravidade ou o espaço, não faz parte da esfera jurídica de ninguém, pois o que é protegido é a forma como o tempo é administrado por alguém: “a tutela do tempo, portanto não é a tutela do tempo em si, mas do direito que cada ser humano tem de utilizá-lo livremente da forma que entender melhor” (TARTUCE; COELHO, 2017, p. 6).

Este bem jurídico pode ser identificado como um bem existencial juridicamente protegido a partir do princípio da integridade psíquica, pois presume-se que a tomada de tempo de forma indevida em uma intensidade acima do normal desestabiliza o balanço mental. De outro lado, pode ser extraído do princípio da liberdade, na medida em que a perda do tempo útil pode ser identificada como a ofuscação do caminho traçado diariamente, ganhando acentuada importância o “reconhecimento de que certos atos que desperdiçam indevidamente o recurso temporal de terceiros fará com que haja um desincentivo dos fornecedores em agir em desrespeito aos interesses dos consumidores” (TARTUCE; COELHO, 2017, p. 8).

Reforça-se o cabimento do dano moral pela perda do tempo útil pela legítima proteção que o consumidor, por exemplo, goza em relação a um nível adequado de qualidade dos serviços. Adiciona-se que mesmo diante da ausência de previsão expressa - como a imagem, privacidade, intimidade, honra, vida, saúde - sabe-se que uma das principais características do direito de danos no Brasil, como visto no preâmbulo da presente pesquisa, é a existência de uma cláusula aberta apta a reconhecer hipóteses de danos indenizáveis não pensadas pelo legislador ou constituinte.

Se os princípios constitucionais devem ser robustecidos, maximizados e potencializados, em uma visão mais elástica do direito à liberdade, poder-se-ia interpretar que o “roubo” de tempo útil de alguém atinge o plano concretamente traçado a curto ou a longo prazo, atrapalhando a

liberdade que todos possuem de planejar sua vida e seu dia-a-dia sem interferência injustificada de outros.

Este autor, acompanhando precedente do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, no julgamento da Apelação n. 0099632-11.2011.8.19.0001, de Relatoria do Desembargador Marcelo Lima Buhatem, com acórdão publicado dia 19/11/2013³⁸, considera que a tomada indevida de tempo de outrem gera o direito à compensação por danos morais e a perda de tempo útil não se configura espécie autônoma de dano, como uma nova modalidade ao lado do dano material e do moral. Em verdade, trata-se de mais um interesse existencial protegido pelo direito que pode ser encontrado no emaranhado normativo de nosso sistema jurídico, se pela perda da paz e do sossego decorrente do bem jurídico da integridade psíquica, seja pela perda dos projetos e planos diários relacionado à liberdade, ou, como assevera Sergio Sebastián Barocelli, como violação do direito ao tratamento digno (não ser instrumento para fins) e equitativo (ser tratado de forma igualitária e sem diferenciações injustas), o que implica no respeito à humanidade das pessoas que depositaram confiança em produtos e serviços (2013, p. 14).

Seja como for, uma vez ultrajado, concede à vítima direito de indenização, como por exemplo nos casos de horas extras reiteradas sem o respectivo pagamento e anuência do empregado; espera de horas em filas de banco; dezenas de ligações para obter informação ou cancelamento de serviço; atraso desmedido de voo; ou qualquer outra situação que a vítima teve um gasto de tempo de seu planejamento que não estava sendo esperado.

Frisa-se que a tomada do tempo não necessariamente deve estar roubando um tempo dedicado ao trabalho, posto que independentemente de como o tempo seria usado, tal bem jurídico é violado pelo simples fato de privar a vítima do seu livre usufruto. Tal tempo pode até estar relacionado à solidão e isolamento, o qual é pressuposto fundamental para a realização humana, na proporção em que serve para recompor forças e analisar erros e acertos. Portanto, necessita-se do isolamento para experiências engrandecedoras, porque na solidão ocorre a comunicação “com o sobrenatural; cultiva a inteligência e o talento; o gênio desborda no campo próprio de sua expansão;

³⁸ “há que se considerar que houve perda do tempo útil da apelante, impondo-se a contatos telefônicos demorados, irritantes e infrutíferos, retirando o consumidor de seus deveres e obrigações, e da parcela de seu tempo que poderia ter direcionado ao lazer ou para qualquer outro fim. Uma vez que não tomou a devida cautela, na condução da relação jurídica e na observância das determinações legais, o dano decorre in re ipsa, ensejando o pagamento de compensação a título de danos morais”.

o amor pode manifestar-se com plenitude; os efeitos entranháveis crescem e florescem; o homem sofre e chora” (SANTOS, 2015, p. 403).

A esse respeito também discorreu o filósofo francês Antonin-Gilbert Sertillanges, ensinando que a solidão interior e o silêncio são as asas de qualquer pessoa, porque todas as obras grandes foram preparadas no deserto e todos os gênios pagam um tributo ao isolamento, à vida silenciosa e à noite. Assim, os mais belos cantos da natureza ressoam à noite. O rouxinol, o sapo com voz de cristal e o grilo cantam à sombra. O galo proclama o dia e não fica a esperá-lo. Todos os anunciadores, todos os poetas têm de mergulhar na grande vacuidade que é uma plenitude (SERTILLANGES, 2015, p. 53). Ilustrando com exemplos de intelectuais do passado a importância da solidão, do isolamento e do silêncio, o filósofo francês lembra que são nesses momentos que a criatividade e a inteligência afloram:

Lacordaire dizia que ele tinha feito para si em seu quarto, um horizonte mais vasto que o mundo. Descartes se trancava em seu forno. Platão declarou que ele consumia mais azeite em sua lâmpada do que vinho em seu cálice. Bossuet levantava-se à noite para seu encontro com o gênio do silêncio e da inspiração. Os grandes pensamentos não vêm do barulho e dos problemas fúteis. Quando a tranquilidade do silêncio sobe em nós e quando a paz instaura a ordem das ideias, dos sentimentos, das investigações, estamos na disposição máxima para a aprendizagem. Pé à obra: não é hora de cuidar da vidinha enquanto o tempo voa, não é hora de vender o céu a troco de quase nada (2015, p. 53).

Como exemplos de violações a este bem jurídico destacam-se: a) longas esperas em filas de supermercado, planos de saúde, bancos, órgãos públicos, concessionárias de energia elétrica; b) dezenas de ligações para cancelamento de produtos ou serviços em relações de consumo; c) horas extras reiteradas em relações de trabalho, dentre outros. Como critérios para aferir o *quantum* indenizatório: o tempo tomado; as condições pessoais da vítima (grávida, idoso, mulher com crianças pequenas, etc); eventuais prejuízos no trabalho ou em família, dentre outros. Acrescenta Sergio Sebastián Barocelli que além da indenização compensatória, é fundamental um acréscimo na verba indenizatória de cunho punitivo, em razão de que o ofensor tem baixa probabilidade de ser responsabilizado pelo dano que causou e a indenização eminente compensatória não será suficiente para promover equilíbrio ótimo de serviços no mercado e a internalização de custos de modo a tornar a lesão a esse bem jurídico desvantajosa do ponto de vista do custo-benefício: “entendemos que el instituto de los daños punitivos constituye una herramienta eficaz em manos de la autoridade jurisdiccional a efectos de disuadir la conducta del sujeto dañador y otros

competidores en el mercado, ejemplificar situaciones de particular gravedad y prevenir eventuales situaciones análogas en el futuro” (2013, p. 17).

1.5.15 COMO IDENTIFICAR O MERO DISSABOR/ABORRECIMIENTO?

É inerente à vida humana o conflito de interesses, o choque de ideias, a beligerância e até mesmo animosidade decorrente das diferenças entre as pessoas. Por mais paradoxal que seja, é bom que haja um nível mínimo de conflitos, discordâncias e desacordos, uma vez que dessa forma o ser humano passa a ter empatia pelo outro, passa a se colocar no papel do outro no sentido de buscar compreensão das diferenças e do respeito das mesmas. Assim, pessoas, ideias e interesses se chocam, isso é a vida, de modo que “aborrecimentos comuns do dia a dia, meros dissabores normais e próprios do convívio social, não são suficientes para originar danos morais indenizáveis” (trecho do voto do Relator do Recurso Especial n. 1652567/PA, Ministro Ricardo Villas Bôas Cuevas, em julgamento realizado perante o Superior Tribunal de Justiça, com acórdão publicado dia 29/08/2017).

Deste modo, o mero dissabor ou mero aborrecimento veio sendo construído pela jurisprudência brasileira em casos concretos, onde “se reconhece a ocorrência de um ilícito que causou uma interferência na situação jurídica extrapatrimonial do indivíduo, mas se nega que essa interferência seja tamanha, a ponto de existir dano moral” (VERBICARO; PENNA E SILVA; LEAL, 2017, p. 90). Nesse sentido, acentua Ernest Weinrib que não é qualquer dano ou desvantagem que será considerada uma injustiça para os propósitos da compensação por danos (WEINRIB, 2013, p. 26).

Assim, mesmo havendo violação a um interesse tutelado, é possível rechaçar a indenização por danos morais de gravames que se equiparam a miudezas do cotidiano, a problemas corriqueiros que todos enfrentam nas batalhas do dia. Nessa linha, um atraso de voo de 15 minutos causa um dano existencial que se compara ao elevador parado de um prédio que force os condôminos a subirem de escada; atraso na informação de que, em virtude da incompatibilidade curricular, a estudante retornaria significativos períodos do curso de enfermagem em sua transferência

universitária³⁹; desconto em conta corrente de parcela de mensalidade relativa a revista que não teve o contrato renovado⁴⁰; o dano por paralisação do serviço de internet por alguns minutos é comparável à porta que se encontra emperrada, tornando necessário acionar um chaveiro; o vício de um eletrodoméstico que foi adquirido e teve que ser levado à loja para a substituição é equiparável à uma entrada fechada da faculdade que exige a volta no quarteirão à pé para entrar pela entrada liberada. Em todos estes casos eventual pedido de dano moral deve ser julgado improcedente, sob pena de suportar-se o crescimento da hipersensibilidade que torne inviável a vida em sociedade, como explica Antônio Santos Jeová:

Há pessoas que diante de qualquer pretexto, ficam vermelhas, raivosas, enfurecidas. Não se pode dizer que não houve lesão a algum sentimento. Seria proteger alguém que não suporta nenhum aborrecimento trivial, o entendimento que o dano moral atinge qualquer gesto que cause mal-estar. Simples desconforto não justifica indenização. Existe um mínimo de incômodos, inconvenientes ou desgostos que, pelo dever de convivência social, há um dever geral de suportá-los. Existe um piso de inconvenientes que o ser humano tem de tolerar, sem que exista o autêntico dano moral (2015, p. 79/81).

Outros exemplos de mero dissabor/aborrecimento são fornecidos por esse mesmo autor: se um motorista xinga outro depois de uma manobra arriscada ao volante, não se vá inferir que adveio dano moral; desabafo de cliente com o funcionário mais próximo e que passe mais tempo ouvindo-a; árbitro de futebol que, no estádio ouve de torcedores enraivecidos adjetivos pouco recomendáveis (2015, p. 81).

A grande celeuma se instaura quando o Poder Judiciário passa a estender o manto do mero dissabor/aborrecimento para situações concretamente caracterizadoras de dano moral indenizável, nivelando o nível ético da sociedade por baixo e não contribuindo em nada para estabelecer diretrizes de comportamentos intoleráveis no bojo da convivência em sociedade. Manifesta-se profunda revolta diante de pretensões indenizatórias julgadas improcedentes relativas à espera de

³⁹ Trata-se de julgado do Superior Tribunal de Justiça, que, no julgamento do Recurso Especial 1655126/RJ, com acórdão publicado dia 14/08/2017, de Relatoria da Ministra Nancy Andrigui, asseverou que “nem toda frustração de expectativas no âmbito das relações privadas importa em dano à personalidade, pois é parcela constitutiva da vida humana contemporânea a vivência de dissabores e aborrecimentos”.

⁴⁰ Nesse sentido já decidiu o Tribunal de Justiça de São Paulo, no julgamento da Apelação n. 0000898-32.2013.8.26.0495, de Relatoria do Desembargador Caio Marcelo Mendes de Oliveira e acórdão publicado dia 21/08/2014.

4 horas em fila de banco; envio não autorizado de cartão de crédito⁴¹; atraso na entrega de imóvel; pequenos acidentes de consumo; agressões verbais de vizinho ou colega de trabalho; alimentos contendo corpo estranho, dentre outras. Em todas essas circunstâncias o dano experimentado não se equipara ao elevador parado e a porta emperrada, não possuindo o mesmo nível de problemas enfrentados no dia-a-dia, pelo que não podem ter a pretensão indenizatória rechaçada sob o argumento do mero dissabor/aborrecimento.

Nessa perspectiva, cabe sublinhar o artigo intitulado “O mito da indústria do dano moral e a banalização da proteção jurídica do consumidor pelo Judiciário brasileiro” (VERBICARO; PENNA E SILVA; LEAL, 2017, p. 90), o qual investiga como o desenvolvimento da jurisprudência envolvendo dano moral promoveu ideias que limitam a proteção jurídica extrapatrimonial, como a categoria do “mero aborrecimento”. Nessa pesquisa, os autores mostram que o Judiciário muitas vezes enxerga o autor da demanda como alguém que deseja enriquecer e que quando se opta pelo juizado especial, já se interpreta que se trata de uma discussão secundária, rechaçando pretensões indenizatórias legítimas ou acolhendo-as em valores pífios, contribuindo em última instância para a reiteração da prática ilícita (VERBICARO; PENNA E SILVA; LEAL, 2017, p. 85/86).

Concluem que a propagada ideia de que as condenações em dano moral afetam a saúde financeira das empresas, que são as maiores demandas do Judiciário e que são fixadas em montas elevadas não se sustentam diante de pesquisas empíricas e dados oficiais, que demonstram que o dano moral é a décima terceira maior demanda no Brasil na justiça comum e que apenas 3% das indenizações são fixadas acima de R\$ 100.000,00 (VERBICARO; PENNA E SILVA; LEAL, 2017, p. 81/84). Diante disso, a referida pesquisa demonstra que o desistesse por uma investigação séria de critérios de quantificação do dano moral é um dos sintomas do descrédito que demandas envolvendo dano moral possuem no Brasil, o que dialoga com a presente tese, que se prega um resgate de parâmetros de quantificação do dano moral interessados na real magnitude do dano sofrido pela vítima.

⁴¹ Nesse sentido, já decidiu o Superior Tribunal de Justiça no julgamento do Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial n. 604582/RJ, de Relatoria do Ministro Raul Araújo, com acórdão publicado dia 07/12/2015.

1.6 A PROBLEMÁTICA ENVOLVENDO A (DES) NECESSIDADE DE DANO-PREJUÍZO PARA CONFIGURAR O DANO MORAL INDENIZÁVEL

Nem sempre se pode exigir a prova de uma consequência lesiva concreta (dano-prejuízo) para configurar o dever de indenizar. Assevera-se que as sensações de determinadas consequências lesivas, como sofrimento, dor, vexame, dentre outros, se revelam, algumas vezes, como consequências da ofensa a um bem jurídico existencial, mas não podem se impor como condição inarredável para a configuração do dano moral indenizável. Do contrário, seria preciso exigir, para a compensação por dano moral, que o consumidor que comesse um pão com um mosquito fosse hipersensível a ponto de manifestar espanto; que o trabalhador que sofresse constantes ameaças fosse frágil a ponto de se sentir humilhado; que o bebe prematuro com braço amputado fosse precoce a ponto de gritar de dor; que a mulher que sofresse uma apalpada em partes íntimas fosse atingida a ponto de sentir-se envergonhada; que o vizinho que fosse vítima de filmagem em momentos íntimos fosse reservado a ponto de externar seu sentimento de humilhação; que o artista que fosse vítima de utilização indevida de sua obra (música, quadro) ou de sua própria imagem fosse tão zeloso a ponto de se contorcer de raiva; que uma pessoa em coma induzido no leito de uma UTI xingada gravemente por alguém fosse ágil o suficiente para acordar e se enfurecer com as palavras deduzidas contra sua pessoa. Não, o dano moral não é isso, pois, embora essas consequências relativas às condições pessoais da vítima possam ser levadas em conta no momento de majorar o valor indenizatório, em nada têm relevância no momento de definir se houve ou não o dano moral indenizável, como ensina Carlos Roberto Gonçalves:

O direito não repara qualquer padecimento, dor ou aflição, mas aqueles que forem decorrentes da privação de um bem jurídico sobre o qual a vítima teria interesse reconhecido juridicamente [...] o dano moral não é a dor, a angústia, o desgosto, a aflição espiritual, a humilhação, o complexo que sofre a vítima do evento danoso, pois esses estados de espírito constituem o conteúdo, ou melhor, a consequência do dano (2009, p. 616).

No âmbito do STJ, infere-se uma tendência pela prescindibilidade da prova da consequência lesiva para fazer *jus* à indenização por dano moral (dano moral *in re ipsa*), tendo em vista que o Tribunal da Cidadania tem fixado diversas teses nesse sentido: a) cabimento de dano moral *in re ipsa* em casos de agressão doméstica, não se mostrando razoável a exigência de instrução

probatória para avaliar o dano psíquico, o grau de humilhação ou diminuição da autoestima, na medida em que a própria conduta do agressor já está imbuída de menosprezo à dignidade e ao valor da mulher como pessoa, ou seja, os danos morais dela derivados são evidentes e nem têm mesmo como ser demonstrados (Resp 1675874/MS, julgado pela Terceira Seção, acórdão publicado dia 08/03/2018, Relator Ministro Rogério Schietti Cruz); b) cabimento de dano moral *in re ipsa* pela erro da instituição financeira em abrir conta em nome da vítima a partir de documentos falsificados por terceiros (fraude e delito), que se caracteriza como indenizável independentemente de qualquer intercorrência adicional do fato lesivo (Resp 1.197.929/PR, julgado pela Segunda Seção, acórdão publicado dia 12/09/2011, Relator Ministro Luís Felipe Salomão); c) cabimento de dano moral *in re ipsa* por recusa indevida de cobertura de plano de saúde (Resp 1.583.117/RS, julgado pela Quarta Turma, acórdão publicado dia 22/03/2018, Relator Ministro Lázaro Guimarães); d) cabimento de dano moral *in re ipsa* pela mera utilização não autorizada da imagem para fins comerciais, sem ter qualquer necessidade de provar situação vexatória (AgInt nos EDcl no REsp 1631429 / SC, julgado pela Terceira Turma, acórdão publicado dia 27/03/2018, Relator Ministro Marco Aurélio Bellizze); e) cabimento do dano moral *in re ipsa* em decorrência de inscrição indevida em cadastro de restrição de crédito (Resp n. 1.059.663/MS, julgado pela Terceira Turma, acórdão publicado dia 17/12/2008, Relatora Ministra Nancy Andrighi); f) cabimento de dano moral *in re ipsa* por exposição de fotos de crianças realizando trabalho infantil, por si só uma situação vexatória, pelo que o STJ entendeu pela absoluta desnecessidade de prova de consequências lesivas (Resp 1628700/MG, julgado pela Terceira Turma, acórdão publicado dia 01/03/2018, Ministro Relator Ricardo Villas Bôas Cueva); g) cabimento do dano moral *in re ipsa* por uso indevido da marca, ou seja, sua configuração decorre da mera comprovação da prática de conduta ilícita, revelando-se despicienda a demonstração de prejuízos concretos perante a clientela ou outras empresas, considerando que marca é qualquer sinal que distingue bens ou serviços da empresa no mercado, sendo um bem imaterial extremamente valioso (Resp 1327773/MG, julgado pela Quarta Turma, acórdão publicado dia 15/02/2018, Ministro Relator Luís Felipe Salomão); h) cabimento do dano moral *in re ipsa* para qualquer vítima de crimes, explanando que o dano moral nestes casos decorre da própria conduta tipificada como crime, não havendo necessidade de prova de qualquer dano (AgInt no REsp 1694713/MS, julgado pela Sexta Turma, acórdão publicado dia 16/10/2017, Ministra Relatora Maria Thereza de Assis Moura); i)

cabimento do dano moral *in re ipsa* no caso de ofensas proferidas a policial militar durante show musical (Resp 1677524/SE, julgado pela Terceira Turma, acórdão publicado dia 10/08/2017, Relatora Ministra Nancy Andrighi); j) cabimento do dano moral *in re ipsa* tendo em vista o mero tombamento do ônibus mesmo não ocorrendo qualquer lesão física nos passageiros, aduzindo que o tombamento de veículo supera em muito os contratempos da vida cotidiana (AgInt no REsp 1459856/MA, julgado pela Terceira Turma, acórdão publicado dia 03/08/2017, Relator Ministro Paulo de Tarso Sanseverino); k) cabimento do dano moral *in re ipsa* por simplesmente "levar à boca" sem ingerir alimento com corpo estranho, fundamentando a simples aquisição de produto contendo em seu interior corpo estranho expõe o consumidor à risco concreto de lesão à sua saúde ainda que não ocorra a ingestão de seu conteúdo (Resp 1644405/RS, julgado pela Terceira Turma, acórdão publicado dia 09/11/2017, Relatora Ministra Nancy Andrighi); l) cabimento do dano moral *in re ipsa* em consequência de atraso de voo, de onde se presume do próprio fato o desconforto e aflição do passageiro (Resp 299.532/SP, julgado pela Quarta Turma, acórdão publicado dia 23/11/2009, Relator Ministro Honildo Amaral de Mello Castro); m) cabimento do dano moral *in re ipsa* pela morte de parente, sendo presumido o trauma e o sofrimento dos familiares mais próximos (Resp 1.165.102/RJ, julgado pela Quarta Turma, acórdão publicado dia 07/12/2016, Relator Ministro Raúl Araújo).

Contudo, uma coisa é refletir sobre a necessidade de prova da consequência lesiva e outra coisa é discutir sobre se o dano-evento (a violação de um bem existencial) por si só já comporta a surgimento do dever de indenizar, pois aqui poder-se-ia exigir a prova não necessariamente de dor e sofrimento, mas de qualquer outra consequência lesiva (dano-prejuízo). Cabe destacar que sob um viés estritamente compensatório da responsabilidade civil a mera tentativa de praticar o dano, o dano-evento, não é suficiente para que surja a obrigação de indenizar, exceto quando for possível presumir o dano-prejuízo – sendo dispensável a prova, como visto acima – ou em caso da tentativa que gerou perigo de vida ou de integridade corporal (exposição do perigo), porque neste caso há, independentemente de o resultado lesivo não ocorrer, um gravame e desvalor à pessoa humana, especialmente por conta da incontrollabilidade dos riscos que uma sociedade altamente científica e tecnológica imprime em escala massificada. Logo, pela própria incapacidade de a racionalidade científica promover instrumentos eficientes e adequados aos riscos da desenfreada produção industrial, engendrando uma nuvem de insegurança e medo no campo da proteção da pessoa

humana em razão da falta de prevenção de danos, torna-se um dano moral indenizável a exposição ao perigo, pelo simples valor incomensurável a interesses existenciais mezinhos.

Esse medo e insegurança intrínsecos às relações massificadas trazem consigo a dura realidade de que o risco de danos é habitual, havendo inclusive certa “previsibilidade” do risco, já que o conhecimento tradicional não dá conta de breçar a ocorrência de danos ou não possui consciência da proteção das vítimas, como explica Rafaele di Giorgi: “esta sociedade começa ali onde falham os sistemas de normas sociais que haviam prometido segurança. Estes sistemas falham pela sua incapacidade de controlar as ameaças que provêm das decisões” (1998, p. 196).

Contudo, fora do caso heterodoxo da exposição ao perigo, na esteira de uma função unicamente compensatória, a configuração do dano moral indenizável necessita de uma consequência lesiva que atinja injustamente um interesse existencial tutelado pelo Direito, independentemente da violação ter atingido primeiramente um bem patrimonial ou moral. Portanto, para vislumbrar o dano moral ressarcível é preciso identificar a ofensa a um direito ou interesse existencial tutelado juridicamente somado a uma consequência efetivamente lesiva, que na maior parte das vezes será presumida, de modo que a mera tentativa não acarreta responsabilidade civil de cunho compensatório, visto que “a simples possibilidade de dano, a situação meramente hipotética, não chegará a ser dano moral” (SANTOS, 2015, p. 73).

Nesse sentido, o dano já não se identifica apenas com a lesão a um interesse de índole patrimonial ou extrapatrimonial, ou a um interesse que é pressuposto daquele, como destaca Ramon Daniel Pizarro (1996, p. 46): “sino que es la consecuencia prejudicial o menoscabo que se desprende de la aludida lesión. Entre la lesión y el menoscabo existe una relación de causa a efecto. El daño resarcible es esto último”. Vale dizer, “a simples possibilidade de dano, a situação meramente hipotética, não chegará a ser dano moral (SANTOS, 2015, p. 73).

É verdade que este autor e a professora Pastora Leal, em artigo intitulado “Responsabilidade civil sem dano-prejuízo” (2017) defenderam a tese da viabilidade - para casos de extrema gravidade, marcados por profundo desrespeito aos direitos alheios e reiteração de condutas danosas - de condenação a uma verba indenizatória mesmo sem a consolidação do dano-prejuízo. Contudo, tal investigação estava assentada na função punitiva/educativa/preventiva/pedagógica da responsabilidade civil, a qual também já abordamos nos artigos “A fundamentação ética dos punitive damages e do dever de prevenir danos” (2017), “Requisitos objetivos e subjetivos do

punitive damages: critérios à aplicação no direito brasileiro” (2017), “Análise crítica da indenização punitiva e responsabilidade objetiva no Brasil à luz da teoria de Jules Coleman” (2017), assim como no livro “Indenização punitiva (punitive damages) e os danos em massa” (2015). Desta feita, apenas sob essa perspectiva é imaginável abraçar essa tese, ou seja, quando além do interesse em compensar, a responsabilidade civil se preocupa com o grau de censurabilidade da conduta do ofensor e o objetivo de prevenir danos.

Contudo, dentro de uma perspectiva eminentemente compensatória, o dano moral ressarcível necessita obrigatoriamente de uma consequência lesiva decorrente da lesão a um interesse extrapatrimonial ou patrimonial, nem que seja ao menos essa consequência lesiva presumida por intermédio do conhecimento prático do juiz. Nesse sentido, destaca Ramon Daniel Pizarro:

No resulta adecuado definir el daño moral resarcible como mera lesión a un derecho extrapatrimonial, o a un interés legítimamente protegido; o a un interés no patrimonial (o espiritual) que es presupuesto de un derecho subjetivo. Habrá que estar siempre, además, a la repercusión que la acción provoca en la persona. El daño moral importa, pues, una minoración en la subjetividad de la persona, derivada de la lesión a un interés no patrimonial. O, con mayor precisión, una modificación disvaliosa del espíritu en el desenvolvimiento de su capacidad de entender, querer o sentir, consecuencia de una lesión a un interés no patrimonial, que habrá de traducirse en un modo de estar diferente de aquel al que se hallaba antes del hecho, como consecuencia de éste y anímicamente prejudicial (1996, p. 46/47).

Aproveita-se essa discussão teórica para elucidar que mesmo em se tratando de pessoas que possuem plena capacidade dos sentidos, ainda que nenhuma lesão existencial aparente se manifeste por dor, sofrimento, humilhação, dentre outros, é possível a caracterização do dano moral indenizável, visto que o que interessa é a lesão a um interesse ter atingido alguma das possibilidades intelectuais ou ter conduzido a pessoa a encontrar-se em uma situação anímica indesejável, pois nestas hipóteses há um patente desvalor subjetivo por meio da qual um bem jurídico vital foi atingido e não se trata de uma mera tentativa. Além do mais, é possível o juiz, pelo conhecimento prático e regras de experiência, justificar ser presumida a referida lesão concreta, chamado pela doutrina de dano *in re ipsa*, ou seja, trata-se de um dano moral “a guisa de uma presunção natural, uma presunção hominis, que decorre das regras da experiência comum” (CAVALIERI FILHO, 2012, p. 83). Nesse sentido, já decidiu o Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso

Especial n. 1.292.141/SP, com acórdão publicado dia 12/12/2012, no qual o voto vencedor da Ministra Nancy Andrighi estabeleceu que:

Dispensa-se a comprovação de dor e sofrimento, sempre que demonstrada a ocorrência de ofensa injusta à dignidade da pessoa humana. (...) A violação de direitos individuais relacionados à moradia, bem como da legítima expectativa de segurança dos recorrentes, caracteriza dano moral *in re ipsa* a ser compensado.

No caso acima, os autores ajuizaram ação de indenização por danos morais contra a Petróleo Brasileiro S/A em virtude de rompimento de gasoduto de propriedade da mesma durante obras em uma rodovia, o que formou uma nuvem de gás sobre os bairros vizinhos, o que obrigou os ofendidos a deixarem suas casas às pressas. Outras situações lesivas podem ser imaginadas que independem de exteriorização de sentimentos ou sensações: a) consumidor que encomenda bolo para comer com sua família e se depara com uma barata. Mesmo que não comam o bolo, há um desvalor que atinge a subjetividade do ofendido a ponto de caracterizar não apenas a lesão a um interesse juridicamente protegido, mas também a lesão existencial concreta, especialmente sopesando o momento de desprazer que experimentou, o que inclusive se caracterizaria de forma presumida pelo conhecimento prático de um juiz; b) artista famoso que teve sua imagem relacionada a um produto em campanha publicitária sem sua autorização. Neste caso, mesmo que o artista não sinta vergonha, humilhação ou descrédito de sua reputação perante a sociedade, é clarividente que houve um rebuliço no âmago da imagem do mesmo pelo simples fato de não ter autorizado. Há, de fato, a lesão a um interesse e a constatação a um dano concretamente experimentado.

Deste modo, não importa qual a repercussão decorrente do fato, pois desde que prejudicial à vítima, representando diminuição de interesses legítimos, na concepção do homem médio na sociedade, deve haver indenização por dano moral (BITTAR, 2015, p. 110). Nesse caso, quando um ato diminua ou cause menoscabo aos bens imateriais, pode ser considerado dano moral pelo simples argumento de que tal conduta tirou do ser humano aquilo que é dele, como no caso de um jogador de futebol que tem sua imagem veiculada em um jogo de videogame sem sua autorização (SANTOS, 2015, p. 43).

Assim sendo, não se pode, numa perspectiva eminentemente compensatória da responsabilidade civil (e não punitiva) admitir que a simples tentativa de violação dos bens da pessoa humana se caracterize como um dano indenizável, porque somente a consideração do

interesse lesionado resulta insuficiente para demonstrar a existência de dano moral. É preciso, portanto, da ação danosa e do conseqüente “ámbito del desvalor subjetivo que genera” (PIZARRO, 1996, p. 54). Se assim fosse, condutores de veículos em alta velocidade em perímetros urbanos deveriam indenizar os pedestres postos em perigo, mesmo que não atinjam nenhum deles, assim como o banco que possui política de enganar idosos deveria, antes mesmo de conseguir um idoso para assinar o contrato, mesmo sem êxito em suas investidas, pagar indenização por danos morais.

Em um primeiro momento, poder-se-ia pensar que a responsabilidade civil adquiriria contornos assépticos com a realidade social e deixaria de cumprir com uma função nobre de cunho preventivo. Esse raciocínio não deve prosperar por dois motivos: a) essa suposta insensibilidade da responsabilidade civil só existe na dimensão do estudo da indenização compensatória, de modo que se o juiz/jurista admitir o patamar da indenização punitiva/preventiva/pedagógica/educativa, poderá aplicar sem maiores problemas indenização para tais casos onde resta ausente o dano-prejuízo e presente tão somente o dano-evento; b) mesmo dentro da perspectiva eminentemente compensatória, nada obsta que o Judiciário promova a chamada tutela inibitória diante de condutas que, mesmo sem concretizar dano-prejuízo a ninguém, atentam quanto normas mínimas de segurança e qualidade. Conforme determinam os arts. 536 e 537 do Código de Processo Civil Brasileiro (Lei Federal n. 13.105/2015), visando a coagir psicologicamente o réu a compreender que é mais vantajoso respeitar os direitos alheios que permanecer os ameaçando, pode o juiz, sem prejuízo de outras medidas indutivas, fixar multa de modo a desestimular o ofensor:

Art. 536. No cumprimento de sentença que reconheça a exigibilidade de obrigação de fazer ou de não fazer, o juiz poderá, de ofício ou a requerimento, para a efetivação da tutela específica ou a obtenção de tutela pelo resultado prático equivalente, determinar as medidas necessárias à satisfação do exequente.

§ 1º Para atender ao disposto no caput, o juiz poderá determinar, entre outras medidas, a imposição de multa (...)

Art. 537. A multa independe de requerimento da parte e poderá ser aplicada na fase de conhecimento, em tutela provisória ou na sentença, ou na fase de execução, desde que seja suficiente e compatível com a obrigação e que se determine prazo razoável para cumprimento do preceito.

Acrescenta o art. 139 do Código citado como poder do juiz, inclusive para forçar o cumprimento de obrigações pecuniárias, a adoção de todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias: “Art. 139. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe: (...) IV - determinar todas as medidas indutivas, coercitivas,

mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária.

Portanto, se uma construtora está deixando de adquirir equipamentos de proteção de trabalho, não há necessidade de fixar, a princípio, indenização por dano moral, pois pode o juiz, em ação coletiva destinada a solucionar tal ilegalidade, impor, além de multa, a medida de embargo (suspensão) da atividade, até que os equipamentos sejam comprados e instalados; se um jovem universitário todos os dias avança o sinal vermelho e dirige em alta velocidade nos arredores de uma faculdade, pode o juiz, em ação ajuizada pela Faculdade ou por qualquer aluno que está tendo seus direitos ameaçados, estabelecer multa ou até mesmo a apreensão da carteira de motorista até que o mesmo realize curso sobre direção defensiva; se um parque de diversões deixou de realizar no ano corrente a manutenção dos brinquedos, pode o juiz, além da fixação de multa por dia de descumprimento, determinar a paralisação das atividades; se uma indústria farmacêutica está em vias de pôr em circulação remédio que não passou nos testes de segurança, do mesmo modo o Judiciário tem o poder de estabelecer multa diária, determinar a busca e apreensão dos referidos produtos.

Em todas essas hipóteses podem os órgãos jurisdicionais estabelecerem multas e quaisquer medidas indutivas para forçar o cumprimento de obrigações pecuniárias, de fazer (conduta positiva do ofensor) e não fazer (conduta negativa do ofensor), contudo, jamais fixar indenização compensatória, exceto no caso de vislumbrar-se que a violação do interesse existencial acarretou de fato uma lesão concreta, como no caso de um consumidor com nome inscrito indevidamente em Cadastro de Restrição de Crédito, donde se pode inferir que o direito à honra foi vilipendiado e gerou uma consequência lesiva correlata (a reputação daquela pessoa como mal pagadora), situação análoga à violação do direito de imagem em caso de uso indevido da imagem de um ator. Mesmo que saiba-se que o valor da multa possa ser alto e devido ao exequente (a vítima em potencial), conforme dispõe o art. 537, § 2º do referido Código⁴², a isto não se pode denominar de indenização por dano moral, como também pactua Ramon Daniel Pizarro:

La obligación de resarcir el perjuicio causado, que presupone daño en sentido estricto, requiere algo más que la mera lesión (o amenaza de lesión): que medie un perjuicio en

⁴² Art. 537. (...) § 2º O valor da multa será devido ao exequente.

su espiritualidad (daño moral). Tal consecuencia – insistimos – representa el daño resarcible y no mera manifestación posible de aquél o su contenido. Sin consecuencia prejudicial – aun que medie lesión a un interés – no hay daño resarcible (1996, p. 59/60).

Logo, tais medidas inibitórias objetivando a enfrentar o perigo de dano e a iminência de situações lesivas a partir da cessação ou desestímulo da atividade ou da conduta atentatória aos direitos alheios são de suma importância para prevenir consequências lesivas e se amoldam ao princípio da inafastabilidade da jurisdição, a qual, como claramente disposto no texto constitucional, envolve qualquer lesão ou ameaça a direito (art. 5º, XXXV, CF/88). Além disso, tais medidas inibitórias, estimuladas pela mera ameaça a direitos, podem ser requeridas não só por qualquer vítima potencial, como por todos os legitimados para a Ação Civil Pública que vise a tutelar interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos, como se depreende da leitura do art. 129, III, da CF/88 e arts. 1º e 5º da Lei da Ação Civil Pública (Lei Federal n. 7.347/85) e art. 81, parágrafo único, III, do Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/90):

Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:

III - promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos;

Art. 1º. Regem-se pelas disposições desta Lei (...) as ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados:

IV - a qualquer outro interesse difuso ou coletivo.

Art. 5º. Têm legitimidade para propor a ação principal e a ação cautelar:

I - o Ministério Público;

II - a Defensoria Pública;

III - a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios;

IV - a autarquia, empresa pública, fundação ou sociedade de economia mista;

V - a associação (...)

Art. 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo.

Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de:

(...)

III - interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum.

Em matéria de ações coletivas - marcadas pela legitimidade extraordinária, onde o autor da ação (Ministério Público, por exemplo) não é o titular do direito pleiteado em juízo, embora tenha legitimidade para defender direito alheio - há uma interpenetração e complementariedade de vários diplomas legais, tais como a Lei do Mandado de Segurança (Lei n. 12.016/2009), da Ação Popular (Lei n. 4.717/1965), da Ação Civil Pública (Lei n. 7.347/1985) e do Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/90), pelo que a tutela coletiva direitos não se limita aos danos sofridos

por consumidores, se estendendo a todo grupo de pessoas que esteja sofrendo ou na iminência suportar danos, como trabalhadores, pensionistas e contribuintes.

No diploma consumerista sublinha-se que o art. 6º, VI, estipula como direito básico do consumidor a “a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos”, acentuando que práticas e condutas que atentem contra direitos permitem a imediata intervenção judicial de maneira preventiva e não somente após o dano ser concretizado, o que reforça a ideia acima exposta de que não é necessário fixar indenização compensatória antes da lesão concretamente experimentada para fins de prevenção de danos. E, para espancar quaisquer dúvidas acerca do cabimento de medidas judiciais preventivas sem cunho compensatório, o art. 83 do mesmo código reza que “para a defesa dos direitos e interesses protegidos por este código são admissíveis todas as espécies de ações capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela”, disposição esta que vai ao encontro do art. 4º da Lei da Ação Civil Pública (Lei n. 7.347/1985), que dispõe: “poderá ser ajuizada ação cautelar para os fins desta Lei, objetivando, inclusive, evitar dano ao patrimônio público e social, ao meio ambiente, ao consumidor, à honra e à dignidade de grupos raciais, étnicos ou religiosos (...)”.

1.7 CRITÉRIOS DE QUANTIFICAÇÃO SOB O VIÉS COMPENSATÓRIO A PARTIR DA ORDEM JURÍDICA, DOGMÁTICA E PRECEDENTES

Muito se debateu na literatura jurídica nacional e estrangeira acerca da possibilidade de o dano moral permitir a fixação de uma indenização, haja vista que em uma primeira leitura, poder-se-ia pensar que nenhum valor em dinheiro seria capaz de apagar o estado de coisas danosas como na morte de um ente querido ou amputação de uma perna. Contudo, diante dessa pergunta, os irmãos Mazeaud e André Tunc (1957) problematizam: “es ésa una razón para negarle a la víctima el abono de daños y perjuicios? En manera alguna; porque se trata precisamente de ponerse de acuerdo acerca del exacto sentido de la palabra ‘reparar’” (p. 438). E, nessa esteira, explicam que deve ser realizada uma mudança de sentido do que se considera reparar um prejuízo, que classicamente vinha sendo considerada como repor as coisas no estado em que elas se encontravam:

Pero eso es darle a la palabra “reparar” un sentido por demás restringido. ‘Reparar’ un daño no es siempre rehacer lo que se ha destruido; casi siempre suele ser darle a la víctima la posibilidad de procurarse satisfacciones equivalentes a lo que ha perdido. El verdadero carácter del resarcimiento de los daños y perjuicios es un papel ‘satisfactorio’. Hay que reconocer que el dinero no sólo facilita un enriquecimiento intelectual o artístico, sino que le da a quien lo recibe la posibilidad de aliviar por sí mismo muchos sufrimientos. Por lo tanto, no es chocante permitirle a un padre o a una atenuación a su pena en el consuelo que llevarán a niños desventurados. Concederles esa posibilidad es desde luego “reparar” el daño, a menos en cierta medida (p. /438439).

Seguindo essa linha, em matéria de dano moral, a função compensatória está relacionada à tentativa de estabelecer um valor indenizatório suficiente para conduzir a vítima a um estado tal qual não tivesse sofrido o dano, ou seja, busca, tanto quanto possível, a exata extensão do mesmo⁴³, em prestígio ao *restitutio in integrum* com vistas a pôr a vítima em situação idêntica à de antes do evento danoso, com o conjunto de seus interesses inteiramente preservados. Esse estado perquirido pela função reparatória é denominado de *status quo ante*:

Em sentido amplo, indenização é o que se há de prestar para se pôr a pessoa na mesma situação patrimonial, ou, por incremento do patrimônio, no mesmo estado pessoal em que estaria se não houvesse produzido o fato ilícito (*lato sensu*) de que se irradiou o dever de indenizar (MIRANDA, 1958, p. 183).

⁴³ O Código Civil de 2002 (Lei Federal 10.406/2002) estabelece, em seu artigo 944, que “a indenização mede-se pela extensão do dano”.

Esta função busca alcançar em maior grau possível um “valor que em verdade tem para o lesado o bem que se destruiu, ou a perda que sofreu” (MIRANDA, 1958, p. 183), porém, caso não seja possível, pode a responsabilização versar sobre uma prestação equivalente, geralmente em dinheiro, aproximativa, imperfeita, porém frequente em razão dos chamados danos morais, que tem como característica a impossibilidade de pôr a vítima no estado em que se encontrava de modo a retirar todos os males do dano existencial sofrido, cabendo à responsabilidade civil apenas compensar o dano por não se admitir restabelecimento perfeito do estado anterior.

Em respeito ao princípio da *restitutio in integrum*, o qual subjaz toda a racionalidade do dano moral prevista na ordem jurídica e na ética, discorda-se frontalmente da lei n. 13.467/2017 (denominada de reforma trabalhista, que alterou e acrescentou dispositivos na Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), tendo em vista que em seu art. 223-G, § 1º assevera que caso o juiz julgue procedente o pedido de indenização por dano moral, deverá ter por base, além de outros critérios, o limite de 3 (três) vezes o último salário da vítima para ofensa de natureza leve; 5 (cinco) vezes o último salário para ofensa de natureza média; 20 (vinte) vezes o último salário para ofensa de natureza grave e 50 (cinquente) vezes o último salário para ofensa de natureza gravíssima.

Tal limitação legal, além de desrespeitar um princípio nodal da tradição do direito de danos, causa outras inúmeras distorções: a) acentua uma prevalência de relações patrimoniais em detrimento de relações existências, onde o bem jurídico vale mais em relação a quem ganha mais, causa inúmeras outras distorções; b) promove quebra da isonomia em relação ao direito do jurisdicionado de ter seu conflito (seu dano) julgado e valorado da mesma forma perante o Judiciário, independentemente de sua condição social ou salário; c) promove uma impossibilidade de qualquer racionalidade que dê respaldo, por exemplo, a um funcionário que ganha um salário mínimo de uma grande multinacional receber aproximadamente R\$ 50.000,00 (50 vezes o valor do último salário) pela perda de uma perna (ofensa gravíssima) enquanto que o engenheiro da mesma multinacional que percebe R\$ 10.000,00, pela mesma lesão, receba R\$ 500.000,00, como se o valor da pessoa humana no tocante aos bens necessários para o seu florescimento e realização tivesse que ver com a posição ou *status* ocupado na sociedade.

Ressalta-se que tal reforma legislativa vai na contramão da chamada despatrimonialização do direito civil. Esta representa a ideia de que o ordenamento jurídico deve ter como epicentro a

tutela da pessoa humana, mas disso não decorre que se deve projetar a expulsão ou a eliminação da proteção patrimonial, mas sim imprimir “uma justificativa institucional de suporte ao livre desenvolvimento da pessoa o que induz a repelir a afirmação pela qual não pode ser radicalmente alterada a natureza dos institutos patrimoniais de direito privado” (PERLINGIERI, 1997, p. 33). Portanto, ao imputar os fracassos empresariais às indenizações justas pagas aos trabalhadores e limitá-las, a lei em comento vai no caminho exatamente oposto ao da civilística contemporânea, aumentando a proteção patrimonial dos empregadores em detrimento da tutela da pessoa humana, quando o adequado seria que as categorias do direito privado se adequassem “aos novos valores, na passagem de uma jurisprudência civil dos interesses patrimoniais a uma mais atenta aos valores existenciais” (PERLINGIERI, 1997, p. 33).

Diante da multiplicidade de bens jurídicos envolvidos no cabimento do dano moral e das infinitas hipóteses distintas de configuração do mesmo, é inequívoco que não existe e jamais vai existir um rol de parâmetros fechados para que o jurista possa refletir sobre qual o valor adequado para compensar o dano sofrido pela vítima. Contudo, perseguir-se-á algumas balizas de modo a não abandonar a tentativa de imprimir maior racionalidade e menos subjetividade na quantificação do dano moral. E, a racionalidade por trás de tais balizas podem estimular a criação de outros critérios caso a caso.

Diversas pesquisas sólidas já foram produzidas sobre o tema no Brasil: COUTO, Igor Costa; SILVA, Isaura Salgado. *Os critérios quantitativos do dano moral segundo a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça*. Orientação da Prof. Maria Celina Bodin de Moraes. Departamento de Direito da PUC/RJ, 2011; SANTANA, Héctor Valverde. *A fixação do valor da indenização por dano moral Revista da Informação Legislativa*. Brasília a. 44 n. 175 jul./set. 2007; SANTOS, ANTÔNIO JEOVÁ. *Dano moral indenizável*. 5º ed. Salvador: JusPodivm, 2015; SANTOS, Romualdo Baptista dos. *Crerios para a fixação da indenização por dano moral*. 2009. A presente pesquisa terá por base tais juristas, assim como o julgamento do Recurso Especial n. 1127913/RS do Superior Tribunal de Justiça, buscando aqui e acolá fazer considerações próprias e originais.

Inicialmente, cabe lembrar que há elementos – vistos anteriormente - importantes para a quantificação da indenização por danos morais em qualquer caso, como a perda do prazer de realizar atividades, a perda de relações, frustração de projetos de vida e consequências lesivas de outras naturezas, como adquirir depressão, medo e problemas psíquicos. Outros são mais

específicos do tipo de dano: o grau de propagação de imagens não autorizadas e a própria duração do uso indevido no caso de violação do bem jurídico da imagem; o grau da lesão e a duração da lesão em casos envolvendo dano estético; a importância do sigilo, o nível da propagação da informação e afetação na vida profissional ou familiar, nos casos de violação da intimidade ou vida privada.

O fato é que todos os critérios que visam a auxiliar a quantificação do dano moral têm um laço em comum: se preocupam com o nível/grau/magnitude do dano e com a duração no tempo do mesmo, os quais, somados aos critérios afeitos a qualquer dano (projeto de vida, perda do prazer, perda de relações, aquisição de problemas psíquicos) já se mostram como boas balizas para o jurista interessado na quantificação do dano moral, visto que ao fim e ao cabo, estar-se-á potencializando a concretude da justiça corretiva, buscando em maior grau recompor o equilíbrio quebrado pela atuação danosa.

Outro critério para a quantificação, que deve ser somado aos demais e não analisado isoladamente, é o valor já arbitrado em precedentes semelhantes. Como vive-se em uma comunidade política que preza pela igualdade e assim não é diferente em relação ao direito que o jurisdicionado tem de que casos iguais sejam solucionados da mesma forma, cabe destacar que a quantificação do dano moral pode e deve olhar para o valor fixado em precedentes já julgados sobre casos parecidos, especialmente aqueles precedentes de força vinculante (dispostos no art. 927 do CPC). Assim, como não há limite mínimo nem máximo para a quantificação do dano moral, deve-se evitar a propagação da ideia de que o valor da indenização por dano moral está na alçada do “livre arbitramento do juiz”.

O STJ, nessa linha, adotou um método bifásico na quantificação do dano moral, orientando que na primeira fase o juiz fixe o valor do dano moral tendo em vista outros julgados sobre o mesmo assunto. Na segunda fase, o juiz está autorizado a aumentar ou diminuir o valor do dano moral em face das circunstâncias do caso. Assim, vem decidindo reiteradamente o STJ como no trecho do acórdão proferido no julgamento do Recurso Especial n. 1127913/RS, de Relatoria do Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, publicado dia 05/08/2014:

O método bifásico, como parâmetro para a aferição da indenização por danos morais, atende às exigências de um arbitramento equitativo, pois, além de minimizar eventuais arbitrariedades, evitando a adoção de critérios unicamente subjetivos pelo julgador, afasta a tarifação do dano. Traz um ponto de equilíbrio, pois se alcançará uma razoável

correspondência entre o valor da indenização e o interesse jurídico lesado, além do fato de estabelecer montante que melhor corresponda às peculiaridades do caso.

Na primeira fase, o valor básico ou inicial da indenização é arbitrado tendo-se em conta o interesse jurídico lesado, em conformidade com os precedentes jurisprudenciais acerca da matéria (grupo de casos).

Na segunda fase, ajusta-se o valor às peculiaridades do caso, com base nas suas circunstâncias, procedendo-se à fixação definitiva da indenização, por meio de arbitramento equitativo pelo juiz.

Neste caso, o próprio STJ, seja por este arresto (método bifásico), seja pelo teor da súmula 281, segundo a qual “a indenização por dano moral não está sujeita à tarifação prevista na Lei de Imprensa”, põe em relevo a importância de uma análise individualidade de cada problema que bate às portas do Judiciário, rechaçando qualquer forma de pré-fabricação e tarifação/tabelamento do valor dos danos morais. E, nessa mesma linha, percebe-se que a obrigatoriedade de seguros para fazer frente a indenizações de atividades marcadas por alto índice de danos também não se mostra adequada para uma justa indenização, pois todos os seguros possuem tetos, limites, apólices contratuais de cobertura securitária e os danos eventualmente sofridos pelas vítimas não encontram limites pré-estabelecidos. Destaca-se que ao menos tais seguros podem representar o mínimo indenizatório. O fato é que nunca pode se perder de mente que a tarefa de arbitrar a indenização por dano moral deve ser um trabalho individualizado para a vida da vítima, jamais limitado a uma prova dos autos ou a um caso já julgado, etc.

É claro que juiz é e sempre será o senhor da fixação do valor indenizatório, porém, pelo próprio dever de fundamentação das decisões judiciais (art. 93, IX, CF/88) e pelo fato de que o juiz deve justificar racionalmente a interferência do Estado na esfera jurídica das pessoas, é salutar que no corpo da decisão judicial haja a busca por justificativas calcadas em balizas mínimas visto que o dano moral é uma matéria relacionada a uma cláusula aberta, de modo que seria impossível um estudo fechado, inclusive para a quantificação, pois “os danos morais não são quantificáveis objetivamente, não se podendo precisar exatamente” (SANTOS, 2009, p. 17), embora isso não afaste a possibilidade de estabelecer parâmetros objetivos.

Como exemplo de como a prática jurídica brasileira está envolvida em uma lógica de desnecessidade de fundamentação de critérios para a quantificação do dano moral, cita-se uma decisão proferida no processo n. 0824923-70.2017.814.0301, que tramitou perante a 5ª Vara do Juizado Especial Cível da Comarca de Belém, julgado pela magistrada Emília Nazaré Parente e Silva de Medeiros, a qual considerou a existência de dano moral em aliança de noivado adquirida

na loja com nome de uma outra pessoa: “Tenho que é razoável ao caso em comento estabelecer a indenização por danos morais no valor de R\$ 2.000,00”, sem em nenhum momento adentrar em parâmetros para alcançar esse patamar, eis que se preocupou apenas em caracterizar o vício do produto.

Em verdade, os critérios para a quantificação do dano moral nada mais são do que formas de identificar que a vida da vítima sofreu desequilíbrio injusto, desequilíbrio este que se manifesta em diversas dimensões da vida humana e que merece relevo para fins de fixação do dano moral. Assim, é possível, ainda que provisoriamente e de forma exemplificativa, apresentar alguns parâmetros para uma justa fixação do valor indenizatório do dano moral:

- a) Afetação no mundo interior da vítima ou aquisição de problema psíquicos, considerando a existência da perda do prazer de realizar atividades ou a aquisição de perturbações psíquicas. Uma pessoa vítima de acidente automobilístico que adquire fobia de ruas ou carros ou uma pessoa vítima de queda de elevador que não consegue mais ficar em locais fechados merece uma indenização maior do que aquelas pessoas que não desenvolveram danos dessa natureza. Sobre tal análise, o art. 223-G, inciso IV, da lei n. 13.467/2017 (reforma trabalhista) caminha nesse sentido ao preceituar que o juiz deverá avaliar “os reflexos pessoais e sociais da ação ou da omissão”;
- b) Afetação na vida familiar ou nos afazeres domésticos. Uma vítima que perdeu o braço ou a perna merece uma indenização maior do que quem levou um corte profundo no rosto nesse quesito, porque a dia-a-dia de quem teve o membro amputado sofrerá radical mudança no seu cotidiano, inclusive com quem convive mais intimamente. Do mesmo modo, a mulher que é importunada em seu ambiente de trabalho ou familiar, com ameaças e perseguições, tem atingida essa faceta em nível elevado. Sobre tal análise, o art. 223-G, inciso IV, da lei n. 13.467/2017 (reforma trabalhista) caminha nesse sentido ao preceituar que o juiz deverá avaliar “os reflexos pessoais e sociais da ação ou da omissão”;
- c) Perda de projetos de vida. Quem teve a intimidade afetada e perde seus clientes no campo da medicina ou do direito, por exemplo, merece indenização maior a quem teve uma foto com sua família dentro de casa vazada sem autorização e não gerou

ofuscamento de planos e projetos de vida. Do mesmo modo, uma perda de baço em alguém tem menor relevância do que a perda de uma mão em um médico cirurgião ou a perda da voz de um professor. Sobre tal análise, o art. 223-G, inciso IV, da lei n. 13.467/2017 (reforma trabalhista) caminha nesse sentido ao preceituar que o juiz deverá avaliar “os reflexos pessoais e sociais da ação ou da omissão”

- d) Nível de sofrimento da vítima. Assim, embora a existência de dor e sofrimento não sejam requisitos para a configuração do dano moral indenizável, é fato que tais sensações podem ser sopesadas para majorar o valor do dano moral. Alguém que teve uma cicatriz dentro do contexto de uma cirurgia com anestesia tem relevância menor do que o atropelamento de uma criança que ficou horas agonizando no chão até receber atendimento. A criança pode até possuir a mesma cicatriz que o paciente vítima do médico despreparado, mas as horas de agonia geram um desequilíbrio indenizável. Sobre tal análise, o art. 223-G, inciso II, da lei n. 13.467/2017 (reforma trabalhista) diz que o juiz deverá avaliar “a intensidade do sofrimento ou da humilhação”;
- e) Duração do sofrimento, pois há danos que tem existência temporal efêmera e transitória e outros que ficam marcadas para sempre ou durante muito tempo. O termômetro do arbitramento judicial deve ser sensível a esse fator. Uma inscrição indevida por 1 mês demanda, a princípio uma indenização menor do que a mesma inscrição por 1 ano, contudo, não se perca de vista que uma inscrição indevida de curta duração a quem dependa cotidianamente de crédito pode gerar valor indenizatório maior do que alguém que não necessite de crédito e tenha ficado mais de 1 mês com o nome inscrito em cadastro de restrição de crédito. Na mesma linha, a utilização da imagem de alguém em um comercial de 30 segundos demanda indenização menor do que a utilização da imagem de uma pessoa por meses em diversos meios de comunicação. Aqui, novamente a ressalva, este é apenas um critério, que deve ser sopesado com outros, pois a utilização da imagem de outrem, mesmo que de curta duração, que tenha deturpado a reputação que o ofendido goza na sociedade merece maior indenização. Sobre tal análise, o art. 223-G, inciso IV, da lei n. 13.467/2017 (reforma trabalhista) caminha nesse sentido ao preceituar que o juiz deverá avaliar “a extensão e a duração dos efeitos da ofensa”;

- f) Repercussões no mundo exterior da vítima, no ambiente social e familiar, seu espírito de participação nos movimentos comunitários. Muitas vezes, um dano físico ou psíquico afeta a educação, a inteligência e o impulso do homem de nossos tempos em suas múltiplas atividades (LORENZETTI; FRADERA, 1998, p. 477). Por esse motivo, alguém que gostava de jogar tênis e perdeu o movimento dos braços; alguém que teve a intimidade atingida e desequilibrou o casamento ou a relação com os filhos; alguém que gostava de tocar instrumentos em roda de samba com amigos e que perdeu um dos dedos possui um desequilíbrio maior, a priori, que um professor que gostava de jogar futebol aos finais de semana com os amigos e que tenha perdido o mesmo dedo. Sobre tal análise, o art. 223-G, em seus incisos IV e XII, da lei n. 13.467/2017 (reforma trabalhista) caminha nesse sentido ao preceituar que o juiz deverá avaliar “os reflexos pessoais e sociais da ação ou da omissão” e “o grau de publicidade da ofensa”;
- g) Quantidade de bens jurídicos e interesses violados. Nesse sentido, a tortura de alguém ou agressões decorrentes de violência doméstica atinge uma gama de interesses protegidos pelo direito (honra subjetiva, vida, saúde, integridade psíquica, integridade física), ao passo que a destruição de uma carta com valor afetivo para a vítima atinge, a princípio, apenas um interesse juridicamente protegido.
- h) Valores fixados em casos semelhantes. Como visto alhures, em razão do valor da igualdade, torna-se necessário abrir a janela do gabinete e ver como o Judiciário decidiu em casos semelhantes ou análogos, cabendo ressaltar que este deve ser um critério de piso ou de partida, podendo sofrer incremento ou decréscimo conforme as peculiaridades do caso. Assim, há decisões no âmbito judicial condenando pais a pagarem valores de R\$ 100.000,00 de indenização em razão de abandono afetivo, em casos de absoluta ausência e desprezo ao longo de uma vida. Ocorre que é possível estar diante de um caso no qual o pai apenas deixou de ir em datas comemorativas de aniversário e no colégio, motivo pelo qual o caso central servirá de base, mas deve a indenização ser fixada em patamar menor. De outro lado, um pai que além de ter manifestado ausência absoluta, e, como se não bastasse, não pagasse pensão corretamente, tal valor indenizatório deve ser fixado em patamar maior.

- i) Condições pessoais do ofendido. Aqui não significa condições econômicas ou sociais, mas sim características pessoais, no sentido bem explorado por Rudolf Von Lhering (2001, p. 47/48) e Antônio Jeová dos Santos (2015, p. 157). Os referidos autores acentuam que para um camponês o vilipêndio de sua propriedade tem valor agigantado, pois é da onde ele retira a sobrevivência; para um militar ou um político o valor da honra possui especial valor; a perda de visão de quem tem apenas um olho em pleno funcionamento representa menoscabo mais acentuado; a exposição ao perigo a quem é mais sensível ou nervosa pode ter peso para majorar eventual verba indenizatória. Sobre tal análise, o art. 223-G, inciso IV, da lei n. 13.467/2017 (reforma trabalhista) caminha nesse sentido ao preceituar que o juiz deverá avaliar “os reflexos pessoais e sociais da ação ou da omissão”;
- j) A possibilidade de recomposição/recuperação do dano psíquico, físico, à imagem, à honra, etc. Sobre tal análise, o art. 223-G, inciso III, da lei n. 13.467/2017 (reforma trabalhista) caminha nesse sentido ao preceituar que o juiz deverá avaliar “a possibilidade de superação física ou psicológica”;
- k) Grau de ofensa ao bem jurídico. Assim, uma agressão à mulher que deixou marcas provisórias merece um valor indenizatório menor do que aquela agressão que causa a perda definitiva de parte do corpo.
- l) Por fim, faz-se necessário lembrar que no início deste capítulo este autor defendeu que a tarefa de anular perdas injustas não pode ser insensível em relação a um hiato e abismo entre a condição financeira das partes envolvidas no conflito, de modo que o juiz da responsabilidade civil não pode endossar um esquema excessivamente injusto de distribuição de bens e riquezas. Nesse sentido, em casos extremados, não em todos, a capacidade econômica deve ser sopesada em casos envolvendo a compensação por danos morais. Imagine que em uma visita a uma fábrica exista um instrumento cortante que despenca e causa uma lesão na face da vítima. Agora pense que essa mesma lesão foi causada por uma faca que sua empregada doméstica deixou voar de suas mãos. É impensável que a condição econômica do responsável pelo dano não seja levada em conta. Do contrário, haveria uma responsabilidade civil seca, cega e fechada em uma

bolha insensível às miserabilidades humanas, existindo uma espécie de contradição interna, visto que a ordem jurídica serve ao ser humano e não o contrário.

Antes de adentrar em critérios de quantificação que não estão na lista pelo fato de este autor discordar dos mesmos, cabe frisar três considerações importantes sobre a lista acima. Primeiro, tais critérios de quantificação não representam um rol exaustivo, pois como visto a tutela da pessoa humana não se harmoniza com um círculo fechado. Segundo, no momento de quantificar é preciso estar atento para o fato de que cada critério de quantificação acima mencionado possui uma gradação, que varia de leve para grave, gradação esta que será melhor abordada na pesquisa adiante. Por fim, o juiz deve ter cautela no momento de levar em conta tais parâmetros para não englobar um aspecto do dano mais de uma vez, pela proibição de *bis in idem*, o que será melhor exposto da análise dos casos concretos no terceiro capítulo.

Discorda-se de alguns critérios de quantificação compensatória propagados por parte da doutrina e jurisprudência. Primeiro, discorda-se da análise do grau de culpabilidade do ofensor⁴⁴, possibilidade prevista no art. 223-G, inciso VII da lei n. 13.467/2017 (reforma trabalhista), e no art. 944, parágrafo único do CC/2002, visto que a perspectiva eminentemente compensatória olha apenas para a vítima e o seu menoscabo, desequilíbrio e perda em relação aos bens existenciais, de modo que apenas na perspectiva punitiva/pedagógica/preventiva/educativa tal parâmetro tem relevância.

Discrepa-se também da análise calcada na capacidade econômica do ofensor⁴⁵, prevista inclusive como critério de quantificação no art. 223-G, inciso XI, da lei n. 13.467/2017 (reforma trabalhista), e do contexto econômico do país⁴⁶, em princípio, porque o elemento nuclear do direito de danos é a recomposição do equilíbrio - de forma perfeita ou aproximada – da vida da vítima, em

⁴⁴ “Na análise da intensidade do dolo ou do grau de culpa, estampa-se a função punitiva da indenização do dano moral, pois a situação passa a ser analisada na perspectiva do ofensor, valorando-se o elemento subjetivo que norteou sua conduta para elevação (dolo intenso) ou atenuação (culpa leve) do seu valor, evidenciando-se claramente a sua natureza penal, em face da maior ou menor reprovação de sua conduta ilícita” (Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial n. 959.70, Relator Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Diário de Justiça do dia 26/04/2011).

⁴⁵ A situação econômica, tanto do ofensor, como da vítima diz respeito, sobretudo, à sua solidez econômica. Seja qual for a preferência doutrinária do julgador, a situação econômica de quem causa dano moral também assume importante rol (SANTOS, 2015, p. 156).

⁴⁶ O julgador deve estar situado e sintonizado no contexto econômico do País. Deve ter em conta os males do custo social brasileiro. Ter em conta a situação média das empresas, dos fornecedores de bens e serviços (SANTOS, 2015, p. 149).

nada tendo importância a capacidade econômica do ofensor ou o momento econômico vivenciado pelo país. Contudo, em relação a tal argumento, cabe uma relativização para quando o juiz se deparar com profundas diferenças de distribuição de bens e riquezas na sociedade, mesmo em se tratando de justiça corretiva, está não pode ser absolutamente insensível em relação à justiça distributiva. É neste sentido que palavras de baixo calão proferidas cotidianamente pelo vizinho merecem valor indenizatório menor do que as mesmas palavras ditas pelo gerente de uma multinacional ao seu empregado. E, no mesmo sentido, a agressão física leve feita por um dono de uma padaria do bairro demanda valor indenizatório menor do que a agressão física realizada por um vendedor de uma loja da Ferrari. Uma cegueira em relação à distribuição de bens e riquezas na sociedade pode gerar tremendas injustiças.

Por fim, absolutamente infundados os critérios previstos no art. 223-G, incisos VIII, IX e X, da lei n. 13.467/2017 (reforma trabalhista), que asseveram que o juiz deve estar atento à existência de “ocorrência de retratação espontânea”, “o esforço efetivo para minimizar a ofensa” e “o perdão, tácito ou expresso”. Embora tais condutas sejam virtuosas e necessárias do ponto de vista ético, contribuindo para um melhor viver em sociedade e até mesmo para atenuar o dano, o fato é que não diminuem o menoscabo sofrido pela vítima, não o tornam menos importante, nem tampouco devem autorizar o juiz a reduzir equitativamente o valor da indenização compensatória, na medida em que o princípio que rege a compensação é a restituição integral e o dano injusto sofrido pela vítima não deve ser suportado pela mesma caso haja pedido de desculpas ou retratação. Em outras palavras, uma vez que o leite é derramado, o braço é amputado, a humilhação é consumada, os salários são atrasados e/ou o abandono afetivo é realizado, o juiz deve centrar sua análise exclusivamente na magnitude do dano sofrido pela vítima. Analogicamente, o CDC, entre os arts. 8º e 10, estabelece a obrigação do fornecedor de produtos e serviços que após a inserção do mesmo no mercado de consumo obter conhecimento do seu alto grau de periculosidade, deve imediatamente comunicar as autoridades competentes e os consumidores, contudo, a jurisprudência é pacífica que tal conduta em nada afeta o dever de indenizar em toda a abrangência do dano.

Do contrário, nos casos a seguir explanados seria possível abrandar o valor indenizatório em total incongruência com os princípios jurídicos (restituição integral) e éticos (justiça corretiva) que regem a responsabilidade civil: a empresa que após a morte do empregado paga o enterro e

manda carta de desculpas; a empresa que insere o nome do consumidor em cadastro de inadimplentes de forma indevida e em seguida envia e-mail ao consumidor se desculpando; o empregador que realizou humilhação do empregado na frente de outros que no dia seguinte marca uma reunião para dizer que se excedeu; o pai que abandonou afetivamente o filho durante anos a fio e agora decide se retratar; a loja de departamento que impediu a entrada de uma pessoa negra e mal vestida que decide posteriormente dar brindes e receber com louvor a pessoa discriminada; a empresa de telefonia que ligou reiteradas vezes fora do horário comercial para parentes e colegas de trabalho visando a cobrar dívidas delibera em ligar novamente pedindo desculpas pelo infortúnio. Em todas essas hipóteses o dano foi consumado e o juiz precisa se debruçar sobre todas as nuances do dano injusto para fixar uma justa indenização.

Outrossim, acredita-se ser de pouca relevância prática o critério previsto no art. 223-G, inciso I, da lei n. 13.467/2017 (reforma trabalhista), que acentua a análise da “natureza do bem jurídico tutelado”, visto que não existe a priori uma hierarquia entre os bens juridicamente tutelados. Todos eles são fundamentais para uma vida bem vivida, de modo que é possível alguém que sofreu uma infecção hospitalar leve tem direito a receber uma indenização menor do que alguém que experimentou a morte do cachorro ou o excessivo aborrecimento com o atraso de um imóvel por 4 anos.

Por fim, quanto a gradação leve, média e grave, é preciso considerar que o magistrado deve se valer das regras de experiência para se colocar no lugar da vítima, com todas as suas peculiaridades, de modo a investigar a gradação de cada critério de quantificação. Exemplificando, a perda de um filho representa violação grave do mundo interior da vítima (talvez a maior perda que um ser humano possa experimentar na vida e o juiz, que é filho ou pai, sente em sua pele como seria experimentar tal descabro); o recebimento de cobranças indevidas fora do horário comercial pode ser considerada uma violação média do mundo interior da vítima (o juiz é consumidor, aprecia a paz e o sossego e compreende o desequilíbrio que é ser importunado com cem ligações fora do horário comercial por algo descabido, porém conhece que tal afetação no mundo interior é de baixa intensidade se comparado com outros danos, como a invalidez, perda de ente querido e violência doméstica reiterada); a compra de um ar-condicionado com vício que implica na volta do consumidor à loja diversas vezes até que após sessenta dias seja solucionado pode significar uma afetação leve no mundo interior (o juiz compreende a importância de chegar em casa com um

produto e ele funcionar bem, tolerando a possibilidade de o produto precisar ser levado para assistência técnica da loja, porém sabe que a procrastinação na solução do problema acarreta um aborrecimento que transborda os dissabores do dia a dia, contudo no tocante ao mundo interior não se equipara a perda de um filho nem tampouco a ligações excessivas fora do horário comercial).

Cabe destacar que este autor submeteu diversos casos no tocante à quantificação da indenização por dano moral ao grupo de pesquisa “Danos à Pessoa Humana”, e no tocante à gradação em leve, média e grave em relação aos critérios de quantificação, houve impressionante consenso aos mais de 14 casos analisados pelo grupo mediado por esse pesquisador, motivo pelo qual se acredita na importância e objetividade da gradação, especialmente se o jurista que estiver analisando se apropriar dos juízos de experiência do que normalmente ocorre na sociedade, assim como realizar raciocínio comparativo, confrontando caso com um leve, um médio e um grave.

1.8 CRITÉRIOS DE QUANTIFICAÇÃO SOB O VIÉS PUNITIVO/PREVENTIVO/PEDAGÓGICO/EDUCATIVO

A função punitiva - no Brasil também chamada de pedagógica, educativa e preventiva - visa a fixar um valor indenizatório maior do que o suficiente para reparar ou compensar o dano sofrido, buscando desestimular o ofensor e conseqüentemente prevenir a ocorrência de novos danos. Essa forma de fixação de indenização ficou conhecida no direito norte-americano como “punitive damages” e vem sendo objeto de intensas críticas pela suposta ausência de permissivo legal para esta função da responsabilidade civil. Contudo, sem adentrar no mérito de seu acolhimento no ordenamento jurídico brasileiro, visto não ser esse o objeto do trabalho, fato é que tal função vem sendo invocada por juízes e tribunais no momento de fixar o valor da indenização por dano moral.

Os *punitive damages* ou indenização punitiva representam uma verba indenizatória que tem por objetivo acarretar um dispêndio financeiro para o réu/ofensor maior do que o suficiente para reparar ou compensar o prejuízo sofrido, de modo a desestimular uma conduta marcada pelo alto grau de censurabilidade. É nesse sentido que os *punitive damages* promovem a dissuasão/prevenção/detenção de condutas contrárias ao direito, sem esquecer que além de desestimular o próprio ofensor, essa verba indenizatória pode desempenhar outras funções, como

a *general deterrence* (desestímulo de outros potenciais infratores na sociedade), *retribution* (castigo), *education* (educação), *compensation* (compensação) e *law enforcement* (cumprimento da lei) ou *public justice* (justiça pública, impondo um padrão de comportamento desejável), como bem destacado por Jim Gash (2005, p. 1613).

Esse instituto teve crescimento e aplicação intensa na experiência norte-americana, sob a influência do seu federalismo, marcado por intensa autonomia política, legislativa e administrativa dos Estados, fruto do processo de transformação de Confederação em Federação que culminou na formação dos Estados Unidos da América⁴⁷, motivo pelo qual há 5 (cinco) Estados americanos que não adotam os *punitive damages* (Louisiana, Nebraska, Washington, Massachusetts e Hampshire)⁴⁸. Por conseguinte, o instituto dos *punitive damages* se apresentam de forma diversificada nos Estados norte-americanos que o utilizam, mesmo que substancialmente seja conceituado da mesma forma, como dispõe o § 908 do *Restatement of Torts*, elaborado pelo *American Law Institute*: “indenização que não a compensatória, concedida contra uma pessoa para puni-la por sua conduta ultrajante e dissuadi-la, e outras como ela, de praticarem condutas semelhantes no futuro”⁴⁹.

Assim, os *punitive damages* se tornam um mecanismo importante para enfraquecer e impedir a perpetração de danos reiterados, com crassa desconsideração aos direitos alheios, assim como serve de instrumento para corrigir a insuficiência das funções reparatória/compensatória da responsabilidade civil no tocante à prevenção de danos, uma vez que é limitada à exata extensão do dano, medida esta que muitas vezes não promove resposta condizente com a gravidade da conduta do ofensor, especialmente quando os valores indenizatórios forem menores que os lucros obtidos com a conduta danosa.

Esta realidade de reiteração de danos e insuficiência do modelo de responsabilidade civil calcado apenas em uma visão reparatória/compensatória se acentua ao se deparar com danos que pela sua pequena monta desestimulam a vítima em buscar a respectiva tutela juízo. Esses chamados

⁴⁷ Importante sublinhar que mesmo antes da formação da Federação, as 13 (treze) colônias inglesas nos Estados Unidos já gozavam de forte independência em relação ao poder central: “as comunas, em geral, só são submetidas ao Estado quando se trata de um interesse que chamarei de social, isto é, que elas partilham com outras” (TOCQUEVILLE, 2005, p. 76).

⁴⁸ “Em cinco estados (Louisiana, Nebraska, Washington, New Hampshire and Massachusetts) não se permite a utilização da indenização punitiva” (Tradução Livre) (KRAUSS, 2007, p. 219/220).

⁴⁹ Tradução livre da definição contida na dissertação de doutorado *Integration of punitive damages into countries with a civil law system: mexico's case*: “But, what are punitive damages? The Restatement of torts define them as: '1) damages, other than compensatory or nominal damages, award against a person to punish him for his outrageous conduct and deter him and others like him from similar conduct in the future.’” (VILLARREAL, 2009, p. 12)

pequenos danos beneficiam os ofensores, porque uma pequena parcela representativa das vítimas buscará a reparação, e, uma vez que o *quantum debeat* seja proporcional à extensão do dano, os réus pagarão menos por terem investido menos em segurança e em qualidade do produto, serviço e/ou condições de trabalho, já que o preço para um padrão ótimo de suas atividades é inferior aos valores indenizatórios arbitrados judicialmente.

Sob a ótica apenas individual dos danos, há uma espécie de apatia racional (*rational apathy*)⁵⁰ daqueles que optam por não ingressar no Judiciário, porque ao comparar os custos com o resultado esperado do julgamento, consideram que não vale a pena contratar advogado, pagar custas processuais, se deslocar para audiências ou sofrer risco de sucumbência. É claro que esse aspecto pode sofrer substancial influência de características próprias de cada país, pois no Brasil o âmbito dos juizados especiais e o correlato *jus postulandi* pode atenuar sutilmente esse desgaste, embora não sane o problema, tendo em vista que muitos danos produzidos em larga escala são de pequena proporção, sutis e quase insignificantes do ponto de vista individual, mas que considerados coletivamente representam conduta grave.

Contraditoriamente, os ofensores arcarão com menos por terem investido menos em suas atividades porque há danos que individualmente considerados são pífios e sob a ótica do custo-benefício envolvendo indenizações, despesas processuais e desgaste com a tramitação de um processo, tornam inviável o manejo de demanda. Deste modo, Francis McGovern (2010, p. 452/453) acentua que “se o réu não é obrigado a pagar por todo o mal que fez, ele vai investir menos em segurança” (Tradução Livre)⁵¹, engendrando uma conclusão esdrúxula de que quem investe menos paga menos. Por consequência, quem arca com o prejuízo não suportado pelo ofensor é a sociedade (“society at large paid for them”).

Por este motivo existe um sólido fundamento econômico por trás da aplicação dos *punitive damages*, que lhe dá sustentáculo e legitimidade como instrumento de prevenção de danos e vai muito além de uma perspectiva unicamente punitiva. Isto porque os *punitive damages* possibilitam o desestímulo (*deterrence*) de condutas (VISSCHER, 2009, p. 219) pelo simples fato de promover a readequação de comportamentos a partir da internalização de altos custos por conta de indenizações fixadas para além do suficiente para compensar ou reparar os prejuízos, tornando a

⁵⁰ Expressão cunhada por Louis T. Visscher (2009, p. 220) na obra “Economic analysis of punitive damages”.

⁵¹ “If a defendant is not obligated to pay for all the harm it causes, it will underinvest in safety”

conduta danosa desvantajosa do ponto de vista econômico: “esta lógica pode trazer como consequência a noção de que quanto mais cuidado menos danos, menos custos” (Tradução Livre)⁵² (VISSCHER, 2009, p. 220).

Este raciocínio econômico exige que o valor indenizatório seja alto o suficiente para que o ofensor internalize os danos que causou, o fazendo tomar o devido cuidado em sua atividade, trazendo como lição que é vantajoso manter um nível ótimo de qualidade e atendimento e arcar com menos indenizações (carregadas pelos *punitive damages*) ao invés de conservar um nível baixo de qualidade e ser obrigado a pagar altas indenizações (VISSCHER, 2009, p. 220).

Diante do exposto, surge a indagação “quais os requisitos para o cabimento da indenização punitiva? Quais os parâmetros para a fixação da indenização punitiva?”. No caso dos *punitive damages*, o que existe de mais sólido no campo doutrinário são os precedentes edificados pela Suprema Corte Americana, os quais têm construído os contornos dos *punitive damages* no tocante as características da conduta praticada, já que se entende que “quando a indenização fixada for considerada abusiva, haverá violação da *Due Process Clause of the Fourteenth Amendment*, obtendo-se, então, o permissivo para o recurso à Suprema Corte Americana” (MORAES, 2009, p. 232/233). Acrescenta-se que o histórico de todos os nove casos já julgados pela Suprema Corte sobre *punitive damages* tinham alegações de violações também da 5ª e da 8ª Emenda Constitucional⁵³: a primeira é considerada uma complementação da 14ª na formação do princípio do devido processo legal e a 8ª estabelece a proibição de condenações em penas excessivas⁵⁴.

⁵² “The threat of being held liable induces the actors to incorporate the possible losses of others into their decision on how much care to take and how often to engage in the activity. Taking more care and/or reducing the activity level can lower the probability of an accident and thereby the expected accident losses.”

⁵³ Em estudo direcionado aos julgamentos realizados pela Suprema Corte norte-americana que envolveram *punitive damages*, Vanessa Burrows (2007, p. 2), após analisar caso a caso constata que “a indenização punitiva tem sido acusada de violar a oitava emenda relacionada a proibição de penas excessivas, assim como de violar a quinta e décima quarta Emendas Constitucionais, que juntas constituem a cláusula do devido processo legal” (Tradução Livre).

⁵⁴ “EMENDA V - Ninguém será detido para responder por crime capital, ou outro crime infamante, salvo por denúncia ou acusação perante um Grande Júri, exceto em se tratando de casos que, em tempo de guerra ou de perigo público, ocorram nas forças de terra ou mar, ou na milícia, durante serviço ativo; ninguém poderá pelo mesmo crime ser duas vezes ameaçado em sua vida ou saúde; nem ser obrigado em qualquer processo criminal a servir de testemunha contra si mesmo; nem ser privado da vida, liberdade, ou bens, sem processo legal; nem a propriedade privada poderá ser expropriada para uso público, sem justa indenização. (...) EMENDA VIII - Não poderão ser exigidas fianças exageradas, nem impostas multas excessivas ou penas cruéis ou iníquas. (...)”

EMENDA XIV Seção 1. Todas as pessoas nascidas ou naturalizadas nos Estados Unidos, e sujeitas a sua jurisdição, são cidadãos dos Estados Unidos e do Estado onde tiverem residência. Nenhum Estado poderá fazer ou executar leis restringindo os privilégios ou as imunidades dos cidadãos dos Estados Unidos; nem poderá privar qualquer pessoa de sua vida, liberdade, ou bens sem processo legal, ou negar a qualquer pessoa sob sua jurisdição a igual proteção das leis.” (Tradução Livre) Fonte: https://www.senate.gov/civics/constitution_item/constitution.htm, acesso: 09/03/2014.

As referidas Emendas têm forte conteúdo principiológico e são de grande complexidade se interpretadas a fundo e em consonância com os precedentes dos tribunais, contudo, são pertinentes aos *punitive damages* na medida em que determinam que ninguém será privado de seus bens sem o devido processo legal (Emenda V e XIX), nem tampouco será compelido a pagar multas excessivas (Emenda VIII). Portanto, a evolução dos *punitive damages* é marcada muito mais pelo desenvolvimento de decisões judiciais do que pela produção de textos acadêmicos, de modo que para que os *punitive damages* sejam aplicados na experiência norte-americana, o julgador (leia-se júri e por consequência o juiz que avaliará o entendimento do júri) deve respeitar algumas condições e estar atento para a presença de alguns elementos de ordem objetiva e subjetiva.

Nas últimas décadas a Suprema Corte Americana julgou nove casos envolvendo *punitive damages*: *Browning-Ferris Indus., Inc. v. Kelco Disposal* (1989); *Pacific Mutual Life Ins. Co. v. Haslip* (1991); *TXO Production Corp. v. Alliance Resources Corp.* (1993); *Honda Motor Co. v. Oberg* (1994); *BMW of North America, Inc. v. Gore* (1996); *Cooper Industries, Inc. v. Leatherman Tool Group* (2001); *State Farm Insurance v. Campbell* (2003); *Philip Morris v. Williams* (2007) e *Exxon Shipping Co v. Baker* (2008)⁵⁵.

Destarte, os casos que representam a sedimentação dos critérios para o cabimento dos *punitive damages* e sua mensuração se encontram com mais clareza nos casos *BMW of North America, Inc. v. Ira Gore* (1996) e *State Farm Insurance v. Campbell* (2003), os quais representaram um verdadeiro marco na interpretação dos *punitive damages*. No primeiro deles, além de ter decidido que uma indenização 500 vezes maior do que a compensatória violava a cláusula do devido processo legal, desenvolveu três parâmetros para que o magistrado pudesse decidir por um valor punitivo dentro dos limites constitucionais: “(1) o grau de censurabilidade da conduta do réu, (2) a proporção razoável entre a punição e os danos causados, e (3) as sanções civis e criminais autorizadas impostas em casos semelhantes” (Tradução Livre)⁵⁶ (BURROWS, 2007, p. 3).

⁵⁵ Vanessa Burrows (2007, p. 2) acentua que nas últimas décadas a Suprema Corte Americana julgou oito casos que envolveram *punitive damages*. Contudo, no ano de 2008, em momento posterior ao estudo em comento, a Corte decidiu o caso *Exxon Shipping Co. v. Baker*, pelo que se considera que foram nove casos julgados até o momento.

⁵⁶ “(1) the degree of reprehensibility of the defendant’s conduct, (2) a reasonable ratio of punitive to compensatory damages, and (3) comparable civil and criminal sanctions, i.e. the difference between this remedy and the civil penalties authorized or imposed in comparable cases.”

Duas grandes contribuições foram sedimentadas pela Suprema Corte em 2003, ao julgar o caso *State Farm vs Campbell*. Primeiramente, a Corte estabeleceu que a proporção entre os danos compensatórios e os punitivos não pode ser superior do que uma razão de 9 para 1, ressaltando que apenas em raríssimas exceções uma proporção maior do que esta satisfaz a cláusula do devido processo legal (BURROWS, 2007, p. 3/4).

Posteriormente, decidiu que o grau de censurabilidade da conduta do réu já mencionado na decisão *BMW vs Gore* deverá ser avaliado levando-se em conta os seguintes aspectos: (1) se houve dano físico ou somente econômico; (2) se o ato ilícito evidenciou indiferença ou demasiado desrespeito à saúde ou segurança dos outros; 3) se a vítima era pessoa financeiramente vulnerável; (4) se a conduta foi reiterada ou um incidente isolado; 5) se o dano foi o resultado de uma conduta intencional, negligência ou imprudência.

Cabe uma reflexão acerca desses aspectos, pois se defende que não é apenas a vulnerabilidade financeira que deveria estar em pauta, pois há outras vulnerabilidades, como a técnica e a jurídica que poderiam constar no rol acima. Quanto ao item 5) acentua-se que os elementos subjetivos podem ser relativizados casos onde os danos externem por si só a gravidade da conduta. Por fim, considera-se adequada a inclusão do interesse de conservação da empresa como elemento norteador para a fixação dos *punitive damages*, uma vez que as mesmas geram empregos, arrecadam impostos e também acarretam em bem-estar social com serviços e produtos.

Cabe destacar a enorme dificuldade em trabalhar com o tema no Brasil, em razão da banalização do instituto para justificar toda e qualquer decisão envolvendo dano moral, denotado pela clássica frase ao final de muitas sentenças e acórdãos: “atendendo a função compensatória, assim como o interesse de punir e desestimular o ofensor, fixo a indenização por dano moral em...”, sem qualquer fundamentação em requisitos como o alto grau de censurabilidade da conduta e o risco de o réu não pagar por todo o mal que fez, prejudicando o dever de fundamentação da decisão judicial.

Além do mais, outro sério problema diz respeito a destinação da verba indenizatória, a qual em ações individuais é destinada para a vítima, gerando enriquecimento sem causa, o que poderia ser resolvido pela simples destinação da indenização punitiva ao Estado (como ocorre em alguns Estados norte-americanos⁵⁷) ou a um fundo a ser escolhido pelo juiz (como o previsto na Lei

⁵⁷ Para maiores detalhes, ler “The nature and impact of tort reform movement”, de Patrick Hubbard (2006)

7.347/1985), não podendo o valor ser revertido para uma única vítima sob pena de criar um ganho injusto.

Merece reflexão também a indevida aglutinação que os juízes e tribunais brasileiros realizam com a indenização punitiva, inserindo-a dentro da compensatória sem destacar qual o valor é punitivo qual é compensatório. Nesse caminho, não se possibilita que o jurisdicionado e a sociedade identifiquem o que é compensatório e o que é punitivo, não garantindo o direito de ampla defesa e recursos com fundamentos distintos.

Como exemplo de aglutinação da função compensatória e punitiva, sem possibilitar que o jurisdicionado saiba qual parte do valor é compensatório e qual é punitivo, assim como também de exemplo para demonstrar que os juízes não adentram em requisitos dos *punitive damages*, segue parte final da sentença proferida no processo n. 0054673-29.2012.814.0301, que tramitou perante a 7ª Vara Cível da Comarca de Belém, na qual o magistrado Roberto Cezar Oliveira Monteiro julgou procedente ação visando a indenização por dano moral decorrente do atraso na entrega de cinco unidades imobiliárias pela construtora ré, sendo três apartamentos convencionais e duas coberturas: “Na hipótese sob exame, revelando-se significativas ambas as funções compensatória e inibitória, entendo que a indenização do dano moral deve ser fixado em R\$ 8.000,00 para cada uma das unidades convencionais e R\$ 15.000 às coberturas”. Ressalta-se que o que se revela nesse caso se aplica de forma exponencial na prática jurídica brasileira, mas que por limitações de cunho metodológico, a presente pesquisa não poderá demonstrar os milhões de processos em que a indenização punitiva é aglutinada com a compensatória e vazia de justificção.

Ademais, o modelo de aplicação da indenização punitiva na experiência brasileira segue contornos imorais, desconexos e infundados sob a perspectiva da justiça corretiva, visto que: a) possuem uma lógica eminentemente individual, em dissonância com o fenômeno da litigiosidade de massa e da constante transformação dos conflitos individuais em coletivos. Por consequência, inúmeros danos perpetrados em massa sofrem reprimenda apenas em nível individual, em proporção não compatível com a dimensão total dos danos ocasionados⁵⁸; b) em se tratando de danos em massa com apatia racional em massa, uma visão individual afasta a possibilidade de uma

⁵⁸ Conforme constatado na pesquisa realizada na obra “*punitive damages* (indenização punitiva) e os danos em massa” (BONNA, 2015).

proporção razoável entre a punição e o mal causado, por se tratar de demanda onde parcela expressiva das vítimas está ausente.

Destarte, se a justiça corretiva for considerada o princípio motor que deve promover a eliminação de perdas injustas em face de quem seja relacionalmente responsável pelos referidos danos, surge a possibilidade de a prática da indenização punitiva ser compatível com a experiência jurídica brasileira, tendo em vista que os grandes litigantes, visando a auferir um lucro maior, pautam suas escolhas numa relação de custo-benefício em detrimento do respeito aos direitos. Por isso, muitas vezes decide com precisão cirúrgica lesar as vítimas em pequenas montas e desconfortos, de modo a tornar desvantajosa a busca pela reparação no âmbito do Judiciário, pois em razão do balanceamento entre o valor da indenização e o dispêndio físico, financeiro e temporal (o tempo é irrecuperável, ininterrompível e inestimável) para litigar, as vítimas optam conscientemente em suportar os danos, por apatia racional.

