DANO: DOUTRINA E JURISPRUDÊNCIA

JOSÉ FRANKLIN DE SOUSA
Pós-graduado pela PUC-SP em Direito Processual Civil e Direito do Consumidor

O autor é advogado em São Paulo e Fortaleza. Graduado e pós-graduado pela PUC-SP. Especialista em Direito Processual Civil e Direito do Consumidor. Publicou as seguintes obras, todas pela Editora J. H. Mizuno: Elementos da Ação Cautelar, Responsabilidade Civil e Intervenção de Terceiros e Coisa Julgada.

DANO: DOUTRINA E JURISPRUDÊNCIA

INDICE

1.Noções de indenização.....7
2.Dano existencial.....33
2.1.Noções gerais.....33
2.2.Surgimento do dano existencial.....34
2.3.O dano existencial no Brasil.....35
2.4.Dano Existencial e o Direito do Trabalho.....35
2.5.Dano Existencial nas Relações de Trabalho.....37
2.6.Os elementos constitutivos do Dano Existencial.....39
2.7.Dano Existencial e a Saúde do Trabalhador.....41
2.8.Dano Moral e Dano Existencial: Distinção e Cumulação.....42
3.Valor do dano moral.....44
4.O dano moral encoberto pela denominada política motivacional.....47
5.Dano: assédio moral.....64
6.Danos à saúde do trabalhador.....68
7.Escritório é condenado por divulgar representação contra advogado.....72
8.Viação no Rio é condenada por danos a passageiro.....74
9.Empresa deve indenizar por não capacitar empregado.....75
10.Motorista e dona de carro devem indenizar atropelado.....77
11.Indenização de empresa a passageiro que ficou paraplégico em acidente.....78
12.Indenização por morte de ciclista.....80
13.Ciclista atropelado na contramão é culpado.....82
14.Cancelamento indevido de plano de saúde de trabalhador gera dano moral.....83
15.Dano contra empresa.....84
16.Candidato ganha R$ 30 mil após ser reprovado devido à anulação de questão.....86

17.Dano revista.....87
18.Abuso de autoridade.....88
19.Dano moral.....89
20.Bancário feito refém ganha indenização do Banco do Brasil.....162
21.Universidade deve custear curso de aluna excluída do ProUni.....164
22.Envio de cartão não solicitado é prática abusiva.....165
23.Estado é condenado por erro grosseiro de identificação na fase indiciária.....166
24.Empresa terá que indenizar homem por financiamento fraudulento.....168
25.Consumidores recebem R$ 15 mil de Oi e Tim por quedas de telefone e internet.....169
26.Devido a risco, corte de cana gera dever de indenizar.....170
27.Plano de saúde deve indenizar cliente por não autorizar material cirúrgico.....172
28.Juíza proíbe cláusula de fidelização nos contratos da Net.....173
29.Abuso em reclamação gera condenação por danos morais.....174
30.Dano moral pela perda do tempo útil: uma nova modalidade.....175
31.Agente da Fundação Casa: indenização.....187
32.Responsabilidade médica.....189
33.Responsabilidade civil por dano processual no procedimento arbitral.....207
34.Poder do árbitro.....210
35.Responsabilidade do Metrô.....213
36.O dano da privação do uso e sua configuração no Direito nacional.....214
37.O dano de privação de uso de veículo.....222
38.O dano estético.....251

39.Empresa deve indenizar cliente por problema na internet em um dia.....256
40.Indenização por dano moral indireto.....257
41.A questão da prova para indenização por dano moral.....261
42. Dano moral no STJ.....264
43.Reflexões sobre o instituto do dano social em Portugal.....275
44.Dano propriedade imaterial.....282
45.Desvio produtivo: dano moral coletivo.....288
46.Dano por infidelidade.....303
47.Possibilidade de cumulação de indenização em ações de nulidade de registro de marca.....305
48.Dano por queda de árvores.....313
49.Perdas e danos.....322
491.1.Noções gerais.....322
50.A responsabilidade civil no ciberespaço.....347
51.Dano: atropelamento.....358
52.O dano moral encoberto pela denominada política motivacional.....386
53.Escritório é condenado por divulgar representação contra advogado.....405
54.Motorista e dona de carro devem indenizar atropelado.....406
55.Empresa deve indenizar por não capacitar empregado.....408
56.Indenização a paraplégico vítima de acidente.....409
57.Indenização por morte de ciclista.....412
58.Ciclista atropelado na contramão é culpado.....414
59.Cancelamento indevido de plano de saúde.....415
60.Dano contra empresa.....416
61.Candidato reprovado devido à anulação de questão.....418
62.Dano revista.....419
63.Abuso de autoridade.....420
64.Bancário feito refém.....422
65.Universidade deve custear curso de aluna excluída do ProUni.....424
66.Envio de cartão não solicitado é prática abusiva.....425

67.Estado é condenado por erro grosseiro.....427
68.Dano por financiamento fraudulento.....429
69.Quedas de telefone e internet.....430
70.Devido a risco, corte de cana gera dever de indenizar.....431
71.Plano de saúde: não autorizar material cirúrgico.....433
72.Cláusula de fidelização nos contratos da Net.....434
73.Abuso em reclamação.....436
74.Mandato: perda de uma chance.....437
75.Perda do tempo útil.....481
76.Doutrina.....515
76.1.Introdução.....515
76.2.Danos materiais.....515
76.3.Danos Imateriais.....519
76.4.Danos estéticos.....528
76.5.Danos morais coletivos.....534
76.6.Danos sociais.....534
77.Danos por perda de uma chance.....536
78.Dano existencial.....544
79.Número de celular publicado sem autorização.....551
80.Responsabilidade dos provedores por conteúdos de terceiros na internet.....553
81.O dano da privação do uso e sua configuração no direito nacional.....561
82.Responsabilidade civil do Estado e de particulares em acidentes de trânsito provocados por animais.....572
83.Assédio no transporte coletivo.....624

Bibliografia.....644
Notas.....675

DANO: DOUTRINA E JURISPRUDÊNCIA

1.Noções de indenização.

Nos primórdios da civilização, o corpo do homem respondia por suas dívidas, podendo mesmo, inclusive, ser sacrificado pelo Credor. Esse estado nefasto de coisas perdurou até o advento da *Lex Poetelia Papiria*, pela qual o patrimônio do devedor, e não mais o seu corpo, é que respondia por seus débitos.

Em épocas primitivas da vida em sociedade, houve momentos de aplicação da regra de Talião, olho por olho, dente por dente; quem com ferro fere, com ferro será ferido. Nessa fase antiga e primitiva da civilização, a vingança privada era a regra, sendo permitido à vítima o direito de retaliação, 'produzindo na pessoa do lesante dano idêntico ao que experimentou. Na lei das XII Tábuas, aparece significativa expressão desse critério na tábua VII, lei 11. *'si membrum rupsit, ni cum eo pacit, talio est*' (se alguém fere a outrem, que sofra pena de Talião, salvo se existiu acordo)'. [1]

Assim, como corolário do avanço da civilização e do dinamismo do Direito, pouco a pouco, a vida e a liberdade do devedor deixaram de responder pelos débitos por ele contraídos. As severas e inadmissíveis sanções de outrora não podiam mais ultrapassar a pessoa do devedor. Passou, então, o patrimônio do devedor a responder por suas dívidas, constituindo-se, pois, em garantia comum dos credores.

Segundo Maria Helena Diniz, a *Lex Aquília* 'veio a cristalizar a ideia de reparação pecuniária do dano, impondo que o patrimônio do lesante suportasse os ônus da reparação, em razão do valor da *res*, esboçando-se a noção de culpa como fundamento da responsabilidade, de tal sorte que o agente se isentaria de qualquer responsabilidade se tivesse procedido sem

culpa. Passou-se a atribuir o dano à conduta culposa do agente.

A *Lex Aquilia* de dano estabeleceu as bases da responsabilidade extracontratual, criando uma forma pecuniária de indenização do prejuízo, com base no estabelecimento de seu valor. [2]

Para a maioria dos estudiosos sobre o assunto, foi a *Lex Aquilia* o grande marco sobre responsabilidade civil, pois, a partir de seu advento passou-se a perquirir se o ato ilícito gerador do dano teve como base a culpa do agente. Tão grande foi a sua importância que até hoje a responsabilidade extracontratual é chamada de aquiliana, no que parece ser uma justa denominação.

O Direito Civil brasileiro sempre deu mais importância à teoria subjetiva da culpa que à teoria objetiva, cuja ideia central é a da abstração do elemento culpa para responsabilização do agente causador do dano. Inicialmente, passou-se a admitir na jurisprudência a presunção de culpa do agente. Exemplo marcante é o Enunciado 341 da Súmula do STF: 'É presumida a culpa do patrão ou comitente pelo ato culposo do empregado ou preposto'. Posteriormente, diversas leis especiais passaram a admitir a teoria objetiva para responsabilização do agente causador do dano, sem que haja necessidade de perquirição do dolo ou culpa.

São elas: a legislação sobre acidentes no trabalho, inaugurada com o Decreto 3.724, de 15 de janeiro de 1919; substituído pelo Decreto 24.637, de 10 de julho de 1934, e depois pelo Decreto-Lei 7.036, de 10 de novembro de 1944; pela lei 5.316, de 1967, e finalmente pela lei 6.367, de 19 de outubro de 1976. Informados pela teoria do risco o Código Brasileiro do Ar, Decreto-Lei 483, de 8 de junho de 1938; Decreto-Lei 32, de

10 de novembro de 1966, com as alterações do Decreto-Lei 234, de 28 de fevereiro de 1967; da lei 5.710, de 7 de outubro de 1971; da lei 6.298, de 15 de dezembro de 1975; da lei 6.350, de 7 de julho de 1976; da lei 6.833, de 30 de setembro de 1980; da lei 6.997, de 7 de junho de 1982, e atualmente no Código Brasileiro de Aeronáutica com a lei 7.565, de 19 de dezembro de 1986)'. [3]

E, finalmente, o Código de Defesa do Consumidor (lei 8.078, de 11 de setembro de 1990, em diversos dispositivos, adota a teoria objetiva, isto é, a responsabilidade civil do causador do dano independentemente de prova de culpa. Na relação jurídico-contratual, o contratante que não cumpriu com suas obrigações contratuais terá de indenizar o outro em virtude de sua inadimplência. E a obrigação de indenizar só aparece quando uma das partes contratantes não adimplir parte ou todo o contrato.