Como exemplos de pequenos danos que geram a apatia das vítimas: a) longas esperas em filas de bancos; b) falha em prestação de serviço de internet; c) desconto de valores em conta corrente sem que serviço tenha sido contratado; d) atrasos em voos; e) vícios de produtos de pequeno valor; f) não prestação do serviço na forma contratada; g) exigência de valor mínimo para compras no cartão de crédito; h) atrasos em entregas de empreendimentos imobiliários; i) má qualidade na prestação de serviços públicos por concessionárias; j) práticas e cláusulas abusivas em geral.

Considerando que a apatia racional em massa no cenário de perpetradas práticas ilegais reiteradas e lucrativas se tornou uma constante nas relações intersubjetivas no Brasil, a indenização punitiva se torna necessária especialmente por causa do vetor mais basilar e clássico da justiça corretiva: o reestabelecimento do equilíbrio anterior à ocorrência do dano. É pertinente à justiça corretiva eliminar os ganhos injustos e, ao impor indenização punitiva que tenha por finalidade remover/anular lucros ilícitos, contribuir para a diminuição da injustiça corretiva no seio da sociedade.

1.9 QUESTÕES CONTROVERSAS DO DANO MORAL NA INTERFACE COM NOVOS DANOS

Parte da jurisprudência e doutrina pátria, por influência da experiência francesa e italiana, tem criado diversas nomenclaturas de danos à pessoa, como por exemplo: dano social, dano estético, dano à saúde, dano por tempo perdido, dano por redução da capacidade laboral genérica, dano pelo custo de manutenção de um filho indesejado, dano pelo rompimento de noivado, dano de férias arruinadas por falha na prestação de serviço, dano de brincadeiras cruéis, dano de separação após notícia da gravidez, dano por abandono afetivo, dano a familiar por lesões físicas no cônjuge ou filho, dano afetivo por objetos, dano à identidade pessoal, dano pela exposição ao perigo, dentre outros.

Tecnicamente, tais nomenclaturas não são necessárias para que essas múltiplas formas de lesões a interesses existenciais mereçam compensação, porém esta forma de pormenorização e identificação das ofensas injustas a bens jurídicos complexos traz grande contribuição em relação ao papel desempenhado pelos precedentes judiciais⁵⁹, os quais possuem como carro-chefe a promoção de decisões iguais para litígios semelhantes ou análogos, prestigiando o princípio da igualdade (art. 5º, caput, CF/88) e estabelecendo um padrão melhor de segurança jurídica, na medida em que permite que os cidadãos saibam de antemão quais condutas em situações específicas são toleradas ou não pelo Estado-juiz, orientando e planejando um projeto racional de vida no bojo da referida comunidade política.

Há quem critique a adjetivação de danos no Brasil em razão de que a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, incisos V e X discriminou apenas a ressarcibilidade dos danos morais, materiais e à imagem, e que seria problemático multifacetar a dignidade da pessoa humana a partir da criação de tipos dano para cada ofensa a um dos aspectos da personalidade, “como se tal

⁵⁹ Ao comentar as semelhanças no tratamento do precedente em países de *civil law* e *common law*, Maccormick e Summers (1997, p. 532) acentuam: “a primeira semelhança importante é que o precedente agora desempenha um papel significativo na tomada de decisão jurídica e no desenvolvimento do direito em todos os países e tradições jurídicas que nós analisamos. De um jeito ou de outro, ou o precedente é oficialmente reconhecido como formalmente vinculativo ou apenas como tendo outra força normativa em algum grau” (Tradução Livre). Em relação a este “algum grau” (*some degree*) de força normativa dos precedentes, estes autores constataram - em todos os países de tradição *common law* e *civil law* - a existência um *continuum* quanto à vinculação do precedente, havendo apenas uma diferença de grau e não de qualidade no manejo dos mesmos, sendo enganosa a visão do precedente como algo inócuo em países de *civil law*. (MACCORMICK; SUMMERS, 1997, p. 533).

expediente fosse sinônimo de maior proteção. Com todo o respeito, não parece ser esta a forma mais técnica de se tratar o problema” (PAMPLONA FILHO; ANDRADE JÚNIOR, 2015, p. 10).

Essa concepção teórica prega um resgate do artigo 5º da Constituição, defendendo que a adjetivação dos novos danos ofende o dispositivo constitucional e que “a grande maioria desses ‘novos danos’ podem (e devem) ser caracterizados como dano moral” (PAMPLONA FILHO; ANDRADE JÚNIOR, 2015, p. 23), entendendo que a simples menção de ofensa à cláusula geral de tutela da pessoa humana já é suficiente para identificar um dano a ser protegido, não sendo preciso adjetivar novos danos para garantir tutela.

No mesmo sentido, Antônio Jeová Santos discorre que no Brasil não existe um terceiro gênero de danos, pois, de acordo com a CF/88, ou a lesão é patrimonial ou moral, não havendo espaço para outra categoria de dano que não acoberte um dos dois já mencionados. Para o referido autor, deve permanecer a expressão dano moral para todas as lesões existenciais à pessoa humana, competindo à doutrina e jurisprudência decantar os vocábulos, escoimá-los de impurezas e encontrar o seu sentido mais puro e verdadeiro (SANTOS, 2015, p. 60).

A presente pesquisa concebe que, de fato, todas as chamadas “novas lesões” podem ser protegidas juridicamente sob a alcunha de dano moral eis que se referem a interesses existenciais do ser humano (exemplo: férias arruinadas, dano estético) e, ressalta-se, não há nenhum prejuízo a esses “novos danos” serem tratados como apenas dano moral, pois a diferença qualitativa não está na nomenclatura, mas sim nos meandros fáticos que potencializem uma quantificação adequada à magnitude do dano. À título de exemplo, o chamado dano estético na verdade é dano moral e pode ser chamado assim sem nenhum prejuízo, senão vejamos: um trabalhador perdeu um braço em uma máquina. No momento de fixar o valor indenizatório, o juiz pode relevar diversos detalhes que incrementam o valor da indenização. Pode considerar, além da perda de uma parte do corpo, a perda ou redução das relações sociais, se era músico ou atleta amador; a perda do membro do ponto de vista estético a ponto de causar enfeamento e desgosto; a aflição e dor no momento do dano, mesmo que tenham sido momentâneos; a perda do prazer de realizar determinadas atividades, dentre outros.

Isto é dano moral, que pode compreender, para fins de quantificação todos os meandros que acentuem a intensidade e magnitude do dano, sem precisar chamar de dano estético, dano pela perda de ente querido ou dano pelo rompimento do casamento. Trata-se, ao fim e ao cabo, de dano

moral e não há nenhum prejuízo em ignorar tais nomenclaturas, exceto pelo valor que as mesmas possuem no que tange ao sistema de precedentes, especialmente no atual cenário do direito processual civil, que elencou, no art. 927 do Código de Processo Civil (Lei Federal n. 13.105/2015) um rol de decisões judiciais com força vinculante e obrigatória. Contudo, este trabalho entende que não existe muita relevância prática no desbravamento sobre qual lado está certo nesse debate, visto que o grande papel do jurista da responsabilidade civil é lutar pelo aprofundamento na identificação de danos injustos em múltiplas situações concretas. Isso é o mais importante.

Por exemplo, no Brasil diversas lesões são reconhecidas como danos morais indenizáveis sem apelar para nenhum outro tipo de nomenclatura específica, como nos exemplos a seguir relacionados à inscrição indevida em cadastro de restrição de crédito⁶⁰; à acidente de consumo⁶¹; à morte de ente querido⁶²; à extravio de bagagem⁶³; à falha na prestação de serviços bancários, de

⁶⁰ "a própria inclusão ou manutenção equivocada configura o dano moral *in re ipsa*, ou seja, dano vinculado à própria existência do fato ilícito, cujos resultados são presumidos" (Trecho do acórdão do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Agravo Regimental no Agravo n. 1.379.761/SP, de Relatoria do Ministro Luís Felipe Salomão, com publicação em 30/03/2011)

⁶¹ "dgVcc343eeweerifica-se, *in casu*, que se trata de defeito relativo à falha na segurança, de caso em que o produto traz um vício intrínseco que potencializa um acidente de consumo, sujeitando-se o consumidor a um perigo iminente (defeito na mangueira de alimentação de combustível do veículo, propiciando vazamento causador do incêndio) (Trecho do acórdão do Superior Tribunal de Justiça no julgamento do Recurso Especial n. 575469/RJ, de Relatoria do Ministro Jorge Scartezzini, com publicação em 06/12/2004).

⁶² "Os parentes próximos do falecido podem cumular pedidos de indenização por dano material e moral decorrentes da morte. (...) Assim, são perfeitamente plausíveis situações nas quais o dano moral sofrido pela vítima principal do ato lesivo atinjam, por via reflexa, terceiros como seus familiares diretos, por lhes provocarem sentimentos de dor, impotência e instabilidade emocional. É o que se verifica na hipótese dos autos, em que postulam compensação por danos morais, em conjunto com a vítima direta, seus pais, perseguindo ressarcimento por seu próprio sofrimento, decorrente da repercussão do ato lesivo na sua esfera pessoal, eis que experimentaram, indubitavelmente, os efeitos lesivos de forma indireta ou reflexa, como reconheceu o Tribunal de origem, ao afirmar que, "embora tenha sido noticiado na exordial que o acidente não vitimou diretamente os pais da vítima, os mesmos apresentam legitimidade para pleitearem indenização, uma vez que experimentaram a sensação de angústia e aflição gerada pelo dano à saúde familiar. (Trecho do acórdão do Superior Tribunal de Justiça no julgamento do Recurso Especial n. 1.208.949/MG, de Relatoria da Ministra Nancy Andrigui, com publicação em 15/12/2013).

⁶³ "Cabe indenização a título de dano moral pelo atraso de voo e extravio de bagagem. O dano decorre da demora, desconforto, aflição e dos transtornos suportados pelo passageiro, não se exigindo prova de tais fatores" (Trecho do acórdão do Superior Tribunal de Justiça no julgamento do Agravo Regimental no Recurso Especial n. 442487/RJ, de Relatoria do Ministro Humberto Gomes de Barros, com publicação em 09/10/2006).

telefonía, internet e TV à cabo⁶⁴; à assédio moral⁶⁵, à atraso de voo⁶⁶; à atraso na entrega de empreendimento imobiliário⁶⁷; à cobrança de dívidas inexistentes⁶⁸, à negativa de cobertura de plano de saúde⁶⁹, dentre outros.

⁶⁴ “O envio de cartão de crédito não solicitado, conduta considerada pelo Código de Defesa do Consumidor como prática abusiva (art. 39, III), adicionado aos incômodos decorrentes das providências notoriamente dificultosas para o cancelamento cartão causam dano moral ao consumidor, mormente em se tratando de pessoa de idade avançada, próxima dos cem anos de idade à época dos fatos, circunstância que agrava o sofrimento moral” (Trecho do acórdão do Superior Tribunal de Justiça no julgamento do 1.061.500/RS, de Relatoria do Ministro Sidnei Beneti, com publicação em 04/11/2008).

⁶⁵ “Juridicamente, em apertada síntese, o assédio moral pode ser considerado como um abuso emocional no local de trabalho, de forma maliciosa, sem conotação sexual ou racial, com o fim de afastar o empregado das relações profissionais, por meio de boatos, intimidações, humilhações, descrédito e isolamento. Na questão dos autos, a autora afirma (fls. 08/09) que 'era constrangida e obrigada a não se utilizar do banheiro para qualquer propósito, somente no horário estabelecido pelas reclamadas'. (...) É mediante a liberdade que o homem promove suas escolhas, adota posturas, sonha, persegue projetos e concretiza opiniões. Contudo, o espectro de abrangência das liberdades individuais encontra limitação em outros direitos fundamentais, tais como a honra, a vida privada, a intimidade, a imagem. (...) Caracterizado, pois, o assédio moral, incontestemente que a autora estava sujeita à pressão psicológica, atingindo seus direitos personalíssimos. Devida a respectiva indenização” (Trecho do voto do Ministro Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira, da do Tribunal Superior do Trabalho, no julgamento do Agravo Interno em Recurso de Revista 6935-58.2010.5.01.0000, com acórdão publicado em 07/04/2011).

⁶⁶ “o dano moral decorrente de atraso de voo prescinde de prova, sendo que a responsabilidade de seu causador opera-se *in re ipsa*” (Trecho do acórdão do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso Especial n. 299.532/SP, de Relatoria do Ministro Honildo Amaral de Mello Castro, com publicação em 23/01/2009).

⁶⁷ “No caso concreto, desponta estreme de dúvida que o principal atrativo do projeto foi a sua divulgação como um empreendimento hoteleiro - o que se dessume à toda vista da proeminente reputação ostenta nesse ramo -, bem como foi omitida a falta de autorização do Município para que funcionasse empresa dessa envergadura na área, o que, à toda evidência, constitui publicidade enganosa, nos termos do art. 37, caput e § 3º, do CDC, rendendo ensejo ao desfazimento do negócio jurídico, à restituição dos valores pagos, bem como à percepção de indenização por lucros cessantes e por dano moral” (Trecho do acórdão do Superior Tribunal de Justiça no julgamento do Recurso Especial n. 1.188.442/RJ, de Relatoria do Ministro Luis Felipe Salomão, com publicação em 05/02/2013).

⁶⁸ “Nas peculiaridades da espécie, o bloqueio de linha de celular decorrente da cobrança indevida de fatura já quitada enseja ofensa moral” (Trecho do acórdão do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso Especial n. 590753/RS, de Relatoria do Ministro Cesar Asfor Rocha, com publicação em 13/09/2004).

⁶⁹ “a recusa indevida à cobertura pleiteada pelo segurado é causa de danos morais, pois agrava a sua situação de aflição psicológica e de angústia no espírito” (Trecho do acórdão do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso Especial n. 657717/RJ, de Relatoria da Ministra Nancy Andrighi, com publicação em DJ 12/12/2005).

2 A IDENTIFICAÇÃO E QUANTIFICAÇÃO DO DANO MORAL A PARTIR DA LEITURA ÉTICA

2.1 FUNDAMENTOS ÉTICOS DA FUNÇÃO COMPENSATÓRIA

A partir da leitura jurídica, no capítulo anterior, verificou-se que o dano moral é marcado por uma busca calcada em bens extrapatrimoniais que possam ter sido violados. Constatou-se que os bens extrapatrimoniais juridicamente protegidos estão espalhados pelo direito positivo, contudo são abstratos e gerais. Nesse aspecto surge um perigo de que a cláusula geral que subjaz toda a racionalidade do dano moral seja utilizada para excluir detalhes relacionados à vítima que prejudicam a proteção da pessoa humana em sua inteireza nas circunstâncias concretas. Deste modo, se o valor da pessoa humana é o que orienta todo o arcabouço jurídico do dano moral, em uma base humanista do direito, a hermenêutica do dano moral deve estar atenta para as contingências e transformações da sociedade para o fim de identificar o desequilíbrio injusto em toda a sua magnitude. Outrossim, não se pode manusear os valores abstratos da ordem jurídica perdendo de vista a *ratio* por trás dos mesmos, sob pena de desviar injustamente interesses tuteláveis e aspectos fundamentais da quantificação do dano moral, e, para esse desiderato tem muito a dizer a leitura ética a partir de agora explanada.

Para assimilar melhor a leitura ética do dano moral é inarredável um retrospecto acerca da justiça corretiva, a qual explica os remédios da responsabilidade civil diante de um dano (reparação, em se tratando de dano material, e compensação, para danos morais⁷⁰) a partir da ideia de que ambas as partes possuem uma igualdade de status normativo dentro dos direitos reconhecidos pela ordem jurídica. Deste modo, o reconhecimento de um dano moral indenizável lança os olhos para a base normativa dos bens existenciais (vida, honra, igualdade, liberdade, intimidade, etc) e a quantificação da indenização penetra na magnitude do desequilíbrio causado a esses interesses protegidos, o que pode ser melhor compreendido pelos conceitos de personalidade e correlatividade desenvolvidos por Ernest Weinrib (2012).

⁷⁰ Ernest Weinrib deixa claro que o papel da justiça corretiva se opera tanto em relação a violação de direitos patrimoniais como de direitos não patrimoniais, que ele chama de non-proprietary, in personam (2012, p. 189).

A correlatividade reflete “que ofensor e vítima respectivamente fizeram e sofreram a mesma injustiça, de modo que a responsabilidade é uma concepção de justiça que reconhece a igualdade normativa das partes e trata suas posições uma como o espelho da outra” (Tradução Livre) (2012, p. 10). Nesse sentido, todo o processo de justificativa da imposição de uma indenização percorrerá esse caminho, pressupondo que entre as partes, independentemente de contrato, existe uma relação normativa que exige a inviolabilidade de bens materiais e existenciais, e eventual violação de direitos representa desequilíbrio injusto que merece correção.

De igual forma, a ideia de correlatividade também é importante para compreender que o dano e a ofensa são duas faces da mesma moeda, na medida em que o direito violado da vítima corresponde a um dever do ofensor de não interferir indevidamente no mesmo. Assim, direito e dever estão conectados na medida em que o direito da vítima é a base do dever do ofensor, assim como o dever de abstenção do ofensor está relacionado com o direito de não interferência da vítima (WEINRIB, 2012, p. 11).

Contudo, a correlatividade não é o único componente jurídico da noção de justiça corretiva, que necessita da compreensão da personalidade. A personalidade é apresentada como o que é normativamente significativa na interação das partes para fins de responsabilidade, ou seja, como o conjunto de direitos e deveres que formam o conteúdo do direito privado. Em outras palavras, a personalidade demonstra que o campo de liberdade do agir das partes está envolvido em um “sistema de deveres negativos de não interferência indevida nos direitos dos outros” (Tradução Livre) (WEINRIB, 2012, p. 15). Correlatividade e personalidade, assim, se interpenetram:

Assim como a correlatividade exhibe a estrutura das justificativas que pertence ao direito privado, então a personalidade articula o pressuposto de que informa o conteúdo dessas justificativas. Correlatividade e personalidade fazem parte do mesmo campo teórico em diferentes dimensões (Tradução Livre) (WEINRIB, 2012, p. 15).

Portanto, a justiça corretiva buscará restaurar tanto quanto possível o dano injustamente causado por uma das partes, tentativa esta que se fosse perfeita restabeleceria a posição inicial de igualdade normativa das partes (*initial positions to two equal lines/restoration of the original equality of the two lines*) (WEINRIB, 2012, p. 16). Em se tratando de danos morais o valor da indenização sempre será uma forma de atenuar o mal causado, sem ter o condão de restaurar integralmente o equilíbrio anteriormente existente. Contudo, mesmo a justiça corretiva tendo uma

tarefa mais árdua no campo do dano moral, ainda assim é preciso levar à sério a dimensão normativa da vítima, no sentido de investigar tudo aquilo de interesse juridicamente protegido que lhe foi afetado. A indenização é um remédio que visa a impor uma obrigação destinada a recompor os direitos da vítima, e, tanto quanto possível, lhe dar o equivalente aos seus direitos e interesses violados. A justiça corretiva tem essa ambição com enfoque sério na dimensão normativa interna violada (WEINRIB, 2012, p. 35).

Isso implica em mergulhar a fundo na identificação de todos os interesses jurídicos violados, e, ao mesmo tempo, na compreensão da magnitude dos danos, de modo a possibilitar não somente a caracterização de um dano como indenizável, mas também de proporcionar um valor monetário equivalente ou proporcional à total extensão normativa dos danos, da forma mais aproximativa possível. Vê-se, por exemplo, um caso envolvendo violência doméstica com agressões verbais e físicas por anos a fio, quantos interesses mercedores de tutela foram violados? São interesses que vão desde a saúde física e mental, até aspectos relacionados à honra subjetiva, projetos de vida, perda do prazer de realizar atividades, etc. É por esse motivo que é justo em tais casos que o valor da indenização fixado pelo juiz cível ou criminal possibilite a penhora dos bens do casal em favor da vítima, em caso de divórcio a penhora incidindo sobre a parte que caberia ao cônjuge agressor.

Dentro dessa perspectiva teórica, inicia-se um percurso pelo qual será demonstrada a necessidade de a justiça corretiva ser complementada pela ideia de bens humanos básicos, especialmente para os casos envolvendo danos morais. Em primeiro lugar, o dano moral está imbricado com direitos personalíssimos, ou seja, direitos inatos no sentido de que não são adquiridos. Assim, há uma diferença entre direitos que se adquire (*acquired right*) e direitos que possuímos pela nossa própria existência (*innate right, in personam*), estando os danos morais relacionados a este último tipo de direito: “direitos inatos são direitos que temos em virtude de nossa própria existência e que não precisamos fazer nada para adquiri-los, como é o caso do nosso corpo, mente e liberdades. Os direitos adquiridos são objeto de escolhas e possuem uma relação externa com a pessoa” (Tradução Livre) (WEINRIB, 2012, p. 222).

Nesse sentido, os bens existenciais que se ajustam ao cabimento do dano moral são manifestações daquilo que o ser humano possui de mais básico e que viabilizam o florescimento do mesmo em seus fins particulares. Daí é que sem paz, vida, saúde, liberdade, honra, imagem,

intimidade e privacidade, por exemplo, o ser humano não pode perseguir sem tumultos os seus múltiplos propósitos de vida, pois aqueles constituem pressuposto para uma a consecução de fins individuais, que sempre devem guardar harmonia com os fins dos demais sujeitos da comunidade: “como manifestações jurídicas da liberdade, os direitos fornecem um espaço no qual os seus titulares podem perseguir os seus objetivos pessoais. Estes fins são acobertados apenas se não causar efeito adverso para outros” (Tradução Livre) (WEINRIB, 2012, p. 114).

Contudo, é preciso se questionar que tipo de compreensão da vítima deve se ter para apreender a diversidade de interesses existenciais imbrincados na vida humana, pergunta esta já feita por Ernest Weinrib (2012, p. 14). Sob a perspectiva da presente pesquisa essa reflexão não deve se circunscrever apenas ao âmbito formal normativo desses interesses, nem tampouco deve se limitar às decisões políticas e jurídicas pretéritas (precedentes). Uma compreensão completa da responsabilidade civil deve, para além de abarcar as duas perspectivas mencionadas, mergulhar no conteúdo substancial dos bens existenciais, os quais são robustecidos pela teoria do direito natural, pois, como será visto adiante, o presente trabalho aloca os bens existenciais como dimensões mais específicas dos bens humanos básicos. É por isso que no introito desta pesquisa foi defendida a necessidade de interligação da virtude moral da justiça corretiva com a virtude intelectual da razão prática, instância apropriada do direito natural para a aplicação dos bens humanos básicos.

Frisa-se que a aproximação do direito natural com a responsabilidade civil não irá estabelecer uma fórmula para a identificação e quantificação do dano moral, mas sim facilitará o estudo e a compreensão do instituto do dano moral, dentro da perspectiva de uma tradição filosófica lapidada para favorecer o florescimento humano, tópico central dos bens existenciais que fundamentam o dano moral. Destaca-se que o formalismo de Ernest Weinrib reconhece que tais bens jurídicos são essenciais ao bem-estar e florescimento do ser humano, mas não apresenta nenhuma proposta teórica de compreensão de tal florescimento, o que na opinião do jurista canadense é fundamental no momento de quantificar o valor indenizatório:

Para a compreensão da justiça corretiva os direitos não são significantes apenas pelo fato de contribuírem para a satisfação da vítima. É claro que tais direitos possuem essa contribuição, protegendo esses bens de interferências indevidas. Também é verdade que o direito privado responde a eventual violação com indenizações que são medidas por essa perda de bem-estar envolvido em interesses protegidos pelo direito. Essa diminuição de bem-estar possui função na quantificação do valor indenizatório (Tradução Livre) (WEINRIB, 2012, p. 22).

Desta feita, a presente pesquisa, concordando com vasta literatura, reconhece que não existe uma fórmula matemática e cartesiana para a identificação e/ou quantificação do dano moral⁷¹, nem tampouco para nenhum ramo do direito. Contudo, tal impossibilidade não deve arrefecer o pensador do direito na tarefa de compreender os fenômenos jurídicos e os inúmeros interesses e realizações humanas em jogo, tentativa esta que é oferecida pela teoria do direito natural através dos bens humanos básicos.

É pressuposto da presente pesquisa que o instrumental jurídico-positivo envolvendo o dano moral e presente na legislação constitucional e infraconstitucional incorpora o ideal de consecução dos bens humanos básicos, de modo que o trabalho não apresenta uma proposta externa ou repulsiva ao instrumental institucional-factual; ao contrário, esses bens humanos básicos são vistos como viáveis para a reflexão do direito na medida em que essa abertura é dada pelos bens existenciais previstos na ordem jurídica. Assim, a própria lei e o direito em si são melhor compreendidos quando soma-se à perspectiva formal-factual, o ponto de vista ideal-ético, conforme será visto posteriormente.

⁷¹ Nesse sentido: “inevitavelmente o processo de determinar quanto P deve pagar para compensar os danos sofridos por uma pessoa é arbitrário no sentido de que não existe como demonstra uma resposta correta de quanto é suficiente para compensar todas as perdas” (Tradução Livre) (MULHERON, 2016, p. 778). Igualmente: “a indenização compensatória é dada por uma perda incapaz de uma estimativa precisa” (Tradução Livre) (MCBRIDE; BAGSHAW, 2015, p. 549). No Brasil, Antônio Jeová Santos assim se posicionou: “Em virtude da qualidade de incomensurável que é atribuído ao dano, a indenização é meramente convencional, de acordo com critérios que não são matemáticos, certos, indiscutíveis, em virtude mesmo de ser incomensurável. A doutrina inglesa é muito clara quanto a esses aspectos. Eles perguntam por que dez e não cem? E por que cem e não mil? Ou, ao inverso: por que mil e não dez, ou cem? Esta seria a primeira ideia. É uma ideia óbvia, por todos conhecida, porém é necessário destacá-la. Fugir das fórmulas matemáticas, fugir da pretensão de estabelecer um número, uma quantidade. Compreender que isso é assim e que deve ser assim, devemos usar o que Carbonier denominou, em um verdadeiro achado, de critérios da flexibilidade no Direito” (2015, p. 148).

2.2 FUNDAMENTOS ÉTICOS DA FUNÇÃO PUNITIVA/PREVENTIVA

Os *punitive damages* (indenização punitiva), para além de possuírem fundamentação dogmática, se arrimam no campo ético, pois podem ser considerados um poderoso instrumento para os sujeitos das práticas sociais cultivarem atos virtuosos e que contribuem para o bem comum, promovendo, ao fim e ao cabo, a felicidade dos membros de uma comunidade específica.

Há agentes que de forma reiterada perpetram ilegalidades em larga escala em face do trabalhador e do consumidor, mas em contrapartida tem como resposta do Poder Judiciário indenizações desconexas com a gravidade dos danos, com os lucros obtidos com o ilícito, com o grau de censurabilidade da conduta, etcetera, especialmente se se considerar que a maior parte dos danos perpetrados na sociedade de risco e de massa são reiterados e minuciosamente arquitetados sob a ótica do custo-benefício.

Outra alarmante preocupação que se convola em justificativa para o presente estudo no plano ético diz respeito à potencialidade de que os membros de relações privadas, sem uma contrapartida efetiva do Poder Judiciário, enfraqueçam as práticas sociais no plano ético e contribuam para o decréscimo do bem-estar e do bem comum social. Prática é qualquer atividade humana complexa, cooperativa, socialmente estabelecida, e que possua bens internos buscados pelos componentes, que representam os padrões de excelência (MACINTYRE, 1981, p. 187), como o jogo de xadrez, a família, a compra e venda de mercadorias e até mesmo a comunidade compreendida como um todo e tendo como bem interno o bem comum, o Estado de Direito.

O problema se agrava quando se constata que as relações privadas, especialmente as de trabalho e de consumo, se caracterizam como uma das principais práticas do mundo contemporâneo porque o trabalho e o consumo se tornaram a atividade mais importante do homem moderno (ARENDR, 2011, p. 157), de modo que negar que a responsabilidade civil tenha pertinência na função preventiva/punitiva é praticamente obstaculizar um patamar mínimo de uma comunidade cooperativa em prol do bem comum, colocando em xeque o nível ético de uma dada sociedade.

Apesar de nas relações privadas aparentemente os participantes busquem os seus próprios interesses, não se pode negar que é possível estabelecer um conjunto de valores e bens que se forem alcançados beneficiam todos os participantes e formam um terreno fértil para a concretização das excelências humanas através do exercício das virtudes. Portanto, é possível buscar um bem comum

inerente à prática e ao grupo, recuperando o interesse pelo aspecto comunitário e social e é justamente nesse aspecto que o direito, por intermédio por exemplo dos *punitive damages*, pode impor um padrão de conduta desejável em danos causados com alto grau de censurabilidade, marcados pela indiferença, reiteração e arquitetados maliciosamente.

Deste modo, mesmo que seja uma realidade o alto nível de desinteresse pelo outro no bojo das práticas sociais, notadamente as de consumo e de trabalho, onde os participantes tendem a buscar seus próprios interesses ao invés do bem do grupo, não se deve perder de vista que conceder um alto peso à liberdades e escolhas individuais pode representar uma grave disordem no plano social, pois quanto mais fraco é o laço de dependência dentro de um grupo, mais distante fica o ideal de cooperação em prol de um objetivo comum.

A justiça é uma das exigências da razoabilidade prática, que é um dos bens humanos básicos e tem por objeto a realização do bem comum. Desse modo, a justiça está relacionada à colaboração em conjunto em relação a certos valores na esteira de uma reciprocidade, reconhecendo o que é devido a outrem como um direito de outrem e um dever seu, inviabilizando escolhas arbitrárias para os projetos de vida individuais de pessoas físicas e jurídicas que causam danos aos outros. Quanto mais justas forem as relações dos membros, mais fértil é o terreno para que todos alcancem seus bens básicos necessários ao florescimento, gerando uma onda de benefício para todos os participantes e assegurando maiores condições para a consecução dos projetos particulares de cada um.

É por esse motivo que o objetivo do direito, dentro de uma concepção da teoria neoclássica da lei natural, é compreender quais são os bens humanos básicos (vida, conhecimento, jogo, experiência, estética, sociabilidade, razoabilidade prática, religião) que indicam as formas básicas de florescimento, sendo possível, a partir dos critérios da razoabilidade prática (um plano de vida coerente, sem preferência arbitrária por valores, sem preferência arbitrária por pessoas, desprendimento, compromisso, a relevância limitada das consequências, respeito por cada valor básico em cada ato, exigências do bem comum, seguir a consciência) “distinguir entre atos que são razoáveis levando-se tudo em consideração e atos que são desarrazoados” (FINNIS, 2007, p. 30/36).

De todos os requisitos da razoabilidade prática, o mais pertinente aos *punitive damages* (indenização punitiva) é o bem comum, ou melhor, aquilo que é exigido pelo mesmo. Em uma

compreensão bem ampla, ele está relacionado com o pautar como razão para o agir o bem do outro (FINNIS, 2007, p. 143/144), que envolve, dentre outras coisas, garantir um “conjunto de condições que tendem a favorecer, facilitar e promover a realização, por parte de cada indivíduo, de seu desenvolvimento pessoal (...) para que cada um dos membros atinja seus próprios objetivos” (FINNIS, 2007, p. 148/157).

Salienta-se que desde a introdução da presente pesquisa se está ressatando que o direito natural potencializa e torna mais compreensível o espírito da lei positiva, e, no tocante ao bem comum não é diferente visto que o art. 8º do Código de Processo Civil (Lei n. 13.105/2015) estabelece que “ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum”, assim como o art. 5º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-Lei n 4.657/1942), reza que ao interpretar a lei “o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum”.

Quando se volta para a envergadura social de alguns danos perpetrados no bojo das relações privadas de massa, se percebe que a fraqueza do direito para detê-las, ofuscando a possibilidade de alcançar uma comunidade plenamente realizada e completa do ponto de vista ético, pois o bem comum relativo à prática das relações privadas não estará sendo alcançado, o que causa muitas vezes o rebaixamento da qualidade de vida dos participantes.

Nesse desiderato, se é possível refletir o direito a partir de bens humanos básicos, é adequado julgar decisões, leis e práticas sociais à luz da obediência ou não a tais bens, pois do contrário serão consideradas deficitárias quanto ao caso central. Nessa perspectiva, Finnis acentua que o estado de coisas a um conceito teórico se refere em seu significado focal de caso central, sendo possível distinguir os assuntos humanos entre maduros e subdesenvolvidos, sofisticados e primitivos, prósperos e corrompidos, no sentido de que existem casos centrais de amizade, de governo constitucional, de direito, assim como há casos periféricos. Portanto, os casos periféricos podem ser considerados casos centrais defeituosos e o caso central deve estar envolvido em uma explicação conceitualmente rica e complexa, a qual, no caso do direito e a aproximação com a realização de bens humanos básicos (2007, p. 23/24). Destarte, em relação ao dano moral aqui tratado, o caso central desse instituto envolve a observância do fundo ético dos bens humanos básicos tanto na quantificação quanto na quantificação, o que será aprofundado alhures.

Assim, a lei natural exige que os bens humanos básicos sejam superiores às instituições, leis, decisões e práticas, o que se caracteriza como uma exigência muito mais abrangente e forte de determinados padrões de conduta de envolvidas em práticas e instituições, sendo possível fazer severas críticas sobre o uso da autonomia privada e da propriedade privada no contexto das relações de trabalho e de consumo, visto que se esse sistema privado não estiver promovendo o bem comum não estará satisfazendo uma exigência de justiça e, portanto, mesmo que a lei positiva esteja inteiramente sendo cumprida, a referida prática será injusta.

O raciocínio da lei natural não é antagônico à lei positiva, ao contrário, busca em grande intensidade reafirmar, fortalecer e solidificar o que ela propunha (FINNIS, 2015, p. 1). Além disso, o que a teoria neoclássica da lei natural propõe é compreender que a Lei Positiva é apenas uma das facetas fundamentais do direito e que não pode existir dissociada, independente e alheia a qualquer valoração de cunho ético relativa aos bens humanos que devem ser perseguidos. Ao contrário, o direito pode e deve ser fundamentado também como uma boa razão para a ação no plano ético, visto que um conjunto de normas legisladas ou de precedentes judiciais não podem por si só serem considerados uma boa razão para a ação, como destaca Carlos Massini-Correas, comentando o pensamento de John Finnis:

(...) ningún hecho o conjunto de hechos, por muy complejo que sea, puede proporcionar por sí mismo una razón para actuar (...) en la medida en que se enorgullece de ocuparse sólo de hechos, no puede ofrecer una comprensión adecuada, ni de las razones para la acción (los deberes), ni de la única fuente concebible de estos deberes, es decir, los verdaderos e intrínsecos valores (2015, p. 43/44).

Portanto, a lei natural não nega a validade do direito no plano institucional e social-fática, apenas compreende que essa é apenas uma dimensão de validade para uma visão completa do direito, que deve ser visto também sob o plano ético, porém ambas as dimensões integram o que se pode denominar de direito (MASSINI-CORREAS, 2015, p. 31). Ratifica-se, o que é considerado natural na referida teoria neoclássica é o que estiver harmonia com os requisitos da razoabilidade prática, que envolve, dentre outras exigências, o respeito ao bem comum. Por esas e outras razões, a lei natural já foi mal interpretada por aqueles que pensam que o mesmo persegue a natureza como algo relacionado aquilo que é inerente à vida humana ou a impulsos naturais, negligenciando que a mesma é um apelo à razão. Nesse sentido:

Tomás de Aquino é particularmente claro e explícito quando afirma que “natural” é predicado de algo que está de acordo com a razão prática ou com os requisitos desta” (Tradução Livre) (FINNIS, 2015, p. 3).

Assim, na filosofia dos assuntos humanos, quando se prediz "natural" ou "naturalmente" não se quer dizer "automaticamente", ou "em virtude de inclinação inata" ou de qualquer outra "natureza". Nem se quer dizer "geralmente" ou "muito frequentemente" ou padronicamente ". Pelo contrário, significa "racionalmente", ou seja, conforme julgado pelos padrões de razoabilidade: as coisas são "naturalmente" X para pessoas humanas quando elas são X “de acordo com a razão correta” (Tradução Livre) (FINNIS, 2008, p. 45).

A partir dessas noções basilares sobre a teoria neoclássica da lei natural e a abordagem inicial sobre as práticas iníquas no bojo das relações privadas, torna-se possível vislumbrar que o Poder Judiciário, no manejo e na aplicação do Direito, possa e deva confrontar as leis, precedentes e práticas sociais à luz dos comandos éticos relativos aos bens humanos básicos. Deste modo, utilizando como ponto basilar a ideia de bem comum e justiça, o magistrado poderá reprimir aquelas condutas que estejam em desarmonia com ambas as esferas de validade do direito e, para tanto, poderá fazer uso do instituto dos *punitive damages*, que possui como objetivo principal desestimular condutas indesejadas, e, ao desestimular condutas que prejudicam o florescimento humano de outrem, o direito estará promovendo em alguma medida o bem comum.

A penetração da fundamentação ética calcada no direito natural na análise de qualquer categoria jurídica, inclusive a responsabilidade civil, provoca impacto no sentido de restringir a autonomia dos membros de uma comunidade na medida em que a qualidade do que é direito e dotado de coercitibilidade é incrementado por reflexões de cunho ético. Embora os participantes de práticas sociais sejam livres para realizarem seus projetos, essa liberdade deve ser breçada quando não passar no crivo da razoabilidade prática, que envolve, dentre outras, a consecução do bem comum.

Em acréscimo, se a autonomia só tem valor se exercida em prol do bem comum, se adequando com opções moralmente aceitáveis (MASSINI-CORREAS, 2015, p. 131) torna-se corolário lógico que práticas sociais danosas devem ser compreendidas como incompatíveis com o bem comum e que qualquer categoria jurídica que venha a corroborar com essa tarefa seja considerada bem fundamentada também do ponto de vista ético, tendo em vista que abandona o apego à autonomia como um fim em si mesmo, sem compromisso com o bem comum:

La adquisición de la autonomía por una persona (...) la habilita para realizar el tipo de elecciones con las cuales puede realizar. (...) La autonomía no puede proveer [en sí misma] una razón última para la acción. Y consecuentemente, es incapaz de proporcionar fundamento razonable a la exigibilidad de los derechos. (MASSINI-CORREAS, 2015, p. 131).

Se a autonomia fosse um fim em si mesmo e não estivesse passível de sofrer reprimendas do Estado, estar-se-ia próximo de um estado de coisas anárquico no qual nenhuma instituição tem legitimidade para de forma eficaz restringir desvios no bojo de litígios e situações danosas sem resolução no campo extraproxessual (FINNIS, 2015, p. 3). Sendo assim, o direito natural acentua ser inarredável a presença de uma instituição dotada de autoridade para impor limites às escolhas/atos individuais:

A primeira questão que Tomás de Aquino aborda sobre a lei humana (lei positive) em sua discussão sobre o direito, *Summa Theologiae*, I-II, q. 95 a. 1, é se a lei humana [lei positiva] é benéfica, pois não podemos criar regulação social com meras advertências ou recomendações (Tradução Livre) (FINNIS, 2015, p. 2/3).

Além disso, não se pode perder de vista que ao fim e ao cabo a limitação a determinadas práticas danosas possui como esteio o alcance do bem comum, podendo a responsabilidade civil, por intermédio dos *punitive damages* servir de mecanismo de efetivação da justiça distributiva, na medida em que a verba indenizatória de cunho punitivo atingirá o bem comum e contribuirá para uma justa distribuição de encargos na sociedade de massa e de risco. Portanto, a responsabilidade civil não é apenas um instrumento da justiça corretiva – tendo por objeto a reposição de perdas injustamente causadas – mas também de justiça distributiva, entendida como o conjunto de exigências de colaboração que intensificam o bem-estar e as oportunidades de florescimento do ser humano (FINNIS, 2007, p. 165).

Trocando em miúdos, a justiça distributiva parte do pressuposto de que não são todos os seres humanos que possuem as condições essenciais para o florescimento e atualização de suas potencias (realização de projetos de vida), motivo pelo qual para que se persiga o ideal de que todos alcancem a sua felicidade a partir da efetivação dos bens humanos básicos (como a vida, a sociabilidade, o jogo, conhecimento, experiência estética, dentre outros) deve haver – em uma sociedade extremamente desigual - uma efetiva colaboração das pessoas, sendo o papel da justiça

distributiva coordenar o a distribuição de recursos, oportunidades, lucros, ônus, vantagens, papéis, responsabilidades, e encargos” (FINNIS, 2007, p. 167/173).

A responsabilidade civil é sim um problema também de justiça distributiva, pois deve ser motivo de reflexão por parte dos juízes, advogados, defensores, legisladores e procuradores se – à luz dos novos comandos constitucionais - ela não deve ser adequadamente dimensionada de modo a atribuir o ônus de arcar com indenizações punitivas e preventivas para o caso de violações constantes e graves de interesses juridicamente protegidos, possibilitando o fomento do bem comum e dos bens humanos básicos na medida em que inibe/atua conduta presente potencialmente causadora de dano.

Infere-se a compatibilidade dos *punitive damages* com os fundamentos éticos da lei natural na medida em que os mesmos visam a brechar condutas com alto grau de danosidade e censurabilidade, por danos físicos ou econômicos, alto grau de desinteresse pela vítima, reiteração e muitas vezes se caracterizam pela tentativa de se beneficiar da vulnerabilidade do outro. Por essas e outras, as práticas combatidas pelos *punitive damages* são contrárias ao direito não apenas por apequenarem os bens extrapatrimoniais protegidos juridicamente, mas também por serem antagônicas às exigências do bem comum e negligenciarem o ideal de respeitar os aspectos básicos dos membros de uma dada comunidade.

Deste modo, o Poder Judiciário deve se imbuído de razões de cunho jurídico e ético para limitar o campo de atuação da autonomia individual, tendo sempre em vista uma concepção de bem comum que favoreça o florescimento humano, sendo necessário para isso, em casos mais graves, impor uma indenização maior do que a suficiente para compensar ou reparar o prejuízo, de modo a desestimular a conduta do ofensor que esteja desatinada com o bem comum da sociedade que o cerca. Deve-se, portanto, compreender o compromisso do direito com a detenção e desestímulo de condutas indesejáveis, pressupondo que a investigação racional para determinar o que é o direito não abre mão da investigação do que o bem comum exige em um dado contexto, exigência esta que se torna parte do direito e da noção do que é justo no particular.

Nesse viés, o problema da justiça exige preocupação com a maneira mais adequada de tratar o outro, de modo a preservar uma razoável relação entre as pessoas, o que exige certamente o dever de evitar a prática de atos danosos, assim como o dever de suportar a punições pelas infrações cometidas (FINNIS, 2008, p. 188). Assim, aquelas condutas mais graves no âmago das relações

privadas devem ser eliminadas a partir do manejo do valor indenizatório com o fim de neutralizar a subsistência de relações e práticas injustas, como destaca John Finnis à luz do pensamento de Tomás de Aquino sobre o direito de danos:

Tomás de Aquino vê que a compensação do mal causado envolve também a dissuasão absoluta da conduta do ofensor e de todos que precisam ser dissuadidos de transgressão (Tradução Livre) (2008, 211/212).

Cabe salientar que não se está a defender o cabimento de indenizações milionárias que inviabilizem a iniciativa privada, visto que alguns dos requisitos para que os *punitive damages* guardem harmonia com a fundamentação ética é que o ato em análise seja muito grave, o valor das indenizações punitivas sejam proporcionais ao mal causado e ao objetivo de desestimular o ofensor, ideias estas que guardam relação com o objetivo de perquirir o bem comum presentes no pensamento de Tomás de Aquino exposto por John Finnis (2008, 211/212): “a punição é uma questão de justiça e a medida dessa justiça é o bem comum para toda a comunidade” (Tradução Livre).

Além do mais, não há que se falar que os *punitive damages* não podem contribuir para o bem comum sob o pretexto de que ele é aplicado apenas diante de um caso concreto, de um grupo e de uma prática específica porque essa visão é equivocada em relação à teoria da lei natural, visto que quaisquer ações que contribuam para o bem comum são justas e constituem deveres de justiça, como explica Luis Fernando Barzotto (2003, p. 2): “o termo ‘geral’ aplicado a este tipo de justiça refere-se à sua abrangência: todos os atos, independentemente da sua natureza, na medida em que são devidos à comunidade para que esta realize o seu bem, constituem deveres de justiça.”

Destarte, por intermédio dos *punitive damages*, ao deter um padrão de conduta em desarmonia com o bem comum e incentivar ações que abracem as exigências éticas, o Poder Judiciário cria um terreno fértil para alcançar o bem comum indiretamente, pois, embora se trate de uma justiça particular, consequentemente beneficia a todos os componentes de uma comunidade, como se observa nessas lições de Luis Fernando Barzotto:

Como o ser humano é, para Tomás, um animal social, o fato de a justiça particular visar diretamente o bem do particular não significa que ela seja alheia ao bem comum: a justiça particular "dá a cada um o que é seu em consideração ao bem comum." De fato, o ato de pagar uma dívida, por exemplo, beneficia diretamente o credor, mas indiretamente beneficia a todos, na medida em que este ato reforça e reafirma o sistema de crédito

necessário à vida econômica da comunidade. Como foi visto, isto não significa que a justiça particular possa ser pensada à margem do bem comum. Ao contrário, algo só é devido a um particular em vistas do bem comum, seja em uma distribuição, seja em uma troca. A justiça particular visa diretamente o bem do particular e, indiretamente, o bem comum (BARZOTTO, 2003, p. 2/7).

Apresentadas as principais diretrizes do prisma da teoria neoclássica da lei natural, assim como as bases da teoria dos *punitive damages*, conclui-se que a vida em sociedade é uma vida de débitos, pois todos devem algo a alguém, sendo um desses débitos o de não lesar outrem (*alterum non laedere*). Assim, viver em sociedade é viver com restrições em suas ações e assumir as consequências por condutas danosas (BARZOTTO, 2003, p. 11).

Os *punitive damages* possuem esteio ético na medida em que contribuem para a consecução do bem comum e para uma justa distribuição de encargos na sociedade de massa, forçando que os participantes de relações privadas, em especial grandes fornecedores, pautem suas decisões sobre qualidade e segurança de produtos, serviços e condições de trabalho em um nível ótimo. Nesse espectro, surge a importância de – a partir dos *punitive damages* – tornar um ato ou um padrão de conduta danoso desvantajoso, desencorajando, coibindo, detendo e impedindo a sua reiteração da seguinte forma: caso o autor do dano, ao reiterar os atos que vem praticando, verificar que o pagamento de indenizações arbitradas judicialmente na proporção dos danos causados ainda deixá-lo em uma posição economicamente favorável, com custos decorrentes de indenizações e processos judiciais menores do que os lucros obtidos pela ilicitude, a perpetração de danos subsistirá porque a lógica de gastos-despesas continuará o orientando para a manutenção da conduta reprovável. Contudo, uma vez que a indenização de cunho punitivo se acople à compensatória, se começa a vislumbrar uma revisão da vantagem em manter-se violador (VOLOKH, 1996, p. 10).

2.3 FUNDAMENTOS ÉTICOS DA IDENTIFICAÇÃO E QUANTIFICAÇÃO A PARTIR DOS BENS HUMANOS BÁSICOS

Sabe-se que os bens jurídicos de proteção do ser humano estão alocados numa verdadeira cláusula geral, a qual, como visto, não pode ser reduzida a um rol exaustivo de interesses mercedores de tutela. Contudo, para fins didáticos e metodológicos, a presente pesquisa trabalhou a análise de alguns bens jurídicos e suas implicações de identificação e quantificação envolvendo o dano moral, quais sejam: igualdade; cuidado em razão de vínculos de parentesco; vida e não exposição ao perigo; integridade física; integridade psíquica; honra; intimidade e vida privada; imagem; integridade da criação do intelecto; perda de ente querido; afeto à bens materiais; perda de uma chance; liberdade e perda de tempo útil. A partir da análise dos bens humanos básicos da teoria do direito natural, passar-se-á a relacionar os bens existenciais que sustentam o dano moral com os bens humanos básicos, demonstrando que o arcabouço jurídico-positivo do dano moral é uma representação da abordagem ética da lei natural, o que deve ser compreendido pelos estudiosos e profissionais do Direito, pois, como explica Bebhim Donnelly (2012, p. 128), a busca por tais bens está inculcada nas práticas sociais e nas normas jurídicas, independentemente de os legisladores, cidadãos ou juízes os buscarem conscientemente ou conhecê-los:

Tomás de Aquino mostra que perseguimos o florescimento em nossas vidas independentemente de sabermos o que é florescimento. Isto implica que embora os indivíduos possam não saber as qualidades dos bens básicos, naturalmente eles são buscados, motivo pelo qual o primeiro princípio da razão prática em Tomás de Aquino é o bem deve ser realizado e buscado e o mal evitado (Tradução Livre).

O direito natural concebe o fenômeno jurídico a partir não apenas do plano institucional legislativo e jurisprudencial, mas também sob a ótica de uma dimensão ética, calcada na busca pela realização dos bens humanos básicos, que são valores que se relevam como razões para o agir humano de qualquer um, valores básicos estes que se forem respeitados ensejam a plena realização ou felicidade do ser humano (FINNIS, 2007, p. 30/36), chamada de *eudaimonia* por Aristóteles, *felicitas* por Tomas de Aquino e realização humana integral por John Finnis (2008, p. 85/86).

O estudo da ética no direito natural identifica o que o ser humano persegue e busca como bom e se apropria disso para estabelecer os fins últimos racionais para o agir, sendo possível conhecer verdades que contribuem para o florescimento humano (DONNELLY, 2007, p. 126).

Nessa esteira, condutas individuais, políticas e arranjos voltados à realização desses bens básicos são virtuosos (éticos) enquanto que as práticas que desmantelam, desrespeitam e desprestigiam os bens humanos básicos são carentes de fundamentação ética por não ser razoável não perseguir os referidos bens inquestionáveis e auto-evidentes, assim como por ferir frontalmente o princípio de que o bem deve ser feito (inclusive os bens humanos básicos) e o mal evitado (*good is to be done and pursued, and bad avoided*) (FINNIS, 2008, p. 80).

A base para a compreensão das características da natureza humana perpassa pela análise de ações guiadas por princípios que direcionam o agir para bens. De tais ações é possível - pelo valor do conhecimento (razão) - extrair valores que completam o ser humano e lhes servem como razões para uma boa conduta e a conseqüente realização. O estudo dos bens humanos básicos visa a responder o que preserva nossa natureza humana e promove uma existência plena. Ademais, mais importante do que necessariamente identificar tais bens básicos, é compreender cada faceta de oportunidades e capacidades do ser humano, com cuidado e zelo para clarificar as formas básicas de bem-estar humano, pois é exatamente essa tomada de consciência que permite a normatividade do direito natural em situações específicas (FINNIS, 2011, p. 33).

Destarte, é fundamental compreender esses aspectos da experiência humana que estão presente nas atividades e deliberações para tomada de decisões, pois todas as ações inteligíveis possuem um propósito em direção a um bem, no seguinte sentido: 1) um ato é racional quando dirigido aos bens humanos a partir da vontade e algumas condutas são instrumentais para atingir esse fim último, como por exemplo no simples gesto de comprar medicamentos está presente o interesse na preservação da saúde/vida; 2) todas as ações inteligíveis têm como objetivo implícito a realização e proteção de algum bem em alguma medida; 3) esses bens não são escolhidos por cada pessoa ou comunidade política, pois são intrínsecos a todos os seres humanos e inerentes à sua complexidade de realização, de modo que a vida não é um recheado de ocasos e fortuitos, mas sim uma rica experiência de escolhas voltadas ao florescimento em suas mais distintas dimensões; 4) o verdadeiro florescimento está conectado com o ideal de realizar bens básicos não apenas na vida particular, como também no convívio em harmonia com os outros (FISHER, 2013, p. 271/275).

A propósito, esses bens básicos constituem o ponto central de reflexão do direito natural, que possui como elemento nuclear o conhecimento desses bens: 1) o direito natural, primeiramente,

se preocupa com as formas básicas de florescimento humano que são buscadas e realizadas nas ações; 2) em seguida, se ocupa com os pressupostos da razão prática, os quais em última instância estão conectados com nos fins máximos (bens humanos); 3) por fim, o direito natural se dedica a pôr esse projeto em prática, discutindo proposições morais mais específicas (HALDANE, 2013, p. 41/42).

A presente pesquisa apresentará a aproximação do dano moral com os bens humanos básicos a partir da conjugação das teorias da lei natural de Bebhim Donnelly, John Finnis e Mark. C. Murphy. Na tentativa de fundamentar bens que geram racionalidade para qualquer ser humano em qualquer lugar, Bebhim Donnelly observa que existe um desafio relativista baseado na ideia de que abordar a moral do nosso tempo e espaço como base para a racionalidade gera o risco de justificar ações como corretas do mesmo jeito que no passado se julgava a escravidão correta, pois ter-se-á como parâmetros valores efêmeros e do presente. Deste modo, caso a base moral fosse formada por elementos contextuais e contingentes, o que se tem como certo ou errado rapidamente evaporaria com a extinção das contingências. É por este motivo que a referida autora advoga pela busca de uma investigação de bens humanos que fuja das relativizações e consiga trazer elementos de validade moral ligados a ação humana que independem do nosso tempo (2007, p. 125/126).

Assim, Bebhim Donnelly acentua que um completo estudo sobre os bens humanos básicos envolve quatro dimensões do ser humano, cada uma composta por dois elementos conceitualmente em tensão, um necessitando do outro: a) ser (relacionado à existência)/bem (relacionado ao dever); b) capacidade (relacionado a habilidades que temos enquanto ser humano)/atividade (relacionado à praticidade do dever); c) subjetividade (relacionado à perspectiva do indivíduo)/objetividade (relacionado à perspectiva que a dignidade deve ser percebida); d) personalidade (relacionado à individualidade)/política (relacionado à condição essencial sem a qual todas as outras dimensões não têm sentido) (2007, p. 123).

Desta feita, as características do ser (*being*) indicam que as pessoas existem em si mesmas e ao lado de outros, têm capacidade de interagir e se comunicar, necessitam de recursos do mundo para garantir sua existência, possuem raciocínio, sentimento, além de corpo e mente vulneráveis (DONNELLY, 2007, p. 126/127). Tais subsídios fundamentam a racionalidade do arcabouço jurídico brasileiro, o qual possui uma gama de bens jurídicos aptos a proteger essa faceta da vida

humana e mostram “verdades essenciais de nossa condição humana que nos puxam para o que nós somos ou podemos ser num sentido pleno” (Tradução Livre) (DONNELLY, 2007, p. 128).

Por exemplo, o direito à vida garante a proteção da existência biológica da pessoa, assim como as liberdades (de locomoção, artística e de expressão) fomentam a existência da pessoa com outros. No mesmo sentido, o direito à saúde corporal e mental subsidiam as integridades psicológica e física necessárias para uma vida plena, ao passo que o direito a privacidade, intimidade e honra promovem um prestígio aos sentimentos. E a racionalidade inerente ao ser humano representa a possibilidade de uma busca por tais bens. É pelo elo com a racionalidade presente no ser humano que é possível o sentido pleno de existência (*being*) estar vinculado à busca pelos bens básicos (*good*): “os bens devem ser perseguidos porque eles representam basicamente a realização humana na vida, comunidade, comunicação, saúde, razão, etc” (Tradução Livre) (DONNELLY, 2007, p. 130).

É por esse motivo que é possível afirmar que a racionalidade do direito natural está entranhada no sistema jurídico brasileiro e que este busca a construção de uma sociedade ética de respeito a bens básicos necessários para o florescimento humano, de modo que não é raro verificar hipóteses de dano moral indenizável que atingem bens jurídicos e em última instância afetem os bens humanos básicos, como nos danos morais por: a) deformidade física (corpo vulnerável, integridade física); b) agressões verbais e humilhações (sentimentos, mente vulnerável, honra, integridade psíquica); c) cárcere privado em local de emprego e/ou proibição de empregado de ir ao banheiro (ser, liberdade); d) erro médico com piora de saúde do paciente (corpo vulnerável, integridade física); e) divulgação de fotos íntimas por loja de conserto de celulares (sentimentos, mente vulnerável, honra, integridade psíquica); f) decisão inesperada de noivo de desistir do casamento na véspera (sentimentos, honra).

Deste modo, o atentado contra esses bens (básicos do direito natural e também jurídicos), para além de causarem um desequilíbrio injusto que merece reparação pela via da responsabilidade civil, impedem em diferentes graus uma existência plena do ser humano, motivo pelo qual a concepção de que o arcabouço normativo-positivo incorpora a ética do direito natural eleva o papel que os profissionais do direito e cidadãos têm para com esses valores, que estão conectados numa empreitada grandiosa que, ao invés de repelir e conflitar com o ordenamento jurídico, o embeleza, abrilhanta e prestigia, dotando-o de mais sentido e racionalidade, além de contribuir para uma

alavancada de repulsa às práticas de apequenamento do dano moral, especialmente aquelas relacionadas ao mero aborrecimento tão propugnado pelos tribunais como justificativa para negar pretensões indenizatórias.

Sobre a dimensão subjetiva (*subjective*) e objetiva (*objective*), trata-se de entender que embora o ser humano seja detentor de uma perspectiva puramente individual acerca de suas crenças e modo de viver (subjetiva), esta perspectiva deve ser amoldada na vida em sociedade ao aspecto objetivo de consciência do modelo de vida social objetivamente considerado (DONNELLY, 2007, p. 132/134), de onde se infere que determinadas frustrações, inquietudes e manias unicamente individuais muitas vezes não são protegidas para fins de caracterização do dano moral indenizável, pois existe um sentido objetivo do que deve ser protegido no campo individual.

No que tange às capacidades (*capacity*) e atividades (*activity*), Bebhim Donnelly acentua que uma existência plena é aquela que ao lado das capacidades humanas possui as atividades necessárias para ativá-las e atualizá-las, de modo que uma restrição indevida a essas atividades que afloram as capacidades é uma postura antiética, pois o ser humano não pode por ato de outrem ser ofuscado na busca pelo máximo de suas capacidades (2007, p. 135/141), visto que o florescimento é a manifestação das capacidades humanas no maior grau possível (FINNIS, 2011, p. 5). Esta ideia evidencia a adequação de hipóteses de dano moral indenizável quando por ato de outrem alguém deixa de realizar atividades profissionais, de lazer, contemplativas e até mesmo sexuais, provando o relevo que a preservação das capacidades humanas possui no bojo do direito de danos. Isso não apenas no campo do reconhecimento do dano moral, como também da quantificação, de modo que no momento de fixar o valor indenizatório, deve ser levado em conta a existência ou não de perdas de capacidades humanas (de olfato, fala, de relações, visão, sexuais, profissionais, etc) e de atividades, como no caso da perda de tempo útil.

Por fim, existe a faceta pessoal (*personal*) e política (*political*), já que o ser humano é um animal político e que constrói instituições para solucionar conflitos e tensões. Ambas devem ser conciliadas, no sentido de que enquanto parte do mundo, todos o compartilham mutuamente, de modo que haverá conflitos entre esses bens, os quais devem ser resolvidos tendo em vista o bem comum. É por isso que Alasdair MacIntyre ensina que na busca pelo bem que está além das individualidades deve-se responder à pergunta “o que é o bem para o homem”, que será o que todas

as respostas à pergunta “o que é o bom pra mim” têm em comum, e, nessa busca, será possível encontrar bens que estejam além das práticas (MACINTYRE, 1981, p. 219).

Sendo assim, se justifica a autoridade que a política e o Direito possuem na organização desses bens em sociedade, assim como a ideia de que os bens humanos são perseguidos individual, mas também coletivamente, como destaca Bebhim Donnelly: “a lei deve interferir quando existe um dano a esses bens por ato de outrem e quando a não violação desse dano é salvaguardada. Nós aceitamos a autoridade da lei na determinação sobre como esses bens devem ser buscados dentro de uma comunidade política específica” (Tradução Livre) (2007, p. 145).

Essa abordagem de Bebhim Donnelly é fortalecida por uma espécie de antropologia filosófica e biológica do ser humano de Tomás de Aquino, bem desenvolvida por John Finnis no livro *Aquinas* (2008). Nesta obra, o filósofo australiano dá um exemplo da pessoa que decide mentir sabendo que o que vai dizer é falso, compreendendo as expectativas de quem pergunta, os benefícios com a mentira, mas, paralelamente a isso sente um peso perturbador na consciência, vê a face do auditório, sente a ansiedade com a língua seca e os joelhos frágeis, lembra da desaprovação da sociedade e dos pais quando ele era criança. Esse espetáculo humano apresenta os sentimentos, as sensações, os movimentos, a escolha, a vontade, a observação, os efeitos físicos e psicológicos, a lembrança e a compreensão do todo, demonstrando a existência de a) uma unidade dinâmica complexa ao longo do tempo em uma só dimensão, pois quando se está na vida adulta se tem reflexos da infância; b) uma unidade dinâmica complexa de uma atividade, significando que todos aqueles eventos aconteciam ao mesmo tempo; c) a maturidade individual na compreensão de generalidades e objetos abstratos como verdade/falsidade (2008, p. 176).

Portanto, diferentemente das plantas e dos animais, os seres humanos têm não apenas a faceta vegetal - de funcionamento orgânico - e animal - de se locomover e ter sensações - mas também têm a capacidade intelectual da autocompreensão, de realizar escolhas e julgamentos. Adiante, assevera John Finnis, que essa característica que reside em qualquer ser humano é a raiz da dignidade e dos direitos humanos, pois todos possuem a capacidade de atualizar essas potências, todos perfazem um ser complexo que o faz ter ao mesmo tempo a solidez de uma estrela, a química e a complexidade biológica de um leão ou de uma árvore e, mais que tudo isso, a capacidade de entender todas as realidades e dentro de sua liberdade realizar julgamentos, escolhas e autodeterminar-se racionalmente (FINNIS, 2008, p. 179/180).

De acordo com a lista de Mark C. Murphy, existem nove bens humanos básicos que fundamentam racionalmente as ações humanas: vida (*life*), conhecimento (*knowledge*), experiência estética (*aesthetic experience*), excelência em performances gerais e no trabalho (*excellence in play and work*), excelência nas tarefas do dia a dia (*excellence in agency*), paz interior (*inner peace*), amizade (*friendship*), religião (*religion*) e felicidade (*happiness*) (2001, p. 96). O bem da vida que dá substrato ao aspecto anímico dos seres humanos é prestigiada com atos que a preservam não só na luta contra a morte, mas na preservação da integridade física e psíquica, já que o bem da vida é condição essencial para o acesso a todos os outros bens (MURPHY, 2001, p. 101).

Portanto, a vida assegura a existência corporal e orgânica, protegendo a sua preservação, prolongação e transmissão, motivo pelo qual a saúde corporal e psíquica encontra-se dentro do bem básico da vida. De forma mais ampla, as pretensões de nutrição, mobilidade, fertilidade, emoções, aprendizado, elaboração de planos pessoais, preferências, temperamento, linguagem e leitura também se encontram dentro de uma visão mais geral da vida. Por tal bem englobar uma variedade de ações tão ampla, é possível identificá-lo como fim em ações simplórias como cozinhar, trabalhar, cuidar dos filhos, realizar exercícios, selecionar melhor os alimentos, pagar planos de saúde, assim como em empreendimentos mais complexos como indústria farmacêutica, hospitais, programas de vacinação, leis voltadas à imposição de segurança e responsabilização criminal e civil para quem atenta contra a vida. Assim, como o ser humano não possui uma vida meramente biológica, uma vida bem vivida envolve uma dinâmica unificada em corpo e mente voltada a inúmeros planos e atividades (como visto acima), motivo pelo qual as pessoas não querem só viver (biologicamente), mas viver bem, com a preservação de todas as suas empreitadas na vida pessoal, familiar e social (FISHER, 2013, p. 271/275).

Tal bem básico, como visto anteriormente, também é um bem existencial protegido pela ordem jurídica e possibilita o cabimento do dano moral em diversas ocasiões, como no caso de erro médico que traz piora na saúde do paciente, em todas as situações de ofensa ao corpo e a mente humana (agressões e acidentes), assim como na frustração ampla do potencial humano de participar de planos, projetos, trabalhos, exercícios, interações e fertilidade. Consequentemente, mesmo que alguns danos reconhecidos no âmbito da responsabilidade civil possam ser associados de forma mais específica à perda de relações, perda do prazer de realizar atividades, perda de aptidões para o trabalho, perda de oportunidades e de mobilidade, deve-se ter em mente que como a vida é

pressuposto para a busca de outros bens e reflete a pretensão de uma vida completa bem vivida, ao fim e ao cabo, tal bem também é ferido nas especificações de outros bens jurídicos e básicos.

O bem do conhecimento está relacionado a busca por informações, por dados, fatos, etc., um conhecimento que vai desde questões básicas, como a temperatura de alimentos e a precisão do tempo, até o preço de produtos e divagações mais complexas como o que é democracia e o que prevê o ordenamento jurídico em tal aspecto. O fato é que quem possui conhecimento está em melhor condição, em tese, do que quem não possui. Ele é o bem que tange a necessidade pelo estar consciente do mundo ao redor e, independentemente de o conhecimento servir a si próprio, ele, mesmo sem ser instrumento para o sucesso pessoal e profissional, é um bem intrínseco (MURPHY, 2001, p. 106).

Tal bem básico pode ser identificado em algumas situações de dano moral indenizável, como na ausência dos pais em coordenar a vida do filho, em mostrar-lhe os caminhos, em preocupar-se com o norte que uma pessoa em formação deve possuir para uma vida plena, aqui a figura dos pais como mentores que estão ao lado para fornecer o substrato de veracidade sobre a vida que uma criança ou um adolescente necessita. Outras hipóteses podem ser encontradas em falhas do empregador ou do fornecedor de produtos ou serviços no tocante a aspectos da segurança no trabalho ou no modo como utilizar mercadorias, que acabem acarretando situações danosas para o empregado ou consumidor. Em todos esses exemplos, para além de um bem humano básico estar sendo violado, inúmeros interesses intrínsecos da ordem jurídica também são aviltados, como o cuidado/afeto nas relações de parentesco, qualidade do serviço/produto e segurança e proteção da saúde e da vida do trabalhador.

A experiência estética se revela como um bem básico no desejo humano de contemplar a beleza e participar do processo de criação de obras artísticas em geral (esculturas, músicas, pinturas, filmes, livros). Reconhece, portanto, a capacidade humana de florescer obtendo tais sentidos, sendo um bem em si mesmo independentemente de auferir renda ou êxito profissional. Nessa senda, devem ser incluídos prazeres menos complexos como tocar uma música em um instrumento, desfrutar de paisagens belas, sentir o cheiro das folhas e até mesmo apreciar bons vinhos e queijos, isto porque o objeto da experiência estética inclui a extensão de todos os sentidos (MURPHY, 2001, p. 110). É por isso que esse bem humano básico apoia não apenas hipóteses de identificação do dano moral envolvendo perda de sentidos (olfato, visão, tato, paladar,

movimentos) como também dá um trampolim na quantificação da indenização, que deve levar em conta não apenas a perda da integridade corporal como a privação do prazer de apreciar e criar aspectos da artes. Assim, um trabalhador ou um consumidor que por conta de um acidente de trabalho ou de consumo perdeu uma porcentagem da visão, olfato, paladar ou movimentos e deixará de ter aquela parcela de sua capacidade humana, deixara também de desfrutar do prazer de um violão com amigos, um vinho com a família, um futebol e assim por diante, devendo isso ser considerado um desequilíbrio injusto para fins de fixação da quantia indenizatória. Por conseguinte, a análise apenas do interesse jurídico saúde ou integridade física ou psíquica acaba por deixar de fora inúmeros interesses que são consequentes destes, mas que passam despercebidos sem a abordagem dos bens humanos básicos.

A excelência em performances gerais e no trabalho se caracteriza como um bem humano básico. Em outras palavras, a satisfação de realizar boas performances é um bem em si mesmo e necessário para o florescimento humano (MURPHY, 2001, p. 112/113), seja nas atividades que visam a alcançar um bem externo (trabalho no esporte, com o intelecto ou braçal), seja em atividades gerais que são realizadas como um fim em si mesmo (montar um quebra cabeça, construir um castelo de areia, organizar os livros na estante, pescar, jogar baralho, estalar os dedos, cantar). Em todas essas hipóteses, há uma tentativa constante de o ser humano desempenhar bem suas tarefas, com excelência, embora Mark C. Murphy advirta que o fato de todas as atividades lúdicas ou profissionais tenham padrões de excelência não significa que quem não atinja tais excelências tenha fracassado.

Essa reflexão ética é de fundamental importância para a responsabilidade civil, seja na identificação, seja na quantificação do dano moral, uma vez que não existem apenas atividades artísticas – como visto anteriormente – mas também uma série de ações destinadas a aspectos lúdicos e/ou profissionais, de modo que em razão de um simples acidente que deixe um violinista sem o movimento de uma das mãos, deve ser sopesada na quantificação do dano moral não apenas a perda da integridade física e da experiência estética em participar do processo de criação de arte (bem básico da experiência estética), mas também o déficit que a vítima terá no jogo de baralho com a família, assim como a perda incomensurável do labor profissional (excelência em performances gerais e profissionais). Tal prática jurídica proporcionaria um salto qualitativo na tentativa de compensar (corrigir) no maior grau possível a perda injustamente causada. Aqui, mais

uma vez a manifestação da aproximação dos bens humanos básicos com os bens existenciais (saúde, integridade física), aqueles potencializando qualitativamente estes.

Adiante, o bem da excelência em tarefas do dia a dia está bem adequado com diversos interesses juridicamente protegidos como a perda do tempo útil e a frustração intensa na realização de atividades cotidianas, conforme será visto a seguir. Destarte, Mark C. Murphy explana que as pessoas programam certas atividades de uma determinada forma (ir ao banco, supermercado, realizar matrículas, pagamentos, comprar um carro), escolhas estas que são racionais e íntegras e estão dentro de padrões de prospecções da vida de alguém. Em outras palavras, esse bem básico exige o respeito ao julgamento prático formulado pelo ser humano. Trata-se do respeito aos julgamentos de ação e escolhas (2001, p. 114). Deste modo, a linguagem da teoria neoclássica da lei natural se interpenetra com a jurídica para robustecer o dano moral indenizável em situações concretas que por ato de outrem se atrapalha o percurso de alguém, como nas falhas de serviço de empresas de telefonia que demandam horas/dias/meses para a solução, horas de espera em banco que obstaculizam o dia traçado do consumidor, muitas vezes idoso e até mesmo hipóteses mais graves como não entrega de carros/apartamentos no prazo fixado. Frisa-se que anteriormente, no campo estritamente jurídico, a perda de tempo útil e a ofuscação de percursos da vida foram tradados como violações mais ampla do bem existencial da liberdade e/ou da integridade psíquica.

Ademais, existe o bem básico da paz interior, conexo com a satisfação de desejos triviais e simples que proporcionam bem-estar, tendo em vista que o ser humano necessita de um estado psicológico de equilíbrio e ausência de estresse para a busca até mesmo de outros bens e para o exercício das capacidades humanas (MURPHY, 2001, p. 118/125). Deste modo, o bem humano básico da paz interior se conecta com o bem existencial da integridade psíquica, que fundamenta diversas hipóteses de reconhecimento de dano moral, como as comuns perturbações com cobranças indevidas, assédio no ambiente de trabalho, humilhações, perseguições de humoristas e jornalistas a personalidades públicas, dentre outros. Em suma, o que tem sido fundamental até o presente momento é perceber não apenas que os bens humanos básicos se relevam como bens existenciais protegidos pelo direito, mas principalmente alertar o Judiciário que, por exemplo, um consumidor que precisou ligar cinquenta vezes para cancelar um serviço deficitário, não foi atingido apenas no seu tempo perdido, no seu planejamento, mas também na sua paz interior roubada, aspectos estes que devem possuir impacto no momento da quantificação do valor indenizatório.

Adiante, Mark. C. Murphy desenvolve o bem da amizade (comunidade), amizade esta que se desdobra em interações menores, como a família, amigos, clubes, sindicatos, até a interação que resvala na própria comunidade política. Em todas essas dimensões é perceptível a existência de fins comuns. Embora a princípio o ser humano tenha o interesse próprio, esse se encontra o dos demais, formando diferentes níveis de amizade (2001, p. 126). Adicionalmente, tal envolvimento não é apenas conveniente, como necessário, especialmente no tocante a autoridade política que reivindica autoridade e força para coibir o comportamento de quem não se coaduna com as aspirações do grupo.

Desta feita, os membros de uma determinada comunidade devem conceber seus projetos individuais não apenas com o objetivo de concretizar os bens humanos básicos para si próprio, mas também como inseridos dentro de um contexto maior associativo no qual existe a união coordenada entre seres humanos, seja em grupos associativos menores como empresas, sindicatos, família, clubes e condomínios até em associações maiores como o próprio Estado. Nesse viés, o projeto individual exige sacrifícios na medida em que o caso central (ideal) de associação é o sentido pleno de amizade de Aristóteles, exigindo-se que o bem (básico) do outro seja uma razão para o agir próprio, permitindo a realização integral de todos os participantes da referida prática, pequena ou complexa⁷².

É por esse motivo que a responsabilidade civil, para além de conter um campo de proteção de particularidades de cada indivíduo, possui uma dimensão mais ampla de projeto para a comunidade política nas relações intersubjetivas, forçando que as pessoas não ajam apenas com base no interesse próprio e formem – mesmo que de forma imperfeita – uma grande amizade entre todos, a partir do reconhecimento de que existe um bem comum que não é reduzido ao meu bem e vai além do interesse pessoal. As regras da responsabilidade civil forcem as pessoas a olharem para além de si mesmas, motivo pelo qual, por exemplo, uma companhia aérea que extravia a bagagem

⁷² É nesse sentido que Alasdair MacIntyre, ao questionar como é possível existir uma comunidade completa e virtuosa, responde que é preciso estar atendo para a virtude de práticas menores, motivo pelo qual formula três dimensões gradativas para se alcançar a comunidade plena e virtuosa: o alcance dos bens internos das práticas, o êxito na unidade narrativa da vida humana e, por fim, o respeito à tradição. Essas três etapas representam uma unidade conceitual da tradição da ética das virtudes (1981, p. 186) e devem ser compreendidas como estágios necessários para o alcance de uma vida virtuosa no mundo contemporâneo, com um pequeno cuidado: é condição fundamental para o êxito de um estágio o alcance prévio do estágio anterior. Assim, o terceiro estágio só atinge sua plenitude se os estágios um e dois forem alcançados (MACINTYRE, 1981, p. 181).

de um passageiro, acima de seu interesse lucrativo, deve estar seu comprometimento no pedido de desculpas e tentativa na solução do imbróglio.

Consequentemente, deve-se promover formas de organização e interpretação do direito que possibilite a realização do plano de vida de cada um dos participantes da prática social, cabendo ressaltar que sob a visão da tradição aristotélica-tomista, o ideal de uma comunidade virtuosa não pressupõe que o Estado seja o único promotor do bem comum. Ao contrário, em cada grau da comunidade política (grupos associativos menores) subsiste o dever de os membros favorecerem o bem do outro, não havendo razões para o Estado promover esse bem comum quando o mesmo pode ser bem efetivado por grupos menores (princípio da subsidiariedade) (FINNIS, 2007, p. 146).

Por conseguinte, trazendo a ideia de bem comum para o seio da responsabilidade civil, sabe-se que a perpetração de danos representa não apenas a violação direta ou indireta de algum bem humano básico, como também o desrespeito à exigência do bem comum, tanto no aspecto associativo menor (relações de consumo, relações de trabalho, relações de família, relações contratuais em geral) como no maior (Estado), impedindo a construção de uma comunidade política mais ética e virtuosa, na medida em que um dano representa afronta à plena realização do outro, e, portanto, se caracteriza como uma violação ao dever de pautar o bem do outro como razão do agir próprio, contribuindo para a decadência dos fatores que fortalecem a colaboração mútua.

Além disso, o bem básico da amizade também dá substrato para determinados bens jurídicos envolvendo o dano moral: é o caso da perda de relações, visto no primeiro capítulo, envolvido na ideia de que determinados danos, afora o fato de deixar debilidades físicas ou psíquicas na vítima, tem o condão de excluí-la do potencial de estabelecer relações com vizinhos, amigos, parentes, colegas e/ou parceiro. Imagine o caso de uma fratura no joelho em alguém que costumava jogar futebol com os amigos aos sábados. Nesta hipótese, além da violação a integridade física, perda da excelência em realizar atividades, surge o infeliz obstáculo ao bem da amizade, da interação com os outros, que por conta de um ato de outrem acometeu a vítima, devendo, ao lado das outras perdas, ser sopesada para fins de quantificação do valor indenizatório.

Por conseguinte, justifica-se a autoridade estatal na proteção de, digamos, um nível de amizade forçada entre as pessoas, fazendo com que haja, por convicção de princípios próprios ou por receio de sanção, um respeito para com outro de modo a não o lesar, na proporção em que agir contra os bens do outro quebra o espírito da amizade envolvendo o viver em comunidade. Portanto,

o Estado, por meio da legislação e das decisões judiciais concretas protege o caminho de cada um desses bens e estabelece um padrão de conduta decente, rechaçando falsas formas de relações de amizade que corrompem o florescimento do próximo. O Estado, assim, força um tipo de amizade e de moralidade em gradações mais concretas dos bens humanos básicos, sendo a autoridade política um aliado do projeto da lei natural, porque os indivíduos sozinhos não são capazes de atingir plenamente o florescimento na comunidade política, necessitando de regulamentação e autoridade política, mas a autoridade deve utilizar a força estatal realizando julgamentos do que é bom e ruim, certo e errado visto que é essencial para a promoção dos bens humanos e para a promoção de um tipo de relacionamento entre os cidadãos calcado no Estado de Direito, uma forma de amizade política.

O penúltimo bem humano básico é a religião, não somente no sentido de crenças em Deus, santos ou messias, mas também no reconhecimento do valor de qualquer abstração que vá além da ordem humana e que transcendem a humanidade e evidências concretas, podendo até ser caracterizado como uma extensão mais alargada do bem do conhecimento (MURPHY, 2001, p. 131). Outrossim, o bem básico da religião combina com os bens existenciais no tocante ao reconhecimento do dano moral por ofensas a crenças de uma pessoa ou de um grupo, gerando o dano moral individual ou coletivo indenizável, como em livros, escritos e pronunciamentos depreciativos ao conjunto transcendente de crenças que pertence a uma pessoa ou a um grupo, ferindo propriamente o bem jurídico da dignidade de tais cidadãos, pois viver dignamente envolve também a inviolabilidade e o respeito a religião, como valor também jurídico detentor de proteção.

Por fim, o bem humano da felicidade⁷³ pauta-se na busca pelo sucesso de um plano racional de vida traçado, assemelhando-se aos conceitos de *eudaimonia* de Aristóteles e de *beatitudo* de Tomas de Aquino. A felicidade, embora um conceito abstrato, se ajusta a capacidade de persecução de um conjunto bens humanos organizados numa vida particular que visam o florescimento de uma pessoa (MURPHY, 2001, p. 133/134). Tal bem humano abrilhanta a análise do dano moral

⁷³ Inúmeras pesquisas no Brasil têm fundamentado a existência de um direito à busca da felicidade, como “O direito à felicidade no Brasil e na África do Sul”, de Saul Tourinho Leal (2015), “A busca da felicidade em Sigmund Freud e sua percepção pelo Supremo Tribunal Federal do Brasil”, de Frederico Meinberg Ceroy (2014), e, “O direito à busca da felicidade: contribuição à hermenêutica à luz do pensamento de aristóteles”, de Erick Winer Resende Silva (2013) porém sempre aliada ao ideal de dignidade humana ou de realização de todos os direitos humanos e fundamentais, na esteira da ideia de um superprincípio, motivo pelo qual pelas considerações já feitas acerca do princípio da dignidade humana, não será desenvolvido na presente pesquisa. Trata-se de um conceito que ainda está em construção.

particularmente nos danos que frustram de forma ampla o projeto de vida de alguém e não apenas o planejamento diário. Trata-se, em última instância, do vilipêndio definitivo ou parcialmente significativo do percurso de vida que alguém idealizou, sendo possível identificar dano moral indenizável na perda de dedo de um escritor, de voz de um professor, da perna de um atleta, dentre outros. Em todas essas hipóteses, deve o Judiciário não apenas identificar o dano moral, como também levar em conta, para fins de quantificação, junto com as outras múltiplas perdas envolvendo bens humanos básicos/existenciais (jurídicos) o apagar de um projeto, de uma realização mais ampla de vida.

O rol dos bens humanos básicos elaborado por John Finnis é muito semelhante ao de Mark C. Murphy, começando com o bem da vida, que está atrelado ao impulso de autopreservação e todos os aspectos da vitalidade que põe o ser humano em boa forma para a autodeterminação, como a saúde corporal, cerebral e a ausência de dor (2007, p. 91). Prossegue abordando o bem do conhecimento, que representa o ímpeto para evitar confusão e ignorância de modo a julgar as coisas corretamente, pressupondo que a pessoa bem informada está em melhor situação que a não informada (2007, p. 67/72). Continuando, assevera que o bem humano do jogo está relacionado ao engajamento a atividades que não têm qualquer propósito para além de seu próprio desempenho, podendo ser concebida como um elemento lúdico informal que, seja por atividades intelectuais (como o xadrez e o baralho) ou físicas (esportes em geral), contribui para o florescimento humano (2007, p. 93). Ademais, ainda existem os bens humanos da experiência estética – que diz respeito à apreciação de uma obra de forma significativa e satisfatória – da sociabilidade/amizade – calcado no valor da colaboração e interação entre pessoas – e da religião – conexo com o vínculo entre a pessoa e algum aspecto transcendental (2007, p. 93). Por fim, John Finnis acrescenta o bem humano básico da razão prática, o qual será avaliado no tópico subsequente, pois trata-se de categoria que se impregna em todos os bens básicos e apresenta uma visão ampla da teoria do direito natural, merecendo um espaço próprio.

Conclui-se que a abordagem dos bens humanos básicos facilita a compreensão e aplicação da responsabilidade civil, na medida em que os bens existenciais que subsidiam o dano moral funcionam – na perspectiva da presente pesquisa – como derivações de segunda ordem dos bens humanos básicos, o que faz com que seja possível caminhar adiante, com raciocínios de terceira, quarta, quinta ordem, de modo a tutelar em maior grau possível o ser humano em desequilíbrios

injustos dentro dos miúdos dos múltiplos interesses atingidos. Essa forma de elastecimento dos interesses envolvidos no dano moral no diálogo com os bens humanos básicos está em harmonia com o raciocínio da teoria neoclássica da lei natural, pois, diante da insuficiência dos primeiros princípios para a motivação e avaliação do agir humano, é necessária a identificação de outros preceitos da lei natural que sejam mais específicos no direcionamento racional da ação humana. Esses preceitos de segunda ordem representam uma particularização do primeiro princípio, estando, pois, na mesma seara da lei natural e não em dimensão totalmente distinta do raciocínio prático (FERREIRA NETO, 2015, p. 259).

Destarte, compreendendo que os bens existenciais decorrem dos bens humanos básicos e contribuem para o florescimento humano, é possível o pensador do direito promover derivações de princípios e interesses (também jurídicos) menores e específicos, visto que em última instância essas derivações visam o prestígio mais amplo de que o bem deve ser perseguido (na ordem ética) e a dignidade humana (comando ético que se tornou jurídico) deve ser potencializada nas miríadas das relações interpessoais e todas as suas facetas e dimensões relacionadas ao florescimento devidamente compreendidas, interpretadas e protegidas.

Como se não bastasse, esta aproximação dos bens humanos básicos com os bens existenciais favorece uma compreensão mais completa da dignidade da pessoa humana (transcendental e ontológica), fio condutor de todos os bens existenciais, na medida em que permite valorar aspectos que os seres humanos compartilham entre si como membros da mesma espécie (por exemplo a vida e saúde), mas também enaltecendo aquilo que de mais profundo torna o ser humano digno e que não tem relação com aquilo que ele compartilha com os outros, mas sim com aquilo que ele possui de mais original e particular (seus projetos de vida, frustrações, amizades, relações, prazeres). Tal compreensão reforça o fato de que o ser humano não é apenas um membro de uma espécie, vai além, é um ser complexo com peculiaridades próprias que devem ser compreendidas por aquele que lida com a responsabilidade civil e tem interesse no equacionamento de um desequilíbrio injustamente causado.

Incumbe uma digressão acerca da igualdade como bem existencial, que a princípio não figura entre os bens humanos básicos, porém possui uma fundamentação da lei natural que embasa também a razão da responsabilidade civil proteger tal bem como jurídico no trato com o dano moral. Todas as capacidades humanas são inerentes a todos, mesmo entre pessoas de diferentes

países, de modo que todos os seres humanos possuem uma unidade (física, química, biológica, psicológica) e esse é o fundamento metafísico da igualdade humana que demonstra que quem não tem oportunidade de atualizar suas capacidades e florescer tem um decréscimo de dignidade e está em situação de desigualdade no tocante a bens (vida, amizade) que são bons para mim e para qualquer pessoa (FINNIS, 2011, p. 35). Porém é possível que por ato de outrem alguém deixe de usufruir, gozar ou de ter oportunidade sobre tais bens, como a igualdade, que em situações de discriminações injustificadas quebram o padrão de igualdade de tratamento que se impõe a todos, gerando o dever de indenizar.

Nesta senda, a comunidade política é um tipo de amizade no qual todos merecem ser tratados com igualdade. Essa amizade justifica o direito de igualdade de participar dos bens humanos básicos e das oportunidades necessárias para alcançá-los, como no caso de uma vaga de emprego ou de um bem/serviço oferecido, que pode fazer parte do projeto diário ou de vida de alguém e, como membro da espécie humana, precisa ter iguais condições de respeito para acessar a ocasião. Logo, tal amizade impregna a sociedade de uma forma de amor ao próximo a ponto de reconhecer que os bens são desejáveis por todos, os quais são merecedores em potencial (FINNIS, 2008, p. 116/117). Os direitos comuns se justificam com base nessa radical igualdade, posto que A tem um direito em face de B porque reside entre ambos uma igualdade normativa, embora nem sempre exista uma igualdade socioeconômica, motivo pelo qual John Finnis reconhece que a fundamentação ontológica dos direitos humanos e comuns a todos é a essencial igualdade de potência, capacidades e inclinações a bens humanos inerentes aos seres humanos (FINNIS, 2008, p. 136).

Nem todos os direitos e deveres envolvem direitos inerentes a pessoa, contudo, quando um direito/dever se dirigir à pessoa humana, isso é uma questão de justiça do direito natural em uma relação entre livres (capacidade de realizar escolhas) e iguais, de forma que nenhuma liberdade pode representar a dominação e julgo de alguém sobre outrem (FINNIS, 2008, p. 170). Assim, em matéria de igualdade, todos estão habilitados a serem tratados com igual consideração e respeito, independentemente de suas origens, cor, etnia, raça, orientação sexual, posição política ou ideológica, sexo, idade e profissão, sendo claramente adequadas decisões que determinam pagamento de indenizações por violações a esse princípio básico que se encontra na raiz da fundamentação dos direitos e da justiça e se revela como um bem extrapatrimonial por excelência.

Cabe reiterar que a responsabilidade civil quanto à proteção de bens existenciais está imbrincada com os bens humanos básicos, sendo aqueles especificações intermediárias destes. Assim, quaisquer atos que optem por destruir ou danificar qualquer instância dos bens humanos básicos está atingindo em alguma medida a realização humana da vítima, uma vez que um bem humano básico “sempre dá uma razão para não escolher destruir ou impedir alguma forma de realização desse mesmo bem” (FINNIS, 2011, p. 216). Em outras palavras, não é racional em uma atividade ou conduta perpetrar danos em face dos bens humanos básicos de outrem, assim como danificar bens que decorrem de níveis intermediários, específicos e concretos dos bens básicos, como é o caso da agressão física que em algum grau atinge o bem da vida; do abandono afetivo, que em algum aspecto fulmina um projeto coerente de vida; de perseguições e perturbações desmedidas, que em alguma dimensão comprometem o bem da paz e da integridade psíquica.

Nesse cenário, todos os seres humanos estão potencialmente aptos a buscar e alcançar a "beatitudo imperfecta" (beatitude imperfeita), que consiste em praticar condutas virtuosas que atualizem suas potências, uma vez que é simplesmente impossível alcançar o totalmente satisfatório (excluindo todo o mal e realizando todas as virtudes) nesta vida. Somente uma “bem-aventurança imperfeita” está dentro de nossos poderes (FINNIS, 2011, p. 162/163). Nesta senda, a questão relevante para a responsabilidade civil é que em se tratando de bens extrapatrimoniais em alguma medida se estará ofuscando a busca por essa "beatitude imperfeita" ou florescimento, uma vez que todos os bens humanos básicos – os quais subsidiam os bens extrapatrimoniais – são de fundamental importância para a realização humana.