A responsabilidade contratual daquele que deu causa ao inadimplemento decorre de um vínculo jurídico derivado da avença em si, do contrato propriamente dito, na sua acepção mais ampla. Na responsabilidade extracontratual, por seu turno, não há qualquer relação jurídica anterior entre o agente que causou o dano e a sua vítima. É a partir do ato lesivo daquele que a obrigação de indenizar exsurgirá, facultando-se à vítima o direito de acionar a máquina judiciária na persecução de uma reparação civil em desfavor do agente causador do dano.

O fundamento legal da responsabilidade contratual era, no Código Civil de 1916, o art. 1056 do que foi sucedido pelo art. 389 do Novo Código Civil (lei 10.406, de 10/01/02). A extracontratual ou aquiliana, por sua vez, tem como principais dispositivos legais, no Código Civil de 1916, os arts. 159 do Código de 1916, e os arts. 186 e 927 do Novo Código Civil (lei

10.406, de 10/01/02), respectivamente. A verificação da culpa e a avaliação da responsabilidade regulam-se pelo disposto neste Código, artigos 1.518 a 1.532 e 1.537 a 1.553. (Cód. Civ. 1916).

A responsabilidade contratual, no regime do Código de 1916 era tratada sob a rubrica denominada 'DAS CONSEQUÊNCIAS DA INEXECUÇÃO DAS OBRIGAÇÕES', ao passo que no Novo Código a mesma recebe a seguinte denominação: 'DO INADIMPLEMENTO DAS OBRIGAÇÕES'. Regra geral, tanto numa quanto na outra é necessário a existência do dano, a culpa do agente e o nexo de causalidade entre o comportamento do agente e o dano experimentado pela vítima ou pelo outro contratante. [4]

Quer a culpa parta de uma infração à lei, quer ao contrato, surgirá a obrigação de indenizar o queixoso. É o chamado princípio da unidade da culpa, defendido pela maioria dos escritores autorizados, e segundo o qual as diferenças técnicas entre a responsabilidade contratual e a extracontratual seriam periféricas, aparentes e sem importância. [5]

O que importa, na realidade, é que um dano foi causado e deve ser reparado de acordo com as normas regentes da responsabilidade civil. O efeito principal, portanto, de ambas as responsabilidades é a obrigação de indenizar a vítima. O que as diferencia é o ônus da prova.

Na responsabilidade extracontratual, incumbe à vítima ou queixoso demonstrar os seus requisitos caracterizadores, quais sejam a existência do dano, a culpa do agente e o nexo de causalidade entre o comportamento do agente e o dano experimentado pela vítima.

Na responsabilidade contratual, por sua vez, a

incumbência de provar que não houve descumprimento das cláusulas contratuais é do agente causador do inadimplemento contratual. Quando o assunto é culpa, autores há, como SAVATIER, que julgam ser impossível a tarefa de conceituá-la.

O certo, porém, informa Rui Stoco, [6] 'na culpa ocorre sempre violação de um dever preexistente, se esse dever se funda num contrato, a culpa é contratual; se no preceito geral, que manda respeitar a pessoa e os bens alheios (*alterum non laedere*), a culpa é extracontratual ou aquiliana'.

Observe-se que, até o momento, só estou abordando, dentro da responsabilidade aquiliana, a teoria subjetiva que se constitui no arcabouço tradicional a fundamentar a responsabilidade civil com base no elemento culpa do agente.

Acontece que já de algum tempo para cá, vem se desenvolvendo com velocidade surpreendente a possibilidade de se responsabilizar o agente causador do dano, independentemente do elemento culpa, terreno este que se denomina de responsabilidade objetiva e que melhor será estudado no próximo item. A responsabilidade subjetiva baseia-se no elemento culpa. Em outras palavras, perquirir-se-á se o agente causador do dano obrou ou não com culpa ou dolo.

Diz-se que a responsabilidade é subjetiva, pois o que está em exame é o comportamento do sujeito, ou seja, se este ao ter causado o dano, o fez com base na culpa (negligência, imprudência ou imperícia) ou no dolo (intenção deliberada do agente em causar o dano). Na responsabilidade objetiva o elemento culpa é absolutamente desprezado, pois bastará ao lesado provar o nexo de causalidade entre o dano que experimentou e ato do agente que o causou para fazer surgir a obrigação de indenizar.

E é no terreno da responsabilidade objetiva que se fala em RISCO, ou seja, ‘segundo esta teoria, aquele que, através de sua atividade, cria um risco de dano para terceiros, deve ser obrigado a repará-lo, ainda que sua atividade e o seu comportamento sejam isentos de culpa’.

A responsabilidade extracontratual ou aquiliana, por seu turno, tem como principais dispositivos legais os arts. 159 do Código de 1916, e os arts. 186 e 927, e do Novo Código Civil (lei 10.406, de 10/01/02), respectivamente. A verificação da culpa e a avaliação da responsabilidade regulam-se pelo disposto neste Código, artigos 1.518 a 1.532 e 1.537 a 1.553. (Cód. Civ., 1916).

Observa-se, por conseguinte, que o novo Código faz expressa remissão à responsabilidade objetiva no referido art. 927. Acontece que esse pendor pela teoria objetiva já vem de algum tempo atrás e muito embora o Código de 1916 tenha optado pela teoria subjetiva, o certo é que vários dispositivos têm notória conotação objetiva, como é o caso dos arts. 1519, 1520, parágrafo único, 1528 e 1529, além de várias outras leis especiais que consagram a responsabilidade objetiva. ‘O novo Código Civil, ao regular a responsabilidade civil, alarga a aplicação da responsabilidade objetiva, com a adoção da teoria do risco criado, mas mantém o sistema vigente de que a regra geral é a responsabilidade subjetiva’.

Mesmo com o advento do novo Código, estabelecendo, definitivamente a teoria objetiva, quer me parecer que, até pela inserção do dispositivo (art.186) consagrador da teoria subjetiva na Parte Geral do novo código, a regra geral continuará a ser a da responsabilidade subjetiva em que a análise do comportamento culposo ou doloso do agente é fundamental.

A aplicação da responsabilidade objetiva se dará em duas hipóteses, quais sejam: a) ‘nos casos especificados em lei’, b) ‘ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor

do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem'. (Parágrafo único do art. 927 do Novo Código). Malgrado a teoria objetiva tenha tudo para se expandir ainda mais, a grande maioria dos autores defende a coexistência dentro de um mesmo sistema jurídico da responsabilidade subjetiva e objetiva. Nesta seara, portanto, parece-me correto que se deve 'manter no difícil meio termo, nem rastejar pelo solo, nem voar em vertiginosa altura'.

Em outras palavras, na maior parte dos casos há de prevalecer a teoria subjetiva como regra geral; nos casos previstos em lei e 'quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem', deve ser aplicada a teoria objetiva.

A atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem' constitui o que legislador do novo código denomina de norma genérica ou cláusula geral, eis que nela não há 'preocupação de excessivo rigorismo conceitual, a fim de possibilitar a criação de modelos jurídicos hermenêuticos, quer pelos advogados, quer pelos juízes, para contínua atualização dos preceitos legais'. Por conseguinte, é o conjunto dos militantes do direito, em especial o Judiciário, que estabelecerá qual a atividade normalmente desenvolvida que, por sua natureza, implique risco para os direitos de outrem.

O novo código parece ter adotado nesse particular a teoria do risco criado, 'pela qual o dever de reparar o dano surge da atividade normalmente exercida pelo agente, que cria risco a direitos ou interesses alheios. Nessa teoria não se cogita de proveito ou vantagem para aquele que exerce a atividade, mas da atividade em si mesma que é potencialmente geradora de risco a terceiros. Além da previsão expressa à teoria objetiva, o Novo Código estabeleceu em seu art. 928 a responsabilidade dos incapazes, nos quais se incluem os amentais.

Observe-se que o referido art. 928 está em conflito com o art. 942 que trata da responsabilidade solidária dos incapazes e das pessoas designadas no art. 932 (pais e filhos, tutor e tutelado, curador e curatelado). No art. 931 é tratada a responsabilidade objetiva das empresas pelos produtos postos em circulação. Esse artigo, cuja redação passou a vigorar somente em 2003, é absolutamente inócuo ante as normas especiais e preponderantes do Código de Defesa de Consumidor e que tratam com riqueza de detalhes sobre o assunto.

No mais, o Novo Código manteve as vigas mestras da responsabilidade civil presentes no Código de 1916, quais sejam: a responsabilidade por ato próprio (arts. 186 e 927), a responsabilidade por fato de terceiro (art. 932) e a responsabilidade em decorrência do dano causado por coisa (art. 937 e 938) ou animal (art. 936). Uma questão, entretanto, vem despertando críticas para uns e aplausos para outros. Refiro-me à conciliação entre a responsabilidade objetiva (art. 927) e o art. 944, parágrafo único, do Novo Código Civil.

O *caput* do referido dispositivo não traz maiores dificuldades, eis que o Brasil não levava em consideração os graus de culpa. Em outras palavras, o dano causado deve ser reparado integralmente, quer tenha sido oriundo de dolo, quer com culpa levíssima. A 'culpa lata ou grave é a falta imprópria ao comum dos homens, é a modalidade que mais se avizinha do dolo. Culpa leve é a falta evitável com atenção ordinária. Culpa levíssima é a falta só evitável com atenção extraordinária, com especial habilidade ou conhecimento singular'.