2.4 FUNDAMENTOS ÉTICOS DA IDENTIFICAÇÃO E QUANTIFICAÇÃO A PARTIR DO BEM HUMANO BÁSICO DA RAZÃO PRÁTICA

Dentre os bens humanos básicos desenvolvidos por John Finnis, a razão prática merece um espaço próprio, dada a sua profundidade e extensão, motivo pelo qual será feita a continuidade do impacto dos bens humanos básicos no campo da proteção extrapatrimonial do ser humano, agora com o estudo calcado no bem humano básico da razão prática e seus requisitos.

Na contemporaneidade, a palavra prudência adquiriu um sentido mais pobre do que a sua conceituação clássica da filosofia aristotélica-tomista. Hoje, a palavra prudência está vinculada a

exigência de cuidado exigível em determinadas situações de modo a não causar dano a outrem, contudo, no sentido clássico o sentido é mais amplo, pois “tudo sobre como os bens humanos básicos se tornam conhecidos, se mesclam entre si e são realizados é uma matéria da razão prática, isto é, da prudência” (FINNIS, 2011, p. 29/30).

Prudente, então, é muito mais do que simplesmente adotar o cuidado que uma dada situação exige, pois o que confere a alguém a denominação de prudente (*prudencia*, nas palavras de Tomás de Aquino; *phronimos*, nas de Aristóteles) é a sua adequação aos requisitos da razão prática, de modo que viver em desrespeito a eles torna a atividade irracional, e, ao contrário, viver em harmonia com tais pressupostos confere ao ser humano a qualidade de sábio (*spoudaios*, nas palavras de Aristóteles) (FINNIS, 2007, p. 107). Consequentemente, embora a prudência seja a “mentalidade justa sobre o que fazer com a própria vida, incluindo a vida como cidadão” (FINNIS, 2011, p. 3), tudo isso tem a ver com o direito, visto que este, junto com a economia e a política, é uma ramificação da filosofia prática, para além do fato de o direito (leia-se o ordenamento jurídico) ser um verdadeiro projeto ético para o viver em sociedade.

Isto posto, a razão prática é a capacidade humana de compreender e trabalhar com julgamentos sobre proposições verdadeiras ou falsas e entender como uma ação pode ser considerada desejável, na medida em que alcance, promova e busque os bens humanos básicos (FINNIS, 2011, p. 1/3). É por isso que o direito (não é o único) é uma expressão do campo de atuação da razão prática, pois os legisladores e também juízes a todo momento decidem o que consideram justo/injusto, correto/incorrecto, verdadeiro/falso, motivo pelo qual Tomás de Aquino disse que não importa se estamos falando de leis gerais e abstratas ou especificações destas, tudo se trata de proposições no campo da razão prática (FINNIS, 2011, p. 19). O juízo prático nessas dimensões não é apenas prático, mas também teórico, na medida em que a razão é uma realidade indivisível composta da razão prática e teórica, pois para saber como agir em uma situação concreta (na prática) é preciso ter uma ideia (teórica) de bem (FINNIS, 2011, p. 8).

Afora a aplicação na vida cotidiana de cada pessoa, a teoria dos bens humanos básicos representa o fundo de razão prática que as legislações constitucionais e infraconstitucionais incorporam. Contudo, de forma ampla, a importância da razão prática se manifesta na medida em que existe uma variedade inexaurível de combinações, concentrações e especializações que cada um pode realizar com os bens básicos (FINNIS, 2007, p. 105). Por exemplo, um pesquisador pode

dar maior ênfase no bem do conhecimento em detrimento do bem do jogo ou da experiência estética, assim como um monge foca no bem da religião se comparado com a amizade e jogo. Pois bem, sabendo-se que os bens humanos básicos são os primeiros princípios da razão prática e se situam no campo do agir, mas que ainda assim são muito genéricos e amplos, surgem as questões: o que deve ser feito? O que pode ficar sem ser feito? O que não deve ser feito? Ter essa possibilidade de escolha entre um projeto inteligente e razoável e outros projetos aceitáveis é o aspecto primário segundo o qual podemos dizer que somos tanto livres quanto responsáveis (FINNIS, 2007, p. 105).

E esse é o ponto que traz a razão prática, pois os bens humanos em geral não possuem ainda força moral até que desçam a um nível mais concreto de ações e projetos. Por isso que o estudo da ética se refere ao agir, motivo pelo qual é possível afirmar que o ordenamento jurídico brasileiro possui um projeto ético para o viver em sociedade, também no que diz respeito ao dano moral, pois organiza e disciplina as diversas formas de bens humanos em situações concretas, embora no caso do dano moral tenha optado por uma verdadeira cláusula geral lacônica, porém eloquente do ponto de vista axiológico-valorativo.

Para uma ação ser considerada inteligível do ponto de vista prático é preciso um estudo das razões para o agir, no sentido de quais razões podem ser identificadas como básicas na ação humana, assim como é necessária a abordagem das condições ou pressupostos do raciocínio prático. Em outras palavras, a praticidade do direito natural envolve o conhecimento de certos bens que servem como razões para o agir racional em prol do florescimento humano, assim como o estudo dos requisitos da razão prática, que conduzirão a uma completa caracterização teórica da racionalidade do agir (MURPHY, 2001, p. 2).

Contudo, para conhecer os bens humanos básicos que orientam a ação humana e posteriormente terão impacto na responsabilidade civil, cabe salientar que Tomás de Aquino ensina que uma completa compreensão desses bens começa em um campo que não é prático e não orienta nenhuma ação específica, o chamado princípio máximo de que o bem deve ser buscado e perseguido e o mal evitado, um verdadeiro macro princípio do qual irão derivar princípios práticos ou bens básicos (1998, FINNIS, p. 85).

É por isso que os bens humanos básicos são os primeiros princípios da razão prática, pois mesmo sendo derivados de um princípio mais abrangente (o bem deve ser buscado e o mal evitado)

ainda sim eles são os primeiros princípios que possuem implicações práticas na ação humana e são menos abstratos que o princípio máximo, daí é que pode se constatar o bem humano básico da vida na tentativa de uma equipe de profissionais da saúde de salvar um paciente (efeitos práticos). Como explica Mark. C. Murphy, “eles são os primeiros princípios na ordem prática. São princípios adequados para a busca em nossas ações concretas” (Tradução Livre) (2001, p. 7).

O primeiro desafio para essa empreitada é entender como esses bens humanos básicos (que estão conectados com os bens existenciais que sustentam o dano moral) podem ser conhecidos, sob pena de concluir certa arbitrariedade moral. Assim, inúmeras teorias surgiram para justificar como esses bens humanos básicos para o agir são identificados, dentre elas a teoria da inclinação (aceita por Tomas de Aquino e John Finnis), que defende a apreensão dos bens humanos básicos por meio de julgamentos que não são práticos, pois o conhecimento de tais bens adviria por inclinação aos mesmos, de sorte que seriam indemonstráveis e auto evidentes, não sendo deduzidos de nenhuma proposição metafísica ou mesmo sobre a natureza humana. Em outras palavras, o ser humano é capaz de que compreender que certos bens são bons de serem perseguidos e buscados sem precisar derivá-los de princípios mais abstratos (MURPHY, 2001, p. 7).

Nesse sentido, em *Lei Natural e Direitos Naturais* (2007), John Finnis explica que os primeiros princípios práticos (bens humanos básicos) servem para orientar o raciocínio prático e podem ser desdobrados em um número indefinido de princípios práticos e premissas específicas, porém tais primeiros princípios práticos (bens humanos básicos), que derivam do princípio máximo de que o bem deve ser buscado e perseguido e o mal evitado, são indemonstráveis e evidentes por si mesmos, mas também não precisam ser demonstrados, porque não existem causas e pré-condições, mas disso não deriva que ele é formulado reflexivamente pelas pessoas que se orientam pelo princípio, nem que quando ele é formulado por alguém em sua ação automaticamente a conduta é refinada ou aceitável, nem que se chega a ele sem experiência no campo prático (FINNIS, 2007, p. 72/75).

Portanto, os primeiros princípios do direito natural, que especificam formas básicas de bem e mal e que podem ser compreendidos por qualquer pessoa no campo da razão, são *per se nota* (auto evidentes) e indemonstráveis. Eles não são deduzidos de princípios especulativos. Eles não são deduzidos de fatos. Eles não são deduzidos de proposições metafísicas sobre a natureza humana ou sobre a natureza do bom e do mal ou sobre a função do ser humano, nem podem ser deduzidos

de concepções teleológicas da natureza. Eles não são deduzidos nem derivados de nada. Eles são indemonstráveis (FINNIS, 2007, p. 34).

Aprofundando sua tese da inclinação, em Aquinas (1998, p. 82), John Finnis, com base em Tomás de Aquino, assevera que os bens humanos básicos são derivados de inclinações naturais (*naturalem inclinationem*), o que só se faz possível tendo em vista a natureza/essência do ser humano como ser vivo, animal e dotado de capacidade racional, isto porque o ser humano tem uma inclinação pela natureza que compartilha com os demais, pela busca de manutenção de sua existência e essência que lhe é particular. É por esse motivo que a presente pesquisa assume que o direito é um campo específico da filosofia prática e que não é fruto da vontade, mas sim da própria racionalidade humana na busca por esses bens, motivo pelo qual não se vive em uma sociedade anárquica de aniquilação mútua exatamente porque o ser humano (incluindo os legisladores e o juízes) está a todo momento buscando a realização dos bens básicos, ainda que intuitivamente.

Portanto, os seres humanos têm uma inclinação em direção a esses bens, e, compreendê-los perpassa pela análise das ações humanas. É por isso que há uma inclinação para a preservação da existência da vida e da sua proteção mais ampla, que envolve a saúde e a integridade do corpo (FINNIS, 1998, p. 80). Conclui-se que a virtude da prudência ou da razão prática envolve a tarefa de fixar os bens a partir das inclinações em direção a eles, assim como ao trabalho de equalizar os meios para alcançá-los, uma vez que a identificação dos primeiros princípios a partir das inclinações só é possível por intermédio da razão. Ou seja, fazer a escolha e se direcionar ao bem humano não é suficiente, pois a razão prática/prudência impõe que o caminho traçado seja racional em respeito a uma série de requisitos. Nesse sentido, os meios também correspondem a um fim e nenhum fim pode ser realmente entendido sem a sua relação com os meios (FINNIS, 2011, p. 184).

Salienta-se que os primeiros princípios não são puramente inatos, porque os bebês não os conhecem, mas com o passar da idade gradualmente vão apreendendo, através da razão (*intellectus*), o seu valor diretivo (FINNIS, 2011, p. 174/178). Destarte, os primeiros princípios do direito natural são inatos ou naturais em um duplo sentido. Primeiro, porque na experiência de qualquer ser humano que age com inteligibilidade eles são apreendidos sem qualquer dedução de um princípio pretérito (*per se nota, obvious*); segundo, são naturais porque estão imbrincados com as capacidades humanas e, através da compreensão dessas capacidades em alguns atos existe também uma nova fonte não demonstrada do conhecimento dos bens básicos, que, muito embora

se manifeste em diferentes intensidades na vida de cada um, são bons de serem perseguidos e possuídos pra si e para um fazendeiro em Bangladesh (FINNIS, 2011, p. 179/180).

De modo a não incorrer na falácia naturalista formulada por David Hume (de que proposições morais de dever ser não podem obter derivações do ser), John Finnis explica, no segundo capítulo de *Aquinas* (1998, p. 80) destinado a aspectos metodológicos da tradição tomista, que existem quatro ordens do conhecimento e que os princípios primeiros da lei natural que compreendem os bens humanos básicos decorrem da terceira ordem do conhecimento e não do estudo inicial da natureza humana: a) ordem da natureza, que se dedica a objetos que não possuem a interferência do homem e independe de qualquer raciocínio, mas que subsidiam ciências naturais e físicas; b) ordem lógica, que fixa condições mínimas do pensamento; c) a ordem do conhecimento, que abrange o nosso deliberar, escolher e agir, de onde surgem ciências como o direito, economia, ética e política; d) ordem técnica, que envolve o conhecimento de produção de algo, como a fabricação de carros e quaisquer outros objetos, propriamente o campo da tecnologia (FINNIS, 1998, p. 20/22).

As ações humanas (inclusive a atividade legislativa e judiciária) estão alocadas na terceira ordem do conhecimento (deliberação), motivo pelo qual a expressão “natural” do direito natural não se conecta com a primeira ordem do conhecimento (natureza), mas sim natural no sentido de racional, ou seja, julgado pelos requisitos sobre ações certas ou erradas. Uma ação é naturalmente adequada quando está de acordo com a razão (pressupondo o respeito aos bens humanos básicos e requisitos da razão prática) (FINNIS, 1998, p. 45). Embora advenham da razão e não da natureza biológica humana, é certo que para apreender esses valores básicos é preciso de um nível de experiência de mundo relacionados ao que se vê, ouve, sente, toca e imagina e, na medida em que se tem contato com o mundo através dessas capacidades (que são biológicas) se inicia um processo de transformação de verdades particulares para universais, contudo, nessa empreitada o conhecimento de tais bens não se dá de forma dedutiva, pois muitas vezes são alcançados por meio de decepções, frustrações, derrotas e erros (FINNIS, 2011, p. 2).

Em termos de requisitos que conferem a uma atividade ou ação razoabilidade prática, John Finnis elenca e desenvolve o que segue: um plano coerente de vida; sem preferências arbitrárias por valores; sem preferências arbitrárias por pessoas; desprendimento e compromisso; a relevância (limitada) das consequências; respeito por cada valor básico em cada ato; requisitos do bem

comum. Tais requisitos têm impacto na forma pela qual os primeiros princípios da razão prática (bens humanos básicos) adquirem concretude em ações específicas. São esses requisitos que permitem a passagem dos primeiros princípios para regras morais concretas, os quais juntos qualificam o agente como prudente, ou seja, é aquele que conhece os fins últimos e os persegue com razoabilidade (FINNIS, 2011, p. 12).

O plano coerente de vida representa a ideia de que as pessoas têm ou devem ter um conjunto harmonioso de propósitos e orientações, não como plantas, mas com compromissos efetivos, pois não é razoável viver de forma superficial, efêmera e transitória, de momento a momento, atendendo apenas a vontades imediatistas. A empreitada humana, assim, pressupõe um conjunto definido de objetivos e planos a serem realizados e, todo e qualquer plano de vida necessita, para ser alcançado, de um direcionamento de ações, harmonização de diversos compromissos, hábitos e controle de impulsos de acordo com o que as circunstâncias exigirão. Destarte, existe uma espécie de atividade racional desdobrada no tempo em que as ações subsequentes guardam uma sintonia de sentido com as que anteriores, sendo adequado reconhecer que é razoável que em uma vida exista um esforço racional de manter um nível de compromissos harmonizados entre si (FINNIS, 2007, p. 108/109).

Contudo, enquanto que a perda de oportunidades e/ou fracasso atribuídos a contingências fortuitas e/ou a falta de preparo e compromisso do sujeito não possuem consequências jurídicas no campo da responsabilidade civil, é clarividente que a obstaculização de um plano coerente de vida, seja de forma menos expressiva (como atrasos em voos e perda de tempo para cancelar serviços), seja de forma mais intensa (perda de membro, invalidez e/ou o ataque injusto à honra) geram consequências para o dano moral, que permitirá que o prejudicado tenha relevado não somente que tais embaraços se caracterizam como dano, como também que tais pormenores sejam levados em conta na quantificação do valor indenizatório apto à corrigir a injustiça.

O segundo, terceiro e quarto requisitos se complementam. O segundo impõe a ausência de preferências arbitrárias por valores, ensina que não se deve exagerar arbitrariamente em qualquer valor básico, pois, embora qualquer plano coerente de vida implique em alguma ênfase a algum aspecto dos bens básicos, esse comprometimento não será racional se projetar força em algum bem humano de tal forma que os demais não existissem e não fossem formas de bem. O terceiro exige que não exista preferência arbitrária por pessoas, no sentido de conceber a ideia de que os bens humanos podem ser desfrutados por qualquer pessoa, e, mesmo que exista a razoabilidade da

preferência a si mesmo, não se pode ser insensível ao florescimento dos demais. O quarto – desprendimento e compromisso – aponta para a necessidade de um certo distanciamento dos projetos em que a pessoa está envolvida, de modo que caso o projeto fracasse ou mude de rota não considere que a vida perdeu o total sentido. Em outras palavras, os planos de vida não podem ter um valor incondicional e fanático (FINNIS, 2007, p. 112/115).

Tais elementos da razão prática têm influência no modo como se lida com a responsabilidade civil. A ausência de preferência arbitrária por valores pode ser identificada no caso de um pai que aplique castigos físicos no filho em nome da “educação”; de um empregador que humilhe o empregado em nome da “produtividade”; uma companhia telefônica que importune cotidianamente a vida do consumidor em nome de uma “dívida”; um vizinho que ouça música alta de madrugada em nome da “cultura” deverão arcar com indenizações por dano moral às vítimas, não sendo motivo suficiente para afastar essa obrigação nenhum tipo de apego exacerbado a nenhum valor, pois mesmo que em si esse valor seja razoável, deixa de ser na medida em que resvala para o excesso. Em suma, fundamenta também o respeito ao arcabouço jurídico que os representantes do povo desenharam no que tange aos bens extrapatrimoniais protegidos juridicamente.

A ausência de preferência arbitrária por pessoas demonstra, em primeiro lugar, que não se pode ter um atrelamento exclusivo em si próprio, em seus próprios interesses, nem tampouco a pessoas ou grupos de pessoas sem motivo justificado, motivo pelo qual um empregador que deseja apenas contratar católicos; uma lanchonete que só venda para homens brancos; uma loja que negue atendimento a quem esteja mal vestido revelam condutas irracionais e propensas à censurabilidade em relação ao dano moral para quem eventualmente tenha sido prejudicado por tais condutas. Indo além, tal requisito justifica a ideia de que no trajeto de vida de cada um deve ter espaço para incluir respeito máximo aos projetos de outros, que em razão da ausência de preferência arbitrária, são de igual importância e proteção.

O requisito do desprendimento e compromisso, que evitam o apoio absoluto ou incondicional a um plano ou trajeto específico da vida humana, ajudam a compreender que no momento da quantificação do dano moral nem todas as frustrações e obstáculos enfrentados por alguém por ato de outrem representam dano moral, visto que mesmo que para alguém seja de suma relevância que as pessoas lhe deem bom dia, que as pessoas lembrem do seu aniversário, que o

ônibus passe exatamente no horário descrito e/ou que a escola tenha o dia das mães, tais miudezas não podem conferir um arruinar de todo um projeto de vida, pois são propensas ao realinhamento e renovação de uma opção diferente. Em outras palavras, diante de tais miudezas, deve-se refazer o caminho sem maiores problemas, o que não significa que quando alguém tiver uma mudança abrupta em seus projetos por ato de outrem, o simples fato de ser possível refazer o caminho (por exemplo quem perdeu uma perna e era atleta pode disputar as paraolimpíadas) for um subterfúgio para não reconhecer ou diminuir o valor do dano moral. Contudo, é possível avaliar que quanto mais penoso for esse refazer e recomeço maior deve ser o valor da indenização por dano moral.

O requisito subsequente é o da relevância das consequências, que significa que a pessoa deve utilizar métodos eficientes para realizar seus propósitos de modo a causar o menor efeito danoso possível. Como se está no campo do agir, é preciso ter sensibilidade com as consequências, como explica John Finnis: “é preferível o bem humano ao bem dos animais; onde o dano é inevitável, é preferível atordoar a ferir; isto é, menor grau em preferência a maior grau de dano. Um remédio que tanto alivia a dor quanto cure deve ser preferível a um que meramente alivie a dor” (2007, p. 115). Portanto, esse requisito explica que em diversas relações privadas o dano ou risco de dano é inevitável (por exemplo: pessoas que trabalham em locais insalubres ou em atividades perigosas, consumidores que são cobrados por dívidas, vizinhos que devem fazer barulho para reforma), contudo, existe uma regra ética de que deve fazer o possível para aliviar as consequências, quando a conduta ou atividade for inevitável, devendo o trabalhador possuir o maior aparato de segurança e preparo possível, as cobranças de dívidas serem realizadas da forma mais discreta e respeitosa possível, e assim por diante, sob pena de gerar o direito a compensação por dano moral.

Outro requisito da razão prática é o respeito por cada valor básico em cada ato, que demonstra que a pessoa não deve “escolher realizar qualquer ato que em si não faz outra coisa além de danificar ou impedir a realização ou participação em qualquer uma das formas de bens básicos. Cada um é objetivamente básico assim como os outros em termos de importância, pois o valor deles não pode ser subordinado a qualquer projeto (FINNIS, 2007, p. 123). Assim, danificar indiretamente um bem básico é diferente de racionalmente dirigir a conduta para danificar diretamente o mesmo bem ao escolher um ato que simplesmente danifica esse bem, pois esta conduta é o mesmo que se dedicar a um ato de oposição a um valor incomensurável da

personalidade humana que a pessoa trata como comensurável, de modo que a razão requer que cada valor básico seja pelo menos respeitado em cada uma e em todas as ações (FINNIS, 2007, p. 124). Como assevera John Finnis, “se a pessoa pudesse sempre escolher corretamente um único ato que em si danifica e em si não promove algum bem básico, então ela poderia escolher corretamente programas, instituições e empreendimentos inteiros que em si danificam aspectos dos bens básicos” (2007, p. 124).

Nesse sentido, John Finnis esclarece claramente que este princípio sustenta a tese do integral respeito e inviolabilidade de todos os direitos humanos básicos, não sendo possível qualquer direito humano ser ignorado em nome dos sentimentos ou da livre escolha, nem mesmo por qualquer argumentação de custo benefício (2007, p. 126). É por isso que não se sustentam as sentenças judiciais que fundamentam a diminuição do dano moral com base na “crise econômica do país” ou na “boa conduta posterior do réu ao pedir desculpas” ou “na importância do empreendimento”, visto que ao lidar com o dano moral o que está em jogo são bens existenciais que no fundo ético são bens básicos e incomensuráveis. Na mesma linha, qualquer atividade, por mais nobre que seja (religiosas, sociais), por mais lucrativa e importante na circulação de bens e serviços (comércio, indústria), não pode tornar o juiz míope para violações de direitos, em todas as suas facetas, patrimoniais ou extrapatrimoniais.

O penúltimo requisito é o do bem comum e aqui interessa particularmente o bem comum da comunidade política, e, nessa dimensão, há dois significados para o termo. O primeiro representa a intenção de garantir todo um conjunto de condições materiais e de outros tipos que tendem a favorecer a realização, por parte de cada indivíduo da comunidade, de seu desenvolvimento pessoal. O bem comum está relacionado a um conjunto de fatores que dão sentido à colaboração mútua e permitam condições para que os membros de uma comunidade atinjam seus objetivos e propósitos. Aqui os membros não precisam ter os mesmos planos de vida, mas sim todos deveriam ter condições básicas para o seu florescimento particular (FINNIS, 2007, p. 154). Um segundo significado para o bem comum perpassam pela constatação de que a vida, honra, privacidade, liberdade, amizade, saúde, igualdade, dentre outros são bens para quaisquer e todas as pessoas e cada um desses bens básicos são “comuns” no sentido de que “um número inexaurível de pessoas pode participar deles de uma variedade inexaurível de modos ou de uma variedade inexaurível de ocasiões (FINNIS, 2007, p. 156). Consequentemente, o interesse em alcançar tais bens é relevante

e bom não apenas para a vida pessoal, mas para a de qualquer pessoa e essa universalidade reforça a normatividade do bem da amizade, no sentido de que o bem que eu persigo também é o bem de outros, devendo existir uma ponte de solidariedade para que se permita a realização integral de todos os participantes de uma prática social, já que “o bem é, como existência, aquilo que dividimos com todos os seres da face da terra” (FINNIS, 2011, p. 34), motivo pelo qual não deve ser relativizada a proteção do dano moral por se tratar de um mendigo, uma prostituta ou um favelado.

Cabe salientar que, infelizmente, não é papel da responsabilidade civil garantir de forma ampla e plena o bem comum do primeiro tipo, estando a busca por esse bem comum mais relacionada às políticas públicas. A responsabilidade civil não é guardiã primeira sequer dos bens humanos básicos em geral, cabendo à realização de diversos aspectos do florescimento humano à família, às instituições e ao Estado, mas é clarividente que a responsabilidade civil desempenha, não sozinha, o papel de promover e garantir o respeito a esses bens, que, já dentro do segundo tipo de bem comum, são literalmente comuns a todos, de modo que se por ato de outrem alguma faceta desse perfeccionismo humano for danificada, haverá razão prática para utilizar o arcabouço legal para impor a obrigação de indenizar, pois aqui não se tratará de alguém desprovida de um bem básico e que necessitava de uma conduta do Estado, mas sim de alguém que estava gozando ou em vias de gozar de um bem básico e que por ato de outrem foi penalizada.

Por fim, existe o requisito da razão prática chamado de seguir os ditames da própria consciência, contudo, pelo fato de o próprio John Finnis estabelecer que tal requisito está dentro do aspecto de que nenhum bem básico pode ser diretamente atacado em qualquer ato ou como um resumo de todos os requisitos (2007, p. 127), tal requisito da razoabilidade prática não será enfrentado. Ele representa, em suma, um grande desafio, pois se a pessoa for aberta à realização dos bens humanos básicos, é capaz de articular os juízos práticos que a razão requer; de outro lado, se não possui tal inteligência, sua consciência irá induzi-la a erro. De todo modo, se alguém escolhe realizar algo desarrazoado mesmo sabendo ferir a razão prática, essa dignidade mesmo da consciência em erro está inserida na realização pessoal, pois a escolha para produzir juízos incorretos é uma faceta indispensável para uma existência pessoal plena e devem ser respeitados, mesmo quaisquer que sejam as consequências (2007, p. 128).

2.5 A CONTRIBUIÇÃO DO DIÁLOGO ÉTICO-JURÍDICO DA RESPONSABILIDADE CIVIL PARA OS DIREITOS HUMANOS

Há um liame entre os direitos humanos no plano internacional e os bens existenciais no plano interno, pelo que deve ser perquerida uma ruptura da dicotomia clássica entre direito interno e direito internacional, para reconhecer que ontologicamente os danos perpetrados no bojo de relações privadas são muitas vezes idênticos ou até mais graves que aqueles cometidos pelo Estado. Além disso, a evolução histórica dos direitos fundamentais na experiência europeia e latina demonstra que a dogmática das Constituições incorporou a proteção de bens jurídicos essenciais e supremos para uma vida plena do ser humano previstos em documentos internacionais, bens estes dignos de inviolabilidade por outras pessoas ou pelo Estado, os quais devem nortear todo o conjunto normativo constitucional e infraconstitucional. Sendo assim, fica claro que a proteção da pessoa humana no plano internacional ou no plano interno revela que esse é o valor da mais alta hierarquia em qualquer ordenamento jurídico.

Por esse motivo, John Finnis sustenta que as declarações de direitos humanos representam tentativa de concretização dos contornos do bem comum e dos bens humanos básicos, manifestando preocupação com diversos aspectos do bem individual em suas dimensões básicas, motivo pelo qual a responsabilidade moral de respeitar os bens humanos básicos se convolou em responsabilidade jurídica e, graças ao arcabouço jurídico, tal ideal se tornou possível e potencializado tendo em vista a faceta coercitiva do Direito, que para além de promover tais bens, delibera em pormenores e detalhes, mergulhando nas mais diversas peculiaridades para uma plena realização humana e construção de uma comunidade que atenda ao bem comum (2007, p. 195/213).

Desta feita, na tradição do direito natural, embora Tomás de Aquino nunca tenha utilizado a expressão “direitos humanos”, é cristalino que ele tinha a concepção teórica, pois conclui que os preceitos de justiça estão centrados naquilo que todos têm em comum e em semelhança como membros da espécie humana, de maneira que todos estão aptos a pleitear que “não sejam mortos, não tenham sua propriedade vilipendiada, não sejam danificados em seu corpo e sua mente, não sejam falsamente acusados ou difamados” (FINNIS, 2008, p. 136). Todos esses direitos, que decorrem dos primeiros princípios, são alocados para as pessoas pelo simples fato de pertencerem à espécie humana. Assim, embora nem todo direito seja comum aos seres humanos em razão de

cada particularidade dos sistemas jurídicos, há aqueles que cada membro da humanidade está apto a desfrutar pelo simples fato de sua condição humana, merecendo a sua inerente dignidade, não sendo um “status a ser conferido, mas sim uma realidade a ser reconhecida e protegida, pois tais bens são desejáveis por mim e por todos aqueles que compartilham comigo a experiência humana, devendo ser esta a tese essencial da moralidade e da política” (FINNIS, 2008, p. 176).

Não é à toa que uma investigação profunda e comprometida da experiência ocidental no trato com o que se chama no Brasil e no mundo latino de dano moral e nos países anglo-saxões de “non-pecuniary damages” a partir de obras de juristas do Brasil⁷⁴, Espanha⁷⁵, México⁷⁶, Estados Unidos⁷⁷, Canadá⁷⁸, Grã-Bretânia⁷⁹ e da Europa em geral⁸⁰ permitirá inferir que bens como a honra, vida, saúde, liberdade, igualdade, integridade psíquica, integridade física, privacidade e sentimentos ligados a perda de entes queridos são comuns a todos os sistemas jurídicos ocidentais em matéria de compensação de danos.

Assim, o valor da dignidade da pessoa humana pode nortear os direitos fundamentais (dentre eles a indenização por dano moral prevista nos incisos V e X da CF/88), assim como todo o emaranhado normativo no campo do direito internacional dos direitos humanos, servindo de apoio para a investigação dos interesses existenciais dignos de tutela, especialmente porque os principais tratados e pactos foram devidamente ratificados pelo Brasil, como no caso dos exemplos abaixo, os quais possuem diversos interesses extrapatrimoniais protegidos:

⁷⁴ ASSIS NETO, S. J. de. Dano moral: aspectos jurídicos. Araras: Bestebook, 1998; BITTAR, Carlos Alberto. Reparação civil por danos morais. 4º ed. São Paulo: Saraiva, 2015; CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de responsabilidade civil. 10ª ed. São Paulo: Atlas, 2012; FARIAS, Cristiano Chaves de; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto; ROSENVALD, Nelson. Novo Tratado de responsabilidade civil. São Paulo: Atlas, 2015; SANTOS, ANTÔNIO JEOVÁ. Dano moral indenizável. 5º ed. Salvador: JusPodivm, 2015.

⁷⁵ PIZARRO, Ramon Daniel. Daño moral: el daño moral en las diversas ramas del Derecho. Hammurabi: Buenos Aires, 1996.

⁷⁶ VILLARREAL, Luis Ernesto Aguirre. Integration of punitive damages into countries with a civil law system: Mexico's case. Tulane University (dissertação de doutorado), 2009.

⁷⁷ BURROWS, Vanessa K. Constitutional limits on punitive damages awards: an analysis of the Supreme Court case Philip Morris USA v. Williams. Legislative Attorney. American Law Division. Oder Code 33.773, July-2007.

KOZIOL, Helmut; WILCOX, Vanessa. Punitive damages: common law and civil law perspectives. Vol. 25. Vienna: Springer, 2009.

⁷⁸ FRIDMAN, G. H. L. The law of torts in Canada. Toronto: Carswell, 1990.

⁷⁹ MULHERON, Rachel P. Principles of Tort Law. Cambridge: Oxford University Press, 2016.

⁸⁰ ANTONIOLLI, Luisa; KOZIOL, Helmut; SCHULZE, Reiner. Tort law of the European Community. New York: Springer, 2008; HEIDERHOFF, Bettina; ZMIJ, Grzegorz. Tort law in Poland, Germany and Europe. Munich, Germany: Sellier European Law, 2009.

Convenção Internacional sobre os direitos das pessoas com deficiência

Artigo 1º

O propósito da presente Convenção é promover, proteger e assegurar o exercício pleno e equitativo de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais por todas as pessoas com deficiência e promover o respeito pela sua dignidade inerente.

Pessoas com deficiência são aquelas que têm impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdades de condições com as demais pessoas.

Os princípios da presente Convenção são:

- a) O respeito pela dignidade inerente, a autonomia individual, inclusive a liberdade de fazer as próprias escolhas, e a independência das pessoas;
- b) A não-discriminação;
- c) A plena e efetiva participação e inclusão na sociedade;
- d) O respeito pela diferença e pela aceitação das pessoas com deficiência como parte da diversidade humana e da humanidade;
- e) A igualdade de oportunidades;
- f) A acessibilidade;
- g) A igualdade entre o homem e a mulher;
- h) O respeito pelo desenvolvimento das capacidades das crianças com deficiência e pelo direito das crianças com deficiência de preservar sua identidade.

Convenção contra a tortura e outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes

Artigo 1º

1. Para os fins da presente Convenção, o termo "tortura" designa qualquer ato pelo qual dores ou sofrimentos agudos, físicos ou mentais, são infligidos intencionalmente a uma pessoa a fim de obter, dela ou de uma terceira pessoa, informações ou confissões; de castigá-la por ato que ela ou uma terceira pessoa tenha cometido ou seja suspeita de ter cometido; de intimidar ou coagir esta pessoa ou outras pessoas; ou por qualquer motivo baseado em discriminação de qualquer natureza; quando tais dores ou sofrimentos são infligidos por um funcionário público ou outra pessoa no exercício de funções públicas, ou por sua instigação, ou com o seu consentimento ou aquiescência. Não se considerará como tortura as dores ou sofrimentos que sejam consequência unicamente de sanções legítimas, ou que sejam inerentes a tais sanções ou delas decorram.

Convenção sobre os direitos da criança

Artigo 1º

Para efeitos da presente Convenção considera-se como criança todo ser humano com menos de dezoito anos de idade, a não ser que, em conformidade com a lei aplicável à criança, a maioridade seja alcançada antes.

Artigo 2º

1. Os Estados Partes respeitarão os direitos enunciados na presente Convenção e assegurarão sua aplicação a cada criança sujeita à sua jurisdição, sem distinção alguma, independentemente de raça, cor, sexo, idioma, crença, opinião política ou de outra índole, origem nacional, étnica ou social, posição econômica, deficiências físicas, nascimento ou qualquer outra condição da criança, de seus pais ou de seus representantes legais.
2. Os Estados Partes tomarão todas as medidas apropriadas para assegurar a proteção da criança contra toda forma de discriminação ou castigo por causa da condição, das atividades, das opiniões manifestadas ou das crenças de seus pais, representantes legais ou familiares.

Convenção sobre a eliminação de todas as formas de discriminação contra a mulher

Artigo 1º

Para os fins da presente Convenção, a expressão "discriminação contra a mulher" significará toda a distinção, exclusão ou restrição baseada no sexo e que tenha por objeto ou resultado prejudicar ou anular o reconhecimento, gozo ou exercício pela mulher, independentemente de seu estado civil, com base na igualdade do homem e da mulher, dos direitos humanos e liberdades fundamentais nos campos político, econômico, social, cultural e civil ou em qualquer outro campo.

Convenção sobre a eliminação da discriminação racial

Artigo I

1. Nesta Convenção, a expressão "discriminação racial" significará qualquer distinção, exclusão restrição ou preferência baseadas em raça, cor, descendência ou origem nacional ou étnica que tem por objetivo ou efeito anular ou restringir o reconhecimento, gozo ou exercício num mesmo plano, (em igualdade de condição), de direitos humanos e liberdades fundamentais no domínio político econômico, social, cultural ou em qualquer outro domínio de vida pública.

Pacto internacional sobre direitos econômicos, sociais e culturais

Artigo 15

1. Os Estados Partes do presente Pacto reconhecem a cada indivíduo o direito de:

- a) Participar da vida cultural;
- b) Desfrutar o processo científico e suas aplicações;
- c) Beneficiar-se da proteção dos interesses morais e materiais decorrentes de toda a produção científica, literária ou artística de que seja autor.

Pactos de direitos civis e políticos

Artigo 6

1. O direito à vida é inerente à pessoa humana. Esse direito deverá ser protegido pela lei. Ninguém poderá ser arbitrariamente privado de sua vida.

Artigo 7

Ninguém poderá ser submetido à tortura, nem a penas ou tratamento cruéis, desumanos ou degradantes. Será proibido sobretudo, submeter uma pessoa, sem seu livre consentimento, a experiências médias ou científicas.

Artigo 9

1. Toda pessoa tem direito à liberdade e à segurança pessoal. Ninguém poderá ser preso ou encarcerado arbitrariamente. Ninguém poderá ser privado de liberdade, salvo pelos motivos previstos em lei e em conformidade com os procedimentos nela estabelecidos.

Artigo 10

1. Toda pessoa privada de sua liberdade deverá ser tratada com humanidade e respeito à dignidade inerente à pessoa humana.

Artigo 17

1. Ninguém poderá ser objetivo de ingerências arbitrárias ou ilegais em sua vida privada, em sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência, nem de ofensas ilegais às suas honra e reputação.

2. Toda pessoa terá direito à proteção da lei contra essas ingerências ou ofensas.

Artigo 19

1. ninguém poderá ser molestado por suas opiniões.

2. Toda pessoa terá direito à liberdade de expressão; esse direito incluirá a liberdade de procurar, receber e difundir informações e ideias de qualquer natureza, independentemente de considerações de fronteiras, verbalmente ou por escrito, em forma impressa ou artística, ou por qualquer outro meio de sua escolha.

Artigo 26

Todas as pessoas são iguais perante a lei e têm direito, sem discriminação alguma, a igual proteção da Lei. A este respeito, a lei deverá proibir qualquer forma de discriminação e garantir a todas as pessoas proteção igual e eficaz contra qualquer discriminação por motivo de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, situação econômica, nascimento ou qualquer outra situação.

Artigo 27

Nos Estados em que haja minorias étnicas, religiosas ou linguísticas, as pessoas pertencentes a essas minorias não poderão ser privadas do direito de ter, conjuntamente com outros membros de seu grupo, sua própria vida cultural, de professar e praticar sua própria religião e usar sua própria língua.

Sobre o diálogo entre a responsabilidade civil no plano interno e o direito internacional dos direitos humanos, este autor e Pastora do Socorro Teixeira Leal (2016, p. 95/115) explicaram que pensar na interface entre direitos humanos e a responsabilidade civil no plano interno pode parecer confusa, uma vez que tradicionalmente os direitos humanos são vistos como instrumento que insere pessoas de diversos países na categoria de sujeito de direito perante a ordem jurídica internacional, possibilitando a responsabilização de Estados (e não de pessoas físicas ou jurídicas de direito privado) por danos causados omissiva ou comissivamente a pessoas a partir da violação de direitos que os respectivos Estados se comprometeram a respeitar⁸¹. Feita essa digressão, discorrem na mesma pesquisa sobre a necessidade de pensar os direitos humanos para além do plano formal calcado nos Tratados Internacionais, visto que de nada vale um arcabouço “impecável” de direitos a serem respeitados pelos Estados no plano internacional se persistirem problemas graves de violações entre agentes privados no âmbito interno, conflitos que por sua natureza não podem ser solucionados no plano internacional.

Baseando-se nessas premissas, o referido trabalho (LEAL; BONNA, 2016, p. 95/115) acentua a imperiosidade de aplicar os direitos humanos em uma perspectiva multinível, que envolva a atuação dos tribunais pátrios e a efetividade de tais normas no bojo de relações intersubjetivas que não envolvam o Estado. Ou seja, é preciso que os Estados se comprometam a

⁸¹ “São os atos do Estado-Administrador, quer comissivos ou omissivos, que ensejam, em geral, a responsabilidade internacional por violação de direitos humanos, uma vez que cabe ao Estado respeitar e garantir tais direitos. Essas duas obrigações básicas ensejam a responsabilização do Estado quando seus agentes violam direitos humanos ou se omitem injustificadamente, na prevenção ou repressão de violações realizadas por particulares” (RAMOS, 2005, p. 55).

promover os direitos humanos em diversos níveis, tendo por base a “complementariedad: principio rector que rige las relaciones entre sistemas normativos y jueces nacionales e internacionales” (ZUNIGA, 2013, p. 70), assim como a atuação forte dos tribunais pátrios de modo a “invocar a legitimidade e a autoridade normativa do direito internacional para apoiar suas decisões” (URUEÑA, 2014, p. 27). Nessa linha, rompe-se com a dicotomia clássica entre Direito Interno e Direito Internacional, reconhecendo que ontologicamente os danos perpetrados no bojo de relações privadas são muitas vezes idênticos ou até mais graves que aqueles cometidos pelo Estado, não havendo razão para não utilizar normas de proteção do ser humano previstas no plano internacional, gerando expansão dos interesses existenciais dignos de proteção para fins de caracterização do dano moral.

Assim, tanto os direitos civis – como a vida, igualdade, integridade psíquica e integridade física – quanto os direitos econômicos, sociais e culturais – como a alimentação, moradia, educação, saúde – que servem de base para as Cortes Internacionais condenarem Estados ratificadores dos tratados, estão infiltrados na legislação interna do Brasil e de algum modo é possível vislumbrar que os bens extrapatrimoniais são especificações de normas de conteúdo de direitos humanos, e, portanto a responsabilidade civil é uma categoria que promove os direitos humanos em casos concretos de violação, como por exemplo no dano moral por não pagamento de pensão – direito à alimentação -, por violação à integridade física e/ou mental ocasionada por acidentes de consumo ou trabalho – são direitos civis -, por destruição da casa ou não entrega de imóvel no prazo prometido – direito à moradia -, por negativas de cobertura de planos de saúde – direito à saúde -, por discriminações em geral – direito à igualdade, dentre outros. Com a diferença de que o Estado não só responde perante a ordem jurídica internacional por causar diretamente a violação desses bens, mas também por não implementá-los progressivamente por meio de políticas públicas e leis, dentro do escopo do artigo 26⁸² da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, progressividade essas inerente aos direitos econômicos, sociais e culturais.

⁸² Os Estados Partes comprometem-se a adotar providências, tanto no âmbito interno como mediante cooperação internacional, especialmente econômica e técnica, a fim de conseguir progressivamente a plena efetividade dos direitos que decorrem das normas econômicas, sociais e sobre educação, ciência e cultura, constantes da Carte da Organização dos Estados Americanos, reformada pelo Protocolo de Buenos Aires, na medida dos recursos disponíveis, por via legislativa ou por outros meios apropriados.

Diante desse imbróglgio normativo, tanto a Comissão Interamericana de Direitos Humanos quanto a Corte Interamericana de Direitos Humanos e o Comitê vêm estabelecendo diversas técnicas interpretativas que potencializam a eficácia dos direitos econômicos, sociais e culturais, partindo do pressuposto de que se veda o retrocesso e se garante um progresso contínuo e gradual dos mesmos (SALMÓN; BREGAGLIO, 2010), conforme abaixo explanado, os quais, repisa-se, são representações de bens jurídicos que também são protegidos no campo da responsabilidade civil.

Ao analisar o caso *Yakye Axa vs. Paraguai* (sentença proferida dia 17/06/2005)⁸³, a Corte entendeu por imbricar uma visão integrada dos direitos humanos, partindo da interpretação do direito à vida (art. 4º da Convenção) – que é considerado um direito civil – para trazer contornos sociais a esse direito. Nesse sentido, considerou que o direito à vida foi violado pelo Estado do Paraguai na medida em que não garantiu condições satisfatórias sanitárias, habitacionais e alimentares da comunidade indígena, dentro do raciocínio da ordem de um desenvolvimento progressivo contida no art. 26 da Convenção. Por esse motivo, levando em conta o nível do sofrimento e de violência em suas terras, que possuem um valor inestimável para o patrimônio e identidade cultural dos povos indígenas, a Corte fixou a indenização no patamar de US\$ 950.000,00 a ser gerido por um fundo.

Mais um exemplo da chamada interpretação social dos direitos civis e políticos está no conceito de vida digna, ou seja, a proteção das condições para que a pessoa conduza sua vida e alcance o destino que traçou para si, de modo que a frustração dos projetos de vida caracteriza violação de direitos humanos, como asseverado no caso *Loayza Tamayo vs. Peru* (julgado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos no dia 17 de setembro de 1997)⁸⁴, condenando o Estado do Peru a pagar uma justa indenização, sem fixar qual seja esse valor, haja vista a “*privación ilegal de la libertad, tortura, tratos crueles, inhumanos y degradantes, violación a las garantías judiciales y doble enjuiciamiento con base en los mismos hechos*” (capítulo I).

A Corte também vem asseverando que o direito a uma vida digna implica na obrigação positiva de criar condições de vida mínimas compatíveis com a dignidade da pessoa humana, não

⁸³ Disponível em:

<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/04/357a11f7d371f11cba840b78dde6d3e7.pdf>. Acesso em 18/07/2018.

⁸⁴ Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_33_esp.pdf. Acesso em: 18/07/2018.

apenas no dever negativo de não obstaculizar a vida boa. Tal avanço é digno de nota, na medida em que na concepção clássica dos direitos civis, estes implicariam na prestação meramente negativa do Estado no sentido de não ceifar a vida, mas na interpretação social desses direitos, eles adquirem nova conotação. Em outras palavras, implicam em “uma série de outros direitos como o direito à saúde, educação, identidade cultural, entre outros, sem os quais não é possível usufruir de uma vida harmoniosa com o princípio de dignidade inerente ao ser humano” (SALMÓN; BREGAGLIO, 2010, p. 400).

Em se tratando do direito à vida de crianças privadas de liberdade, no julgamento do caso Instituto de Reeducação do Menor vs. Paraguai (sentença proferida dia 02/09/2004)⁸⁵ a Corte sedimentou que o Estado tem obrigação de garantir que a detenção não destrua os projetos de vida das mesmas, por meio de medidas de assistência psicológica, física, material, mental, espiritual, moral e social. Nesse sentido, o Estado foi considerado responsável por não concretizar uma vida digna às crianças e aos adolescentes detidos, fixando de indenização por danos morais que variam de US\$ 22.000,00 a US\$ 65.000,00 a ser entregue à própria vítima que sobreviveu e aos familiares de cada um dos 12 adolescentes que faleceram, considerando que as circunstâncias do caso demonstraram sofrimento das vítimas que eram detentos e aos familiares dos 12 adolescentes mortos. Acrescentou ainda que o dano moral é evidente porque é próprio da natureza humana que “toda pessoa submetida a tratamentos contrários à integridade pessoal e ao direito a uma vida digna experimente um profundo sofrimento, angústia, medo e insegurança, razão pela qual este dano não requer provas” (parágrafo 300).

A amplitude do direito à vida digna, adentrando em direitos sociais, também aparece na análise sobre a situação das pessoas migrantes, em países como Estados Unidos e outros da Europa. Nesse desiderato, na Opinião Consultiva n. 18/03⁸⁶, entendeu-se que o direito à vida digna das pessoas migrantes engloba o direito ao trabalho como condição inarredável de condições de vida digna, sendo elas detentoras de direitos sociais independentemente de sua condição migratória.

No que toca a vida digna dos povos indígenas, a Corte, em sua jurisprudência, caminha no sentido de reconhecer que a pobreza extrema, inexistência de assistência à saúde, falta de alojamento, ausência de condições adequadas de educação, desnutrição, falta de acesso à terra e

⁸⁵ Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_112_esp.pdf. Acesso em: 18/07/2018.

⁸⁶ Disponível em: <http://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2003/2351.pdf?view=1>. Acesso em: 18/07/2018.

recursos naturais fulminam seus direitos sociais, como destacado nos julgamentos dos casos Comunidades Afrodescendentes Deslocadas da Bacia do Rio Cacarica vs. Colômbia (sentença proferida dia 20/11/2013)⁸⁷ e Massacre de El Mozote e de aldeias vizinhas vs. El Salvador (sentença proferida dia 25/10/2012)⁸⁸.

Adicionalmente, em se tratando da vida digna das pessoas com deficiência mental, a Corte compreende que o cuidado à saúde das pessoas com deficiência mental constitui condição para o gozo de uma vida digna, o que envolve o direito a uma assistência médica adequada para garantir serviços básicos. Assim, mesmo diante da falta de estrutura médica e hospitalar, a Corte vem asseverando que isso não exime o Estado de responsabilização, como decidido nos casos Ximenes Lopez vs. Brasil (sentença proferida no dia 04/07/2006)⁸⁹ e Víctor Rosario Congo vs. Equador (sentença proferida dia 13/04/1999)⁹⁰.

Sobre o elasticamento do direito civil à integridade pessoal, a Corte também caminha no sentido de dar uma conotação social a sua interpretação. Por conseguinte, a Corte vem destacando que a detenção em condições de superlotação, o isolamento numa cela reduzida, com falta de ventilação e de luz natural, sem cama para o repouso ou condições adequadas de higiene, o isolamento ou as restrições indevidas ao sistema de visitas representam uma violação à integridade pessoal, classificando inclusive que alguns tratamentos podem ser equiparados a tortura física ou psicológica, como nos casos Lori Berenson vs. Peru (sentença proferida dia 25/09/2004)⁹¹, De la Cruz Flores vs. Peru, Hernández Lima vs. Guatemala (sentença proferida dia 22/11/2017)⁹², García Asto e Ramírez vs. Peru (sentença proferida dia 25/11/2005)⁹³, Raxcacó Reyes vs. Guatemala (sentença proferida dia 15/09/2005)⁹⁴, Fermín Ramírez vs. Guatemala (20/06/2005)⁹⁵, Montero Aranguren e outros vs. Venezuela (sentença proferida dia 07/02/2006)⁹⁶, Vera Vera e outros vs. Equador (sentença proferida dia 19/05/2011)⁹⁷, Fleury e outros vs. Haiti (sentença proferida dia

⁸⁷ Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_318_por.pdf. Acesso em: 18/07/2018.

⁸⁸ Disponível em: http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_252_esp.pdf. Acesso em: 18/07/2018.

⁸⁹ Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_149_por.pdf. Acesso em: 18/07/2018.

⁹⁰ Disponível em: <http://derechos.te.gob.mx/?q=content/v%C3%ADctor-rosario-congo-vs-ecuador>. Acesso em: 18/07/2018.

⁹¹ Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_119_esp.pdf. Acesso em: 18/07/2018.

⁹² Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_344_esp.pdf. Acesso em: 18/07/2018.

⁹³ Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_137_esp.pdf. Acesso em: 18/07/2018.

⁹⁴ Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_133_esp.pdf. Acesso em: 18/07/2018.

⁹⁵ Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_126_esp.pdf. Acesso em: 18/07/2018.

⁹⁶ Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_150_esp.pdf. Acesso em: 18/07/2018.

⁹⁷ Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_226_esp.pdf. Acesso em: 18/07/2018.

23/11/2011)⁹⁸, Pacheco Teruel e outros vs. Honduras (sentença proferida dia 27/04/2012)⁹⁹ e Díaz Peña vs. Venezuela (sentença proferida dia 06/06/2012)¹⁰⁰. Na mesma linha de proteção da integridade pessoal, a Corte considerou que o não fornecimento de alimentos à pessoa presa durante um dia inteiro viola frontalmente o direito à saúde, como esposado no julgamento do caso Tibi vs. Equador (sentença proferida dia 07/09/2014)¹⁰¹.

O caso Lagos del Campo vs. Perú (sentença proferida dia 31/08/2017)¹⁰² se refere à demissão de Alfredo Lagos del Campo como consequência de manifestações realizadas na condição de presidente do Comitê Eleitoral da Comunidade Industrial da empresa Ceper-Pirelli. As manifestações do empregado demitido foram no sentido de exigir menos ingerência do empregador nas organizações representativas dos empregados, contudo, os tribunais do Perú confirmaram a legalidade da pena mais severa no campo laboral, que compromete frontalmente a vida pessoal e familiar do empregado, ignorando, sob o olhar da Comissão, a liberdade de expressão do empregado e a existência de outros meios menos lesivos de a empresa se defender das acusações.

A Corte, ao apreciar o caso, destacou o direito de o obreiro receber indenização por danos morais e materiais, haja vista que perdeu a possibilidade de continuar atuando a frente dos trabalhadores, não alcançou o número adequado de contribuições para fazer jus a uma aposentadoria, dificilmente conseguirá outro emprego com idade avançada, teve repercussões financeiras e emocionais que afetaram sua vida profissional, pessoal e familiar, pelo que estabeleceu o valor indenizatório de US\$ 20.000,00.

Em decisão do Caso Gomez-Palomino vs. Peru (sentença proferida dia 22 de novembro de 2005)¹⁰³, por conta do desaparecimento forçado de Gómaz Palomino no contexto de uma prática sistematizada pelo Estado, a Corte determinou que o Estado, a título de reparação, realizasse medidas educativas e concedesse bolsas de estudo aos irmãos da vítima e aos seus filhos e filhas, sustentando que após o falecimento de Gómez Palomino, seus familiares interromperam os estudos, por fatores financeiros e emocionais relacionados à tristeza, depressão e preocupação. E, a título de indenização por dano moral, fixou o patamar de US\$ 100.000,00 ao falecido, justificando a expectativa de vida da

⁹⁸ Disponível em: http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_236_esp.pdf. Acesso em: 18/07/2018.

⁹⁹ Disponível em: http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_241_esp.pdf. Acesso em: 18/07/2018.

¹⁰⁰ Disponível em: http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_244_esp.pdf. Acesso em: 18/07/2018.

¹⁰¹ Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_114_esp.pdf. Acesso em: 18/07/2018.

¹⁰² Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_340_esp.pdf. Acesso em: 18/07/2018.

¹⁰³ Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/resumen/gomez_palomino.pdf. Acesso em: 21/07/2018.

vítima e o profundo sofrimento e temor que vivenciou, indenização esta que determinou que deveria ser entregue à viúva e à filha, sem prejuízo do valor de indenização devido a elas, no valor de US\$ 80.000,00 para cada uma.

No Caso Cantoral-Benavides vs Peru (sentença proferida dia 18 de agosto de 2000)¹⁰⁴, a Corte condenou o Estado a fornecer bolsa universitária para a vítima Luis Alberto Cantoral Benavides, sob o argumento de que no momento da detenção ilegal da vítima, a mesma tinha 20 anos e cursava Biologia na Universidade Nacional de San Marcos, mais ao pagamento de indenização por dano moral no valor de US\$ 60.000,00, haja vista que ficou encarcerado ilegalmente por 4 anos, além do fato de ter sofrido tortura e necessitado de tratamentos psicológicos.

No caso Barrios Altos vs. Peru (sentença proferida dia 14 de março de 2001)¹⁰⁵, a Corte compeliu o Estado a arcar com despesas com educação dos familiares dos 15 mortos no massacre, além de indenização por danos morais no valor de US\$ 175.000,00. No mesmo sentido, no julgamento do caso Aloeboetoe vs. Suriname (sentença proferida dia 10 de setembro de 1993)¹⁰⁶, a Corte condenou o Estado a reabrir uma escola – haja vista a necessidade de os filhos das vítimas dos militares receberem um ensino adequado nas aldeias onde residem - e criar uma fundação para ajudar os beneficiários das vítimas, fixando indenização por dano moral pela perda do ente querido no valor de US\$ 29.070,00. No caso da indenização devida aos pais pela perda de seus filhos, a Corte destacou que “*se puede admitir la presunción de que los padres han sufrido moralmente por la muerte cruel de sus hijos, pues es propio de la naturaleza humana que toda persona experimente dolor ante el suplicio de su hijo*” (parágrafo 90).

No caso Bécama Velásquez vs. Guatemala (sentença proferida dia 25 de novembro de 2000)¹⁰⁷, a Corte reconheceu que a Guatemala foi responsável pelo desaparecimento, tortura e morte de Bécama Velásquez, e, por esse motivo fixou valores de indenização por dano moral para os parentes da falecida na monta de US\$ 35.000,00.

No caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala (sentença proferida dia 25 de novembro de 2003)¹⁰⁸, referente a inércia do Estado da Guatemala em investigar e sancionar os responsáveis

¹⁰⁴ Disponível: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_88_esp.pdf. Acesso em: 21/07/2018.

¹⁰⁵ Disponível: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_87_esp.pdf. Acesso em: 21/07/2018.

¹⁰⁶ Disponível: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_15_esp.pdf. Acesso em: 21/07/2018.

¹⁰⁷ Disponível: <http://www.corteidh.or.cr/index.php/es/jurisprudencia>. Acesso em: 21/07/2018.

¹⁰⁸ Disponível: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_101_esp.pdf. Acesso em: 21/07/2018.

pela execução extrajudicial de Myrna, a Corte declarou a Guatemala responsável, fixando indenizações por danos morais no valor de US\$ 350.000,00 dividido entre os familiares da vítima da seguinte forma

REPARACIÓN POR CONCEPTO DE DAÑO INMATERIAL

Victima y familiares Daño inmaterial

Myrna Mack Chang US\$ 40,000.00

Lucrecia Hernández Mack (hija) US\$ 110,000.00

Yam Mack Choy (padre) US\$ 40,000.00

Zoila Chang Lau (madre) US\$ 40,000.00

Helen Mack Chang (hermana) US\$ 100,000.00

Marco Mack Chang (hermano) US\$ 5,000.00

Freddy Mack Chang (hermano) US\$ 5,000.00

Vivian Mack Chang (hermana) US\$ 5,000.00

Ronald Chang Apuy (primo) US\$ 5,000.00

TOTAL US\$ 350,000.00 (parágrafo 264)

Interessante notar que a principal vítima veio ao óbito, mas mesmo assim para não ficar impune, diante da dor sofrida pela mesma, que levou 27 facadas a mando do próprio Estado, a Corte determinou o pagamento de indenização de US\$ 40.000,00 a serem destinados a filha da vítima, sem prejuízo de uma indenização específica para a filha no valor de US\$ 110.000,00, a qual tinha 16 anos à época da morte de sua mãe.

No tocante, por exemplo, aos critérios de quantificação para o patamar indenizatório de US\$ 110.000,00 para a filha da vítima, a Corte justificou que as aflições sofridas por Myrna Mack Chang se “*se extienden a los miembros más cercanos de la familia, particularmente a aquéllos que tenían un contacto afectivo estrecho con ella. No se requiere prueba para llegar a esta conclusión*”, aprofundando que todos os familiares sofreram ameaças, intimidações e hostilizações, mas que no caso da filha esta “*dependía emocional y económicamente de ella, ya que no vivía con su padre. Vivió una situación traumática por la pérdida inesperada de su madre, que le causó un profundo dolor y tristeza que todavía afectan su vida*” (parágrafo 264)

A Corte descreveu também, ainda na esteira dos danos morais, que a ausênciada mãe em diversos momentos de sua vida ocasionará a impossibilidade de compartilhar “*sus inquietudes y recibir consejos. Por otra parte, en lo que se refiere al proceso penal (...) el hecho de que aún se mantienen en impunidad los responsables, le provoca gran inseguridad*” (parágrafo 264).

O outro caso é o Massacre de Plan de Sánchez vs. Guatemala (sentença proferida dia 29 de

abril de 2004)¹⁰⁹, que se refere a responsabilidade internacional do Estado pelo massacre de 268 pessoas em Plan de Sánchez sem a correlata investigação e sanção dos responsáveis. Para tanto, a Corte condenou o Estado da Guatemala ao pagamento de US\$ 20.000,00 a título de dano moral aos familiares das vítimas e aos sobreviventes:

Con base en lo anterior, la Corte fija en equidad la cantidad de US\$ 20.000,00 (veinte mil dólares de los Estados Unidos de América) o su equivalente en moneda nacional del Estado, para cada una de las víctimas que se indican en los literales a y b del presente párrafo, por concepto de daño inmaterial, de conformidad con los párrafos 64 y 65 de esta Sentencia. La compensación de los daños inmatereiales ocasionados por las violaciones declaradas en el presente caso, a favor de las víctimas identificadas (parágrafo 89).

Desta feita, é latente a similitude entre os casos envolvendo dano moral praticados por pessoas privadas e aqueles perpetrados pelo Estado. Como visto, não garantir condições satisfatórias sanitárias, habitacionais e alimentares em presídios se equipara a não garantir essas mesmas condições em ambientes de trabalho; negar assistência psicológica, física, material, mental, espiritual, moral e social aos jovens detentos é ontologicamente similar ao abandono afetivo; contribuir para o desaparecimento e morte de alguém causa dor e sofrimento aos familiares tanto quanto a morte em acidentes de consumo ou trabalho; não garantir condições de dignidade da saúde da pessoa com deficiência se equipara à negativa de cobertura por planos de saúde; e o não fornecimento de alimentos à pessoa presa causa dano similar à criança/adolescente que não recebe pensão de seus pais e ao trabalhador que não recebe seu salário. Portanto, as reflexões de cunho ético-jurídico aqui desenvolvidas podem ser transportadas ao direito internacional dos direitos humanos.

¹⁰⁹ Disponível: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_273_esp.pdf. Acesso em: 21/07/2018.

2.6 A IMPORTÂNCIA DA ÉTICA NO DISCURSO JURÍDICO

2.6.1 A FUNÇÃO HERMENÊUTICA DO DIREITO NATURAL: UMA RELEITURA DOS MECANISMOS “CONCLUSIONE” E “DETERMINATIONE”

Os pressupostos teóricos da teoria do direito natural vistos anteriormente apontam para a afirmação de que é possível buscar respostas corretas em questões morais e de que é adequado o jurista conhecer fontes de moralidade, na medida em que estas desempenham importante papel na compreensão e aplicação do fenômeno jurídico (MOORE, 1985, p. 286). Nesse sentido, uma teoria da interpretação jurídica adequada no que toca o dano moral deve explicar como valores morais ganham força e efetividade no sistema jurídico e parte desse raciocínio foi desenvolvido alhures ao demonstrar que o reconhecimento da indenização por dano moral por violação de bens extrapatrimoniais dota de efetividade bens jurídicos que são princípios intermediários e mais específicos dos bens humanos básicos, e, por conseguinte, as decisões judiciais que aplicam indenizações por dano moral de algum modo estão umbilicalmente relacionadas à racionalidade existente por trás da ordem jurídica e devem possuir a preocupação de continuar o processo de promoção da realização humana, sob pena de – sob a alcunha do mero aborrecimento – negar a tutela jurisdicional ou – em nome da livre apreciação do juiz – fixar o valor indenizatório calcado em uma mera conjectura da extensão do dano.

Destarte, é como se entre a decisão judicial do caso concreto e os bens humanos básicos existisse a lei como conector, ao menos no Estado Democrático de Direito da República Federativa do Brasil, uma vez que além de a Constituição Federal 1988 se referir de forma específica aos bens existenciais - como a vida, igualdade, liberdade, saúde, honra, privacidade, intimidade e a imagem – de forma mais ampla e genérica acentua em seu preâmbulo e no art. 3º, inciso I, diretrizes que indicam o papel que o Estado – e também o Estado-Juiz – possui no exercício da atividade estatal: a promoção do bem-estar e a construção de uma sociedade justa e fraterna, valores supremos que estão conectados também com categorias do direito natural, como o florescimento (bem-estar), a justiça corretiva (justiça) e a amizade ou bem comum (solidariedade), o que demonstra a juridicidade e normatividade da racionalidade da lei natural no campo prático da jurisdição.

Deste modo, frisa-se que o preâmbulo desempenha função no campo da interpretação das normas constitucionais na medida em que revela os objetivos e propósitos fundamentais da sociedade e, portanto, auxiliam na análise do conteúdo dos direitos inscritos na Carta, orientando a atividade hermenêutica do jurista como reforço argumentativo em decisões de adjudicação de direitos. E, no caso do art. 3º, mesmo em se tratando de normas programáticas (construção de uma sociedade justa e solidária), isso não significa que o preceito esteja destituído de força jurídica, pois esse tipo de norma constitucional tem o reconhecimento amplo de valor jurídico constitucionalmente idêntico ao dos restantes preceitos da constituição, inclusive no que tange a sua influência na aplicação do direito ao caso concreto, servindo de norte teleológico para a atividade de interpretação e aplicação do direito (MENDES; BRANCO, 2012, p. 107/118).

Por conseguinte, é possível identificar uma harmonia entre os propósitos de florescimento humano do direito natural e os objetivos fundamentais da Constituição Federal de 1988, que acaba por ser um fio condutor para que os juízes possam compreender as categorias fundamentais do direito natural (bens humanos, razão prática, florescimento, bem comum, justiça corretiva) de modo a ter uma visão mais ampla e correta da moralidade por trás do ordenamento jurídico. Especialmente no caso do dano moral, marcado por cláusulas abertas, sem enumeração dos interesses da pessoa humana que estão protegidos, o impacto que a racionalidade do direito natural desempenha é ainda mais importante para potencializar o florescimento humano na aplicação do dano moral, tanto na identificação quanto na quantificação.

O positivismo jurídico é uma teoria que prega a existência da separação entre Direito e moral, defendendo que o ordenamento jurídico possui uma espécie de neutralidade moral, não devendo o agente do Direito adentrar na análise do conteúdo da norma no tocante a ele ser justo ou injusto, correto ou incorreto, valioso ou desvalioso. É por isso que “los positivistas limitam la teoría del derecho a los aspectos meta-normativos: lógicos, epistémicos, semânticos, etc., e ignoran las dimensiones propriamente normativas de la filosofía o teoría del derecho” (MASASINI-CORREAS, 2015, p. 74). Esse talvez seja o primeiro ponto de choque entre o positivismo e os teóricos da lei natural, na medida em que para o primeiro a lei é válida ou inválida de acordo com a regra de autoridade (se a autoridade politicamente competente observou o procedimento legislativo), não cabendo discorrer sobre o grau dessa validade, ao passo que para o segundo existe

farta possibilidade de discussão sobre a justiça das leis, discussão esta que para o direito natural se situa dentro do Direito e não fora.

Contudo, este primeiro embate não terá nenhuma repercussão na presente pesquisa, visto que aqui se defende que o arcabouço formal-factual do dano moral é uma expressão da razão prática e do respeito ao florescimento humano, não havendo nenhuma injustiça no plano constitucional ou infraconstitucional. Haverá uma profunda diferença no trato do dano moral entre um positivista e um teórico da lei natural no tocante à compreensão e explicação dessa categoria jurídica, porque no positivismo não existe espaço para considerações valorativas nem disposição para identificar e valorar bens humanos básicos como o conhecimento, a vida, a saúde e a amizade, núcleo dos primeiros princípios práticos. Nesse aspecto, o direito natural se preocupa não só em analisar, sistematizar e explicar as categorias jurídicas, mas também promover uma compreensão mais ampla no desenvolvimento de raciocínio que defende a razão prática do conteúdo do ordenamento jurídico a partir dos valores e bens que a lei está ordenada a cumprir (MASSINI-CORREAS, 2015, p. 75).

É por isso que as razões que justificam e legitimam a exigibilidade e coerção do Direito estão calcadas no respeito aos valores básicos, de modo que essa é a justificativa racional do ordenamento jurídico: uma sistematização destinada a promover o florescimento humano, não de forma subjetivista, mas sim objetivista, porque tem seu calcanhar em bens apreendidos pela razão prática. Assim, o Direito é um fenômeno secundário e mais específico, permitindo a existência de direitos e deveres correlatos para cumprir a preservação e realização dos valores básicos, que também se tornam jurídicos. Por isso que John Finnis assevera que a função do Direito é a promoção dos elementos necessários para a realização humana em diversas dimensões (saúde, honra, bem-estar, paz, vida, privacidade, liberdade, igualdade), valores estes que são exigências da razão prática (2007, p. 195/218)

Vê-se no campo acadêmico diversas teses calcadas em um pressuposto teórico-hermenêutico específico (por exemplo: a teoria do direito como integridade de Ronald Dworkin e a teoria da ponderação de princípios de Robert Alexy). Inúmeros estudos são produzidos visando a discutir questões polêmicas como aborto, eutanásia, casamento, adoção, legalização de drogas, constitucionalidade de políticas públicas e leis a partir de um referencial teórico considerado como o correto na metodologia da interpretação das normas jurídicas. Contudo, os diversos critérios

destinados a explicar a melhor maneira de interpretar o manancial jurídico (finalidade da lei, precedentes, intenção do legislador, integridade, ponderação, realidade social) escondem um fato a ser reconhecido: não há uma hierarquia fixa entre as diversas formas de interpretação judicial, como assevera Manuel Jesús Rodríguez-Puerto (2010, p. 322):

Parece haber diversos tipos de interpretación a disposición del jurista que, finalmente, escoge el método conducente al mejor derecho; es una metodología ecléctica en la medida en que no hay procedimientos que en sí mismos sean mejores o peores; su calidad depende del resultado al que llevan en un caso concreto.

Contudo, direito é conflito com vidas em jogo e o Judiciário é manancial onde tensões deságuam, pelo que mesmo diante das limitações intelectuais e de linguagem do ser humano, este precisa decidir, de modo que o grande receio da presente pesquisa em relação a responsabilidade civil é que na tentativa ilusória de promover o maior grau de segurança jurídica, o intérprete do direito promova uma empreitada míope para o fenômeno do dano moral, empreendendo um critério interpretativo limitado ao formalismo do “império da lei”, tentativa esta impossível de ser alcançada, visto que o direito é um fenômeno complexo, nunca acabado e em permanente transformação, tratando-se de uma prática social interpretativa reelaborada constantemente ante aos problemas que chegam ao Judiciário. Assim, em qualquer campo do direito, a interpretação jurídica não pode consistir “en mero reflejo de un objeto previo delimitado por una voluntad ordenadora; la ley no puede asegurar por sí misma su aplicación, ni siquiera recurriendo a los criterios interpretativos proporcionados por la ciencia jurídica” (RODRÍGUEZ-PUERTO, 2010, p. 325).

Outrossim, disso não se extrai que se deva abandonar qualquer tentativa de aprofundar critérios para a interpretação, sob pena de resgatar a veia da Escola Livre do Direito, o que também não ajuda a resolver os imbrólios hermenêuticos, mesmo porque é possível elencar alguns consensos, como a ideia de que o juiz não deve manifestar seus sentimentos e opiniões pessoais, não pode ignorar o material normativo produzido pela autoridade política competente nem os precedentes judiciais (que são fortalecidos e legitimados pelos princípios da segurança jurídica, igualdade, legalidade e fundamentação da decisão judicial), afirmações estas que a presente pesquisa concorda e endossa.

Nada obstante, a própria lei, que se encontra no cerne de qualquer empreendimento hermenêutico, está envolvida em um projeto mais amplo de persecução de bens humanos, e, embora ela seja o primeiro passo para uma decisão racional, é preciso entender os fins que ela carrega, porque “toda aplicación de la norma requiere el conocimiento de esa finalidad. No hay proposiciones jurídicas que funcionen de manera mecánica, ni conceptos comprensibles unívocamente, sin atender a finalidades” (RODRÍGUEZ-PUERTO, 2010, p. 327). Nesta senda, sabe-se que a lei possui a característica da generalidade e abstração, porém deve ser aplicada a um estado de coisas concreto, motivo pelo qual diante dos múltiplos conflitos que desembocam no Judiciário seria imprudente um silogismo homogêneo apto a apreciar todos os casos, uma vez que a lei “no ofrece un contenido unívoco ni una voluntad precisa, sino una mensaje simbólico abierto a la comprensión, un proyecto para una paulatina germinación” (RODRÍGUEZ-PUERTO, 2010, p. 328).

Nesse sentido, se o que é o direito não é uma entidade criada exclusivamente pelo legislador nem tampouco por métodos técnicos, como visto acima, e a interpretação jurídica a partir da lei dá início a um projeto de paulatina germinação com complexidade, não é de se ignorar que a compreensão dos bens humanos básicos e da razão prática robustece o entendimento mais amplo dos direitos em jogo, pelo que podem e devem ser incluídos como elementos hermenêuticos que possam oferecer, ao lado da lei positiva e dos precedentes, robustez na busca por uma solução adequada, especialmente no caso do dano moral, objeto da investigação.

A inclusão do estudo do direito natural, portanto, se releva como auxílio hermenêutico na compreensão do fenômeno jurídico, em especial do dano moral na sua relação com os bens existenciais, porque se a interpretação jurídica não tem um procedimento preciso isso fortalece a inclusão de subsídios que tornem a assimilação do direito e de seus respectivos ramos mais completa. Dependendo da área do Direito essa importância pode se reduzir ou aumentar, mas especialmente no caso da tutela da pessoa humana, uma reconhecida cláusula geral e aberta ao intérprete, certamente a análise fria do material legislativo não é suficiente, devendo o jurista se apoiar também na inclusão dos bens humanos básicos e na doutrina, não havendo necessariamente nenhuma hierarquia entre formas de interpretação jurídica, como destaca Manuel Jesús Rodríguez-Puerto (2010, p. 335):

El jurista dispone de una pluralidad de criterios interpretativos y goza de libertad para elegir entre ellos, sin que exista ninguna jerarquía preestablecida. No es posible establecer un procedimiento totalmente objetivo y racional en estos asuntos, pero la inexistencia de tales fórmulas fijas no se debe a la arbitrariedad de los que aplican el derecho, sino a la especial configuración de la realidad jurídica. La comprensión de los textos jurídicos no es una actividad meramente receptiva, sino una 'acción práctica', que sirve para establecer el derecho o la 'cosa justa' según el término tomista (RODRÍGUEZ-PUERTO, 2010, p. 335).

Em outras palavras, não se pode empobrecer o processo interpretativo e o arsenal de conhecimento que o jurista deve possuir a pretexto de conferir objetividade e univocidade completamente inexistente na hermenêutica. Ou seja, direito é raciocínio prático enquanto que a lei é genérica, abstrata e goza de indeterminação; igualmente, o direito é um campo rico aberto à argumentação, não sendo possível, sob a ótica da presente pesquisa, oferecer uma resposta adequada a casos particulares envolvendo dano moral sem entender os bens humanos básicos e o valor das interações humanas, especialmente em casos difíceis.

O intérprete do dano moral deve estar atento e conectado aos fins e propósitos que dão sustentáculo a todo o arcabouço de proteção da pessoa humana (sua vida, sua integridade, seus laços com outros, seus projetos, suas realizações), valores estes que adquirem sentido a partir da conexão dos bens humanos básicos com os bens existenciais, e, por consequência, destes com o caso concreto. É claro que o significado literal do texto impõe alguns limites e não permite que o juiz inove na ordem jurídica de forma afrontosa ao texto legal, mas sim que este investigue a fundo os propósitos e valores em jogo, de modo que os diferentes critérios interpretativos cooperam durante o processo: “en ese decurso la norma ha de adaptarse al problema, ya que la clave de la interpretación es solucionar problemas prácticos: la claridad o no del objeto interpretado no puede establecerse de manera previa e independiente del problema” (RODRÍGUEZ-PUERTO, 2010, p. 337/338).

E é exatamente neste ponto que se justifica o estudo do direito natural para a aplicação da lei positiva, tendo em vista que é inviável atender aos cânones teleológicos do sistema jurídico sem promover valorações, se justificando a ideia de que o texto legal não esgota a realidade jurídica, motivo pelo qual cabe aqui uma revisão das formas de derivação da lei positiva a partir do direito natural: conclusão (*conclusionone*) e determinação (*determinatione*).

A via da conclusão se manifesta quando ao analisar uma norma do direito positivo se infere que ela manifesta alguma exigência da lei natural, como por exemplo a proteção da vida a tutela

do bem humano básico da vida, ao passo que a via da determinação se refere ao processo de elaboração das normas no campo legislativo, pois como a lei sempre pode ser incrementada, o campo político pode ser estimulado pelas exigências do direito natural, como explica Arthur Maria Ferreira Neto (2013, p. 267/268):

a) por conclusão (*conclusiones ex principiis*), ou seja, como sendo uma dedução oriunda de premissas anteriores. Assim, a lei humana uma vez positivada, pode ser compreendida como uma dedução parcial das razões objetivas que informam o conteúdo de um preceito natural. É por essa razão que as leis humanas positivadas podem ser avaliadas com base no princípio racional que orienta a sua criação. Temos aqui um raciocínio dedutivo que mantém, em termos analógicos, alguma semelhança com o raciocínio dedutivo das ciências. Por exemplo, a conclusão ‘não se deve matar’ pode ser deduzida da premissa mais ampla ‘Não se deve lesar outrem’, a qual é reconduzida ao fim básico preservação da vida. O dever normativo de não matar outrem, portanto, reflete, em parte, um preceito racional e necessário.

b) por determinação (*determinationes*): considerando-se novamente o grau de indeterminabilidade inerente a um preceito da lei natural, deve-se reconhecer que a criação de uma lei humana positiva sempre projetará um espaço deliberativo que fica à livre escolha do legislador, o qual sempre terá diante de si – não apenas um – mas inúmeros percursos de ação que poderão ser eleitos como forma razoável de se concretizar e especificar o conteúdo da lei natural. Uma vez positivada uma dessas opções, a determinação da lei positiva torna-se não apenas obrigatória, em sentido jurídico, mas também vinculante em sentido moral. Assim, em última instância, sempre caberá ao legislador escolher, por meio de técnica legislativa, um conteúdo determinado que direcionará, in concreto, a ação humana compreendida nas suas circunstâncias específicas.

Entretanto, a partir dessa síntese é possível vislumbrar que a norma jurídica produto da atividade legislativa em razão da conclusão pode ser melhor compreendida pelo “princípio racional que orientou a sua criação”. Este trabalho defende que o princípio racional que orienta o dano moral na Constituição e legislação infraconstitucional é a proteção dos bens humanos básicos. Por isso, como atesta Arthur Maria Ferreira Neto, “a lei natural pode ser vista como o fundamento que subjaz todo o sistema normativo positivo” (2013, p. 268). Isto se dá pelo fato de que pela conclusão a lei positiva deve ser concebida como instrumento de fortalecimento da lei natural, que espraia e ilumina o fenômeno jurídico na consecução de uma sociedade bem ordenada. É por isso que a lei natural é vazia sem a coerção da lei positiva e necessita desta para tornar obrigatórios os preceitos da lei natural e o respeito aos bens humanos básicos.

Em suma, em qualquer comunidade política, mesmo que de forma imperfeita, as leis significam o direcionamento para a necessidade de proteção de bens básicos, e por isso elas são alteradas de tempo em tempo, já que os desafios e obstáculos tecnológicos, sociais e culturais

apresentam novas formas de transgressão desses bens. Os critérios para estabelecer o conteúdo dessas leis em casos concretos compõem a chamada interpretação judicial, mas seja qual for o critério interpretativo, o juiz deve ter em mente que o sistema jurídico tem o condão de promover o bem da comunidade, a humanidade e a civilidade, estabelecendo padrões de conduta adequados, pois só quem tem uma visão do todo pode transitar adequadamente pelas partes menores, já que cada proposição legal deriva da razão prática em seus primeiros princípios, os quais por determinação se infiltram na ordem jurídica e por isso eles formam a raiz da reivindicação do Direito (FINNIS, 2011, p. 21).

Destaca-se que a responsabilidade civil é um campo aberto para regras específicas, seja no legislativo, seja em casos concretos por juízes. Esse ponto é fortalecido pelo fato de que os primeiros princípios do direito natural/razão prática (bens humanos básicos) têm força moral porque devem ser compreendidos, aceitos, desenvolvidos e integrados na vida das pessoas pela prudência (razão prática) visto que são direcionamentos à promoção do florescimento humano, contudo, mesmo possuindo essa força moral, eles necessitam de especificações para terem relevância em situações concretas, pois não decorre automaticamente deles a proibição de causar dano, de enganar e de matar, pois são necessários princípios intermediários para dar força aos primeiros preceitos através da atuação humana. No caso do direito, através do Legislativo e Judiciário (FINNIS, 2011, p. 148/154). Esse é o espírito que deve tomar os juízes em casos concretos, é dizer, que são artesãos de casos concretos visando a potencializar princípios que dotam de racionalidade todo o arcabouço normativo do dano moral.

Nesse sentido, John Finnis assevera que a lei e os precedentes servem de ferramentas com força vinculante para que juízes e advogados resolvam as disputas em jogo buscando respostas que em última instância estão à serviço dos bens humanos básicos e do integral florescimento humano, acrescentando que qualquer ato a ser julgado que atente contra um bem humano básico, causando-lhe danos, funcionam como regras morais absolutas e que estão acobertadas pelo direito penal e responsabilidade civil dentre outros ramos do direito, certificando que essas regras morais de não violação de bens humanos básicos estão presentes na lei por determinação e constituem a fundamentação de racionalidade da responsabilidade civil, por exemplo (2011, p. 220/227).

Ademais, a busca por bens é um pressuposto para uma aplicação coerente da ordem jurídica, pois a capacidade do ser humano de formar julgamentos sobre o que é bom é o que permite que na

aplicação da lei tenhamos o mesmo sentido direcionar a busca de objetivos e fins. Assim, “sem qualquer concepção do bem, não devemos ter qualquer ideia possível para o nosso senso do certo ou do errado” (MACCORMICK, 2013, p. 125). Por isso, a divisão entre direito e moral está fadada ao fracasso, já que a lei cumpre aspirações morais implícitas nele, como é o caso da persecução dos bens humanos básicos e o direito não pode ser alheio a aspectos da justiça, no caso do presente trabalho a justiça corretiva. É forçoso reconhecer que a lei não é uma questão de aplicação direta de valores morais, mas sim que lei e moralidade possuem uma interdependência recíproca na medida em que a lei sem qualquer busca de bens morais é vazia e a moralidade sem a autoridade e coercitividade da lei é a fraqueza de reivindicação de sua obrigatoriedade (MACCORMICK, 2013, p. 119/121).

Consequentemente, sendo o direito e as próprias decisões judiciais frutos da razão prática, não se pode perseguir um projeto adequado desses fenômenos sem identificar adequadamente quais objetivos estão sendo perquiridos e o que existe de desejável e bom intrinsecamente por trás de tais categorias. É por isso que John Finnis sustenta que a razão prática não pode caminhar bem sem que conheçamos os objetivos a serem perseguidos inerentes às capacidades humanas (2011, p. 159).

A justiça é a principal virtude moral humana na vida social, é a excelência conectada com a razão para a promoção dos bens básicos. Por isso, na pretensão de evitar danos, a lei e todo o arcabouço do Judiciário representam o remédio contra a ignorância e o desejo egoísta de visar a apenas o bem próprio em detrimento dos outros. A estrutura normativa permite a reflexão profunda sobre a consciência moral e ética com o próximo na medida em que a lei remete ao bem individual/comunitário e aos deveres necessários para o viver justo, pacífico e virtuoso. Contudo, a justiça na concretização do florescimento humano requer a consciência dessa empreitada no bojo da atuação dos juízes, os quais, conhecendo o pano de fundo dos bens existenciais e os consequentes princípios primeiros do direito natural, poderão desempenhar com mais afinco e compromisso a missão de corrigir danos no campo extrapatrimonial.

Nesse sentido, George C. Christie (2012, p. 811/822) explica que embora lei e moralidade não sejam a mesma coisa, é impossível separá-las totalmente uma vez que a maior parte dos direitos está buscando algum bem, além do fato de a lei positiva ser fundamental para a simplificação do discurso moral no campo prático. Mesmo diante dessa realidade, não se pode subestimar a importância da moralidade e dos bens básicos, pois os juízes possuem responsabilidade moral no

processo decisório. O fato de a moralidade ser complexa não impossibilita a carga moral que juizes devem sopesar em casos concretos, uma vez que sendo o Judiciário a instância onde deságuam as tensões sociais, cabe inarredavelmente aos juizes apresentar alguma solução de cunho moral, de modo que é preferível pensar que existe uma resposta próxima da verdadeira no âmbito moral do que se furtar a qualquer tipo de raciocínio dessa natureza com apego exclusivo ao formalismo. Nesse viés, a pesquisa entende que a matéria da proteção da pessoa humana a partir de indenizações por dano moral está calcada em interesses jurídicos que por si só não são suficientes para a solução de casos concretos, sendo imperiosa uma investigação valorativa sobre a importância dos bens em jogo para a identificação e quantificação do dano moral com maior grau de justiça.

Cabe salientar que no direito os valores não se apresentam como fórmulas geométricas que guiam a interpretação, bastando uma mera dedução para obter respostas corretas. Contudo, isso não afasta dos juizes a tarefa de atuar com equilíbrio e buscar a argumentação, sendo o “sistema jurídico um dos campos mais importantes para o desenvolvimento do conhecimento retórico na sociedade contemporânea” (MOOTZ, 1999, p. 323). Isso não implica que o direito seja modificado pela moralidade, mas reconhece que o possui uma moralidade interna, a qual também está associada a uma moralidade substantiva, que revela as inclinações humanas como um ser finito, histórico e interpretativo (MOOTZ, 1999, p. 357).

Assim, no campo do dano moral percebe-se que os valores extrapatrimoniais (como a vida, honra, imagem, intimidade, etc) presentes na ordem jurídica apreendem inclinações humanas de um dado momento histórico e social, sendo nesse sentido a existência de uma moralidade interna na lei, a qual não pode seguir com as próprias pernas, é dizer, o juiz necessita de uma compreensão moral da realidade que o circunda, a qual dota de sentido e coerência o disposto na legislação. Nesse ínterim, a presente pesquisa defende que os bens humanos básicos formam o pressuposto de racionalidade da proteção da pessoa humana no bojo da responsabilidade civil.

Por esse motivo, rechaça-se a ideia de que o direito natural desenvolve uma teoria jurídica de acordo com a natureza das coisas ou do cosmo, mas sim de acordo com a razão, pelo que a lei é feita pelo e para os seres humanos e está imbrincada dentro de práticas sociais, como a atividade legislativa e judiciária. Com efeito, a justiça para Aristóteles é a causa formal e final da *polis* e não uma causa natural, mas, diferente disso, é resultante das atividades do legislador humano que visa

a um propósito prático orientado para o bem de todos. A justiça, portanto, especialmente a justiça corretiva, pelo seu contato com o dano moral, deve ser objeto de ações coordenadas pelos legisladores e profissionais do direito no sentido de que o direito positivo está em constante evolução em se tratando de proteção da pessoa humana, sendo exatamente por meio de legislação e decisões judiciais que os parâmetros de convivência são construídos na sociedade. A prática jurídica, então, é constitutiva e cria sua própria significação em termos de normas e valores (VEGA, 2010, p. 5/20).

Destarte, ao contrário do positivismo, que defende que a lei e a moralidade devem permanecer separadas não apenas da perspectiva da identificação da lei, mas também da perspectiva de sua justificação, a perspectiva do presente trabalho entende que as normas jurídicas têm uma conexão interna com o conteúdo moral, de modo que lei e moralidade possuem uma relação dinâmica, prática e histórica, e, por mais esse motivo, justifica-se a compreensão dos bens humanos básicos e da razoabilidade prática como ferramentas importantes para a identificação e quantificação no trato com o dano moral (VEGA, 2010, p. 23). Por conseguinte, a autoridade da ordem jurídica não se baseia em um tipo de racionalidade meramente formal, mas sim a partir de justificativas ligadas a razões morais substantivas, e, por esse motivo é possível vislumbrar a beleza do ordenamento jurídico no tocante à proteção da pessoa humana, pois não ofender a dignidade, a vida, a saúde, a intimidade, a honra, a igualdade, a liberdade, etc, representam formas de comportamentos virtuosos do ponto de vista moral e qualquer conduta contrária a tais preceitos se revelam como vícios. Desta feita, a lei nos manda praticar todas as virtudes e nos proíbe praticar qualquer vício, sendo clarividente que o ordenamento jurídico brasileiro é um verdadeiro projeto para a construção de uma sociedade ética e virtuosa, ou seja, visa a alcançar a vida boa (VEGAN, 2010, p. 24).

2.6.2 A CORREÇÃO MORAL COMO PRESSUPOSTO DE UMA TEORIA NÃO-POSITIVISTA NO CAMPO DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Antes de explicitar o conceito de correção moral e a sua importância no campo da responsabilidade civil, cumpre esclarecer que há autores dentro do direito civil que vislumbram que ele não pode ser fomentado apenas no seu interior, com um sentido fechado dentro de si mesmo e a repulsa a qualquer elemento estranho, como destaca Pietro Perlingieri:

O objetivo de dar (o texto) é ‘dado’ (o conteúdo do texto) porque ‘dado ao destinatário, não como sujeito passivo da entrega, mas para que ele o possa aferrar. O conteúdo não se forma no momento da produção do texto por parte do legislador: a produção é uma fase à qual é preciso flanquear uma outra, ou seja, a recepção do texto por parte do destinatário, isto é, o intérprete. O direito é positivo ‘se, mas também somente se, ele é interpretado, e é positivo só na medida em que for interpretado’: a positividade do direito é a sua interpretabilidade (...). Ao intérprete não é consentido saltar ou deliberadamente ignorar o texto (1997, p. 67).

Deste modo, a proteção dos bens extrapatrimoniais pelos juízes não pode ser feita de modo limitado ao texto legislado, estando autorizado o juiz a buscar critérios interpretativos que possam dar sentido a esse texto em casos concretos e a teoria dos bens humanos básicos é uma forma legítima de buscar a compreensão desses bens em situações práticas, pois como visto para cada bem extrapatrimonial ou critério de quantificação existe um bem humano básico de respaldo ético. Portanto, “qualquer interpretação deve ser sustentada por uma argumentação rigorosa e que se deve encarar o problema da interpretação no sistema aceitando que a norma exprima seu valor vinculante para o intérprete e seu destinatário” (PERLINGIERI, 1997, p. 80), que é exatamente o que ocorre com a tese aqui propugnada, a qual não deixa de respeitar o texto legislado no plano constitucional e infraconstitucional, trazendo conceitos que potencializam o alcance das opções legislativas.