Acontece que o seu parágrafo único estabelece que 'se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização'. 'Com efeito, de acordo com o princípio tradicional, como indenizar significa tornar indene, devolvendo a vítima, dentro do

possível, ao estado em que anteriormente se encontrava, impõe-se ao agente causador do dano o mister de repará-lo por inteiro, compondo todo o prejuízo por ela experimentado, a despeito de o ato ilícito que o gerou ter sido decorrente de culpa de grau menor'.

Todavia, o parágrafo único, contemplando a hipótese de uma enorme indenização, a ser paga por quem atuou com culpa levíssima, confere ao juiz o poder de agir equitativamente e de assim reduzir a indenização, quando houver inescondível desproporção entre o montante desta e o grau de culpa do responsável. Muito aplauso merece a inovação.

Autores há, entretanto, que o criticam em virtude de que o mesmo, adotando a gradação da culpa, rompe, por assim dizer, com o ressarcimento integral da vítima. Para esses estudiosos do assunto, não haveria como conciliar o parágrafo único do art. 944 com os casos de responsabilidade objetiva, nos quais não há perquirição do elemento culpa do agente causador do dano.

Nesse particular, entendo não haver, ante tudo o que foi aqui tratado, como conciliar o parágrafo único do art. 944 com os casos de responsabilidade objetiva. Penso que o referido dispositivo só se aplicaria para os casos de responsabilidade subjetiva. Acontece, entretanto, que o Novo Código não faz qualquer restrição a respeito de sua aplicação quanto à teoria objetiva e aí, por certo, poderão aparecer as mais variadas interpretações, dentre as quais até mesmo a que propugnará, na estipulação do quantum indenizatório, o exame do grau de culpa do agente para os casos de responsabilidade objetiva, o que, *data venia*, seria um contra senso, na exata medida em que nessas hipóteses não há exame de culpa do causador do dano.

É aí que aparecerá o papel decisivo da jurisprudência e de toda a comunidade jurídica no correto caminho a ser seguido

na interpretação de tão intrincada norma. Mesmo com a previsão expressa à responsabilidade objetiva (art. 927) e com a possibilidade de sua ampliação, a responsabilidade subjetiva continuará sendo a regra da qual a responsabilidade objetiva será a exceção, devendo esta somente ser aplicada quando houver previsão legal ou segundo a cláusula geral prevista no parágrafo único do art. 927 (‘ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem’).

A redução equitativa do *quantum* indenizatório prevista no parágrafo único do art. 944 (‘Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização’) só deverá ser aplicada para os casos de responsabilidade subjetiva, por absoluta e manifesta contradição com os principados da responsabilidade objetiva.

O termo indenização refere-se à compensação devida a alguém de maneira a anular ou reduzir um dano, geralmente, de natureza moral ou material, originado por incumprimento total, ou cumprimento deficiente de uma obrigação, ou através da violação de um direito absoluto. A compensação devida pela denúncia de um contrato ou pela prática de um crime. É também o nome dado à importância paga por uma seguradora ao segurado em caso de sinistro.

Denomina-se indenização a uma compensação financeira recebida por uma pessoa como consequência de haver recebido um prejuízo de índole trabalhista, moral, financeiro, etc. Quando se fala de indenização geralmente se faz a partir da emissão de uma decisão judicial, que ordena abonar um determinado valor a uma pessoa, empresa ou instituição, com o objetivo de amenizar uma situação de injustiça sofrida.

No entanto, podem existir também indenizações

automáticas que são realizadas quando uma série de circunstâncias previstas em lei é dada de antemão. Um primeiro caso que podemos destacar é a indenização trabalhista. Esta deve ser efetuada quando um empregado é despedido sem justa causa.

Nesse contexto, a lei estabelece que se pague ao empregado um valor que contemple os anos de trabalho na organização e o salário sobre seus serviços. Também podem existir indenizações por casos de maltrato trabalhista, onde o empregado experimenta dificuldades causadas de forma intencional; neste caso, quando se consegue provar estas condições perante a justiça, pode ser obtida uma indenização financeira.

No caso dos danos morais, a indenização geralmente é obtida após um processo judicial que prove estes prejuízos sofridos. Uma vez que este processo chega ao fim, a indenização é estabelecida de acordo com as disposições legais do país em questão. Também são definidos os prazos para cumprir e se estabelece uma forma de pagamento. Nestes casos, as indenizações costumam ser realizadas em dinheiro.

No caso de uma indenização por um prejuízo financeiro, como nos casos anteriores, primeiro deve-se provar concretamente o fato. Uma vez provado, vale determinar com exatidão o valor financeiro do prejuízo; para esta tarefa costuma-se solicitar a opinião de peritos ou especialistas no assunto. Finalmente, após ter uma ideia da dimensão do prejuízo econômico, se estabelece um determinado valor para a indenização, também em função das leis e da jurisprudência vigente.

O uso das indenizações para o ressarcimento de prejuízos de diversos tipos e calibre é uma prática habitual na área da justiça e do mercado de trabalho. Infelizmente, nem

todas as circunstâncias podem ser provadas, por isso, é necessário fazer uma avaliação correta da possibilidade de ter êxito ao realizar este tipo de reivindicação.

A indenização é um valor pago em dinheiro em virtude do pagamento de alguma perda, seja material ou pessoal, como no caso de um seguro de vida ou quando sua casa é embargada para obras públicas, não é paga só no caso de acidentes não. Já a reparação o nome já diz, é quando há uma perda material, seja por acidente ou não, e o dado material é consertado ou substituído por outro igual ou um 'compatível' onde não há nenhum retorno de dinheiro.

No caso você pode dar um pouco de dinheiro para complementar um substituto de valor maior, mas no caso de um de valor menor, muitas vezes a loja oferece outro produto para complementar o valor pois não há como retomar o dinheiro e nem parte dele, isso é lei!!! Reparação é o que chamamos de garantia do produto ou um seguro de carro ou de casa.

Já o ressarcimento é a retomada de uma quantia em dinheiro 'emprestada' como no caso de uma aposentadoria, imposto de renda, um saque numa poupança até pode ser considerada um ressarcimento, pois se 'deu' dinheiro ao banco e ele te devolveu. Segundo o Código Civil de 1916, adotava-se a teoria da extensão do dano, como critério para a fixação da indenização cabível em caso de prejuízo material.

Assim, o *quantum* indenizatório independia da existência de dolo, vontade deliberada de causar o prejuízo, ou de culpa no sentido estrito, que, por sua vez, divide-se em grave, na qual o agente, embora sem a vontade deliberada de causar o dano, atuou como se o tivesse desejado, leve, ausência de diligência média, observada por um homem normal em sua conduta, e levíssima, falta de diligência, tomada acima do padrão médio do ser.

Rui Stoco adota a teoria da gradação da culpa, a influenciar o *quantum* indenizatório, mas somente possibilita sua diminuição diante de desproporção entre a gravidade da culpa e o dano. O dispositivo é, no entanto, insuficiente, já que seu caput se adapta somente ao dano material e não está adequado ao dano moral.

O critério para a fixação do dano material é o cálculo de tudo aquilo que o lesado deixou de lucrar e do que efetivamente perdeu. Já que o evento danoso interrompe a sucessão normal dos fatos, a reparação de danos deve provocar um novo estado de coisas que se aproxime tanto quanto possível da situação frustrada, ou seja, daquela situação que, segundo a experiência humana, em caráter imaginário, seria a existente se não tivesse ocorrido.

O critério da extensão do dano aplica-se perfeitamente à reparação do dano material, que tem caráter ressarcitório. No entanto, na reparação do dano moral não há ressarcimento, já que é praticamente impossível restaurar o bem lesado, que, via de regra, tem caráter imaterial. O dano moral resulta, na maior parte das vezes, da violação a um direito da personalidade: vida, integridade física, honra, liberdade etc. Por conseguinte, não basta estipular que a reparação se mede pela extensão do dano.

Os dois critérios que devem ser utilizados para a fixação do dano moral são a compensação ao lesado e o desestímulo ao lesante. insere-se nesse contexto fatores subjetivos e objetivos, relacionados às pessoas envolvidas, como a análise do grau da culpa do lesante, de eventual participação do lesado no evento danoso, da situação econômica das partes e da proporcionalidade ao proveito obtido como ilícito.

Em suma, a reparação do dano moral deve ter em vista possibilitar ao lesado uma satisfação compensatória e, de outro lado, exercer função de desestímulo a novas práticas lesivas, de

modo a ‘inibir comportamentos antissociais do lesante, ou de qualquer outro membro da sociedade, traduzindo-se em ‘montante que represente advertência ao lesante e à sociedade de que não se aceita o comportamento assumido, ou o evento lesivo’.

Ao juiz devem ser conferidos amplos poderes, tanto na definição da forma como da extensão da reparação cabível, mas certos parâmetros devem servir-lhe de norte firme e seguro, sendo estabelecidos em lei, inclusive para que se evite, definitivamente, o estabelecimento de indenizações simbólicas, que nada compensam à vítima e somente servem de estimulo ao agressor. Note-se que os critérios sugeridos têm caráter genérico e abrangente, a serem aplicados conforme as circunstâncias do caso concreto, a exemplo do Código Civil português (arts. 494 e 496) e do Código Civil italiano (arts. 2.056, 2.057, 2.058, 2.059, 1.223, 1.226 e 1.227).

Assim, os critérios taxativos que ainda existem em leis específicas devem vigorar somente nos casos nelas regulados, como ocorre na Lei de Imprensa (Lei n. 5.250/67, arts. 51 e 52).

IV JORNADA DE DIREITO CIVIL – Enunciados aprovados:

> **Enunciado 379**: Art. 944 - O art. 944, caput, do Código Civil não afasta a possibilidade de se reconhecer a função punitiva ou pedagógica da responsabilidade civil.
>
> **Enunciado 380**: Atribui-se nova redação ao Enunciado n. 46 da I Jornada de Direito Civil, com a supressão da parte final: não se aplicando às hipóteses de responsabilidade objetiva.
>
> **Enunciado 381**: O lesado pode exigir que a

indenização, sob a forma de pensionamento, seja arbitrada e paga de uma só vez, salvo impossibilidade econômica do de vedor, caso em que o juiz poderá fixar outra forma de pagamento, atendendo à condição financeira do ofensor e aos benefícios resultantes do pagamento antecipado.