Como visto nos tópicos anteriores, a grande contribuição do direito natural para a temática da responsabilidade civil e até de outros ramos do direito é mostrar que o direito positivo pode ser compreendido a partir de uma análise mais ampla envolvendo os bens humanos básicos e a razão prática. Além disso, essa abordagem apresenta uma natureza dual do Direito, como explica Robert Alexy, segundo o qual o Direito possui necessariamente uma dimensão real ou factual e uma dimensão ideal ou crítica, sendo a primeira relacionada ao aspecto institucional-autoritativo e a segunda ligada à correção moral (2013, p. 99). A dimensão real (institucional) na responsabilidade

civil é formada pelo conjunto de princípios relacionados à proteção dos bens extrapatrimoniais da pessoa humana, como por exemplo o art. 1, III, da CF/88 (dignidade da pessoa humana), o art. 5, V e X, da CF/88 (intimidade, honra, vida privada, imagem) e o art. 196 da CF/88 (saúde), ao passo que a dimensão ideal é constituída pela pretensão de justiça por trás desses princípios, pretensão esta que no presente trabalho é a do florescimento humano caldado nos bens humanos básicos e razão prática.

Em outras palavras, defende-se que o jurista da responsabilidade civil no momento de identificar se houve dano moral indenizável, assim como quantificar o valor relativo à compensação deve ser alimentado não apenas pelo instrumental frio do texto legal, visto que por trás do ordenamento jurídico no tocante aos bens existenciais existe, como demonstrado nessa pesquisa, uma pretensão de proteger aspectos essenciais do florescimento humano, os quais são total ou parcialmente fulminados a partir de violações de cada um dos bens extrapatrimoniais. Por exemplo, no caso de uma vítima de acidente envolvendo uma lancha que teve o braço direito amputado, não basta o juiz compreender que a integridade física (perda de membro) e integridade psíquica (desequilíbrio emocional) foram atingidos, sendo imperioso percorrer outros interesses fulminados que obstaculizam o florescimento da vítima, como a perda do prazer de realizar atividades lúdicas, perda de relações, perda de projetos de vida profissionais, assim como a intensidade do tratamento (sessões de fisioterapia, cirurgias, etc), na medida em que a compensação do dano moral visa a no maior grau possível estabelecer um valor compatível com a magnitude do mal sofrido. Portanto, como visto nos tópicos anteriores, a teoria ética dos bens humanos básicos se soma à lei, dogmática e precedentes para contribuir com o escopo da indenização por dano moral.

Assim, a dimensão ideal é uma característica essencial de todas as teorias não-positivistas: “tudo o que é dito em defesa do não-positivismo depende da necessidade da dimensão ideal do direito, seu conteúdo e seu impacto na dimensão real. A principal razão para a tese de que o direito está necessariamente ligado a uma dimensão ideal é o argumento da correção” (2013, p. 99/100). O argumento da correção prova que tanto as decisões judiciais como as leis e o ordenamento jurídico como um todo necessariamente reivindicam correção moral, implícita ou explicitamente (ALEXY, 2013, p. 101). No presente trabalho, argui-se que esta pretensão por trás das decisões judiciais sobre dano moral e da legislação que protege os bens existenciais é referente ao

florescimento humano e respeito de bens essenciais para uma vida bem vivida, bens esses desejados por todos, importantes para todos, embora em graus e intensidades distintas. Nesta senda, em sendo compreendido que essa dimensão ideal (florescimento) está por trás da dimensão factual (institucional), os pensadores do direito devem travar uma luta diária para potencializar em maior medida possível, caso a caso, aquilo que no fundo é almejado no plano ideal, postura esta que alarga o reconhecimento de danos indenizáveis e contribui sobremaneira para uma quantificação justa do valor indenizatório.

A tese de Robert Alexy sobre a correção moral na dimensão ideal do direito é harmônica com o fundo teórico da ética do direito natural, na medida em que desenvolve as bases para uma teoria não-positivista do direito, abrindo caminho para a importância de compreender a moralidade que está por trás da ordem jurídica, que sob a ótica do presente trabalho é a moralidade calcada nos bens humanos básicos e na razão prática que fomentam em última instância o florescimento humano. Em outras palavras, as decisões judiciais podem e devem compreender os elementos de justiça que justificam todos os interesses jurídicos extrapatrimoniais em jogo no bojo da responsabilidade civil. Por conseguinte, tanto a dimensão real quanto a ideal são faces necessárias do fenômeno jurídico, quais sejam, a faceta que impede a anarquia e impõe um mínimo de cooperação social (real) e a que implica a correção moral da positividade (ideal), na medida em que a moralidade permanece viva dentro e por trás da dimensão real. Desta feita, em sendo ambas as dimensões do direito essenciais deve ser buscado um equilíbrio entre a segurança jurídica propugnada pela dimensão real e a justiça arraigada na dimensão ideal (ALEXY, 2013, p. 102).

É importante destacar o papel que a teoria do direito cognitivista possui na presente pesquisa, uma vez que qualquer reivindicação de correção moral estaria fadada ao fracasso se o ceticismo radical - como o emotivismo, decisionismo, subjetivismo, relativismo ou desconstrutivismo - estivesse certo, na medida em que qualquer pretensão de correção moral, com verdade e objetividade, não seria nem minimamente possível em nenhuma intensidade ou grau. A pesquisa defende, ao contrário das teorias relativistas, que não somente é possível um discurso moral racional como também que a moralidade pode se revelar como justificativa para os direitos e elementos da justiça e norteadora de uma melhor compreensão dos interesses jurídicos em jogo. No caso, no tocante à responsabilidade civil, uma teoria do direito cognitivista, como a apresentada nos tópicos anteriores, permite que o juiz adentre a fundo no plano ideal dos bens existenciais,

fomentando a proteção do florescimento humano no maior grau possível na identificação e na quantificação da indenização por dano moral.

Nessa perspectiva, o direito positivo possui uma limitação regulativa em razão de sua inerente vagueza, o que poderia gerar um enorme grau de discricionariedade não fosse a existência de uma teoria que aponte para a dimensão ideal (correção moral) do direito e conseqüentemente para uma carga argumentativa que dê respaldo à decisão judicial que não necessariamente se limite ao texto frio da lei. Portanto, no campo da responsabilidade civil, uma vez que a lei se refira aos valores extrapatrimoniais, automaticamente atrai consigo uma carga moral sobre a significação de tais interesses juridicamente protegidos, significação essa que não se esgota na lei, uma vez que “as regras do discurso não contêm estipulações que dizem respeito ao ponto de partida. Os pontos de partida são as convicções e interpretações de interesses normativos dos participantes (...) as regras do discurso não estipulam todos os passos da argumentação” (ALEXY, 2014, p. 114).

Cabe ressaltar que mesmo tendo como pano de fundo alguma teoria moral que apoie a pretensão de correção, como no presente trabalho que endossa a teoria dos bens humanos básicos e da razão prática, isso não é nenhuma garantia de que as concepções dos intérpretes do direito serão uníssonas quanto a identificação e quantificação da indenização por dano moral, porque as fraquezas e dificuldades da teoria do discurso perpassam pela constatação de inexistência de (1) tempo ilimitado; (2) participação ilimitada; (3) clareza linguístico-conceitual ilimitada; (4) conhecimento ilimitado; (5) ausência absoluta de preconceitos (ALEXY, 2014, p. 118).

Contudo, mesmo sem nenhuma garantia de surgimento de uma única resposta correta no direito, ainda assim a teoria aqui apresentada, calcada na compreensão dos bens existenciais a partir da justificativa dos bens humanos básicos, é melhor do que o decisionismo que fomenta a discricionariedade, porque se houver o pressuposto de que além da produção estatal do direito existe o procedimento não institucionalizado sobre como interpretar os direitos em conflito, eventual vácuo de racionalidade e incompletude da lei deve ser preenchido pela correção moral. O discurso jurídico aponta para isso (ALEXY, 2014, p. 123). Portanto, os bens existenciais previstos na lei (honra, imagem, saúde, intimidade, vida, etc.) perfazem a cláusula geral de proteção da pessoa humana, mas se caracterizam pela abertura de conteúdo, visto que a lei não troca em miúdos em quais circunstâncias esses bens são violados, nem tampouco quais os critérios que caso a caso os juízes devem considerar no momento da quantificação da indenização, motivo pelo qual é

preferível ter uma teoria moral como pano de fundo do projeto que esses bens visam a perquirir (florescimento humano) do que simplesmente se contentar com o manejo do texto frio, dogmática e precedentes. Em suma, uma teoria ética desempenha papel preponderante para uma boa aplicação da responsabilidade civil.

Neste viés, como não há a certeza de uma única resposta correta no direito, abre-se a necessidade de apreciar o discurso jurídico como aquele capaz de ao menos apresentar a solução mais racional dentro do sistema jurídico (ALEXY, 2014, p. 123/124). É por esse motivo que a teoria ética endossada na presente pesquisa não ignora o direito posto, ao contrário, apenas visa a compreendê-lo de uma forma mais profunda e ampla, considerando na aplicação do direito não apenas a lei, dogmática e precedentes, mas também o fundo ético que ampara a pretensão de correção moral a partir do florescimento humano no campo da responsabilidade civil. Desta feita, como não se pode encontrar respostas sobre dano moral apenas com o instrumento institucionalizado dos bens extrapatrimoniais é preciso um retorno ao discurso jurídico para considerar também a perspectiva ideal do sistema jurídico de proteção da pessoa humana. Em outras palavras, existe uma faceta da argumentação jurídica livre, especialmente quando a lei possui uma textura aberta em cláusulas gerais, como é o caso do dano moral, aspecto livre esse explicado por Robert Alexy:

A argumentação jurídica tem uma dupla face. Ela participa profundamente, por um lado, do caráter autoritativo, institucional ou real do direito. Por outro lado, a argumentação jurídica permanece profundamente conectada com aquilo que pode ser denominado o lado livre, discursivo ou ideal do direito. A necessidade da argumentação jurídica, que é constituída por mais que a mera subsunção e, com isso, mais que a mera execução do autoritativo, emerge da frequentemente descrita textura aberta do material autoritativo. Em caso de lacuna do material autoritativo a argumentação não pode, por definição, ser determinada somente através daquilo que é autoritativo. Ela deve estar livre até um certo grau. Uma teoria da argumentação jurídica adequada deve abranger o lado autoritativo, institucional ou real da argumentação jurídica, assim como sua dimensão livre, discursiva ou ideal (2014, p. 127).

Ademais, não existe o risco de que o arranjo hermenêutico aqui defendido descambe para a absoluta insegurança jurídica, porque embora a perspectiva ética da correção moral traga elementos da moralidade como os bens humanos básicos inerentes à busca do florescimento humano, sabe-se que esse aprofundamento moral só é possível na medida em que existe permissão legal de tais valores. Ou seja, a migração de conteúdos morais para o direito não significa que os

conteúdos morais continuam a ser simples conteúdos morais. Um direito moral obtém, além da validade moral, validade jurídica através de sua transformação em um direito fundamental que integra uma constituição (ALEXY, 2014, p. 134). Nesse sentido, é possível defender que os valores presentes na ordem jurídica como a vida, saúde, intimidade, privacidade, imagem, honra dentre outros atraem uma série de argumentos de cunho moral que pelo fato de estarem atrelados ao projeto ideal do próprio ordenamento jurídico, passam a adquirir caráter jurídico também.

Sendo assim, a significação dos direitos fundamentais ligados aos bens extrapatrimoniais, os quais têm como característica a textura aberta, perpassa pela interpretação dos tribunais, dogmática e teorias éticas relativas à correção moral. Não deve, em nenhuma hipótese, a profundidade da identificação e quantificação do dano moral ficar atrelada exclusivamente às decisões do Poder Legislativo, mas sim a uma concepção de moralidade pública que perquirira “como queremos nós viver? Que expressa uma representação comum sobre condições justas de cooperação social em um mundo que é caracterizado pelo fato do pluralismo” (ALEXY, 2014, p. 174). Essa busca pelo “como nós queremos viver” se harmoniza como uma luva à teoria ética aqui tratada, na medida em que os bens humanos básicos e razão práticas fazem parte de uma perspectiva teórica que a partir da racionalidade traz inclinações e pretensões naturais a todos os seres humanos e que são fundamentais para o seu florescimento. Então, quando acima foi dito que não se deve confiar a significação de direitos fundamentais apenas ao Poder Legislativo, mas sim que deve ser levado em conta a significação moral sobre como nós queremos viver, essa perspectiva acende a importância de o desenvolvimento dos direitos estar envolto em uma empreitada mais ampla de regras de convivência e construção dos anseios de uma sociedade.

A partir do momento em que se considera que o ordenamento jurídico incorpora princípios éticos - como a liberdade, igualdade, vida, honra, imagem, saúde, etc. - deve-se ter em mente que essa incorporação atrai a conseqüente abertura para a moral na medida em que em virtude dessa incorporação o direito positivo de sistemas jurídicos desenvolvidos está aberto em grande medida à argumentação ético-jurídica e que a realização aproximada de um ideal jurídico se releva como dever jurídico do julgador (ALEXY, 2014, p. 303). Deste modo, os princípios de um ordenamento jurídico devem ser interpretados em sua máxima potência considerando as possibilidades fáticas e jurídicas no campo da responsabilidade civil, máxima força essa alcançada pelo mergulho na teoria ética aqui trabalhada.

Destarte, deve o juiz compreender os bens humanos básicos como base dos bens existenciais presentes na ordem jurídica e, para absorver os interesses existenciais fundamentais para o florescimento humano deve o juiz percorrer diversas facetas dos interesses violados de modo a fixar um valor indenizatório compatível com a inteira magnitude do mal sofrido. Como visto, deve o juiz percorrer: afetação no mundo interior da vítima ou aquisição de problema psíquicos; afetação na vida familiar ou nos afazeres domésticos; gravidade do dano ou do bem jurídico atingido; perda de projetos de vida; nível de sofrimento da vítima; duração do sofrimento; repercussões no mundo exterior da vítima, no ambiente social e familiar, seu espírito de participação nos movimentos comunitários; quantidade de bens jurídicos e interesses violados; valores fixados em casos semelhantes; condições pessoais do ofendido avaliando.

Nesse contexto surge a pergunta “por que a moral calcada nos bens humanos básicos?”. Em primeiro lugar, porque o presente trabalho considera ser a moralidade que dá mais sustentáculo ao fortalecimento da proteção da pessoa humana no tocante ao dano moral, valorizando diversas nuances na identificação e quantificação que poderiam passar despercebidas por uma análise calcada em outro tipo de moralidade, por exemplo, a racionalidade deliberativa de Habermasiana, a moralidade de luta de classes e esquemas de estrutura e superestrutura de Marx, a integridade do direito de Dworkin, o imperativo categórico de Kant ou teorias com fundo hobbesiano como a teoria da justiça de Rawls. Em segundo lugar, considera-se a perspectiva do direito natural coerente, e, como assevera Robert Alexy, uma moral é incorreta na medida em que ela não é coerente. Assim, sistemas jurídicos contêm, em virtude da pretensão de correção, necessariamente a exigência jurídica de que os sistemas morais aos quais eles necessariamente se referem sejam coerentes, de modo que uma decisão jurídica é necessariamente juridicamente errada quando ela se apoia em uma moral incoerente (2014, p. 211/212).

Aqui não se entra no mérito se uma norma jurídica que entra choque com a moral perde ou não o seu caráter obrigatório, porque, como visto, o emaranhado normativo que estabelece os bens existenciais é adequado à proteção da pessoa humana e nenhuma ofensa à moral é vislumbrada, pelo que seria inócuo discutir, neste campo, se lei injusta é lei. De outro lado, possui pertinência a discussão sobre se deve existir uma correspondência do conteúdo das normas jurídicas com a moral, ou seja, se é papel da jurista endossar determinados mandamentos morais que penetram no conteúdo jurídico em razão da abertura contida em princípios ético-jurídicos. A essa indagação

responde-se positivamente, porque aqui se abraça uma teoria não-positivista do direito, como explica Robert Alexy, ao argumentar que se alguém alega que fatos sociais sozinhos podem determinar aquilo que é e aquilo que não é exigido pelo direito, isso significa o endosso de um conceito de direito positivista, contudo, uma vez adicionada a correção moral, emerge um conceito de direito não-positivista. Portanto, a tese da dupla natureza implica o não-positivismo (2014, p. 354).

Ressalta-se que, apesar de se tratar de uma teoria não-positivista do direito, calcada nos bens humanos básicos, não há que se falar em desrespeito ao material produzido pelo Poder Legislativo, porque a tese aqui descrita circunscreve um sistema jurídico específico dentro de um Estado Democrático de Direito, dentro do qual a razão se inclina pelo respeito do plano factual, privilegiando o princípios democrático de participação popular indireta na elaboração dos direitos, de modo que se prega o inteiro conhecimento das leis, precedentes e dogmática, mas que esse material deve se reconciliar com o plano ideal da proteção da pessoa humana. Essa conciliação entre plano factual e plano ideal é bem explanada por Robert Alexy, ao confrontar o ideal de segurança jurídica com o ideal de justiça:

O princípio da segurança jurídica exige um compromisso com aquilo que foi estabelecido autoritativamente e é socialmente eficaz. O princípio da justiça é um princípio material ou substantivo. Ele exige que a decisão seja moralmente correta. Um nunca pode tomar o lugar do outro completamente, ou seja, em todos os casos. Ao contrário, a dupla natureza do direito exige que eles sejam considerados reciprocamente em uma proporção correta. Na medida em que essa proporção correta é obtida, é alcançada a harmonia do sistema jurídico (2014, p. 362/363).

Por fim, destaca-se o que já foi falado anteriormente no tópico sobre bens humanos básicos, qual seja, que os direitos fundamentais de proteção da pessoa humana são especificações mais concretas do ideal de florescimento humano que alimenta os bens humanos básicos. Não é à toa que todos os bens existenciais protegidos no plano interno são também direitos humanos no campo internacional e, como se não bastasse, também são bens juridicamente protegidos nos países ocidentais, conforme já visto. Por conseguinte, em sendo a decisão judicial do caso concreto uma ramificação de especificidade dos direitos fundamentais e direitos humanos, é corolário disso que o juiz esteja atento não apenas ao manancial institucional desses valores, mas também a uma teoria ética que ampare a moralidade que justifica todos esses direitos, de modo a dar continuidade ao

projeto de racionalidade que começa com a razão da moralidade e termina com a decisão judicial no caso concreto. Claro, não é qualquer moralidade, é aquela envolta e incorporada no projeto do ordenamento jurídico, que exatamente por esse motivo deixa uma textura aberta para a moral.

Desta forma, a tese aqui esposada apresenta uma visão que dá preferência, deferência e prioridade às razões autoritativas (lei, precedentes), mas também atribui importância à dogmática e à teoria ética que respalde um modelo de moralidade pública destinado a justificar os direitos reconhecidos no plano factual. Nesse ínterim, o discurso jurídico no campo da responsabilidade civil caminha em meandros que o legislador não deixou, motivo pelo qual a lei é o ponto de partida, mas não a linha de chegada, já que a construção argumentativa do jurista deverá suprir a vagueza, incompletude e textura aberta dos valores extrapatrimoniais reconhecidos pela ordem jurídica.

2.7 CONCLUSÕES DA IDENTIFICAÇÃO E QUANTIFICAÇÃO DO DANO MORAL A PARTIR DA LEITURA ÉTICA

Como tem sido destacado desde a metodologia, primeiro e segundo capítulos, esta investigação apresenta a fundamentação ética do dano moral a partir da base teórica da filosofia do direito natural e da teoria discursiva de Robert Alexy, demonstrando que o manancial de proteção da pessoa humana presente na ordem jurídica pressupõe uma série de justificativas de cunho moral, os quais fortalecem, solidificam, facilitam e ampliam a compreensão do dano moral, dos critérios de identificação de danos morais indenizáveis e da quantificação. Serão expostos organogramas para resumir as fundamentações éticas do fenômeno do dano moral já explicadas.

2.7.1 FUNDAMENTAÇÃO ÉTICA E JURÍDICA DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Ao longo do primeiro capítulo foram desenvolvidas as bases do raciocínio eminentemente jurídico relacionado à identificação e quantificação do dano moral, enquanto que no segundo capítulo a pesquisa aprofundou a relação dos bens extrapatrimoniais e critérios de quantificação com os bens humanos básicos, na perspectiva de uma visão ética calcada na teoria neoclássica da lei natural. Portanto, visando a imprimir um caráter pedagógico às ligações feitas no trabalho, abaixo seguem essas relações em forma de organograma.



2.7.2 FUNDAMENTAÇÃO ÉTICA E JURÍDICA DE IDENTIFICAÇÃO DE BENS EXTRAPATRIMONIAIS

RELIGIÃO

- VIOLAÇÃO A SÍMBOLOS E SENTIMENTOS RELIGIOSOS

CONHECIMENTO

- ABANDONO AFETIVO
- VIOLAÇÃO DA TRANSPARÊNCIA DAS RELAÇÕES NEGOCIAIS

CAPACIDADE INTERAGIR/COMUNICAR

- LIBERDADE SE AFETAR RELAÇÕES COM OS OUTROS
- INTEGRIDADE FÍSICA SE AFETAR SENTIDOS DE COMUNICAÇÃO

RECURSOS PARA EXISTÊNCIA (MATERIAIS OU AFETIVOS)

- CUIDADO EM RAZÃO DE VÍNCULOS DE PARENTESCO
- VIDA NO TOCANTE A ATRASO REITERADO DE SALÁRIO/PENSÃO

SENTIMENTO

- AFETO POR BENS MATERIAIS
- INTEGRIDADE DA CRIAÇÃO DO INTELECTO
- PERDA DE ENTE QUERIDO
- HONRA
- INTIMIDADE
- INTEGRIDADE PSÍQUICA
- PRIVACIDADE
- CUIDADO EM RAZÃO DE VÍNCULOS DE PARENTESCO

CORPO VULNERÁVEL

- INTEGRIDADE FÍSICA
- EXPOSIÇÃO AO PERIGO

MENTE VULNERÁVEL/PAZ INTERIOR

- INTEGRIDADE PSÍQUICA
- HONRA
- INTIMIDADE
- PERDA DE ENTE QUERIDO

CAPACIDADES

- PERDA DE UMA CHANCE
- IMAGEM
- LIBERDADE
- PERDA DE TEMPO ÚTIL

PAZ INTERIOR

- INTIMIDADE
- PRIVACIDADE
- INTEGRIDADE PSÍQUICA

VIDA/SER

- PERDA DE ENTE QUERIDO
- EXPOSIÇÃO AO PERIGO

AMIZADE

- IGUALDADE
- HONRA

PLANO COERENTE DE VIDA

- PERDA DE UMA CHANCE
- PERDA DE TEMPO ÚTIL
- PERDA DE ENTE QUERIDO
- LIBERDADE

EXPERIÊNCIA ESTÉTICA

- INTEGRIDADE DA CRIAÇÃO DO INTELLECTO
- INTEGRIDADE FÍSICA EM ALGUMAS HIPÓTESES

JOGO

- INTEGRIDADE FÍSICA EM ALGUMAS HIPÓTESES

EXCELÊNCIA EM PERFORMANCES

- PERDA DO TEMPO ÚTIL

NÃO PREFERÊNCIA ARBITRÁRIA POR PESSOAS

- IGUALDADE

FELICIDADE/FLORESCIMENTO/BEM COMUM/CORREÇÃO MORAL

- TODOS OS INTERESSES POSTOS À PROTEÇÃO DA PESSOA HUMANA

DESPRENDIMENTO/COMPROMISSO

- MERO DISSABOR

2.7.3 FUNDAMENTAÇÃO ÉTICA E JURÍDICA DE CRITÉRIOS DE QUANTIFICAÇÃO

SUBJETIVIDADE/PERSONALIDADE

- CONDIÇÕES PESSOAIS DA VÍTIMA

JUSTIÇA DISTRIBUTIVA

- CAPACIDADE ECONÔMICA DO OFENSOR EM SITUAÇÕES EXTREMAS

AMIZADE/CAPACIDADE DE INTERAGIR

- PERDA DE RELAÇÕES
- REPERCUSSÃO NO MUNDO EXTERIOR DA VÍTIMA
- PRECEDENTES EM CASOS ANTERIORES

EXPERIÊNCIA ESTÉTICA

- PERDA DA CAPACIDADE PARA APRECIAR A ARTE
- PERDA DA CAPACIDADE PARA FAZER ARTE

CAPACIDADES/ATIVIDADES

- AFETAÇÃO NAS POTENCIALIDADES REAIS OU FUTURAS DA VÍTIMA
- PERDA DE PROJETOS DE VIDA

SENTIMENTOS/CORPO VULNERÁVEL/MENTE VULNERÁVEL

- DURAÇÃO DO SOFRIMENTO
- INTENSIDADE DO SOFRIMENTO
- IRREVERSIBILIDADE

EXCELÊNCIA EM PERFORMANCES E EM TAREFAS DO DIA A DIA

- AFETAÇÃO DO DANO NO ÊXITO QUE A VÍTIMA TINHA EM TAREFAS DE TRABALHO PROFISSIONAL, DOMÉSTICO E DE OUTRAS PRÁTICAS DIÁRIAS

RESPEITO POR CADA VALOR BÁSICO EM CADA ATO/JUSTIÇA CORRETIVA

- AFASTAM CRITÉRIOS IMORAIS DE QUANTIFICAÇÃO, COMO CAPACIDADE ECONÔMICA DO OFENSOR, PERDÃO, IMPORTÂNCIA DO EMPREENDIMENTO, CRISE ECONÔMICA

INTEGRIDADE PSÍQUICA/SENTIMENTOS

- REPERCUSSÃO NO MUNDO INTERIOR DA VÍTIMA

JOGO

- PERDA DO PRAZER DE REALIZAR ATIVIDADES LÚDICAS

JUSTIÇA CORRETIVA

- TODOS OS OUTROS CRITÉRIOS INTERESSADOS NA MAGNITUDE DO DANO, COMO O GRAU DE OFENSA AO BEM JURÍDICO, NECESSIDADE DE TRATAMENTOS, GRAVIDADE DO BEM JURÍDICO ATINGIDO, QUANTIDADE DOS BENS JURÍDICOS ATINGIDOS, ETC.

3 ANÁLISE DE IDENTIFICAÇÃO E QUANTIFICAÇÃO DO DANO MORAL EM CASOS PRÁTICOS POR MEIO DO DIÁLOGO ÉTICO-JURÍDICO

Como ressaltado na metodologia da presente pesquisa, nesse terceiro capítulo será feita análise de decisões de mérito de juízes de primeiro grau em processos judiciais que tramitam ou tramitavam em uma das varas cíveis ou do trabalho da comarca de Belém e que tenham sido sentenciados entre os anos de 2011 e 2018 envolvendo os 14 bens jurídicos extrapatrimoniais aqui estudados, tendo por base a seguinte investigação: 1) a partir da ótica deste autor, será apresentada a fundamentação ética-jurídica para justificar o dano moral indenizável; 2) do mesmo modo, será externada a leitura ética-jurídica na visão deste autor sobre quais os critérios essenciais para a quantificação da indenização no caso, visando a aferir a magnitude do desequilíbrio sofrido; 3) comparar a fundamentação da identificação do dano moral sob a ótica ética-jurídica com a fundamentação do juiz no caso concreto; 4) comparar os critérios de quantificação considerados essenciais pela pesquisa com os parâmetros do juiz no caso concreto, caso este tenha julgado procedente o pedido de indenização por danos morais; 5) os números de processos, as decisões na íntegra, a data de publicação, o nome de juízes e das partes serão informados apenas nos anexos da presente pesquisa, de modo a tornar a leitura mais flúida.

3.1 IGUALDADE

No caso 1 (nome das partes, decisão na íntegra, número do processo e nome do magistrado anexo), a vítima se dirigiu a um supermercado e, sem qualquer explicação e de forma inesperada, foi abordada de forma ríspida por um funcionário da segurança, o qual realizou uma revista humilhante e constrangedora em frente aos demais clientes, insinuando que a mesma teria furtado algum produto da loja, pelo simples fato dela estar vestida de forma simples e por ser pessoa de baixa renda. Em seguida, esse mesmo segurança a levou para um depósito nos fundos do estabelecimento e obrigou, sem qualquer justificativa, que a vítima entregasse sua bolsa e demais objetos pessoais, quando foi verificado que não havia nenhum objeto furtado.

Após regular andamento, o processo culminou com a sentença de mérito, que, no campo da identificação do dano moral, julgou procedente o pedido de indenização alegando que houve

violação da honra, integridade física e patrimonial do consumidor. No tocante à quantificação, aduziu que o valor indenizatório deve observar o caráter pedagógico, vedação do enriquecimento indevido e a proporcionalidade, fixando-o em R\$ 3.000,00.

No aspecto da identificação do dano moral, na leitura jurídica exposta na presente pesquisa, compreende-se que estão em jogo os bens jurídicos honra objetiva – pelo fato da reputação perante os demais clientes ter sido afetada -, honra subjetiva – pelo desvalor à consideração que a pessoa tem de si mesmo -, assim como a integridade psíquica – acarretando um desequilíbrio anormal de irritação e agonia da pessoa da vítima – a intimidade – em razão da revista aos pertences que invade à esfera daquilo que a pessoa humana não deseja compartilhar com outrem – e, por fim, a igualdade – haja vista o visível preconceito pela condição de pessoa de baixa renda, conforme melhor detalhado abaixo:

IDENTIFICAÇÃO

BEM JURÍDICO EXTRAPATRIMONIAL	POSITIVO/NEGATIVO	CORRESPONDENTE ÉTICO
IGUALDADE	POSITIVO	AMIZADE/NÃO PREFERÊNCIA ARBITRÁRIA POR PESSOAS
CUIDADO EM RAZÃO DE VÍNCULOS DE PARENTESCO	NEGATIVO	SENTIMENTOS/RECURSOS PARA EXISTÊNCIA
VIDA/NÃO EXPOSIÇÃO AO PERIGO	NEGATIVO	VIDA/CORPO VULNERÁVEL
INTEGRIDADE FÍSICA	NEGATIVO	VIDA/CORPO VULNERÁVEL
INTEGRIDADE PSÍQUICA	POSITIVO	VIDA/MENTE VULNERÁVEL/PAZ INTERIOR/SENTIMENTOS

HONRA	POSITIVO	SENTIMENTOS/MENTE VULNERÁVEL/AMIZADE/PAZ INTERIOR
INTIMIDADE	POSITIVO	SENTIMENTOS/PAZ INTERIOR/MENTE VULNERÁVEL
IMAGEM	NEGATIVO	CAPACIDADES
INTEGRIDADE CRIAÇÃO DO INTELECTO	NEGATIVO	SENTIMENTOS/EXPERIÊNCIA ESTÉTICA
PERDA DE ENTE QUERIDO	NEGATIVO	VIDA/SENTIMENTOS/PLANO COERENTE DE VIDA/MENTE VULNERÁVEL
AFETO A BENS MATERIAIS	NEGATIVO	SENTIMENTOS
PERDA DE UMA CHANCE	NEGATIVO	CAPACIDADES/PLANO COERENTE DE VIDA
LIBERDADE	NEGATIVO	CAPACIDADES/CAPACIDADE DE INTERAGIR/PLANO COERENTE DE VIDA
PERDA DE TEMPO	NEGATIVO	EXCELÊNCIA EM PERFORMANCES/PLANO COERENTE DE VIDA/CAPACIDADES
OUTROS	NEGATIVO	

Na identificação do dano moral na dimensão ética, ressalta-se o ideal de justiça corretiva visando a anular perdas imerecidas no campo existencial, os bens humanos dos sentimentos – pelo abalo das emoções da vítima -, mente vulnerável – por ocasionar uma quebra na estabilidade mental -, amizade – por ferir o valor da isonomia e tratamento paritário dos participantes de práticas

sociais, os quais devem construir uma comunidade solidária -, não preferência arbitrária por pessoas – já que escolheu a pessoa da vítima sem critérios objetivos -, e paz interior – pelo abalo à sintonia da vida humana sem interferência arbitrária de outrem -, os quais, somados, fortalecem a compreensão dos bens jurídicos e assinalam que o ato praticado pelo ofensor fulminou em diversos aspectos a plena existência e realização da vítima enquanto ser humano.

Ainda no aspecto ético, salienta-se a pertinência do bem comum e da felicidade/florescimento. O primeiro, porque trata-se de uma conduta que não é desejada de forma compartilhada, ferindo o bem comum pelo fato de a invasão a bens alheios sem o mínimo de diligência configura uma violação a esquemas justos de encargos em uma sociedade; o segundo, porque o ato praticado contra a vítima em alguma medida afeta a plena existência e realização da mesma a partir da violação de bens humanos básicos.

No que toca à quantificação em termos éticos e jurídicos propugnados nessa tese, assevera-se a análise da magnitude do dano a partir da excelência em atividades diárias (leve), grau de ofensa ao bem jurídico atingido (médio), quantidade de bens jurídicos (médio), o nível de sofrimento da vítima (leve), a duração do sofrimento (leve), irreversibilidade (leve), repercussões no mundo interior da vítima (leve), repercussão no mundo exterior da vítima (leve), pelo que se considera que o valor adequado para uma justa indenização seja aproximadamente R\$ 10.000,00 (6 leves e dois médios), nos termos da tabela abaixo:

QUANTIFICAÇÃO

CRITÉRIO	JUÍZO	GRAU	JUSTIFICATIVA DO GRAU
PERDA DO PRAZER DE REALIZAR ATIVIDADES	NEGATIVO		
PERDA DE POTENCIALIDADES ATUAIS OU FUTURAS	NEGATIVO		
PRECEDENTES SÓLIDOS EM CASOS SEMELHANTES	INEXISTE		

PERDA DE RELAÇÕES	NEGATIVO		
PERDA PROJETO DE VIDA	NEGATIVO		
EXCELÊNCIA EM ATIVIDADES DOMÉSTICAS E DIÁRIAS	POSITIVO	LEVE	Ficou constrangida em realizar as compras, mas foi um abalo pontual
EXCELÊNCIA EM ATIVIDADES PROFISSIONAIS	NEGATIVO		
GRAU DE LESÃO AOS BENS JURÍDICOS	POSITIVO	MÉDIO	Incidente isolado com apenas um ato, mas realizado em público
QUANTIDADE DE BENS JURÍDICOS	POSITIVO	MÉDIO	4 bens jurídicos
EXPERIÊNCIA ESTÉTICA	NEGATIVO		
JOGO	NEGATIVO		
NÍVEL SOFRIMENTO	POSITIVO	LEVE	Não se pode considerar o ser humano hipersensível a ponto de uma abordagem pontual, mesmo que constrangedora, acarretar profundo ou significativo sofrimento
DURAÇÃO/INTENSIDADE	POSITIVO	LEVE	Durou apenas alguns minutos
NECESSIDADE DE TRATAMENTO/CIRURGIA	NEGATIVO		
IRREVERSIBILIDADE	POSITIVO	LEVE	O constrangimento ocasionado diante de funcionários e clientes é reversível até certo ponto porque a vítima foi liberada e demonstrou sua inocência
CONDIÇÕES PESSOAIS RELEVANTES	NEGATIVO		

AFETAÇÃO NO MUNDO INTERIOR	POSITIVO	LEVE	Os acontecimentos no estabelecimento vão ser carregados no balanço psíquico da vítima por longo período como uma situação indesejada em sua vida, mas não o suficiente para lhe acometer de consequências mais gravosas
AFETAÇÃO NO MUNDO EXTERIOR/SOCIAL	POSITIVO	LEVE	A vítima terá sempre um rancor em retornar aquela loja, mas isso apenas por um tempo e sem repercussão em outros estabelecimentos
REQUISITOS PARA APLICAÇÃO DOS <i>PUNITIVE DAMAGES</i>	NÃO HÁ ELEMENTOS SUFICIENTES PARA RESPONDER		Não foi possível analisar se a conduta foi reiterada; se houve profunda indiferença com a vítima; se foi maliciosamente arquitetada; se houve lucro com inércia de outras vítimas em mesma situação, não sendo suficiente a gravidade do dano para justificar a indenização punitiva (<i>punitive damages</i>). Caso cabível, este autor defende que a decisão judicial deveria: a) ter um capítulo para fundamentar os requisitos e a fixação da indenização punitiva separada da verba compensatória; b) o valor da indenização punitiva seria destinado a um fundo; c) a decisão deveria ser lançada em

			uma plataforma pública para que outros juízes ao se depararem com o mesmo fato saibam quanto de indenização punitiva já foi fixada em casos envolvendo aquela lesão
OUTROS	NEGATIVO		

3.2 CUIDADO EM RAZÃO DE VÍNCULOS DE PARENTESCO

No caso 2 (nome das partes, decisão na íntegra, número do processo e nome do magistrado anexo), a vítima foi abandonada afetivamente por seu pai biológico simplesmente pelo fato de ter nascido a partir de um relacionamento extraconjugal do ofensor, o qual desde o seu nascimento tinha conhecimento de que era o pai, mas para evitar o desmoronamento de seu casamento decidiu manter um apoio financeiro, quando em 2010 a vítima, cansada dessa informalidade, ajuizou ação de investigação de paternidade, na qual o exame de DNA deu positivo e foi averbada a paternidade em seu registro de nascimento.

Acrescenta-se que a vítima se viu discriminada em face dos outros irmãos, que sempre tiveram apoio moral e financeiro, sofrendo uma vida inteira pela ausência do pai, o qual, surpreendentemente na contestação alegou que o filho o procurou apenas uma vez, sustentando que nunca buscou maiores contatos, quando na verdade a busca pelo cuidado deve partir do pai e não o contrário e restou claro nos autos que desde o nascimento da vítima, sua mãe apanhava dinheiro com o ofensor, o que provava a ciência da paternidade.

Após regular andamento, o processo culminou com a sentença de mérito, que, no campo da identificação do dano moral, julgou improcedente o pedido de indenização, alegando que não houve a constatação de ato ilícito, frisando que caberia ao autor provar os abalos que sofreu em sua honra subjetiva. Por fim, sustenta que o genitor não é obrigado a nutrir carinho e afetividade ao filho, chegando ao ponto de afirmar que “o próprio autor confirma que somente houve uma única tentativa de se aproximar do pai” e “nesta oportunidade de aproximação do requerente em face ao requerido, não houve sequer qualquer tentativa afável de aproximação do autor em função do pai”.

Discorda-se da decisão acima apresentada, e, no aspecto da identificação do dano moral, na dimensão jurídica exposta na presente pesquisa, destacam-se que foram violados os bens jurídicos do cuidado em razão dos vínculos de parentesco – pela inobservância do dever de cuidado e cumprimento dos deveres extrapatrimoniais descritos nos artigos 227¹¹⁰ e 229¹¹¹ da CF/88 e 1634¹¹² do CC/2002 -, da igualdade – pelo tratamento discriminatório entre os filhos -, da integridade psíquica – pela irritação e frustração anormal da higidez psíquica -, da liberdade – por fulminar o plano coerente de uma vida ao lado do pai - e da vida – pelo trauma e por arruinar um vazão que nunca será sanado, a presença de um pai que o abandonou, conforme abaixo detalhado:

IDENTIFICAÇÃO

BEM JURÍDICO EXTRAPATRIMONIAL	POSITIVO/NEGATIVO	CORRESPONDENTE ÉTICO
IGUALDADE	POSITIVO	AMIZADE/NÃO PREFERÊNCIA ARBITRÁRIA POR PESSOAS
CUIDADO EM RAZÃO DE VÍNCULOS DE PARENTESCO	POSITIVO	SENTIMENTOS/RECURSOS PARA EXISTÊNCIA
VIDA/NÃO EXPOSIÇÃO AO PERIGO	POSITIVO	VIDA/CORPO VULNERÁVEL
INTEGRIDADE FÍSICA	NEGATIVO	VIDA/CORPO VULNERÁVEL

¹¹⁰ Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

¹¹¹ Art. 229. Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade.

¹¹² Art. 1.634. Compete aos pais, quanto à pessoa dos filhos menores:

I - dirigir-lhes a criação e educação;

II - tê-los em sua companhia e guarda;

INTEGRIDADE PSÍQUICA	POSITIVO	VIDA/MENTE VULNERÁVEL/PAZ INTERIOR/SENTIMENTOS
HONRA	NEGATIVO	SENTIMENTOS/MENTE VULNERÁVEL/AMIZADE/PAZ INTERIOR
INTIMIDADE	NEGATIVO	SENTIMENTOS/PAZ INTERIOR/MENTE VULNERÁVEL
IMAGEM	NEGATIVO	CAPACIDADES
INTEGRIDADE CRIAÇÃO DO INTELECTO	NEGATIVO	SENTIMENTOS/EXPERIÊNCIA ESTÉTICA
PERDA DE ENTE QUERIDO	NEGATIVO	VIDA/SENTIMENTOS/PLANO COERENTE DE VIDA/MENTE VULNERÁVEL
AFETO A BENS MATERIAIS	NEGATIVO	SENTIMENTOS
PERDA DE UMA CHANCE	NEGATIVO	CAPACIDADES/PLANO COERENTE DE VIDA
LIBERDADE	POSITIVO	CAPACIDADES/CAPACIDADE DE INTERAGIR/PLANO COERENTE DE VIDA
PERDA DE TEMPO	NEGATIVO	EXCELÊNCIA EM PERFORMANCES/PLANO COERENTE DE VIDA/CAPACIDADES
OUTROS	NEGATIVO	

Na dimensão ética, ressalta-se o ideal de justiça corretiva visando a anular perdas imerecidas no campo existencial, com a violação dos bens humanos dos sentimentos - pelo abalo das emoções da vítima -, plano coerente de vida – por afetar o planejamento de convivência com o pai, que faria diferença na educação e formação do filho -, sem preferência arbitrária por pessoas – por ferir o valor da isonomia e tratamento paritário entre os filhos -, vida – por obstaculizar uma vida bem vivida ao lado do pai -, amizade – pela ausência de solidariedade -, capacidades – pela diminuição da possibilidade de galgar passos distintos na vida por orientação do pai -, recursos para a existência – pela inexistência de auxílio intelectual e afetivo para a vida da vítima -, felicidade – por ofuscar a plenitude do ser humano - e capacidade de interagir – em razão da perda de possibilidade de interagir com os parentes por parte de pai.

Ainda no aspecto ético, salienta-se a pertinência do bem comum e da felicidade/florescimento. O primeiro, porque trata-se de uma conduta que não é desejada de forma compartilhada, ferindo o bem comum pelo fato de que o absoluto desprezo e indiferença para com os filhos configura uma violação a esquemas justos de encargos em uma sociedade; o segundo, porque o ato praticado contra a vítima em alguma medida afeta a plena existência e realização da mesma a partir da violação de bens humanos básicos.

No que toca à quantificação em termos éticos e jurídicos propugnados nessa tese, defende-se a investigação da magnitude do dano sofrido por meio da análise da perda do prazer de realizar atividades (grave), perda de relações (grave), perda do projeto de vida (grave), grau de lesão ao bem jurídico (grave), quantidade de bens jurídicos (médio), o nível de sofrimento da vítima (grave), a duração do sofrimento (grave), irreversibilidade (grave), repercussões no mundo interior da vítima (média), repercussões no mundo exterior da vítima (médio), pelo que se considera que o valor adequado para uma justa indenização seja aproximadamente R\$ 150.000,00 (7 graves e 3 médios), nos termos da tabela a seguir:

QUANTIFICAÇÃO

CRITÉRIO	JUÍZO	GRAU	JUSTIFICATIVA DO GRAU

PERDA DO PRAZER DE REALIZAR ATIVIDADES	POSITIVO	MÉDIO	Perda da vontade de visitar o pai, comemorar datas festivas ao lado dele, etc., porém como se inicia a fase adulta não pode ser considerado grave
PERDA DE POTENCIALIDADES ATUAIS OU FUTURAS	NEGATIVO		
PRECEDENTES SÓLIDOS EM CASOS SEMELHANTES	INEXISTE		
PERDA DE RELAÇÕES	POSITIVO	GRAVE	Perda de relacionamento com o pai e toda a família paterna, um dos mais importantes contados para a formação do ser humano
PERDA PROJETO DE VIDA	POSITIVO	GRAVE	Perda de inúmeros caminhos que poderiam ter sido traçados ao lado do pai
EXCELÊNCIA EM ATIVIDADES DOMÉSTICAS OU DIÁRIAS	NEGATIVO		
EXCELÊNCIA EM ATIVIDADES PROFISSIONAIS	NEGATIVO		
GRAU DE LESÃO AOS BENS JURÍDICOS	POSITIVO	GRAVE	O dano aos bens jurídicos violados pela falta da figura paterna se incluem como uma

			das maiores perdas de uma vida humana
QUANTIDADE DE BENS JURÍDICOS	POSITIVO	GRAVE	5 bens jurídicos
EXPERIÊNCIA ESTÉTICA	NEGATIVO		
JOGO	NEGATIVO		
NÍVEL SOFRIMENTO	POSITIVO	GRAVE	Pelas regras de experiência, atento a como funciona o mundo ao redor, independentemente de ter ou não laudos psíquicos, é possível presumir o sofrimento
DURAÇÃO/INTENSIDADE	POSITIVO	GRAVE	Durou a infância e adolescência inteiras
NECESSIDADE DE TRATAMENTO/CIRURGIA	NEGATIVO		
IRREVERSIBILIDADE	POSITIVO	GRAVE	Qualquer valor indenizatório não suprirá a ausência da figura paterna já consumada
CONDIÇÕES PESSOAIS RELEVANTES	POSITIVO	NEGATIVO	
AFETAÇÃO NO MUNDO INTERIOR	POSITIVO	MÉDIO	Muitas crianças e adolescentes crescem sem o pai ou mãe por adversidades, nem por isso deixam de traçar seus caminhos e propósitos com equilíbrio mental
AFETAÇÃO NO MUNDO EXTERIOR/SOCIAL	POSITIVO	MÉDIO	Os filhos são criados para o mundo e dos pais se

			desgarrarão dos seus pais para viver suas vidas, não podendo ser considerado grave
REQUISITOS PARA APLICAÇÃO <i>PUNITIVE DAMAGES</i>	NÃO HÁ ELEMENTOS SUFICIENTES PARA RESPONDER		Não foi possível analisar se a conduta foi reiterada; se houve profunda indiferença com a vítima; se foi maliciosamente arquitetada; se houve lucro com inércia de outras vítimas em mesma situação, não sendo suficiente a gravidade do dano para justificar a indenização punitiva (<i>punitive damages</i>). Caso cabível, este autor defende que a decisão judicial deveria: a) ter um capítulo para fundamentar os requisitos e a fixação da indenização punitiva separada da verba compensatória; b) o valor da indenização punitiva seria destinado a um fundo; c) a decisão deveria ser lançada em uma plataforma pública para que outros juízes ao se depararem com o mesmo fato saibam quanto de indenização punitiva já foi fixada em casos envolvendo aquela lesão.
OUTROS	NEGATIVO		

3.3 VIDA E NÃO EXPOSIÇÃO AO PERIGO

No caso 3 (nome das partes, decisão na íntegra, número do processo e nome do magistrado anexo), a vítima postulou a condenação do empregador ao pagamento de indenização por danos morais em razão dos constantes atrasos no pagamento de salário e da indevida retenção da carteira de trabalho, o que lhe ocasionou descrédito perante a sociedade e prejudicou sua sobrevivência.

Após regular andamento, o processo culminou com a sentença de mérito, que, no campo da identificação do dano moral, julgou procedente a ação justificando que no atraso de salários foi violada a dignidade do trabalhador enquanto que no atraso da Carteira de Trabalho sujeitou o empregado à discriminação no mercado de trabalho.

No tocante à quantificação, aduziu que o valor indenizatório deve observar o salário do trabalhador, fixando-o em 3 vezes o valor do salário para a indenização pelos atrasos (considerando ofensa de natureza leve) e em 5 vezes o valor do salário para a indenização pela retenção da Carteira de Trabalho (considerando de natureza média), totalizando aproximadamente R\$ 8.000,00. Por conseguinte, levou em conta também a gravidade do dano, a dimensão dos prejuízos sofridos, o caráter pedagógico da medida, a capacidade patrimonial do ofensor e a razoabilidade.

No aspecto da identificação do dano moral, na dimensão jurídica exposta na presente pesquisa, tem-se que o atraso no pagamento de salários e a retenção indevida na carteira de trabalho fulminam os bens jurídicos da vida – pois a sobrevivência e manutenção da vida do obreiro estará afetada -, liberdade – já que diversos planos e projetos racionalmente traçados não poderão ser realizados plenamente -, honra – pela ofensa à reputação que o trabalhador goza na sociedade, por exemplo, como um mal pagador -, igualdade – considerando que no mercado de trabalho sem a carteira de trabalho terá dificuldades de disputar com igualdade vagas de emprego - e integridade psíquica – haja vista que sem sua fonte de subsistência o trabalhador sofre instabilidade emocional desmedida, conforme melhor abaixo explanado:

IDENTIFICAÇÃO

BEM EXTRAPATRIMONIAL	JURÍDICO POSITIVO/NEGATIVO	CORRESPONDENTE ÉTICO
-------------------------	-------------------------------	----------------------

IGUALDADE	POSITIVO	AMIZADE/NÃO PREFERÊNCIA ARBITRÁRIA POR PESSOAS
CUIDADO EM RAZÃO DE VÍNCULOS DE PARENTESCO	NEGATIVO	SENTIMENTOS/RECURSOS PARA EXISTÊNCIA
VIDA/NÃO EXPOSIÇÃO AO PERIGO	POSITIVO	VIDA/CORPO VULNERÁVEL
INTEGRIDADE FÍSICA	NEGATIVO	VIDA/CORPO VULNERÁVEL
INTEGRIDADE PSÍQUICA	POSITIVO	VIDA/MENTE VULNERÁVEL/PAZ INTERIOR/SENTIMENTOS
HONRA	POSITIVO	SENTIMENTOS/MENTE VULNERÁVEL/AMIZADE/PAZ INTERIOR
INTIMIDADE	NEGATIVO	SENTIMENTOS/PAZ INTERIOR/MENTE VULNERÁVEL
IMAGEM	NEGATIVO	CAPACIDADES
INTEGRIDADE CRIAÇÃO DO INTELECTO	NEGATIVO	SENTIMENTOS/EXPERIÊNCIA ESTÉTICA
PERDA DE ENTE QUERIDO	NEGATIVO	VIDA/SENTIMENTOS/PLANO COERENTE DE VIDA/MENTE VULNERÁVEL
AFETO A BENS MATERIAIS	NEGATIVO	SENTIMENTOS
PERDA DE UMA CHANCE	NEGATIVO	CAPACIDADES/PLANO COERENTE DE VIDA

LIBERDADE	POSITIVO	CAPACIDADES/CAPACIDADE DE INTERAGIR/PLANO COERENTE DE VIDA
PERDA DE TEMPO	NEGATIVO	EXCELÊNCIA EM PERFORMANCES/PLANO COERENTE DE VIDA/CAPACIDADES
OUTROS	NEGATIVO	

De outro lado, na perspectiva ética, ressalta-se o ideal de justiça corretiva visando a anular perdas imerecidas no campo existencial, com a violação dos bens humanos dos sentimentos - pelo abalo das emoções da vítima -, plano coerente de vida – por afetar o planejamento com o salário e a carteira de trabalho -, vida – por obstaculizar uma vida bem vivida durante os períodos de atraso, com o suprimento adequado de suas necessidades -, capacidades – pela diminuição da possibilidade de, com recursos financeiros, exercer a plenitude de suas ações -, recursos para a existência – pela inexistência de auxílio material durante os atrasos -, excelência em performances – pela perda de excelência e plenitude em diversas tarefas, como aquisição de bens para sua subsistência e procura por emprego -, experiência estética – visto que em razão das limitações financeiras deixou de ter a possibilidade de apreciar arte, como o cinema, e desenvolver habilidades lúdicas em relação aos quais seja necessário o dispêndio financeiro.

Ainda no aspecto ético, salienta-se a pertinência do bem comum e da felicidade/florescimento. O primeiro, porque trata-se de uma conduta que não é desejada de forma compartilhada, ferindo o bem comum pelo fato de que o absoluto desprezo e indiferença para a subsistência do trabalhador configura uma violação a esquemas justos de encargos em uma sociedade; o segundo, porque o ato praticado contra a vítima em alguma medida afeta a plena existência e realização da mesma a partir da violação de bens humanos básicos.

No que toca à quantificação em termos éticos e jurídicos propugnados nessa tese, deve ser investigada a afetação na perda do prazer de realizar atividades (leve), perda de projeto de vida (leve), excelência em atividades diárias e domésticas (leve), o grau de lesão ao bem jurídico (leve), quantidade de bens jurídicos atingidos (grave), experiência estética (leve), nível do sofrimento

(leve), duração do sofrimento (leve), repercussões no mundo interior da vítima (leve) e repercussões no mundo exterior da vítima (leve), pelo que se considera como valor adequado para uma justa indenização a monta de R\$ 10.000,00 (1 grave e 9 leves), nos termos da tabela abaixo:

QUANTIFICAÇÃO

CRITÉRIO	JUÍZO	GRAU	JUSTIFICATIVA DO GRAU
PERDA DO PRAZER DE REALIZAR ATIVIDADES	POSITIVO	LEVE	Não teve por um período dinheiro suficiente para realizar diversas atividades
PERDA DE POTENCIALIDADES ATUAIS OU FUTURAS	NEGATIVO		
PRECEDENTES SÓLIDOS EM CASOS SEMELHANTES	INEXISTE		
PERDA DE RELAÇÕES	NEGATIVO		
PERDA PROJETO DE VIDA	POSITIVO	LEVE	Ainda que de forma mínima, a vítima ficou impossibilitada de buscar empregos pela falta da CTPS
EXCELÊNCIA EM ATIVIDADES DOMÉSTICAS OU DIÁRIAS	POSITIVO	LEVE	Sem recursos financeiros, não teve como desempenhar bem diversas atividades ligadas ao ambiente doméstico
EXCELÊNCIA EM ATIVIDADES PROFISSIONAIS	POSITIVO	BIS IN IDEN (projetos de vida)	

GRAU DE LESÃO AOS BENS JURÍDICOS	POSITIVO	LEVE	Foram poucos atrasos, embora tenham atingido os bens jurídicos
QUANTIDADE DE BENS JURÍDICOS	POSITIVO	GRAVE	5 bens jurídicos
EXPERIÊNCIA ESTÉTICA	POSITIVO	LEVE	Pela falta de recursos financeiros ficou impossibilitado de apreciar arte como cinema, teatro, shows etc.
JOGO	NEGATIVO		
NÍVEL SOFRIMENTO	POSITIVO	LEVE	Pelo período do dano, presume-se que a vítima não padeceu de graves consequências
DURAÇÃO/INTENSIDADE	POSITIVO	LEVE	Os atrasos no salário e na CTPS não duraram muito tempo
NECESSIDADE DE TRATAMENTO/CIRURGIA	NEGATIVO		
IRREVERSIBILIDADE	NEGATIVO		
CONDIÇÕES PESSOAIS RELEVANTES	NEGATIVO		
AFETAÇÃO NO MUNDO INTERIOR	POSITIVO	LEVE	Ainda que de forma leve, é possível reconhecer a afetação na higidez mental do obreiro
AFETAÇÃO NO MUNDO EXTERIOR/SOCIAL	POSITIVO	LEVE	Sem recursos e CTPS, certamente sua relação com outras empresas, familiares e amigos foi atingida
REQUISITOS PARA APLICAÇÃO DOS <i>PUNITIVE DAMAGES</i>	NÃO HÁ ELEMENTOS SUFICIENTES PARA RESPONDER		Não foi possível analisar se a conduta foi reiterada; se houve profunda indiferença com a vítima; se foi maliciosamente arquitetada; se houve lucro com

			inércia de outras vítimas em mesma situação, não sendo suficiente a gravidade do dano para justificar a indenização punitiva (<i>punitive damages</i>). Caso cabível, este autor defende que a decisão judicial deveria: a) ter um capítulo para fundamentar os requisitos e a fixação da indenização punitiva separada da verba compensatória; b) o valor da indenização punitiva seria destinado a um fundo; c) a decisão deveria ser lançada em uma plataforma pública para que outros juízes ao se depararem com o mesmo fato saibam quanto de indenização punitiva já foi fixada em casos envolvendo aquela lesão.
OUTROS	NEGATIVO		

No caso 4 (nome das partes, decisão na íntegra, número do processo e nome do magistrado anexo), a vítima sofreu dano moral em decorrência de durante 23 meses ter sido exposta ao perigo ao transportar valores entre R\$ 15.000,00 a R\$ 20.000,00 no veículo de trabalho durante o pacto laboral com desvio de função, ou seja, seu cargo não estava relacionado a essa atividade, nem tampouco a vítima tinha treinamento, cursos ou preparo adequado para enfrentar esta difícil tarefa de lidar com o transporte de valor, motivo pelo qual sofreu constantes assaltos e até necessitou de tratamento médico por arritmia cardíaca.

Após regular andamento, o processo culminou com a sentença de mérito, que, no campo da identificação do dano moral, julgou procedente o pedido de indenização por danos morais, justificando que tal conduta atentou contra a vida da vítima. No tocante à quantificação, aduziu que o valor indenizatório deve observar o grau de culpa do empregador, não podendo ser este responsabilizado integralmente pelo caos da segurança pública, proporcionalidade, a capacidade econômica do ofensor e a necessidade de prevenir novos danos, fixando-o em R\$ 30.000,00.

No aspecto da identificação do dano moral, na dimensão jurídica exposta na presente pesquisa, tem-se que o atraso a exposição do trabalhador a um risco exacerbado o qual o mesmo não está preparado para assumir fulmina os bens jurídicos da vida – pela exposição ao perigo e consequente atentado contra a vida pela quebra do dever de segurança -, integridade física – pela necessidade de internação em razão de arritmia cardíaca -, integridade psíquica – haja vista que o trabalhador submetido a transporte de valores sujeito a constantes assaltos sofre instabilidade emocional desmedida, conforme melhor abaixo explanado:

IDENTIFICAÇÃO

BEM JURÍDICO EXTRAPATRIMONIAL	POSITIVO/NEGATIVO	CORRESPONDENTE ÉTICO
IGUALDADE	NEGATIVO	AMIZADE/NÃO PREFERÊNCIA ARBITRÁRIA POR PESSOAS
CUIDADO EM RAZÃO DE VÍNCULOS DE PARENTESCO	NEGATIVO	SENTIMENTOS/RECURSOS PARA EXISTÊNCIA
VIDA/NÃO EXPOSIÇÃO AO PERIGO	POSITIVO	VIDA/CORPO VULNERÁVEL
INTEGRIDADE FÍSICA	POSITIVO	VIDA/CORPO VULNERÁVEL
INTEGRIDADE PSÍQUICA	POSITIVO	VIDA/MENTE VULNERÁVEL/PAZ INTERIOR/SENTIMENTOS

HONRA	NEGATIVO	SENTIMENTOS/MENTE VULNERÁVEL/AMIZADE/PAZ INTERIOR
INTIMIDADE	NEGATIVO	SENTIMENTOS/PAZ INTERIOR/MENTE VULNERÁVEL
IMAGEM	NEGATIVO	CAPACIDADES
INTEGRIDADE CRIAÇÃO DO INTELECTO	NEGATIVO	SENTIMENTOS/EXPERIÊNCIA ESTÉTICA
PERDA DE ENTE QUERIDO	NEGATIVO	VIDA/SENTIMENTOS/PLANO COERENTE DE VIDA/MENTE VULNERÁVEL
AFETO A BENS MATERIAIS	NEGATIVO	SENTIMENTOS
PERDA DE UMA CHANCE	NEGATIVO	CAPACIDADES/PLANO COERENTE DE VIDA
LIBERDADE	NEGATIVO	CAPACIDADES/CAPACIDADE DE INTERAGIR/PLANO COERENTE DE VIDA
PERDA DE TEMPO	NEGATIVO	EXCELÊNCIA EM PERFORMANCES/PLANO COERENTE DE VIDA/CAPACIDADES
OUTROS	NEGATIVO	

De outro lado, na perspectiva ética, ressalta-se o ideal de justiça corretiva visando a anular perdas imerecidas no campo existencial, com a violação dos bens humanos dos sentimentos - pelo abalo das emoções da vítima -, vida – em razão da exposição ao perigo -, corpo e mente vulnerável

– haja vista a violação da integridade psíquica e física -, assim como a paz interior, ocasionando alterações de humor e agonia desmedida.

Ainda no aspecto ético, salienta-se a pertinência do bem comum e da felicidade/florescimento. O primeiro, porque trata-se de uma conduta que não é desejada de forma compartilhada, ferindo o bem comum pelo fato de que a atribuição de função perigosa a empregado sem o devido preparo configura uma violação a esquemas justos de encargos em uma sociedade; o segundo, porque o ato praticado contra a vítima em alguma medida afeta a plena existência e realização da mesma a partir da violação de bens humanos básicos.

No que toca à quantificação em termos éticos e jurídicos propugnados nessa tese, deve ser investigado a excelência em performances profissionais (leve), o grau de lesão aos bens jurídicos (médio), a quantidade de bens jurídicos (médio), o nível do sofrimento (médio), a duração (médio), a necessidade de tratamento (leve), a irreversibilidade (leve) e a afetação no mundo interior (leve), pelo que se considera como valor adequado para uma justa indenização a monta de R\$ 30.000,00 (4 médios e 4 leves). Embora tenha alcançado o mesmo patamar fixado pelo juízo, discorda-se dos critérios da capacidade econômica do ofensor e do grau de culpa do ofensor, por serem critérios indiferentes para a magnitude do dano sofrido pela vítima (ver tabela abaixo).

QUANTIFICAÇÃO

CRITÉRIO	JUÍZO	GRAU	JUSTIFICATIVA DO GRAU
PERDA DO PRAZER DE REALIZAR ATIVIDADES	NEGATIVO		
PERDA DE POTENCIALIDADES ATUAIS OU FUTURAS	NEGATIVO		
PRECEDENTES SÓLIDOS EM CASOS SEMELHANTES	INEXISTE		
PERDA DE RELAÇÕES	NEGATIVO		
PERDA PROJETO DE VIDA	NEGATIVO		

EXCELÊNCIA ATIVIDADES DOMÉSTICAS DIÁRIAS	EM OU	NEGATIVO		
EXCELÊNCIA ATIVIDADES PROFISSIONAIS	EM	POSITIVO	LEVE	Durante o exercício da profissão, como não tinha aparato suficiente, presume-se que ficava impossibilitado de praticar bem seu ofício
GRAU DE LESÃO AOS BENS JURÍDICOS	AOS	POSITIVO	MÉDIO	A exposição ao risco não foi tão branda, haja vista que o trabalhador estava sujeito a assaltos, nem tão grave, pois nenhuma situação concreta se manifestou
QUANTIDADE DE BENS JURÍDICOS		POSITIVO	MÉDIO	3 bens jurídicos
EXPERIÊNCIA ESTÉTICA		NEGATIVO		
JOGO		NEGATIVO		
NÍVEL SOFRIMENTO		POSITIVO	MÉDIO	A aflição pelo risco com o transporte de dinheiro não é tão grave se comparada com acidentes nem tão leve como uma falha de serviço
DURAÇÃO/INTENSIDADE		POSITIVO	MÉDIO	Foram longos meses, não tão agigantados quando um abandono afetivo ou perda de membros por uma vida inteira nem tão pífios quanto uma constrangimento em público em um ato isolado

NECESSIDADE DE TRATAMENTO/CIRURGIA	POSITIVO	LEVE	O autor teve que realizar tratamento com profissionais da saúde
IRREVERSIBILIDADE	POSITIVO	LEVE	O trauma do exercício dessa atividade perigosa fica perpetuado por algum tempo na vida do obreiro, mas não o suficiente para constatar a impossibilidade de superação
CONDIÇÕES PESSOAIS RELEVANTES	NEGATIVO		
AFETAÇÃO NO MUNDO INTERIOR	POSITIVO	LEVE	Os meses de trabalho em condições perigosas é suficiente para afetar a higidez e equilíbrio mental do trabalhador
AFETAÇÃO NO MUNDO EXTERIOR/SOCIAL	NEGATIVO		
REQUISITOS PARA APLICAÇÃO DOS <i>PUNITIVE DAMAGES</i>	NÃO HÁ ELEMENTOS SUFICIENTES PARA RESPONDER		Não foi possível analisar se a conduta foi reiterada; se houve profunda indiferença com a vítima; se foi maliciosamente arquitetada; se houve lucro com inércia de outras vítimas em mesma situação, não sendo suficiente a gravidade do dano para justificar a indenização punitiva (<i>punitive damages</i>). Caso cabível, este autor defende que a decisão judicial deveria: a) ter um capítulo para fundamentar os requisitos e a

			fixação da indenização punitiva separada da verba compensatória; b) o valor da indenização punitiva seria destinado a um fundo; c) a decisão deveria ser lançada em uma plataforma pública para que outros juízes ao se depararem com o mesmo fato saibam quanto de indenização punitiva já foi fixada em casos envolvendo aquela lesão.
OUTROS	NEGATIVO		

3.4 INTEGRIDADE FÍSICA

No caso 5 (nome das partes, decisão na íntegra, número do processo e nome do magistrado anexo), a vítima, durante seu horário de trabalho, em razão da queda de uma estrutura de madeira pesada em seu dedo mindinho, teve a amputação da 5ª falange distal do 5º quirodáctilo da mão direita, praticamente a metade de seu dedo mindinho em razão do esmagamento.

Após regular andamento, o processo culminou com a sentença de mérito, que, no campo da identificação do dano moral, julgou procedente o pedido de indenização por dano moral, justificando na violação dos bens jurídicos da vida, saúde, dignidade do ser humano. No tocante à quantificação, aduziu que o valor indenizatório deve observar a dor, o desconforto, a diminuição de energia para atividades, a expectativa de vida da vítima (quanto mais tempo for conviver com o dano maior o valor indenizatório) então com 35 anos, o valor de seu salário, o capital social da empresa (R\$ 990.000,00) fixando-o em R\$ 21.438,00 de dano moral e R\$ 5.000,00 de dano estético.

No aspecto da identificação do dano moral, na dimensão jurídica exposta na presente pesquisa, a perda de uma parte do dedo mindinho de um trabalhador viola os bens jurídicos da vida e não exposição ao perigo – na medida em que a falta de estrutura preventiva de segurança eficaz do empregador criou condições de trabalho que atentam contra a saúde e a vida dos obreiros, e, no

presente caso não se tratou apenas da exposição ao perigo do trabalhador, que poderia ter sofrido um dano muito maior, mas de concreta violência a sua integridade física, pela perda definitiva de uma parte de sua estrutura anatômica. Verifica-se, outrossim, a violação do bem jurídico da integridade psíquica – pelo abalo na estrutura emocional da vítima -, da perda de uma chance – haja vista o ofuscamento de diversos propósitos de vida traçados pelo obreiro - e liberdade – em razão da invasão indevida nos planos e caminhos traçados, conforme visualiza-se no quadro abaixo:

IDENTIFICAÇÃO

BEM JURÍDICO	POSITIVO/NEGATIVO	CORRESPONDENTE ÉTICO
EXTRAPATRIMONIAL		
IGUALDADE	NEGATIVO	AMIZADE/NÃO PREFERÊNCIA ARBITRÁRIA POR PESSOAS
CUIDADO EM RAZÃO DE VÍNCULOS DE PARENTESCO	NEGATIVO	SENTIMENTOS/RECURSOS PARA EXISTÊNCIA
VIDA/NÃO EXPOSIÇÃO AO PERIGO	POSITIVO	VIDA/CORPO VULNERÁVEL
INTEGRIDADE FÍSICA	POSITIVO	VIDA/CORPO VULNERÁVEL
INTEGRIDADE PSÍQUICA	POSITIVO	VIDA/MENTE VULNERÁVEL/PAZ INTERIOR/SENTIMENTOS
HONRA	NEGATIVO	SENTIMENTOS/MENTE VULNERÁVEL/AMIZADE/PAZ INTERIOR
INTIMIDADE	NEGATIVO	SENTIMENTOS/PAZ INTERIOR/MENTE VULNERÁVEL
IMAGEM	NEGATIVO	CAPACIDADES

INTEGRIDADE CRIAÇÃO DO INTELECTO	NEGATIVO	SENTIMENTOS/EXPERIÊNCIA ESTÉTICA
PERDA DE ENTE QUERIDO	NEGATIVO	VIDA/SENTIMENTOS/PLANO COERENTE DE VIDA/MENTE VULNERÁVEL
AFETO A BENS MATERIAIS	NEGATIVO	SENTIMENTOS
PERDA DE UMA CHANCE	POSITIVO	CAPACIDADES/PLANO COERENTE DE VIDA
LIBERDADE	POSITIVO	CAPACIDADES/CAPACIDADE DE INTERAGIR/PLANO COERENTE DE VIDA
PERDA DE TEMPO	NEGATIVO	EXCELÊNCIA EM PERFORMANCES/PLANO COERENTE DE VIDA/CAPACIDADES
OUTROS	NEGATIVO	

De outro lado, na perspectiva ética, ressalta-se o ideal de justiça corretiva visando a anular perdas imerecidas no campo existencial, com a violação dos bens humanos da vida – pelo atentado à vida do obreiro -, corpo e mente vulnerável – pelo menoscabo à integridade corporal e psíquica –, sentimentos – pela causação de enorme frustração e vergonha perante si e os outros -, capacidades – em razão das inúmeras atividades que não poderá mais desempenhar pela falta de parte do seu dedo - e plano coerente de vida – pela necessidade forçosa de alterar alguns rumos de sua vida em razão do acidente.

Ainda no aspecto ético, salienta-se a pertinência do bem comum e da felicidade/florescimento. O primeiro, porque trata-se de uma conduta que não é desejada de forma compartilhada, ferindo o bem comum pelo fato de que a atribuição de função perigosa a empregado sem o devido preparo configura uma violação a esquemas justos de encargos em uma sociedade; o

segundo, porque o ato praticado contra a vítima em alguma medida afeta a plena existência e realização da mesma a partir da violação de bens humanos básicos.

No que toca à quantificação em termos éticos e jurídicos propugnados nessa tese, deve ser investigada a perda do prazer de realizar atividades (grave), a perda de potencialidades atuais e futuras (leve), a perda de projeto de vida (médio), a perda de excelência em atividades domésticas ou diárias (médio), excelência em atividades profissionais (leve), o grau de lesão aos bens jurídicos (médio), a quantidade de bens jurídicos (grave), a perda parcial de experiência estética (leve), a perda parcial do jogo (leve), o nível do sofrimento (grave), a duração (médio), a necessidade de tratamento (médio), a irreversibilidade (grave), a afetação no mundo interior (médio) e exterior (médio), pelo que se considera como valor adequado para uma justa indenização a monta de R\$ 70.000,00 (4 graves, 7 médios e 4 leves). Alcança-se, portanto, um valor que representa quase o triplo do que foi fixado pelo juízo, em relação ao qual discorda-se dos critérios da capacidade econômica do ofensor e do salário da vítima, por serem critérios indiferentes para uma investigação racional da magnitude do dano sofrido pela vítima (ver tabela abaixo).

QUANTIFICAÇÃO

CRITÉRIO	JUÍZO	GRAU	JUSTIFICATIVA DO GRAU
PERDA DO PRAZER DE REALIZAR ATIVIDADES	POSITIVO	GRAVE	O ofendido irá perder o prazer de realizar inúmeras atividades do cotidiano, como tocar a mão das pessoas, acenar, tirar fotos das mãos, etc.
PERDA DE POTENCIALIDADES ATUAIS OU FUTURAS	POSITIVO	LEVE	Perda da possibilidade de desenvolvimento de novas habilidades no futuro, em um nível leve pois são incertas e conjecturadas pelas regras de experiência

PRECEDENTES SÓLIDOS EM CASOS SEMELHANTES	INEXISTE		
PERDA DE RELAÇÕES	NEGATIVO		
PERDA PROJETO DE VIDA	POSITIVO	MÉDIO	Alguns propósitos na vida também ficam prejudicados, como o aperfeiçoamento com serviços braçais, mas não de forma grave porque ainda possui o movimento dos braços, mãos e outros dedos
EXCELÊNCIA EM ATIVIDADES DOMÉSTICAS OU DIÁRIAS	POSITIVO	MÉDIO	Inúmeras atividades não serão exercidas com perfeição, como aquelas relacionadas à agricultura, pescaria e afazeres domésticos
EXCELÊNCIA EM ATIVIDADES PROFISSIONAIS	POSITIVO	LEVE	Algumas atividades profissionais podem ser prejudicadas, especialmente as braçais
GRAU DE LESÃO AOS BENS JURÍDICOS	POSITIVO	MÉDIO	Não é leve com um xingamento, nem tão grave quanto a amputação de um braço ou uma perna
QUANTIDADE DE BENS JURÍDICOS	POSITIVO	GRAVE	5 bens jurídicos
EXPERIÊNCIA ESTÉTICA	POSITIVO	LEVE	O obreiro deixará de ter a possibilidade de tocar diversos instrumentos musicais que possuem os dedos com posições

			fundamentais para produção do som
JOGO	POSITIVO	LEVE	Algumas atividades lúdicas não poderão ser exercidas com exatidão, como algumas mágicas e brincadeiras com as mãos
NÍVEL SOFRIMENTO	POSITIVO	GRAVE	O sofrimento grave é demonstrado não apenas pela dor no momento do acidente como também pelo enfeamento externo
DURAÇÃO/INTENSIDADE	POSITIVO	MÉDIO	A duração não se contabiliza apenas no momento do acidente, mas em toda a persecução com medicamentos e consultas
NECESSIDADE DE TRATAMENTO/CIRURGIA	POSITIVO	MÉDIO	Em razão do acidente, a vítima teve que se submeter a procedimentos cirúrgicos de média complexidade
IRREVERSIBILIDADE	POSITIVO	GRAVE	Sem possibilidade alguma de reposição do dedo
CONDIÇÕES PESSOAIS RELEVANTES	NEGATIVO		
AFETAÇÃO NO MUNDO INTERIOR	POSITIVO	MÉDIO	A perda de metade do dedo mindinho ocasiona desconforto suficiente para afetar a integridade mental
AFETAÇÃO NO MUNDO EXTERIOR/SOCIAL	POSITIVO	MÉDIO	Sem a metade do dedo mindinho, conforme exposto acima, tanto no lazer quanto no trabalho e atividades cotidianas o obreiro

			sofrerá interferências nas suas relações com os outros de forma definitiva, a começar por um simples aperto de mão e vergonha pela deformidade.
REQUISITOS PARA APLICAÇÃO <i>PUNITIVE DAMAGES</i>	NÃO HÁ ELEMENTOS SUFICIENTES PARA RESPONDER		Não foi possível analisar se a conduta foi reiterada; se houve profunda indiferença com a vítima; se foi maliciosamente arquitetada; se houve lucro com inércia de outras vítimas em mesma situação, não sendo suficiente a gravidade do dano para justificar a indenização punitiva (<i>punitive damages</i>). Caso cabível, este autor defende que a decisão judicial deveria: a) ter um capítulo para fundamentar os requisitos e a fixação da indenização punitiva separada da verba compensatória; b) o valor da indenização punitiva seria destinado a um fundo; c) a decisão deveria ser lançada em uma plataforma pública para que outros juízes ao se depararem com o mesmo fato saibam quanto de indenização punitiva já foi fixada em casos envolvendo aquela lesão.

OUTROS	NEGATIVO		
--------	----------	--	--

3.5 INTEGRIDADE PSÍQUICA

No caso 6 (nome das partes, decisão na íntegra, número do processo e nome do magistrado anexo), a vítima firmou contrato de promessa de venda e compra de uma unidade autônoma de um empreendimento imobiliário junto a construtora, no valor total de R\$ 236.133,95. Ocorre que, chegando a data da entrega do imóvel, qual seja abril de 2013, a autora fora surpreendida com a informação de que o mesmo não seria entregue na data apazada e que sua possível conclusão se daria no ano de 2015. Por conta do atraso, a autora teve que alugar imóvel para sua habitação, pelo valor mensal de R\$ 1.500,00 (mil e quinhentos reais) e, para que não continuasse sendo penalizada por conta do atraso injustificado da construtora, posteriormente comprou um outro imóvel em que reside atualmente para “livrar-se” do valor estava pagando mensalmente a título de alugueis.

Após regular andamento, o processo culminou com a sentença de mérito, que, no campo da identificação do dano moral, julgou improcedente o pedido de indenização por dano moral, sustentando que o mero descumprimento contratual não acarreta violação dos direitos da personalidade, aduzindo que no caso dos autos se tratou de um mero dissabor que não demonstra anormalidade.

No aspecto da identificação do dano moral, na dimensão jurídica exposta na presente pesquisa, inúmeros bens jurídicos extrapatrimoniais da vítima foram violados, como a integridade psíquica – haja vista o desequilíbrio na higidez mental da vítima, que se viu frustrada diante da impossibilidade de possuir seu lar -, a liberdade – pela interferência arbitrária nos projetos traçados pela vítima -, e a perda de tempo útil – considerando as inúmeras ligações, reclamações e tratativas para obter o aluguel e a compra de um imóvel pela construtora não ter cumprido a data apazada, conforme detalhado abaixo:

IDENTIFICAÇÃO

BEM EXTRAPATRIMONIAL	JURÍDICO	POSITIVO/NEGATIVO	CORRESPONDENTE ÉTICO
-------------------------	----------	-------------------	----------------------

IGUALDADE	NEGATIVO	AMIZADE/NÃO PREFERÊNCIA ARBITRÁRIA POR PESSOAS
CUIDADO EM RAZÃO DE VÍNCULOS DE PARENTESCO	NEGATIVO	SENTIMENTOS/RECURSOS PARA EXISTÊNCIA
VIDA/NÃO EXPOSIÇÃO AO PERIGO	NEGATIVO	VIDA/CORPO VULNERÁVEL
INTEGRIDADE FÍSICA	NEGATIVO	VIDA/CORPO VULNERÁVEL
INTEGRIDADE PSÍQUICA	POSITIVO	VIDA/MENTE VULNERÁVEL/PAZ INTERIOR/SENTIMENTOS
HONRA	NEGATIVO	SENTIMENTOS/MENTE VULNERÁVEL/AMIZADE/PAZ INTERIOR
INTIMIDADE	NEGATIVO	SENTIMENTOS/PAZ INTERIOR/MENTE VULNERÁVEL
IMAGEM	NEGATIVO	CAPACIDADES
INTEGRIDADE CRIAÇÃO DO INTELECTO	NEGATIVO	SENTIMENTOS/EXPERIÊNCIA ESTÉTICA
PERDA DE ENTE QUERIDO	NEGATIVO	VIDA/SENTIMENTOS/PLANO COERENTE DE VIDA/MENTE VULNERÁVEL
AFETO A BENS MATERIAIS	NEGATIVO	SENTIMENTOS
PERDA DE UMA CHANCE	NEGATIVO	CAPACIDADES/PLANO COERENTE DE VIDA

LIBERDADE	POSITIVO	CAPACIDADES/CAPACIDADE DE INTERAGIR/PLANO COERENTE DE VIDA
PERDA DE TEMPO	POSITIVO	EXCELÊNCIA EM PERFORMANCES/PLANO COERENTE DE VIDA/CAPACIDADES
OUTROS	NEGATIVO	

De outro lado, na perspectiva ética, ressalta-se o ideal de justiça corretiva visando a anular perdas imerecidas no campo existencial, com a violação dos bens humanos da mente vulnerável – pelo menoscabo à integridade psíquica -, plano coerente de vida – pela necessidade forçosa de alterar alguns rumos de sua vida em razão do inadimplemento contratual - e excelência em performances – haja vista a perda de tempo e a ruína de um propósito diário com a nova moradia.

Ainda no aspecto ético, salienta-se a pertinência do bem comum e da felicidade/florescimento. O primeiro, porque trata-se de uma conduta que não é desejada de forma compartilhada, ferindo o bem comum pelo fato de que descumprimento deliberado de contratos que criam grandes expectativas para os consumidores configura uma violação a esquemas justos de encargos em uma sociedade; o segundo, porque o ato praticado contra a vítima em alguma medida afeta a plena existência e realização da mesma a partir da violação de bens humanos básicos.

No que toca à quantificação em termos éticos e jurídicos propugnados nessa tese, deve ser investigada a perda de projeto de vida (médio), a excelência em atividades diárias (leve), o grau de lesão aos bens jurídicos (médio), a quantidade de bens jurídicos (médio), o nível do sofrimento (leve), a duração (médio), a irreversibilidade (leve), condições pessoais (grave) e afetação no mundo interior (leve), pelo que se considera como valor adequado para uma justa indenização a monta de R\$ 40.000,00 (1 grave, 4 médios e 4 leves), conforme tabela abaixo:

QUANTIFICAÇÃO

CRITÉRIO	JUÍZO	GRAU	JUSTIFICATIVA DO GRAU
PERDA DO PRAZER DE REALIZAR ATIVIDADES	NEGATIVO		
PERDA DE POTENCIALIDADES ATUAIS OU FUTURAS	NEGATIVO		
PRECEDENTES SÓLIDOS EM CASOS SEMELHANTES	INEXISTE		
PERDA DE RELAÇÕES	NEGATIVO		
PERDA PROJETO DE VIDA	POSITIVO	MÉDIO	Alguns propósitos racionalmente traçados na vida da autora foram fulminados, como a não realização de ter aquele tipo de apartamento daquela construtora com qualidades específicas, além da própria circunstância relacionada ao prazo de entrega, visto que a autora foi obter sua casa própria vários meses depois e por conta própria, influenciando e alterando o curso de sua vida de forma diversa da que havia planejado
EXCELÊNCIA EM ATIVIDADES DOMÉSTICAS OU DIÁRIAS	POSITIVO	LEVE	Em razão do atraso na entrega do imóvel, verifica-se que a excelência no planejamento na aquisição da moradia e na

			concretização desses propósitos diários afetou em nível leve a excelência na performance em atividades cotidianas
EXCELÊNCIA EM ATIVIDADES PROFISSIONAIS	NEGATIVO		
GRAU DE LESÃO AOS BENS JURÍDICOS	POSITIVO	MÉDIO	O não acesso ao apartamento no prazo prometido, em se tratando de um investimento vultoso para o padrão de vida da autora, acarreta uma danosidade maior do que a não entrega de produtos pelos correios, mas não tão intensa quanto acidentes de consumo
QUANTIDADE DE BENS JURÍDICOS	POSITIVO	MÉDIO	3 bens jurídicos
EXPERIÊNCIA ESTÉTICA	NEGATIVO		
JOGO	NEGATIVO		
NÍVEL SOFRIMENTO	POSITIVO	LEVE	Não se pode dizer que uma servidora pública estadual, que goza de certa estabilidade financeira, tenha um sofrimento demasiado pelo atraso na entrega de um empreendimento. O grau da lesão é médio, mas o sofrimento experimentado é leve
DURAÇÃO/INTENSIDADE	POSITIVO	MÉDIO	Não foi leve por não ter se circunscrito em um ato isolado,

			mas médio o suficiente em razão do inadimplemento ter alterado a vida da vítima por alguns meses até que a mesma pudesse adquirir seu próprio imóvel e se livrar dos percalços ocasionados pelo ofensor
NECESSIDADE DE TRATAMENTO/CIRURGIA	NEGATIVO		
IRREVERSIBILIDADE	POSITIVO	LEVE	Haja vista a possibilidade de morar em outro lugar e reconstruir o sonho da moradia
CONDIÇÕES PESSOAIS RELEVANTES	POSITIVO	PESSOA IDOSA (GRAVE)	Considerando que a vítima tinha mais de 60 anos, é possível considerar que a magnitude do dano suportado se intensifica pela inúmeras dificuldades que os idosos enfrentam no dia a dia
AFETAÇÃO NO MUNDO INTERIOR	POSITIVO	LEVE	A notícia que o tão esperado imóvel não seria entregue na data prometida, fazendo com que a autora tenha que alterar diversos planos e projetos é suficiente para afetar o balanço psíquico, mas não tão intenso a ponto de se comparar a uma abandono afetivo ou submissão a empregos arriscados sem o devido preparo
AFETAÇÃO NO MUNDO EXTERIOR/SOCIAL	NEGATIVO		

<p>REQUISITOS PARA APLICAÇÃO <i>PUNITIVE DAMAGES</i></p>	<p>NÃO HÁ ELEMENTOS SUFICIENTES PARA RESPONDER</p>		<p>Não foi possível analisar se a conduta foi reiterada; se houve profunda indiferença com a vítima; se foi maliciosamente arquitetada; se houve lucro com inércia de outras vítimas em mesma situação, não sendo suficiente a gravidade do dano para justificar a indenização punitiva (<i>punitive damages</i>). Caso cabível, este autor defende que a decisão judicial deveria: a) ter um capítulo para fundamentar os requisitos e a fixação da indenização punitiva separada da verba compensatória; b) o valor da indenização punitiva seria destinado a um fundo; c) a decisão deveria ser lançada em uma plataforma pública para que outros juízes ao se depararem com o mesmo fato saibam quanto de indenização punitiva já foi fixada em casos envolvendo aquela lesão.</p>
<p>OUTROS</p>	<p>NEGATIVO</p>		

3.6 HONRA

No caso 7 (nome das partes, decisão na íntegra, número do processo e nome do magistrado anexo), a vítima do dano moral trabalhava como taxista em frente a um shopping center, e, em um dia normal de trabalho 4 rapazes o contrataram para uma corrida até outro bairro. Ocorre que o carro do taxista foi abordado por policiais que já investigavam a trajetória dos rapazes e estes foram conduzidos à seccional da Polícia Civil do bairro, onde prestaram esclarecimentos dos fatos. Contudo, a ré, que veicula jornal impresso, estampou o rosto do taxista colocando-o expressamente como parte da quadrilha, sem considerar que no próprio boletim de ocorrência a vítima constava como testemunha.

Após regular andamento, o processo culminou com a sentença de mérito, que, no campo da identificação do dano moral, julgou procedente o pedido sustentando que houve a violação dos bens jurídicos imagem e honra. Na quantificação do dano moral, o magistrado considerou a dimensão do dano sofrido, as condições ensejadoras e a capacidade social, financeira e econômica das partes, arbitrando o valor da indenização na monta de R\$ 10.000,00.

No aspecto da identificação do dano moral, na dimensão jurídica exposta na presente pesquisa, inúmeros bens jurídicos extrapatrimoniais da vítima foram violados, como a integridade psíquica – haja vista a afetação na higidez mental da vítima pelo espraiamento da notícia falsa -, a honra – pela violação da reputação que o autor goza na sociedade -, e a imagem – pela utilização não autorizada do rosto da vítima em circunstância sem o mínimo de diligências e investigações adequadas -, conforme abaixo detalhado:

IDENTIFICAÇÃO

BEM JURÍDICO EXTRAPATRIMONIAL	POSITIVO/NEGATIVO	CORRESPONDENTE ÉTICO
IGUALDADE	NEGATIVO	AMIZADE/NÃO PREFERÊNCIA ARBITRÁRIA POR PESSOAS

CUIDADO EM RAZÃO DE VÍNCULOS DE PARENTESCO	NEGATIVO	SENTIMENTOS/RECURSOS PARA EXISTÊNCIA
VIDA/NÃO EXPOSIÇÃO AO PERIGO	NEGATIVO	VIDA/CORPO VULNERÁVEL
INTEGRIDADE FÍSICA	NEGATIVO	VIDA/CORPO VULNERÁVEL
INTEGRIDADE PSÍQUICA	POSITIVO	VIDA/MENTE VULNERÁVEL/PAZ INTERIOR/SENTIMENTOS
HONRA	POSITIVO	SENTIMENTOS/MENTE VULNERÁVEL/AMIZADE/PAZ INTERIOR
INTIMIDADE	NEGATIVO	SENTIMENTOS/PAZ INTERIOR/MENTE VULNERÁVEL
IMAGEM	POSITIVO	CAPACIDADES
INTEGRIDADE CRIAÇÃO DO INTELLECTO	NEGATIVO	SENTIMENTOS/EXPERIÊNCIA ESTÉTICA
PERDA DE ENTE QUERIDO	NEGATIVO	VIDA/SENTIMENTOS/PLANO COERENTE DE VIDA/MENTE VULNERÁVEL
AFETO A BENS MATERIAIS	NEGATIVO	SENTIMENTOS
PERDA DE UMA CHANCE	NEGATIVO	CAPACIDADES/PLANO COERENTE DE VIDA
LIBERDADE	NEGATIVO	CAPACIDADES/CAPACIDADE DE INTERAGIR/PLANO COERENTE DE VIDA

PERDA DE TEMPO	NEGATIVO	EXCELÊNCIA PERFORMANCES/PLANO COERENTE VIDA/CAPACIDADES	EM DE
OUTROS	NEGATIVO		

De outro lado, na perspectiva ética, ressalta-se o ideal de justiça corretiva visando a anular perdas imerecidas no campo existencial, com a violação dos bens humanos da mente vulnerável – pelo menoscabo à integridade psíquica -, sentimentos – por acarretar uma série de sensações negativas nas sensações da vítima - e capacidades – por não oportunizar a versão dos fatos pelo taxista, retirando-o sua capacidade de gerir a utilização de sua imagem por outrem.