Enunciado 454: Art. 944. Embora o reconhecimento dos danos morais se dê, em numerosos casos, independentemente de prova (*in re ipsa*), para a sua adequada quantificação, deve o juiz investigar, sempre que entender necessário, as circunstâncias do caso concreto, inclusive por intermédio da produção de depoimento pessoal e da prova testemunhal em audiência.

Enunciado 455: Art. 944. A expressão "dano" no art. 944 abrange não só os danos individuais, materiais ou imateriais, mas também os danos sociais, difusos, coletivos e individuais homogêneos a serem reclamados pelos legitimados para propor ações coletivas.

Enunciado 456: Art. 944. A redução equitativa da indenização tem caráter excepcional e somente será realizada quando a amplitude do dano extrapolar os efeitos razoavelmente imputáveis à conduta do agente.

Enunciado 457: Art. 944. O grau de culpa do ofensor, ou a sua eventual conduta intencional, deve ser levado em conta pelo juiz para a quantificação do dano moral.

A concorrência de culpas do agente causador do dano e da vítima, que, segundo este artigo, deve ser levada em conta na fixação da indenização, não era prevista no Código Civil de 1916, mas já estava consagrada na doutrina e na jurisprudência brasileiras. Assim, outras formas de expressão do direito já mencionavam que 'se houver concorrência de culpas, do autor do dano e da vítima, a indenização deve ser reduzida'. [7]

Se a vítima não age com a cautela necessária para atravessar a rua em local apropriado, vindo a ser atropelada, justificável a redução proporcional do valor indenizatório. em razão da culpa concorrente. [8]

A partilha dos prejuízos, que se impõe nos casos de concorrência de culpas, deve guardar proporção ao grau de culpa, com que cada protagonista concorreu para o evento. Reconhecida a igualdade na proporcionalidade das culpas dos agentes, deve cada parte responder pela metade dos prejuízos causados à outra, e a partilha dos prejuízos não se faz através de mera compensação dos danos, que podem ser diversos e desproporcionais; [9] 'tendo ambas as partes concorrido para o evento danoso, a responsabilidade deve ser dividida; [10] 'A culpa concorrente não altera a natureza da indenização, mas apenas restringe parcialmente a responsabilidade'. [11]

Muito embora vários julgados sigam o critério da partilha dos prejuízos em partes iguais, [12] bem estabeleceu este artigo que na fixação da indenização será levada em consideração a existência de culpas concorrentes, sob o critério da gravidade da culpa da vítima em comparação com a culpa do agente causador do dano, cabendo, portanto, ao juiz, na verificação do caso concreto, estimar O valor da indenização segundo o grau da participação culposa da vítima.

Enunciado 458 STJ: Art. 945. A conduta da vítima pode ser fator atenuante do nexo de

> causalidade na responsabilidade civil objetiva.

Líquida é a obrigação certa quanto a sua existência e determinada quanto a seu objeto, de modo que, se tiver valor indeterminado, deverá ser apurada na conformidade da lei processual, que fixa as formas de liquidação da sentença ou da convenção entre as partes. Em princípio a reparação deve ocorrer in natura, com a reposição das coisas ao estado anterior, de modo que, segundo o Código Civil atual e o anterior, a indenização pecuniária é subsidiária.

No entanto, a reparação indenizatória ou pecuniária é a mais comum, em face das dificuldades inerentes à reparação natural e, especialmente, ao não restabelecimento por esta da situação anterior, como por exemplo na retratação em caso de ofensa à honra ou a direito moral do autor, a qual, via de regra, não restaura o estado anterior, devendo ser fixada uma indenização pecuniária. De suma importância a emenda senatorial, já que possibilita a reparação dos danos morais, cuja indenizabilidade está consagrada na Constituição Federal (art. 5°, incisos V e X) e neste Código (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'.

Na jurisprudência está reconhecida a indenizabilidade do dano moral em caso de morte, por homicídio, de filhos, mesmo que de tenra idade (v. Súmula 491 do STF), do cônjuge e do companheiro, independentemente da existência do direito dos pais e do consorte à pensão alimentícia com relação ao falecido.

Tal reconhecimento deu-se após longa evolução jurisprudencial, como a seguir é anotado, em face do disposto no art. 1.537 do Código Civil de 1916, que não fazia a ressalva

que realiza o dispositivo em análise quanto a outros danos. No caso de morte de filho, dispensa-se a comprovação do dano moral, uma vez que ‘a voz da natureza (terrível choque moral de uma mãe, diante do cadáver de sua filha) determina a convicção induvidosa da existência do sofrimento moral, dispensando-se a prova do sangramento interior da infeliz genitora’.

Em suma, presume-se a lesão moral, nestes casos. [14] A presunção é considerada por vezes absoluta [15] e em outros casos relativa. [16] Essa presunção deve ser considerada relativa e não absoluta, admitindo-se prova em contrário, ou seja, prova de que não havia afeto entre o postulante e o parente falecido, o que se demonstra por prolongado rompimento das relações entre eles.

A morte de um membro da família pode trazer dano moral a outro membro dessa mesma família, dor sentimental pela morte de ente querido, como ao cônjuge que sofre a perda de seu consorte, ou ao convivente cujo companheiro é morto, ou ao pai ou mãe que sofre a perda do filho. Se a morte ocorre pela prática de ato ilícito, cabe a aplicação dos princípios da responsabilidade civil por dano moral, com o estabelecimento da devida indenização.

A reparação do dano moral pela morte de membro da família fundamenta-se na ‘perda das afeições legítimas’, base da instituição da família, mas pode fundar-se também na teoria do dano reflexo ou dano em ricochete, ‘*par ricochet*’, em que alguém sofre o reflexo do dano causado a outrem. [17]

Sabendo-se que no dano reflexo o elemento certeza apresenta-se como norteador do direito à reparação, [18] examinemos que laços de família autorizam a indenização desses danos morais. A princípio, laços conjugais, de união estável e de ascendência e descendência. Porém, quando não existem cônjuge, ascendentes ou descendentes, os irmãos que

suplantaram aqueles em elos familiares podem ocupar seus lugares para efeito de indenização.

Embora a dor sofrida por outros parentes ou mesmo terceiros possa ser mais intensa do que aquela dos membros da família antes referidos, por razão de segurança nas relações jurídicas não se pode aceitar que todos os que se sintam afetados pela morte de outrem tenham direito a reparação; caso assim não fosse, haveria uma carga indenizatória insuportável e injusta ao lesante. E, se considerarmos que o valor da indenização permaneceria inalterado, independentemente do número de lesados, a indenização tornar-se-ia inócua pela divisão de seu valor entre os vários sujeitos vitimados pelo ato ilícito.

Sob a égide do Código Civil anterior, a jurisprudência, em corrente majoritária, embora se referisse ao dano moral, reconhecia a indenizabilidade do prejuízo em termos materiais e futuros, tanto assim que determinava o pensionamento da vítima, em forma de alimentos, com termo inicial e final, [19] e outra parte considerava a plena indenizabilidade dos danos morais, sem qualquer ligação com os danos materiais, presentes ou futuros, fixando uma quantia a ser paga de uma única vez. [20]

Com o novo Código Civil, deve prevalecer esta última corrente jurisprudencial, já que o *caput* deste artigo refere expressamente ‘outras reparações’, no caso de ordem moral, e o inciso II estabelece a reparação dos danos materiais, em forma de ‘prestação de alimentos às pessoas a quem o morto os devia, levando-se em conta a duração provável da vida da vítima’.

Quanto à morte do cônjuge e do companheiro também houve longa resistência ao reconhecimento do direito à indenização, que somente era aceita diante de danos materiais pela morte do varão; negava-se a indenização pela morte da esposa, sob o argumento de que não haveria dependência

econômica do marido em face da mulher, ainda mais por caber ao varão a manutenção da família, na conformidade do art. 233, inciso IV, do Código Civil de 1916.

Com fundamento no art. 52, inciso X, da Constituição da República, que consagrou a indenizabilidade dos danos morais, e o advento da Súmula 37 do STJ, que acolheu a cumulação de danos morais e materiais, a indenizabilidade dos danos acarretados pela morte do cônjuge masculino ou feminino, bem como do genitor, seja pai ou mãe, passou a ser admitida no plano moral e material, mesmo que cumulativamente. [21]

O dispositivo tem em vista a reparação dos danos materiais (despesas de tratamento e lucros cessantes) e dos danos morais resultantes de ofensa à integridade física, que é direito da personalidade, pelo qual se tutela a incolumidade do corpo e da mente.

Segue a corrente de pensamento mais atualizada, expressa em leis recentes (Lei de Direitos Autorais, Lei n. 9.610/98, e Código do Consumidor, Lei n. 8.078/90), que recomenda a fixação de critérios genéricos e não taxativos na reparação do dano moral. O Código Civil de 1916, em seu art. 1.538, taxava o valor da indenização por dano moral, em caso de violação à integridade física, em importância correspondente à multa no grau médio da respectiva pena criminal.

Mas esse dispositivo contém equívoco ao mencionar a prova desses outros danos, que têm natureza moral. O dano moral dispensa a prova do prejuízo em concreto, sua existência é presumida, por verificar-se na ‘realidade fática’ e emergir da própria ofensa, já que exsurge da violação a um direito da personalidade e diz respeito à ‘essencialidade humana’.

Essa presunção é adequada à natureza do direito lesado, no caso a integridade física, que compõe a

personalidade humana, de modo a surgir ipso facto a necessidade de reparação, sem que haja necessidade de adentrar o psiquismo humano. A grande dificuldade na reparação do dano moral sempre foi essa prova, a rigor impossível porque não há como penetrar na subjetividade do lesado.

O artigo 950 do CC trata de ofensa à integridade física que acarreta defeito que impossibilite ou diminua a capacidade de trabalho da vítima, estabelecendo indenização pelos danos materiais: despesas de tratamento, lucros cessantes até o fim da convalescença e pensão correspondente à importância do trabalho para que se inabilitou ou da depreciação sofrida.