Ainda no aspecto ético, salienta-se a pertinência do bem comum e da felicidade/florescimento. O primeiro, porque trata-se de uma conduta que não é desejada de forma compartilhada, ferindo o bem comum pelo fato de que a utilização indiscriminada da liberdade de expressão com veiculação de nome de outras pessoas sem a devida análise aprofundada cria uma quantidade enorme de manchas à honra e imagem de diversas pessoas, configurando uma violação a esquemas justos de encargos em uma sociedade; o segundo, porque o ato praticado contra a vítima em alguma medida afeta a plena existência e realização da mesma a partir da violação de bens humanos básicos.

No que toca à quantificação em termos éticos e jurídicos propugnados nessa tese, deve ser investigada a perda do prazer de realizar atividades (leve), a perda de relações (leve), a perda da excelência em atividades (leve), o grau de lesão aos bens jurídicos (grave), a quantidade de bens jurídicos atingidos (médio), o nível do sofrimento (médio), a duração (grave), a irreversibilidade (médio), condições pessoais da vítima (médio), afetação no mundo interior (leve) e exterior (médio), pelo que se considera como valor adequado para uma justa indenização a monta de R\$ 50.000,00 (2 graves, 5 médios e 3 leves), conforme tabela abaixo, discordando-se frontalmente do critério utilizado pelo juízo de condição econômica e social das partes, o que vai de encontro aos princípios da responsabilidade civil, em especial a restituição integral e a igualdade, já que pessoas de condições sociais e econômicas mais baixas não podem ser penalizadas com valores indenizatórios pífios, já que as pessoas gozam de igual dignidade:

QUANTIFICAÇÃO

CRITÉRIO	JUÍZO	GRAU	JUSTIFICATIVA DO GRAU
PERDA DO PRAZER DE REALIZAR ATIVIDADES	POSITIVO	LEVE	Em razão da exposição da imagem do autor, ainda que injustamente, ficará constrangido em apanhar alguns passageiros no seu local de trabalho, além de ter de suportar as chacotas dos colegas de trabalho
PERDA DE POTENCIALIDADES ATUAIS OU FUTURAS	NEGATIVO		
PRECEDENTES SÓLIDOS EM CASOS SEMELHANTES	INEXISTE		
PERDA DE RELAÇÕES	NEGATIVO		
PERDA PROJETO DE VIDA	NEGATIVO		
EXCELÊNCIA EM ATIVIDADES DOMÉSTICAS OU DIÁRIAS	NEGATIVO		
EXCELÊNCIA EM ATIVIDADES PROFISSIONAIS	POSITIVO	LEVE	Por conta de tal fato, ainda que em nível leve, não poderá exercer na plenitude e com tranquilidade sua profissão no mesmo ponto

GRAU DE LESÃO AOS BENS JURÍDICOS	POSITIVO	GRAVE	Embora outras intercorrências relacionadas ao evento danoso não sejam tão gravosas, no tocante à gravidade em que os bens jurídicos foram atingidos, como por exemplo a honra, não há outra forma de avaliar que não seja pelo grau grave, na medida em que o rosto da vítima foi exposto em todo o estado como um criminoso no exercício de sua profissão
QUANTIDADE DE BENS JURÍDICOS	POSITIVO	MÉDIO	3 bens jurídicos
EXPERIÊNCIA ESTÉTICA	NEGATIVO		
JOGO	NEGATIVO		
NÍVEL SOFRIMENTO	POSITIVO	MÉDIO	A partir das regras de experiência é possível presumir o descalabro na vida social da vítima que é afetada por uma notícia infundada relacionando crimes à pessoa, não tão leve quanto uma revista íntima indevida nem tão grave quanto um acidente de trabalho
DURAÇÃO/INTENSIDADE	POSITIVO	GRAVE	A intensidade foi demasiada, haja vista a exposição do

			autor como criminoso para todo o estado do Pará
NECESSIDADE DE TRATAMENTO/CIRURGIA	NEGATIVO		
IRREVERSIBILIDADE	POSITIVO	MÉDIO	Mesmo que a exposição do autor tenha sido ampla, nada impede que a retratação seja efetuada, seja pelo jornal, seja pela própria vítima
CONDIÇÕES PESSOAIS RELEVANTES	POSITIVO	TRABALHO (MÉDIO)	Ligado ao exercício da profissão, da onde o autor tira o seu sustento
AFETAÇÃO NO MUNDO INTERIOR	POSITIVO	LEVE	Consciente de que não praticou qualquer ilícito criminal, a afetação interior é de baixo nível
AFETAÇÃO NO MUNDO EXTERIOR/SOCIAL	POSITIVO	MÉDIO	Os fatos ocasionaram um transtorno acima do nível leve para as atividades cotidianas da vítima, na medida em que o ilícito imputado está relacionado à sua profissão
REQUISITOS PARA APLICAÇÃO DOS <i>PUNITIVE DAMAGES</i>	NÃO HÁ ELEMENTOS SUFICIENTES PARA RESPONDER		Não foi possível analisar se a conduta foi reiterada; se houve profunda indiferença com a vítima; se foi maliciosamente arquitetada; se houve lucro com inércia de outras vítimas em mesma

			<p>situação, não sendo suficiente a gravidade do dano para justificar a indenização punitiva (<i>punitive damages</i>). Caso cabível, este autor defende que a decisão judicial deveria: a) ter um capítulo para fundamentar os requisitos e a fixação da indenização punitiva separada da verba compensatória; b) o valor da indenização punitiva seria destinado a um fundo; c) a decisão deveria ser lançada em uma plataforma pública para que outros juízes ao se depararem com o mesmo fato saibam quanto de indenização punitiva já foi fixada em casos envolvendo aquela lesão.</p>
OUTROS	NEGATIVO		

3.7 INTIMIDADE E VIDA PRIVADA

No caso 8 (nome das partes, decisão na íntegra, número do processo e nome do magistrado anexo), o autor da ação é um trabalhador que requereu indenização por danos morais em razão da instalação de câmeras nos banheiros da empresa, as quais estavam voltadas aos armários e portas dos banheiros, e que por isso foi exposto diariamente a constrangimentos.

Após regular andamento, o processo culminou com a sentença de mérito, que, no campo da identificação do dano moral, julgou procedente o pedido de indenização por dano moral, sustentando que houve violação do direito de imagem e intimidade, fixando o valor indenizatório na base de R\$ 2.000,00, mas não explicou as razões pelas quais alcançou este patamar.

No aspecto da identificação do dano moral, na dimensão jurídica exposta na presente pesquisa, inúmeros bens jurídicos extrapatrimoniais da vítima foram violados, como a intimidade – pela invasão a uma esfera de comportamento humano que o obreiro deseja guardar para si com exclusividade -, a imagem – pela visualização todos os dias em câmeras da imagem do obreiro sem autorização do mesmo - e liberdade – por fulminar a liberdade de escolha do empregado em ter ou não o seu armário e seu banheiro vistoriados por câmeras todos os dias, assim como também por fulminar a possibilidade de o empregado utilizar o banheiro como bem entender, por ficar inibido com a invasão das câmeras, conforme detalhado abaixo:

IDENTIFICAÇÃO

BEM JURÍDICO EXTRAPATRIMONIAL	POSITIVO/NEGATIVO	CORRESPONDENTE ÉTICO
IGUALDADE	NEGATIVO	AMIZADE/NÃO PREFERÊNCIA ARBITRÁRIA POR PESSOAS
CUIDADO EM RAZÃO DE VÍNCULOS DE PARENTESCO	NEGATIVO	SENTIMENTOS/RECURSOS PARA EXISTÊNCIA
VIDA/NÃO EXPOSIÇÃO AO PERIGO	NEGATIVO	VIDA/CORPO VULNERÁVEL
INTEGRIDADE FÍSICA	NEGATIVO	VIDA/CORPO VULNERÁVEL
INTEGRIDADE PSÍQUICA	NEGATIVO	VIDA/MENTE VULNERÁVEL/PAZ INTERIOR/SENTIMENTOS

HONRA	NEGATIVO	SENTIMENTOS/MENTE VULNERÁVEL/AMIZADE/PAZ INTERIOR
INTIMIDADE	POSITIVO	SENTIMENTOS/PAZ INTERIOR/MENTE VULNERÁVEL
IMAGEM	POSITIVO	CAPACIDADES
INTEGRIDADE CRIAÇÃO DO INTELECTO	NEGATIVO	SENTIMENTOS/EXPERIÊNCIA ESTÉTICA
PERDA DE ENTE QUERIDO	NEGATIVO	VIDA/SENTIMENTOS/PLANO COERENTE DE VIDA/MENTE VULNERÁVEL
AFETO A BENS MATERIAIS	NEGATIVO	SENTIMENTOS
PERDA DE UMA CHANCE	NEGATIVO	CAPACIDADES/PLANO COERENTE DE VIDA
LIBERDADE	POSITIVO	CAPACIDADES/CAPACIDADE DE INTERAGIR/PLANO COERENTE DE VIDA
PERDA DE TEMPO	NEGATIVO	EXCELÊNCIA EM PERFORMANCES/PLANO COERENTE DE VIDA/CAPACIDADES
OUTROS	NEGATIVO	

De outro lado, na perspectiva ética, ressalta-se o ideal de justiça corretiva visando a anular perdas imerecidas no campo existencial, com a violação dos bens humanos dos sentimentos – por aflingir o campo de sensações de vergonha do obreiro -, e capacidades – seja por impedir que o trabalhador tenha controle de sua imagem seja por acanhar a livre utilização do banheiro.

Ainda no aspecto ético, salienta-se a pertinência do bem comum e da felicidade/florescimento. O primeiro, porque trata-se de uma conduta que não é desejada de forma compartilhada, ferindo o bem comum pelo fato de a invasão arbitrária na intimidade do empregado pelo empregador configura uma violação a esquemas justos de encargos em uma sociedade; o segundo, porque o ato praticado contra a vítima em alguma medida afeta a plena existência e realização da mesma a partir da violação de bens humanos básicos.

No que toca à quantificação em termos éticos e jurídicos propugnados nessa tese, deve ser investigado o grau de lesão aos bens jurídicos (leve), a quantidade de bens jurídicos atingidos (médio), o nível do sofrimento (leve), a duração (médio), condições pessoais (médio) e afetação no mundo interior (leve), pelo que se considera como valor adequado para uma justa indenização a monta de R\$ 8.000,00 (3 médios e 3 leves), conforme tabela abaixo:

QUANTIFICAÇÃO

CRITÉRIO	JUÍZO	GRAU	JUSTIFICATIVA DO GRAU
PERDA DO PRAZER DE REALIZAR ATIVIDADES	NEGATIVO		
PERDA DE POTENCIALIDADES ATUAIS OU FUTURAS	NEGATIVO		
PRECEDENTES SÓLIDOS EM CASOS SEMELHANTES	INEXISTE		
PERDA DE RELAÇÕES	NEGATIVO		
PERDA PROJETO DE VIDA	NEGATIVO		
EXCELÊNCIA EM ATIVIDADES DOMÉSTICAS OU DIÁRIAS	NEGATIVO		

EXCELÊNCIA EM ATIVIDADES PROFISSIONAIS	NEGATIVO		
GRAU DE LESÃO AOS BENS JURÍDICOS	POSITIVO	LEVE	A ofensa à intimidade e outros bens jurídicos por conta de uma câmera instalada na porta de um banheiro não pode ser equiparada à ofensas mais graves as envolvendo vazamento de informações sobre estados de saúde ou mesmo de fotos íntimas
QUANTIDADE DE BENS JURÍDICOS	POSITIVO	MÉDIO	3 bens jurídicos
EXPERIÊNCIA ESTÉTICA	NEGATIVO		
JOGO	NEGATIVO		
NÍVEL SOFRIMENTO	POSITIVO	LEVE	Como as câmeras não estavam instaladas dentro do banheiro, mas sim direcionadas às portas dos banheiros, não é possível vislumbrar um sofrimento acima do nível leve
DURAÇÃO/INTENSIDADE	POSITIVO	MÉDIO	Foram alguns meses, o que não denota uma duração muito extensa
NECESSIDADE DE TRATAMENTO/CIRURGIA	NEGATIVO		
IRREVERSIBILIDADE	NEGATIVO		
CONDIÇÕES PESSOAIS RELEVANTES	POSITIVO	SUBORDINAÇÃO (MÉDIO)	Relação de subordinação

AFETAÇÃO NO MUNDO INTERIOR	POSITIVO	LEVE	Nos autos do processo em nenhum momento foi identificado que as imagens vazaram e outras pessoas tiveram acesso, pelo que não é possível concluir que a simples existência das câmeras geraram desequilíbrio psíquico acima do nível leve
AFETAÇÃO NO MUNDO EXTERIOR/SOCIAL	NEGATIVO		
REQUISITOS PARA APLICAÇÃO DOS <i>PUNITIVE DAMAGES</i>	NÃO HÁ ELEMENTOS SUFICIENTES PARA RESPONDER		Não foi possível analisar se a conduta foi reiterada; se houve profunda indiferença com a vítima; se foi maliciosamente arquitetada; se houve lucro com inércia de outras vítimas em mesma situação, não sendo suficiente a gravidade do dano para justificar a indenização punitiva (<i>punitive damages</i>). Caso cabível, este autor defende que a decisão judicial deveria: a) ter um capítulo para fundamentar os requisitos e a fixação da indenização punitiva separada da verba compensatória; b) o valor da indenização punitiva seria destinado a um fundo; c) a decisão deveria ser lançada em uma plataforma pública para que

			outros juízes ao se depararem com o mesmo fato saibam quanto de indenização punitiva já foi fixada em casos envolvendo aquela lesão.
OUTROS	NEGATIVO		

3.8 IMAGEM

No caso 9 (nome das partes, decisão na íntegra, número do processo e nome do magistrado anexo), a vítima tomou conhecimento por meio de um amigo da existência de um falso perfil em seu nome, oferecendo serviços de prostituição no site de relacionamentos “facebook”. No referido perfil havia a atribuição da vítima como prostituta, com sua foto, nome, e outras informações de cunho pessoal. Ressalta-se que mesmo após o registro de Boletim de Ocorrência e queixa/denúncia no próprio site, a empres excluiu o perfil apenas aproximadamente 7 meses depois, o que ocasionou constrangimentos em sua casa e local de trabalho.

Após regular andamento, o processo culminou com a sentença de mérito, que, no campo da identificação do dano moral, julgou procedente o pedido de indenização, sustentando que houve violação da honra e da imagem por ato omissivo da ré. E, no campo da quantificação, sustentou a fixação no patamar de R\$ 10.000,00 valendo-se dos critérios do nível econômico da vítima, capacidade financeira do ofensor, o vexame e transtorno causado e o grau de culpa do réu.

No aspecto da identificação do dano moral, na dimensão jurídica exposta na presente pesquisa, inúmeros bens jurídicos extrapatrimoniais da vítima foram violados, como a integridade psíquica – pela enorme angústia e abalo emocional causado pela omissão da ré -, a honra – por afrontar injustamente a reputação da vítima -, e a imagem – pela permissão por longos 7 meses da utilização da fisionomia da autora no perfil falso, mesmo após ter sido denunciado e avisado, conforme detalhado abaixo:

IDENTIFICAÇÃO

BEM JURÍDICO EXTRAPATRIMONIAL	POSITIVO/NEGATIVO	CORRESPONDENTE ÉTICO
IGUALDADE	NEGATIVO	AMIZADE/NÃO PREFERÊNCIA ARBITRÁRIA POR PESSOAS
CUIDADO EM RAZÃO DE VÍNCULOS DE PARENTESCO	NEGATIVO	SENTIMENTOS/RECURSOS PARA EXISTÊNCIA
VIDA/NÃO EXPOSIÇÃO AO PERIGO	NEGATIVO	VIDA/CORPO VULNERÁVEL
INTEGRIDADE FÍSICA	NEGATIVO	VIDA/CORPO VULNERÁVEL
INTEGRIDADE PSÍQUICA	POSITIVO	VIDA/MENTE VULNERÁVEL/PAZ INTERIOR/SENTIMENTOS
HONRA	POSITIVO	SENTIMENTOS/MENTE VULNERÁVEL/AMIZADE/PAZ INTERIOR
INTIMIDADE	NEGATIVO	SENTIMENTOS/PAZ INTERIOR/MENTE VULNERÁVEL
IMAGEM	POSITIVO	CAPACIDADES
INTEGRIDADE CRIAÇÃO DO INTELECTO	NEGATIVO	SENTIMENTOS/EXPERIÊNCIA ESTÉTICA
PERDA DE ENTE QUERIDO	NEGATIVO	VIDA/SENTIMENTOS/PLANO COERENTE DE VIDA/MENTE VULNERÁVEL
AFETO A BENS MATERIAIS	NEGATIVO	SENTIMENTOS

PERDA DE UMA CHANCE	NEGATIVO	CAPACIDADES/PLANO COERENTE DE VIDA
LIBERDADE	NEGATIVO	CAPACIDADES/CAPACIDADE DE INTERAGIR/PLANO COERENTE DE VIDA
PERDA DE TEMPO	NEGATIVO	EXCELÊNCIA EM PERFORMANCES/PLANO COERENTE DE VIDA/CAPACIDADES
OUTROS	NEGATIVO	

De outro lado, na perspectiva ética, ressalta-se o ideal de justiça corretiva visando a anular perdas imerecidas no campo existencial, com a violação dos bens humanos da mente vulnerável – pelo menoscabo à integridade psíquica -, sentimentos – por acarretar diversas sensações negativas, como a vergonha e humilhação - e capacidades – pela impossibilidade de a vítima gerir sua imagem.

Ainda no aspecto ético, salienta-se a pertinência do bem comum e da felicidade/florescimento. O primeiro, porque trata-se de uma conduta que não é desejada de forma compartilhada, ferindo o bem comum pelo fato de a criação de um negócio que movimenta milhões de pessoas sem a criação de mecanismos de prevenção e correção de informações configura uma violação a esquemas justos de encargos em uma sociedade; o segundo, porque o ato praticado contra a vítima em alguma medida afeta a plena existência e realização da mesma a partir da violação de bens humanos básicos.

No que toca à quantificação em termos éticos e jurídicos propugnados nessa tese, deve ser investigada a perda do prazer de realizar atividades (leve), a perda de relações (leve), o grau de lesão aos bens jurídicos (médio), a quantidade de bens jurídicos atingidos (médio), o nível do sofrimento (leve), a duração (médio), a irreversibilidade (leve), a afetação no mundo interior (leve) e exterior (leve), pelo que se considera como valor adequado para uma justa indenização a monta de R\$ 10.000,00 (3 médios e 5 leves), conforme tabela abaixo. Ressalta-se que embora tenha a pesquisa tenha alcançado o mesmo patamar da sentença, considera-se que a fundamentação aqui

exposada no tocante à identificação e quantificação se mostra revestida de maior coerência e completude.

QUANTIFICAÇÃO

CRITÉRIO	JUÍZO	GRAU	JUSTIFICATIVA DO GRAU
PERDA DO PRAZER DE REALIZAR ATIVIDADES	POSITIVO	LEVE	A vítima, em razão do perfil como prostituta, terá desconforto em espaços públicos que tenham tido acesso ao perfil, mas não em nível médio ou grave porque facilmente a autora conseguirá demonstrar que reclama pela exclusão do perfil falso
PERDA DE POTENCIALIDADES ATUAIS OU FUTURAS	NEGATIVO		
PRECEDENTES SÓLIDOS EM CASOS SEMELHANTES	INEXISTE		
PERDA DE RELAÇÕES	NEGATIVO		
PERDA PROJETO DE VIDA	NEGATIVO		
EXCELÊNCIA EM ATIVIDADES DOMÉSTICAS OU DIÁRIAS	NEGATIVO		
EXCELÊNCIA EM ATIVIDADES PROFISSIONAIS	NEGATIVO		

GRAU DE LESÃO AOS BENS JURÍDICOS	POSITIVO	MÉDIO	Considerando que o facebook é uma rede de relacionamento com grande amplitude, deve-se, no mínimo, considerar que o grau de lesão à honra da autora é médio
QUANTIDADE DE BENS JURÍDICOS	POSITIVO	MÉDIO	3 bens jurídicos
EXPERIÊNCIA ESTÉTICA	NEGATIVO		
JOGO	NEGATIVO		
NÍVEL SOFRIMENTO	POSITIVO	LEVE	Pelas regras de experiência é possível presumir o transtorno e constrangimento que uma mulher sofra por um perfil falso em rede social
DURAÇÃO/INTENSIDADE	POSITIVO	MÉDIO	Foram alguns meses de omissão do réu, não tão baixo quanto um ato isolado, nem tão duradouro quanto uma debilidade permanente
NECESSIDADE DE TRATAMENTO/CIRURGIA	NEGATIVO		
IRREVERSIBILIDADE	POSITIVO	LEVE	Embora leve, alguns contatos da vítima ficarão na dúvida sobre a veracidade ou não do perfil
CONDIÇÕES PESSOAIS RELEVANTES	NEGATIVO		
AFETAÇÃO NO MUNDO INTERIOR	POSITIVO	LEVE	Ainda que de forma leve, o balanço psíquico afligiu a autora, na medida em que ficou envergonhada e constrangida

			como mulher diante das especulações de prostituição
AFETAÇÃO NO MUNDO EXTERIOR/SOCIAL	POSITIVO	LEVE	Mesmo que a vítima tenha ciência inerquívoca de que não atua com prostituição, sabe-se que seja por meio de brincadeiras, seja por meio de crenças sólidas, a autora ficará sujeita ao sabor das especulações
REQUISITOS PARA APLICAÇÃO DOS <i>PUNITIVE DAMAGES</i>	NÃO HÁ ELEMENTOS SUFICIENTES PARA RESPONDER		Não foi possível analisar se a conduta foi reiterada; se houve profunda indiferença com a vítima; se foi maliciosamente arquitetada; se houve lucro com inércia de outras vítimas em mesma situação, não sendo suficiente a gravidade do dano para justificar a indenização punitiva (<i>punitive damages</i>). Caso cabível, este autor defende que a decisão judicial deveria: a) ter um capítulo para fundamentar os requisitos e a fixação da indenização punitiva separada da verba compensatória; b) o valor da indenização punitiva seria destinado a um fundo; c) a decisão deveria ser lançada em uma plataforma pública para que outros juízes ao se depararem com

			o mesmo fato saibam quanto de indenização punitiva já foi fixada em casos envolvendo aquela lesão.
OUTROS	NEGATIVO		

3.9 INTEGRIDADE DA CRIAÇÃO DO INTELECTO

No caso 10 (nome das partes, decisão na íntegra, número do processo e nome do magistrado anexo), o autor da ação foi vencedor de dois concursos promovidos pelo réu, sendo um na categoria poesia – com a promessa de impressão e lançamento da obra com mil exemplares – e outro na categoria música popular – com promessa de produção, impressão e lançamento de um CD e realização de um show para lançamento, contudo, nenhuma premiação estabelecida foi cumprida.

Após regular andamento processual, a demanda foi julgada procedente, considerando que houve violação da honra e imagem do autor, fixando o valor da indenização em R\$ 25.000,00 justificando as bases do quantum na mudança de rotina e no abalo espiritual sofrido pela vítima.

No aspecto da identificação do dano moral, na dimensão jurídica exposta na presente pesquisa, inúmeros bens jurídicos extrapatrimoniais da vítima foram violados, como a integridade da criação do intelecto – pelo vilipêndio do valor que a poesia e a música do artista gozariam com o cumprimento do prêmio, portanto, sua criação intelectual foi banalizada e aviltada - e a proteção contra a perda de tempo útil – na medida em que as burocracias e descumprimentos por parte do réu fizeram o autor despender enorme energia e tempo ao projeto dos dois concursos para que ao final nada fosse cumprido -, conforme detalhado abaixo:

IDENTIFICAÇÃO

BEM EXTRAPATRIMONIAL	JURÍDICO	POSITIVO/NEGATIVO	CORRESPONDENTE ÉTICO
-------------------------	----------	-------------------	----------------------

IGUALDADE	NEGATIVO	AMIZADE/NÃO PREFERÊNCIA ARBITRÁRIA POR PESSOAS
CUIDADO EM RAZÃO DE VÍNCULOS DE PARENTESCO	NEGATIVO	SENTIMENTOS/RECURSOS PARA EXISTÊNCIA
VIDA/NÃO EXPOSIÇÃO AO PERIGO	NEGATIVO	VIDA/CORPO VULNERÁVEL
INTEGRIDADE FÍSICA	NEGATIVO	VIDA/CORPO VULNERÁVEL
INTEGRIDADE PSÍQUICA	NEGATIVO	VIDA/MENTE VULNERÁVEL/PAZ INTERIOR/SENTIMENTOS
HONRA	NEGATIVO	SENTIMENTOS/MENTE VULNERÁVEL/AMIZADE/PAZ INTERIOR
INTIMIDADE	NEGATIVO	SENTIMENTOS/PAZ INTERIOR/MENTE VULNERÁVEL
IMAGEM	NEGATIVO	CAPACIDADES
INTEGRIDADE CRIAÇÃO DO INTELECTO	POSITIVO	SENTIMENTOS/EXPERIÊNCIA ESTÉTICA
PERDA DE ENTE QUERIDO	NEGATIVO	VIDA/SENTIMENTOS/PLANO COERENTE DE VIDA/MENTE VULNERÁVEL
AFETO A BENS MATERIAIS	NEGATIVO	SENTIMENTOS
PERDA DE UMA CHANCE	NEGATIVO	CAPACIDADES/PLANO COERENTE DE VIDA

LIBERDADE	NEGATIVO	CAPACIDADES/CAPACIDADE DE INTERAGIR/PLANO COERENTE DE VIDA
PERDA DE TEMPO	POSITIVO	EXCELÊNCIA EM PERFORMANCES/PLANO COERENTE DE VIDA/CAPACIDADES
OUTROS	NEGATIVO	

De outro lado, na perspectiva ética, ressalta-se o ideal de justiça corretiva visando a anular perdas imerecidas no campo existencial, com a violação dos bens humanos dos sentimentos – pelo desrespeito ao vínculo que liga a obra a um artista -, da experiência estética – pelo ofuscamento da plena realização das duas obras vencedoras dos concursos - e excelência em performances – haja vista tomada de tempo desnecessário da vida do artista.

Ainda no aspecto ético, salienta-se a pertinência do bem comum e da felicidade/florescimento. O primeiro, porque trata-se de uma conduta que não é desejada de forma compartilhada, ferindo o bem comum pelo fato de que o amesquinamento de obras artísticas a partir da violação de expectativas criadas configura uma violação a esquemas justos de encargos em uma sociedade; o segundo, porque o ato praticado contra a vítima em alguma medida afeta a plena existência e realização da mesma a partir da violação de bens humanos básicos.

No que toca à quantificação em termos éticos e jurídicos propugnados nessa tese, deve ser investigada a perda do prazer de realizar atividades (leve), perda de projeto de vida (médio), perda de excelência em performances profissionais (médio), o grau de lesão aos bens jurídicos (médio), a quantidade de bens jurídicos atingidos (leve), a violação da experiência estética (leve), o nível do sofrimento (leve), a duração (leve), a irreversibilidade (leve) e a afetação no mundo exterior (leve), pelo que se considera como valor adequado para uma justa indenização a monta de R\$ 30.000,00 (3 médios e 7 leves), conforme tabela abaixo:

QUANTIFICAÇÃO

CRITÉRIO	JUÍZO	GRAU	JUSTIFICATIVA DO GRAU
PERDA DO PRAZER DE REALIZAR ATIVIDADES	POSITIVO	LEVE	Por conta do descumprimento do réu, a vítima se sentiu frustrada quando a poesia e música vencedoras, causando desânimo em relação as atividades culturais dessas duas obras em um nível leve porque o artista pode aproveitá-las para outros planos
PERDA DE POTENCIALIDADES ATUAIS OU FUTURAS	NEGATIVO		
PRECEDENTES SÓLIDOS EM CASOS SEMELHANTES	INEXISTE		
PERDA DE RELAÇÕES	NEGATIVO		
PERDA PROJETO DE VIDA	POSITIVO	MÉDIO	Por conta do ato ilícito, o artista teve os planejamentos de edição de livro e álbum obstaculizados, mas não em nível grave porque outros projetos podem ser postos em prática
EXCELÊNCIA EM ATIVIDADES DOMÉSTICAS OU DIÁRIAS	NEGATIVO		

EXCELÊNCIA ATIVIDADES PROFISSIONAIS	EM	POSITIVO	MÉDIO	É inequívoco que o dano suportado pelo autor impediu que o mesmo obtivesse a excelência na divulgação e suas obras em nível médio, não tão leve como um a perda de um dia de compras, nem tão grave como uma amputação de um braço em relação a atividade de jardinagem
GRAU DE LESÃO AOS BENS JURÍDICOS		POSITIVO	MÉDIO	A integridade do intelecto foi desrespeitada e vilipendiada, não em um nível leve como uma execução em um programa ou filme sem o crédito da composição nem em nível grave como a destruição de uma escultura ou quadro
QUANTIDADE DE BENS JURÍDICOS		POSITIVO	LEVE	2 bens jurídicos
EXPERIÊNCIA ESTÉTICA		POSITIVO	LEVE	A edição do livro e do álbum impediu o autor de gozar de um contato mais intenso com a sua obra, vivenciando a experiência estética
JOGO		NEGATIVO		
NÍVEL SOFRIMENTO		POSITIVO	LEVE	Nível leve, na medida em que o ato ilícito atingiu apenas parte das obras do artista, que não dedica a sua vida a apenas estas obras, não

			sendo possível concluir por um nível de sofrimento mais intenso
DURAÇÃO/INTENSIDADE	POSITIVO	LEVE	No momento que não houve o cumprimento da premiação, este se revela como um ato isolado e específico, não se delongando mais no tempo
NECESSIDADE DE TRATAMENTO/CIRURGIA	NEGATIVO		
IRREVERSIBILIDADE	POSITIVO	LEVE	Porque o autor está livre para empreender com sua poesia e música por outros meios, sendo em parte reversível
CONDIÇÕES PESSOAIS RELEVANTES	NEGATIVO		
AFETAÇÃO NO MUNDO INTERIOR	NEGATIVO		
AFETAÇÃO NO MUNDO EXTERIOR/SOCIAL	POSITIVO	LEVE	A divulgação do livro de poesias e do álbum de músicas geraria um impacto na relação do artista com a sociedade que teria acesso a essas obras, portanto, com afetação em nível social, mas em nível leve uma vez que
REQUISITOS PARA APLICAÇÃO DOS <i>PUNITIVE DAMAGES</i>	NÃO HÁ ELEMENTOS SUFICIENTES PARA RESPONDER		Não foi possível analisar se a conduta foi reiterada; se houve profunda indiferença com a vítima; se foi maliciosamente arquitetada; se houve lucro com inércia de outras vítimas em mesma situação,

			não sendo suficiente a gravidade do dano para justificar a indenização punitiva (<i>punitive damages</i>). Caso cabível, este autor defende que a decisão judicial deveria: a) ter um capítulo para fundamentar os requisitos e a fixação da indenização punitiva separada da verba compensatória; b) o valor da indenização punitiva seria destinado a um fundo; c) a decisão deveria ser lançada em uma plataforma pública para que outros juízes ao se depararem com o mesmo fato saibam quanto de indenização punitiva já foi fixada em casos envolvendo aquela lesão.
OUTROS	NEGATIVO		

3.10 PERDA DE ENTE QUERIDO

No caso 11 (nome das partes, decisão na íntegra, número do processo e nome do magistrado anexo), a autora suportou a morte de seu filho de 23 anos de idade provocado por um microônibus de propriedade da ré, tendo morte espontânea no local do acidente.

Após regular andamento, o processo culminou com a sentença de mérito, que, no campo da identificação do dano moral, julgou procedente o pedido de indenização por dano moral, sustentando que houve sofrimento humano imensurável, fixando o valor indenizatório no patamar de R\$ 20.000,00 sem qualquer justificativa.

No aspecto da identificação do dano moral, na dimensão jurídica exposta na presente pesquisa, inúmeros bens jurídicos extrapatrimoniais da vítima foram violados, como a vida – por

ter fulminado a existência biológica de um ser humano –, a integridade psíquica – em razão do desequilíbrio emocional causado à autora - e a proteção contra a perda de ente querido – por ter ocasionado a morte do filho da autora, conforme detalhado abaixo:

IDENTIFICAÇÃO

BEM JURÍDICO EXTRAPATRIMONIAL	POSITIVO/NEGATIVO	CORRESPONDENTE ÉTICO
IGUALDADE	NEGATIVO	AMIZADE/NÃO PREFERÊNCIA ARBITRÁRIA POR PESSOAS
CUIDADO EM RAZÃO DE VÍNCULOS DE PARENTESCO	NEGATIVO	SENTIMENTOS/RECURSOS PARA EXISTÊNCIA
VIDA/NÃO EXPOSIÇÃO AO PERIGO	POSITIVO	VIDA/CORPO VULNERÁVEL
INTEGRIDADE FÍSICA	NEGATIVO	VIDA/CORPO VULNERÁVEL
INTEGRIDADE PSÍQUICA	POSITIVO	VIDA/MENTE VULNERÁVEL/PAZ INTERIOR/SENTIMENTOS
HONRA	NEGATIVO	SENTIMENTOS/MENTE VULNERÁVEL/AMIZADE/PAZ INTERIOR
INTIMIDADE	NEGATIVO	SENTIMENTOS/PAZ INTERIOR/MENTE VULNERÁVEL
IMAGEM	NEGATIVO	CAPACIDADES
INTEGRIDADE CRIAÇÃO DO INTELECTO	NEGATIVO	SENTIMENTOS/EXPERIÊNCIA ESTÉTICA

PERDA DE ENTE QUERIDO	POSITIVO	VIDA/SENTIMENTOS/PLANO COERENTE DE VIDA/MENTE VULNERÁVEL
AFETO A BENS MATERIAIS	NEGATIVO	SENTIMENTOS
PERDA DE UMA CHANCE	NEGATIVO	CAPACIDADES/PLANO COERENTE DE VIDA
LIBERDADE	NEGATIVO	CAPACIDADES/CAPACIDADE DE INTERAGIR/PLANO COERENTE DE VIDA
PERDA DE TEMPO	NEGATIVO	EXCELÊNCIA EM PERFORMANCES/PLANO COERENTE DE VIDA/CAPACIDADES
OUTROS	NEGATIVO	

De outro lado, na perspectiva ética, ressalta-se o ideal de justiça corretiva visando a anular perdas imerecidas no campo existencial, com a violação dos bens humanos da mente vulnerável – pelo menoscabo à integridade psíquica -, plano coerente de vida – pela necessidade forçosa de alterar alguns rumos de sua vida em razão do da morte do filho -, dos sentimentos – pelo desrespeito ao vínculo umbilical que liga uma mãe a um filho – e vida, haja vista o menosprezo ao bem humano que é pressuposto para o exercício de todos os outros bens humanos e jurídicos.

Ainda no aspecto ético, salienta-se a pertinência do bem comum e da felicidade/florescimento. O primeiro, porque trata-se de uma conduta que não é desejada de forma compartilhada, ferindo o bem comum pelo fato de que a imprudência no trânsito, colocando em risco a vida de passageiros e pedestres, configura uma violação a esquemas justos de encargos em uma sociedade; o segundo, porque o ato praticado contra a vítima em alguma medida afeta a plena existência e realização da mesma a partir da violação de bens humanos básicos.

No que toca à quantificação em termos éticos e jurídicos propugnados nessa tese, deve ser investigada a perda do prazer de realizar atividades (grave), a perda de relações (grave), a perda de

projeto de vida (médio), a perda da excelência em atividades cotidianas (médio), o grau de lesão aos bens jurídicos (grave), a quantidade de bens jurídicos atingidos (médio), o nível do sofrimento (grave), a duração (grave), a irreversibilidade (grave), as condições pessoais relevantes (grave) e afetação no mundo interior (grave), pelo que se considera como valor adequado para uma justa indenização a monta de R\$ 200.000,00 (8 graves, 3 médios e 1 leve), conforme tabela abaixo:

QUANTIFICAÇÃO

CRITÉRIO	JUÍZO	GRAU	JUSTIFICATIVA DO GRAU
PERDA DO PRAZER DE REALIZAR ATIVIDADES	POSITIVO	GRAVE	Atividades como visitar a casa do filho, passear com o filho, relembrar histórias juntos foram absolutamente extirpadas
PERDA DE POTENCIALIDADES ATUAIS OU FUTURAS	POSITIVO	LEVE	Perda de desenvolver novas potencialidades ao lado do filho, como abrir negócios e aprendizados mútuos
PRECEDENTES SÓLIDOS EM CASOS SEMELHANTES	INEXISTE		
PERDA DE RELAÇÕES	POSITIVO	GRAVE	Perda de uma das maiores relações afetivas da experiência humana, a relação de mãe e filho
PERDA PROJETO DE VIDA	POSITIVO	MÉDIO	Planejamentos de receber ajuda, carinho, amparo e outros projetos foram encerrados, contudo em nível médio haja vista que filhos não ficam com os pais pra sempre
EXCELÊNCIA EM ATIVIDADES	POSITIVO	MÉDIO	A ausência de seu filho prejudiciará a autora em atingir a

DOMÉSTICAS DIÁRIAS	OU			plenitude em algumas atividades que poderiam ter o auxílio de seu filho
EXCELÊNCIA ATIVIDADES PROFISSIONAIS	EM	NEGATIVO		
GRAU DE LESÃO AOS BENS JURÍDICOS		POSITIVO	GRAVE	Violação da relação com filhos representa o grau máximo em questão de lesão a bens jurídicos, em razão do vínculo inextirpável que se cria entre uma mãe e um filho
QUANTIDADE DE BENS JURÍDICOS		POSITIVO	MÉDIO	3 bens jurídicos
EXPERIÊNCIA ESTÉTICA		NEGATIVO		
JOGO		NEGATIVO		
NÍVEL SOFRIMENTO		POSITIVO	GRAVE	Certamente um dos maiores sofrimentos que qualquer espécie animal pode vivenciar, a perda de um filho. Representa o nível máximo
DURAÇÃO/INTENSIDADE		POSITIVO	GRAVE	Grave porque durará a vida inteira da autora, a qual em condições normais teria a companhia de seu filho por toda a sua vida
NECESSIDADE TRATAMENTO/CIRURGIA	DE	NEGATIVO		
IRREVERSIBILIDADE		POSITIVO	GRAVE	Quando a vida acaba, nenhuma técnica é capaz de trazê-la de volta

CONDIÇÕES PESSOAIS RELEVANTES	POSITIVO	GRAVE	Morte de filho e não de outro parente mais distante, o qual ampara os pais idosos e supre diversos campos afetivos e materiais
AFETAÇÃO NO MUNDO INTERIOR	POSITIVO	GRAVE	Dor e sofrimento que durarão para sempre
AFETAÇÃO NO MUNDO EXTERIOR/SOCIAL	NEGATIVO	BIS IN IDEN (perda de relações)	
REQUISITOS PARA APLICAÇÃO DOS <i>PUNITIVE DAMAGES</i>	NÃO HÁ ELEMENTOS SUFICIENTES PARA RESPONDER		Não foi possível analisar se a conduta foi reiterada; se houve profunda indiferença com a vítima; se foi maliciosamente arquitetada; se houve lucro com inércia de outras vítimas em mesma situação, não sendo suficiente a gravidade do dano para justificar a indenização punitiva (<i>punitive damages</i>). Caso cabível, este autor defende que a decisão judicial deveria: a) ter um capítulo para fundamentar os requisitos e a fixação da indenização punitiva separada da verba compensatória; b) o valor da indenização punitiva seria destinado a um fundo; c) a decisão

			deveria ser lançada em uma plataforma pública para que outros juízes ao se depararem com o mesmo fato saibam quanto de indenização punitiva já foi fixada em casos envolvendo aquela lesão.
OUTROS	NEGATIVO		

3.11 AFETO A BENS MATERIAIS

No caso 12 (nome das partes, decisão na íntegra, número do processo e nome do magistrado anexo), a vítima suportou a destruição de parte de sua casa e móveis que lhe guarneciam por conta de uma obra realizada pela ré, causando-lhe prejuízos materiais no valor de R\$ 100.000,00. Após regular andamento, o processo culminou com a sentença de mérito, que, no campo da identificação do dano moral, julgou procedente o pedido de indenização por dano moral, fixando-o no valor de R\$ 30.000,00, sem qualquer fundamentação no aspecto da identificação e da quantificação.

No aspecto da identificação do dano moral, na dimensão jurídica exposta na presente pesquisa, inúmeros bens jurídicos extrapatrimoniais da vítima foram violados, como a integridade psíquica – haja vista o desequilíbrio na higidez mental da vítima, que se viu frustrada diante da impossibilidade de possuir seu lar na plenitude -, a perda de tempo útil – considerando as inúmeras obras necessárias para reparar o dano causado, com todo o transtorno inerente aos infortúnios de uma construção – e a violação do afeto a bens materiais – em razão do valor sentimental que a autora possui com a estrutura e os móveis da casa, construídos pacientemente ao longo dos anos -, conforme detalhado abaixo:

IDENTIFICAÇÃO

BEM JURÍDICO EXTRAPATRIMONIAL	POSITIVO/NEGATIVO	CORRESPONDENTE ÉTICO
IGUALDADE	NEGATIVO	AMIZADE/NÃO PREFERÊNCIA ARBITRÁRIA POR PESSOAS
CUIDADO EM RAZÃO DE VÍNCULOS DE PARENTESCO	NEGATIVO	SENTIMENTOS/RECURSOS PARA EXISTÊNCIA
VIDA/NÃO EXPOSIÇÃO AO PERIGO	NEGATIVO	VIDA/CORPO VULNERÁVEL
INTEGRIDADE FÍSICA	NEGATIVO	VIDA/CORPO VULNERÁVEL
INTEGRIDADE PSÍQUICA	POSITIVO	VIDA/MENTE VULNERÁVEL/PAZ INTERIOR/SENTIMENTOS
HONRA	NEGATIVO	SENTIMENTOS/MENTE VULNERÁVEL/AMIZADE/PAZ INTERIOR
INTIMIDADE	NEGATIVO	SENTIMENTOS/PAZ INTERIOR/MENTE VULNERÁVEL
IMAGEM	NEGATIVO	CAPACIDADES
INTEGRIDADE CRIAÇÃO DO INTELECTO	NEGATIVO	SENTIMENTOS/EXPERIÊNCIA ESTÉTICA
PERDA DE ENTE QUERIDO	NEGATIVO	VIDA/SENTIMENTOS/PLANO COERENTE DE VIDA/MENTE VULNERÁVEL

AFETO A BENS MATERIAIS	POSITIVO	SENTIMENTOS
PERDA DE UMA CHANCE	NEGATIVO	CAPACIDADES/PLANO COERENTE DE VIDA
LIBERDADE	NEGATIVO	CAPACIDADES/CAPACIDADE DE INTERAGIR/PLANO COERENTE DE VIDA
PERDA DE TEMPO	POSITIVO	EXCELÊNCIA EM PERFORMANCES/PLANO COERENTE DE VIDA/CAPACIDADES
OUTROS	NEGATIVO	

De outro lado, na perspectiva ética, ressalta-se o ideal de justiça corretiva visando a anular perdas imerecidas no campo existencial, com a violação dos bens humanos da mente vulnerável – pelo menoscabo à integridade psíquica -, sentimentos – pelo desrespeito a vínculo afetivo da autora com seus bens -, e excelência em performances – haja vista tomada de tempo desnecessário que os danos aos seus bens ocasionaram.

Ainda no aspecto ético, salienta-se a pertinência do bem comum e da felicidade/florescimento. O primeiro, porque trata-se de uma conduta que não é desejada de forma compartilhada, ferindo o bem comum pelo fato de que a construção de obras sem o devido cuidado com imóveis vizinhos configura uma violação a esquemas justos de encargos em uma sociedade; o segundo, porque o ato praticado contra a vítima em alguma medida afeta a plena existência e realização da mesma a partir da violação de bens humanos básicos.

No que toca à quantificação em termos éticos e jurídicos propugnados nessa tese, deve ser investigada a perda de excelência em performances (grave), o grau de lesão aos bens jurídicos (médio), a quantidade de bens jurídicos (médio), o nível do sofrimento (médio), a duração (médio), a irreversibilidade (médio), condições pessoais (grave) e afetação no mundo interior (leve), pelo que se considera como valor adequado para uma justa indenização a monta de R\$ 45.000,00 (2 graves, 4 médios e 1 leves), conforme tabela abaixo:

QUANTIFICAÇÃO

CRITÉRIO	JUÍZO	GRAU	JUSTIFICATIVA DO GRAU
PERDA DO PRAZER DE REALIZAR ATIVIDADES	NEGATIVO		
PERDA DE POTENCIALIDADES ATUAIS OU FUTURAS	NEGATIVO		
PRECEDENTES SÓLIDOS EM CASOS SEMELHANTES	INEXISTE		
PERDA DE RELAÇÕES	NEGATIVO		
PERDA PROJETO DE VIDA	NEGATIVO		
EXCELÊNCIA EM ATIVIDADES DOMÉSTICAS OU DIÁRIAS	POSITIVO	GRAVE	O abalo na estrutura do imóvel e móveis é suficiente para impedir que diversas atividades não sejam exercidas em sua excelência, desde uma boa noite de sono até momentos de lazer no interior da casa
EXCELÊNCIA EM ATIVIDADES PROFISSIONAIS	NEGATIVO		
GRAU DE LESÃO AOS BENS JURÍDICOS	POSITIVO	MÉDIO	Os bens jurídicos violados não se comparam a meros ataques pontuais à honra ou integridade psíquica, nem tampouco estão em uma dimensão tão grave

			quanto a perda de ente querido, de modo que pode ser estabelecida em nível médio
QUANTIDADE DE BENS JURÍDICOS	POSITIVO	MÉDIO	3 bens jurídicos
EXPERIÊNCIA ESTÉTICA	NEGATIVO		
JOGO	NEGATIVO		
NÍVEL SOFRIMENTO	POSITIVO	MÉDIO	Pelas regras de experiência é possível presumir o nível de sofrimento pelo abalo da estrutura da casa, pois a autora teve que realizar reformas e alterar seu dia a dia
DURAÇÃO/INTENSIDADE	POSITIVO	MÉDIO	Foram alguns meses até que a reforma fosse concluída, não tão leve quanto um ato isolado de agressão, nem tão grave quanto a perda de um filho, que dura uma vida inteira
NECESSIDADE DE TRATAMENTO/CIRURGIA	NEGATIVO		
IRREVERSIBILIDADE	POSITIVO	MÉDIO	É difícil imaginar que a reforma feita trará o imóvel e móveis do mesmo jeito que se encontravam antes, mas ainda sim é possível vislumbrar de forma aproximativa, pelo que se encontra no nível médio
CONDIÇÕES PESSOAIS RELEVANTES	POSITIVO	MORADIA (GRAVE)	Local de moradia, na medida em que é um local de descanso,

			lazer e paz e não se compara a outros bens materiais que o ser humano possa sentir afeto
AFETAÇÃO NO MUNDO INTERIOR	POSITIVO	LEVE	O equilíbrio mental é atingido em nível leve porque os aborrecimentos e preocupações com a edificação não se comparam a níveis graves como a perda de membros do corpo nem a níveis médios como a frustração vivida pela ausência da figura paterna
AFETAÇÃO NO MUNDO EXTERIOR/SOCIAL	NEGATIVO		
REQUISITOS PARA APLICAÇÃO DOS <i>PUNITIVE DAMAGES</i>	NÃO HÁ ELEMENTOS SUFICIENTES PARA RESPONDER		Não foi possível analisar se a conduta foi reiterada; se houve profunda indiferença com a vítima; se foi maliciosamente arquitetada; se houve lucro com inércia de outras vítimas em mesma situação, não sendo suficiente a gravidade do dano para justificar a indenização punitiva (<i>punitive damages</i>). Caso cabível, este autor defende que a decisão judicial deveria: a) ter um capítulo para fundamentar os requisitos e a fixação da indenização punitiva separada da verba

			compensatória; b) o valor da indenização punitiva seria destinado a um fundo; c) a decisão deveria ser lançada em uma plataforma pública para que outros juízes ao se depararem com o mesmo fato saibam quanto de indenização punitiva já foi fixada em casos envolvendo aquela lesão.
OUTROS	NEGATIVO		

3.12 PERDA DE UMA CHANCE

No caso 13 (nome das partes, decisão na íntegra, número do processo e nome do magistrado anexo), o autor trabalhava no cargo de gerente de relacionamentos, e, após atingir uma referida meta, não obteve o cumprimento da premiação prometida pelo empregador, qual seja uma viagem para Nova York por 11 dias com direito a acompanhante.

Após regular andamento, o processo culminou com a sentença de mérito, que, no campo da identificação do dano moral, julgou procedente o pedido de indenização, sustentando que houve violação do bem jurídico da proteção contra a perda de uma chance, fixando o valor indenizatório na base de R\$ 26.723,72 a partir da justificativa da frustração e necessidade de coibição pedagógica dos atos do réu.

No aspecto da identificação do dano moral, na dimensão jurídica exposta na presente pesquisa, foi violado o bem jurídico relacionado a proteção contra a perda de uma chance séria e efetiva, em relação a qual deve ser assegurada indenização por dano moral, conforme detalhado abaixo:

IDENTIFICAÇÃO

BEM JURÍDICO EXTRAPATRIMONIAL	POSITIVO/NEGATIVO	CORRESPONDENTE ÉTICO
IGUALDADE	NEGATIVO	AMIZADE/NÃO PREFERÊNCIA ARBITRÁRIA POR PESSOAS
CUIDADO EM RAZÃO DE VÍNCULOS DE PARENTESCO	NEGATIVO	SENTIMENTOS/RECURSOS PARA EXISTÊNCIA
VIDA/NÃO EXPOSIÇÃO AO PERIGO	NEGATIVO	VIDA/CORPO VULNERÁVEL
INTEGRIDADE FÍSICA	NEGATIVO	VIDA/CORPO VULNERÁVEL
INTEGRIDADE PSÍQUICA	NEGATIVO	VIDA/MENTE VULNERÁVEL/PAZ INTERIOR/SENTIMENTOS
HONRA	NEGATIVO	SENTIMENTOS/MENTE VULNERÁVEL/AMIZADE/PAZ INTERIOR
INTIMIDADE	NEGATIVO	SENTIMENTOS/PAZ INTERIOR/MENTE VULNERÁVEL
IMAGEM	NEGATIVO	CAPACIDADES
INTEGRIDADE CRIAÇÃO DO INTELECTO	NEGATIVO	SENTIMENTOS/EXPERIÊNCIA ESTÉTICA
PERDA DE ENTE QUERIDO	NEGATIVO	VIDA/SENTIMENTOS/PLANO COERENTE DE VIDA/MENTE VULNERÁVEL

AFETO A BENS MATERIAIS	NEGATIVO	SENTIMENTOS
PERDA DE UMA CHANCE	POSITIVO	CAPACIDADES/PLANO COERENTE DE VIDA
LIBERDADE	NEGATIVO	CAPACIDADES/CAPACIDADE DE INTERAGIR/PLANO COERENTE DE VIDA
PERDA DE TEMPO	NEGATIVO	EXCELÊNCIA EM PERFORMANCES/PLANO COERENTE DE VIDA/CAPACIDADES
OUTROS	NEGATIVO	

De outro lado, na perspectiva ética, ressalta-se o ideal de justiça corretiva visando a anular perdas imerecidas no campo existencial, com a violação dos bens humanos do plano coerente de vida – pela frustração de uma meta racionalmente traçada relacionada à viagem prometida. Ainda no aspecto ético, salienta-se a pertinência do bem comum e da felicidade/florescimento. O primeiro, porque trata-se de uma conduta que não é desejada de forma compartilhada, ferindo o bem comum pelo fato de que o estabelecimento de prêmios falsos aos trabalhadores que se esforçam diuturnamente para perseguir os objetivos configura uma violação a esquemas justos de encargos em uma sociedade; o segundo, porque o ato praticado contra a vítima em alguma medida afeta a plena existência e realização da mesma a partir da violação de bens humanos básicos.

No que toca à quantificação em termos éticos e jurídicos propugnados nessa tese, deve ser investigada a perda de projeto de vida (leve), o grau de lesão ao bem jurídico (leve), a quantidade de bens jurídicos atingidos (leve), a perda de excelência em atividades (leve) e a afetação no mundo exterior (leve), pelo que se considera como valor adequado para uma justa indenização a monta de R\$ 5.000,00 (5 leves), conforme tabela abaixo, isso tudo sem prejuízo da indenização por dano material, que deve compreender o valor das passagens, hospedagem, etc., valor este que ultrapassará em muito a indenização por dano moral, mas possui uma natureza e propósito distinto.

QUANTIFICAÇÃO

CRITÉRIO	JUÍZO	GRAU	JUSTIFICATIVA DO GRAU
PERDA DO PRAZER DE REALIZAR ATIVIDADES	NEGATIVO		
PERDA DE POTENCIALIDADES ATUAIS OU FUTURAS	NEGATIVA		
PRECEDENTES SÓLIDOS EM CASOS SEMELHANTES	INEXISTE		
PERDA DE RELAÇÕES	NEGATIVO		
PERDA PROJETO DE VIDA	POSITIVO	LEVE	Ainda que de forma leve, uma viagem em família pode ser considerada um planejamento sério digno de proteção. Ou seja, tendo arruinado as férias e passeios em família, fulminou um plano previamente estabelecido
EXCELÊNCIA EM ATIVIDADES DOMÉSTICAS OU DIÁRIAS	NEGATIVO		
EXCELÊNCIA EM ATIVIDADES PROFISSIONAIS	POSITIVO	LEVE	Desrespeito com as metas cumpridas, que de nada serviram para angariar o prêmio
GRAU DE LESÃO AOS BENS JURÍDICOS	POSITIVO	LEVE	Na medida em que a perda de uma chance de uma viagem não pode ser considerada grave como uma perda

			de um filho nem média como a não entrega de um imóvel
QUANTIDADE DE BENS JURÍDICOS	POSITIVO	LEVE	1 bem jurídico
EXPERIÊNCIA ESTÉTICA	NEGATIVO		
JOGO	NEGATIVO		
NÍVEL SOFRIMENTO	NEGATIVO		
DURAÇÃO/INTENSIDADE	NEGATIVO		
NECESSIDADE DE TRATAMENTO/CIRURGIA	NEGATIVO		
IRREVERSIBILIDADE	NEGATIVO		
CONDIÇÕES PESSOAIS RELEVANTES	NEGATIVO		
AFETAÇÃO NO MUNDO INTERIOR	NEGATIVO		
AFETAÇÃO NO MUNDO EXTERIOR/SOCIAL	POSITIVO	LEVE	Ainda que de forma leve, a vítima deixou de gozar de momentos de descontração e lazer com sua família, portanto, uma afetação em nível social
REQUISITOS PARA APLICAÇÃO DOS <i>PUNITIVE DAMAGES</i>	NÃO HÁ ELEMENTOS SUFICIENTES PARA RESPONDER		Não foi possível analisar se a conduta foi reiterada; se houve profunda indiferença com a vítima; se foi maliciosamente arquitetada; se houve lucro com inércia de outras vítimas em mesma situação, não sendo suficiente a gravidade do dano para justificar a indenização punitiva (<i>punitive damages</i>). Caso cabível, este autor defende que a

			decisão judicial deveria: a) ter um capítulo para fundamentar os requisitos e a fixação da indenização punitiva separada da verba compensatória; b) o valor da indenização punitiva seria destinado a um fundo; c) a decisão deveria ser lançada em uma plataforma pública para que outros juízes ao se depararem com o mesmo fato saibam quanto de indenização punitiva já foi fixada em casos envolvendo aquela lesão.
OUTROS	NEGATIVO		

3.13 LIBERDADE

No caso 14 (nome das partes, decisão na íntegra, número do processo e nome do magistrado anexo), o autor foi submetido a jornadas de trabalho excessivas, pois trabalhava das 06h às 19h dois dias na semana, das 06h às 21h quatro dias na semana e das 06h às 22h um dia na semana, sem intervalo intrajornada. Além desse fato, a ré ocasionou grande constrangimento ao empregado que ficou preso em um hotel, pois foi impedido de sair em razão do não pagamento das diárias, culminando no acionamento da polícia pelos proprietários do hotel. Por fim, durante seu trabalho em Belém não havia banheiros nem água potável.

Após regular andamento, o processo culminou com a sentença de mérito, que, no campo da identificação do dano moral, julgou procedente o pedido de indenização por dano moral, sustentando que os fatos ocasionaram constrangimento, vergonha, humilhação e cárcere privado. Estabeleceu o valor da indenização no patamar de R\$ 4.000,00, justificando com base na capacidade econômica do ofensor, gravidade da ofensa (foram 45 dias de trabalho), o grau de culpa do ofensor e o caráter pedagógico-punitivo.

No aspecto da identificação do dano moral, na dimensão jurídica exposta na presente pesquisa, inúmeros bens jurídicos extrapatrimoniais da vítima foram violados, como a vida – pelo atentado à vida do empregado com situações precárias de saúde no trabalho, sem água potável e banheiro -, a integridade psíquica – haja vista o desequilíbrio na higidez mental da vítima, que se viu colocada em situação escabrosa no hotel, nas horas extras e condições degradantes de trabalho -, a liberdade – pelo cárcere privado no hotel -, a honra – pela vergonha com a fama de não ter feito o pagamento das diárias do hotel - e a perda de tempo útil – considerando as inúmeras especialmente as horas extras realizadas, que privava o obreiro de momentos preciosos com sua família e dedicação para outras atividades de seu interesse, conforme detalhado abaixo:

IDENTIFICAÇÃO

BEM JURÍDICO EXTRAPATRIMONIAL	POSITIVO/NEGATIVO	CORRESPONDENTE ÉTICO
IGUALDADE	NEGATIVO	AMIZADE/NÃO PREFERÊNCIA ARBITRÁRIA POR PESSOAS
CUIDADO EM RAZÃO DE VÍNCULOS DE PARENTESCO	NEGATIVO	SENTIMENTOS/RECURSOS PARA EXISTÊNCIA
VIDA/NÃO EXPOSIÇÃO AO PERIGO	POSITIVO	VIDA/CORPO VULNERÁVEL
INTEGRIDADE FÍSICA	NEGATIVO	VIDA/CORPO VULNERÁVEL
INTEGRIDADE PSÍQUICA	POSITIVO	VIDA/MENTE VULNERÁVEL/PAZ INTERIOR/SENTIMENTOS
HONRA	POSITIVO	SENTIMENTOS/MENTE VULNERÁVEL/AMIZADE/PAZ INTERIOR

INTIMIDADE	NEGATIVO	SENTIMENTOS/PAZ INTERIOR/MENTE VULNERÁVEL
IMAGEM	NEGATIVO	CAPACIDADES
INTEGRIDADE CRIAÇÃO DO INTELECTO	NEGATIVO	SENTIMENTOS/EXPERIÊNCIA ESTÉTICA
PERDA DE ENTE QUERIDO	NEGATIVO	VIDA/SENTIMENTOS/PLANO COERENTE DE VIDA/MENTE VULNERÁVEL
AFETO A BENS MATERIAIS	NEGATIVO	SENTIMENTOS
PERDA DE UMA CHANCE	NEGATIVO	CAPACIDADES/PLANO COERENTE DE VIDA
LIBERDADE	POSITIVO	CAPACIDADES/CAPACIDADE DE INTERAGIR/PLANO COERENTE DE VIDA
PERDA DE TEMPO	POSITIVO	EXCELÊNCIA EM PERFORMANCES/PLANO COERENTE DE VIDA/CAPACIDADES
OUTROS	NEGATIVO	

De outro lado, na perspectiva ética, ressalta-se o ideal de justiça corretiva visando a anular perdas imerecidas no campo existencial, com a violação dos bens humanos do corpo vulnerável – pelo atentado a sua saúde - mente vulnerável – pelo menoscabo à integridade psíquica -, sentimentos – pela afetação de sua integridade financeira junto ao hotel -, capacidades – por diminuir as opções de lazer e tempo livre do obreiro - e excelência em performances – haja vista tomada de tempo desnecessário com horas extras.

Ainda no aspecto ético, salienta-se a pertinência do bem comum e da felicidade/florescimento. O primeiro, porque trata-se de uma conduta que não é desejada de forma compartilhada, ferindo o bem comum pelo fato de que a colocação do trabalhador em condições precárias de trabalho e submetido a risco de cárcere privado configuram uma violação a esquemas justos de encargos em uma sociedade; o segundo, porque o ato praticado contra a vítima em alguma medida afeta a plena existência e realização da mesma a partir da violação de bens humanos básicos.

No que toca à quantificação em termos éticos e jurídicos propugnados nessa tese, deve ser investigada a perda de excelência em atividades (médio), o grau de lesão aos bens jurídicos (médio), a quantidade de bens jurídicos (grave), a violação da experiência estética (leve) e do jogo (leve), o nível do sofrimento (leve), a duração (médio), irreversibilidade (leve), a afetação no mundo interior (leve) e exterior (leve), pelo que se considera como valor adequado para uma justa indenização a monta de R\$ 40.000,00 (1 grave, 3 médios e 6 leves), conforme tabela abaixo:

QUANTIFICAÇÃO

CRITÉRIO	JUÍZO	GRAU	JUSTIFICATIVA DO GRAU
PERDA DO PRAZER DE REALIZAR ATIVIDADES	NEGATIVO		
PERDA DE POTENCIALIDADES ATUAIS OU FUTURAS	NEGATIVO		
PRECEDENTES SÓLIDOS EM CASOS SEMELHANTES	INEXISTE		
PERDA PROJETO DE VIDA	NEGATIVO		
EXCELÊNCIA EM ATIVIDADES DOMÉSTICAS OU DIÁRIAS	POSITIVO	MÉDIO	Em razão do excesso de horas extras, o autor ficou impossibilitado de realizar atividades em casa e com amigos,

			e, pela falta de pagamento do hotel, não desempenhou bem sua tarefa no trabalho
EXCELÊNCIA EM ATIVIDADES PROFISSIONAIS			
GRAU DE LESÃO AOS BENS JURÍDICOS	POSITIVO	MÉDIO	As horas extras excessivas e a vergonha pelo não pagamento do hotel não se equiparam a constrangimentos isolados, afinal foram 45 dias trabalho. Nem tampouco são graves o suficientes como a perda de um ente querido ou de uma amputação de membro do corpo
QUANTIDADE DE BENS JURÍDICOS	POSITIVO	GRAVE	5 bens jurídicos
EXPERIÊNCIA ESTÉTICA	POSITIVO	LEVE	As horas extras excessivas certamente impediram o autor de apreciar cinema, música e arte em geral
JOGO	POSITIVO	LEVE	Jornadas excessivas de trabalho privam o obreiro de realizar atividades lúdicas
NÍVEL SOFRIMENTO	POSITIVO	LEVE	As jornadas excessivas de trabalho – por meio das regras de experiência – são suficientes para afligir a pessoa do obreiro, causando-lhe sofrimento em nível leve

DURAÇÃO/INTENSIDADE	POSITIVO	MÉDIO	Foram 45 dias de trabalho, não tão leve quanto um ato isolado nem tão grave como um dano que reverbere por uma vida inteira
NECESSIDADE DE TRATAMENTO/CIRURGIA	NEGATIVO		
IRREVERSIBILIDADE	LEVE		Pois diversos momentos que poderia ter disfrutado em seu tempo livre não são recuperáveis
CONDIÇÕES PESSOAIS RELEVANTES	NEGATIVO		
AFETAÇÃO NO MUNDO INTERIOR	POSITIVO	LEVE	A ausência de casa pelas horas extras e a vergonha no hotel são suficientes para – por meio das regras de experiência – considerar que a higidez mental do obreiro foi afetada levemente
AFETAÇÃO NO MUNDO EXTERIOR/SOCIAL	POSITIVO	LEVE	A vergolha pela impossibilidade de sair do hotel, assim como a ofuscação de momentos de lazer pelas jornadas excessivas afetaram a vida do obreiro em nível social
REQUISITOS PARA APLICAÇÃO DOS <i>PUNITIVE DAMAGES</i>	NÃO HÁ ELEMENTOS SUFICIENTES PARA RESPONDER		Não foi possível analisar se a conduta foi reiterada; se houve profunda indiferença com a vítima; se foi maliciosamente arquitetada; se houve lucro com inércia de outras vítimas em mesma situação, não sendo suficiente a gravidade do dano

			para justificar a indenização punitiva (<i>punitive damages</i>). Caso cabível, este autor defende que a decisão judicial deveria: a) ter um capítulo para fundamentar os requisitos e a fixação da indenização punitiva separada da verba compensatória; b) o valor da indenização punitiva seria destinado a um fundo; c) a decisão deveria ser lançada em uma plataforma pública para que outros juízes ao se depararem com o mesmo fato saibam quanto de indenização punitiva já foi fixada em casos envolvendo aquela lesão.
OUTROS	NEGATIVO		

3.14 PERDA DE TEMPO ÚTIL

No caso 15 (nome das partes, decisão na íntegra, número do processo e nome do magistrado anexo), o empregado trabalhava de segunda a sábado, de 6h às 20h, ultrapassando a limitação de jornada legal, assim como não tinha o intervalo de 1h para almoço, alegando que por isso foi privado de convívio social e familiar. Contudo, após regular persecução processual, o juízo entendendo que o trabalhador não trouxe aos autos prova de que tenha sofrido as limitações supostamente causadas pela jornada de trabalho, e, por esse motivo, julgou improcedente o pedido de indenização por dano moral, mesmo reconhecendo a existência de horas extras e ausência de intervalo para almoço.

No aspecto da identificação do dano moral, na dimensão jurídica exposta na presente pesquisa, inúmeros bens jurídicos extrapatrimoniais da vítima foram violados, como a integridade

psíquica – em razão do abalo no equilíbrio mental -, a liberdade – pela interferência arbitrária nos projetos traçados pela vítima em relação ao tempo livre -, e a perda de tempo útil – considerando a roubada de tempo da vida do obreiro em benefício da atividade empresarial do réu, conforme detalhado abaixo. Ressalta-se que o caso em comento não necessitaria de prova do dano à vida social, podendo o juiz valer-se das regras de experiência do que comumente acontece nas práticas sociais para presumir o dano ao tempo livre do trabalhador.

IDENTIFICAÇÃO

BEM JURÍDICO	POSITIVO/NEGATIVO	CORRESPONDENTE ÉTICO
EXTRAPATRIMONIAL		
IGUALDADE	NEGATIVO	AMIZADE/NÃO PREFERÊNCIA ARBITRÁRIA POR PESSOAS
CUIDADO EM RAZÃO DE VÍNCULOS DE PARENTESCO	NEGATIVO	SENTIMENTOS/RECURSOS PARA EXISTÊNCIA
VIDA/NÃO EXPOSIÇÃO AO PERIGO	NEGATIVO	VIDA/CORPO VULNERÁVEL
INTEGRIDADE FÍSICA	POSITIVO	VIDA/CORPO VULNERÁVEL
INTEGRIDADE PSÍQUICA	NEGATIVO	VIDA/MENTE VULNERÁVEL/PAZ INTERIOR/SENTIMENTOS
HONRA	NEGATIVO	SENTIMENTOS/MENTE VULNERÁVEL/AMIZADE/PAZ INTERIOR
INTIMIDADE	NEGATIVO	SENTIMENTOS/PAZ INTERIOR/MENTE VULNERÁVEL
IMAGEM	NEGATIVO	CAPACIDADES

INTEGRIDADE CRIAÇÃO DO INTELECTO	NEGATIVO	SENTIMENTOS/EXPERIÊNCIA ESTÉTICA
PERDA DE ENTE QUERIDO	NEGATIVO	VIDA/SENTIMENTOS/PLANO COERENTE DE VIDA/MENTE VULNERÁVEL
AFETO A BENS MATERIAIS	NEGATIVO	SENTIMENTOS
PERDA DE UMA CHANCE	NEGATIVO	CAPACIDADES/PLANO COERENTE DE VIDA
LIBERDADE	POSITIVO	CAPACIDADES/CAPACIDADE DE INTERAGIR/PLANO COERENTE DE VIDA
PERDA DE TEMPO	POSITIVO	EXCELÊNCIA EM PERFORMANCES/PLANO COERENTE DE VIDA/CAPACIDADES
OUTROS	NEGATIVO	

De outro lado, na perspectiva ética, ressalta-se o ideal de justiça corretiva visando a anular perdas imerecidas no campo existencial, com a violação dos bens humanos da capacidade – pelo fato de o trabalho tomar grande parte do dia do obreiro, que deixará de ter o potencial de utilizar o tempo como bem entende -, e excelência em performances – haja vista tomada de tempo desnecessário que o descumprimento por parte da construtora causou à vítima.

Ainda no aspecto ético, salienta-se a pertinência do bem comum e da felicidade/florescimento. O primeiro, porque trata-se de uma conduta que não é desejada de forma compartilhada, ferindo o bem comum pelo fato de que jornadas excessivas de trabalho configuram uma violação a esquemas justos de encargos em uma sociedade; o segundo, porque o ato praticado contra a vítima em alguma medida afeta a plena existência e realização da mesma a partir da violação de bens humanos básicos.

No que toca à quantificação em termos éticos e jurídicos propugnados nessa tese, deve ser investigada a perda de relações (médio), prejuízo em excelência em atividades (leve), o grau de lesão aos bens jurídicos (médio), a quantidade de bens jurídicos atingidos (médio), a experiência estética (leve) e o jogo (leve), o nível do sofrimento (leve), a duração (médio), a irreversibilidade (leve), a afetação no mundo interior (leve) e exterior (médio), pelo que se considera como valor adequado para uma justa indenização a monta de R\$ 35.000,00 (5 médios e 6 leves), conforme tabela abaixo:

QUANTIFICAÇÃO

CRITÉRIO	JUÍZO	GRAU	JUSTIFICATIVA DO GRAU
PERDA DO PRAZER DE REALIZAR ATIVIDADES	NEGATIVO		
PERDA DE POTENCIALIDADES ATUAIS OU FUTURAS	NEGATIVO		
PRECEDENTES SÓLIDOS EM CASOS SEMELHANTES	INEXISTE		
PERDA DE RELAÇÕES	POSITIVO	MÉDIO	Em razão das excessivas jornadas de trabalho, o obreiro teve obstaculizada a oportunidade de se relacionar com outros, não só com a família, mas também com a vizinhança, com o clube, com os amigos e sociedade em geral
PERDA PROJETO DE VIDA	NEGATIVO		
EXCELÊNCIA EM ATIVIDADES	POSITIVO	LEVE	Em razão do excesso de horas extras, o autor ficou impossibilitado de realizar

DOMÉSTICAS DIÁRIAS	OU			atividades em casa e com amigos, e, pela falta de pagamento do hotel, não desempenhou bem sua tarefa no trabalho
EXCELÊNCIA ATIVIDADES PROFISSIONAIS	EM	NEGATIVO		
GRAU DE LESÃO AOS BENS JURÍDICOS		POSITIVO	MÉDIO	As horas extras excessivas não se equiparam a constrangimentos isolados porque foram reiteradas. Nem tampouco são graves o suficientes como a perda de um ente querido ou de uma amputação de membro do corpo
QUANTIDADE DE BENS JURÍDICOS		POSITIVO	MÉDIO	3 bens jurídicos
EXPERIÊNCIA ESTÉTICA		POSITIVO	LEVE	As horas extras excessivas certamente impediram o autor de apreciar cinema, música e arte em geral
JOGO		POSITIVO	LEVE	Jornadas excessivas de trabalho privam o obreiro de realizar atividades lúdicas
NÍVEL SOFRIMENTO		POSITIVO	LEVE	As jornadas excessivas de trabalho – por meio das regras de experiência – são suficientes para afligir a pessoa do obreiro, causando-lhe sofrimento em nível leve

DURAÇÃO/INTENSIDADE	POSITIVO	MÉDIO	Foram diversos dias de trabalho, não tão leve quanto um ato isolado nem tão grave como um dano que reverbere por uma vida inteira
NECESSIDADE DE TRATAMENTO/CIRURGIA	NEGATIVO		
IRREVERSIBILIDADE	POSITIVO	LEVE	Pois diversos momentos que poderia ter disfrutado em seu tempo livre não são recuperáveis
CONDIÇÕES PESSOAIS RELEVANTES	NEGATIVO		
AFETAÇÃO NO MUNDO INTERIOR	POSITIVO	LEVE	A ausência de casa pelas horas extras – por meio das regras de experiência – são suficiente para considerar que a higidez mental do obreiro foi afetada levemente
AFETAÇÃO NO MUNDO EXTERIOR/SOCIAL	POSITIVO	MÉDIO	A ofuscação de momentos de lazer pelas jornadas excessivas afetaram a vida do obreiro em nível social
REQUISITOS PARA APLICAÇÃO DOS <i>PUNITIVE DAMAGES</i>	NÃO HÁ ELEMENTOS SUFICIENTES PARA RESPONDER		Não foi possível analisar se a conduta foi reiterada; se houve profunda indiferença com a vítima; se foi maliciosamente arquitetada; se houve lucro com inércia de outras vítimas em mesma situação, não sendo suficiente a gravidade do dano para justificar a indenização punitiva (<i>punitive damages</i>). Caso cabível, este autor defende que a decisão judicial

			<p>deveria: a) ter um capítulo para fundamentar os requisitos e a fixação da indenização punitiva separada da verba compensatória; b) o valor da indenização punitiva seria destinado a um fundo; c) a decisão deveria ser lançada em uma plataforma pública para que outros juízes ao se depararem com o mesmo fato saibam quanto de indenização punitiva já foi fixada em casos envolvendo aquela lesão.</p>
OUTROS	NEGATIVO		

CONCLUSÃO

Antes de adentrar nas conclusões relativas ao problema primeiro e às questões secundárias formuladas na introdução da pesquisa, é relevante relatar algumas inquietudes que foram determinantes para o pontapé inicial da investigação desenvolvida. Em primeiro lugar, este pesquisador se deparou com centenas de ações indenizatórias ao longo de sua experiência como advogado nas quais o julgamento do dano moral foi marcado por profundo silêncio em análises sobre os bens jurídicos envolvidos e critérios de quantificação, chegando ao ponto de um grupo de estudantes presentes em uma sessão do Tribunal de Justiça indagar-lhe “por que os desembargadores decidem a faceta existencial do ser humano com tanta simplicidade e descaso, mas quando o caso envolve um político ou tem repercussão social e holofotes, os votos são profundos e reflexivos já que o arcabouço normativo ensinado em aula de responsabilidade civil é de que a dignidade humana ocupa o seu cume e essa dignidade é a mesma para qualquer pessoa, independente de seu nível social/econômico?”.

Em segundo lugar, ao longo de sua experiência como advogado este pesquisador se deparou com casos envolvendo violência sexual em que a vítima ficou traumatizada para ter quaisquer relações amorosas e sexuais e teve seus estudos e trabalho afetados em razão de profunda depressão, mas na sentença sobre o dano moral o magistrado não discorreu uma linha sequer sobre essas nuances injustas que desequilibraram a vida da vítima. Do mesmo nível de repugnância, este autor leu processos em que a perna amputada de um funcionário de uma multinacional foi fixada em R\$ 30.000,00, o mesmo valor que um pistão do motor de um carro importado, denotando um Judiciário descomprometido com a vida humana em sua integralidade.

Não menos expressiva foi a indignação com diversas decisões invocando critérios de quantificação absolutamente imorais, como a crise econômica, o salário do trabalhador, a condição social da vítima, a capacidade econômica do ofensor, dentre outros, sem demonstrar conhecimento mais amplo sobre as justificativas por trás deles e sem compreender o sistema que informa a racionalidade e o espírito da responsabilidade civil.

Ademais, outro fato atormentador é a prática conhecida e nefasta de o mesmo juiz/relator/turma estabelecer valores pré-definidos e fabricados para cada tipo de dano (atraso de voo, inscrição indevida, amputação de membros do corpo, perda de ente querido, atraso na entrega

do imóvel, etc.) como se a vida humana obedecesse nuances idênticas e mecanicistas, ignorando o real desequilíbrio injusto sofrido por uma vítima específica e deixando que aplicar uma espécie de régua de cobre para investigar com seriedade o efetivo desequilíbrio causado pelo ofensor.

Diante desse descalabro jurisprudencial uma saída possível seria o estudo de uma racionalidade e reflexão que esteja em um nível mais abstrato e profundo que a dogmática da responsabilidade civil (perdida e desconexa), a exemplo da filosofia, como se a dogmática da responsabilidade civil fosse a superfície de um mar e a filosofia representasse uma perspectiva que mergulhasse em águas profundas, fora da bolha da prática contaminada e viciada, permitindo o rompimento de paradigmas e pensamentos cartesianos ensimesmados.

Afinal de contas, de que fale a filosofia se ela não servir para a prática social ou jurídica? De que vale a filosofia em si mesma? De que vale a filosofia limitada ao olimpo dos deuses sem reflexões no mundo real e aplicações concretas? Diante disso, iniciou-se o desafio de verificar qual leitura filosófica ou ética poderia dar azo a essa empreitada, e, nesse ínterim, vislumbrou-se que a filosofia clássica, capitaneada pelos pré-socráticos, desenvolvida por Sócrates, Platão e Aristóteles, mantida e aprofundada pelos medievais e soerguida pelos contemporâneos, com mais de 2.000 anos de aprofundamentos, de modo a refletir o seu envolvimento e influência no campo do direito privado e mais especificadamente da responsabilidade civil envolvendo o dano moral.

Pois bem.

A presente pesquisa tem como problema investigar o impacto que a ética calcada dos bens humanos básicos tem na identificação e a quantificação do dano moral no direito brasileiro. Nesse particular, foi possível vislumbrar na análise dos casos concretos no último capítulo que os critérios de identificação e de quantificação do método ético-jurídico construído na pesquisa permitiu um salto qualitativo, primeiro, na compreensão do papel da responsabilidade civil na tutela da pessoa humana e do espírito por trás da identificação e quantificação do dano moral, segundo, em uma melhor abordagem de julgamento de litígios reais, possibilitando uma melhor compreensão do desequilíbrio injusto sofrido pela vítima e um maior grau de fundamentação da decisão judicial.

Como questões secundárias, o trabalho investigou: a) quais valores existenciais abstratos no direito brasileiro podem ser identificados para o reconhecimento de danos morais indenizáveis, o que foi respondido no primeiro capítulo, que de forma exemplificativa apresentou os 14 principais bens extrapatrimoniais protegidos juridicamente; b) quais parâmetros interpretativos

presentes na ordem jurídica ou na prática jurídica brasileira se referem à tarefa de quantificação do valor da indenização por dano moral, o que foi apresentado também no primeiro capítulo e incrementado no segundo capítulo com a abordagem ética; c) qual incremento na identificação e quantificação do dano moral em casos concretos pode ser constatado a partir da ética dos bens humanos básicos, o que foi objeto de aprofundamento ao longo do desenvolvimento da tese, mas principalmente no terceiro e último capítulo relativo à análise de casos concretos.

Em síntese, o trabalho investigou os valores existenciais abstratos no direito brasileiro relacionados ao reconhecimento dos danos morais indenizáveis, assim como os parâmetros interpretativos presentes na ordem jurídica e prática jurídica quanto à quantificação do valor indenizatório e por fim mostrou qual o resultado da interface entre a ética dos bens humanos básicos e os bens existenciais no tocante à identificação e quantificação do dano moral, se debruçando posteriormente sobre casos concretos julgados no 1º grau de jurisdição para demonstrar como o método ético-jurídico aqui desenvolvido julgaria as demandas.

A primeira conclusão que se extrai do diálogo ético-jurídico é o impacto para a melhor compreensão do dano moral e da sua esfera de proteção do ser humano, trazendo uma compreensão mais aprofundada das raízes dos bens extrapatrimoniais. Não há o receio de quebra do modelo democrático pois aqui foram abrilhantados os bens protegidos juridicamente pela comunidade política.

Deste modo, conclui-se que tanto no campo da identificação quanto no da quantificação do dano moral, a presente pesquisa conseguiu demonstrar um salto qualitativo do instituto da responsabilidade civil na proteção da pessoa humana e na solificação do princípio da restituição integral do dano, a partir do desenvolvimento de um método – aqui chamado de método ético-jurídico do dano moral – de fácil manuseio e utilização pelos profissionais do direito, somado ao fato de que se trata de um esquema de parâmetros em colunas que estão abertas à supressão e/ou acréscimos diante do diálogo a ser travado com os demais pensadores da responsabilidade civil, especialmente por se tratar de uma visão ética-jurídica na qual a ética apenas fortalece aqueles propósitos e valores éticos incorporados pela ordem jurídica.

Quanto ao primeiro incremento, no tocante à identificação do dano moral na perspectiva ética e jurídica, cumpre concluir que os bens extrapatrimoniais/existenciais, que servem de base para identificar o dano moral indenizável, são fortalecidos e melhor compreendidos em sua

interface com os bens humanos básicos, desenvolvidos pela chamada filosofia clássica, assentada em Aristóteles e Tomás de Aquino, mas aprofundada por interlocutores contemporâneos, como os utilizados na presente pesquisa (John Finnis, Mark Murphy e Bebhinn Donnelly) a partir do pressuposto que o direito possui necessariamente uma dimensão formal e outra ética nas bases da teoria discursiva do direito de Robert Alexy.

Nesse viés, o fenômeno da responsabilidade civil quanto ao dano moral é melhor manuseado quando são compreendidos os fins últimos que subjazem o arquétipo jurídico de proteção dos bens existenciais, envolvidos em um complexo empreendimento de promoção do florescimento humano e proteção daqueles bens sem os quais não se vive uma vida bem vivida, cabendo salientar que a promoção dos florescimento humano não é uma tarefa exclusiva da responsabilidade civil, que se ocupa apenas com relações intersubjetivas, havendo outros ramos destinados aos direitos que fortalecem os bens humanos básicos, os direitos humanos civis e sociais.

Por conseguinte, quando se compreende a finalidade por trás dos bens existenciais presentes na ordem jurídica, a responsabilidade civil pode desempenhar melhor o seu papel no estabelecimento de regras de convivência no bojo de uma sociedade multicultural, complexa, altamente tecnológica, individualista e de risco, na medida em que diante da imprecisão da linguagem jurídica o jurista deve adentrar a fundo na *ratio* desses bens que o ser humano é titular, investigando o bem comum violado nas inúmeras condutas dos agentes privados e do Estado para construir que tipo de sociedade pretende-se viver. Nessa linha, mais diante se estará da banalização do dano moral com a alcunha de mero dissabor e mais próximo se chegará ao rechaço de condutas não toleradas, estabelecendo padrões de conduta adequados.

Percebeu-se que para cada bem jurídico extrapatrimonial há um ou mais correspondentes éticos da filosofia dos bens humanos básicos, correspondentes estes que auxiliam o intérprete do direito à compreensão do próprio bem jurídico em jogo, eis que se trata de um valor escolhido pela ordem jurídica que possui um cunho ético de proteção do florescimento humano e, quando se compreende essa finalidade, o instituto do dano moral se torna mais coerente, íntegro e dotado de sentido dentro desse arcabouço jurídico, elasticendo a cláusula geral de tutela da pessoa humana, sempre aberta e apta a incorporar elementos jurídicos e éticos que cuidem de aspectos existenciais da vida humana.

Outro aspecto de contribuição importante para a identificação do dano moral na leitura ética-jurídica é mostrar que na quase totalidade dos casos não foi apenas um bem jurídico violado. Abordar que o método criado permite identificar que não se pode compartimentalizar o estudo do dano moral, na medida em que em todos os casos mais de um bem jurídico foi violado.

De outro lado, quanto à quantificação do dano moral dentro da leitura ética-jurídica, conclui-se que a faceta aqui desenvolvida contribui para um prestígio ao dever de fundamentação e, conseqüentemente do princípio da democracia, na proporção em que o magistrado que utilizar o método ético-jurídico é obrigado a justificar o bem jurídico violado, o correspondente ético e os parâmetros para alcançar o patamar indenizatório, inclusive fundamentando o motivo do enquadramento dos graus de mácula de cada variável. Deste modo, se os juízes exercem uma atividade estatal de solução de litígios e não foram eleitos pelo povo, precisam apresentar a racionalidade completa do dano moral para legitimar a invasão na esfera de direitos das partes, tanto na quantificação quanto na identificação, pois não se pode utilizar retoricamente valores como saúde, dignidade, vida, sem realizar o adequado enquadramento.

Acrescenta-se que a leitura ética-jurídica desenvolvida contribui sobremaneira para a potencialização do ideal da responsabilidade civil desde o mundo antigo e em todos os países ocidentais atuais: a justiça corretiva e a investigação correlata de toda a magnitude do dano sofrido, na medida em que adentra nos meandros do todo o desequilíbrio causado na vida da vítima. Nesse particular, é digno de nota a falta de critérios na análise do *quantum* indenizatório, assim como a utilização de critérios que contradizem a razão de ser da responsabilidade civil na esteira da justiça corretiva, como o parâmetro da capacidade econômica do ofensor, o salário da vítima, o grau de culpa e a condição social das partes, dentre outros.

Assim, o método ético-jurídico permite lançar um olhar crítico nos critérios previstos em leis e decisões judiciais para a quantificação do dano moral, sendo possível utilizar os dois quadros aqui expostos, um para a identificação e outro para a quantificação, como modo de estudo de todos os casos envolvendo dano moral, moldura esta, como dito, está aberta a supressões e acréscimos dentro do debate ético-jurídico do dano moral. Em suma, é possível apanhar o legado da presente pesquisa para fundamentar petições iniciais, recursos e decisões judiciais, visto que sob o enfoque que foi demonstrado, a fundamentação do dano moral dos casos apresentados pelo autor se

apresentou com superior às justificativas das sentenças, claro, dentro das premissas teóricas levantadas.

O fato de a ética ser importante para a compreensão dos bens extrapatrimoniais e critérios de quantificação não implica necessariamente que essa análise profunda ética e jurídica deverá ser feita em qualquer caso. Assim, a argumentação moral se torna relevante quando a categoria utilizada pelo juiz possui uma generalidade própria das cláusulas gerais em casos difíceis, pois nessas hipóteses o legislador claramente estabelece uma maior confiança no trabalho dos magistrados.

Ainda no tocante à quantificação do dano moral, explica-se que nos casos analisados não houve reflexão sobre os *punitive damages* em razão da insuficiência de dados. Contudo, nada impede que no último parâmetro de quantificação seja analisado o “alto grau de censurabilidade da conduta”, o qual, se for positivo, poderia perseguir o juízo do grau leve, médio ou grave, tendo por base a existência de atos reiterados, indiferença com a vítima, a situação de vulnerabilidade, se houve dano físico, etc. Apenas não foi tratado aqui desse parâmetro porque na ótica da presente pesquisa seria necessário um conjunto de informações que não foi possível obter.

Destaca-se também, ainda na esteira da dimensão da quantificação, que a aferição dos graus nos parâmetros desenvolvidos revela demasiadamente a sensibilidade do juiz enquanto um ser inserido no bojo de uma sociedade específica, de modo que as regras de experiência – categoria do processo civil – se tornam fundamentais para a justiça corretiva e a investigação da magnitude do dano sofrido. Nesse sentido, pela observação do que normalmente ocorre na sociedade, um juiz é capaz de captar o grau de ofensa ao parâmetro de quantificação, muito pelo fato de que ele mesmo já sofreu na pele situações semelhantes ou imagina o descalabro que é perder um membro, um ente querido, um voo, etc.

Após o estudo de diversas obras jurídicas nacionais e estrangeiras e decisões judiciais, mais do que nunca está na hora de afirmar que o dano moral nunca terá uma fórmula cartesiana e uma precisão matemática, mas, tanto quanto possível é preciso lutar pela edificação de critérios mais objetivos e parâmetros coerentes com os valores perseguidos pela ordem jurídica. Assim, não se deve interpretar os organogramas, gráficos e tabelas aqui criados como uma tentativa de imprimir uma exatidão na identificação e quantificação do dano moral, pois a tutela da pessoa humana é um

campo aberto de interesses protegidos e de aspectos de desequilíbrios que caracterizem o aumento do dano, jamais uma fórmula matematicamente exata.

Sob a ótica da presente pesquisa, se repudia qualquer forma de tarifação dos valores envolvendo indenização por dano moral, já que a vida humana é um empreendimento altamente complexo que implica em mergulhar nas diversas dimensões da plena realização, a qual tem nuances distintas para cada ser humano. Portanto, rejeita-se qualquer fixação de valores pré-fixados e instruções processuais sem a investigação do real impacto do ato ilícito na vida da vítima, do real desequilíbrio e complicações geradas. Abaixo seguem os valores alcançados de indenizações com os correspondentes graus:

- R\$ 200.000,00: 8 graves, 3 médios e 1 leve
- R\$ 150.000,00: 7 graves e 3 médios
- R\$ 70.000,00: 4 graves, 7 médios e 4 leves
- R\$ 50.000,00: 2 graves, 5 médios e 3 leves
- R\$ 45.000,00: 2 graves, 4 médios e 1 leve
- R\$ 40.000,00: 1 grave, 4 médios e 4 leves
- R\$ 40.000,00: 1 grave 3 médios e 6 leves
- R\$ 35.000,00: 5 médios e 6 leves
- R\$ 30.000,00: 3 médios e 7 leves
- R\$ 30.000,00: 4 médios e 4 leves
- R\$ 10.000,00: 2 médios e 6 leves
- R\$ 10.000,00: 3 médios e 5 leves
- R\$ 10.000,00: 1 grave e 9 leves
- R\$ 8.000,00: 3 médios e 3 leves
- R\$ 5.000,00: 5 leves

Disso não decorre que se possa estabelecer previamente que um dado bem jurídico violado gerará uma indenização de X, porque diversas nuances devem ser analisadas. Infelizmente, não apenas as decisões aqui analisadas, mas diversas outras Brasil afora não se interessam pelas peculiaridades do caso e magnitude real do dano sofrido, o que se percebe pela reprodução idêntica

de frases de efeito prontas. Quer dizer, os poucos critérios de quantificação utilizados são formas retóricas para dar ar de fundamentação e suprir eventual vaziu de justificação, mascarando as vigas mestras da responsabilidade civil sob a ótica do presente trabalho: a justiça corretiva e os bens humanos básicos.

Nessa perspectiva, os critérios jurídicos para a identificação e quantificação do dano moral não devem ser vistos como esquemas técnicos de observância obrigatória, mas sim como parâmetros prudenciais para que a prática da responsabilidade civil relativa ao dano moral caminhe em direção ao caso central da responsabilidade civil no que tange a fundamentação da decisão judicial, a investigação da magnitude do dano sofrido pela vítima e o papel do direito de danos como edificador de padrões de conduta desejáveis na sociedade.

Portanto, embora os casos analisados sejam apenas de Belém, servem para ilustrar um panorama de como se julga dano moral no Brasil, e, mesmo as decisões trabalhistas mais recentes que trabalham com graus não justificam a sedimentação do grau, sem falar que anuem ao absurdo proposto pela chamada reforma trabalhista de critério calcado no salário da vítima.

Em verdade, se atravessa um estágio de litigação de massa na qual os magistrados tentam gerir uma quantidade de processos sobrehumana, mas isso não pode impedir que se abra mão de estudar a fundo a magnitude do dano em todas as suas nuances éticas e jurídicas. Aliás, em tempos de crise no bojo de uma sociedade massificada e individualista só se reforça a busca pela máxima proteção da pessoa humana e a busca incessante de uma responsabilidade civil levada à sério, primando por uma leitura da responsabilidade civil em uma perspectiva humanista, como assevera Pietro Perlingieri, ensinando que é preciso ler o direito civil não mais sob a ótica produtivista, mas sim “‘relê-lo’ à luz da opção ideológico-jurídica constitucional, na qual a produção encontra limites insuperáveis no respeito aos direitos fundamentais da pessoa humana. As épocas de decadência moral e civil são aquelas nas quais a justiça civil é a grande derrotada” (1997, p. 4/6).

REFERENCIAL BIBLIOGRÁFICO

ABRAMOVICH, Victor. *Linhas de trabalho em direitos econômicos, sociais e culturais: instrumentos e aliados*. SUR. Revista Internacional de Direitos Humanos, n. 2, p. 188-223, 2005.

ALEXY, Robert. *Some Reflections on the Ideal Dimension of Law and on the Legal Philosophy of John Finnis*. The American Journal of Jurisprudence, Vol. 58, No. 2 (2013), pp. 97–110

ALEXY, Robert. *Teoria Discursiva do Direito*. Trad. Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno. 1º ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014.

AMAYA, Amalia. *Virtudes y filosofía del derecho*. *Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho*, vol. 3, p. 1758/1810, 2015.

ANTONIOLLI, Luisa; KOZIOL, Helmut; SCHULZE, Reiner. *Tort law of the European Community*. New York: Springer, 2008

ARENDT, Hannah. *A condição humana*. Trad. Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco: Poética/Aristóteles*. Seleção de textos de José Américo Motta Pessanha. Tradutores Leonel Vallandro e Gerd Bornheim da versão inglesa de W.D. Ross. 4º ed. São Paulo: Editora Nova Cultural, 1991.

ASSIS NETO, S. J de. *Dano moral: aspectos jurídicos*. Araras: Bestebook, 1998.

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Por uma nova categoria de dano na responsabilidade civil: o dano social*. In: Filomeno, José Geraldo Brito; Wagner Júnior, Luiz Guilherme da Costa; Gonçalves, Renato Afonso (Coord.). *O Código Civil e sua interdisciplinaridade*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

BAKER JR, John S. *Natural law and justice Thomas*. Regent University Law Review, vol. 12, 2000, p. 471/512.

BARROSO, Luis Roberto. *O constitucionalismo democrático no Brasil: crônica de um sucesso imprevisto*. A Leitura. ESM-PA, Belém, v.6, n. 10, p. 38-59, maio/2013.

BARCELÓ, Rafael Ramis. *Derecho natural, historia y razones para actuar: la contribución de Alasdair MacIntyre al pensamiento jurídico*. Universidade Carlos III de Madrid (Tese de Doutorado). 2012.

BAROCELLI, Sergio Sebastián. *Cuantificación de daños al consumidor por tempo perdido*. Revista de Direito do Consumidor. Ano 22-90. Nov-dez, 2013.

BARZOTTO, Luis Fernando. *Amizade e Mercado: a relação mercantil como pressuposto ético-social dos direitos humanos*. Artigo ainda não publicado. 2017.

_____, Luis Fernando. *A democracia na Constituição*. São Leopoldo: Unisinos, 2003.

BATISTA, Francisco Diego Moreira. *Crítérios para a fixação dos danos extrapatrimoniais*. Revista de Direito. p. 144/170, 2014.

BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo*. Hacia una nueva modernidad. Barcelona: Paidós, 1998.

BINANCIA, Paola. *Las nuevas fronteras de la protección multinível de los derechos*. Congreso anual de la Asociación Italiana de Constitucionalistas (Padova 22-23 de octubre de 2004). Fonte: <http://www.ugr.es/~redce/REDCE6/articulos/09paolabilancia.htm>

BINENBOJM, Gustavo. *Petição Inicial da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4815*, protocolada no Supremo Tribunal Federal no ano de 2012. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/audienciasPublicas/anexo/paginador.pdf>. Acesso em: 14/10/2017.

BITTAR, Carlos Alberto. *Reparação civil por danos morais*. 4^o ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BONNA, Alexandre Pereira. *Punitive damages (indenização punitiva) e os danos em massa*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

_____, Alexandre Pereira. *Análise crítica da indenização punitiva e responsabilidade objetiva no brasil à luz da teoria de Jules Coleman*. In: Nelson Rosendal; Marcelo Milagres (Orgs.). *Responsabilidade civil: novas tendências*. 1ed. Indaiatuba: Foco Jurídico, 2017, v.1 p.97-108

BURROWS, Vanessa K. *Constitutional limits on punitive damages awards: an analysis of the Supreme Court case Philip Morris USA v. Williams*. Legislative Attorney. American Law Division. Oder Code 33.773, july-2007.

CARRIÓ, Genaro R. *Notas sobre derecho y lenguaje*. 4 ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1994.

CASTEX, Mariano N. *Dano Psíquico*. Buenos Aires: Tekné, 1997.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 10ª ed. São Paulo: Atlas, 2012.

CEROY, Frederico Meinberg. *A busca da felicidade em Sigmund Freud e sua percepção pelo Supremo Tribunal Federal do Brasil*. Tese de Doutorado. UniCEUB, 2014.

CHANG, Ruth (coord.). *Incommensurability, incomparability and practical reason*. Cambridge: Harvard University Press, 1997.

CHINELLATO, Silmara Juny. *Da responsabilidade civil no Código de 2002 – aspectos fundamentais*. Tendências do direito contemporâneo. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (coords). *O direito e o tempo: embates jurídicos e utopias contemporâneas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

CHRISTIE, George C. *Judicial decision making in a world of natural law and natural rights*. Villanova Law Review, vol. 57, 2012, p. 811/822.

CLAEYS, Eric R. *Virtue and rights in american property law*, 94 Cornell L. Rev. 889 (2009) Available at: <http://scholarship.law.cornell.edu/clr/vol94/iss4/14>

COLEMAN, Jules L. *The morality of strict liability*. William and Mary Law Review, vol. 18, 1976, p. 259/286.

_____, Jules L. *The mixed conception of corrective justice*. Iowa Law Review, vol. 77, 1992a, p. 427/444.

_____, Jules L. *The practice of corrective Justice*. Arizona Law Review, vol. 37, 1995a, p. 15/31.

_____, Jules. *Riesgos y daños*, Barcelona, Marcial Pons, 2010. Trad. de Diego M. Papayannis. Barcelona: Marcial Pons, 2010.

_____, Jules. *Second thoughts and other first impressions*. Analyzing Law, 1998, 257-322.

COMPARATO, Fabio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 7ª ed. Rev. E atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de Direito Civil Português*. Vol. I. Parte Geral. Tomo III. Coimbra: Almedina, 2004.

COUTO, Igor Costa; SILVA, Isaura Salgado. *Os critérios quantitativos do dano moral segundo a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça*. Orientação da Prof. Maria Celina Bodin de Moraes. Departamento de Direito da PUC/RJ, 2011.

DESSAUNE, Marcos. *Desvio Produtivo do Consumidor: o prejuízo do tempo desperdiçado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011;

DETMOLD, M. J. *Law as practical reason*. Cambridge Law Journal, vol. 48, 1989, p. 436/471.

DIDIER JR, Fredie. *Curso de Direito Processual*. Vol. 1. 17ª ed. Salvador: Juspodidvm, 2015.

DONNELLY, Bebhinn. *A natural law approach to normativity*. Hampshire: Ashgate, 2007.

ENGISHC, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. Trad. J. Baptista Machado. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

FARIAS, Cristiano Chaves de; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto; ROSENVALD, Nelson. *Novo Tratado de responsabilidade civil*. São Paulo: Atlas, 2015.

FERREIRA NETO, Arthur Maria. *O cognitivismo e não cognitivismo moral e sua influência na formação do pensamento jurídico*. Tese de Doutorado. PUC/RS, 2013.

_____, Arthur Maria. *Por uma ciência prática do direito tributário*. Porto Alegre: Quarter Latin, 2015.

FIELDMAN, Heidi Li. *Prudence, benevolence, and negligence: virtue ethics and tort law*. Chicago-Kent Law Review, v. 74, 2000, p. 1431-1466.

FINNIS, John. *Lei natural e direitos naturais*. Trad. Leila Mendes. São Leopoldo: Unisinos, 2007.

_____, John. *Aquinas: moral, political, and legal theory*. Londres: Oxford University Press, 2008.

_____, John. *Reason in action*. Londres: Oxford University Press, 2011.

_____, John. *Philosophy of law*. Londres: Oxford University Press, 2011.

_____, John. *Human rights and common good*. Londres: Oxford University Press, 2011.

_____, John. *Fundamentals of ethics*. Londres: Georgetown University Press, 1983.

_____, John. *Grounding human rights in natural law*. The American Journal of Jurisprudence. Vol. 60, n. 2, 2015, p. 199/225.

FISHER, Anthony. *Bioethics after Finnis*. In: GEORGE, Robert P; KEOWN, John (coords.). Reason, morality and law: the philosophy of Finnis. Londres: Oxford University Press, 2013.

FLUMIGNAN, Silvano José Gomes. *Dano-evento e dano-prejuízo*. Dissertação de mestrado. São Paulo: USP, 2009.

FRIDMAN, G. H. L. *The law of torts in Canada*. Toronto: Carswell, 1990.

GASH, Jim. *Solving the multiple punishments problem: a call for a national punitive damages registry*. *Northwestern University Law Review*, 2005, vol. 99, n. 4, p. 1613-1686.

GAUT, Berys; CULLITY, Garrett (coords.). *Ethics and practical reasoning*. Londres: Oxford University Press, 1997.

GAUT, Berys. *The structure of practical reason*. In: GAUT, Berys; CULLITY, Garrett (coords.). *Ethics and practical reasoning*. Londres: Oxford University Press, 1997.

GEORGE, Robert P; KEOWN, John (coords.). *Reason, morality and law: the philosophy of Finnis*. Londres: Oxford University Press, 2013.

GEORGE, Robert P (coord.). *Natural law theory: contemporary essays*. Londres: Oxford University Press, 1992.

GIORGI, Raffaele de. *Direito, democracia e risco: vínculos com o futuro*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1998.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade civil*. 11^a ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

GORDLEY, James (2002). *The moral foundations of private law*. *American Journal of Jurisprudence*: Vol. 47: Iss. 1, Article 1. Available at:<http://scholarship.law.nd.edu/ajj/vol47/iss1/1>

GUGLINSKI, Vitor Vilela. *O dano temporal e sua reparabilidade: aspectos doutrinários e visão dos tribunais*. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 24, n. 99, p. 125-156, maio/jun. 2015.

HALDANE, John. *Reasoning about the human good, and the role of the public philosopher*. In: GEORGE, Robert P; KEOWN, John (coords.). *Reason, morality and law: the philosophy of Finnis*. Londres: Oxford University Press, 2013.

HART, Herbert. *O Conceito de Direito*. 2º ed. Trad. A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994.

_____, Herbert. *O Paraíso dos conceitos de Jhering e a Moderna Teoria Analítica do Direito Moderna*. In: *Ensaio sobre Teoria do Direito e Filosofia*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, p. 299–313.

HEIDERHOFF, Bettina; ZMIJ, Grzegorz. *Tort law in Poland, Germany and Europe*. Munich, Germany: Sellier European Law, 2009.

HUBBARD, Patrick. *The nature and impact of the tort reform movement*. Hofstra Law Review, vol. 35, 2006, p. 438/534.

IHERING, Rudolf Von. *A Luta pelo Direito*. São Paulo: Martin Claret, 2001.

IRWIN, T. H. *Practical reason divided: Aquinas and his critics*. In: GAUT, Berys; CULLITY, Garrett (coords.). *Ethics and practical reasoning*. Londres: Oxford University Press, 1997.

KEYS, Mary M. *Aquinas, Aristotle and promise of the common good*. Londres: Cambridge University Press, 2006.

KRAUSS, Michael I. *Punitive damages and the Supreme Court: a tragedy in five acts*. Federalist Society. August-2007, p. 315-334.

KOZIOL, Helmut; WILCOX, Vanessa. *Punitive damages: common law and civil law perspectives*. Vol. 25. Vienna: Springer, 2009.

LEAL, Pastora do Socorro Teixeira; BONNA, Alexandre Pereira. *Responsabilidade civil sem dano-prejuízo?* Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.12, n.2, 2º quadrimestre de 2017.

_____, Pastora do Socorro Teixeira; _____, Alexandre Pereira. *Requisitos objetivos e subjetivos do punitive damages: critérios à aplicação no direito brasileiro*. In: IV Congresso Internacional de Direito Civil Constitucional: da dogmática à efetividade, 2016, Rio de Janeiro. Anais do IV Congresso Internacional de Direito Civil Constitucional: da dogmática à efetividade. 2016.

_____, Pastora do Socorro Teixeira; _____, Alexandre Pereira. *A fundamentação ética dos punitive damages e do dever de prevenir danos*. Revista FIDES, v. 8, p. 18-28, 2017.

_____, Pastora do Socorro Teixeira; _____, Alexandre Pereira. *Proteção multinível de direitos humanos nas relações privadas por meio do reconhecimento dos novos danos*. In: V Encontro Internacional do Conpedi Montevideu - Uruguai. Instituciones y desarrollo en la hora actual de América Latina. Montevideu: Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito, 2016. v. 1. p. 95-115.

LEAL, Saul Tourinho. *O direito à felicidade no Brasil e na África do Sul*. Revista Publicum Rio de Janeiro, Número 1, 2015, p. 229-256

LORENZETTI, Ricardo Luis; FRADERA, Vera Maria Jacob. *Fundamentos do direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

MACINTYRE, Alasdair. *After virtue*. 3ª ed. University of Notre Dame Press: Notre Dame, 1981.

MACCORMICK, Neil. *Natural law and separation of law and morals*. In: GEORGE, Robert P; KEOWN, John (coords.). Reason, morality and law: the philosophy of Finnis. Londres: Oxford University Press, 2013.

MCGOVERN, Francis. *Punitive damages and class actions*. Louisiana Law Review, 2010, vol. 70, p. 435-462.

MARTINS-COSTA, Judith. *O direito privado como um "sistema em construção": as cláusulas gerais no projeto do código civil brasileiro*. Artigo publicado na Revista da Faculdade de Direito da UFRGS, n. 15, Porto Alegre, UFRGS/Síntese, 1998, pp. 129-154. Disponível em: <http://www.ufrgs.br/ppgd/doutrina/martins1.htm>. Acesso em: 10/12/2015

MASSINI-CORREAS, Carlos I. *Jurisprudencia analítica y derecho natural: análisis del pensamiento filosófico-jurídico de John Finnis*. Mendonza-Argentina, 2015.

MAZEAUD, Henri y Léon; TUNC, André. *Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual*. Vol. 1. Tomo Primeiro. 5ª ed. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1977.

MCBRIDE, Nicholas J; BAGSHAW, Roderick. *Tort Law*. 5º ed. Harlow: Pearson, 2015.

MCDOWELL, John. *The role of eudaimonia in Aristotle's Nicomachean ethics*. In: RORTY, Amélie Okserberg (coord.). *Essays on Aristotle's ethics*. Los Angeles, University of California Press, 1980.

MCMYLOR, Peter. *Alasdair MacIntyre: critic of modernity*. Londres: Oxford University Press, 1994.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 7º ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MICHELON Jr., C. F. *The virtuous circularity: positive law and particular justice*. *Ratio Juris*, 2014, p. 271-287.

MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado, Tomo LIV*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984.

_____, Pontes de. *Tratado de direito privado, Tomo XXII*, 2ª ed. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1958.

MODAK-TRURAN, Mark C. *Corrective justice and the revival of judicial virtue*. *Yale Journal of Law & the Humanities*. Vol. 12: Iss. 2, Article 2, 2000.

MOORE, Michael. *A Natural Law Theory of Interpretation*. *Southern California Law Review*, 58: 277-398, 1995.

_____, Michael. *Justifying the Natural Law Theory of Constitutional Interpretation*. V. 69 *Fordham L. Rev.* 2087 (2001).

MOOTZ III, Francis J. *Law in flux: philosophical hermeneutics, legal argumentation, and natural law tradition*. Yale Journal of Law and the Humanities. Vol. 11, issue 2, article 3, 1999, p. 311/382.

MORAES, Maria Celina Bodin de. *A caminho de um Direito Civil constitucionalizado*. Artigo publicado na Revista Estado, Direito e Sociedade. Vol. I, 1991. Publicação pelo Departamento de Ciências Jurídicas da PUC-Rio.

_____. Maria Celina Bodin de. *A constitucionalização do direito civil e seus efeitos sobre a responsabilidade civil*. Direito, Estado e Sociedade - v.9 - n.29 - p 233 a 258 - jul/dez 2006. Disponível em: <http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/Bodin_n29.pdf> Acesso em: 01/11/2012

_____. Maria Celina Bodin de. *O conceito de dignidade humana*. In. SARLET, Ingo Wolfgang (coord.). *Constituição, Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

_____. Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil - constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

MULHERON, Rachel P. *Principles of Tort Law*. Cambridge: Oxford University Press, 2016.

MURPHY, James Bernard. *Philosophy positive law: foundations of jurisprudence*. New Heaven: Yale University Press, 1958.

_____, Mark. C. *Natural law and practical rationality*. Nova York: Cambridge University Press, 2001.

NEGREIROS, Tereza. *Teoria do contrato: novos paradigmas*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*. 4º ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

PAMPLONA FILHO, Rodolfo; ANDRADE JÚNIOR, Luiz Carlos Vilas Boas. *A torre de babel das novas adjetivações do dano*. Revista Direito UNIFACS, n. 176, 2015. Disponível: <http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/viewFile/3477/2491>, acesso em 13/12/2015.

PAVLAKOS, George; BERTEA, Stefano. *New essays on the normativity of law*. Londres: Hart Publishing, 2011.

PERLINGIERE, Pietro. *Perfis do direito civil. Introdução ao direito civil constitucional*. 3º ed. Trad. Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

PIEPER, Josef. *Virtudes Fundamentais*. Trad. Narino e Silva e Beckert de Assumpção. Lisboa: Editorial Aster, 1960.

PIZARRO, Ramon Daniel. *Daño moral: el daño moral en las diversas ramas del Derecho*. Hammurabi: Buenos Aires, 1996.

RAMOS, André de Carvalho. *Responsabilidade internacional do Estado por violação de direitos humanos*. R. CEJ, Brasília, n. 29, p. 53-63, abr./jun. 2005.

REIS, Clayton. *Dano moral*. 4º ed. Forense: Rio de Janeiro, 2001.

RODRÍGUEZ-PUERTO, Manuel Jesús. *Métodos de interpretación, hermenêutica y derecho natural*. Dikaion, ano 24, vol. 19, n. 2, p. 319-347, 2010, Chía, Colombia.

RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. *Liberdade(s) e função: contribuição crítica para uma nova fundamentação da dimensão funcional do direito civil brasileiro*. Tese de Doutorado. UFPR, 2009.

SALMÓN, Elizabeth; BREGAGLIO LAZARTE, Renata. *Modelos jurisprudenciais de direitos econômicos, sociais e culturais no sistema interamericano*. In: BURGORGUE-LARSEN, Laurence; MAUÉS, Antonio; SÁNCHEZ MOJICA, Beatriz Eugenia (coords.). *Direitos humanos e políticas públicas*. Barcelona: Rede DHES, 2014. p. 375-434.

SANTANA, Héctor Valverde. *A fixação do valor da indenização por dano moral* *Revista da Informação Legislativa*. Brasília a. 44 n. 175 jul./set. 2007.

SANTINI, José Raffaelli. *Dano moral: doutrina, jurisprudência e prática*. Leme: Editora Direito, 1997.

SANTOS, Antônio Jeová. *Dano moral indenizável*. 5º ed. Salvador: JusPodivm, 2015.

SANTOS, Romualdo Baptista dos. *Critérios para a fixação da indenização por dano moral*. 2009.

SAVI, Sérgio. *Responsabilidade civil por perda de uma chance*. São Paulo: Atlas, 2006.

SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2013.

SERTILLANGES, Antonin-Gilbert. *A vida intelectual: seu espírito, suas condições, seus métodos*. São Paulo: É realizações, 2015.

SILVA, Américo Luís Martins da. *O dano moral e a sua reparação civil*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

SILVA, Erick Winer Resende. *O direito à busca da felicidade: contribuição à hermenêutica à luz do pensamento de Aristóteles*. Tese de Mestrado. UNIPAC, 2013.

SILVA, Rafael Peteffi da. *Responsabilidade civil pela perda de uma chance*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2009.

VERBICARO, Dennis; PENNA E SILVA, João Vitor; LEAL, Pastora do Socorro Teixeira. *O mito da indústria do dano moral e a banalização da proteção jurídica do consumidor pelo Judiciário brasileiro*. Revista de Direito do Consumidor. Vol. 114. Ano 26. São Paulo: Ed. RT, nov-dez, 2017, p. 75-99.

TARTUCE, Fernanda; COELHO, Caio Sasaki Godequez. *Reflexões sobre a autonomia do dano temporal e a sua relação com a vulnerabilidade da vítima*. Revista Brasileira de Direito Comercial Nº 19 -Out-Nov/2017.

TOCQUEVILLE, Alexis de. *A Democracia na América: leis e costumes*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

TOLLEFSEN, Christopher. *Pure perfectionism and the limits of paternalism*. In: GEORGE, Robert P; KEOWN, John (coords.). *Reason, morality and law: the philosophy of Finnis*. Londres: Oxford University Press, 2013.

UBILLOS, Juan María Bilbao. *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares: análisis de la jurisprudencia del tribunal constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997.

URUEÑA, René. *Protección multinivel de los derechos humanos en america latina: oportunidades, desafíos y riesgos. protección multinivel de derechos humanos*. In: *Proteção Multinível de Direitos Humanos. Manual - dhes*. Redde Derechos Humanos y Educación, 2014.

VEGA, Jesús. *Aristotle's concept of law: beyond positivism and natural law*. *Journal of Ancient Philosophy*, Vol. IV, 2010, Issue 2, p. 1/31.

VILLARREAL, Luis Ernesto Aguirre. *Integration of punitive damages into countries with a civil law system: Mexico's case*. Tulane University (dissertação de doutorado), 2009.

VISSCHER, Louis T. *Economic analysis of punitive damages*. In: KOZIOL, Helmut; WILCOX, Vanessa. *Punitive damages: common law and civil law perspectives*. Vol. 25. Vienna: Springer, 2009. p. 219/236.

VOLOKH, Alexander. *Punitive damages and environmental law: rethinking the issues*. *Policy Study*, n. 213, 1996.

WEINRIB, Ernest. *Corrective Justice*. Londres: Oxford University Press, 2012.

ZAMORA, Jorge Fabra. *Estúdio introductorio: estado del arte de la filosofia de la responsabilidad extracontractual*. In: PULIDO, Carlos Bernal; ZAMORA, Jorge Fabra (editores). *La Filosofia de La Responsabilidad Civil: estúdios sobre los fundamentos filosófico-jurídicos de la responsabilidade civil extracontractual*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2013.

ZENUN, Augusto. *Dano moral e sua reparação*. 4º ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

ZUÑIGA, Natalia Torres. *Control de convencionalidad y protección multinivel de los derechos humanos em el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*. DerechoPU, n. 70, 2013.

ANEXO: NOME DAS PARTES, DO MAGISTRADO, NÚMERO DO PROCESSO, INTEIRO TEOR DA SENTENÇA E DATA DE PUBLICAÇÃO

CASO 1

AUTOR (A): PATRÍCIA NEVES DA SILVA

RÉ (U): LOJA YYAMADA S/A

JUIZ (A): GIOVANA DE CÁSSIA SANTOS DE OLIVEIRA (VARA DO JUIZADO ESPECIAL CÍVEL DE ICOARACI)

NÚMERO DO PROCESSO: 0005245-64.2013.814.0941

SENTENÇA:

“Vistos,

Aduz a autora que no dia 03/09/2013 se dirigiu até a loja YYamada Matriz e no setor de crediário foi abordada pelo funcionário de nome Alex Melo dos Reis que a submeteu a revista humilhante e constrangedora, na presença dos demais clientes da loja, sem o seu consentimento, foi levada a um depósito, onde outro funcionário pediu para que entregasse seus documentos pessoais para fins de registro. Requer a inversão do ônus da prova, a procedência da ação com a condenação da requerida a pagamento de dano moral em valor a ser arbitrada por esse Juízo e a condenação ao pagamento de custas processuais e honorários de sucumbência.

Em contestação a requerida YYamada S/A requer a improcedência da ação, alegando que a petição inicial não comprovou os danos alegados que supostamente decorreram de conduta lesiva da reclamada, ausente assim nexo de causalidade dos fatos apontados como danosos.

Decido:

À demandada, não resta dúvida, assiste-lhe o direito de proteger seu patrimônio, valendo-se dos meios disponíveis para evitar que terceiros furtem-lhe mercadorias, descuidistas, carreguem-

nas "por engano", maus pagadores deixem de quitar suas compras, e até mesmo prevenir-se contra a violência, como assaltos e roubos. Mas, assim agindo, assume o risco, de em determinadas circunstâncias, seja por falha humana, quer por falha técnica em equipamentos, responder pelos atos ou falhas que venham a causar lesão a integridade física, à segurança, ao patrimônio ou extrapatrimonial ao cidadão/consumidor.

Nos termos do artigo 6º, VIII, do CDC cabia a reclamada a comprovação da existência de fato impeditivo, modificativo o extintivo do direito da reclamante, todavia, limitou-se a alegar que a autora não comprovou o dano moral alegado.

Abordagem ofensiva de consumidor em loja comercial, sem que desse causa à conduta desmedida por parte dos prepostos da demandada, gera constrangimento em local público.

O contato realizado de forma ostensiva com revista em local público, sem maior cuidado com a repercussão negativa deste ato, é passível de gerar dano de ordem moral, como no caso em tela, pois a honorabilidade da parte autora restou atingida em função de ter sido presenciada a cena por diversos clientes da empresa ré.

No que tange à prova do dano moral, por se tratar de lesão imaterial, desnecessária a demonstração do prejuízo, na medida em que possui natureza compensatória, minimizando de forma indireta as consequências da conduta da ré, decorrendo aquele do próprio fato.

O pedido de desculpas pode diminuir a intensidade da reação, mas não tem o condão de apagar o vexame, de fazer esquecer a humilhação, de esconder o constrangimento.

Entendimento jurisprudencial:

TJMA-0074223) APELAÇÃO CÍVEL. CONSUMIDOR. DISPARO DE ALARME EM LOJA DE DEPARTAMENTO MESMO APÓS O PAGAMENTO DA MERCADORIA. CONSTRANGIMENTO. DANO MORAL INDENIZÁVEL. PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE. PARCIAL PROVIMENTO. 1. "O simples disparo de alarme sonoro do sistema de segurança já é motivo suficiente, segundo as regras de experiência comum, a causar transtornos e constrangimentos indevidos, pois gera uma suspeita de furto e consequentemente danos morais indenizáveis" (AC nº 29.707/2013 - TJ/MA, Relator: Des. Jorge

Rachid Mubárack Maluf, julgado em 29.05.14). Precedentes TJ/MA. 2. In casu, a quantia de 10.000,00 (dez mil reais) apresenta-se razoável e proporcional para a compensação dos danos morais sofridos. 3. Apelo parcialmente provido. (Processo nº 015380/2015 (165457/2015), 1ª Câmara Cível do TJMA, Rel. Kleber Costa Carvalho. DJe 02.06.2015).

TJPA-0057306) APELAÇÃO CÍVEL. PRELIMINAR. TESTEMUNHA DESQUALIFICADA PARA A CONDIÇÃO DE INFORMANTE. RESTRICÇÕES DO ART. 405, § 3º, IV, DO CPC. CERCEAMENTO DE DEFESA. NÃO OCORRÊNCIA, ANTE A EFETIVA OITIVA DO DEPOENTE EM JUÍZO. PRECEDENTE DO STJ. MÉRITO. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. ALARME ANTIFURTO QUE DISPAROU NO MOMENTO EM QUE A CLIENTE ESTAVA SAINDO DA LOJA. REVISTA PESSOAL DA PARTE NA PRESENÇA DE TERCEIROS. ABERTURA DOS PERTENCES (BOLSA/SACOLAS) DA CLIENTE. EXPOSIÇÃO A SITUAÇÃO DE CONSTRANGIMENTO. ABALO DA DIGNIDADE E DA HONRA. PROVA TESTEMUNHAL. DANO MORAL. OCORRÊNCIA. QUANTUM INDENIZATÓRIO. MANUTENÇÃO. PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE. RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO. (Apelação nº 00004702120118140040 (156438), 5ª Câmara Cível Isolada do TJPA, Rel. Constantino Augusto Guerreiro. j. 25.02.2016, DJe 29.02.2016).

Entendo, pois, que a demandada valendo-se dos meios de proteção ao seu patrimônio, assumiu o risco, pela possibilidade demonstrada de falha, de causar lesão a direito do cidadão, passível de ser indenizado.

No tocante à quantificação do dano moral, deve-se buscar uma justa medida, que compreenda uma compensação à vítima, pelos danos sofridos, sem, contudo, dar azo ao seu enriquecimento indevido. Ademais, o valor da indenização deve ter caráter pedagógico-educativo, de modo a desestimular a reiteração de condutas ilícitas.

Em contrapartida, considero que a indenização não deve ser fonte de enriquecimento indevido para quem sofreu o dano, mas também deve ter caráter educativo, a fim de evitar a reiteração de condutas ilícitas

Adotando-se como parâmetro julgamentos anteriores proferidos neste Juízo em casos análogos de inscrição indevida, entendo que a condenação no valor de R\$ 3.000,00 (três mil reais) satisfaz a estes critérios, sem descuidar da proporcionalidade e da razoabilidade.

Ante o exposto, JULGO PARCIALMENTE PROCEDENTE a presente demanda, para condenar a reclamada LOJA Y YAMADA S/A a pagar ao reclamante PATRÍCIA NEVES DA SILVA a quantia de R\$ 3.000,00 (três mil reais), a título de danos morais, devendo tal valor ser atualizado monetariamente pelo INPC, e juros de mora fixados em 1% (um por cento) ao mês, devidos a partir da sentença;

Resta extinto o processo sem resolução do mérito, com fundamento no artigo 487, I, do CPC.

Sem condenação em custas ou honorários advocatícios, nos termos do art. 54 e 55 da Lei 9099/95.

Publique-se, registre-se e intimem-se.”

DATA DE PUBLICAÇÃO: 11/06/2018

CASO 2**AUTOR (A):** SILVIO ROGERIO ANSELMO CARNEIRO**RÉ (U):** JOSE MACHADO CARNEIRO**JUIZ (A):** ROSANA LÚCIA DA CANELAS BASTOS (9º VARA CÍVEL DA COMARCA DE BELÉM)**NÚMERO DO PROCESSO:** 0012675-47.2013.814.0301**SENTENÇA:**

“Vistos etc.

I – DOS FATOS

Silvio Rogério Anselmo Carneiro, devidamente qualificado, através de advogado legalmente habilitado, propõe a presente AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS em face de José Machado Carneiro, também qualificado.

O Requerente alega que é filho do requerido, cuja paternidade foi reconhecida por meio de ação de investigação de paternidade tramitada na 2ª Vara de Família da Comarca de Belém/PA.

Alega que por diversas vezes solicitou atenção do requerido, bem como ajuda financeira, porém, foram tentativas infrutíferas, diante do que restou à genitora criar o Autor.

Informa que o requerido é bem financeiramente, tendo inclusive repassado imóveis para terceiros, e, além disso, aduz que os irmãos foram educados, recebendo assistência material do pai, enquanto que o Autor ficou alijado de assistência material e financeira, obstaculizando conseguir seus anseios de organizar um negócio para si.

Afirma, ainda, que passou por mágoa, tristeza e sofrimento por ter sido pelo pai, diante do que requer neste momento o direito a herança e de ser indenizado pelos danos afetivos.

No pedido, requer a procedência da ação, com intimação do Ministério Público, indenização no valor de R\$ 2.500.000,00 (dois milhões e quinhentos mil reais), a citação do réu, a produção de provas por todos os meios admitidos, condenação do requerido em juros, atualização monetária, em custas judiciais e 20% de honorários advocatício.

Juntou documentos às fls. 22/111.

Às fls. 112, foi determinada a citação do réu, que apresentou contestação às fls. 118/125.

Na peça de defesa, o requerido alega, em suma, que foi um pequeno comerciante de secos e molhados e que sempre viveu com dificuldades para criar os seus 4 (quatro) filhos, que estudaram em escolas públicas e que ao se formarem como médicos e advogados, contribuíram para custear as despesas dos pais. Informa que, atualmente, só lhe restam alguns terrenos em Mosqueiro e em Ananindeua. Refuta a alegação do Autor de que teria sido fazendeiro, aduzindo que construiu uma pequena casa de madeira e um sítio para lazer de sua família no Bairro do Coqueiro, que posteriormente foi vendido para a Caixa Econômica Federa. Informa que somente teve conhecimento de que era pai do Autor quando do resultado do teste de DNA ocorrido em sede de ação de judicial, diante do que alega que até tal reconhecimento não cabe qualquer dano ao Autor. Informa em contestação que a intenção do Requerente em verdade era de tirar vantagens financeiras do Requerido. Não acata as alegações de doações e de compra e venda dos imóveis, pois todas as transações ocorrida nos imóveis informados pelo Autor foram lícitas. Alega que vive de sua aposentadoria junto ao INSS e que ainda possui alguns terrenos que somam R\$ 300.000,00 (trezentos mil reais). Refuta a quantia perquirida a título de indenização de R\$2.500.000,00 (dois milhões e quinhentos mil reais). Diante disso, requer a improcedência da ação, a condenação do Autor por litigância de má-fé e em honorários advocatícios. Junta documentos às fls. 126/148.

Às fls. 149/154, o Autor apresentou réplica.

Às fls. 156, foi designada audiência preliminar para o dia 13.11.2013, momento em que foram colhidos os pontos controvertidos e deferidas as provas que as partes pretendiam produzir.

Às fls. 167/172, foi realizada audiência de instrução e julgamento, com debates orais ocorridos naquela oportunidade.

RELATADO. DECIDO.

II – DA FUNDAMENTAÇÃO.

A questão versa sobre a existência ou não de abandono afetivo pelo requerido em face do requerente.

Compulsando os autos, entendo que não ficaram comprovados quaisquer elementos do ato ilícito disposto no art. 186 do Código Civil (Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.).

No caso dos autos, o autor não se desincumbiu de um ônus que lhe era inerente, qual seja, de demonstrar que sofreu abalos significativos na sua honra subjetiva pela falta de carinho e de atenção do requerido ao longo de sua vida.

É que ao longo da instrução probatória, mormente da oitiva do Autor, há o reconhecimento de ter procurado o pai, ora requerido, apenas em uma única circunstância: que apenas uma vez quando já era registrado, aproximou-se do pai para conversar. (fls. 167), o que foi complementado pela testemunha da parte Autora TANIA ROCHA ZUQUETO (fls. 168) que quando o Autor era bebê não visitava o pai.

Ora, a jurisprudência entende que necessita haver uma relutância constante por parte do pai em aceitar o filho para que esteja configurado o abalo à personalidade deste ao ponto de levar à indenização por abandono afetivo.

RESPONSABILIDADE CIVIL. FAMÍLIA. APELAÇÃO EM AÇÃO DE COMPENSAÇÃO POR DANOS MORAIS. ABANDONO AFETIVO. POSSIBILIDADE EXCEPCIONALMENTE. NECESSIDADE DE DEMONSTRAÇÃO DE ELEMENTOS ATENTATÓRIOS AO DIREITO DA PERSONALIDADE. NÃO CONFIGURAÇÃO DE CONDUTA DO GENITOR CONTRÁRIA AO ORDENAMENTO JURÍDICO. IMPROCEDÊNCIA. 1.A COMPENSAÇÃO POR DANOS MORAIS EM RAZÃO DE ABANDONO AFETIVO É POSSÍVEL, EM QUE PESE EXISTA CONSIDERÁVEL RESISTÊNCIA DA JURISPRUDÊNCIA PÁTRIA, MAS É HIPÓTESE EXCEPCIONAL.

2.NA ESPÉCIE, O RÉU DESCOBRIU A EXISTÊNCIA DE SEU FILHO APENAS 20 ANOS APÓS O NASCIMENTO DESTA, SENDO QUE AQUELE MORAVA NA RÚSSIA EM RAZÃO DE SERVIÇO PÚBLICO. 3. A CONDUTA DO GENITOR APTA A DAR AZO À "REPARAÇÃO" DE DIREITO DA PERSONALIDADE DEVE CONTER NEGATIVA INSISTENTE E DELIBERADA DE ACEITAR O FILHO, ALÉM DO DESPREZO COM RELAÇÃO A SUA PESSOA. 4.NÃO SE VISLUMBRAM TAIS REQUISITOS SE O PAI, TANTO POR DESCONHECIMENTO DESTA CONDIÇÃO, QUANTO POR CONTINGÊNCIAS PROFISSIONAIS, ACEITOU A PATERNIDADE SEM CONTESTAR, MAS NÃO PÔDE TER CONTATO MAIS PRÓXIMO COM SEU FILHO, MORMENTE TENDO EM VISTA JAMAIS TER A GENITORA O PROCURADO PARA EXIGIR PARTICIPAÇÃO NA CRIAÇÃO DA CRIANÇA OU AO MENOS DIZER QUE ESTAVA GRÁVIDA. 5.RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. (TJ-DF - APL: 780843120098070001 DF 0078084-31.2009.807.0001, Relator: J.J. COSTA CARVALHO, Data de Julgamento: 13/04/2011, 2ª Turma Cível, Data de Publicação: 27/04/2011, DJ-e Pág. 75).

Logo, se o próprio Autor informa no seu depoimento de que somente por uma única vez tentou se aproximar do seu genitor, e a testemunha por ele apontada informa que quando ainda era bebê não era levado para visitar o pai, não há como considerar que houve várias e reiteradas tentativas de sua aproximação, com a conseqüente negativa do réu na mesma proporção para se configurar o descaso do pai em relação ao filho.

Ademais, é assente o entendimento jurisprudencial de que o genitor não é obrigado a nutrir carinho e afetividade ao filho.

RESPONSABILIDADE CIVIL. INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. SUSCITADO CERCEAMENTO DE DEFESA

ANTE O JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE. PRETENDIDA PRODUÇÃO DE PROVA TESTEMUNHAL. DESNECESSIDADE. EXISTÊNCIA NOS AUTOS DE ELEMENTOS DE PROVA, ESPECIALMENTE DOCUMENTAL, SUFICIENTES À PLENA CONVICÇÃO DO JULGADOR. PRELIMINAR AFASTADA. ALEGADO ABANDONO MATERIAL E AFETIVO DO GENITOR. RECONHECIMENTO DA PATERNIDADE REALIZADO APENAS MEDIANTE AÇÃO JUDICIAL. REQUISITOS DO ART. 186 DO CÓDIGO CIVIL NÃO CONFIGURADOS. DEVER DE INDENIZAR INEXISTENTE. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO. 1. É curial que a produção de provas (pericial e testemunhal) é dirigida ao juiz da causa e portanto, para a formação de seu convencimento. Logo, se este se sentir habilitado para julgar o processo, calcado nos elementos probantes já existente nos autos, pode, sintonizado com os princípios da persuasão racional e celeridade processual, desconsiderar o pleito de produção de tais provas, sem cometer qualquer ilegalidade ou cerceamento de defesa. 2. Os sentimentos compreendem a esfera mais íntima do ser humano e, para existirem, dependem de uma série de circunstâncias subjetivas. Portanto, o filho não pode obrigar o pai a nutrir amor e carinho por ele, e por este mesmo motivo, não há fundamento para reparação pecuniária por abandono afetivo. (TJ-SC - AC: 292381 SC 2010.029238-1, Relator: Marcus Tulio Sartorato, Data de Julgamento: 30/06/2010, Terceira Câmara de Direito Civil, Data de Publicação: Apelação Cível n. , de Blumenau)

Neste sentido, se o próprio autor confirma que somente houve uma única tentativa de se aproximar do pai, não entendo crível que somente nesta oportunidade o Requerente tenha sido tomado de profundo abalo sentimental que pudesse levar a qualquer necessidade de reparação pecuniária do requerido sobre o Autor.

Vale destacar, ainda, que nesta oportunidade de aproximação do requerente em face ao requerido, não houve sequer qualquer tentativa afável de aproximação do Autor em função do pai.

É que consta em depoimento do próprio requerente que a única visita realizada do autor ao requerido foi às 7h30 da manhã (fls. 167), hora confrontada pelo depoimento do réu que aduziu que o aparecimento do Autor ocorreu às 5h30, aduzindo que a primeira vez que o Autor procurou o depoente foi 5h30 da manhã quando sua mulher ainda estava viva... (fls. 167), o que foi corroborado pela testemunha do requerido, o guarda noturno, LELIO JOSE PEREIRA ROCHA (fls. 168), que afirmou que às 5h da manhã viu o Autor chegar de carro em frente à residência do requerido.

Além disso, o comportamento do Autor nesta ocasião levou ao entendimento de que a sua intenção não era realizar uma conversa amigável e de pai para filho com o requerido, eis que em várias passagens da instrução ocorrida, evidencia-se um comportamento agressivo do Autor, tais como: que o autor gritou e chamou o depoente de velho safado. (depoimento do requerido às fls. 167), que às 5h da manhã viu o Autor chegar de carro em frente à residência do requerido. Que o Autor estava alterado. Que balançou o portão do requerido (depoimento da testemunha LELIO JOSE PEREIRA ROCHA às fls. 168).

Tais afirmações, seja em relação ao horário matinal, embora contraditórios, seja em relação ao comportamento reportado pelo requerido e pela testemunha mencionada, indicam que o Autor não pretendia obter qualquer aproximação com o pai visando reaver sentimentos paternos por ventura perdidos ou não nutridos ao longo de vários anos.

Outro ponto que merece ser levantado é que o requerido somente veio a constatar que o Autor era seu filho por meio de ação judicial de investigação de paternidade tramitada na 2ª Vara de Família de Belém, sob o número 0020915-43.2010.814.0301 (fls. 32/33), cuja sentença que declarou o Autor Silvio Rogério dos Santos Coelho como filho do requerido José Machado Carneiro foi exarada somente em 16 de setembro de 2011.

Desta forma, se o réu sequer tinha reconhecido o Autor como filho até 2011, momento que o requerente tinha 24 (vinte e quatro) anos, não entendo que tenha havido abandono afetivo do requerido neste íterim, pois, até então, a própria origem desta conduta, no caso, a paternidade, ao menos existia para o requerido. Portanto, descabe qualquer dever de indenizar moralmente nos termos do pleiteado na exordial.

Vale frisar que o Autor também busca uma ajuda financeira com a presente ação judicial, alegando que foi preterido em relação aos outros irmãos no que se refere à formação profissional e acadêmica.

Porém, tal não pode prosperar, tendo em vista que, como já mencionado acima, o pai não tinha reconhecido o Autor como filho, e também porque com a idade que isto ocorreu, caberia ao Autor perseguir com seus méritos e posses sua evolução escolar e exercer atividade compatível com os anos de escolaridade adquirido mesmo em instituição pública.

INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E AFETIVOS. JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE. CERCEAMENTO DE DEFESA. DESNECESSIDADE DE INSTRUÇÃO DO PROCESSO. ELEMENTOS DE PROVA SUFICIENTES PARA FORMAR O CONVENCIMENTO DO JULGADOR. SEGURA RESOLUÇÃO DA LIDE (ART. 130 DO CPC). ALEGAÇÃO DE ABANDONO MATERIAL E AFETIVO. RECONHECIMENTO DA PATERNIDADE QUANDO O AUTOR TINHA 15 ANOS DE IDADE, APÓS REALIZAÇÃO DE EXAME DE DNA. PAGAMENTO DE ALIMENTOS DESDE O RECONHECIMENTO FILIAL, ATÉ QUE O AUTOR COMPLETOU 27 ANOS DE IDADE. ALEGAÇÃO DE QUE NÃO CONCLUIU A UNIVERSIDADE POR CULPA DO RÉU. AUTOR QUE NÃO EXERCE ATIVIDADE REMUNERADA. DEMORA NA CONCLUSÃO DO ENSINO SUPERIOR QUE DEMONSTRA A NEGLIGÊNCIA DO AUTOR NOS ESTUDOS. ATO ILÍCITO NÃO CONFIGURADO. DANO DECORRENTE DAS CIRCUNSTÂNCIA DA VIDA E NÃO DE AÇÃO OU OMISSÃO DELIBERADA DO PAI. PRETENSÃO INJUSTIFICADA. IMPROVIMENTO DO RECURSO.

O julgamento antecipado da lide (art. 330, I, do CPC) não implica cerceamento de defesa, se desnecessária a instrução probatória, face ao princípio da celeridade processual. A paternidade pressupõe a efetiva manifestação sócio-afetiva de convivência, amor e respeito entre pai e

filho, não podendo ser quantificada, em sede indenizatória, como reparação de danos morais, salvo raras situações, do que não se cuidam os autos, porquanto, o dano não se configura pelo simples fato de os pais não terem dedicado aos filhos o afeto que deles era de se esperar, sobretudo quando o vínculo de parentesco somente é conhecido tardiamente através de ação judicial onde se teve realizado exame de paternidade, o que é o caso dos autos. (TJSC, Apelação Cível n. 2009.011649-6, da Capital - Continente, rel. Des. Saul Steil, j. 12-04-2011).

Portanto, diante das várias provas colhidas ao longo da instrução processual, entendo que o Autor não se desincumbiu de fazer prova de direito constitutivo seu, nos termos do art. 333, I do CPC (Art. 333. O ônus da prova incumbe: I - ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito;), no caso de reconhecer que o requerido o abandonou afetivamente.

III – DO DISPOSITIVO

ISTO POSTO, JULGO IMPROCEDENTE O PEDIDO, por inexistência de dever de indenizar do réu, face à ausência de comprovação de que o requerido cometeu ato ilícito, no caso, abandonou o Autor afetivamente, extinguindo o processo com resolução de mérito, nos termos do art. 269, inciso I, do Código de Processo Civil.

Condeno o autor Silvio Rogério Anselmo Carneiro em custas processuais e honorários advocatícios, os quais fixo em R\$20.000,00 (vinte mil reais).

Publique-se, registre-se, intimem-se.”

DATA DE PUBLICAÇÃO: 06/03/2014

CASO 3**AUTOR (A):** EDIVALDO DO COUTO FERREIRA**RÉ (U):** CCS SERVIÇOS ESPECIALIZADOS**JUIZ (A):** LEA HELENA PESSOA DOS SANTOS SARMENTO (3ª VARA DO TRABALHO DE BELÉM)**NÚMERO DO PROCESSO:** 0000924-62.2017.5.08.0003**SENTENÇA:****“I - RELATÓRIO**

EDIVALDO DO COUTO FERREIRA ajuizou reclamatória trabalhista em face de CCS SERVIÇOS ESPECIALIZADOS LTDA, postulando a condenação da reclamada ao pagamento de verbas rescisórias, notadamente: aviso prévio, 13º salário proporcional, férias 2014/2015 e 2015/2016 +1/3, saldo de salário, FGTS + Multa de 40%, multa do artigo 467 da CLT, indenização por danos morais, além do benefício de justiça gratuita.

A reclamada, apesar de regularmente notificada, deixou de comparecer à audiência inaugural, aplicando-se-lhe, na oportunidade, a revelia e confissão quanto à matéria fática, nos termos do art. 844, da CLT.

Prestou depoimento somente o reclamante.

O reclamante não arrolou testemunhas.

Razões finais remissivas pela parte presente e prejudicadas pela parte ausente.

Prejudicadas as propostas de conciliação.

É o relatório.

II - FUNDAMENTAÇÃO

Da revelia.

A reclamada foi considerada revel e confessa quanto à matéria de fato, ante a sua ausência na audiência inaugural, a teor do art. 844 da CLT.

Diante disso, presumem-se verdadeiros os fatos alegados na inicial, nos termos do Art. 302 c/c o Art. 319, ambos do CPC.

O conteúdo probatório será analisado consoante o contexto acima.

(...)

Indenização por danos morais

Aduz o reclamante que em razão dos atrasos constantes no pagamento dos salários e do não adimplemento das verbas rescisórias por parte da reclamada, experimentou de descrédito junto a sociedade, sendo cobrado constantemente em razão de pagar suas contas sempre de forma atrasada.

Aduz ainda que, até o presente momento tem a sua CTPS retida pela reclamada, acarretando diversos desconfortos, pleiteando assim, a condenação da reclamada ao pagamento de R\$20.000,00 (vinte mil reais) a título de indenização por danos morais.

Examino.

Não obstante o avanço do instituto do dano moral ou extrapatrimonial no Direito do Trabalho no Brasil, tanto na doutrina, como na jurisprudência, com o alargamento dos casos de incidência privilegiando a dignidade da pessoa humana, que constitui o fundamento de validade do Estado Democrático de Direito, a novel Lei n. 13.467/2017, denominada Reforma Trabalhista, veio apresentar um novo regramento, nesta temática, revisto pela Medida Provisória n. 808 de 14/11/2017.

O legislador adota a estratégia de tarifar ou estabelecer marco regulatório em balizas mínimas e máximas para o dano extrapatrimonial, de forma que estabelece como baliza mínima a quantia de três vezes o último salário do reclamante (em casos de infração de natureza leve), vejamos:

§ 1º Se julgar procedente o pedido, o juízo fixará a indenização a ser paga, a cada um dos ofendidos, em um dos seguintes parâmetros, vedada a acumulação: ofensa de natureza leve, até três vezes o último salário

contratual do ofendido; ofensa de natureza média, até cinco vezes o último salário contratual do ofendido; ofensa de natureza grave, até vinte vezes o último salário contratual do ofendido;

IV. ofensa de natureza gravíssima, até cinquenta vezes o último salário contratual do ofendido.

Cumprido salientar que, de acordo com o artigo 944 do Código Civil Brasileiro, o arbitramento da indenização por dano moral deve considerar a gravidade do dano e a dimensão dos prejuízos sofridos, a capacidade patrimonial dos ofensores, o princípio da razoabilidade e o caráter pedagógico da medida (arts. 5º, V e X da CF/88 e arts. 12, 186, 187 e 944, do Código Civil Brasileiro).

Ainda que a dignidade da pessoa humana não seja mensurável, possuindo valor inestimável em face da natureza insubstituível e única da personalidade humana, como muitas vezes não será mais possível o retorno à situação anterior (*status quo ante bellum*), de forma equivalente à situação de não ocorrência do dano, ou o mais próximo possível dela, não restará outra opção a não ser o pagamento da indenização ou reparação à vítima, conforme recomenda o princípio do *restitutio in integrum*.

Na hipótese vertente, o reclamante teve configurado o dano moral a medida em que teve que conviver com o constante atraso de pagamento dos salários por culpa exclusiva da reclamada, de forma que julgo procedente o pedido de condenação da reclamada ao pagamento de indenização por danos morais ao autor, na importância de 3 vezes o último salário do autor, sendo classificada tal ofensa como de natureza leve.

A retenção da CTPS pelo empregador, além do prazo previsto no art. 29, caput, da CLT, configura ato ilícito e gera a presunção do dano, visto que o prejuízo, nesta hipótese, independe de prova.

A mora na devolução da CTPS do empregado o sujeita à discriminação no mercado de trabalho, fato capaz de causar-lhe prejuízos de ordem social e econômica, bem como de atentar contra a sua dignidade, nos termos do art. 5º, Inciso X, da CF. Destarte, restando comprovado o ato ilícito, o empregado faz jus à indenização.

No caso em comento, resta comprovado ato ilícito por parte da reclamada, que até o presente momento, não tem nenhuma postura no sentido de restituir a CTPS ao reclamante, de forma que trata-se de infração de natureza média, pelo que julgo procedente a condenação da reclamada ao pagamento de indenização por danos morais ao autor, na importância de 5 vezes o último salário do autor.

III - CONCLUSÃO

Ante o exposto e considerando o mais que dos autos consta, a MM. 3ª Vara do Trabalho de Belém, na reclamatória trabalhista ajuizada por EDIVALDO DO COUTO FERREIRA em face de CCS SERVIÇOS ESPECIALIZADOS LTDA, no mérito, decide julgar totalmente procedentes os pedidos para o fim de condenar a reclamada nas seguintes obrigações:

(...)

b) indenização por danos morais ao autor, na importância de 3 vezes o último salário percebido, pelo atraso no pagamento dos salários, sendo classificada tal ofensa como de natureza leve.

c) pagamento de indenização por danos morais ao autor, na importância de 5 vezes o último salário percebido, pela retenção indevida de CTPS, sendo classificada tal ofensa como de natureza média.

Incidência das imposições fiscais e previdenciárias na forma da lei e observados os parâmetros de liquidação fixados nesta sentença.

Planilha de cálculos em anexo, parte integrante desta sentença. Custas pela reclamada no percentual de 2% sobre o valor da condenação, conforme cálculos em anexo, que integram o presente dispositivo para todos os efeitos legais. Dar Ciência as partes em vista da antecipação de publicação”.

DATA DE PUBLICAÇÃO: 18/12/2017

CASO 5**AUTOR (A):** KLEBERT LUIZ FERREIRA GONCALVES**RÉ (U):** COMPAR COMPANHIA PARAENSE DE REFRIGERANTES**JUIZ (A):** NAGILA DE JESUS DE OLIVEIRA QUARESMA (7ª VARA DO TRABALHO DE BELÉM)**NÚMERO DO PROCESSO:** 0001252-11.2016.5.08.0008**SENTENÇA:**

“I - RELATÓRIO

O reclamante, KLEBERT LUIZ FERREIRA GONCALVES, ajuizou reclamação trabalhista em face de COMPAR - CIA PARAENSE DE REFRIGERANTES, nos moldes das suas pretensões de ID fb39462. Pede a condenação da reclamada ao pagamento das seguintes verbas: indenização por dano moral por transporte de valores, por risco de vida, por assaltos sofridos, por revista diária; danos materiais em relação a honorários advocatícios; honorários de sucumbência; juros e correção monetária. Pretende a aplicação da multa do art. 475-J do CPC e os benefícios da justiça gratuita. A reclamada devidamente notificada compareceu e apresentou defesa escrita ID 4be0358. No mérito, pediu a improcedência da ação.

O valor de causa foi fixado para fins de alçada em R\$ 139.054,49.

As partes prestaram depoimento pessoal e foram ouvidas testemunhas sob ID 21eac6c.

Razões finais remissivas. Infrutíferas as propostas conciliatórias.

Em suma é o relatório.

II - FUNDAMENTAÇÃO MÉRITO DA INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL PELO TRANSPORTE DE VALORES, POR RISCO DE VIDA EM SUA ATIVIDADE E ASSALTOS SOFRIDOS

O reclamante alega, que o reclamante foi admitido pela reclamada em 05 de agosto de 2013, para exercer a função de ajudante de estoque, e em 01 setembro de 2014 foi promovido para ajudante de entrega, sendo que a relação de emprego se prolongou até 30 de junho de 2016, conforme página 12 da sua CTPS, ou seja, como ajudante de entrega ele trabalhou por cerca de 23 meses, quando foi despedido sem justa causa pela empregadora.

Informa o reclamante que na função que exerceu, além de outros produtos, que transportava no caminhão de entrega, como barril de chope, cilindros de CO₂, COBRAVA, RECEBIA E TRANSPORTAVA VALORES (dinheiro) durante toda a jornada diária das vendas à vista, como consta das relações diárias de notas fiscais.

Esclarece, ainda, que por receber, cobrar e transportar dinheiro em valores expressivos de em torno de R\$-15.000,00 a R\$-20.000,00 no veículo de Trabalho durante o pacto laboral e, por isso, sofreu diversos assaltos se comprova com Boletins de Ocorrência Policial (BOP) feito pelo motorista Sérgio Carlos Gurjão Noronha.

Afirma que não tinha qualquer preparo ou treinamento para transportar dinheiro e sem segurança para lhe dar guarida, percorrendo longa distância com a posse do dinheiro, correndo risco de vida em assaltos.

Requer que seja aplicada a jurisprudência do Colendo TST para que lhe sejam garantidas as vantagens decorrentes do salário de Segurança Vigilante, conforme decisão do TST, acrescido na indenização trabalhista do o valor de um mês do salário do vigilante transportador de valores, a cada mês trabalhado por todo período do pacto laboral, conforme Convenção dos Vigilantes em Transporte de Valores acostada (SINDIVIPA - SINDICATO DOS VIGILANTES E EMPREGADOS DE EMPRESAS DE SEGURANÇA, VIGILÂNCIA, TRANSPORTE DE VALORES E SIMILARES DO ESTADO PARÁ e SINDESP/PA - SINDICATO DAS EMPRESAS DE VIGILÂNCIA TRANSPORTE DE VALORES PRIVADO DO ESTADO DO PARÁ), onde consta o piso salarial do Vigilante de Escolta é de R\$-1.138,95 acrescido de 30% de risco de vida que é R\$-341,68, que somado é igual a R\$-1.480,63 por mês, que no período

trabalhado de 23 meses do Reclamante, resulta em R\$-1.480,63 x 23 = R\$-34.054,49, sendo esse o valor da indenização pleiteada pelo reclamante.

Sustenta, ainda, o demandante que ficava exposto a situações de perigo, de modo que o rol de atividades ou operações perigosas mencionadas no art. 193, da CLT, não pode ser considerado taxativo, podendo ser ampliado para alcançar esta atividade perigosa como, com frequência, ocorrerem assaltos a pessoas que carregam valores, pois exerceu função de cobrador e transportador de dinheiro para a reclamada, durante todo o pacto laboral de 23 meses, sendo obrigado diariamente a transportar de R\$-15.000,00 a R\$-20.000,00 ou mais, correndo vários riscos de vida em assaltos sofridos.

Assevera que, quando sofreu assalto, teria ficado tão abalado que teve o seu estado de saúde alterado, levando-o a ter problemas com o coração, experimentando sofrimento de ARRITIMIA CARDÍACA, sendo obrigado a fazer exames clínicos na Clínica Harada, como se comprova através de exames médicos acostados, pelo que requer indenização por danos morais, como pedido acima, ou seja, R\$-40.000,00 por risco de vida em sua atividade e R\$-50.000,00 por assaltos sofridos, respectivamente.

A empresa, em defesa, negou o dever de indenizar.

O reclamante, em depoimento pessoal, declarou: "(...) que o depoente realizava cobrança de clientes e repassava para o motorista do caminhão; que o motorista do caminhão colocava os valores no cofre; que no momento da entrega os clientes pagam os valores ao ajudante; que foi assaltado 4 vezes; que entregaram os valores aos assaltantes; que em virtude de um dos assaltos passou a ter arritmia cardíaca. Ao patrono da reclamada respondeu: que não há orientação da reclamada para que o motorista receba os valores; que não há treinamento para recebimento de valores; que transportavam cerca de R\$15.000,00 a R\$-20.000,00 em espécie.(...)".

Ao depor, o preposto da reclamada declarou que:"(...) não sabe dizer se o reclamante foi vítima de assalto por transporte de valores; que no momento da entrega dos produtos o cliente repassa os valores para o motorista que os guarda no cofre para repasse ao final do dia para a reclamada; que o ajudante não pode receber os valores só o motorista ; que caso haja cobrança equivocada o motorista é responsabilizado; que o motorista tem que pagar a diferença. Ao (À) patrono (a) do (a) reclamante respondeu : que o ajudante permanece no carro onde os valores são

transportados; que apenas os motoristas recebem treinamento para transporte de valores; que o curso é ofertado pela reclamada.(...)"

A única testemunha arrolada pelo reclamante, MAURICIO RAMOS

SOARES, que também desempenhou a função de ajudante de entregas, ao depor, declarou que:"(...) que o depoente era ajudante de entrega na reclamada no período de 02/09/2013 a 22/11/2016; que o reclamante foi assaltado várias vezes durante a jornada de trabalho; que o depoente também foi assaltado durante a realização de suas atividades; que os assaltos eram dos valores pagos pelos clientes pelas mercadorias; que no ato da entrega das mercadorias o clientes conferia as notas e efetuava o pagamento à vista; que o pagamento poderia ser feito tanto para o ajudante como para o motorista; que num dos assaltos o reclamante até apresentou problemas no coração. Ao (À) patrono (a) do (a) reclamante respondeu : que não fizeram treinamento para transporte de valores; que fizeram treinamento para o reconhecimento de cédulas falsas; que transportavam por dia cerca de R\$-15.000,00 a R\$-20.000,00 . Ao (À) patrono (a) do (a) reclamado (a) respondeu : que caso haja diferença entre o valor das notas e o valor recebido o motorista é quem arca com os prejuízos, pois ele é o responsável pela operação. (...)"

A testemunha arrolada pela reclamada, FRANCISCO CARLOS BASBOSA DOS REIS, revelou que havia pagamento ao motorista e aos ajudantes de entrega e que tais valores eram recolhidos no cofre do veículo. Admitiu que o reclamante já havia sofrido assaltos e que os pagamentos são feitos em espécie normalmente.

Restou cabalmente evidenciado que o autor trabalhava em veículo que transportava montantes significativos, o que o expunha a risco de morte, que pode ser facilmente perceptível pelo número de assaltos sofridos.

A questão atinente à indenização por danos morais há de ser apreciada com acuidade, para não permitir a banalização do pedido, com o afastamento do seu efetivo objetivo.

Impõe-se analisar a caracterização dos requisitos do dano indenizável, que se revelam com a certeza ou a efetividade do dano, bem como a comprovação dos prejuízos que advieram do ato considerado danoso. Necessário, assim, que reste demonstrado o nexo de causalidade entre a ação e o dano resultante dessa ação no patrimônio do empregado.

Na verdade, entendo que restou demonstrado pelos depoimentos prestados que a atividade realizada pelo autor se torna arriscada pelo fato de haver transporte de valores significativos, o que resultou nos assaltos sofridos.

Fato é que se não houvesse tais recebimentos em espécie não haveria risco de morte na atividade de entregador. Portanto, entendo que as causas de pedir colocadas pelo reclamante de forma separada, devem ser analisadas em conjunto, pois o risco da atividade é gerado pelo transporte de valores realizado pelos motoristas e ajudantes de entrega que resultou nos assaltos sofridos.

Entendo, ainda, ser irrelevante quem recebia o dinheiro em mãos, pois o risco atingia todos os tripulantes do veículo que possuía o cofre, que era sempre o alvo dos assaltantes.

Não verifico, ainda, que a existência ou não de cursos fosse minimizar o problema, uma vez que nenhum deles possuía o preparo para atuar como vigilante, nem creio que esta fosse a intenção das partes.

Fato é que, na Modernidade, o pagamento em espécie já se tornou obsoleto e deveria ser evitado pela empresa reclamada, como forma de conferir uma proteção adequada aos seus empregados. A empresa é grande e pode contar com toda ajuda tecnológica das instituições bancárias para efetuar cobranças por meio de boletos e transferências bancárias, evitando-se o recebimento em espécie por meio de empregados não habilitados para isso.

Fato é que em tempos de grande insegurança nas vias públicas, conclui-se que a tarefa imposta aos empregados (transporte de valores) caracteriza ato ilícito da reclamada passível de ser reparado, uma vez que tal rotina só pode ser entendida como tendo a única finalidade de economizar gastos colocando em risco a vida dos empregados.

A atividade imposta pela reclamada, deste modo, é passível de ser indenizada, conforme jurisprudência do C. TST:

RECURSO DE EMBARGOS REGIDO PELA LEI Nº 11.496/2007. INDENIZAÇÃO - TRANSPORTE DE VALORES. Esta SBDI-1 vem entendendo que a mera realização, por empregado não treinado, de atividade de transporte de valores, enseja a condenação ao pagamento de indenização, por constituir ato ilícito do empregador. Dessa forma,

ressalvado meu entendimento pessoal, nego provimento ao recurso de embargos para manter a condenação. Recurso de embargos conhecido e desprovido."(TST-E-ED-RR-632200-02.2008.5.09.0019, Rel. Min. Renato de Lacerda Paiva, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, DEJT de 09/01/2012)

AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. 1. RESPONSABILIDADE CIVIL DO EMPREGADOR. TRANSPORTE DE VALORES REALIZADO POR EMPREGADO NÃO VIGILANTE. DESVIO DE FUNÇÃO. EXPOSIÇÃO AO RISCO. DANO MORAL CONFIGURADO. PRECEDENTES DESTA CORTE. ÓBICE DO ARTIGO 896, § 4º, DA CLT E DA SÚMULA 333, DO C.TST. O entendimento firmado pelo Tribunal a quo, além de refletir sua convicção motivada sobre o tema, baseada no conjunto fático-probatório contido nos autos, ecoa reiterada jurisprudência desta Corte Superior no tocante à responsabilidade civil decorrente do desvio de função perpetrado pelo empregador que submete seus empregados (não vigilantes) à atividade de transporte de valores sem a qualificação técnica exigida por lei, expondo-os à situação de risco. Prejudicada a análise dos arestos transcritos para o confronto de teses, tendo em vista que se encontram ultrapassados pela iterativa e notória jurisprudência desta Corte Superior atraindo, assim, o óbice do § 4º, do artigo 896, da CLT e da Súmula 333, do C.TST. (TST-AIRR-64-70.2012.5.05.0019, 8ª Turma, Relatora Ministra: Jane Granzoto Torres da Silva, DEJT de 15/08/2014)

INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. TRANSPORTE DE VALORES. Da transcrição do acórdão regional, é possível extrair que não foram observados os requisitos insculpidos no art. 3º da Lei 7.102/83, porquanto a reclamante realizava o transporte de valores -fato o qual restou incontroverso -, embora não estivesse essa atividade inserida em

suas atribuições, pois seu cargo era o de gerente de contas. Ao exigir da reclamante a tarefa de transportar valores em descumprimento ao que determina a lei, a reclamada cometeu ato ilícito, passível de reparação pecuniária, nos termos do art. 186 do Código Civil. É importante salientar ainda que o dano ocasionado à reclamante se caracteriza *in re ipsa*, espécie de constrangimento que não pode ser objeto de prova, dada a sua imaterialidade. Precedentes. Recurso de revista conhecido e provido. (TST-RR-80-78.2010.5.04.0841, 6ª Turma, Relator Ministro: Augusto César Leite de Carvalho, DEJT de 15/08/2014 -sem grifos no original)

DANO MORAL - IMPOSIÇÃO DE PRÁTICA DO TRANSPORTE DE VALORES A EMPREGADO BANCÁRIO - DESVIO DE FUNÇÃO. Esta Corte já se posicionou no sentido de que a conduta do empregador de exigir do empregado o transporte de valores, atividade para a qual não fora contratado, com exposição indevida a situação de risco, enseja o pagamento de indenização por dano moral. Recurso de revista conhecido e provido. (TST-RR - 611600-74.2008.5.09.0660, 2ª Turma, Relator Ministro: Renato de Lacerda Paiva, DEJT de 15/08/2014 - sem grifos no original)

BANCÁRIO. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. TRANSPORTE DE VALORES. Consoante a jurisprudência deste Tribunal, resta configurado dano moral do empregado bancário (-*damnum in re ipsa*-), consubstanciados no inevitável abalo emocional e consequente desequilíbrio psicológico, tendo em vista a atividade que lhe fora imposta (transporte de valores, sem qualquer habilitação específica), sabidamente de alto risco à sua integridade física e à sua vida, sem que lhe fosse assegurada a devida preparação, mediante a adoção de sistema de segurança aprovado pelo Ministério da Justiça, nos termos da Lei nº 7.102/83. Precedentes. Recurso de revista parcialmente conhecido e

provido. (TST-RR - 184200-40.2007.5.17.0151, 1ª Turma, Relator Ministro: Walmir Oliveira da Costa, DEJT de 15/08/2014)

AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. 1. RESPONSABILIDADE CIVIL DO EMPREGADOR. TRANSPORTE DE VALORES REALIZADO POR EMPREGADO NÃO VIGILANTE. DESVIO DE FUNÇÃO. EXPOSIÇÃO AO RISCO. DANO MORAL CONFIGURADO. PRECEDENTES DESTA CORTE. ÓBICE DO ARTIGO 896, § 4º, DA CLT E DA SÚMULA 333, DO C.TST. O entendimento firmado pelo Tribunal a quo, além de refletir sua convicção motivada sobre o tema, baseada no conjunto fático-probatório contido nos autos, ecoa reiterada jurisprudência desta Corte Superior no tocante à responsabilidade civil decorrente do desvio de função perpetrado pelo empregador que submete seus empregados (não vigilantes) à atividade de transporte de valores sem a qualificação técnica exigida por lei, expondo-os à situação de risco. Prejudicada a análise dos arestos transcritos para o confronto de teses, tendo em vista que se encontram ultrapassados pela iterativa e notória jurisprudência desta Corte Superior atraindo, assim, o óbice do § 4º, do artigo 896, da CLT e da Súmula 333, do C.TST. (TST-AIRR - 3719140-68.2007.5.09.0013, 8ª Turma, Relator Ministro: Márcio Eurico Vitral Amaro, DEJT de 04/04/2014).

Quanto ao quantum indenizatório, considero os valores pleiteados excessivos, visto que não se pode atribuir à reclamada todo o ônus da insegurança pública que vivemos.

Desse modo, presentes os pressupostos da responsabilidade civil e considerando o grau de culpa da reclamada, sua capacidade econômica e a dupla função sancionatória-reparadora do instituto, bem como o princípio da proporcionalidade e o parâmetro jurisprudencial, julgo procedente o pedido e arbitro o valor da condenação em R\$ 30.000,00 (trinta mil reais).

(...)

III - DISPOSITIVO

ANTE O EXPOSTO E TUDO O MAIS QUE DOS AUTOS CONSTA, DECIDO JULGAR A PRESENTE RECLAMATÓRIA AJUIZADA PELO RECLAMANTE KLEBERT LUIZ FERREIRA GONCALVES EM FACE À RECLAMADA PROCEDENTE EM PARTE, PARA CONDENAR A RECLAMADA A PAGAR AO RECLAMANTE o valor de r\$-30.760,00 , conforme cálculos em anexo que passam a fazer parte integrante deste dispositivo para todos os fins, a título de INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS; juros e correção monetária. Quantum debeatur, na forma do memorial de cálculo em anexo, parte integrante desta decisão para todos fins de direito. TUDO CONFORME FUNDAMENTAÇÃO. CUSTAS PELA RECLAMADA SOBRE O VALOR DA CONDENAÇÃO, NO VALOR DE R\$ 615,20. NOTIFICAR AS PARTES FACE A ANTECIPAÇÃO NA DATA DE PUBLICAÇÃO DA SENTENÇA.”

DATA DE PUBLICAÇÃO: 29/11/2016

CASO 5

AUTOR (A): JOILSON DA SILVA DIAS

RÉ (U): AUTHENTIC INCORPORADORA E CONSTRUTORA LTDA

JUIZ (A): MELINA RUSSELAKIS CARNEIRO (12ª VARA DO TRABALHO DE BELÉM)

NÚMERO DO PROCESSO: 0000406-84.2013.5.08.0012

SENTENÇA:

“RELATÓRIO

JOILSON DA SILVA DIAS interpôs a presente reclamação contra AUTHENTIC INCORPORADORA E CONSTRUTORA LTDA requerendo a indenização por danos materiais, morais e estéticos, em decorrência de acidente de trabalho.

O reclamado apresentou contestação escrita (fls. 31/40).

Foram juntados documentos e colhidos os depoimentos pessoais das partes e testemunha arrolada. Alçada fixada em R\$ 542.900,00 (quinhentos e quarenta e dois mil e novecentos reais). Ambas as propostas conciliatórias, oportunamente formuladas, foram recusadas.

Em razões finais as partes mantiveram suas posições antagônicas.

FUNDAMENTAÇÃO

Do acidente de trabalho e das indenizações: O reclamante sofreu acidente de trabalho que resultou em esmagamento seguido de amputação da 5ª falange distal do 5º quirodáctilo da mão direita.

A reclamada emitiu a CAT (fls. 15), tendo o reclamante gozado de auxílio doença acidentário no período de 21ABR12 a 17SET12. A matéria posta sob apreciação versa sobre acidente de trabalho típico em razão de o acontecimento ter natureza súbita e imprevista, com prejuízo orgânico imediato para a vítima.

O nexos causal não impõe maiores investigações vez que é incontroverso que o acidente ocorreu no exercício do mister. Passo à análise das circunstâncias que envolveram o fato para se avaliar a responsabilidade do empregador pelo sinistro. A vida, a saúde e a dignidade do ser humano são direitos fundamentais assegurados constitucionalmente e, por esse motivo, incumbe ao empregador eliminar condições de trabalho que importem em riscos adicionais para o trabalhador.

A Constituição Federal em seu art. 170 consagra, expressamente, a submissão do capital ao trabalho humano, significando dizer, que o exercício da atividade econômica não deve importar em risco à integridade física e moral do trabalhador. Confira-se: Todavia, o exercício de uma atividade econômica, para que tenha legitimidade e encontre amparo na órbita também da Constituição Federal, deve estar calcada nos princípios estabelecidos no seu art. 170, dentre os quais sobrepõem para o tema em estudo: a) a valorização do trabalho humano, que não pode ser

interpretada apenas com a criação de medidas de proteção ao trabalhador ou que assegurem a sua integridade psicofísica, mas na trilha do pensamento de Leonardo Raupp Bocorny, no sentido de admitir o trabalho (e o trabalhador) como principal agente de transformação da economia e meio de inserção social e incluí-lo no debate relativo às mudanças das estruturas de uma sociedade; "o capital deixa de ser o centro dos estudos econômicos, devendo voltar-se para o aspecto, talvez subjetivo, da força produtiva humana". Acidente do Trabalho e Responsabilidade Civil do Empregador, Cláudio Brandão, p. 331, LTr.

Partindo-se dessa premissa o direito positivo vigente atribuiu ao empregador a responsabilidade pela eliminação e prevenção de qualquer efeito nocivo que sua atividade possa gerar ao ser humano. A CLT em seu art. 157, I dispõe que "cabe às empresas: I - cumprir e fazer cumprir as normas de segurança e medicina do trabalho;". No mesmo sentido reza o art. 19, § 1º da Lei 8213/91 ao imputar à empresa a adoção e uso das medidas coletivas e individuais de proteção e segurança da saúde do trabalhador.

À luz desses dispositivos legais incumbia à reclamada o ônus de provar que a atividade era desenvolvida com observância de todas as normas de segurança e que por culpa exclusiva do reclamante o sinistro ocorreu.

Restou provado pelo depoimento da preposta que o reclamante foi atingido por um pedaço de madeira no momento em que entrava no jaú para começar a trabalhar.

A testemunha André Alves informou que a causa provável do acidente teria sido o desprendimento de uma peça que deveria ter sido retirada pelo reclamante ou por seu companheiro de trabalho. Afirmou que diariamente uma equipe fiscaliza as atividades realizadas pelos trabalhadores que utilizam o jaú e que no dia anterior a peça não estaria no local. Como se observa, não há prova (certeza) de que o reclamante tenha sido o responsável pela permanência da peça em local indevido.

A ausência de prova que permita inferir pela culpa, ainda que concorrente, do reclamante, gera a conclusão de que a reclamada não se desincumbiu de seu ônus probatório, circunstância que de per se já seria suficiente para se atribuir a responsabilidade ao empregador. Nesse sentido:

ACIDENTE DE TRABALHO – ATO INSEGURO – ÔNUS DA PROVA
– É do empregador a responsabilidade pela integridade física de todos os

seus empregados, de modo que a presunção, passível de afastamento por prova, é de que se houve acidente, esse decorreu da ausência de cautela que lhe era cometida. Por essa razão é que, ao alegar ato inseguro do trabalhador, cabe ao empregador o ônus da prova. (TRT 17ª R. – RO 02227.2005.132.17.00.2 – Rel. Juiz Ney Alvares Pimenta Filho – J. 12.12.2007) Juris Síntese Novembro e Dezembro de 2010.

Por outro lado, partindo-se do fato que o acidente ocorreu por volta das 07h30, quando o reclamante estava se preparando para iniciar as atividades no andaime suspenso (vide CAT fl. 15), não é possível concluir que a peça tenha sido assentada no dia do acidente, pois, não havia como a peça se encontrar nos andares superiores. Essa constatação permite concluir pela ação negligente da equipe que realizou a vistoria no dia anterior (culpa).

A culpa do empregador por ato de seus empregados é presumida (objetiva), consoante reza o artigo 932, III do Código Civil e, restando provado que houve culpa (aquiliana) de outro trabalhador, o empregador responderá objetivamente pelos danos decorrentes do ato.

A lesão sofrida pelo reclamante demonstra a existência do dano moral, haja vista que, foi grave (esmagamento e amputação de falange), não comporta restabelecimento pleno, acarretando grande sofrimento para qualquer ser humano.

O dano moral consiste na lesão ao patrimônio imaterial. Consubstancia-se pelo desrespeito injusto que atinge a dignidade, diminuindo o patrimônio imaterial do trabalhador. Ora, no caso dos autos o esmagamento, seguido de amputação abrupta de parte do dedo, causa dano imediato, em razão da higidez ser requisito de fundamental importância para a qualidade de vida do ser humano.

Nessa situação o dano é presumido por ser ordinário que a preservação do corpo e da saúde é fator de fundamental importância para o exercício das atividades habituais e conforto, sendo que qualquer evento que retire ou diminua qualquer funcionalidade humana gera perturbação e dor, diminuindo a energia vital que ordinariamente estaria voltada para atividades diversas, tendentes a satisfação pessoal.

A prova exterior é inviável por ser impossível penetrar na alma com o fim de medir a intensidade do sofrimento, bastando nesse caso o senso comum. A fixação de indenização é tarefa

das mais árduas para o julgador, na medida em que se deve levar em consideração a culpa, o porte do empregador e o gravame sofrido.

Como base para fixação das indenizações este Juízo vem tomando por parâmetro a expectativa de vida, consoante Tábua Completa de Mortalidade - IBGE de 2011-Homens (www.ibge.gov.br) e a Tabela da SUSEP para cálculo de indenização em que há perda de membro ou órgãos dos sentidos (Indenizações por Acidente do Trabalho ou Doença Ocupacional, Sebastião Geraldo Oliveira, p. 339/340, LTr).

O reclamante à época do acidente possuía 35 anos. A expectativa de vida, consoante tábua de 2011 (www.ibge.gov.br), seria de mais 39,7 anos. O reclamante terá que conviver por esse período com a mutilação. A tabela da Susep estabelece os seguintes percentuais de cobertura sobre a importância segurada: perda total do uso de um dos dedos mínimos, percentual de 12% da importância segurada. A perda total do uso de qualquer falange equivale a 1/3 do valor do dedo respectivo. O trabalhador se submete ao risco do empreendimento econômico para assegurar o emprego e garantir sua sobrevivência digna por toda a vida. Assim, considero como importância segurada o salário a ser percebido durante toda a expectativa de vida. Aplicou-se o percentual sobre o salário (1125,00 – CAT fl.14 x 4%) multiplicando pelo número de meses de expectativa de vida (R\$ 45,00 x 39,7 x 12).

Procedente o pedido de indenização por dano moral no correspondente a R\$ 21.438,00 (vinte e um mil, quatrocentos e trinta e oito reais). A alteração morfológica sofrida pelo reclamante é impassível de correção com os recursos médicos atuais. O reclamante terá que conviver com a amputação pelo resto da vida. Por ter havido perda apenas da falange, a alteração é discreta, entretanto, não deixa de ser um defeito. Procedente o pedido de indenização por danos estéticos que, dada a discricção da lesão, fixo em R\$ 5.000,00 (cinco mil reais).

Os valores fixados se afiguram compatíveis com o dano e o porte do empregador cujo capital social é de R\$ 990.000,00 (novecentos e noventa mil reais). No que concerne ao dano material não há prova de que o reclamante tenha sofrido redução na capacidade laboral. Encontrase trabalhando na mesma função, relatando desconforto que entendo devidamente compensado pela indenização deferida a título de dano moral.

Contribuição Previdenciárias e fiscais: Não há incidência dos encargos em razão das parcelas deferidas possuírem natureza indenizatória.

Juros e atualização monetária: Os juros na esfera trabalhista estão previstos no art. 39, da lei nº 8.177/91 e são de um 1% ao mês, "pro rata die". A atualização monetária incide a partir da data em que o direito de natureza patrimonial se torna legalmente exigível em virtude do inadimplemento por parte do empregador. Na fixação de danos morais o julgador, além de levar em consideração parâmetro vigente na época em que prolata a decisão, define o valor a ser pago. A partir dessa fixação é que a parte demandada assume a condição de devedora de valores, abrindo-se a oportunidade para o pagamento, não havendo que se falar em mora antes da sentença. Ante o exposto, determino que os juros de mora e a atualização monetária incidam a partir da sentença.

Do cumprimento voluntário da decisão Consoante art. 832, § 1º da CLT: Transitada em julgado esta decisão, sem alteração que implique na adequação da conta de liquidação, deverá o reclamado, no prazo de 08 (oito) dias, independente de nova intimação, efetuar o pagamento do valor devido sob pena de pagamento de multa no valor de 10% sobre o montante da condenação, a reverter a favor do exequente. Da execução: Tratando-se de execução por quantia certa, caso o devedor não pague no prazo determinado na presente decisão, nos termos do artigo 475, "J" do CPC, deverá se iniciar a execução, com a penhora de bens, observada a ordem prevista no artigo 655 do CPC.

CONCLUSÃO. ANTE O EXPOSTO E MAIS O QUE DOS AUTOS CONSTA, JULGO PROCEDENTE EM PARTE A RECLAMAÇÃO PROPOSTA PARA CONDENAR O RECLAMADO AUTHENTIQU INCORPORADORA E CONSTRUTORA LTDA A PAGAR AO RECLAMANTE JOILSON DA SILVA DIAS O VALOR DE R\$ 26.438,00 (VINTE E SEIS MIL, QUATROCENTOS E TRINTA E OITO REAIS, ACRESCIDOS DE JUROS E ATUALIZAÇÃO MONETÁRIA. TRANSITADA EM JULGADO ESTA DECISÃO, SEM ALTERAÇÃO QUE IMPLIQUE NA ADEQUAÇÃO DA CONTA DE LIQUIDAÇÃO, DEVERÁ O RECLAMADO, NO PRAZO DE 08 (OITO) DIAS, INDEPENDENTE DE NOVA INTIMAÇÃO, EFETUAR O PAGAMENTO DO VALOR DEVIDO SOB PENA DE PAGAMENTO DE MULTA NO VALOR DE 10% SOBRE O MONTANTE DA CONDENAÇÃO, A REVERTER A FAVOR DO EXEQUENTE. TRATANDO-SE DE EXECUÇÃO POR QUANTIA CERTA, CASO O DEVEDOR NÃO PAGUE NO PRAZO DETERMINADO NA PRESENTE DECISÃO, NOS TERMOS DO ARTIGO 475, "J" DO CPC, DEVERÁ SE INICIAR A EXECUÇÃO, COM A PENHORA DE BENS, OBSERVADA A ORDEM PREVISTA NO ARTIGO 655 DO CPC.

TUDO NOS TERMOS DA FUNDAMENTAÇÃO. CUSTAS PELA RECLAMADA, NO VALOR DE R\$-528,76 (QUINHENTOS E VINTE E OITO REAIS E SETENTA E SEIS CENTAVOS), CALCULADAS SOBRE O VALOR DA CONDENAÇÃO. NOTIFICAR AS PARTES. NADA MAIS.”

DATA DE PUBLICAÇÃO: 15/05/2013

CASO 6

AUTOR (A): MARIA DE LOURDES CARNEVALE

RÉ (U): CONSTRUTORA LEAL MOREIRA

JUIZ (A): MARIELMA FERREIRA BONFIM TAVARES (10º VARA CÍVEL DE BELÉM)

NÚMERO DO PROCESSO: 0016576-52.2015.8.14.0301

SENTENÇA:

“Vistos etc.

MARIA DE LOURDES CARNEVALE, devidamente qualificada nos autos, por intermédio de procurador judicial, ajuizou a presente Ação de conhecimento pelo rito ordinário em face de ORION INCORPORDORA LTDA e CONSTRUTORA LEAL MOREIRA, igualmente identificados nos autos.

Com a inicial vieram os documentos de fls. 010/072.

Os réus foram regularmente citados e apresentaram contestação que foi anexada às fls. 0102/0123, acompanhada dos documentos de fls. 0124/0127.

A autora manifestou-se acerca da contestação às fls. 0131/0132 e este Juízo deferiu parcialmente o pedido de antecipação dos efeitos da tutela (fls. 0134/0135).

Por outro lado, as partes comunicaram a interposição de agravo de instrumento, a autora às fls. 0150/0159 e os réus às fls. 0160/0167.

Por fim, realizada a audiência prevista no art. 331 do revogado Código de Processo Civil, restou infrutífera a conciliação, em virtude da ausência da autora e o advogado do réu requereu o julgamento antecipado da lide.

É o relatório.

Decido.

Trata-se de Ação de conhecimento pelo rito ordinário, em que a autora afirma ter celebrado com os réus um contrato de compromisso de venda e compra de unidade autônoma e outros pactos, cujo objeto era a unidade nº 504-A, da Torre Aura no empreendimento denominado Condomínio Torres Trivento, cujo prazo de entrega era abril de 2013.

Ressalta que o valor do imóvel foi pactuado em R\$236.133,95 (duzentos e trinta e seis mil cento e trinta e três reais e noventa e cinco centavos), anotando ter efetuado o pagamento do montante de R\$ 61.113,18 (sessenta e um mil cento e treze reais e dezoito centavos).

Destaca, também, que o imóvel não foi entregue no prazo contratual, razão pela qual foi obrigada a alugar um imóvel para sua moradia, assim como, sustenta ser nula a cláusula contratual de tolerância, além da existência de danos morais e materiais em virtude do descumprimento contratual.

Em suma, pretende a rescisão do contrato assinado pelas partes e a anulação da cláusula de tolerância, bem como, a condenação da ré a restituir-lhe de forma simples todos os valores pagos. Além do pagamento de uma multa e indenização por danos morais e materiais, a título de lucros cessantes no montante de R\$10.176,00 (dez mil cento e setenta e seis reais) por ter alugado um imóvel em decorrência do atraso na entrega da obra.