Desse modo, este artigo não faz referência aos danos morais e estéticos, sendo que, com a eliminação da norma constante do § 1° do art. 1.538 do Código Civil de 1916, no art. 949 do Código de 2002, que se referia ao aleijão ou deformidade permanente, essa omissão é de suma gravidade e precisa ser suprida. A ofensa à integridade física da pessoa pode ou não gerar deformidade permanente. Para que a deformidade seja permanente, deve ser irreparável ou de difícil ou longínqua reparabilidade.

A deformidade permanente pode ou não ser aparente. Se não houver deformidade permanente poderá acarretar dano material, despesas de tratamento e lucros cessantes, e moral, ofensa à honra, resultante do motivo ou da natureza injuriosa da agressão. Se houver deformidade permanente poderá acarretar dano material, despesas de tratamento, lucros cessantes e incapacidade ou diminuição da atividade laborativa, e moral, ofensa à honra e à integridade física. Se a deformidade permanente for aparente poderá acarretar dano material, despesas de tratamento, lucros cessantes e incapacidade ou diminuição da atividade laborativa, e moral pelo comprometimento estético.

Dano estético é definido por Teresa Ancona Lopez como a ‘modificação duradoura ou permanente na aparência externa de uma pessoa, modificação esta que lhe acarreta um ‘enfeamento’ e lhe causa humilhações e desgostos, dando origem, portanto, a uma dor moral’. No entanto, o dano estético não se constitui em categoria de dano diferenciada do dano moral. Dano moral é aquele que atinge um direito da personalidade do lesado. A origem do dano estético reside na ofensa à integridade física. Assim, por esse critério não há como distingui-lo do dano moral, que é aquele que atinge um direito da personalidade.

Quanto à caracterização do dano moral por seus efeitos, refere-se aos aspectos sentimental ou afetivo, intelectual ou social da personalidade do lesado. Os danos morais podem ser divididos em duas categorias:

a) os que afetam a ‘parte social do patrimônio moral’ (ofensa à consideração social, que podem sofrer as pessoas naturais e jurídicas); e

b) os que atingem a ‘parte afetiva do patrimônio moral’, alcançando o indivíduo em suas afeições (dor sentimental, que somente as pessoas naturais podem sofrer).

Quanto à constatação dos efeitos do dano estético, atinge ao mesmo tempo duas esferas da personalidade do lesado: esfera sentimental ou afetiva e esfera social da personalidade do lesado. Desse modo, também por esse critério trata-se de dano moral. No entanto, é aí que reside o agravamento das consequências do dano estético: atinge, concomitantemente, dois aspectos da personalidade do lesado, já que causa dor moral, sentimento negativo, de caráter interno, e também atinge o indivíduo socialmente, já que sua aparência física é alterada, é o aspecto exterior da personalidade do lesado que é atingido.

O dano estético, pela transformação física, gera, ao mesmo tempo, sofrimento interior e dano à consideração social do indivíduo. É evidente que a pensão equivalente à inabilitação ao trabalho ou diminuição da capacidade laborativa, prevista neste artigo, tem caráter indenizatório do dano material. Não prevê o dispositivo a reparação dos danos morais oriundos de ofensa que acarrete defeito físico permanente e durável.

Enquanto o art. 1.545 do Código Civil referia a responsabilidade civil dos médicos, cirurgiões, farmacêuticos, parteiras e dentistas que, por imprudência, negligência ou imperícia, causem a morte, inabilitação de servir ou ferimento ao paciente, o artigo em análise toma mais amplo o dispositivo, de modo a abranger todas as pessoas que em sua atividade profissional, com culpa em sentido estrito, causem dano ao paciente.

A responsabilidade civil de que trata o artigo 951 é contratual. No campo contratual a classificação das obrigações de meio e de resultado direciona a prova da culpa: nas obrigações de meio cabe ao credor provar ao devedor (obrigou-se a empregar todos os meios e esforços para a consecução de um objetivo e não a alcançar certa finalidade), e nas obrigações de resultado presume-se a culpa do devedor não alcançou a finalidade a que se obrigou. As pessoas que atuam profissionalmente na área da saúde assumem obrigações, via de regra, de meio. Desse modo, a responsabilidade é subjetiva, porque, se a obrigação é de meio e não de resultado, deve a vítima ou lesado provar que o profissional não se utilizou de todos os meios a seu alcance para obter o direito à indenização.

É preciso provar a culpa, ou seja, a atitude negligente, imprudente ou imperita do lesante, na utilização dos meios adequados para a cura ou o tratamento do paciente. No entanto, há obrigações assumidas na área da saúde que são de resultado: na cirurgia plástica de caráter estético e eletiva

(embelezadora e não coactiva), nos exames laboratoriais, nos cuidados necessários a que o paciente não contraia infecção (infecção hospitalar). Nesses casos, a obrigação assumida é de alcançar a finalidade almejada. Aqui, basta a prova de que não foi alcançado o resultado.

Somente nesses casos, de obrigação de resultado, tem aplicação a presunção da culpa, cabendo ao profissional provar a inexistência de culpa ou que o dano decorreu de caso fortuito ou força maior.

> **Enunciado 459**: Art. 951. A responsabilidade subjetiva do profissional da área da saúde, nos termos do art. 951 do Código Civil e do art. 14, § 4º, do Código de Defesa do Consumidor, não afasta a sua responsabilidade objetiva pelo fato da coisa da qual tem a guarda, em caso de uso de aparelhos ou instrumentos que, por eventual disfunção, venham a causar danos a pacientes, sem prejuízo do direito regressivo do profissional em relação ao fornecedor do aparelho e sem prejuízo da ação direta do paciente, na condição de consumidor, contra tal fornecedor.

Há duas formas de reparação de danos: reparação natural ou específica, com a entrega do próprio objeto, e reparação pecuniária ou indenizatória, em que é paga uma importância em dinheiro. Em princípio, a reparação deve ocorrer *in natura*, ou seja, deve haver a restauração da situação alterada pelo dano, de modo que a indenização pecuniária é subsidiária. No entanto, em face das dificuldades inerentes à reparação natural, a reparação pecuniária ou indenizatória é a mais comum.

Na avaliação do dano material, o prejuízo é quantificado

por meio de comparação entre o estado atual do patrimônio e sua situação se o dano não tivesse ocorrido. Aplica-se a chamada ‘teoria da diferença’, na qual há a apuração da diferença entre a situação real do patrimônio do lesado e a situação hipotética desse patrimônio se o dano não tivesse ocorrido, e a compensação das vantagens perdidas, devida sempre que o evento danoso tenha produzido ao lesado não apenas danos efetivos, mas, também, perda de lucros.

Em suma, na indenização do dano material busca-se a reposição do patrimônio do ofendido, de modo a recompor-se a situação ideal em que se encontraria se tivesse inexistido o ilícito. O parágrafo único do art. 952 do CC estabelece a indenizabilidade do dano moral por ofensa a um bem material, quando este não mais existe.

O dano pode ser identificado como moral ou material de acordo com dois critérios básicos: 1) a verificação da origem do dano, relacionada ao bem violado e respectiva natureza; e 2) a constatação dos efeitos do dano, referente à natureza das consequências ou dos reflexos produzidos na esfera Jurídica violada.

De acordo com o segundo critério, o dano material tem como efeito um prejuízo econômico ou pecuniário, mensurável por cálculos e o dano moral refere-se aos aspectos sentimental ou afetivo. Este dispositivo estabelece a reparação dos danos por violação à honra que é direito da personalidade composto de dois aspectos: objetivo, consideração social, e subjetivo, autoestima. Nestes dois aspectos está contido o caráter múltiplo ou proteiforme da honra: individual, civil, política, profissional, científica, artística etc.

A injúria ofende a honra subjetiva, conceituada como a ‘manifestação de conceito ou de pensamento, que representa ultraje, menosprezo ou insulto a outrem’. A difamação atinge a

honra objetiva, definida como a atribuição de ‘fato que constitui motivo de reprovação ético-social’. A calúnia viola a honra objetiva, configurada na ‘imputação de fato qualificado como crime’. Pela violação à honra podem surgir danos materiais e morais. O dispositivo constante do parágrafo único pode acarretar interpretação pela qual, diante de ofensa à honra, somente o dano material é, em princípio, indenizável, sendo cabível o dano moral somente em face da inexistência de dano material.

A possibilidade de cumulação da indenização do dano moral com o dano material está pacificada em nosso direito, inclusive por meio da Súmula 37 do Superior Tribunal de Justiça, pela qual ‘São cumuláveis as indenizações por dano material e dano morai oriundos do mesmo fato’. Com a consagração constitucional da indenizabilidade do dano moral, inclusive cumulado com o dano material, não pode remanescer qualquer dúvida quanto à cumulatividade das duas indenizações (CF, art. 5º, V e X).

O art. 5º, V, da Constituição Federal assegura precisamente a indenizabilidade dos danos morais e materiais por ofensa à honra, de modo que o parágrafo único deste artigo deve ser considerado inconstitucional. O direito à liberdade, tido como o poder de fazer ou não fazer tudo aquilo que sequer, no âmbito resultante das limitações fixadas pelo ordenamento jurídico, tem várias formas de manifestação, como de locomoção, de pensamento e sua expressão, de crença e prática religiosa, de escolha e exercício de atividade profissional, de relacionamento social etc.

A Constituição Federal, após garantir a inviolabilidade do direito à liberdade (art. 52, *caput*), reconhece expressamente várias manifestações desse direito: manifestação de pensamento (art. 5°, LV), consciência e crença religiosa (art. 5°, VI), convicção filosófica ou política (art. 5°, VIII), atividade

intelectual, artística, científica e de comunicação (art. 52, IX), atividade profissional (art. 5°, XIII), locomoção (art. 5°, XV), reunião (art. 5°, XVI), associação (art. 5°, XVII).