De sua parte, os réus apresentaram contestação, arguindo, preliminarmente, a ilegitimidade passiva da Construtora Leal Moreira Ltda.

No mérito, revela que o habite-se foi expedido em 2 de março de 2015, defendendo: - a impossibilidade da devolução de todos os valores pagos, uma vez que a cláusula 10.8 prevê a retenção de 50% (cinquenta por cento); - a validade da cláusula de tolerância; - a impossibilidade de aplicação de multa contratual por não haver previsão contratual e - a ausência de danos morais e materiais.

Inicialmente, cumpre rejeitar a preliminar de ilegitimidade passiva da Construtora Leal Moreira Ltda, uma vez que a mesma é responsável pela construção do imóvel adquirido pela parte autora, inclusive, sua marca está impressa no contrato firmado entre as partes (fls. 018/046).

Neste sentido, nossos tribunais têm reconhecido a legitimidade das construtoras em demandas desta natureza, senão vejamos:

APELAÇÃO CÍVEL. PROMESSA DE COMPRA E VENDA. AÇÃO DE REVISÃO CONTRATUAL CUMULADA COM INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE PASSIVA. REJEIÇÃO. CLÁUSULA DE TOLERÂNCIA. POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO. DANOS MORAIS. PASSIVEIS NO CASO CONCRETO. DANOS MATERIAIS. CORRETA A CONDENAÇÃO AO PAGAMENTOS DOS ALUGUEIS, ANTE O ATRASO INJUSTIFICADO NA ENTREGA DA OBRA, INCLUSIVE PELO PRAZO SUPERIOR DE 180 DIAS. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA. A construtora demandada é parte legítima para figurar no pólo passivo da ação, considerando que durante todo o período de negociação agiu como responsável pelo empreendimento adquirido pela parte autora, inviável, portanto, o acolhimento da preliminar de ilegitimidade passiva. A ausência de previsão contratual da indenização pelo descumprimento de prazo de entrega não afasta o direito do comprador ao ressarcimento pelas perdas e danos. Trata-se de responsabilidade contratual que dispensa cláusula expressa, encontrando amparo nas regras gerais que disciplinam os atos jurídicos, especificamente no artigo 475 do Código Civil. Inexiste abusividade na cláusula contratual que difere a entrega da obra para 180 dias após o prazo avençado. Isso porque não só se trata de prática comum no ramo da construção civil, como também, no caso em espécie, a disposição contratual foi redigida de forma clara, a permitir a compreensão do leitor, não se enquadrando nas situações elencadas nos artigos 51 e 54, ambos do Código de Defesa do Consumidor. Danos materiais relacionados aos valores pagos a título de aluguéis em razão do atraso na entrega da obra devidos, pois devidamente comprovados nos autos. O atraso demasiado e injustificado na entrega de obra gera dano moral passível de indenização. Período que extrapolaram os limites do mero descumprimento contratual caracterizando, portanto, o dano moral indenizável. REJEITARAM A PRELIMINAR E NEGARAM

PROVIMENTO AOS APELOS. (Apelação Cível Nº 70062734892, Décima Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Giovanni Conti, Julgado em 26/02/2015)

RECURSO INOMINADO. IMOBILÁRIO. AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS. PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE AFASTADA. ATRASO NA ENTREGA DO IMÓVEL. INADIMPLEMENTO DA CONSTRUTORA. DEVER DE INDENIZAR AS PERDAS E DANOS. ART. 389 C/C 402 DO CC, QUE NÃO SE CONFUNDE COM LUCROS CESSANTES. DANOS EMERGENTES CONFIGURADOS PELA NÃO FRUIÇÃO DO BEM. DEVER DE INDENIZAR. Alega em preliminar, a recorrente, sua ilegitimidade passiva, o que segue afastada em razão da existência de solidariedade entre a construtora e a incorporadora, nos termos da fundamentação e, mormente por se tratar de relação de consumo. Sendo complexa a relação obrigacional decorrente do contrato de compra e venda de imóvel, configura-se a recorrente como credora do preço e devedora da obrigação de entregar o imóvel no prazo estipulado. As recorridas não comprovaram, ônus que lhes cabia realizar, nos termos do art. 333, inc.II, do CPC, a existência de caso fortuito ou força maior a justificar o atraso da obra. Assim, a não entrega do imóvel, conforme o prazo contratualmente estabelecido, constitui o inadimplemento da recorrente, o que dá ensejo à indenização por perdas e danos, nos termos do artigo 389 do código Civil. Configura-se, no caso em tela, a ocorrência de danos emergentes, nos termos do art. 402 do Código Civil, em razão da impossibilidade de fruição do bem, o que não se confunde com o conceito de lucros cessantes, conforme aduzido na peça recursal. Quantum fixado em razão da inversão de cláusula, que se mostra adequado, ante a unilateralidade da mesma, estipulada em contrato de adesão em relação de consumo. SENTENÇA MANTIDA POR SEUS PRÓPRIOS FUNDAMENTOS. RECURSO IMPROVIDO. (Recurso Cível Nº

71004695227, Primeira Turma Recursal Cível, Turmas Recursais, Relator: Fabiana Zilles, Julgado em 11/11/2014)

Verifica-se dos autos, que é fato incontroverso terem as partes assinado um contrato de compromisso de venda e compra de unidade autônoma e outros pactos (fls. 018/046), cujo objeto era a unidade 504A, da Torre Aura do empreendimento imobiliário denominado Condomínio Torres Trivento, observando-se que o prazo de entrega era ABRIL DE 2013.

Consta, também, no contrato que o preço do imóvel foi estipulado em R\$236.133,95 (duzentos e trinta e seis mil cento e trinta e três reais e noventa e cinco centavos), dos quais: - R\$25.593,95 (vinte e cinco mil quinhentos e noventa e três reais e noventa e cinco centavos) com vencimento para 22 de novembro de 2011; - dezessete parcelas de R\$1.000,00 (um mil reais), sendo a primeira parcela com vencimento para 22/12/2011; - R\$3.000,00 (três mil reais) com vencimento para 1 de fevereiro de 2013; e - R\$190.540,00 (cento e noventa mil quinhentos e quarenta reais) como parcela de financiamento a vencer em 1 de abril de 2013.

Inicialmente, a autora insurge-se contra à cláusula de tolerância, que estende em 180 (cento e oitenta) dias o prazo de entrega (item 9.1.1), no entanto, sua licitude já foi pacificada pela jurisprudência pátria. Nesse sentido:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANO MATERIAL E MORAL. CONTRATO DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEL. ATRASO NA ENTREGA DA OBRA. DESCUMPRIMENTO IMPUTÁVEL À VENDEDORA. CLÁUSULA CONTRATUAL DE TOLERÂNCIA PARA ENTREGA DO IMÓVEL. LEGALIDADE. MULTA. PERDAS E DANOS. READEQUAÇÃO. LIQUIDAÇÃO DE SENTENÇA POR ARBITRAMENTO. INDENIZAÇÃO POR ALUGUÉIS. DUPLA PENALIDADE. INCABÍVEL. DANO MORAL NÃO CARACTERIZADO. SIMPLES INADIMPLEMENTO PARCIAL DO CONTRATO. NEGADO PROVIMENTO A PRIMEIRA APELAÇÃO PROVIDA EM PARTE, A SEGUNDA. UNÂNIME. (Apelação Cível Nº 70050822139, Décima Oitava Câmara Cível, Tribunal

de Justiça do RS, Relator: Nara Leonor Castro Garcia, Julgado em 18/10/2012)

AÇÃO DE RESOLUÇÃO CONTRATUAL. CONTRATO DE PROMESSA DE COMPRA E VENDA DE BEM IMÓVEL. CLÁUSULA DE TOLERÂNCIA. ENTREGA DO BEM DENTRO DO PRAZO PREVISTO. A previsão contratual da tolerância de 180 dias na entrega da obra representa cláusula padrão nos contratos da espécie, considerando que se trata de empreendimento complexo e sujeito a situações involuntárias das mais variadas, ditas de força maior, que podem levar ao atraso na entrega de unidades edilícias, descaracterizando que se trate de cláusula abusiva. Diante da entrega do bem antes mesmo do prazo previsto, bem como do cumprimento do contrato pelas partes, inexistem motivos para a resolução contratual. (Apelação Cível Nº 70057769473, Vigésima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Carlos Cini Marchionatti, Julgado em 29/01/2014)

APELAÇÃO CÍVEL. PROMESSA DE COMPRA E VENDA. INDENIZATÓRIA. PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE PASSIVA ARGUIDA EM CONTRARRAZÕES. Considerando que a demandada Rossi durante todo o período de negociação agiu como responsável pelo empreendimento adquirido pela parte autora, inviável o acolhimento da preliminar de ilegitimidade passiva. Precedente desta Corte. Preliminar rechaçada. Inviável a condenação ao pagamento de multa pelo atraso na entrega quando ausente qualquer previsão contratual nesse sentido. Precedente da Corte. A previsão contratual da tolerância de 180 dias na entrega da obra não se afigura abusiva. Na verdade é uma cláusula padrão nos contratos como o da espécie, que trata de empreendimento complexo e sujeito a situações involuntárias das mais variadas, ditas de força maior, que podem levar ao atraso na entrega de unidades edilícias. Sucumbência

corretamente estabelecida. Honorários advocatícios adequadamente fixados. AFASTARAM A PRELIMINAR ARGUIDA EM CONTRARRAZÕES E NEGARAM PROVIMENTO À APELAÇÃO. UNÂNIME. (Apelação Cível Nº 70056345010, Vigésima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Walda Maria Melo Pierro, Julgado em 11/12/2013)

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANO MATERIAL E MORAL. CONTRATO DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEL. ATRASO NA ENTREGA DA OBRA. DESCUMPRIMENTO IMPUTÁVEL À VENDEDORA. CLÁUSULA CONTRATUAL DE TOLERÂNCIA PARA ENTREGA DO IMÓVEL. LEGALIDADE. MULTA. PERDAS E DANOS. READEQUAÇÃO. LIQUIDAÇÃO DE SENTENÇA POR ARBITRAMENTO. INDENIZAÇÃO POR ALUGUÉIS. DUPLA PENALIDADE. INCABÍVEL. DANO MORAL NÃO CARACTERIZADO. SIMPLES INADIMPLEMENTO PARCIAL DO CONTRATO. NEGADO PROVIMENTO A PRIMEIRA APELAÇÃO PROVIDA EM PARTE, A SEGUNDA. UNÂNIME. (Apelação Cível Nº 70050822139, Décima Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Nara Leonor Castro Garcia, Julgado em 18/10/2012)

Aliás, é um dispositivo inerente aos contratos da espécie, tendo em vista que fatores externos podem influenciar na execução do complexo empreendimento, tais como, chuva, falta de mão de obra, graves e outras situações involuntárias.

Assim, inexistente razão para a declaração de sua nulidade ou abusividade, uma vez que as partes ao assinarem o contrato tiveram total ciência acerca dos termos do mesmo, por conseguinte, o atraso na entrega da obra ocorreu apenas após encerrado o prazo de tolerância.

Por outro lado, incumbiria a parte ré comprovar a entrega do empreendimento dentro do prazo contratual, mas não o fez, uma vez que o habite-se somente foi expedido em 2 de março de

2015, assim sendo impõe-se a rescisão do contrato com restituição integral dos valores pagos pela adquirente, conforme jurisprudência pacífica de nossos tribunais, senão vejamos:

APELAÇÃO CÍVEL. PROMESSA DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEL. AÇÃO DE RESCISÃO. MORA DA PROMITENTE VENDEDORA. RETORNO DAS PARTES AO STATUS QUO ANTE. RESTITUIÇÃO DOS VALORES PAGOS. MULTA CONTRATUAL. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA MANTIDA. I. Rescisão contratual. Inexistindo motivo juridicamente relevante capaz de justificar o inadimplemento da promitente vendedora - que deixou de entregar o empreendimento no prazo avençado -, de ser rescindido o contrato, com o retorno das partes ao status quo ante. II. Restituição de valores. Nos casos em que a rescisão do contrato de promessa de compra e venda se der por culpa exclusiva da promitente vendedora - in casu atraso na entrega do empreendimento -, deve esta arcar com o ressarcimento dos valores pagos pelo promitente comprador, sem direito à retenção de qualquer percentual pago pelo adquirente e nem mesmo do montante referente à comissão de corretagem. III. Multa contratual. A multa contratual prevista apenas para o caso de inadimplemento do consumidor fere o equilíbrio entre as partes contratantes, razão pela qual deve incidir também para o caso de inadimplemento da fornecedora de produto ou serviços. Quem deu causa à rescisão (no caso, a promitente vendedora), deve suportar o respectivo encargo, sendo adequada ao caso concreto a multa tal como estabelecido na sentença, mostrando-se suficiente como reparação de eventuais prejuízos experimentados. IV. Honorários. A fixação de honorários advocatícios deve ser feita com moderação, mas de maneira justa e proporcional, respeitando a atividade desenvolvida e levando em consideração a natureza da causa, o tempo de tramitação da ação e o zelo do profissional. Honorários mantidos. À UNANIMIDADE, NEGARAM

PROVIMENTO AO APELO. (Apelação Cível Nº 70056542491, Décima Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Liege Puricelli Pires, Julgado em 31/10/2013)

AÇÃO INDENIZATÓRIA. PROMESSA DE COMPRA E VENDA. ATRASO NA ENTREGA DO IMÓVEL. DANOS MORAIS. 1. A prova dos autos revelou que a construtora atrasou a entrega da obra por mais de 02 anos, portanto, inadimpliu o disposto no item "e" da promessa de compra e venda, que previa a entrega para agosto de 2010, bem como o prazo de tolerância de 180 dias, previsto na cláusula 5.1.1 do referido contrato. 2. Descabe, outrossim, justificar o atraso em razão da escassez de mão-de-obra, o que não caracteriza caso fortuito ou força maior. Trata-se dos riscos inerentes ao setor da economia da construção civil, e, portanto, hipótese de responsabilidade objetiva da ré. 3. Viável, na hipótese, a rescisão contratual em face da inadimplência da parte demandada, com a devolução dos valores pagos pelo autor, inclusive de comissão de corretagem, que no caso se trata de dano material. 4. Cabível reconhecer a existência de danos morais, pois a parte autora se deparou com diversos problemas que superaram a noção do mero aborrecimento do dia-a-dia, ou do mero descumprimento contratual. APELO PARCIALMENTE PROVIDO. (Apelação Cível Nº 70055867501, Décima Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Elaine Harzheim Macedo, Julgado em 12/09/2013)

APELAÇÃO CÍVEL. PROMESSA DE COMPRA E VENDA. RESCISÃO DE CONTRATO. CULPA DAS COMPROMITENTES. Reconhecida a culpa das demandadas pelo desfazimento do negócio, ante o manifesto descumprimento do prazo previsto para início da construção do empreendimento. Não incidência de cláusula contratual que previa penalidades para a hipótese de inadimplemento por culpa dos

compromissários. Devolução integral do valor pago, sem retenção, em decorrência da culpa das rés. Sentença, reformada, em parte. Sucumbência redimensionada. DERAM PROVIMENTO AO RECURSO. UNANIME. (Apelação Cível Nº 70045057403, Décima Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Nelson José Gonzaga, Julgado em 24/10/2013)

APELAÇÃO CÍVEL. PROMESSA DE COMPRA E VENDA. AÇÃO DE RESCISÃO DE CONTRATO. DEVOLUÇÃO DE VALORES. COMISSÃO DE CORRETAGEM. POSSIBILIDADE. SENTENÇA MANTIDADA NO PONTO. Nos casos em que a rescisão do contrato de promessa de compra e venda se der por culpa exclusiva da promitente vendedora - in casu atraso na entrega do empreendimento -, deve esta arcar com o ressarcimento dos valores pagos pelo promitente comprador a título de comissão de corretagem. À UNANIMIDADE, NEGARAM PROVIMENTO AO APELO. (Apelação Cível Nº 70052540416, Décima Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Liege Puricelli Pires, Julgado em 03/04/2013)

O Superior Tribunal de Justiça, inclusive, já sumulou esse entendimento, in verbis:

“Súmula 543. Na hipótese de resolução de contrato de promessa de compra e venda de imóvel submetido ao Código de Defesa do Consumidor, deve ocorrer a imediata restituição das parcelas pagas pelo promitente comprador - integralmente, em caso de culpa exclusiva do promitente vendedor/construtor, ou parcialmente, caso tenha sido o comprador quem deu causa ao desfazimento.”

Concluo, então, que os réus (promitente-vendedora) descumpriram o contrato, haja vista que não entregaram o empreendimento no prazo legal, logo deram causa a extinção do pacto e, por conseguinte, deverão restituir integralmente todos os valores pagos pela autora, acrescidos de correção monetária desde a data de cada pagamento e juros de 1% (um por cento) ao mês a partir da citação válida.

Além disso, os réus não provaram a entrega do imóvel nem dentro do prazo de prorrogação contratual, assim sendo, devem indenizar eventuais prejuízos cabalmente comprovados pelos consumidores, tais como alugueres pagos durante o período da mora que compreende-se entre o fim do prazo de tolerância e a data da expedição do habite-se.

Neste sentido:

CONSUMIDOR. COMPRA E VENDA DE IMÓVEL NA PLANTA. ATRASO NA ENTREGA DA OBRA. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE CASO FORTUITO OU FORÇA MAIOR. RESCISÃO DE CONTRATO. RESTITUIÇÃO DOS VALORES PAGOS PELO IMÓVEL E PELA COMISSÃO DE CORRETAGEM. DEVER DE PAGAMENTO DA RÉ PELOS ALUGUEIS. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. (Recurso Cível Nº 71005395678, Terceira Turma Recursal Cível, Turmas Recursais/RS, Relator: Cleber Augusto Tonial, Julgado em 09/04/2015)

RECURSO INOMINADO. AÇÃO RESCISÓRIA C/C INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS. ATRASO NA CONCLUSÃO DA OBRA. RESCISÃO DO CONTRATO POR CULPA DA RÉ. DEVOLUÇÃO DOS VALORES PAGOS, ACRESCIDO DE MULTA CONTRATUAL DE 10%. AUSÊNCIA DE PREVISÃO PARA CONCLUSÃO DA OBRA. DANOS MORAIS CONFIGURADO NO CASO CONCRETO. QUANTUM FIXADO EM R\$2.000,00 PARA CADA AUTOR. CONDENAÇÃO DA RÉ NOS PAGAMENTOS DOS ALUGUÉIS. DESPESAS ADVINDAS DO ATRASO OCORRIDO. RECURSO PROVIDO. (Recurso Cível Nº 71005522891, Quarta Turma Recursal Cível, Turmas Recursais/RS, Relator: Gisele Anne Vieira de Azambuja, Julgado em 26/06/2015)

APELOS CÍVEIS. PROMESSA DE COMPRA E VENDA. RESCISÃO CONTRATUAL C/C INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. DEVOLUÇÃO DOS VALORES PAGOS PELA AQUISIÇÃO DO IMÓVEL, VALORES DESPENDIDOS COM ALUGUEL NO PERÍODO DO ATRASO NA OBRA, BEM COMO DEVOLUÇÃO DE COMISSÃO DE CORRETAGEM. DANO MORAL NÃO CONFIGURADO. IMPROCEDENTE O PEDIDO DE DEVOLUÇÃO DE VALORES GASTOS COM A DESOCUPAÇÃO DO IMÓVEL ALUGADO. AFASTADA MULTA DE 2% SOBRE O VALOR ATUALIZADO DO IMÓVEL. ÔNUS SUCUMBENCIAIS MANTIDOS.

1. Demonstrado pelo conjunto fático-probatório dos autos que a parte autora não recebeu o imóvel adquirido no prazo de entrega, nem, inclusive, nos 180 dias de prorrogação previstos no contrato, cabível a rescisão contratual, diante da culpa exclusiva da ré. 2. Condenada a demandada à devolução dos valores pagos pelo comprador, voltando as partes ao status quo, bem como ao pagamento dos valores a título de locação do imóvel onde residiu a parte autora após a não entrega do bem prometido, conforme valores apontados pela sentença. Devendo ainda arcar com o ressarcimento dos valores despendidos a título de comissão de corretagem, devido a culpa exclusiva do demandado pela rescisão do contrato. 3. O descumprimento de cláusula contratual não gera, por si só, indenização por danos morais. Trata-se de contrato de promessa de compra e venda de imóvel ainda na planta, assumindo o adquirente os riscos próprios do negócio. Dano moral não configurado. 4. Já morando o autor de aluguel, descabida a pretensão de valores despendidos com a desocupação do imóvel, tendo em vista que ainda que não houvesse atraso na obra, o demandante arcaria de qualquer maneira com tal despesa. 5. Não havendo previsão no contrato avençado e não se aplicando as penalidades previstas no TAC ajustado entre a ré e o MP/SP, afasto a aplicação de multa de 2% sobre o valor atualizado do imóvel. APELOS PARCIALMENTE PROVIDOS. (Apelação Cível Nº

70053361762, Décima Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Gelson Rolim Stocker, Julgado em 06/06/2013)

AÇÃO DE RESCISÃO CONTRATUAL E INDENIZATÓRIA. CONTRATO DE PROMESSA DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEL EM CONSTRUÇÃO. DESCUMPRIMENTO. ATRASO NA ENTREGA DA OBRA. RESTITUIÇÃO DAS QUANTIAS ADIMPLIDAS PELO AUTOR. PRESCRIÇÃO AFASTADA. TERMO INICIAL. PRINCÍPIO DA ACTIO NATA. DESPESAS RELATIVAS À COMISSÃO DE CORRETAGEM E LOCAÇÃO DE OUTRO IMÓVEL DURANTE O PERÍODO DO ATRASO. DANO MORAL AFASTADO. DESCUMPRIMENTO CONTRATUAL QUE NÃO GERA OBJETIVAMENTE ABALO A ATRIBUTO DA PERSONALIDADE. EXCEPCIONALIDADE NÃO VERIFICADA NO CASO CONCRETO. RECURSOS PARCIALMENTE PROVIDOS. (Recurso Cível Nº 71005917042, Terceira Turma Recursal Cível, Turmas Recursais/RS, Relator: Cleber Augusto Tonial, Julgado em 25/02/2016)

Apelação. Compra e venda. Imóvel. Rescisão cumulada indenizatória. Atraso de mais de 17 anos para entrega do bem. Parcial procedência. Aplicação da legislação consumerista. Abusividade da cláusula que prevê a prorrogação do prazo de entrega ou paralisação das obras em caso de inadimplência de 10% a 30% dos aderentes. Consumidor que não pode aguardar indefinidamente a conclusão do empreendimento. Rescisão por culpa exclusiva da requerida a ensejar a devolução integral das quantias pagas pelo autor. Danos materiais presumidos. Súmula nº 162 deste Sodalício. Ressarcimento dos aluguéis pagos pelo autor. Sentença mantida. Aplicação do art. 252 do Regimento Interno. Recurso improvido. (Apelação nº 0063404-57.2012.826.0114. Relator(a) Mauro Conti

Machado; Comarca: Campinas/SP; Órgão julgador: 9ª Câmara de Direito Privado; Data do julgamento: 29/03/2016; Data de registro: 30/03/2016)

COMPROMISSO DE VENDA E COMPRA - ação de rescisão contratual c.c. indenização por perdas e danos - Legitimidade da ré Paulicoop reconhecida, visto que se uniu com a corré cooperativa a fim de viabilizar o empreendimento imobiliário - Presença da responsabilidade solidária - Cooperativa que não tem a natureza jurídica das tradicionais, não passando de forma encontrada para a comercialização de imóveis em construção, incidindo, por isso, o Código de Defesa do Consumidor - Atraso injustificado da entrega do imóvel - Cláusulas que condicionam a devolução em longo prazo e parceladamente - Abusividade. Inadimplemento que implica devolução imediata e de uma só vez das parcelas pagas pelo comprador - Induvidosos prejuízos materiais - Ausência, contudo, de danos morais. Recurso do autor parcialmente provido e da ré improvido. (Apelação nº 0119829-93.2005.826.0100. Relator(a): Neves Amorim; Comarca: São Paulo; Órgão julgador: 2ª Câmara de Direito Privado; Data do julgamento: 09/04/2013; Data de registro: 09/04/2013)

APELAÇÃO - Ação de Rescisão Contratual c.c Indenização por Danos Materiais e Morais – Compra e Venda de Unidade Imobiliária - Pretensão de rescisão do contrato entabulado entre as partes, com restituição integral do montante pago, bem como a reparação por danos materiais, consubstanciada em alugueres que foram obrigados a custear em razão da falta de entrega do imóvel, e danos morais pelos transtornos e dissabores que experimentaram com o episódio - Sentença de parcial procedência - Inconformismo dos réus– Preliminar de ilegitimidade ad causam da ré PAULICOOP – Inocorrência – Participação incontroversa da ré

PAULICOOP na relação negocial, consubstanciada na prestação de serviços de assessoria para a realização do empreendimento imobiliário - Alegação de inexistência de atraso na entrega do empreendimento imobiliário "sub judice" e ausência de culpa no desfazimento do contrato entabulado entre as partes, uma vez que a continuidade das obras depende da contribuição dos cooperados – Descabimento – Acervo probatório coligido aos autos que demonstra que a conclusão das obras estava estimada para o ano de 2012, bem como a existência de atraso em seu andamento – Caso em que a vaga referência contratual, no sentido de que a conclusão das obras é apenas estimada, podendo ser alterada indefinidamente diante de intercorrências de diversas natureza, revela-se notoriamente abusiva à luz da legislação consumerista, em razão da absoluta falta de clareza e de boa-fé em sua redação - Devolução do montante que deve ser integral diante da culpa das rés no atraso da entrega das obras de infraestrutura – Danos materiais, consubstanciada no pagamento de aluguéis – Conduta das rés que enseja reparação por danos morais - Recurso desprovido. (Apelação nº 4006632-10.2013.826.0554. Relator(a): José Aparício Coelho Prado Neto; Comarca: Santo André/SP; Órgão julgador: 9ª Câmara de Direito Privado; Data do julgamento: 15/03/2016; Data de registro: 23/03/2016)

COMPROMISSO DE VENDA E COMPRA – Atraso na entrega do bem – Ação de rescisão contratual, cumulada com restituição dos valores pagos e indenização por danos materiais, proposta pelo adquirente – Imóvel adquirido com financiamento do preço – Demora na assinatura do contrato de financiamento – Prova documental que demonstrou que a alienante contribuiu para o atraso na obtenção do mútuo – Resolução do negócio por culpa desta – Obrigação consequente da ré em restituir a totalidade dos valores recebidos – Danos materiais – Restituição das despesas com aluguel de outro imóvel durante a mora da alienante – Período de

reembolso destes valores alterado, já que a sentença foi proferida, neste ponto, de forma "ultra petita" – Apelo parcialmente provido. (Apelação nº 0155228-42.2012.826.0100. Relator(a): Galdino Toledo Júnior; Comarca: São Paulo; Órgão julgador: 9ª Câmara de Direito Privado; Data do julgamento: 02/02/2016; Data de registro: 03/02/2016)

Portanto, percebe-se claramente a relação direta entre o valor do aluguel pago e o atraso na entrega do empreendimento, que serviria de moradia para a autora, por conseguinte, deve os réus restituírem à autora os valores pagos referentes ao aluguel de imóvel no período compreendido entre o fim do prazo de tolerância e a expedição do habite-se.

Todavia, não merece prosperar o pedido de condenação do réu ao pagamento de multa, na medida em que a aplicação de qualquer multa depende de previsão contratual expressa, conforme decisões de nossos tribunais, *in verbis*:

APELAÇÃO CÍVEL. PROMESSA DE COMPRA E VENDA. RESCISÃO DE CONTRATO. INADIMPLEMENTO. APELAÇÃO DO RÉU. PRELIMINAR. CERCEAMENTO DE DEFESA. Não há falar em violação à defesa pelo julgamento antecipado da lide quando, oportunizado ao réu que se manifestasse acerca das provas pretendidas produzir, quedou-se inerte. Preliminar rejeitada. NOTIFICAÇÃO. INOVAÇÃO RECURSAL. Impugnação referente à notificação, veiculada somente em sede recursal, a impedir seu exame, sob pena de supressão de instância. ATRASO NA ENTREGA DA OBRA. PENALIDADE. PREVISÃO. INEXISTÊNCIA. Além de o contrato não prever a estipulação de penalidade para a hipótese de impontualidade na entrega da unidade imobiliária, no caso concreto, o atraso foi de apenas alguns dias. Descabida aplicação de multa. BENFEITORIAS. INDENIZAÇÃO E RETENÇÃO. A indenização pelas benfeitorias realizadas no imóvel, e, por conseqüência, o direito de retenção, depende de comprovação específica das melhorias feitas, bem como do valor investido no local. Ausentes tais demonstrações,

mínimas, do direito postulado, é de ser negado o pedido. RECURSO ADESIVO. AGRAVO RETIDO. DESOCUPAÇÃO IMEDIATA. DESCABIMENTO. Improcede a pretensão da autora de desocupação imediata do bem com fundamento no esbulho possessório. A retomada do imóvel pela compromitente é decorrência lógica da rescisão contratual, pelo retorno das partes ao status quo ante. Agravo retido improvido. INDENIZAÇÃO PELO USO DO IMÓVEL DURANTE O PERÍODO DE INADIMPLENTO. Cabível a incidência de indenização pelo período de fruição do imóvel, tendo em vista que, além de haver previsão contratual, o demandado deu causa à rescisão do contrato pela inadimplência. Valor a ser apurado em sede de liquidação de sentença por arbitramento. Sentença reformada em parte, para condenar o réu ao pagamento de indenização pelo período de fruição do imóvel, sem contraprestação. Sucumbência redistribuída. CONHECERAM EM PARTE DA APELAÇÃO DO RÉU, E, NA PARTE CONHECIDA, NEGARAM PROVIMENTO; NEGARAM PROVIMENTO AO AGRAVO RETIDO E DERAM PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO ADESIVO. UNÂNIME. (Apelação Cível Nº 70047604459, Décima Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Nelson José Gonzaga, Julgado em 26/09/2013)

APELAÇÃO CÍVEL. PROMESSA DE COMPRA E VENDA. AÇÃO DE RESCISÃO DE CONTRATO COM PEDIDO DE INDENIZAÇÃO. ATRASO NA ENTREGA DE UNIDADE AUTÔNOMA. FATO SUFICIENTEMENTE COMPROVADO. Demonstrado a extrapolação do prazo de conclusão da obra, devidamente ajustado no contrato, possível o desfazimento do negócio, com a condenação da vendedora a devolver a integralidade das parcelas pagas. Fatores externos, como escassez de mão-de-obra, crise financeira e outros do gênero, e que nenhuma relação têm com caso fortuito ou força maior, relacionam-se com os riscos do

empreendimento, não podendo a empreendedora dividir esses riscos com o promitente comprador. MULTA CONTRATUAL POR ATRASO NA ENTREGA DA OBRA. AUSÊNCIA DE PREVISÃO CONTRATUAL. Não havendo qualquer previsão contratual de multa por atraso na entrega da obra, inviável condenação ao pagamento de valor a este título. DANOS MORAIS. ATRASO NA ENTREGA DO IMÓVEL ADQUIRIDO. AUSÊNCIA DE PROVA DO DANO. INDEFERIMENTO. Resolvendo-se os contratos não cumpridos em perdas e danos, em cujo conceito legal se inserem apenas os efetivos prejuízos materiais e os lucros cessantes, os danos morais, de índole eminentemente extrapatrimonial, não constituem, em regra, parcela indenizável pela inexecução contratual. O atraso na entrega do imóvel, embora possa ter acarretado desconforto ao promitente comprador e alterações em seu cotidiano, por certo não trouxe maiores aborrecimentos do que aqueles a que todos estão sujeitos nas relações interpessoais inerentes à vida em sociedade. DERAM PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO. UNÂNIME. (Apelação Cível Nº 70056169519, Décima Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Pedro Celso Dal Pra, Julgado em 26/09/2013)

APELAÇÃO CÍVEL. PROMESSA DE COMPRA E VENDA. AÇÃO DE NULIDADE DE CLÁUSULA CONTRATUAL CUMULADA COM PEDIDO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. MULTA PELO ATRASO NA ENTREGA DA OBRA. A possibilidade de condenação ao pagamento de multa em razão do atraso na entrega da obra está vinculada à existência de previsão contratual. Não havendo tal estipulação, não há como manter a multa fixada na sentença. NULIDADE DA CLÁUSULA RELATIVA À RESCISÃO CONTRATUAL. Ausente pedido de desfazimento do negócio, não há interesse jurídico no exame das cláusulas que regulamentam a rescisão do contrato. Nulidade reconhecida na sentença, afastada. RESSARCIMENTO DO VALOR PAGO

ATÍTULO DE ALUGUERES. Comprovado nos autos que a autora teve que arcar com quatorze meses de aluguel em outro imóvel, em decorrência do atraso na entrega do bem, correta a condenação ao ressarcimento do montante por ela despendido nesse período. MORA DA AUTORA. PARCELA INTERMEDIÁRIA. INADIMPLEMENTO. CULPA DA COMPROMITENTE. Prestação intermediária cujo pagamento estava vinculado à expedição do habite-se. Mantido o afastamento da mora. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. ABALO ÍNTIMO PROFUNDO NÃO DEMONSTRADO. Em regra, o descumprimento contratual acarreta a restituição material, não ensejando, portanto, indenização por danos morais. Somente haverá reparação extrapatrimonial quando devidamente comprovado o abalo íntimo sofrido pela parte. Na hipótese, embora evidentes os transtornos causados pela demora na entrega da unidade imobiliária adquirida pela autora, não se constata a existência de profundo abalo a justificar o reparo moral. Sentença parcialmente reformada. Sucumbência redimensionada. Incabível o prequestionamento. DERAM PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO UNÂNIME. (Apelação Cível Nº 70056181423, Décima Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Nelson José Gonzaga, Julgado em 26/09/2013)

Por fim, o Superior Tribunal de Justiça pacificou entendimento no sentido de que o simples atraso na construção de imóvel prometido a venda não acarreta, por si só, dano moral, senão vejamos:

PROMESSA DE COMPRA E VENDA. IMÓVEL EM CONSTRUÇÃO. ATRASO NA CONCLUSÃO DA OBRA. DESCUMPRIMENTO CONTRATUAL. DANO MORAL. NÃO CONFIGURAÇÃO. O simples atraso na construção de imóvel prometido a venda não acarreta, por si só, dano moral. Recurso especial não conhecido” (STJ, 4ª T, REsp 592083/RJ, rel. Min. Cesar Asfor Rocha, j. 03/08/2004, DJ 25/10/2004, p. 362).

AÇÃO DE RESCISÃO DE CONTRATO. EMPREENDIMENTO IMOBILIÁRIO. IMPONTUALIDADE NA ENTREGA DA OBRA. DANOS MORAIS. 1. O inadimplemento do contrato, por si só não acarreta dano moral, que pressupõe ofensa anormal à personalidade. É certo que a inobservância de cláusulas contratuais pode gerar frustrações na parte inocente, mas não se apresenta como suficiente para produzir dano na esfera íntima do indivíduo, até porque o descumprimento de obrigações contratuais não é de todo imprevisível. 2. Conforme entendimento pacífico do STJ, a correção monetária tem como marco inicial a data da sentença que fixa o quantum indenizatório. 3. Recurso especial conhecido em parte e, nessa parte, provido” (STJ, 4ª T, REsp 876527/RJ, rel. Min. João Otávio de Noronha, d.j 01/04/2008, DJ 28/04/2008).

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. DIREITO DE AUTOR. DESCUMPRIMENTO CONTRATUAL. DANO MORAL. INOCORRÊNCIA EM REGRA. SITUAÇÃO EXCEPCIONAL NÃO CARACTERIZADA. PRESCRIÇÃO. TERMO INICIAL. CAUTELAR DE ANTECIPAÇÃO DE PROVA. EFEITO INTERRUPTIVO. MEDIDA PREPARATÓRIA DE AÇÃO INDENIZATÓRIA. CPC, ARTS. 219 E 846. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. I - O inadimplemento do contrato, por si só, pode acarretar danos materiais e indenização por perdas e danos, mas, em regra, não dá margem ao dano moral, que pressupõe ofensa anormal à personalidade. Embora a inobservância das cláusulas contratuais por uma das partes possa trazer desconforto ao outro contratante – e normalmente o traz – trata-se, em princípio, do desconforto a que todos podem estar sujeitos, pela vida em sociedade. Com efeito, a dificuldade financeira, ou a quebra da expectativa de receber valores contratados, não tomam a dimensão de constranger a honra ou a intimidade, ressalvadas situações excepcionais. II – Na sistemática do Código de

Processo Civil de 1973, a cautelar de antecipação de prova interrompe a prescrição quando se tratar de medida preparatória de outra ação, tornando inaplicável, nesses casos, o verbete sumular nº 154/STF, editado sob a égide do CPC/1939” (STJ, 4ª T, REsp 202564/RJ, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 02/08/2001, DJ 01/10/2001, p. 220).

Desta forma, o descumprimento contratual, por si só, pode acarretar danos materiais, mas, em regra, não dá margem ao dano moral, que pressupõe ofensa anormal à personalidade. Logo, embora a inobservância das cláusulas contratuais por uma das partes possa trazer desconforto ao outro contratante, trata-se de desconforto a que todos estão sujeitos em virtude da vida em sociedade.

Ante o exposto, julgo parcialmente procedente o pedido da autora, para: 1) declarar a rescisão do contrato de compromisso de venda e compra de unidade autônoma e outros pactos (fls. 018/046), haja vista o inadimplemento dos réus que não entregaram a obra no prazo contratual; 2) condenar os réus: - a restituírem à autora, de forma simples, a integralidade de todos os valores pagos, inclusive, comissão de corretagem; e – ao pagamento dos valores comprovadamente pagos com aluguel, desde o esgotamento do prazo de tolerância até a expedição do habite-se, acrescidos de correção monetária pelo índice contratual desde a data de cada pagamento e juros de 1% (um por cento) ao mês desde a data da citação (constituição em mora). Enfim, julgo extinto o presente processo com resolução de mérito, na forma do art. 487, inciso I do Código de Processo Civil.

Condeno, ainda, as partes a pagarem as despesas e custas processuais em partes iguais, assim como, os honorários advocatícios que arbitro em 10% (dez por cento) do valor da condenação, com fundamento no art. 86 do Novo Código de Processo Civil.

Entretanto, suspendo a exigibilidade da parte autora por ser beneficiária da justiça gratuita.

Publique-se. Registre-se. Intime-se.”

DATA DE PUBLICAÇÃO: 02/05/2016

CASO 7**AUTOR (A):** JOSE FERRAZ COUTINHO**RÉ (U):** DIÁRIO DO PARÁ**JUIZ (A):** ÁLVARO JOSÉ NORAT DE VASCONCELOS (12º VARA CÍVEL DE BELÉM)**NÚMERO DO PROCESSO:** 0005245-64.2013.814.0941**SENTENÇA:**

“JOSE FERRAZ COUTINHO, devidamente qualificado nos autos às fls. 02, propôs AÇÃO INDENIZATÓRIA em face de DIÁRIO DO PARÁ, pelos fatos a seguir expostos.

Aduz o Requerente que no dia 15/10/2013 estava trabalhando em frente ao shopping Castanheira, onde é taxista há 3 anos, e fora contratado por quatro rapazes para uma corrida até o bairro da Pedreira. Ocorre que o carro do autor foi abordado por policiais que já investigavam a trajetória dos rapazes e estes foram conduzidos à seccional da Pedreira onde prestaram esclarecimentos dos fatos.

Alega o autor que desconhecia o ocorrido e que teve sua participação apenas como testemunha, conforme boletim de ocorrência inserido às fls. 15 nos autos. Contudo, no dia seguinte, o jornal Diário do Pará publicou uma nota do fato acima descrito, mencionando que o autor também faria parte da quadrilha, anexando foto do Autor junto aos meliantes.

Em seus pedidos, requereu o deferimento de Liminar de retratação das ofensas proferidas na mesma página policial do Jornal e a condenação da Ré ao pagamento de 100 salários mínimos como forma de indenização. Juntou ao pedido os documentos inseridos às fls. 08/22 dos autos.

Citado, o Requerido apresentou contestação, às fls. 35/58, onde alega que não objetivou prejudicar nem denegrir a imagem do taxista Requerente, pois na nota explicativa do Jornal deixou em evidência que de todos os que haviam sido presos, apenas o Sr. José Ferraz (taxista) continuava a ser investigado. Contesta também o valor exorbitante da indenização pretendida por parte do

Autor. Requer, ao final, seja julgada totalmente improcedente a demanda, bem como a publicação de retratação das supostas ofensas. Intimado a manifestar-se sobre a contestação, o Autor ratificou novamente os fatos alegados na inicial, às fls. 60/77, alegando também ter diminuído sua clientela consideravelmente, prejudicando assim, o seu rendimento financeiro e a dificuldade em sustentar sua família.

Realizada audiência Preliminar as partes não chegaram a um consenso, tendo então o juízo definido os pontos controvertidos da causa e designado data para realização de audiência de instrução e julgamento, oportunidade em que o juízo coletou o depoimento testemunhal, concedendo, ao final, o prazo de 10 (dez) dias às Partes para apresentação de Alegações Finais, estando as do Autor juntadas às fls. 85/97, e as do Requerido às fls. 99/111 dos autos. Relatados. Decido.

Analisando os pedidos, observa-se que o Requerente inicialmente pretendeu a concessão de provimento Liminar, no sentido de que o Requerido, em retratação, efetuasse publicação de matéria, na mesma página policial e nas mesmas proporções em que veiculou a publicação objeto da presente Ação, contudo, até a presente data referido pedido não tivera sido apreciado. Para a concessão do provimento liminar requerido, necessária a comprovação dos requisitos: *fumus bonis juris* e *periculum in mora*, os quais não restaram comprovados nos autos, até mesmo em função do processo haver sido completamente instruído sem que a Parte tenha questionado a omissão do juízo na apreciação do presente pedido. Importante, ainda, mencionar, que no que tange ao referido pedido, entendo que a retratação almejada não importaria em menos prejuízos ao Autor, isto em função de que é impossível se dimensionar e identificar quantos e quais leitores tiveram acesso à matéria ora questionada e se estes mesmos teriam acesso à nova publicação de retratação, caso esta viesse a ser determinada. Assim é que deixo de acolher tal pretensão.

No mérito, o Autor pretende indenização por danos morais em função de entender que o Requerido teria veiculado notícias inverídicas contra sua pessoa, causando-lhe danos à sua honra e imagem. De forma contrária, o Requerido visa eximir-se da prática de qualquer dano moral, mencionando que deu destaque, na matéria publicada, que o Autor continuava sendo investigado se fazia parte do bando, diferentemente dos demais presos da quadrilha. Na apreciação do articulado pela Parte Requerida, pode-se perfeitamente observar que o Requerido extrapolou a real função dos meios de comunicação social, qual seja, o de bem informar sem procurar incutir aos

leitores situações controversas. O noticiário produzido juntado à colação às fls.20, estampou a foto do Autor juntamente com os demais presos, abaixo de uma manchete com letras garrafais, afirmando que tivera sido preso um bando armado que iria praticar crime de assalto, sem qualquer restrição à pessoa do Requerente, que fora vítima do bando, na qualidade de taxista.

É bem verdade que a matéria publicada ressaltou em seu corpo que a participação do Requerente no bando ainda estava sendo investigada, no entanto, devemos reconhecer que tal ressalva fora feita em caixa pequena, com letras pequenas, bem diferente da chamada da matéria, em negrito, que lhe incluía no bando preso, até mesmo pela foto publicada, a qual estampou a figura do Autor juntamente com os demais presos, sem que fosse possível distinguir quem era o suposto investigado, como quis fazer argumentar o Requerido.

Assim, entendemos que a livre manifestação de pensamento e de expressão da atividade de comunicação e o direito de informar, consagrados no art. 5º, IV, IX e XVI, da CF, não tutela o direito da publicação de notas difamatórias e que prejudiquem a imagem de quem quer que seja. Ao proceder as publicações mencionadas, a Requerida praticou a ilicitude de veicular informações inverídicas acerca do Autor, vindo a incutir na comunidade de leitores que o Requerente era bandido, trazendo à público uma imagem altamente negativa deste, o que acabou por lhe ocasionar danos de ordem moral, daí partindo o entendimento da obrigação indenizatória, consagrada na nossa Carta Magna, em seu art. 5º, V e X, que assim dispõe: “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: ... V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem ... X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;”

Dessa maneira, evidenciado está o nexo de causalidade entre a conduta ilícita do Requerido os danos experimentados pelo Autor, sendo inquestionável, portanto, o cabimento de indenização por danos morais. Relativamente ao quantum debeatur, este a critério do Magistrado, deve dimensionar o dano sofrido, bem como suas condições ensejadoras e a capacidade social, financeira e econômica das Partes, no que se observa que o Requerente é profissional autônomo e certamente labuta com muito empenho para desfrutar de uma vida confortável e digna.

Por seu turno, o Requerido faz parte de uma rede de comunicação de grande potencial financeiro, sendo por si próprio divulgado em seu veículo de comunicação como o Jornal mais vendido do Estado do Pará, logo, dentro desta visão de reparação educacional, deve se submeter, a título de indenização, a um quantum razoável, dentro das condições financeiras que ostenta, assim que arbitro os danos morais no valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais).

Ante o exposto, respaldado no que preceitua o art. 269, I, do CPC c/c art. 5º, V e X, da CF e arts. 186 e 927, do CC julgo parcialmente procedente a Ação interposta para condenar o Requerido a pagar a título de indenização por dano moral ao Requerente a quantia de R\$10.000,00 (dez mil reais), cujo valor deverá ser acrescido de juros moratórios de 1%a.m desde a data da incidência do dano, ou seja, 16/10/2013, corrigindo-se, ainda, os valores pelo INPC a partir da data de publicação desta decisão, até a efetivação do pagamento. Em face da sucumbência, condeno o Requerido, também, ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, que ora arbitro em 20% do valor da condenação atualizado, deixando de compensar valores em razão do não acolhimento de parte mínima do pedido, na forma do parágrafo único do art. 21 do CPC.”

DATA DE PUBLICAÇÃO: 12/01/2014

CASO 8

AUTOR (A): LAERCIO JUNIOR PERALTA BEZERRA DA SILVA

RÉ (U): BRF S/A (SUCESSORA POR INCORPORAÇÃO DA SADIA S/A)

JUIZ (A): MARIA EDILENE DE OLIVEIRA FRANCO (8ª VARA DO TRABALHO DE BELÉM)

NÚMERO DO PROCESSO: 0000696-14.2013.5.08.0008

SENTENÇA:**“1. RELATÓRIO**

LAERCIO JUNIOR PERALTA BEZERRA DA SILVA ajuizou reclamatória trabalhista em face de BRF S/A (SUCESSORA POR INCORPORAÇÃO DA SADIA S/A) postulando a rescisão indireta do contrato de trabalho e a condenação da reclamada ao pagamento de: aviso prévio; férias proporcionais + 1/3; décimo-terceiro salário proporcional; FGTS + 40%; seguro-desemprego; indenização estabilidade acidentária; devolução de descontos indevidos; adicional de insalubridade 40%; diferença salarial de fevereiro/2012; adicional de risco/periculosidade 30%; indenização por dano moral e material; indenização por assédio moral; juros e correção monetária. Requer os benefícios da justiça gratuita. Regularmente notificada, a reclamada compareceu à audiência e apresentou contestação às fls. 77/109. Aduz que o autor deixou de pedir a reintegração e que o mesmo não retornou das férias, o que deve ser interpretado como pedido de demissão. Afirma que não tomou conhecimento de acidente envolvendo o autor. Nega o dever de indenizar e o labor em condições insalubres ou perigosas. Informa que jamais foi prometido moradia gratuita. Pugna pela improcedência total da reclamatória.

A alçada foi fixada em R\$-97.689,62.

As partes prestaram depoimentos e foi ouvidatestemunha (fls. 228/230)

Em razões finais, as partes mantiveram suas posições.

2. FUNDAMENTAÇÃO DA RETIFICAÇÃO DO PÓLO PASSIVO

Determino a retificação do pólo passivo para que passe a constar BRF S/A (SUCESSORA POR INCORPORAÇÃO DA SADIA S/A).

DA INDENIZAÇÃO PELA ESTABILIDADE ACIDENTÁRIA E DA INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL

O autor afirma que sofreu acidente quando um balde atingiu a sua bolsa escrotal, causando-lhe danos físicos e a empresa não teria emitido a CAT, impedindo o gozo de licença acidentária e da estabilidade a que faria jus. Pede que seja transformado em indenização o período estabilitário por não ter agido a empresa de acordo com a lei, fazendo-o permanecer na empresa sem poder fazer esforço e sendo chamado de “mulherzinha” pelos seus colegas, fato que o constrangeu e o abalou moralmente. Persegue a indenização de 20 vezes o valor do seu último salário, ou seja, R\$-35.602,40. A reclamada, em defesa, alega que não tomou conhecimento do acidente e que o autor poderia ter buscado a emissão da CAT, tanto pelo Sindicato quanto pelo INSS, mas simplesmente manteve-se inerte. Sustenta que mantém o SESMT ativo e atuante e mantém os programas exigidos legalmente, PPRA e PCMSO. Ressalta que a garantia é do emprego e o autor não pediu a sua reintegração, fato que torna indevida a indenização do período de estabilidade. O reclamante não trouxe aos autos prova da ocorrência do acidente. A testemunha que arrolou nada disse sobre o fato. Ademais, varicocele, na maioria dos casos tem causa congênita e se desenvolve muito lentamente.

Não restando provado o acidente, improcedente a indenização por danos morais dele decorrente.

DA DEVOLUÇÃO DOS DESCONTOS RELATIVOS À MORADIA

O autor requer a devolução do valor de R\$-50,00 mensais descontado sob a rubrica aluguel em seus contracheques, pois afirma que quando foi contratado a empresa ofereceu além do salário, moradia, sendo que tal desconto não teria amparo em contrato.

A reclamada afirma que não prometeu moradia gratuita e que o autor teria assinado contrato de aluguel. O reclamante através de sua testemunha arrolada provou que a reclamada prometeu aluguel gratuito, entre outras promessas.

Entendo que a reclamada efetivava o recrutamento de trabalhadores mediante falsas promessas de boas condições de trabalho e de salário satisfatório.

Sem saber que arcariam com as despesas de alimentação, moradia e retorno, os trabalhadores aceitavam ir trabalhar em local tão distante, na esperança de mudar radicalmente de vida.

Quando chegavam no local, depararam-se com alojamentos precários, sem qualquer móvel ou eletrodoméstico, ainda mais em se tratando de trabalhadores que certamente não tinham os mínimos recursos financeiros para comprá-los, já que desempregados, pois do contrário, não aceitariam viajar tão longe para ganhar um pouco mais que um salário mínimo por mês.

Desta forma, condeno a reclamada a devolver os descontos efetuados sob a rubrica “aluguel casas empresa”.

DO ADICIONAL DE INSALUBRIDADE

O reclamante assevera que exercia suas atividades no setor de caldeira, exposto a altas temperaturas, produtos químicos, poeira, lodo separado da água suja que era queimado na caldeira, vapores quentes, pelo que entende fazer jus ao adicional de insalubridade de 40% sobre o salário mínimo.

A reclamada afirma que o autor trabalhava em local salubre com todos os equipamentos de proteção individual que eliminariam os agentes, pelo que é indevido o pagamento. Segundo os arts. 155, 157 e 160 da CLT, c/c as Normas Regulamentadoras nºs 7 e 9 do Ministério do Trabalho, todo empregador está obrigado a elaborar e implementar programas que antecipem, reconheçam, avaliem e controlem os riscos no local de trabalho de seus empregados, visando preservar a saúde

e a integridade deles, em cumprimento à garantia constitucional prevista no art. 7º, XXII, da Constituição Federal da República.

Dessa forma, é do empregador o ônus de provar a higidez e segurança do ambiente de trabalho, bem como a eliminação ou redução dos riscos verificados, consoante o artigo 818 da CLT c/c o art. 333, II, do CPC.

Nesse sentido, um ambiente de trabalho saudável consiste na obrigação patronal de confeccionar PPRA e PCMSO, realizar perícias habituais e atualizações de laudo sempre que ocorrer modificação no ambiente laboral, a exemplo de mudança de layout, substituição de máquinas e equipamentos ou adoção de novas tecnologias.

Vale lembrar, que a citação recebida pela reclamada, conforme consta das fls. 71 e 74, atribuiu-lhe, expressamente, o encargo processual de apresentar em juízo o PCMSO, PPRA e laudos periciais realizados nas dependências da empresa ou local de trabalho do empregado, sob as penas previstas no art. 359 do CPC.

Entretanto, verifico que a reclamada não juntou nenhum documento ambiental exigido pela legislação trabalhista, muito menos a ficha de entrega dos EPI's ao reclamante. Se não bastasse isso, restou incontroverso nos autos os riscos ambientais a que o autor estava submetido, conforme ASO, às fl. 42, quais sejam: físicos e ergonômicos. Não obstante a reclamada tenha juntado a cautela de fornecimento de alguns EPI's (protetor auricular, chapéu, luvas e botas), não há provas nos autos de que tais equipamentos de proteção eram capazes de neutralizar ou reduzir os efeitos nocivos dos agentes insalubres a que ele estava exposto, mormente diante da ausência dos documentos ambientais que elencariam os riscos existentes na função do obreiro e os mecanismos de controle, cujo ônus, repiso, era da empresa.

Nesse passo, a ausência dos documentos ambientais, bem como em face da inexistência de outras provas capazes de demonstrar a eliminação ou redução dos efeitos dos agentes nocivos à saúde do reclamante, resta presumida a negligência por parte da empregadora quanto à higidez do ambiente de trabalho.

Assim, diante do quadro probatório, condeno a a reclamada ao pagamento de adicional de insalubridade no percentual de 40%.

DO ADICIONAL DE RISCO/PERICULOSIDADE

O autor assevera que conforme Portaria Ministerial 3.214/78 – NR 13, a instalação e operação de caldeiras deve ser efetuada por profissional habilitado para tal, o que não ocorria, pois não eram observadas todas as regras de segurança indicadas na norma. Afirma que no seu labor tinha que subir a altura variáveis entre 8 e 15 metros por escada, sem qualquer tipo de equipamento de segurança, inclusive tendo que fazer a limpeza dos cilos das caldeiras. Aponta a NR-35 quanto ao trabalho nas alturas, para argumentar que a empresa não fornecia equipamentos mínimos de proteção.

Acrescenta que existiam painéis elétricos que funcionariam como uma usina de energia alimentado equipamentos de altas voltagens que funcionariam 24 horas. Requer o pagamento de adicional de risco/periculosidade no percentual de 30% no período de fevereiro de 2012 a abril de 2013, período em que trabalhou como operador de caldeira.

Em defesa, a reclamada nega que o autor trabalhasse subindo em cilos, pelo que não trabalhava com altura, nem pressão e nem alta tensão e, ainda, sempre utilizou todos os equipamentos de proteção individual necessários.

Ainda não está normatizado o adicional de periculosidade a quem trabalha em altura. Também, não restou provado que o reclamante estivesse em contato permanente com energia elétrica de alta voltagem.

DA DIFERENÇA SALARIAL DO MÊS DE FEVEREIRO DE 2012

O autor assevera que passou a exercer a função de operador de caldeira em fevereiro de 2012, mas que só recebeu a partir de março de 2012. Pretende receber a diferença quanto a este mês. Em defesa, a reclamada afirma que o autor só foi promovido a operador de caldeira em 01.03.2012. Não há nos autos prova do alegado pelo reclamante. Destaco que cabe ao reclamante o ônus da prova de que desenvolvia função diversa daquela para a qual foi contratado, como tal anotada em sua CTPS.

DO ASSÉDIO MORAL

O reclamante afirma que estava exposto diariamente a constrangimentos, tendo em vista que os banheiros eram monitorados por câmeras que invadiam a privacidade dos funcionários da reclamada, sendo obrigados a se despir em frente às câmeras, situação conhecida como “big brother” da Sadia. Alega que a situação é constrangedora e afronta o princípio da dignidade da pessoa humana. Pugna pelo recebimento de indenização de 10 vezes a sua última remuneração, ou seja, R\$-17.801,20.

Em contestação, a reclamada afirma que as câmeras foram colocadas para a própria segurança dos funcionários e que nunca estavam focadas para sanitários e chuveiros, mas apenas onde estavam localizados os armários, visto que estavam acontecendo arrombamentos. Assevera que inexistente conduta ilegal que possa ser imputada à reclamada e que o autor não relata quaisquer situações reais em que superiores hierárquicos tenham o assediado moralmente, nem sequer indicação de com frequência estes fatos ocorriam.

A testemunha trazida pelo reclamante confirmou a existência de câmeras de monitoramento voltadas para os armários dos trabalhadores e para a porta dos banheiros. Entende-se por assédio moral a conduta abusiva da empresa ou do preposto que atente, por sua repetição ou sistematização, contra a dignidade ou a integridade física ou psíquica do trabalhador. Assim, restando evidenciada pelas provas dos autos a instalação de câmeras de monitoramento no setor onde a autora trabalhava, fica configurado que houve desrespeito às regras básicas implícitas ao contrato de trabalho, uma vez que a relação entre as partes que o integram devem ser fundadas no respeito mútuo.

A prática da ré também desrespeitou o direito à imagem e à intimidade da obreira, ultrapassando os limites do poder diretivo do empregador. Portanto, é devida a compensação por danos morais em razão do assédio moral, no importe de R\$-2.000,00.

DA RESCISÃO INDIRETA. VERBAS RESCISÓRIAS. BAIXA DA CTPS

O reclamante em meados de agosto de 2012 sofreu acidente o que resultou em atestado de 14 dias e, ainda, deveria o mesmo ficar 30 dias em repouso total, não tendo a empresa emitido a CAT, o que teria impossibilitado o reclamante de gozar benefício acidentário, obstaculizando a estabilidade que faria jus. Afirma que a empresa efetua descontos de aluguel de casas divididas com pessoas estranhas, comida, valetransporte, plano de saúde, seguro de vida, de forma

impositiva. Alega que a empresa não fornece EPI para os que trabalham nas caldeiras e fazem limpeza de cilos.

Por estes motivos, o autor pede a rescisão indireta do contrato de trabalho na data de 24.04.2013: falta de fornecimento de moradia gratuitamente, falta de entrega de EPI, falta de fornecimento da CAT e labor em desvio de função, ter a empresa desconsiderado o seu direito à intimidade e por não pagar adicional de insalubridade.

A reclamada, em defesa, assevera que o autor saiu de férias e deveria retornar em 17.04.2013, portanto, deve ser entendido como pedido demissão. Sustenta que o autor só foi promovido a operador de caldeira em 01.03.2012.

Diantes dos inúmeros descumprimentos de cláusulas contratuais, como fornecimento de habitação gratuita e ainda diante do assédio moral sofrido pelo reclamante, julgo procedente o pedido de rescisão indireta do contrato de trabalho por culpa da reclamada e condeno-a ao pagamento de: aviso prévio, férias proporcionais (5/12) + 1/3, 13º salário proporcional (5/12) e multa de 40% sobre o FGTS.

O FGTS depositado deverá ser levantado por Alvará judicial, após o trânsito em julgado da decisão. Se por culpa do empregador, o empregado for impossibilitado de receber o benefício do seguro-desemprego, o empregador fica sujeito a arcar com o ônus, por força da aplicação do disposto nos arts. 186 e 927 do Novo Código Civil, combinado com o disposto no parágrafo único do art. 8º da CLT.

Acarreta, pois, o direito à indenização substitutiva que se arbitra em R\$2.712,00, segundo a RESOLUÇÃO do CODEFAT.

DA INDENIZAÇÃO POR DANO MATERIAL

O autor pretende se ver indenizado pelo montante de R\$-10.000,00 em razão de seus bens que estão na cidade de Lucas, listados no inventário n. 10684 da transportadora CONFIANÇA, mais R\$-489,00, referente a passagem de ida e volta das férias, o que resulta no valor de R\$-10.489,00.

A reclamada nega que tenha causado algum dano ao reclamante por promessa não cumprida. Afirma que desde o final do ano passado a empresa começou a pagar passagem terrestre

de volta aos empregados recrutados em outras cidades e o autor não recebeu porque saiu de férias e não retornou, sendo certo de que não houve promessa de pagamento de passagem de férias aos funcionários. Alega que o autor não comprovou ter deixado seus móveis em Lucas do Rio Verde, além do que a empresa teria passado a pagar apenas as passagens de retorno, jamais despesas de móveis.

Conforme já apreciado anteriormente quando da devolução dos descontos e ainda face ao reconhecimento da rescisão indireta, condeno a reclamada ao pagamento de R\$-10.000,00, valor em que foi segurado os bens do reclamante (fls. 30).

Destaco que era a reclamada que deveria provar a devolução dos mesmos ao reclamante. Por não ter juntado aos autos a passagem de volta, indefiro o ressarcimento da mesma, pois dano material necessita de comprovação.

3. CONCLUSÃO

ANTE O EXPOSTO E POR TUDO O MAIS QUE DOS AUTOS

CONSTA DECIDO JULGAR A PRESENTE RECLAMATÓRIA PROCEDENTE EM PARTE, RECONHECENDO A RESCISÃO INDIRETA DO CONTRATO DE TRABALHO E CONDENANDO A RECLAMADA BRF S/A (SUCESSORA POR INCORPORAÇÃO DA SADIA S/A) A PAGAR AO RECLAMANTE LAERCIO JUNIOR PERALTA BEZERRA DA SILVA A QUANTIA LÍQUIDA DE R\$-23.238,66 A TÍTULO DE: AVISO PRÉVIO, FÉRIAS PROPORCIONAIS (5/12) + 1/3, 13º SALÁRIO PROPORCIONAL (5/12) E MULTA DE 40% SOBRE O FGTS (FGTS DEPOSITADO DEVERÁ SER LEVANTADO POR ALVARÁ JUDICIAL, APÓS O TRÂNSITO EM JULGADO DA DECISÃO); INDENIZAÇÃO SEGURO-DESEMPREGO; DEVOLUÇÃO DE DESCONTOS INDEVIDOS; ADICIONAL DE INSALUBRIDADE; INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS; MAIS JUROS DE MORA; CORREÇÃO MONETÁRIA NA FORMA DA LEI. TUDO CONFORME FUNDAMENTAÇÃO. TUDO CONFORME FUNDAMENTAÇÃO. DEVE-SE OBSERVAR OS RECOLHIMENTOS DEVIDOS À PREVIDÊNCIA SOCIAL (LEI 10.035/2000) E O RELATIVO AO IRPF, TUDO DE ACORDO COM A LEI 7.713/1988, A LEI 8.218/1991 E A LEI 8.541, DE 22.12.92. POR TER SIDO PUBLICADA SENTENÇA LÍQUIDA, A RECLAMADA FICA INTIMADA, DESDE JÁ, NO SENTIDO DE QUE DEVERÁ PAGAR O VALOR DA

CONDENAÇÃO DESTES AUTOS, EM 48 HORAS APÓS O TRÂNSITO EM JULGADO DA DECISÃO, INDEPENDENTE DE CITAÇÃO, SOB PENA DE IMEDIATA PENHORA DE BENS E DEMAIS ATOS EXECUTÓRIOS. CUSTAS PELA RECLAMADA SOBRE O VALOR DA CONDENAÇÃO DE R\$-25.171,32 (INCLUSO INSS PATRONAL), NO VALOR DE R\$-503,43. CIENTES AS PARTES. NADA MAIS.”

DATA DE PUBLICAÇÃO: 12/07/2013

CASO 9

AUTOR (A): REMMY ROGERIA PAIXÃO DE ALMEIDA

RÉ (U): FACEBOOK SERVIÇOS ONLINE DO BRASIL LTDA

JUIZ (A): SUAYDEN FERNANDES DA SILVA SAMPAIO (2ª VARA CÍVEL DE ICOARACI, DISTRITO DE BELÉM)

NÚMERO DO PROCESSO: 0004031-61.2012.8.14.0201

SENTENÇA:

“Vistos etc.

REMMY ROGERIA PAIXÃO DE ALMEIDA ajuizou ação contra FACEBOOK SERVIÇOS ONLINE DO BRASIL LTDA, ambos devidamente qualificados nos autos, legando, em síntese, que tomou ciência, por meio de um amigo, no dia 05.05.2011, da existência de um falso perfil em seu nome, oferecendo serviços de prostituição, nesta cidade, com o fim de que a ré seja condenada a indenizá-la por danos morais, estimados em R\$ 150.000,00.

Assevera a autora que no referido perfil, em que lhe atribuíam à pecha de prostituta, havia sua foto, nome, e outras informações de cunho pessoal. Realizou registro de Boletim de Ocorrência, bem como providenciou através do próprio site a queixa de perfil falso, no sentido de retirar do ar o referido perfil, o que foi feito após meses.

Relata que conviveu com incessantes ligações telefônicas em sua residência, constrangimentos no local onde reside e em seu local de trabalho, em razão disso, requereu a condenação ao pagamento de indenização a título de danos morais.

Juntou documentos de fls. 09/32.

Regularmente citada (fl. 42), a demandada ofertou contestação (fls. 43/58), em que arguiu, preliminarmente, ilegitimidade passiva ad causam. No mérito, aduziu, em suma, que inexistiria dever de monitorar e/ou moderar o conteúdo disponibilizado por terceiros. Isso porque, os

provedores de serviços, tal qual um provedor de hospedagem cuja função é basicamente a armazenagem de dados e a disponibilização de acesso a terceiros, não podem ser obrigados a fazer qualquer controle preventivo e/ou monitoramento sobre conteúdo das contas criadas por seus usuários, sob pena de incidir em censura prévia, vedada constitucionalmente. Ao receber a denúncia sob o reporte de conta impostora no site Facebook, a exclusão da conta foi imediata. Não presentes os requisitos de responsabilização civil objetiva. Não restou comprovado dano moral. Por conseguinte, requereu a extinção do processo, sem resolução do mérito, ou a improcedência da demanda.

Réplica presente às fls. 78/81.

Designada audiência preliminar (fl. 83), a conciliação restou infrutífera (fl. 93).

Vieram os autos conclusos.

É o relatório.

DECIDO.

Versa a demanda de matéria de direito, tratando-se da interpretação dos ditames constitucionais e legais. Destarte, perfeitamente cabível que se julgue antecipadamente o mérito, sem olvidar que, nos termos do artigo 125, inciso II, do Código de Processo Civil, compete ao magistrado velar pela rápida solução do litígio, privilegiando a efetividade do processo, quando prescindível a instrução processual (cf. José Roberto dos Santos Bedaque, *Efetividade do Processo e constitucional de razoável duração do processo* insculpida no artigo 5º LXXVIII, da Constituição Federal. ed., Malheiros, p. 32/34).

Inicialmente, a preliminar de ilegitimidade passiva não merece acolhimento, pois a ré é a representante, no Brasil, da administradora do site de relacionamentos Facebook, no qual foi criado o perfil falso reclamado pela autora. Logo, responde, neste país, pelos atos de sua representada.

Diga-se, ainda, que é legítima a participação da requerida no polo passivo da demanda contra ela proposta, pelo fato de compor grupo econômico de atuação mundial, não podendo aduzir não ter controle pelo site, pois sendo parte do todo, deve encontrar os meios necessários para dar cumprimento ao quanto a ela se determine, pouco importando que a base de seus dados esteja sediada em outros países, uma vez que estas mesmas bases são acessíveis via internet, e isto acaba, ainda que no meio virtual, fazendo comunicar o que é físico ao digital.

Neste sentido a jurisprudência:

AGRAVO DE INSTRUMENTO OBRIGAÇÃO DE FAZER C.C. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS FACEBOOK -Pedido de retirada de páginas alusivas à autora Ré Facebook Serviços On line do Brasil Ltda. que tem legitimidade passiva, pouco importando estar sua base de dados sediada em outros países Inadmissibilidade da alegação de ingerência sobre repartições da empresa Facebook, pois sendo parte do todo, deve encontrar os meios necessários para dar cumprimento ao quanto a ela se determine relativamente às páginas veiculadas Prefacial deduzida em contraminuta afastada. AGRAVO DE INSTRUMENTO OBRIGAÇÃO DE FAZER C.C. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS FACEBOOK -Pretendida antecipação de tutela para fins de retirada imediata de páginas alusivas à autora Cabimento em parte Páginas criadas indevidamente com a denominação comercial da agravante, que devem ser retiradas do site, porquanto ausente autorização para o uso do nome, e porque nenhuma liberdade de expressão pode ser invocada para o fim de aniquilar os direitos de propriedade de marca ou denominação empresarial Descabimento, por outro lado, de retirada de páginas contendo críticas aos serviços prestados pela agravante, por não revelarem, de plano, conteúdo difamatórioAgravo parcialmente provido. (TJSP Agravo de Instrumento nº 2029968-56.2014.8.26.0000 Comarca: São Paulo Órgão Julgador: 10ª Câmara de Direito Privado Relator: João Batista Vilhena Data do julgamento: 20/05/2014).

Além disso, o art. 21 da Lei nº 1.965/2014, dispõe que: O provedor de aplicações de internet que disponibilize conteúdo gerado por terceiros será responsabilizado subsidiariamente pela violação da intimidade decorrente da divulgação, sem autorização de seus participantes, de imagens, de vídeos ou de outros materiais contendo cenas de nudez ou de atos sexuais de caráter privado quando, após o recebimento de notificação pelo participante ou seu representante legal,

deixar de promover, de forma diligente, no âmbito e nos limites técnicos do seu serviço, a disponibilização desse conteúdo.

Rejeito, pois, a preliminar.

No mérito, a demanda é procedente.

A requerente teve um perfil seu criado mediante falsidade perpetrada por terceiros, que passaram a usá-lo indevidamente, com inserção de conteúdos ofensivos à pessoa da autora perante a comunidade a qual pertence, o que lhe trouxe significativos aborrecimentos e ofensa a sua honra e imagem.

A internet caracteriza-se essencialmente como fonte de divulgação e transmissão de informações. Como corolário do princípio da liberdade de pensamento e expressão, consagrado pelo artigo 5º da Constituição Federal, é evidente que não se sujeita a qualquer modalidade de censura. Todavia, eventuais abusos cometidos quando de sua utilização, notadamente causadores de danos aos direitos da personalidade, exigem inibição e reparação, na esteira do disposto pelo artigo 5º, X da Carta Magna (cf. José Afonso da Silva, Curso de Direito Constitucional Positivo, 9ª. Ed. Malheiros, 1994, p. 225).

Portanto, a liberdade atinente à utilização dos meios de comunicação, a princípio, é ampla. Porém, ocorrendo abusos, se sujeita à intervenção jurisdicional, por meio da tutela inibitória (cf. Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart, Manual do Processo de Conhecimento, 3ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 484 e seguintes), e, em havendo lesões provocadas ao conjunto de direitos de natureza extrapatrimonial de terceiros, é passível de acarretar o dever de reparação pecuniária.

Não se pode olvidar, igualmente, que os responsáveis pela administração das denominadas redes sociais, tal qual o réu, assim como os responsáveis pelos serviços de disponibilização de acesso à internet, não podem ser obrigados a controlar todo o conteúdo veiculado por seus usuários. A propósito, a lição de Rui Stoco: O provedor da Internet, agindo como mero fornecedor de meios físicos, que serve apenas de intermediário, repassando mensagens e imagens transmitidas por outras pessoas e, portanto, não as produziu nem exerceu fiscalização ou juízo de valor, não pode ser responsabilizado por eventuais excessos e ofensas à moral, à intimidade e à honra de outros (Tratado de Responsabilidade ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 942).

De fato, a parte ré apenas fornece os meios para que o usuário crie uma página pessoal e, a partir dela, estabeleça relações pessoais e/ou profissionais várias, interagindo com diversas pessoas, de acordo com o seu perfil e interesses. Entretanto, a partir do momento em que cientificados da ocorrência de violações a direitos por meio da utilização de seus serviços, surge-lhes o dever de, incontinenti, tomar as medidas cabíveis no sentido de fazer sanar esses abusos, bastando, para tanto, suprimir a veiculação do conteúdo, com a retirada do ar da falsa página de perfil de usuário.

A atividade do demandado engloba a disponibilização de conteúdo na internet. Desse modo, não se desobriga de fazer uso dos meios tecnológicos, os quais se encontram em seu poder, para identificação e supressão da violação aos direitos alheios. Deve, pois, tomar as medidas necessárias para impedir a utilização do serviço que presta como meio para a prática de ilícitos.

Depreende-se dos autos que a autora teve conhecimento do perfil falso em 05.05.2011 e somente na data de 22.11.2011 foi efetuada a exclusão da referida conta, conforme informado pelo réu, apesar de relatar que somente recebeu a denúncia em 20.11.2011, através de ferramenta disponível no próprio site. A supressão tardia ou posterior do perfil falso, com conteúdos ofensivos aos direitos de personalidade da autora, enseja a responsabilidade solidária do hospedeiro da plataforma de relacionamento, por conduta omissiva apta a prolongar a exposição vexatória e constrangedora da vítima.

Trata-se, evidentemente, de obrigação fundada no artigo 927, parágrafo único, do Código Civil, o qual consagra o risco ínsito à sua atividade, impondo sua inobservância a responsabilização civil. A propósito, julgado do Colendo Superior Tribunal de Justiça:

RESPONSABILIDADE CIVIL. INTERNET. REDES SOCIAIS. MENSAGEM OFENSIVA. CIÊNCIA PELO PROVEDOR. REMOÇÃO. PRAZO. A velocidade com que as informações circulam no meio virtual torna indispensável que medidas tendentes a coibir a divulgação de conteúdos depreciativos e aviltantes sejam adotadas célere e enfaticamente, de sorte a potencialmente reduzir a disseminação do insulto, minimizando os nefastos efeitos inerentes a dados dessa natureza. Uma vez notificado de que determinado texto ou imagem possui conteúdo ilícito, o provedor deve

retirar o material do ar no prazo de 24 (vinte e quatro) horas, sob pena de responder solidariamente com o autor direto do dano, em virtude da omissão praticada. Nesse prazo de 24 horas, não está o provedor obrigado a analisar o teor da denúncia recebida, devendo apenas promover a suspensão preventiva das respectivas páginas, até que tenha tempo hábil para apreciar a veracidade das alegações, de modo a que, confirmando-as, exclua definitivamente o perfil ou, tendo-as por infundadas, restabeleça o seu livre acesso. O diferimento da análise do teor das denúncias não significa que o provedor poderá postergá-la por tempo indeterminado, deixando sem satisfação o usuário cujo perfil venha a ser provisoriamente suspenso. Cabe ao provedor, o mais breve possível, dar uma solução final para o conflito, confirmando a remoção definitiva da página de conteúdo ofensivo ou, ausente indício de ilegalidade, recolocando-a no ar, adotando, nessa última hipótese, as providências legais cabíveis contra os que abusarem da prerrogativa de denunciar. Recurso especial a que se nega provimento (REsp 1323754/RJ, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 19/06/2012, DJe 28/08/2012).

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. DIREITO DO CONSUMIDOR. PROVEDOR. MENSAGEM DE CONTEÚDO OFENSIVO. REGISTRO DE NÚMERO DO IP. DANO MORAL. NÃO RETIRADA EM TEMPO RAZOÁVEL. 1.-Na linha dos precedentes desta Corte, o provedor de conteúdo de internet não responde objetivamente pelo conteúdo inserido pelo usuário em sítio eletrônico, por não se tratar de risco inerente à sua atividade. Está obrigado, no entanto, a retirar imediatamente o conteúdo moralmente ofensivo, sob pena de responder solidariamente com o autor direto do dano. Precedentes. 2.-No caso dos autos o Tribunal de origem entendeu que não houve a imediata exclusão do perfil fraudulento, porque a Recorrida, por mais de uma vez, denunciou a ilegalidade perpetrada mediante os meios eletrônicos disponibilizados para

esse fim pelo próprio provedor, sem obter qualquer resultado. 3.-Agravio Regimental a que se nega provimento (AgRg no REsp 1.309.891/MG, 3ª Turma, Rel. Min. Sidnei Beneti, j. 26/06/2012).

É sabido que a reparação do dano moral deve atender, sempre, a superiores preceitos de equidade. Para aproximar-se do arbitramento que seja prudente e equitativo, a orientação majoritária da jurisprudência pátria, apoiada na melhor doutrina, exige que o arbitramento judicial seja feito a partir do nível econômico do ofendido e porte econômico do ofensor, ambos analisados sob o enfoque das circunstâncias do fato lesivo.

A sentença, para não deixar impune o agente do dano moral, tem que ser suficientemente expressiva para compensar o sofrimento, o transtorno, o abalo, o vexame causado à vítima e para penalizar o causador do dano, levando em consideração sua responsabilidade pelo fato, o grau de sua culpa (responsabilidade pela má prestação do serviço) e sua capacidade econômica.

Assim, não se haverá que se falar em indenização inexpressiva, pífia, que gera a impunidade e o descaso nas relações civis/consumeristas, no que diz respeito ao causador do fato, nem em exorbitância que acarreta o enriquecimento sem causa, no que diz respeito ao ofendido.

No caso em exame, é indisputável que a inserção de conteúdos ofensivos à autora, de modo a denegrir sua reputação e honra, atribuindo-lhe qualidades desabonadoras perante seus amigos e familiares, bem como a manutenção no ar de referido perfil falso, acarretaram-lhe lesão ao seu patrimônio ideal, notadamente a sua honra e imagem, a sua dignidade, pois houve ilegal constrangimento e abalo emocional, e não mero aborrecimento.

Feitas essas considerações, levando-se em consideração o grau de reprovabilidade do fato e as consequências da conduta do réu, bem como sua capacidade econômica, fixo o valor da indenização em R\$ 10.000,00 (dez mil reais), quantia que não pode ser considerada excessiva, do ponto de vista da ofendida, pois não a torna rica ou abastada no Brasil atual, nem é de monta, a ponto de levar o demandado à bancarrota, de modo que resta observado o critério da proporcionalidade e o da razoabilidade, anotando que o valor postulado na inicial era realmente excessivo.

Posto isso, JULGO PROCEDENTE O PEDIDO formulado por REMMY ROGERIA PAIXÃO DE ALMEIDA em face de FACEBOOK SERVIÇOS ONLINE BRASIL LTDA. e

JULGO EXTINTO O PROCESSO, com julgamento de mérito, na forma do artigo 269, inciso I, do Código de Processo Civil. Condeneo o réu a pagar à autora o valor de R\$10.000,00 (dez mil reais), a título de indenização por danos morais, com correção monetária a partir da data da publicação desta sentença, e acrescida de juros de mora de 1% ao mês, a partir da citação.

Sucumbente, o réu arcará com o pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios que fixo em 10% sobre o valor atualizado da condenação.

Após o trânsito em julgado ou interposto recurso sem efeito suspensivo, requeira a autora, se for de seu interesse, o cumprimento do julgado, na forma do artigo 475-J do Código de Processo Civil. O pedido deverá ser instruído com memória de cálculo atualizado.

Caso nada seja requerido no prazo de seis meses, arquivem-se os autos do processo.

Publique-se. Registre-se. Intime-se.

DATA DE PUBLICAÇÃO: 27/11/2014

CASO 10**AUTOR (A):** ALVARO JORGE DE SENA ANDRADE**RÉ (U):** FUNDAÇÃO CULTURAL DO MUNICÍPIO DE BELÉM FUMBEL**JUIZ (A):** MARCO ANTONIO LOBO CASTELO BRANCO**NÚMERO DO PROCESSO:** 0022142-95.2009.8.14.0301**SENTENÇA:**

“Vistos.

Trata-se de Ação de Obrigação de Fazer c/c Indenização por danos morais ajuizada por ALVARO JORGE DE SENA ANDRADE em face da Fundação Cultural do Município de Belém FUMBEL. Alega o autor que participou de concursos Literário Bruno de Menezes, categoria poesia, cujo premiação seria a impressão e o lançamento da obra, com impressão de mil exemplares, sendo oitocentos para o vencedor e duzentos para a FUMBEL. Informa que venceu esta categoria – poesia- com a obra intitulada Rumor de Odes e Elegias. Alega que apresentou os documentos exigidos pelo edital e que recebeu a informação que a obra apresentada em disquete havia desaparecido. Alega que no ano de 2004, houve reunião com a administração da fundação, mas a pauta foi outro evento, o qual o autor também foi vencedor. Neste caso se trata do concurso – Prêmio de Estímulo de Música – na categoria música popular com o projeto Sol dos Cegos. Alega o autor que o prêmio para este último concurso consistia na produção (gravação, impressão e lançamento) de um CD, bem como a realização de um show para o seu lançamento, devendo os compositores, segundo previsão do edital, preparar o projeto para no montante de R\$ 15.000,00 (quinze mil reais). Alega o autor que as determinações editalícias não foram cumpridas, e que os vencedores foram obrigados a realizar o projeto com modificações que comprometeu o resultado do projeto. Requereu ao final a condenação do réu em pagamento de danos morais ser arbitrado pelo magistrado e o adimplemento da obrigação. Juntou documentos. Citada a FUMBEL, não se

manifestou, mas foi contestado pelo Município de Belém, por sua procuradoria. Às fls. a SEMAJ apresentou autorização para patrocinar os interesses da FUMBEL. Em sede de contestação, em audiência, o município de Belém, alegou a prescrição trienal e requer a extinção do processo com julgamento do mérito. No mérito impugnou os documentos apresentados pelo autor em razão de não estarem revestidos das formalidades exigidas. Aponta a falta de edital que comprove as alegações feitas na inicial e pugna pelo indeferimento do pedido na inicial. O autor apresentou memoriais reiterando o pedido inicial. É o relatório. Decido. Afasto a preliminar de prescrição em razão da determinação legal, que trata da prescrição de ação de qualquer natureza prescreve em cinco anos. Portanto, não há que se falar em prescrição trienal em face da Fazenda da Pública. O autor replicou reiterando os termos da inicial. Audiência de Instrução: Foi colhido o depoimento pessoal do autor e de testemunhas, sendo realizados os debates orais, ocasião em que as partes reiteraram o posicionamento já esposado. O ministério público declinou de participar da lide. Relatei. Decido.

Ante de mais nada é necessário me manifestar sobre a preliminar de prescrição suscitada pelo réu, para afastá-la. Entendo que prescrição em face da Fazenda Pública está prevista no dec. 20.910/32, mesmo que se trata de ação indenizatória, ou seja, a prescrição dar-se-á em cinco anos. A prescrição é quinquenal. Neste sentido manifesta-se a jurisprudência:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL. CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. DANO MORAL. VEICULAÇÃO DE INFORMAÇÃO DE CUNHO ALEGADAMENTE INVERÍDICO EM MEIO DE COMUNICAÇÃO OFICIAL DE ÓRGÃO PÚBLICO FEDERAL. ART. 1º DO DECRETO 20.910/32. PRESCRIÇÃO. OCORRÊNCIA. VERBA HONORÁRIA. REDUÇÃO. DISCUSSÃO QUE IMPORTA REEXAME DOS FATOS DA CAUSA. SÚMULA 7/STJ. 1. O recurso especial não se presta ao exame de suposta violação a dispositivos constitucionais, por se tratar de matéria reservada à análise do Supremo Tribunal Federal, nos termos do art. 102, III, da Constituição da República. 2. O acórdão recorrido está em consonância

com a jurisprudência firmada nesta Corte de que a prescrição contra a Fazenda Pública, mesmo em ações indenizatórias, rege-se pelo Decreto 20.910/32, que disciplina que o direito à reparação econômica prescreve em cinco anos da data da lesão ao patrimônio imaterial. Precedentes: REsp 1.169.082/PR, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 01.09.2010 e AgRg no Ag 1.230.668/RJ, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe 24.05.2010; REsp 1.100.761/RS, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, DJe 23.03.2009. 3. No que concerne à redução da verba honorária, é cediço que a revisão do valor fixado nas instâncias ordinárias somente é possível, em recurso especial, quando este for arbitrado em valores abusivos ou irrisórios, o que não ocorre no presente caso. Desse modo, a reforma do julgado se mostra inviável, na via eleita, em razão da Súmula 7 deste Tribunal Superior, por implicar reexame de matéria fático-probatória. Precedentes: AgRg no Ag 1.043.526, Rel. Ministra Denise Arruda, Primeira Turma, DJe 11.02.2009; REsp 926.766, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, DJe 18.02.2009; EAREsp 370.815/SC, Rel. Ministro Fernando Gonçalves, DJ 01.09.2003, dentre outros. 4. O apontado dissídio jurisprudencial não foi demonstrado, nos termos do art. 255, e seus parágrafos, do Regimento Interno do STJ, tendo em vista que o recorrente nem sequer juntou cópias de ementas capazes de comprovar o alegado dissenso pretoriano. 5. Agravo regimental não provido. (AgRg no Recurso Especial nº 1197615/RJ (2010/0108468-1), 1ª Turma do STJ, Rel. Benedito Gonçalves. j. 09.11.2010, unânime, DJe 17.11.2010).

Sobre o mérito, em primeiro lugar é importante entender que o pedido do autor consta de um pedido referente a obrigação de fazer e um segundo sobre o dano moral. Atenho-me ao primeiro. Para justificar o cumprimento de uma obrigação a mesma deve estar configurada de tal modo que possa o magistrado identificá-la e determinar seu cumprimento. A obrigação de fazer, requerida pelo autor, não está comprovada nem especificada nos autos. Pode-se apenas deduzi-la,

sua existência, no edital, ausente nos autos, comprometendo o convencimento do juízo quanto determinar o cumprimento da obrigação requerida.

Neste sentido é pertinente a manifestação do réu ao apontar a ausência de documentos com a formalidade necessária para instruir o processo. Destaco aqui que se trata exclusivamente da obrigação de fazer. Atenho-me agora ao dano moral, porque muito embora tenha faltado formalidade documental que subsidiasse o pedido do autor quanto a obrigação de fazer, ficou patente, pelo que foi demonstrado nos autos, pela documentação, pela corroboração das testemunhas em asseverar que o autor foi vencedor de concurso artístico promovido pelo réu e por fim o silêncio na contestação do réu quanto ao fato da vitória e o recebimento do prêmio.

O dano moral aqui deve ser entendido como a ofensa ao estado de espírito e ao patrimônio imaterial do sujeito. Por outro lado tenho por entender que o dano deve possuir nexos de causalidade entre o ato e a consequência, passível de juízo sobre o dano na intimidade, na vida privada, na honra e imagem do sujeito. É suficiente a identificação do autor nos inúmeros recortes de jornais, bem como outros veículos de comunicação, que demonstram o prejuízo imaterial sofrido pelo autor. Esta mudança da vida do autor, modificando sua rotina, causando-lhe o abalo psíquico e espiritual, justifica o pedido de dano moral. Assim se manifesta a jurisprudência:

DIREITO ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. MATÉRIA CONSTITUCIONAL. EXAME. IMPOSSIBILIDADE. VIOLAÇÃO AO ART. 535, II, DO CPC. INDICAÇÃO GENÉRICA. DEFICIÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. SÚMULA 284/STF. MILITAR. ACIDENTE EM SERVIÇO. INCAPACIDADE. MATÉRIA FÁTICA. REEXAME. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. TRATAMENTO MÉDICO. NECESSIDADE COMPROVADA. LICENCIAMENTO. ILEGALIDADE. DECISÃO ULTRA PETITA. OCORRÊNCIA. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. NÃO CABIMENTO. RESSARCIMENTO DE DESPESAS. CABIMENTO. JUROS MORATÓRIOS. 6% AO ANO. ART. 1º-F DA LEI 9.494/99. TERMO INICIAL. DATA DA REALIZAÇÃO DE CADA DESPESAS.

RECURSO ESPECIAL CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO.

1. Refoge ao recurso especial o exame de suposta afronta a dispositivos constitucionais, por se tratar de competência reservada à Suprema Corte, nos termos do art. 102, III, da Constituição da República. 2. A indicação genérica de ofensa ao art. 535, II, do CPC, sem particularizar qual seria a suposta omissão do Tribunal de origem que teria implicado ausência de prestação jurisdicional, importa em deficiência de fundamentação, nos termos da Súmula 284/STF. 3. "A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial" (Súmula 7/STJ). 4. O militar temporariamente incapacitado em razão de acidente em serviço ou, ainda, de doença, moléstia ou enfermidade, cuja eclosão se deu no período de prestação do serviço, tem o direito de permanecer integrado às fileiras de sua respectiva Força até que se restabeleça ou, caso constatada a incapacidade definitiva, seja transferido para a reserva remunerada. Precedente do STJ. 5. É ultra petita a decisão que, malgrado inexista pedido expresso na inicial, condena a parte ré ao pagamento de indenização por danos morais em face do licenciamento do autor do serviço ativo das Forças Armadas. 6. O dano moral diz respeito a um prejuízo que atinge o patrimônio incorpóreo de uma pessoa natural ou jurídica, os direitos da personalidade. 7. Os militares das Forças Armadas, no exercício de suas atividades rotineiras de treinamento, constantemente encontram-se expostos a situações de risco que ultrapassam a normalidade dos servidores civis. 8. As lesões sofridas em decorrência de acidente ocorrido durante sessão de treinamento somente gerarão direito à indenização por dano moral quando comprovado que o militar foi submetido a condições de risco que ultrapassem àquelas consideradas razoáveis ao contexto militar ao qual se insere. 9. Nas condenações impostas à Fazenda Pública nas ações ajuizadas após a edição da MP 2.180-35, de 24.08.01, devem os juros moratórios ser fixados em 6% ao mês, nos termos do art. 3º do Decreto-Lei 2.322/87. 10. Referindo-se a indenização por danos materiais às despesas efetuadas pelo autor com

seu tratamento, efetuadas após seu licenciamento, deve o termo a quo dos juros moratórios ser a data de realização de cada uma destas despesas, respectivamente, a serem apuradas na fase de liquidação, e não da data do acidente. 11. Recurso especial conhecido e parcialmente provido para excluir da condenação a indenização por danos morais, assim como para fixar os juros moratórios em 6% ao ano, contados a partir da realização de cada uma das despesas efetuadas pelo autor. (Recurso Especial nº 1021500/PR (2008/0003702-4), 5ª Turma do STJ, Rel. Arnaldo Esteves Lima. j. 10.09.2009, unânime, DJe 13.10.2009).

Por outro lado, não houve por parte do réu, a contestação sobre a vitória do autor nos respectivos concursos. Muito embora não haja nos autos documento substancial que justifique a determinação de cumprimento de obrigação, é claro que há uma situação que merece apreço.

RESPONSABILIDADE CIVIL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. COMISSÃO PARLAMENTAR DE INQUÉRITO. CPI DO NARCOTRÁFICO. IMUNIDADE MATERIAL DOS PARLAMENTARES. AÇÃO AJUIZADA CONTRA A UNIÃO. NÃO INCIDÊNCIA DE PRESCRIÇÃO. DECRETO 20.910/1932. DANO MORAL CARACTERIZADO. VALOR DA INDENIZAÇÃO MANTIDO. 1. Não cabe ao Código Civil reger relações informadas pelo Direito Público. O Decreto 20.910/1932, que preceitua que as ações contra a Fazenda Pública prescrevem em cinco anos continua em vigor, uma vez a lei geral posterior não revoga a legislação especial que lhe seja anterior. 2. O relatório final da CPI envolveu, de forma indireta, porém expressa, a autora como participante das atividades criminosas da quadrilha de traficantes de cocaína. 3. Nos autos da Reclamação 100-1/197 restou demonstrado que a autora jamais proferiu decisão no processo criminal mencionado no relatório da CPI. Comprovada a ocorrência do evento danoso, resta caracterizado o dever de indenizar, ante o nexo de causalidade

entre a ação abusiva dos membros da Comissão e a efetivação do referido dano. 4. O dano moral consiste na lesão de direitos da personalidade da vítima: sua intimidade, sua vida privada, honra e imagem. É toda agressão injusta a tais bens imateriais. Configura sofrimento infringido a alguém independentemente de perda pecuniária, como a impetração de conduta criminosa e enriquecimento ilícito. 5. A autora jamais foi designado para a Comarca de Caldas Novas (GO) de onde teria sido emanada ordem de membros de quadrilha de tráfico de entorpecentes de sorte que a magistrada foi atingida na sua probidade e na sua honra objetiva e subjetiva. 6. A indenização deve tomar como parâmetro a repercussão do dano, suas sequelas, à repreensão ao agente causador do fato e sua possibilidade de pagamento, bem como não ocasionar enriquecimento ilícito. O quantum fixado não pode configurar valor exorbitante que caracterize o enriquecimento sem causa da vítima, nem consistir valor irrisório a descaracterizar a indenização almejada. Mantido o valor de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) arbitrado na sentença. Precedentes. 7. Apelação da União e apelação adesiva da autora improvidos. (Apelação Cível nº 0013045-09.2005.4.01.3500/GO, 5ª Turma do TRF da 1ª Região, Rel. Selene Maria de Almeida. j. 07.06.2010, eDJF1 30.07.2010, p. 0146).

Tenho que melhor entendimento não há senão a certeza da ocorrência do dano moral, sendo que para reparação deve-se a fixação de valor indenizatório, devendo o valor fixado ser módico. Fixo, pois, a indenização pelo dano material l em R\$ 25.000,00 (vinte e cinco mil reais), valor que deve ser corrigido monetariamente a contar de publicação da sentença pelo IGP-M e contados juros do trânsito em julgado. Isso posto, JULGO PARCIALMENTE PROCEDENTE a ação para CONDENAR o réu ao pagamento de R\$ R\$ 25.000,00 (vinte e cinco mil reais) a título de dano moral, contados juros do trânsito em julgado e correção monetária a contar da publicação da sentença. JULGO IMPROCEDENTE O PEDIDO REMANESCENTE. Em razão da sucumbência recíproca: Custas a serem rateadas pelas partes. Honorários advocatícios a serem suportados respectivamente pelas partes. Publique-se. Registre-se. Intimem-se.”

DATA DE PUBLICAÇÃO: 09/11/2011

CASO 11**AUTOR (A): BENEDITA DE FÁTIMA GONÇALVES POTIGUAR****RÉ (U): CONDOR TRANSPORTE E TURISMO LTD A- ME****JUIZ (A): AMILCAR GUIMARÃES (1ª VARA CÍVEL DE BELÉM)****NÚMERO DO PROCESSO: 0036648-02.2011.8.14.0301****SENTENÇA:**

“Vistos, etc BENEDITA DE FATIMA GONÇALVES POTIGUAR propôs AÇÃO ORDINÁRIA DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS contra CONDOR TRANSPORTE E TURISMO LTD A- ME, ambos qualificados nos autos, alegando em resumo que em 22/06/2011 seu filho de 23 anos de idade sofreu acidente de trânsito provocado por um microônibus da empresa ré, tendo morte espontânea no local do acidente. Que a empresa ré não prestou nenhuma assistência material ou psicológica. Requer indenização material na ordem de R\$ 2.810,00 relativa a despesas com o funeral, além de pensão correspondente a um salário mínimo durante 47 anos, tempo este de estimativa de vida de seu filho falecido. Requer, também, indenização por danos morais em quantia a ser fixada por este Juízo, em virtude do sofrimento pela perda de seu filho. Citada, a ré apresentou contestação, argüindo como preliminar a assistência jurídica pleiteada pela autora, o chamamento à lide como litisconsorte necessário ativo o genitor da vítima e como litisconsorte passivo necessário o Sr. ANTONIO GELSON DOS SANTOS, este em virtude de estar na posse do veículo microônibus envolvido no acidente desde fevereiro/2010, através de contrato de cessão e transferência de direitos de arrendamento firmado. Requer, ainda na contestação, a improcedência dos pedidos de danos materiais e morais e, em caso de condenação, a compensação dos valores pagos pelo seguro obrigatório. A autora se manifestou sobre a contestação, rechaçando a preliminar, uma vez que não pediu justiça gratuita e recolheu as custas processuais, e combatendo todos os argumentos trazidos pela ré em sua peça contestatória.

Realizada audiência de tentativa de conciliação, restou infrutífera (fls. 143/144). O juiz respondendo à época por esta Vara, nessa audiência, indeferiu ambas as preliminares argüidas em contestação. Em audiência de instrução e julgamento, presentes a autora, seu patrono e tres testemunhas, as quais foram ouvidas. Ausente a ré e seus advogados. É o relatório. Passo a decidir.

O processo se encontra devidamente instruído. Passo ao julgamento. Em primeiro lugar, a relação entre a ré e o Sr. Antônio Gelson dos Santos constitui uma lide paralela e deve ser resolvida entre eles; em ação própria, de maneira que o fato de ter havido uma cessão de direitos de arrendamento, ainda que verdadeiro, não exime a ré de sua responsabilidade civil. Além disso essa é matéria preclusa, pois decidida em audiência sem interposição de recurso.

A reparação pelos danos resultantes do ato ilícito é uma só e, portanto, quaisquer das vítimas têm o direito de reclamá-la em juízo, pois a relação jurídica entre os credores regula-se pelas regras da solidariedade ativa, de maneira que qualquer deles pode reivindicar integralmente a indenização. Matéria também preclusa.

DO MÉRITO

Para o estabelecimento da responsabilidade civil, na doutrina subjetiva adotada pelo nosso Código, é necessário que ocorram conjuntamente os seus elementos, ou seja: um dano; a culpa do agente e o nexó de causalidade. Assim, existindo dano, culpa do réu e nexó de causalidade entre o dano e os prejuízos alegados pelo autor, deve a ação ser julgada procedente.

No caso dos autos, não há dúvida quanto à ocorrência do fato danoso e sua autoria. A questão resume-se em estabelecer quem foi o responsável pelo acidente. O ônus da prova cabe a quem alega e a autora trouxe testemunha ocular, que em depoimento firme testemunhou ter sido o microônibus que avançou o sinal vermelho ao fazer o retorno na BR-316. Nessas circunstâncias a culpa foi do veículo pertencente a ré. Não há nenhuma outra prova produzida pela ré que desacreditasse o depoimento dessa única testemunha ocular. Acrescento que a embriaguez da vítima ficou no campo das alegações e ainda que fosse verdadeiro (e não é), não teria sido determinante para o acidente, pois este resultou do imprudente desrespeito ao sinal vermelho por parte do veículo da ré.

OS DANOS PLEITEADOS: MATERIAL

Dano material é aquele que atinge o patrimônio (material ou imaterial) da vítima, podendo ser mensurado financeiramente e indenizado. Compreende tanto o dano emergente sofrido pela vítima quanto o lucro cessante, entendido aquele como o que ela efetivamente perdeu e o outro como o que razoavelmente deixou de lucrar, nos termos do nosso Código Civil de 2002: Art. 402. Salvo as exceções expressamente previstas em lei, as perdas e danos devidas ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar. Desta forma, deve o dano ser certo, sendo absolutamente necessária a comprovação efetivamente suportado pela vítima.

DO PEDIDO DE PENSÃO:

No presente caso, o dano material aconteceu. Porém, o juízo só pode condenar a ré se tiver nos autos prova da existência do dano e de seu valor. A autora não traz ao feito nenhuma prova de que seu filho, vítima do acidente, exercesse alguma atividade laboral, e dela auferisse renda para seu sustento e de sua família. Apenas se limita a supor que seria a vítima a fonte de seu sustento, quando da sua velhice e aposentadoria. Não bastava provar que a vítima exercia atividade econômica, mas também que usava o resultado dessa atividade em proveito da autora, de forma permanente e em valores conhecidos, pois ao juízo não é lícito presumir o dano material e muito menos o seu valor. Aqui faltou a prova do dano e de sua extensão. Do ressarcimento com o funeral: Consta dos autos comprovantes das despesas realizadas pela autora com o funeral da vítima. Os valores com essas despesas não foram impugnados pela ré, Sendo ela responsável pelo acidente, o ressarcimento desse valor deve ser deferido.

MORAL

Dano é toda desvantagem que levamos em nossos bens jurídicos (patrimônio, corpo, vida, saúde, honra, crédito, bem-estar, capacidade de aquisição etc). O dano moral, como espécie do gênero, é qualquer sofrimento humano que não seja causado por uma perda pecuniária. No caso

em exame, a autora sofreu danos de natureza moral irreparáveis, imensuráveis e inevitáveis, que foi a morte de seu filho, vítima de acidente fatal. Logo, a empresa ré possui o dever de indenizar.

A maior dificuldade do dano moral é precisamente o fato de não encontrar correspondência no critério valorativo patrimonial. Ou seja, como a repercussão do dano não ocorreu no plano material o estorvo de mesurá-lo em moeda é enorme e o arbitrium boni viri do Juiz deve se revelar adequado para estabelecê-la em valor não tão grande que se converta em fonte de enriquecimento nem tão pequeno que se torne inexpressivo. Alguns juristas entendem que a reparação é exclusivamente compensatória, enquanto outros, com os quais me alio, entendem que a condenação é também punitiva.

Por todo o exposto, julgo parcialmente procedente os pedidos, para condenar a ré ao pagamento de danos materiais no valor de R\$ 2.800,00 (dois mil e oitocentos reais), corrigidos pela SELIC a partir da data de sua ocorrência e R\$ 20.000,00 (vinte mil reais) por danos morais atualizados pela SELIC. Condeno-a ainda ao pagamento das custas do processo e honorários advocatícios, que arbitro em 10% sobre o valor da condenação. Julgo extinto o processo com julgamento do mérito, com fulcro no Art. 269, I do CPC. Condeno a ré ao pagamento de honorários advocatícios que arbitro em 20% (vinte por cento) sobre o valor da condenação, além das custas do processo. P.R.I.C.”

DATA DE PUBLICAÇÃO: 18/08/2015

CASO 12**AUTOR (A): MARINEUSA DE OLIVEIRA LOPES****RÉ (U): LÍDER SUPERMERCADOS E MAGAZINE LTDA****JUIZ (A): ELENA FARAG (9º VARA CÍVEL DE BELÉM)****NÚMERO DO PROCESSO: 0005542-21.2007.8.14.0301****SENTENÇA:**

“Vistos, etc. Neste caso, observando-se a exigência do bem comum, apresentando-se mais justa e equânime para o caso em concreto, decido arbitrar os danos morais em R\$ 30.000,00 (trinta mil reais) e os danos materiais, consistente na indenização das benfeitorias feitas pela autora (imóvel residencial e bens móveis que lhe guarneciam), em R\$ 100.000,00 (cem mil reais). Ante o exposto, julgo parcialmente procedente o pedido, para extinguir a ação com resolução do mérito, nos termos do art. 269, I do Código de Processo Civil. Condeno, por fim, a ré ao pagamento das custas judiciais e honorários advocatícios, que fixo em 20% sobre o valor da condenação.”

DATA DE PUBLICAÇÃO: 20/06/2010

CASO 13

AUTOR (A): EMANOELA COELHO PARDAL

RÉ (U): BANCO DO BRASIL SA

JUIZ (A): RICARDO ANDRE MARANHÃO SANTIAGO (5ª VARA DO TRABALHO DE BELÉM)

NÚMERO DO PROCESSO: 0001070-29.2015.5.08.0018

SENTENÇA:

I - RELATÓRIO

O autor requer as verbas listadas na exordial por conta do pacto laboral mantido com o 1º réu e diante da alegada formação de grupo econômico com o 2º réu.

O 1º réu defendeu-se suscitando preliminares e resistindo especificamente aos pedidos da exordial.

O mesmo ocorreu com o 2º réu que insistiu na inexistência de grupo econômico com o 1º réu detalhando sua atuação no processo de aquisição da empresa.

Alçada fixada conforme a inicial.

Partes e testemunhas ouvidas em audiência de instrução.

Razões finais remissivas e partes inconciliáveis.

II - FUNDAMENTAÇÃO

1 - Das preliminares

1.1 - De carência da ação

Suscitada pelo 2º réu ao argumento de que é parte ilegítima para figurar no polo passivo da lide além da impossibilidade jurídica do pedido de condenação solidária por violação da regra do acesso por concurso público aos seus quadros. O 1º réu também suscitou a ilegitimidade do 2º e a impossibilidade jurídica para o pedido de acúmulo de funções.

Quanto à ilegitimidade passiva do 2º é tema que guarda relação direta com a alegação inicial de existência de grupo econômico, vinculada ao mérito, quando será enfrentada, impondo a rejeição. No que diz respeito à impossibilidade jurídica são duas alegações. A do 1º réu não vingará, pois a alegação de falta de norma jurídica para o pedido de acúmulo de funções não é suficiente para tanto, além do que o que se discutirá, no mérito, será tema relacionado ao suposto desequilíbrio contratual violador da comutatividade do pacto laboral, o que é plenamente viável pelo viés reparatório. A do 2º réu, violação do concurso público, tenta usar de moralizador dispositivo constitucional para desviar o foco da discussão, pois o autor não pretende ser considerado empregado do 2º réu fugindo da fase do concurso, mas apenas a responsabilização das empresas com base na tese da solidariedade oriunda do grupo econômico que as mesmas formam. Razões pelas quais, rejeito a prefacial dos réus.

1.1 - De inépcia da inicial

Novamente arguida pelos réus.

Pelo 1º ao argumento de que as pretensões da inicial são genéricas

sem apontar, no entanto, tais falhas, caindo no erro que aponta, ou seja, apenas lançou a alegação e não a aplicou ao pretense vício denunciado, pelo que não merece crédito devendo ser rejeitada.

O 2º usou de alegação idêntica, porém avançou um pouco mais ao acusar a exordial de ser silente quanto as atividades exercidas pelo autor e sua real função, faltando cálculo fundamentado. Não merece acolhida, pois o autor informou os dados citados e apresentou planilha.

Por fim, 1º e 2º réus exerceram com plenitude seu direito de defesa, sem qualquer prejuízo que pudesse ter sido causado pelas inexistentes falhas apontadas, impondo a rejeição.

2 - Da prejudicial de mérito: prescrição

Suscitada pelo 1º réu e que merece acolhida para considerar prescritas as parcelas com fato gerador anterior a 27.10.2010. Logo, o período de análise do processo limitar-se-á entre 27.10.2010 e 30.8.2013.

3 - Do mérito

3.1 - Do acúmulo de função

Alegando exercício de atividades de cobrança estranhas a função de gerente de relacionamento (entre 27.10.2010, pela prescrição, e 30.8.2013), o autor requer a parcela no montante igual ao dos exercentes de função de gerente de relacionamento pessoa jurídica por equiparação aos bancários ou alternativamente se assim não for ela reconhecida, que seja pelo seu salário contratual, referente aos meses trabalhados nessa condição, com reflexos.

O 1º réu advogou pela ausência de respaldo legal ou de norma

coletiva para a parcela, além da cobrança ser ínsita à função exercida pelo autor.

A discussão passa pela definição da atividade de cobrança como inserida ou não no rol de atribuições do gerente de relacionamento. Ao depor o autor disse "(...) que desde quando era promotora de venda já fazia cobranças a partir da 3ª parcela do financiamento; que até a 3ª parcela havia empresas contratadas terceirizadas que a faziam; que a partir da 3ª parcela a autora e as empresas cobravam os clientes mas a cobrança por resultado maior era para o pessoal do 1º réu; que todos os gerentes cobravam (...)".

Na lição da clássica obra de Mauricio Godinho Delgado (Curso de direito do trabalho, 12ª edição, São Paulo : LTr, 2013, pág. 1049): "De fato, o simples exercício de algumas tarefas componentes de uma outra função não traduz, automaticamente, a ocorrência de uma efetiva alteração funcional no tocante ao empregado.

É preciso que haja uma concentração significativa do conjunto de tarefas integrantes da enfocada função para que se configure a alteração funcional objetivada."

Como o próprio autor confessou, as tarefas de cobrança que fazia já eram feitas por ele desde antes de ser promovido para gerente de relacionamento, o que induz à conclusão de que sabia da rotina referente ao procedimento das cobranças.

Logo, era tarefa que já estava inserida no rol de atribuições, pelo que não há que se falar de violação da comutatividade do pacto laboral por conta das cobranças, inclusive as externas (como predominantemente externo parecia ser o labor do autor), não alterando tal conclusão a existência de empresas contratadas pelo empregador para também realizarem a cobrança, pois havia separação de parcelas que eram cobradas pelos empregados do 1º réu e pelas empresas especializadas.

E a existência de empresas especializadas em cobrança que faziam o mesmo que o autor deve ser encarado como união de esforços no intuito maior de alcançar a adimplência dos contratos de financiamento vendidos pelo autor, no que o dever de colaboração do empregado incidia.

Razões pelas quais, não havendo acúmulo capaz de promover o desequilíbrio das obrigações pactuadas entre as partes, im procedem as diferenças salariais e reflexos.

3.2 - Da gratificação de função

Pleito baseado no enquadramento do autor na norma do § 2º do art. 224 da CLT combinado com dispositivo da norma coletiva dos funcionários (cláusula 4.1.2 das CCT), pois exercia função de chefia. As defesas dos réus negaram que a função de gerente de relacionamento se enquadra na hipótese ventilada pelo autor, pois não detinha os poderes de mando e gestão, além daquela norma ser aplicada apenas aos bancários efetivos e das normas coletivas não indicarem os cargos que receberiam tal gratificação.

Interessa definir se o cargo de gerente de relacionamento está entre as hipóteses do § 2º do art. 224 da CLT, pois a Súmula nº 55 do C. TST, ao equiparar o 1º réu nos moldes previstos, acaba atraindo também a necessidade de predefinição da função ocupada para fins de fixação da jornada a ser aplicável. Tanto que pela norma coletiva de ID 03ca67a (Pág. 11/12 - cláusula 4.7.1) a regra geral é de jornada de 6 horas do art. 224 da CLT com a exceção prevista no seu § 2º.

Dos depoimentos colhidos verifico que o autor não tinha poder de admissão e demissão de empregados como confessado pelo preposto do 1º réu. Mas apenas tal situação não parece ser

suficiente para excluir a incidência da norma do § 2º do art. 224 da CLT. É que na ficha funcional do autor consta que sua mudança de função para gerente de relacionamento se deu por promoção, logo, um degrau a mais na carreira e dentro do organograma da empresa. E a nomenclatura do cargo, por si só, sugere poderes maiores que o de promotor de vendas de veículos, com metas mais ousadas (aproximadamente R\$-1.000.000,00 por mês) e compatíveis com a maior responsabilidade do cargo de gerência, incluindo cobrança. Do contrário o autor sequer teria sido promovido.

Tal cenário indica para a incidência de cargo de confiança para o exercente do posto de gerente de relacionamento, estando, pois, autorizada a pretensão de recebimento da gratificação de função por força da previsão em norma coletiva como indicado na inicial. Procede, assim, a gratificação de função em 55% do salário base no período entre 27.10.2010 e 30.8.2013 a ser calculada com a inclusão da parcela de "Adicional Tempo de Serviço" dos contracheques, bem como reflexos sobre aviso prévio, férias + 1/3, 13º salário e FGTS + 40%, observando a evolução salarial e limitados aos valores da inicial. Os reflexos sobre repouso semanal remunerado, por não constarem da planilha de cálculo da inicial, ficam prejudicados.

3.3 - Das comissões por fora ou disfarçadas de PLR

Requer a integração das parcelas acima nas verbas trabalhistas indicadas ao argumento de que recebia comissões disfarçadas de

PLR semestralmente até 1.6.2012 em depósito em conta, quando a verba passou a constar de seus contracheques na rubrica comissões entre 1.7.2012 e fevereiro/2013, e a partir daí foi retirada

novamente até sua saída em 30.8.2013. Indicou valor médio que entende deva ser considerado para os fins de integralização nas parcelas de aviso prévio, 13o. salário, férias + 1/3, RSR e FGTS + 40%.

O 1º réu alegou que as comissões foram pagas sempre nos contracheques apenas a partir de julho/2012, com acertos retroativos entre dezembro/2011 e junho/2012 (apenas para os empregados da área comercial: Gerentes de Relacionamento e Operadores Comerciais), e nunca antes, sendo que em março de 2013 foi criado um programa de vendas com caráter extralegal, logo, sujeito a interpretação restrita, pois benéfico. Negou a alegação de manobra da inicial quanto ao pagamento das parcelas de comissões como se fossem PLR, afirmando que também houve pagamento de PLR semestral até 2011 e anual depois deste ano, rubrica de caráter não salarial por expressa disposição legal.

A testemunha arrolada pela autora, Sra. Maria Daniele Freire Feitosa, que trabalhou entre 2006 e abril/2012 como gerente de relacionamento disse "(...) que teve uma época em que recebia comissão e PLR mensal, em rubrica separadas no contracheque;". O preposto do 1º réu disse "(...) que antes recebia salário mais PLR semestral e hoje recebe salário, comissão e PLR anual;".

A testemunha arrolada pelo 1º réu disse "(...) que em 2012 a PLR era semestral e junto com ela vinham pagas as comissões mas estas não eram discriminadas daquelas nos contracheques; que de 3 anos para cá passou a receber comissão mensal com esta rubrica no contracheque e a PLR anual;".

A dissonância entre os depoimentos colhidos inviabiliza, no particular da parcela em análise, a utilização de uma linha de raciocínio minimamente segura com base neles. A testemunha arrolada pela autora contrariou a inicial ao indicar recebimento de

PLR mensal nos contracheques e separada das comissões. A testemunha arrolada pelo réu conflitou com a defesa ao indicar pagamento até 2012 da PLR semestral junto com as comissões e sem discriminação no contracheque. Tais disparidades enfraquecem os testemunhos, remetendo a análise para a prova documental, em especial os contracheques juntados pela empresa, pois alguns dos juntados pelo autor estão ilegíveis.

Tais documentos indicam para o caso do autor, no período imprescrito, de pagamento de comissão a partir de julho/2012 até fevereiro/2013, mês a mês, sempre integrando a sua remuneração. Em março/2013 não aparece mais a rubrica de comissões, mas uma outra em valor variável como as comissões e na rubrica "Programa Força de Vendas 2013" e seus reflexos no DSR, o que durou até a demissão em junho/2013, parcelas que também integraram a remuneração.

A parcela de PLR era paga semestralmente até 2011 e anualmente de 2012 em diante. Em 2.9.2011, por exemplo, há um valor de R\$-27.176,68 que consta de recibo de PLR do 1º semestre de 2011, ao passo que foi creditado na conta, em 29.2.2012, depósito da PLR no valor de R\$-12.660,71 conforme contracheque específico e extrato da conta juntado pelo reclamante (com recibo de PLR do 2º semestre de 2011).

Diante dos elementos acima, não há como reconhecer o pedido de comissões pagas por fora ou com o nome de PLR, pois o que verifiquei foram pagamentos específicos em rubricas específicas, cada uma em períodos também específicos, umas repercutindo nas verbas trabalhistas quando era o caso (comissões e Programa Força de Vendas 2013), outras não, como o PLR, este por impositivo legal. Pelo que im procedem os pedidos e reflexos.

3.4 - Das horas extras

Com base na não incidência ao caso da norma do art. 62 da CLT por causa da existência de controle de jornada do autor, tanto que recebia algumas horas extras, requer a parcela com base no horário narrado na inicial e reflexos, sem abater as horas extras pagas.

A defesa do 1º réu resistiu especificamente ao pleito negando a jornada da inicial, invocando o art. 62, I da CLT como óbice, além de alegar "(...) reenquadramento sindical ocorrido devido ao fato da BV FINANCEIRA ter sucedido, por incorporação, outras duas empresas, isso em junho/2004, quais sejam, a BV Promotora e a BV Serviços, e jamais pela existência de controle de jornada e direito do reclamante ao recebimento de horas extras (...)".

Por conta de norma coletiva acertou o pagamento para todos os empregados de 42 horas extras mensais e fixas por questão de igualdade afirmando que "(...) a empresa também houve por bem adotar a preservação da isonomia de todos os empregados, tendo sido acordado que todos os empregados receberiam as horas extras em função da mudança da jornada de 6 para 8 horas, inclusive os exercentes de cargo de confiança ou com jornada externa (...) Em que pese a incorporação noticiada acima se deu em junho/2004,

as regras foram aplicadas aos empregados que já estavam trabalhando nas empresas incorporadas, bem como a todos os funcionários posteriormente contratados pela BV Financeira (caso da reclamante)

, primeiro porque decorreram de um acordo feito entre a reclamada e o Sindicato dos Bancários - Categoria Financieiros, segundo porque não seria recomendável criar uma situação de desigualdade entre os funcionários de uma

mesma empresa."

O pedido está todo relacionado ao período no qual o autor já ocupava a função de gerente de relacionamento.

Os contracheques apontam pagamento médio de 42 horas extras mensais no período imprescrito até julho/2011, após o que não há mais tal rubrica nos documentos. Nem o autor requer a nulidade da alteração contratual com a exclusão da parcela paga de forma fixa, nem abateu as que foram pagas até aquela data na planilha de cálculos.

Os documentos juntados com a defesa, em especial o de ID cb67108, não dizem nada acerca do ajuste coletivo prévio no sentido de manter a isonomia entre antigos e novos empregados pagando a estes as horas extras fixas que aqueles já recebiam por ocasião da incorporação empresarial ocorrida em 2004.

As fichas de registros e contracheques de outros empregados do 1º réu demonstram pagamento de 42 horas extras fixas mesmo para aqueles que não tinham controle de jornada de trabalho pelo exercício de atividade externa na forma do art. 62, I da CLT. Apenas um deles ocupou a mesma função do autor, de gerente de relacionamento (ID 0d116ca - Pág. 22/26), também com a mesma peculiaridade (recebimento de horas extras mesmo sem controle na jornada).

O autor disse "(...) que não havia nenhum documento em que lançasse o horário de trabalho mas era obrigada a comparecer diariamente, no início e no fim da jornada, sendo que no início pegava a rota a ser seguida e no fim voltava para entregar os processos formalizados durante o dia e fazer cobranças usando telefone da empresa nas instalações desta; que as cobranças externas normalmente eram no horário de trabalho; que havia em média 12 gerentes de relacionamento e todos pegavam diariamente

a rota com o gerente comercial; que era comum o gerente passar e-mail no dia anterior informando a rota a ser cumprida no dia seguinte e mesmo assim às vezes tinha que ir na empresa no início do dia; que normalmente trabalhava das 08 às 19 horas, de segunda a sexta, com 1 hora de intervalo, e sábados de 08 às 15 horas; que decidia o melhor horário para parar para almoçar". Apesar do autor tentar convencer que estava sujeito a controle de horário por meio da necessária presença diária no início e fim da jornada, acabou confessando que nem sempre isso ocorria, pois a rota era recebida por e-mail, além de ter liberdade na fixação do horário de almoço. Rota tal que, como dito pelas outras pessoas ouvidas, era de livre cumprimento pelo gerente quanto à sequência a seguir.

O preposto do 1º réu disse "(...) que não sabe como é feito o controle para pagamento das horas extras mas que houve um acordo com o sindicato para receberem 2 horas extras por dia". A testemunha arrolada pelo autor disse "(...) que dentro da sua área decidia que lojas iria atender e que tempo passaria em cada uma para dar conta do serviço; (...) que não lembra se recebia horas extras no contracheque".

A testemunha arrolada pelo réu disse "(...) que não tem obrigação de ir diariamente no escritório do 1º réu pois trabalha externo; que o malote encaminhando contratos fechados sai 3 vezes por semana; que é interessante para suas metas enviar logo, por malote, os contratos finalizados; que escolhe a forma de atender os clientes que estão em sua área exclusiva desde que atenda todos."

A existência de horas extras nos contracheques é presunção favorável ao autor no sentido de que havia controle de horário. Porém, tal presunção, além de relativa, não pode deixar de ser devidamente temperada pelo princípio da primazia da realidade que, no Direito do Trabalho, prefere o conteúdo à forma, e é via de

mão dupla, até como meio de alcance da verdade real no processo. A confissão real do autor demonstra que efetivamente não havia controle na sua jornada de trabalho, pois não precisava comparecer diariamente, como tentou fazer crer, e tinha autonomia no atendimento dos clientes dentro de sua área de atuação, além de estabelecer o horário de almoço. Se a autora tinha que visitar lojas de revenda de veículos para oferecer os produtos do 1º réu, deslocando-se de uma para outra durante sua jornada, não é crível que não estivesse executando atividades externas e o comparecimento nas instalações da empresa para repassar os contratos feitos não altera tal realidade.

Razões pelas quais, considero que o autor estava enquadrado na norma do art. 62, I da CLT, não fazendo jus às horas extras e reflexos, pelo que admito como plausível a tese da defesa no sentido de que o ajuste das horas extras fixas se deu no bojo de negociação para manter a isonomia entre os empregados, o que só durou, pelo menos no caso do autor, até julho/2011.

3.5 - Das indenizações por danos morais e materiais

Os pedidos atrelam-se, em um primeiro momento, ao fato de haver alcançado as metas estipuladas em uma campanha da empresa chamada "Rota dos Campeões" entre janeiro e setembro/2011 e, mesmo assim, deixar de usufruir imotivadamente da premiação, no caso, viagem com acompanhante para Nova Iorque por 11 dias. Diante da negação do direito requer a compensação material com as despesas necessárias à viagem e outra moral pela frustração da expectativa da concretização do sonho de conhecer a América.

Em um segundo momento, alega assédio moral por parte de um superior hierárquico sofrendo constrangimento no ambiente de

trabalho através de grosserias e fixação de metas acima das dos seus colegas de trabalho de mesma função.

O 1º réu contestou todos os pedidos por razões distintas, conforme defesa juntada.

Invertendo a análise, incumbia ao autor provar a prática de assédio moral por preposto patronal.

A narrativa do autor em depoimento deu conta da agressividade inerente à personalidade da gerente comercial chegando esta, em uma reunião, a bater na mesa e gritar cobrando o atingimento de metas de todos, o que não foi repetido em conversa particular com o autor.

A versão narrada pelo autor não encontrou lastro probatório na instrução, pois nenhuma das testemunhas ouvidas confirmou o fato, pelo que improcede o pedido de indenização por danos morais por alegado assédio moral.

Quanto aos demais pedidos referentes ao atingimento de metas para gozar do direito da premiação prometida, o 1º réu negou que o autor tivesse alcançado o percentual exigido para ser premiado, apresentando tabela com a defesa que entende ser óbice ao deferimento dos pedidos relacionados ao programa "Rota dos Campeões".

O 1º réu não trouxe aos autos o regulamento da campanha referida, instrumento que seria apto a permitir a análise do cumprimento das metas estabelecidas para a premiação. Apenas colou figura na defesa que pouco ou nada esclarece. Tivesse a intenção de se desincumbir de provar que o autor não atingiu a meta teria pelo menos trazido aos autos referido documento ou comprovantes das metas especificadas para a promoção em foco. Como assim não agiu, deve-se entender que olvidou em comprovar que estava com razão ao deixar de premiar o autor.

Reforça o raciocínio acima os fortes indícios de que o autor efetivamente tenha cumprido a aposta feita na campanha. Os documentos de ID b2f9a72 (Pág. 8/10) indicam o cumprimento de metas pelo autor durante todo o ano de 2011, época da "Rota dos Campeões".

Por outro lado, o preposto do réu disse "(...) que pelo que se lembra a autora sempre bateu as metas; que em Belém os gerente de relacionamento o Raul e a Ariane receberam prêmio da rota dos campeões; que estes 2 gerentes não eram tão destacados no cumprimento de metas quanto a autora; que a autora era melhor em bater as metas do que os 2; que a área em que a autora trabalhava favorecia; que os gerentes acima ganharam uma viagem para Roma cada, com direito a acompanhante, e despesas passagem, hotel e traslado, não incluindo alimentação".

E a testemunha arrolada pelo autor confirmou que nos dois primeiros meses ele havia batido a meta do desafio proposto. Desta forma, considero provado o cumprimento da aposta feita pelo autor na referida campanha, pelo que incumbia ao 1º réu provar o pagamento da premiação, o que não fez, pelo que agiu de forma ilícita e em violação da boa-fé contratual objetiva, atraindo a procedência do pedido de indenização, na forma dos arts. 186 e 927 do Código Civil, pelo valor equivalente das despesas com viagem com acompanhante nos moldes requeridos no total de R\$-26.723,72, montante justificado e razoável pelas cotações juntadas com a inicial.

Quanto ao dano moral entendo que a situação dos autos reflete no que a doutrina rotulou tratar por "perda de uma chance". A perda de uma chance caracteriza-se, segundo Cavalieri Filho, quando "em virtude da conduta de outrem, desaparece a probabilidade de um evento que possibilitaria um benefício futuro para a vítima, como

progredir na carreira artística ou militar; arrumar um melhor emprego, deixar de recorrer de uma sentença desfavorável pela falha do advogado, e assim por diante. Deve-se, pois, entender por chance a probabilidade de se obter um lucro ou de se evitar uma perda" (in "Responsabilidade pela perda de uma chance - Compatibilidade com o sistema jurídico brasileiro e aplicabilidade nas relações de trabalho". Cristina Maria Nepomuceno da Fonseca (2009). Revista LTr, 73-10, 1273). No caso, a frustração de uma viagem internacional por ato atribuído ao 1º réu não pode deixar de ser apenada, pois impediu a concretização de benefício expresso no gozo de prêmio conquistado com o trabalho e no prazer que a viagem em si seria capaz de proporcionar, fato notório.

Ademais, são comuns os casos de indenização de consumidores que perdem excursões por problemas com a empresa de aviação. Se na relação de consumo tal se justifica, na de emprego, com a presença de hipossuficiente, o mesmo raciocínio deve ser aplicado. Esgotada a questão da responsabilidade do 1º réu, resta a aferição do montante devido a título de indenização por danos morais ao autor. Aqui, o que deve nortear a decisão é a análise do caso buscando como parâmetro o do *bonus pater familias*, o do homem médio. Com efeito, deve ser verificada a reação do indivíduo pertencente ao senso mediano. Ou seja, uma pessoa comum, em situação normal, reagiria bem ou mal a certo evento indesejado em sua vida. Com isso, foge-se dos extremos: a hipersensibilidade do sujeito com espírito pouco brioso ou a insensibilidade dos estoicos. Válida e pertinente é a lição de Carlos Alberto Bittar quando afirma: "Na concepção moderna da teoria da reparação de danos morais prevalece, de início, a orientação de que a responsabilização do agente se opera por força do simples fato da violação. Com isso, verificado o evento danoso, *ipso facto*, a necessidade de reparação,

uma vez presentes os pressupostos de direito. Dessa ponderação, emergem duas consequências práticas de extraordinária repercussão em favor do lesado: uma, é a dispensa da análise da subjetividade do agente; outra, a desnecessidade de prova de prejuízo em concreto. Nesse sentido, ocorrido o fato gerador e identificadas as situações dos envolvidos, segue-se a constatação do alcance do dano produzido, caracterizando-se o de cunho moral pela simples violação da esfera jurídica, afetiva ou moral, do lesado." (In A Reparação Civil por Danos Morais, Ed. Revista dos Tribunais, 2ª ed., 1994, p. 202).

Na mesma linha, vai Wladimir Valler, citado por Rodolfo Pamplona Filho (In O dano moral na relação de emprego, São Paulo: LTr, 1998), ao dizer que "nessa matéria de prova do dano moral não se poderá exigir uma prova direta. Não será, evidentemente, com atestados médicos ou com o depoimento de duas ou três testemunhas, que se demonstrará a dor, o sofrimento, a aflição, em suma, o dano moral alegado por aquele que pleiteia, em juízo, a reparação".

Tendo em vista a falta do 1º réu, sua estrutura organizacional, a frustração intencional da realização da viagem e o caráter pedagógico da punição, na forma do art. 944 do Código Civil, a indenização por danos morais é deferida no montante de R\$-26.723,72.

III - CONCLUSÃO

ANTE O EXPOSTO, DECIDE O JUÍZO DA 5ª VARA DO TRABALHO DE BELÉM, EM REJEITANDO AS PRELIMINARES DE CARÊNCIA DA AÇÃO E DE INÉPCIA DA INICIAL E PRONUNCIANDO A PRESCRIÇÃO DAS PARCELAS COM FATO

GERADOR ANTERIOR A 27.10.2010, JULGAR PARCIALMENTE PROCEDENTES OS PEDIDOS CONSTANTES DA RECLAMAÇÃO MOVIDA POR EMANOELA COELHO PARDAL CONTRA BV FINANCEIRA SA CRÉDITO FINANCIAMENTO E INVESTIMENTO E BANCO DO BRASIL AS PARA CONDENAR OS RÉUS SOLIDARIAMENTE A PAGAREM AO AUTOR AS PARCELAS DE: GRATIFICAÇÃO DE FUNÇÃO EM 55% DO SALÁRIO BASE NO PERÍODO ENTRE 27.10.2010 E 30.8.2013 E REFLEXOS SOBRE AVISO PRÉVIO, FÉRIAS + 1/3, 13º SALÁRIO E FGTS + 40%; INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS PELA NÃO OPORTUNIZAÇÃO DE VIAGEM AO AUTOR; MAIS JUROS, CORREÇÃO MONETÁRIA, INSS E IR, TUDO NOS TERMOS DA FUNDAMENTAÇÃO E DA PLANILHA EM ANEXO QUE INTEGRA A PRESENTE. IMPROCEDENTES OS DEMAIS PEDIDOS POR FALTA DE AMPARO LEGAL. DISPENSADA A CITAÇÃO PARA INÍCIO DA EXECUÇÃO. CUSTAS PELOS RÉUS CONFORME PLANILHA EM ANEXO. NOTIFICAR AS PARTES.

DATA DE PUBLICAÇÃO: 22/07/2016

CASO 14**AUTOR (A):** LAURENILSON NAZARENO VILAÇA PEREIRA**RÉ (U):** ALKCOM CONSTRUÇÃO METAL E CIVIS LTDA**JUIZ (A):** IGOR CARDOSO GARCIA (9ª VARA DO TRABALHO DE BELÉM)**NÚMERO DO PROCESSO:** 0005245-64.2013.814.0941**SENTENÇA:****“I – RELATÓRIO**

O reclamante ajuizou ação trabalhista em face das reclamadas deduzindo as pretensões descritas nas fls. 15-17. Juntou documentos. As reclamadas apresentaram exceção de incompetência em razão do lugar (fls. 270-272 e 299-300), a qual foi rejeitada, conforme decisão de fls. 485-489. As reclamadas apresentaram contestação escrita, conforme fls. 379-413 e 454-484, resistindo aos pleitos da exordial. Ambas juntaram documentos. Foram interrogados o reclamante e os prepostos das reclamadas e ouvidas duas testemunhas, sendo uma delas mediante carta precatória (fls. 643-644), encerrando em seguida a instrução processual. Em razões finais os litigantes mantiveram suas posições antagônicas, restando frustradas as propostas conciliatórias oportunamente ofertadas. É o relatório.

II – FUNDAMENTAÇÃO**1 – Questões Preliminares****a) Condição da Ação. Ilegitimidade Passiva**

O reclamante aduz pedidos em face de ambos os réus, tornando-os legitimados a responder aos termos desta ação, de acordo com a moderna teoria da asserção. A questão atinente à existência ou não de responsabilidade subsidiária e os contornos deste, constituem temáticas ligadas ao mérito da demanda, cuja análise dar-se-á em tópico apropriado. Portanto, rejeito a preliminar.

2 – Questões Meritórias

a) Retificação de CTPS

Afirma o reclamante que foi admitido em 28.09.2009, na função de encarregado geral, com salário de R\$ 4.000,00 e teve o pacto cessado em 18.11.2009, mas teve a CTPS anotada somente entre 01.10.2009 e 13.11.2009, na função de montador, pelo que pleiteia retificação do mencionado documento.

A 1ª reclamada aduz que as datas constantes da CTPS e TRCT do obreiro indicam o período do pacto laboral.

Analiso.

O reclamante supostamente assinou contrato de trabalho e teve a CTPS anotada somente em 01.10.2009, entretanto, sua ida de Belém-PA a Araucária-PR havia sido acertada anteriormente, obviamente junto com as condições em que o labor seria prestado.

Todavia, eram tratativas prévias ao início do pacto, naturais numa contratação, em especial quando os serviços serão prestados em local bem diverso deste. Veja-se, aliás, que sua viagem de Belém a São Paulo ocorreu somente em 30.09.2009 (f. 426).

Assim, tenho que o início do pacto deu-se em 01.10.2009.

Quanto ao término do pacto, o TRCT de f. 422 foi supostamente assinado em 14.11.2009, com idêntica data de afastamento, apesar da CTPS constar 13.11.2009 como término do pacto.

Em 13.11.2009, a 1ª ré transferiu R\$ 920,00 ao autor (f. 443), provavelmente para quitar despesas com a prestação dos serviços.

Em 16.11.2009, o reclamante viajou de Curitiba a São Paulo, conforme bilhete de f. 144. Nesse mesmo dia, foram efetuadas transferências bancárias pela 1ª ré a favor do autor, a primeira de R\$ 5.071,00 (f. 423) e a segunda de R\$ 390,00 (f. 442).

Dia 18.11.2009 o reclamante retornou à Belém, conforme documento de f. 83. Esse bilhete foi emitido dia 17.11.2009, consoante descrito neste mesmo documento.

Assim, há fortes evidências de que o pacto foi encerrado entre os dias 14 e 15 de novembro de 2009. Como a baixa deu-se em 14.11.2009 e não há prova de que tenha ocorrido no dia seguinte, presumo que foi realizada corretamente.

Entretanto, na CTPS do obreiro foi anotada a cessação do pacto em 13.11.2009, enquanto deveria ser no dia seguinte (14.11.2009), razão pela qual a 1ª ré deve retificar o documento.

Assim, a 1ª reclamada deverá retificar a CTPS do autor para que conste a cessação do pacto em 14.11.2009, no prazo de 15 dias após o trânsito em julgado, sob pena de multa diária de R\$ 200,00 (duzentos reais), até o limite de R\$ 2.000,00 (dois mil reais), com base no art. 461 do CPC, devendo esse valor ser revertido ao reclamante.

Caso a 1ª reclamada não retifique a CTPS do autor no prazo acima, a secretaria desta Vara do Trabalho deverá fazê-lo, na forma do art. 1º do Provimento 01/2008 da Corregedoria deste e. Tribunal Regional do Trabalho.

Por outro lado, havia a observação na CTPS do obreiro de que o pacto havia sido firmado em caráter experimental (f. 212), pelo que não se há falar em pagamento de aviso prévio e reflexos, pedidos que se julgam improcedentes.

Tendo em vista que a 1ª reclamada não comprovou o recolhimento do FGTS do pacto laboral, julgo procedente o respectivo pedido. Os recolhimentos deverão ser corrigidos de acordo com a OJ 302 da SBDI-1 do e. TST. Improcede o pedido de aplicação da multa de 40% sobre tais recolhimentos, uma vez que o pacto foi encerrado ao término do prazo de experiência.

No que tange ao pleito de salário de R\$ 4.000,00 (quatro mil reais), restou comprovado que o reclamante era o responsável pela equipe com a qual laborava, tanto através da única testemunha ouvida em Belém, como pelas transferências bancárias que eram feitas pela 1ª ré para sua conta corrente, a fim de que fossem pagas as despesas realizadas por toda a equipe de trabalho.

E os gastos não eram poucos, eis que há comprovantes de pagamento de hotéis, restaurantes, transportes etc. Ou seja, o reclamante tinha, sim, responsabilidade sobre a equipe com a qual atuava.

Em razão disso, certamente foi-lhe prometido maior salário, pelo que julgo procedente o pedido de declaração (“reconhecimento”) de que o salário do reclamante era de R\$ 4.000,00

(quatro mil reais).

A 1ª reclamada deverá retificar a CTPS do obreiro também quanto a tal aspecto, em idêntico prazo e sob as cominações já previstas acima.

Procede, assim, o pedido de diferenças salariais entre o total pago a título de salários do mês trabalhado e o salário ora declarado. Procede, também, o pedido de diferenças das seguintes verbas rescisórias: saldo salarial, salário retido (eis que não há prova de seu pagamento); férias + 1/3 e 13º salário proporcionais.

No que tange ao pedido de prêmio por produção, as testemunhas ouvidas mostraram-se contraditórias, ao passo que a testemunha ouvida nos autos do processo 000034-43.2010.5.08.0012, depoimento que se utiliza como prova emprestada, mencionou sobre os salários acertados com a ré e em momento algum falou sobre prêmio por produção (fls. 22-23).

Assim, julgo improcedente o pedido de prêmio por produção e reflexos.

Improcede, também, o pedido de multas convencionais, eis que aduzido com base em CCT firmada por sindicatos do Estado do Pará, ao passo que o autor laborava no Estado de São Paulo.

Julgo improcedente, ainda, o pedido de expedição de carta de recomendação, uma vez que não há norma legal obrigando o empregador a fazê-lo.

b) Multas Previstas nos Arts. 467 e 477, § 8º da CLT

Em razão da não quitação das verbas rescisórias em audiência, determino o pagamento da multa prevista no art. 467 da CLT, a incidir sobre o saldo salarial, salário retido, 13º salário e férias + 1/3 proporcionais.

Improcede o pedido de aplicação da multa sobre os recolhimentos ao FGTS, uma vez que não se trata de verba rescisória, mas sim de parcela com recolhimento mensal.

Procedente, também, o pedido da multa prevista no art. 477, § 8º da CLT, pois não houve quitação das verbas rescisórias no prazo legal, eis que o pacto foi encerrado em 14.11.2009 e as mencionadas verbas foram pagas em 16.11.2009.

c) Acúmulo de Função

Pleiteia o autor adicional por acúmulo de função sob o fundamento de que durante todo o pacto laboral cumudou suas atividades de encarregado geral com a de motorista. A defesa nega tais fatos.

Analiso.

Primeiro ponto. É natural que o encarregado geral possua maiores responsabilidades que os demais trabalhadores e realize atividades mais complexas, tal como transportar e responsabilizar-se pela equipe de trabalho.

Segundo ponto. O autor na inicial afirma que desde seu ingresso na ré realizava as atividades descritas acima de maneira concomitante.

O parágrafo único do art. 456 prevê o seguinte:

Art. 456. A prova do contrato individual de trabalho será feita pelas anotações constantes da Carteira de Trabalho e Previdência Social ou por instrumento escrito e suprida por todos os meios permitidos em direito.

Parágrafo único. À falta de prova ou inexistindo cláusula expressa a tal respeito, entender-se-á que o empregado se obrigou a todo e qualquer serviço compatível com sua condição pessoal. (grifo nosso)

Se desde o início do pacto, percebendo remuneração diferenciada (bem superior aos demais colegas), o reclamante desempenhava diversas funções, sem a promessa de que receberia algum adicional para tanto, é porque a isso se obrigou, é sinal de que isso foi acordado entre as partes contratantes.

Portanto, julgo improcedente o pedido de diferenças salariais por acúmulo de funções e reflexos.

d) Adicional de Periculosidade.

Assevera o autor que “sempre desempenhou suas atividades laborais, que consistiam em montar e pintar estruturas de torres de transmissão, laborava em altura, em média de 20 a 100

metros de altura, próximo a rede de energia elétrica, que representava risco elevado de acidentes” (sic, f. 12) e que os EPI's fornecidos não afastam a obrigação consistente no pagamento de adicional de periculosidade.

A 1ª reclamada defende-se sob os seguintes fundamentos, em suma:

- (i) que “não existe na reclamada nenhum local que esteja fora dos padrões de segurança e saúde exigidos pela legislação brasileira, que justifique o pagamento do adicional de periculosidade” (sic, f. 386);
- (ii) que o “reclamante apenas realizava a pintura de torres de telecomunicação (celular), sendo que jamais esteve em contato com qualquer torre de energia ou aparelho/equipamento energizado” (f. 386); e
- (iii) que o reclamante utilizava EPI's e atuava na função de montador, não laborando sujeito a agente perigoso.

A defesa da 2ª reclamada é no mesmo sentido.

Analiso.

Primeiramente, cabe às rés provarem que o ambiente de trabalho do autor não estava sujeito a agentes perigosos, de acordo com a teoria da aptidão para a prova e também pelo fato de que se trata de “construtora de estruturas metálicas”, que possui grau de risco 4, de acordo com a NR 4 do MTE (atividade com CNAE 25.11.0).

Entretanto, apesar da determinação para as rés juntarem aos autos PPRA, PCMSO e documento demonstrando o grau de risco da atividade do autor, contida na notificação para comparecimento à audiência inaugural (f. 219, em seu sexto parágrafo), sob pena de admissão das alegações do autor como verdadeiras, quanto ao ponto (CPC, art. 359), estas não o fizeram, razão pela qual presumo que o reclamante trabalhava sujeito a agentes perigosos (energia elétrica). Não se desincumbiram as rés, portanto, de seu encargo probatório (CPC, art. 131).

Além disso, note-se que a tomadora dos serviços (2ª reclamada) possui a seguinte razão social “CTEEP – Companhia de Transmissão de Energia Elétrica Paulista” e como principal atividade a “transmissão de energia elétrica”, conforme certidão de CNPJ de f. 221, o que sinaliza que os prestadores de serviços nas torres o faziam em proximidade de energia elétrica, pelo menos.

E mais, veja-se a primeira foto de f. 135, em que há expressa advertência quanto ao “perigo de morte” na “estação de telecomunicações”. Ora, o risco não existia para os trabalhadores do local?

No contexto, concluo que o autor laborava sujeito a agentes perigosos, fazendo jus ao respectivo adicional de periculosidade, uma vez que atuava na proximidade de energia elétrica, além das atividades da empresa (1ª ré) possuírem grau de risco 4, uma vez que se trata de “construtora de estruturas metálicas” (item 25.11.0 do quadro I da Norma Regulamentar n.º 4 do Ministério do Trabalho e Emprego).

Portanto, julgo procedente o pedido de adicional de periculosidade (30%), tendo por parâmetro o salário base do autor, com reflexos em 13º salário, férias + 1/3 e recolhimentos ao FGTS, nos valores apontados na anexa planilha, com base no art. 7º, XIII, da Constituição Federal e art. 192 da CLT.

Julgo improcedente o pedido de repercussão do adicional de insalubridade sobre o repouso semanal remunerado pois a parcela principal já remunera o mês integral, em analogia ao disposto na OJ 103 da SBDI-1 do e. TST.

e) Horas Extras

Assevera o autor que trabalhava das 06h às 19h dois dias na semana, das 06h às 21h quatro dias na semana e das 06h às 22h um dia na semana, sem intervalo intrajornada. Pleiteia, assim, horas extras e reflexos.

A 1ª demandada por sua vez alega que o reclamante trabalhava das 08 às 17, com uma hora de intervalo, de segunda a sexta-feira e aos sábados das 08h às 12h. A 2ª reclamada defende-se em igual sentido.

Aduz ainda a 1ª ré que “o reclamante desenvolvia suas atividades em campo, no Estado de São Paulo, e distante da sede da empresa, que se situa em Araucária/PR, de modo que, efetivamente, era impossível à reclamada controlar a jornada cumprida pelo obreiro” (f. 394).

Analiso.

Em interrogatório o reclamante corroborou a tese esposada na petição inicial, exceto quanto a um dia na semana em que afirma laborar duas horas a mais do que o pleiteado.

O preposto da 1ª reclamada em interrogatório confessou que:

“que o reclamante trabalhava de 08 às 17h, com uma hora de intervalo, de 2ª a 6ª feira e de 08 às 12 aos sábados; que o reclamante não trabalhava aos domingos e nem aos feriados; que o reclamante não anotava seu horário em livro ou cartão de ponto, **mas fazia o registro de horário em relatórios**, porém foi alegado pelos funcionários oriundos do Pará que tais registros estariam incorretos (...)” (sic, f. 499, grifo nosso)

Assim, de acordo com a confissão do preposto da 1ª reclamada, o reclamante fazia o registro dos horários de trabalho em relatórios.

Primeiro ponto. A empresa deve possuir controle de jornada de seus empregados, conforme o §2º do art. 74 da CLT, que assim dispõe:

“Para os estabelecimentos de mais de dez trabalhadores será obrigatória a anotação da hora de entrada e de saída, em registro manual, mecânico ou eletrônico, conforme instruções a serem expedidas pelo Ministério do Trabalho, devendo haver pré-assinalação do período de repouso.”

Segundo ponto. A reclamada sequer trouxe aos autos os mencionados relatórios com os registros das jornadas realizadas pelo reclamante.

Terceiro ponto. Não estamos diante de uma micro ou pequena empresa, mas sim de um grande grupo do ramo de montagem de estruturas metálicas, que tem como cliente empresas como a TIM (telefonia), Siemens e Ericsson, segundo informações contidas em seu website, o que denota que a ré não registrava o ponto de seus empregados por uma suposta “opção de gestão” e não por qualquer outra dificuldade.

De todo o exposto, constato que a reclamada agiu arditosamente ao não propiciar efetiva anotação de ponto e consequente controle de jornada ao reclamante, a fim de tentar retirar um seu direito básico, que é o de limite de jornada e, em havendo a sobrejornada, do respectivo pagamento. Ardil presente também ao não juntar aos autos os relatórios com os registros da jornada do obreiro,

a fim de tentar dificultar a prova do sobrelabor em juízo.

E o detalhe: a 1ª reclamada é empresa de grande porte, com contrato firmado com a 2ª reclamada no valor total de R\$ 9.434.099,66 (nove milhões, quatrocentos e trinta e quatro mil, noventa e nove reais e sessenta e seis centavos), conforme f. 456.

Ademais, ao assim agir, a reclamada assumiu o risco de sua atitude deliberadamente artilosa, devendo agora arcar com os custos desse ato manifestamente ilícito (contrário ao Direito).

E, caso a empresa cumprisse a limitação de jornada estipulada em lei certamente comprovaria tal fato em juízo, carreando os devidos cartões de ponto ou os registros em relatórios (que existem mas não vieram, friso!), pois seria meio de prova da idoneidade de seus atos e do respeito à dignidade do trabalhador.

Isso tudo de acordo com o livre convencimento motivado deste magistrado (CPC, art. 131), calcado nas regras de experiência comum e no que ordinariamente acontece (CLT, art. 852-D).

Além disso, ressalto que as testemunhas ouvidas não descaracterizaram as alegações do reclamante quanto à jornada de trabalho.

Considero, dessa maneira, que a jornada de trabalho do reclamante é a descrita na petição inicial, qual seja, dois dias na semana das 06h às 19h, quatro dias na semana das 06h às 21h e um dia na semana das 06h às 22h, sem o intervalo intrajornada mínimo de uma hora, o que totaliza uma sobrejornada mensal de 162,64 de segunda-feira a sábado, aplicado o divisor 4,28 (utilizado por este e. Tribunal).

No que tange ao labor em domingos e feriados, a totalidade de sobrejornada é de 34,24, aplicado o divisor 4,28.

Portanto, julgo procedente o pedido de 162,64 (cento e sessenta e dois vírgula sessenta e quatro) horas extras por mês trabalhado, com adicional de 50% e 34,24 (trinta e quatro vírgula vinte e quatro) horas extras por mês trabalhado, em dobro (com adicional de 100%) e, pela habitualidade, reflexos em repousos semanais remunerados e, com estes, em 13º salário, férias + 1/3 e recolhimentos ao FGTS, com base nos arts. 7º, XIII e XVI da Constituição Federal.

O reclamante faz jus, também, ao pagamento de 1 hora extra por dia, correspondente à supressão do intervalo intrajornada (art. 71, § 4º da CLT).

Saliento que a não concessão de maneira integral do intervalo intrajornada ao trabalhador é prejudicial à sua saúde, notadamente quando trabalha em sobrejornada diariamente, com jornada

média de 12 horas diárias, como no caso. Tal prática atenta contra os mais comezinhos direitos trabalhistas, quais sejam, o de respeito à saúde do trabalhador e limite razoável à duração do trabalho.

Portanto, julgo procedente o pedido de pagamento de uma hora extra por dia trabalhado durante todo o pacto, pois o instituto do intervalo intrajornada não atingiu sua finalidade (alimentação e descanso, recompondo a saúde do trabalhador, especialmente tendo em vista o sobrelabor diário de pelo menos quatro horas, como no caso), com adicional de 50% e, em razão da habitualidade, reflexos em repousos semanais remunerados e, com estes, em 13º salário, férias + 1/3 e recolhimentos ao FGTS, no valor constante da anexa planilha, com base no art. 7º, XXII da Constituição Federal, art. 71, § 4º da CLT e OJ's 307 e 354 da SDI-1 do e. TST.

O não exercício de ao menos um dia de folga durante a semana dá direito ao obreiro ao repouso semanal remunerado, pedido que julgo procedente, num total de 4,28 por mês, com reflexos em 13º salário, férias + 1/3 e recolhimentos ao FGTS, nos valores constantes na anexa planilha, de acordo com o art. 7º, XV da Constituição Federal e art. 9º da Lei 605/49.

No mais, deve-se utilizar o divisor 220 para o cálculo das parcelas a que a 1ª demandada está sendo condenada.

f) Adicional de Transferência

Pleiteia o reclamante adicional de transferência em razão de ter sido contratado em Belém-PA para trabalhar no interior do Estado de São Paulo.

Entretanto, em interrogatório o reclamante confessou que foi contratado em Belém-PA para trabalhar em São Paulo, o que ficou acertado no ato da contratação (f. 496).

Assim, não se há falar em adicional de transferência, eis que o obreiro fora contratado para trabalhar em estado diverso do que reside, pedido que se julga improcedente, bem como seus reflexos.

g) Descontos Indevidos. Despesas com Viagem

Pleiteia o autor R\$ 18,18 a título de despesas com viagem. Todavia, não junta qualquer

comprovante de que realizou tal gasto, de maneira que não se desincumbiu de seu encargo mínimo, pelo que julgo improcedente tal pedido, assim como os reflexos pleiteado.

No que se refere ao pedido de devolução de R\$ 3,82 a título de desconto indevido com seguro de vida, as reclamadas não provaram que o reclamante tenha autorizado o desconto, razão pela qual julgo procedente o pedido de ressarcimento de R\$ 3,82.

h) Reparação por Danos Morais

Pleiteia o reclamante reparação por danos morais no total de R\$ 240.000,00 sob os seguintes fundamentos, em suma:

- (i) que, apesar de promessa em sentido contrário, a 1ª ré “não pagou as diárias do hotel a qual o reclamante e demais colegas ficaram alojados. Causando constrangimento aos autores e demais colegas, pois era cobrado todos os dias os pagamentos das diárias do hotel. Culminando no acionamento da polícia pelos proprietários do hotel, conforme BO anexo.” (sic, f. 03);
- (ii) que “sempre o reclamante almoçava e jantava trabalhando, pois o reclamado lhe dizia que como recebia por produção tinha que terminar a obra, e por isso não podia ficar muito tempo parado. Onde não havia água potável, e nem ao menos banheiro.” (sic, f. 04); e
- (iii) que a empresa não custeou as despesas com o retorno do reclamante a Belém.

A primeira reclamada defende-se sob os seguintes fundamentos:

- (i) que quitou as despesas do reclamante com hotel e alimentação durante o período em que este lhe prestou serviços;
- (ii) que arcava com a locação, pedágio e combustível do veículo que transportava o reclamante ao trabalho;
- (iii) que o boletim de ocorrência mencionado pelo autor “diz respeito à cobrança de dívidas particulares contraídas no bar do hotel por outros empregados, que laboraram anteriormente na cidade e ficaram hospedados no mesmo hotel, as quais, por equívoco, foram cobradas do reclamante.” (sic, f. 398)

Analiso.

Em interrogatório o reclamante confessou que:

“durante todo o período dos procedimentos de admissão e todo o período que

trabalhou para a 1ª reclamada as despesas de alimentação e hospedagem foram bancadas pela 1ª reclamada que também lhe entregou um veículo para seu transporte (...)” (f. 497)

Por outro lado, a empresa “confessou” em defesa que existiu o boletim de ocorrência mencionado pelo reclamante, mas deveu-se a dívidas contraídas por outros empregados.

Todavia, referido boletim descreve a seguinte ocorrência (fls. 85-86):

“Presente nesta Repartição Policial a primeira parte qualificada, juntamente com a segunda parte os quais dão conta que prestam serviços para empresa ALK COM. Engenharia em Estrutura Metálica e que estão realizando obras nesta municipalidade. Que foram hospedados pela empresa no Hotel Nova Veneza desde 04/11/2009. **Informa a primeira parte que não recebera o pagamento pelos serviços prestados, bem como a empresa não teria pago a estadia dos funcionários no Hotel. Que na tarde de hoje a primeira parte teria falado para a proprietária do hotel, Sra. Ana Claudia, que estariam deixando aquele local, quando informados por esta que não poderiam deixar o hotel enquanto os débitos não fossem quitados**, registrando-se este para fins de preservação de direitos. Nada mais.” (grifo nosso)

Esclarecedor o teor do boletim de ocorrência: a empresa não quitou a estadia de seus empregados que, por isso, não podiam rumar para outra cidade, a fim de prosseguirem com seus serviços.

A questão que agora se apresenta é a seguinte: tal fato é passível de causar constrangimento e sofrimento em alguém?

Creio firmemente que sim! Ainda que reduzido, o ocorrido pode causar sofrimento em qualquer pessoa. O fato de não poder sair de um hotel em virtude do não pagamento das devidas diárias constrange as vítimas do “cárcere privado”.

Tal ato causa certamente um mal estar, um sentimento de acusação por algo de que não se é culpado, além da vergonha por passar por constrangimento desse naipe – ter de ir a uma delegacia (local que as pessoas não desejam, de modo algum, frequentar) para se explicar. E o pior, explicar-se de algo que sequer sabemos ou somos culpados.

Essa a situação sofrida pelo reclamante.

Por outro lado, não há qualquer prova – que deveria ter sido produzida pela 1ª reclamada – acerca das boas condições de trabalho do reclamante.

Em razão disso, presumo verdadeiras as alegações de falta de água potável e de falta de banheiros químicos nos locais de prestação dos serviços. Acaso houvesse tais banheiros nos locais onde o autor laborou, certamente a empresa teria, ao menos, providenciado fotografias destes, o que não fez.

Concluo, neste ponto, que o autor sofreu constrangimento por beber água não potável e não poder utilizar banheiro quando da realização de suas necessidades fisiológicas. Em assim sendo, urinou e evacuou como um animal selvagem: no mato! Isso também é algo constrangedor e que demonstra menoscabo com a pessoa trabalhadora!

Noutro ponto, não se há falar em não utilização de EPI's, uma vez que há provas de sua entrega (f. 148), assim como da sua utilização. Veja-se as fotos de fls. 136-139 e 141-143).

Do contexto, concluo que o reclamante sofreu constrangimento, humilhação e descaso quanto à sua pessoa por culpa da reclamada, de sorte que resta plenamente caracterizado o dano à sua honra, aos seus mais elementares sentimentos como ser humano e trabalhador, nos termos do art. 1º, 5º, V e X, da CF e arts. 186 e 927 do Código Civil.

Para a mensuração da indenização, utilizaremos os seguintes critérios:

(i) capacidade econômica do ofensor: trata-se a 1ª ré de empresa de grande porte, com contrato firmado com a 2ª reclamada no valor total de R\$ 9.434.099,66 (nove milhões, quatrocentos e trinta e quatro mil, noventa e nove reais e sessenta e seis centavos), conforme f. 456;

(ii) gravidade da ofensa: os fatos descritos acima são de gravidade leve, notadamente tendo-se em vista o curto período de trabalho – cerca de 45 dias;

(iii) caráter pedagógico-punitivo da reparação: a reparação deve servir como desestímulo à sua reincidência. É necessário que a indenização seja estipulada em um valor que supere os lucros que o empregador obteve com a não instalação de banheiro químico e filtro com água potável nos locais de trabalho; e

(iv) grau de culpa do ofensor: o ofensor teve intenso grau de culpa nos fatos geradores de sofrimento ao autor. Certamente o réu tinha plena consciência da inexistência de banheiros químicos e água potável ao autor, assim como do não pagamento do hotel em que ficou hospedado.

Portanto, procede o pedido de reparação por danos morais no valor de R\$ 4.000,00 (quatro mil reais), arbitrado com base em um juízo de prudência e razoabilidade e nos critérios acima mencionados, com base no art. 5º, V e X da Constituição Federal e arts. 186 e 927 do Código Civil.

III – CONCLUSÃO

ISTO POSTO E MAIS O QUE CONSTA NOS AUTOS DA AÇÃO TRABALHISTA MOVIDA PELO RECLAMANTE LAURENILSON NAZARENO VILAÇA PEREIRA EM FACE DA 1ª RECLAMADA ALKCOM CONSTRUÇÕES METÁLICAS E CIVIS LTDA. E DA 2ª RECLAMADA CTEEP – COMPANHIA DE TRANSMISSÃO DE ENERGIA ELÉTRICA PAULISTA, DECIDO, EM SEDE PRELIMINAR, REJEITAR A ARGUIÇÃO DE FALTA DE CONDIÇÃO DA AÇÃO POR ILEGITIMIDADE PASSIVA; E, EM SEDE MERITÓRIA, JULGAR PROCEDENTES EM PARTE OS PEDIDOS DEDUZIDOS NA PETIÇÃO INICIAL PARA:

A) CONDENAR A 1ª RECLAMADA A CUMPRIR OBRIGAÇÃO DE FAZER CONSISTENTE NA RETIFICAÇÃO DA DATA DA CESSAÇÃO DO PACTO LABORAL NA CTPS DO RECLAMANTE, QUE OCORREU DIA 14.11.2009, BEM COMO A RETIFICAR O SALÁRIO DO RECLAMANTE, QUE ERA DE R\$ 4.000,00 (QUATRO MIL REAIS), SOB PENA DE MULTA DIÁRIA DE R\$ 200,00 (DUZENTOS REAIS), ATÉ O LIMITE DE R\$ 2.000,00 (DOIS MILO REAIS);

B) CONDENAR A 1ª RECLAMADA E, SUBSIDIARIAMENTE, A 2ª RECLAMADA A CUMPRIR OBRIGAÇÃO DE PAGAR AO RECLAMANTE O VALOR REFERENTE ÀS SEGUINTE PARCELAS:

(I) 162,64 (CENTO E SESSENTA E DOIS VÍRGULA SESSENTA E QUATRO) HORAS EXTRAS POR MÊS TRABALHADO, COM ADICIONAL DE 50% E REFLEXOS EM REPOUSOS SEMANAIS REMUNERADOS E, COM ESTES, EM 13º SALÁRIO, FÉRIAS + 1/3 E RECOLHIMENTOS AO FGTS;

- (II) 34,24 (TRINTA E QUATRO VÍRGULA VINTE E QUATRO) HORAS EXTRAS POR TRABALHADO, EM DOBRO (COM ADICIONAL DE 100%) E REFLEXOS EM REPOUSOS SEMANAIS REMUNERADOS E, COM ESTES, EM 13º SALÁRIO, FÉRIAS + 1/3 E RECOLHIMENTOS AO FGTS;
- (III) UMA HORA EXTRA POR DIA TRABALHADO, REFERENTE AO INTERVALO INTRAJORNADA, COM ADICIONAL DE 50% E REFLEXOS EM REPOUSOS SEMANAIS REMUNERADOS E, COM ESTES, EM 13º SALÁRIO, FÉRIAS + 1/3 E RECOLHIMENTOS AO FGTS;
- (IV) 4,28 (QUATRO VÍRGULA VINTE E OITO) REPOUSOS SEMANAIS REMUNERADOS POR MÊS TRABALHADO E REFLEXOS EM 13º SALÁRIO, FÉRIAS + 1/3 E RECOLHIMENTOS AO FGTS;
- (V) ADICIONAL DE PERICULOSIDADE, NO TOTAL DE 30% SOBRE O SALÁRIO BASE, COM REFLEXOS EM 13º SALÁRIO, FÉRIAS + 1/3 E RECOLHIMENTOS AO FGTS;
- (VI) DEVOUÇÃO DE R\$ 3,83 (TRÊS REAIS E OITENTA E DOIS CENTAVOS) A TÍTULO DE DESCONTO INDEVIDO COM SEGURO DE VIDA;
- (VII) RECOLHIMENTOS AO FGTS DE TODO O PACTO LABORAL;
- (VIII) DIFERENÇAS DAS SEGUINTE VERBAS RESCISÓRIAS: SALDO SALARIAL, 13º SALÁRIO E FÉRIAS + 1/3 PROPORCIONAIS;
- (IX) DIFERENÇAS SALARIAIS;
- (X) MULTAS PREVISTAS NOS ARTS. 467 E 477, § 8º DA CLT;
- (XI) SALÁRIO RETIDO DE OUTUBRO DE 2009;
- (XII) REPARAÇÃO POR DANOS MORAIS NO TOTAL DE R\$ 4.000,00 (QUATRO MIL REAIS);
- (XIII) HONORÁRIOS DE SUCUMBÊNCIA NO TOTAL DE 20% (VINTE POR CENTO) SOBRE O VALOR LÍQUIDO A SER PAGO AO RECLAMANTE;
- (XIV) ALÉM DE JUROS E CORREÇÃO MONETÁRIA.

FICA AUTORIZADA A DEDUÇÃO DO CRÉDITO DO RECLAMANTE DE R\$ 5.461,00 (CINCO MIL, QUATROCENTOS E SESENTA E UM REAIS). CONCEDO AO

RECLAMANTE OS BENEFÍCIOS DA JUSTIÇA GRATUITA. FICA A 1ª RECLAMADA E, SUBSIDIARIAMENTE, A 2ª RECLAMADA RESPONSÁVEL POR RECOLHIMENTOS PREVIDENCIÁRIOS E FISCAIS, VEDADA A DEDUÇÃO DO CRÉDITO DO RECLAMANTE. OS RECOLHIMENTOS PREVIDENCIÁRIOS DEVEM SER REALIZADOS MEDIANTE GUIA GFIP-NIT, TENDO O PIS DO TRABALHADOR COMO IDENTIFICADOR, EM REGIME DE COMPETÊNCIA. IMPROCEDEM OS DEMAIS PLEITOS. FICA PREVISTA A APLICAÇÃO DA MULTA DO ARTIGO 475-J DO CPC E IMEDIATA PENHORA, INDEPENDENTEMENTE DE MANDADO DE CITAÇÃO, SENDO OS EXECUTADOS INTIMADOS NA PESSOA DE SEUS ADVOGADOS (ART. 475-J, § 1º, DO CPC). TUDO NOS TERMOS E LIMITES DA INICIAL E DA FUNDAMENTAÇÃO SUPRA. CUSTAS PELA 1ª RECLAMADA E, SUBSIDIARIAMENTE, A 2ª RECLAMADA NO VALOR DE R\$ 1.137,88 (MIL, CENTO E TRINTA E SETE REAIS E OITENTA E OITO CENTAVOS), CALCULADAS SOBRE O VALOR DA CONDENAÇÃO, DE R\$ 51.047,30 (CINQUENTA E UM MIL, QUARENTA E SETE REAIS E TRINTA CENTAVOS). ENCAMINHAR OFÍCIOS AO MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO E À SUPERINTENDÊNCIA REGIONAL DO TRABALHO. CIENTIFICAR AS PARTES. NADA MAIS.”

DATA DE PUBLICAÇÃO: 17/02/2011

CASO 15

AUTOR (A): FRANCISCO FERREIRA CHAGAS NETO

RÉ (U): P R DISTRIBUIDORA DE BEBIDAS E ALIMENTOS LTDA

JUIZ (A): MARCO PLÍNIO DA SILVA ARANHA (3ª VARA DO TRABALHO DE ANANINDEUA)

NÚMERO DO PROCESSO: 0001063-82.2016.5.08.0121

SENTENÇA:**“RELATÓRIO**

FRANCISCO FERREIRA CHAGAS NETO ajuizou a presente reclamação trabalhista contra PR DISTRIBUIDORA DE BEBIDAS E ALIMENTOS LTDA, COMPANHIA DE BEBIDAS BRASIL KIRIN e COCAIS DISTRIBUIDORA DE BEBIDAS LTDA, na qual pleiteia o pagamento, com juros e correção monetária, de: horas extras e intervalares; FGTS; multa do artigo 467, da CLT; indenização por danos existenciais. Requer, ademais, os benefícios da Justiça Gratuita.

A primeira reclamada apresentou contestação em que, preliminarmente, sustenta a inépcia da inicial. No mérito, pede a aplicação do instituto da prescrição quinquenal e requer a improcedência. Na hipótese de acolhimento de pleitos, postula que sejam determinados os descontos previdenciários e fiscais. Exibiu documentos.

A segunda demandada contestou aduzindo, preliminarmente, a inépcia da inicial e a sua ilegitimidade passiva. No mérito, pede que se pronuncie a prescrição quinquenal e a improcedência. Em havendo condenação, postula que sejam determinados os descontos previdenciários e fiscais.

A terceira reclamada não compareceu à audiência de conciliação, instrução e julgamento, pelo que foi declarada revel e confessa quanto à matéria de fato.

A alçada foi fixada em R\$-117.404,28.

Aplicou-se a pena de confissão quanto à matéria de fato ao reclamante, na forma da súmula 74, I, do colendo TST. Foram colhidos os depoimentos das reclamadas presentes.

Ouviu-se testemunha.

As propostas de conciliação foram infrutíferas.

É o relatório.

FUNDAMENTAÇÃO**HORAS EXTRAORDINÁRIAS E REPERCUSSÕES**

Alega o reclamante que trabalhava, de segunda a sábado, das 6:00 h às 20:00 h, sempre com apenas vinte a trinta minutos de intervalo. Como a reclamada não teria efetuado o pagamento pelo labor extraordinário, postula-o com reflexos em aviso prévio, férias mais um terço, gratificação natalina, repouso semanal remunerado e FGTS com 40%.

A demandada sustenta a improcedência do pedido, argumentando que: a) em parte do pacto, o reclamante desempenhava atividade externa, incompatível com o controle de jornada, na forma do artigo 62, inciso I, da CLT; b) em tal período, haveria acordos coletivos concedendo "premiações" para compensar as horas extraordinárias; c) no restante do contrato, os controles de ponto refletem a efetiva jornada de trabalho do ex-funcionário, assim como as horas extras devidas foram compensadas ou remuneradas.

Decide-se.

Muito embora fosse perfeitamente possível realizar o controle de jornada dos motoristas e ajudantes, durante o contrato de trabalho firmado entre as partes, vigoraram os acordos coletivos 2011/2012, 2012/2013 e 2013/2014, que instituíram uma série de premiações. Eram uma forma de compensação pelo fato de tais trabalhadores não receberem o pagamento de horas extras, diante da atividade externa.

Trata-se de aplicar a teoria do conglobamento, fixando-se uma vantagem ao trabalhador em contrapartida a uma cláusula aparentemente desfavorável.

Ademais, as negociações coletivas devem ser valorizadas como forma de regular as relações de emprego, tal qual prevê a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 7º, inciso XXVI.

Em reforço à tese aqui explicitada, a decisão a seguir:

HORAS EXTRAS. COMPENSAÇÃO ESTIPULADA EM CONVENÇÃO COLETIVA DE TRABALHO. PAGAMENTO DE PRÊMIOS E COMISSÕES. POSSIBILIDADE. A estipulação de pagamento de prêmios e comissões, destinado à compensação das horas extras prestadas, mediante negociação coletiva, se torna perfeitamente possível, em virtude da aplicação do princípio do conglobamento, segundo o qual podem ser pactuadas em convenções e acordos coletivos de trabalho,

cláusulas aparentemente desfavoráveis aos trabalhadores, ao lado de outras que estipulem benefícios nem sempre protegidos pelas normas positivas, sem que o resultado global da avença coletiva seja considerado necessariamente prejudicial, afastando-se, assim, a ocorrência de qualquer nulidade. Ademais, o inciso XXVI do art. 7º da CF impõe o endereçamento de maior prestígio às convenções coletivas de trabalho (TRT-15 - RO 25437 SP 025437/2007, relator LUÍS CARLOS CÂNDIDO MARTINS SOTERO DA SILVA, data de publicação 06/06/2007)

Note-se que os contracheques demonstram o pagamento de valores significativos a título das "premiações".

Assim, diante da negociação coletiva ocorrida, julga-se improcedente o pedido de horas extras com os seus consectários até 31/05/2014.

No restante do pacto, passou a haver controle de jornada.

Entretanto, os registros não foram exibidos em sua integralidade e não refletem a realidade, como se pode inferir das declarações da testemunha ROSEMIRO TAVARES DE MEIRELES:

"(...) que o reclamante era motorista; que trabalhou no mesmo caminhão do reclamante; que trabalhavam de segunda a sábado, das 06 h às 19h30/20h; que paravam de 20 a 25 minutos para uma rápida refeição; que os ocupantes do caminhão verificam que horário era melhor para parar; que a jornada era extensa porque havia muitas entregas para fazer; que fazia de 33 até 48 notas por dia; que se saísse com poucas notas de entrega, retornava à empresa para fazer a recarga do caminhão (...)."

Adota-se, então, a jornada descrita na inicial, para julgar procedentes as horas extraordinárias, com adicional de 50%, a contar de 1º de junho de 2014 até a extinção do pacto, além das repercussões em aviso prévio, férias mais um terço, gratificações natalinas, repouso remunerado (na forma da súmula 172/TST) e FGTS com 40%.

Foi observada, na apuração da parcela, a súmula 340, do colendo TST.

HORAS INTERVALARES

Conforme salientado pela testemunha ROSEMIRO TAVARES DE MEIRELES, o reclamante trabalhava mais de seis horas diárias, sem que tivesse o intervalo legal, mas apenas de vinte a trinta minutos.

Incide, então, a regra prevista no artigo 71, § 4º, da CLT, *in verbis*:

Art. 71 - Em qualquer trabalho contínuo, cuja duração exceda de 6 (seis) horas, é obrigatória a concessão de um intervalo para repouso ou alimentação, o qual será, no mínimo, de 1 (uma) hora e, salvo acordo ou convenção coletiva em contrário, não poderá exceder de 2 (duas) horas.

§ 1º. Não excedendo de seis horas o trabalho, será, entretanto, obrigatório um intervalo de 15 minutos quando a duração ultrapassar quatro horas.

(...).

§ 4º. Quando o intervalo para repouso e alimentação, previsto neste artigo, não for concedido pelo empregador, este ficará obrigado a remunerar o período correspondente com um acréscimo de no mínimo 50% (cinquenta por cento) sobre o valor da remuneração da hora normal de trabalho.

Interpretando o dispositivo, foi editada a súmula 437/TST:

INTERVALO INTRAJORNADA PARA REPOUSO E ALIMENTAÇÃO. APLICAÇÃO DO ART. 71 DA CLT (conversão das Orientações Jurisprudenciais nºs 307, 342, 354, 380 e 381 da SBDI-1) - Res. 185/2012, DEJT divulgado em 25, 26 e 27.09.2012 I - Após a edição da Lei nº 8.923/94, a não-concessão ou a concessão parcial do intervalo intrajornada mínimo, para repouso e alimentação, a empregados urbanos e rurais, implica o pagamento total do período correspondente, e não apenas daquele suprimido, com acréscimo de, no mínimo, 50% sobre o valor da remuneração da hora normal de trabalho (art. 71 da CLT), sem prejuízo do cômputo da efetiva jornada de labor para efeito de remuneração. II - É inválida cláusula de acordo ou convenção coletiva de trabalho contemplando a supressão ou redução do intervalo intrajornada porque este constitui medida de higiene, saúde e segurança do trabalho, garantido por norma de ordem pública (art. 71 da CLT e art. 7º, XXII, da CF/1988), infenso à negociação coletiva. III - Possui natureza

salarial a parcela prevista no art. 71, § 4º, da CLT, com redação introduzida pela Lei nº 8.923, de 27 de julho de 1994, quando não concedido ou reduzido pelo empregador o intervalo mínimo intrajornada para repouso e alimentação, repercutindo, assim, no cálculo de outras parcelas salariais. IV - Ultrapassada habitualmente a jornada de seis horas de trabalho, é devido o gozo do intervalo intrajornada mínimo de uma hora, obrigando o empregador a remunerar o período para descanso e alimentação não usufruído como extra, acrescido do respectivo adicional, na forma prevista no art. 71, caput e § 4º da CLT.

Logo, impõe-se a procedência da pretensão. Trata-se de medida para compensar a supressão do intervalo intrajornada de 01 hora diária. Ressalte-se que conceder de forma parcial significa o mesmo que não conceder. Frustra-se a sua finalidade, que é garantir que o trabalhador descanse o tempo suficiente para manter a sua saúde, inclusive fazendo a refeição.

O legislador, ao fixar o lapso de tempo mínimo de uma hora diária, fê-lo com base em estudos científicos, que apontam para a sua necessidade. Se o empregador concede tempo menor, impede que a norma alcance a sua finalidade, razão por que se justifica o pagamento integral da hora, com acréscimo de 50%, como forma de impor o cumprimento do dispositivo, que é de ordem pública porque, repita-se, ligado à saúde do trabalhador.

Sendo assim, são procedentes as horas intervalares, com adicional de 50%, no período não prescrito, bem como as repercussões em aviso prévio, férias mais um terço, gratificações natalinas, repouso remunerado e FGTS com 40%.

E não se argumente que seria devido apenas o adicional de 50%, pois a melhor interpretação que se pode extrair do § 4º é que o legislador pretendeu que o empregador, que deixa de conceder o intervalo ao empregado, pague pelo tempo de repouso, além da jornada normal, com o devido acréscimo de 50%.

INDENIZAÇÃO POR DANOS EXISTENCIAIS

O reclamante pretende, também, o pagamento de indenização (R\$-10.000,00) por danos existenciais, afirmando, para tanto, que a jornada excessiva limitou o seu convívio familiar, dificultou-lhe os cuidados médicos e a execução de planos de vida.

Decide-se.

Leciona JOSÉ DE AGUIAR DIAS que "todos os casos de responsabilidade civil obedecem a quatro séries de exigências comuns: a) o dano, que deve ser certo, podendo, entretanto, ser material ou moral; b) e a relação de causalidade, a causal connexion, laço ou relação direta de causa a efeito entre o fato gerador da responsabilidade e o dano são seus pressupostos indispensáveis; c) a força maior e a exclusiva culpa da vítima têm, sobre a ação de responsabilidade civil, precisamente porque suprimem esse laço de causa a efeito, o mesmo efeito preclusivo; d) as autorizações judiciais e administrativas não constituem motivo de exoneração de responsabilidade" (in: Da Responsabilidade Civil. 8ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1987, vol. I, p. 127/128).

Contudo, o trabalhador não trouxe aos autos prova de que tenha sofrido as limitações supostamente causadas pela jornada de trabalho.

Julga-se improcedente o pedido.

CONCLUSÃO

EM FACE DO EXPOSTO E MAIS QUE DOS AUTOS CONSTA, DECIDE-SE: I) EXTINGUIR, SEM A RESOLUÇÃO DO MÉRITO, OS PEDIDOS DE FGTS E DE MULTA DO ARTIGO 467, DA CLT, POR AUSÊNCIA DE CAUSA DE PEDIR, NA FORMA DO ARTIGO 485, INCISO I, DO CPC DE 2015; REJEITAR II) AS PRELIMINARES DE INÉPCIA DA INICIAL, QUANTO AOS DEMAIS ASPECTOS; III) RECONHECER A RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DA COCAIS DISTRIBUIDORA DE BEBIDAS LTDA PELO PASSIVO TRABALHISTA; IV) DETERMINAR A EXCLUSÃO DA LIDE DA COMPANHIA DE BEBIDAS BRASIL KIRIN; V) REJEITAR A IMPUGNAÇÃO AO VALOR DA CAUSA; VI - PRONUNCIAR A PRESCRIÇÃO QUINQUENAL, EXTINGUINDO, COM A RESOLUÇÃO DO MÉRITO, OS PEDIDOS ANTERIORES A 08 DE AGOSTO DE 2011, NA FORMA DO ARTIGO 487, INCISO II, DO CPC DE 2015; VII - JULGAR PROCEDENTES, EM PARTE, OS PEDIDOS DEDUZIDOS POR FRANCISCO FERREIRA CHAGAS NETO EM FACE DE PR DISTRIBUIDORA DE BEBIDAS E ALIMENTOS LTDA E COCAIS DISTRIBUIDORA DE BEBIDAS LTDA, DE MODO A CONDENAR AS RECLAMADAS, SOLIDARIAMENTE, A PAGAR AO RECLAMANTE, COM JUROS E CORREÇÃO

MONETÁRIA, NO PRAZO E CONDIÇÕES DA FUNDAMENTAÇÃO, A IMPORTÂNCIA DE R\$-39.337,83 A TÍTULO DE: HORAS EXTRAS E INTERVALARES, COM ADICIONAL DE 50% E COM REFLEXOS EM AVISO PRÉVIO, FÉRIAS MAIS UM TERÇO, GRATIFICAÇÕES NATALINAS, REPOUSO REMUNERADO E FGTS COM 40%. SÃO CONCEDIDOS, AINDA, OS BENEFÍCIOS DA JUSTIÇA GRATUITA AO RECLAMANTE. IMPROCEDENTES OS DEMAIS PEDIDOS, POR FALTA DE AMPARO LEGAL. DETERMINA-SE A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA DAS EMPRESAS RECLAMADAS, COM A RESPONSABILIZAÇÃO DO PATRIMÔNIO DOS SÓCIOS, PARA SATISFAÇÃO DOS CRÉDITOS TRABALHISTAS RECONHECIDOS NA PRESENTE DECISÃO. TUDO NOS TERMOS DA FUNDAMENTAÇÃO E DA MEMÓRIA DE CÁLCULO EM ANEXO, QUE INTEGRAM O DISPOSITIVO, PARA TODOS OS FINS. CUSTAS, PELAS RECLAMADAS- EM R\$-1.068,10 CALCULADAS SOBRE O VALOR DA CONDENAÇÃO. NOTIFICAR AS PARTES. NADA MAIS.”

DATA DE PUBLICAÇÃO: 08/02/2017