O artigo 954, *caput*, do CC, refere-se à reparação de danos por ofensa à liberdade pessoal, que tem aquele caráter amplo. No entanto, no seu parágrafo único, o artigo cita apenas violações à liberdade de locomoção. Em razão das demais manifestações desse direito, inclusive reconhecidas expressamente na Constituição Federal, considera-se necessária a modificação do parágrafo único do dispositivo, para restar claro seu caráter exemplificativo e não taxativo. Pelas mesmas razões expostas na nota ao art. 953, não se deve condicionar a reparabilidade do dano moral à inexistência do dano material, como faz este artigo ao referir o parágrafo único do artigo anterior.

2.Dano existencial.

2.1.Noções gerais.

O dano existencial é uma espécie de dano imaterial, é o dano caracterizado pelos prejuízos sofridos pelo trabalhador devido a condutas ilícitas do empregador, devido às longas jornadas de trabalho que causam ao empregado uma limitação na vida social do mesmo.

Doutrinariamente, o ‘dano existencial’ decorre da conduta patronal que viola qualquer um dos direitos fundamentais da pessoa humana, causando uma alteração do empregado em executar o projeto de vida pessoal ou um impedimento do empregado em usufruir das diversas formas de relações pessoais e sociais fora do ambiente laboral. [22]

O dano existencial surge quando violado peço empregador a concessão de férias, ou não são cumpridas as pausas para descansos ou são exigidos o cumprimento de uma

jornada habitual e exaustiva maior que a legal, fazendo com que o empregado não tenha um descanso físico e psicológico adequado, prejudicando com isso sua convivência familiar e social, como também seu direito ao lazer. É importante explicar que para caracterização e comprovação do dano existencial, não se deve apenas comprovar o cumprimento de extensas jornadas de trabalho, mas também os prejuízos.

2.2.Surgimento do dano existencial.

A teoria do dano existencial surgiu na Itália em meados do século XX, com a prolação de sentenças na corte deste país. No ano de 2003, a justiça italiana através da corte Constitucional, no julgamento da decisão número 233 de 11.07.2003, consolidou entendimento jurisprudencial quanto à distinção de três espécies de danos extrapatrimoniais. [23]

O Código Civil italiano previa a indenização por danos extrapatrimoniais, mas em relação aos ilícitos decorrentes de condutas penais, nada se referindo as relações cíveis, sendo que a legislação se mostrava insuficiente para representar os novos fenômenos jurídicos que surgiam na sociedade.

A partir desse ponto, o dano à saúde também entendido como dano à vida ou dano biológico, desenvolveu-se rapidamente, desdobrando-se em outras espécies de direitos imateriais que necessitavam de proteção através da tutela jurisdicional do Estado, contudo não se enquadravam nos preceitos preexistentes. Tal celeuma descortinou-se no posicionamento jurisprudencial que entendeu, na ocasião, que o direito à saúde deve ser tido como direito fundamental, sendo, portanto, qualquer infringência a esse direito suficiente para a responsabilização do agente causador. [24]

Atualmente tal dano é vastamente difundido no direito Italiano, mas gradualmente está sendo difundido em nosso país.

2.3.O dano existencial no Brasil.

No ordenamento jurídico brasileiro se admite o ressarcimento por danos imateriais. Segundo tais dispositivos constitucionais é possível a aplicação para condenação quando caracterizado o dano existencial. Sendo que corroborando com os artigos acima transcritos, existem os artigos 12, 186, 927 e 949, todos do Código Civil que permitem a condenação por indenização por danos morais e lucro cessante, sendo os mesmos por equidade aplicado ao ressarcimento por dano existencial. Sendo que além dos artigos acima mencionado existe a Súmula 37 do STJ, que trata sobre os ressarcimentos por danos morais causados por condutas danosas.

> **Enunciado 35 STJ**: São cumuláveis as indenizações por dano material e dano moral oriundos do mesmo fato.

Diante dos artigos e Enunciado acima mencionados, pode-se afirmar, que no Brasil também se vê assegurado o direito ao ressarcimento pelo dano existencial, visto que a conduta danosa do empregador causa graves prejuízos ao empregado, causando alterações no seu convívio social e familiar, além de causar frustração no seu projeto de vida pessoal.

2.4.Dano Existencial e o Direito do Trabalho.

Atualmente muito se tem discutido o equilíbrio entre a qualidade de vida do trabalhador e seu trabalho, dando os legisladores e tribunais total importância aos períodos de descanso, repouso semanal remunerado, as férias. Sem falar das concessões de licenças para tratamento médico quando necessário. No entanto, muitas vezes o empregador, por conta das fiscalizações deficientes por parte dos órgãos competentes e de punições efetivas não respeitam esses direitos do empregado, causando sérios prejuízos ao mesmo.

Esses períodos de descanso, contudo, não são sempre respeitados por aqueles que detêm o poder econômico, causando aos trabalhadores prejuízos biológicos, sociais e econômicos.

Há situações de descumprimento pontual, motivado por alguma contingência momentânea, e situações, muito mais graves, de violação contumaz da norma, motivada pela expectativa de ganho com o descumprimento da norma, e facilitada pelo frágil sistema brasileiro de fiscalização governamental das relações de trabalho, que carece de servidores suficientes para fiscalizar todas as empresas existentes nesse país.

Muitas vezes as empresas descumprem estas normas, pois os lucros que obtém são maiores que os prejuízos com pagamentos de eventuais multas, pois muitas vezes as horas de sobre jornada não são pagas corretamente, ou mesmo quando corretamente pagas os lucros das empresas sobrepõe a estes pagamentos.

Mas o principal prejuízo ao trabalhador submetido a sobre jornada, não é o pagamento incorretos destas horas trabalhadas, mas sim o prejuízo que as jornadas extensas causam na qualidade de vida deste empregado, que se vê privado de ter uma vida social, seja com a família, amigos. Ainda que as horas suplementares sejam corretamente quitadas, o prejuízo que essa política causa ao trabalhador, impedindo-o de desfrutar do convívio com seus amigos, fazendo-lhe perder a oportunidade de ver seus filhos crescer e, por vezes, privando-o até mesmo do direito de exercer seu credo religioso, subsistirá.

Não é muito difícil percebermos o prejuízo que as longas jornadas de trabalho causam ao empregado, até mesmo as horas de prontidão ou sobre aviso, pois, ou o empregado está exercendo as longas jornada dentro das empresas longe de seu

meio social, ou o cansaço causado por estas longas jornadas lhe causam um esgotamento a ponto de não ter animo para exercer nenhuma atividade de lazer ou acompanhar familiares ou amigos.

Na maioria das vezes estas sobre jornadas ocorrem contra a vontade do empregado, que se submete a tal situação para ter um acréscimo em seu salário e proporcionar uma melhor qualidade de vida aos familiares e a si mesmo ou por medo de ser demitido caso não cumpra as horas desejadas por seu empregador. A constatação se torna ainda mais grave quando se tem claro que essa forma de exploração da mão de obra do trabalhador ocorre, por vezes, à revelia da vontade do empregado, seja por precisar do acréscimo salarial correspondente, seja por temer sua demissão. Seja qual for a hipótese, o trabalhador estará abdicando de seu lazer, do deleite que poderia ter, para aumentar os ganhos do empregador.

Essas longas jornadas e os desgastes e prejuízos que causam ao empregado, que se vê impossibilitado de ter uma vida social, fez com que os doutrinadores contemplassem o surgimento de um novo dano, que é conhecido como dano existencial. Com efeito, quando o empregador não concede férias, não faz cumprir os horários de descansos ou exige uma jornada habitual e exaustiva, impedindo, dessa forma, que o trabalhador se recomponha física e psicologicamente, coloca em xeque os direitos fundamentais dispostos na Carta Magna, como o direito ao lazer, à convivência familiar e ao descanso.

É importante ressaltar que o dano material se distingue do dano moral, apesar de também ser um dano.

2.5.Dano Existencial nas Relações de Trabalho.

As longas jornadas de trabalho que os empregadores submetem seus funcionários tem ganho importância para os

estudos dos doutrinadores e pelos tribunais, visto que as extensas jornadas causam prejuízos enormes ao empregado e ao convívio social e familiar do mesmo.

O dano existencial no Direito do Trabalho, também chamado de dano à existência do trabalhador, decorre da conduta patronal que impossibilita o empregado de se relacionar e de conviver em sociedade por meio de atividades recreativas, afetivas, espirituais, culturais, esportivas, sociais e de descanso, que lhe trarão bem-estar físico e psíquico e, por consequência, felicidade; ou que o impede de executar, de prosseguir ou mesmo de recomeçar os seus projetos de vida, que serão, por sua vez, responsáveis pelo seu crescimento ou realização profissional, social e pessoal.

Portanto, o dano existencial, se caracteriza pela conduta do empregador ao frustrar os projetos de vida do trabalhador, que devido as longas jornadas de labor se vê impedido de dispor da melhor forma que desejar de seu tempo livre, seja com atividades familiares, com amigos ou como melhor quiser dispor de seu tempo, se vendo impedido muitas vezes de realizar seus objetivos pessoais, tanto familiares, como afetivos, culturais, sociais, religiosos, recreativas, ou qualquer outro tipo de atividade que cause realização ao empregado e que o mesmo realize no seu âmbito de vida quando não submetido a jornada de trabalho.

Toda pessoa tem o direito de não ser molestada por quem quer que seja, em qualquer aspecto da vida, seja físico, psíquico ou social. Submetido ao regramento social, o indivíduo tem o dever de respeitar e o direito de ser respeitado, porque ontologicamente livre, apenas sujeito às normas legais e de conduta. O ser humano tem o direito de programar o transcorrer da sua vida da melhor forma que lhe pareça, sem a interferência nociva de ninguém.

Tem a pessoa o direito às suas expectativas, aos seus anseios, aos seus projetos, aos seus ideais, desde os mais singelos até os mais grandiosos: tem o direito a uma infância feliz, a constituir uma família, estudar e adquirir capacitação técnica, obter o seu sustento e o seu lazer, ter saúde física e mental, ler, praticar esporte, divertir-se, conviver com os amigos, praticar sua crença, seu culto, descansar na velhice, enfim, gozar a vida com dignidade.

Essa é a agenda do ser humano: caminhar com tranquilidade, no ambiente em que sua vida se manifesta rumo ao seu projeto de vida. Diante de todas as afirmativas, podemos estabelecer que o dano existencial se caracteriza quando o empregado devido a longas jornadas de trabalho se vê impedido de dispor do seu tempo livre da melhor forma que desejar, impedindo-o de satisfazer seus anseios pessoais.

2.6.Os elementos constitutivos do Dano Existencial.

Todo dano se caracteriza pela existência dos seguintes elementos: existência de prejuízo, conduta ilícita do agressor e o nexo causal entre o dano e a conduta realizada. Em relação ao dano existencial, além da presença destes elementos existem dois outros elementos, que são: a frustração do projeto de vida do trabalhador e a limitação ou inexistência de suas relações pessoais.

O ser humano, por natureza, busca sempre extrair o máximo das suas potencialidades, o que o leva a permanentemente projetar o futuro e realizar escolhas visando à realização do projeto de vida. Por isso afirma que qualquer fato injusto que frustre esse destino, impedindo a sua plena realização e obrigando a pessoa a resignar-se com o seu futuro, deve ser considerado um dano existencial.

Quanto à vida de relação, o dano resta caracterizado, na

sua essência, por ofensas físicas ou psíquicas que impeçam alguém de desfrutar total ou parcialmente, dos prazeres propiciados pelas diversas formas de atividades recreativas e extra laborativas tais quais a prática de esportes, o turismo, a pesca, o mergulho, o cinema, o teatro, as agremiações recreativas, entre tantas outras. Essa vedação interfere decisivamente no estado de ânimo do trabalhador atingindo, consequentemente, o seu relacionamento social e profissional. Reduz com isso suas chances de adaptação ou ascensão no trabalho o que reflete negativamente no seu desenvolvimento patrimonial.

Indica a ofensa física ou psíquica a uma pessoa que determina uma dificuldade ou mesmo a impossibilidade do seu relacionamento com terceiros, o que causa uma alteração indireta na sua capacidade de obter rendimentos. Não é difícil imaginar o dano causado à vida social do empregado que se vê constantemente realizando extensas jornadas de trabalho, visto que tal fato o impede de desenvolver de forma regular qualquer outra atividade no meio familiar e social em que vive. Sendo que sobre as relações familiares segundo a Constituição Federal tem proteção do Estado (art. 226, CF).

A tutela da família não pode prescindir das normas que impõe ao tomador dos serviços o sacrifício de reconhecer ao trabalhador direitos cujo exercício pressupõe que ele saia do trabalho com tempo e energia para se dedicar ao seio de sua família. Em outras palavras, a ideia de proteção da família passa pela conciliação entre interesse do empregador de usar o trabalhador da forma que lhe for mais profícua e o interesse do trabalhador a satisfazer as exigências de sua vida privada e familiar. Devidos aos prejuízos que tais elementos causam ao empregado, quando comprovados a presença do mesmo os tribunais tem ponderado pela caracterização do dano existencial e condenando os empregadores pela existência do mesmo.

2.7.Dano Existencial e a Saúde do Trabalhador.

As longas jornadas de trabalho causam ao trabalhador danos a sua saúde, portanto, podemos concluir que a o dano existencial, além de causar os prejuízos de ordem pessoal ao trabalhador, visto que causa a frustração na realização de projetos de vida e ao seu convívio social, causa também prejuízos a sua saúde, visto que as longas jornadas causam muitas vezes tais danos ao trabalhador.

A submissão de determinado trabalhador a exaustivo regime de trabalho, culmina na formação do dano ao projeto de vida e à sua existência, pois priva-lhe de tempo para o lazer, para a família e para o seu próprio desenvolvimento pessoal, cultural, artístico e intelectual, afetivo, entre outros. Pode também resultar em prejuízo para a saúde do trabalhador, motivo pelo qual deverá ser duplamente combatido.

Diante de tal explanação concluímos que muitos são os danos causados ao empregado em várias áreas da sua vida, pelas extensas jornadas de trabalho a que são submetidas, devendo, portanto, as mesmas serem fiscalizadas e coibidas pelas autoridades competentes. Portanto, esse quadro de longas jornadas causa danos muitas vezes irreparáveis à vida do empregado, que se vê muitas vezes ceifado de realizações de projetos de vida pessoal ou profissional, além de ter sua saúde comprometida, devido as doenças em decorrência do trabalho excessivo, muitas vezes por lesões por esforços repetitivos (LER), sendo que tal doença não acarreta somente dano à saúde, que por si só é grave, mas também prejuízos pessoais, visto que muitas vezes devido a dor o empregado se vê impedido de exercer programas de convívio social e cotidiano.

A dor intensa, o formigamento, a dormência, etc., ocasionados pela lesão por esforços repetitivos é dano à saúde e atinge, negativamente, a pessoa que, em função de tais

sintomas, não consegue manter a rotina de atividades mantida no período anterior à lesão. Em razão disso, a L. E. R., em estágio avançado, impede a pessoa de realizar não apenas atividades profissionais habituais, como obsta o exercício de tarefas singelas do dia a dia, como varrer a casa, tomar banho, cozinhar, ou atividades de lazer, como tocar violão. Uma alteração prejudicial nos hábitos de vida, transitória ou permanente: eis o dano existencial.

Sendo direito fundamental do empregado sua qualidade de vida, visando que o trabalho possa ser executado de forma saudável, tendo depois de executado as mesmas condições de realização outras atividades sociais ou familiares, como bem desejar.

2.8.Dano Moral e Dano Existencial: Distinção e Cumulação.

Toda conduta danosa seja esta de ordem patrimonial ou não, provocada por uma pessoa é passível de gerar indenização. Os danos podem ser patrimoniais e extrapatrimoniais, sendo os patrimoniais classificados como dano material, e os de ordem extrapatrimonial são os danos morais, existencial, estético.

Em relação ao dano moral e existencial os dois não se confundem. Visto que o dano material se caracteriza pela lesão que a pessoa sofre em relação a sua personalidade e o dano existencial consiste em lesão relacionada da frustração que impede o indivíduo de realizar projetos pessoais ou profissionais, devido a perda de qualidade de vida em decorrência das longas jornadas de trabalho.

O dano moral lesiona a esfera subjetiva de um indivíduo, atingindo os valores personalíssimos inerentes a sua qualidade de pessoa humana, tal qual a honra, a imagem, a integridade

física e psíquica, a saúde etc., e provoca dor, angústia, sofrimento, vergonha. O que o distingue do dano moral é que este tem repercussão íntima (padecimento da alma, dor, angústia, mágoa, sofrimento, etc.) e a sua dimensão é subjetiva e não exige prova; ao passo que o dano existencial é passível de constatação objetiva.

Portanto, por serem danos distintos, os mesmos poderão ser cumulados, desde que provenientes do mesmo fato. Sendo que no mesmo sentido se aplica a cumulação com o dano material e estético. Desse modo, quando são afetadas as atividades realizadoras do trabalhador, em virtude do dano a sua saúde física ou mental, que se deu pelo excesso de trabalho, poderá haver a fixação de forma cumulada tanto do dano moral quanto do dano existencial. Essa cumulação acontece não só pelo prejuízo ocasionado aos prazeres de vida e ao desenvolvimento dos hábitos de vida diária do empregado, pessoal, social e profissional, mas também pelo dano à sua saúde, mesmo que a sequela oriunda do acidente do trabalho não seja responsável pela redução da sua capacidade para o trabalho.

Sendo que quando frustrados os projetos pessoais ou profissionais do trabalhador, por causa de danos a sua saúde, sendo os mesmos físicos ou mentais, em virtude das extensas jornadas de trabalho, poderá ser cumulado o dano moral e existencial, a fim de que se tenha um completo ressarcimento dos danos causados ao trabalhador.

3.Valor do dano moral.

Por muitos anos, uma dúvida pairou sobre o Judiciário e retardou o acesso de vítimas à reparação por danos morais. Mas é possível quantificar financeiramente uma dor emocional ou um aborrecimento, ou arbitrar um determinado valor baseado em critérios objetivos. A Constituição de 1988 veio a garantir o direito à indenização por dano moral. Desde então, magistrados de todo o país somam, dividem e multiplicam para chegar a um padrão no arbitramento das indenizações.

O Superior Tribunal de Justiça tem a palavra final para esses casos e, ainda que não haja uniformidade entre os órgãos julgadores, está em busca de parâmetros para readequar as indenizações. Algumas decisões já mostram qual o valor de referência a ser tomado em casos específicos. O valor do dano moral tem sido enfrentado no STJ sob a ótica de atender uma dupla função: reparar o dano para minimizar a dor da vítima e punir o ofensor, para que o fato não se repita. Como é vedado ao Tribunal reapreciar fatos e provas e interpretar cláusulas contratuais, o STJ apenas altera os valores de indenizações fixados nas instâncias locais quando se trata de quantia tanto irrisória quanto exagerada.

A dificuldade em estabelecer com exatidão a equivalência entre o dano e o ressarcimento se reflete na quantidade de processos que chegam ao STJ para debater o tema. Em 2008, foram 11.369 processos que, de alguma forma, debatiam dano moral. O número é crescente desde a década de 1990 e, nos últimos dez anos, somou 67 mil processos só no Tribunal Superior.

O ministro Luís Felipe Salomão, integrante da 4ª Turma e da 2ª Seção do STJ, é defensor de uma reforma legal em relação ao sistema recursal, para que, nas causas em que a condenação não ultrapasse 40 salários mínimos, por analogia, a alçada dos Juizados Especiais, o recurso ao STJ seja barrado.

A lei processual deveria vedar expressamente os recursos ao STJ. Permiti-los é uma distorção em desprestígio aos tribunais locais.

Sob o aspecto subjetivo, quando analisa o pedido de dano moral, o juiz tem liberdade para apreciar, valorar e arbitrar a indenização dentro dos parâmetros pretendidos pelas partes. De acordo com o ministro Salomão, não há um critério legal, objetivo e tarifado para a fixação do dano moral. Depende muito do caso concreto e da sensibilidade do julgador. A indenização não pode ser ínfima, de modo a servir de humilhação à vítima, nem exorbitante, para não representar enriquecimento sem causa.

Para o presidente da 3ª Turma, ministro Sidnei Beneti, essa é uma das questões mais difíceis do Direito brasileiro atual. Não é cálculo matemático. Impossível afastar um certo subjetivismo. De acordo com o ministro Beneti, nos casos mais frequentes, considera-se, quanto à vítima, o tipo de ocorrência (morte, lesão física ou deformidade), o padecimento da própria pessoa e dos familiares, circunstâncias de fato (como a divulgação maior ou menor), e consequências psicológicas de longa duração para a vítima.

Quanto ao ofensor, considera-se a gravidade de sua conduta ofensiva, a desconsideração de sentimentos humanos no agir, suas forças econômicas e a necessidade de maior ou menor valor, para que a punição tenha efeito pedagógico e seja um desestímulo efetivo para não se repetir ofensa. Tantos fatores para análise resultam em disparidades entre os tribunais na fixação do dano moral. É o que se chama de 'jurisprudência lotérica'.

Para um mesmo fato que afeta inúmeras vítimas, uma Câmara do Tribunal fixa um determinado valor de indenização e outra Turma julgadora arbitra, em situação envolvendo partes

com situações bem assemelhadas, valor diferente. Esse é um fator muito ruim para a credibilidade da Justiça, conspirando para a insegurança jurídica. A indenização não representa um bilhete premiado.

Como instância máxima de questionamentos envolvendo legalidade, o STJ definiu algumas quantias para determinados tipos de indenização. Um dos exemplos são os casos de morte dentro de escola, cujo valor de punição aplicado é de 500 salários mínimos. Quando a ação por dano moral é movida contra um ente público, cabe às turmas de Direito Público do STJ o julgamento do recurso. Seguindo o entendimento da 2ª Seção, a 2ª Turma vem fixando o valor de indenizações no limite de 300 salários mínimos.

Foi o que ocorreu no julgamento do Recurso Especial 860.705, relatado pela ministra Eliana Calmon. O recurso era dos pais que, entre outros pontos, tentavam aumentar o dano moral de R$ 15 mil para 500 salários mínimos em razão da morte do filho ocorrida dentro da escola, por um disparo de arma. A 2ª Turma fixou o dano, a ser ressarcido pelo Distrito Federal, seguindo o teto padronizado pelos ministros. O patamar, no entanto, pode variar de acordo com o dano sofrido. Em 2007, o ministro Castro Meira levou para análise, também na 2ª Turma, um recurso do estado do Amazonas, que havia sido condenado ao pagamento de R$ 350 mil à família de uma menina morta por um policial militar em serviço.

Em primeira instância, a indenização havia sido fixada em cerca de 1.600 salários mínimos, mas o tribunal local reduziu o valor, destinando R$ 100 mil para cada um dos pais e R$ 50 mil para cada um dos três irmãos. O STJ manteve o valor, já que, devido às circunstâncias do caso e à ofensa sofrida pela família, não considerou o valor exorbitante nem desproporcional.

Já os incidentes que causem paraplegia na vítima

motivam indenizações de até 600 salários mínimos, segundo o tribunal. A subjetividade no momento da fixação do dano moral resulta em disparidades gritantes entre os diversos Tribunais do país.

Num recurso analisado pela 2ª Turma do STJ em 2004, a Procuradoria do estado do Rio Grande do Sul apresentou exemplos de julgados pelo país para corroborar sua tese de redução da indenização a que havia sido condenada. Feito refém durante um motim, o diretor-geral do hospital penitenciário do Presídio Central de Porto Alegre acabou paraplégico em razão de ferimentos. Processou o estado e, em primeiro grau, o dano moral foi arbitrado em R$ 700 mil.

O Tribunal estadual gaúcho considerou suficiente a indenização equivalente a 1.300 salários mínimos. Ocorre que, em caso semelhante, paraplegia, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais fixou em 100 salários mínimos o dano moral. Daí o recurso ao STJ.

A 2ª Turma reduziu o dano moral devido à vítima do motim para 600 salários mínimos, [26] mas a relatora do recurso, ministra Eliana Calmon, destacou dificuldade em chegar a uma uniformização, já que há múltiplas especificidades a serem analisadas, de acordo com os fatos e as circunstâncias de cada caso. Passado o choque pela tragédia, é natural que as vítimas pensem no ressarcimento pelos danos e busquem isso judicialmente.

Em 2002, a 3ª Turma fixou em 250 salários mínimos a indenização devida aos pais de um bebê de São Paulo morto por negligência dos responsáveis do berçário. [27] Assim foi fixado o limite de 250 salários para os casos de morte de filho no parto.

Caso semelhante foi analisado pela 2ª Turma neste ano. Por falta do correto atendimento durante e após o parto, a

criança ficou com sequelas cerebrais permanentes. Nesta hipótese, a relatora, ministra Eliana Calmon, decidiu por uma indenização maior, tendo em vista o prolongamento do sofrimento.

A morte do filho no parto, por negligência médica, embora ocasione dor indescritível aos genitores, é evidentemente menor do que o sofrimento diário dos pais que terão de cuidar, diuturnamente, do filho inválido, portador de deficiência mental irreversível, que jamais será independente ou terá a vida sonhada por aqueles que lhe deram a existência. A indenização foi fixada em 500 salários mínimos. [28]

O STJ reconheceu a necessidade de reparação a uma mulher que teve sua foto ao lado de um noivo publicada em jornal do Rio Grande do Norte, noticiando que se casariam. Na verdade, não era ela a noiva, pelo contrário, ele se casaria com outra pessoa. Em primeiro grau, a indenização foi fixada em R$ 30 mil, mas o Tribunal de Justiça potiguar entendeu que não existiria dano a ser ressarcido, já que uma correção teria sido publicada posteriormente.

No STJ, a condenação foi restabelecida [27a] a R$ 30 mil, limite então pacificado para casos de fofoca social. Um cidadão alagoano viu uma indenização de R$ 133 mil minguar para R$ 20 mil quando um caso de protesto indevido de seu nome chegou ao STJ. Sem nunca ter sido correntista do banco que emitiu o cheque, houve protesto do título devolvido por parte da empresa que o recebeu. Banco e empresa foram condenados a pagar cem vezes o valor do cheque, de R$ 1.333.

Houve recurso e a 3ª Turma reduziu a indenização. O relator, ministro Sidnei Beneti, levou em consideração que a fraude foi praticada por terceiros e que não houve demonstração de abalo ao crédito do cidadão. [29] Outra situação com limite pré-estabelecido é o disparo indevido de alarme antifurto nas lojas.

Já noutro caso, no ano passado, a 3ª Turma manteve uma condenação no valor de R$ 7 mil por danos morais devido a um consumidor do Rio de Janeiro que sofreu constrangimento e humilhação por ter de retornar à loja para ser revistado.

O alarme antifurto disparou indevidamente. Para a relatora do recurso, ministra Nancy Andrighi, foi razoável o patamar estabelecido pelo Tribunal local. [30] Ela destacou que o valor seria, inclusive, menor do que em outros casos semelhantes que chegaram ao STJ. Em 2002, houve um precedente da 4ª Turma que fixou em R$ 15 mil indenização para caso idêntico. [31]

Há casos, porém, que o STJ considera as indenizações indevidas. O STJ firmou jurisprudência no sentido de que não gera dano moral a simples interrupção indevida da prestação do serviço telefônico, [32] por exemplo. É indevida a indenização por danos morais em razão de acidente de trânsito, se demonstrado o descaso e desinteresse do pai para com sua filha, vítima de acidente. [33]

Os benefícios previdenciários não devem ser deduzidos da indenização, pois são pagos por pessoa diversa e a outro título. [34] A concubina tem legitimidade ativa para pleitear a indenização por danos causados ao companheiro, pois é equiparada à esposa, segundo as leis da previdência social. [35] É devido o 13° salário, que deve ser incluído na indenização, mesmo que não conste da petição inicial e que a vítima não o recebesse. [36]

> **Enunciado 491 STF**: É indenizável o acidente que causa a morte de filho menor, ainda que não exerça trabalho remunerado.

As causas mais comuns para provocar processos por danos morais, segundo o levantamento mencionado:

1. Falta de cumprimento de obrigações tratadas em contrato (Essa situação vai depender da análise do caso concreto, pois a jurisprudência entende que o mero descumprimento contratual não é passível de dano moral).

2. Suspensão indevida de fornecimento de energia elétrica ou água em virtude de cobranças antigas. (média de R$ 5.000,00) – STJ – AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL AgRg no AREsp 367928 PE 2013/0228997-2.

3. Delitos provocados por terceiros em instituições financeiras. (média de R$ 2.000,00 a R$ 5.000,00) – TJ-RJ – APELAÇÃO APL 00078152320138190023 RJ 0007815-23.2013.8.19.0023 (TJ-RJ).

4. Falta de notificação do devedor na inscrição de seu nome em órgãos de proteção ao crédito ou inscrição indevida. (R$ 5.000,00) – TJ-RJ – RECURSO INOMINADO: RI 00051408920108190024 RJ.

5. Utilização indevida de obra artística ou violação de direito autoral. (R$ 4.000,00 – R$ 15.000,00) – STJ – AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL: AREsp 686675.

6. Exposição de conteúdo ofensivo sobre pessoas na internet ou qualquer meio de comunicação. (R$ 5.000,00 – R$ 50.000,00) – TJ-MG – Apelação Cível: AC 10329120010189004 MG.

7. Erro médico, quando for demonstrada a culpa do profissional. (R$ 10.000,00 – R$ 360.000,00) – STJ RESP 85385.

8. Cobranças abusivas, sob ameaça, constrangedoras