

CFC - CONGRESSO

PERFIL CONTEMPORÂNEO DA RESPONSABILIDADE CIVIL

10 e 11 de novembro de 2014



ENAMAT

ESCOLA NACIONAL DE FORMAÇÃO E APERFEIÇOAMENTO
DE MAGISTRADOS DO TRABALHO



CFC

Curso de Formação Continuada

Arturo/ENAMAT/2014

Sumário

Abertura.....	2
Conferência de abertura: Responsabilidade civil contemporânea no Brasil - Luiz Edson Fachin	7
Atividades do dia 10 de novembro – à tarde	40
A evolução da responsabilidade civil - Cláudio Luiz Bueno de Godoy	40
Responsabilidade civil e Direito do Trabalho - José Affonso Dallegrave Neto	49
Quantificação da indenização por danos morais - Paulo de Tarso Vieira Sanseverino ...	59
Dano existencial: precificando lágrimas? - Eugênio Facchini Neto	72
Função punitiva da indenização por danos - Néelson Rosenthal	88
Atividades do dia 11/11 – manhã	113
Danos à pessoa - Maria Celina Bodin de Moraes	113
Responsabilidade civil objetiva e risco empresarial - Milena Donato Oliva	127
A responsabilidade civil por presunção de causalidade - Caitlin Sampaio Mulholland	136
Atividades do dia 11 de novembro – tarde.....	147
Segurança Empresarial: Controle Patronal x Dano Pessoal ao Trabalhador - Ipojuca Demétrius Vecchi.....	147
Exclusão da responsabilidade: caso fortuito interno e caso fortuito externo - Ana de Oliveira Frazão	157
Novos paradigmas da responsabilidade civil - Anderson Schreiber	170
Perspectivas constitucionais da responsabilidade civil e sua incidência nas relações trabalhistas - Gustavo José Mendes Tepedino	187

CFC – Congresso: Perfil contemporâneo da responsabilidade civil

Abertura

Ministro João Oreste Dalazen

Ex.^{ma} Sr.^a Ministra Kátia Magalhães Arruda, Vice-Diretora da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados do Trabalho, na pessoa de quem peço licença para cumprimentar todos os Ex.^{mos} Srs. Ministros que nos prestigiam nesta oportunidade. Ex.^{mos} Srs. Desembargadores, Srs. Juízes do Trabalho, Titulares e Substitutos, Srs. Professores, Sr.^{as} Professoras, senhoras e senhores, muito bom dia, antes de mais nada.

Nesta chuvosa manhã da Primavera do Planalto Central brasileiro, sumamente desvanecido e tomado de imensa alegria, declaro aberto o presente Congresso Perfil Contemporâneo da Responsabilidade Civil realizado pela Enamat. A atividade que ora se inicia, como se sabe, insere-se nos programas de formação continuada e de formação inicial, no caso também, já que temos alunos do 17.º Curso de Formação Inicial recém-iniciado há poucos instantes na Escola. É uma atividade desenvolvida pela Enamat, naturalmente em cumprimento de sua missão constitucional.

Antes de tudo, registro a honrosa presença, aqui ao meu lado, de nosso dileto amigo, eminente Professor Luiz Edson Fachin, que proferirá a conferência de abertura deste evento. Sejam também as minhas primeiras palavras de saudação cordial aos Srs. Ministros, Desembargadores e Juízes do Trabalho, que acorreram pessoalmente a este Congresso, bem assim a todos aqueles que o acompanham a distância, pela transmissão simultânea, via Internet, nas vinte e quatro Escolas Judiciais do País. Saúdo também os Servidores e Servidoras do Tribunal Superior do Trabalho que acompanham as atividades

deste Congresso a partir de sua retransmissão no Auditório da Enamat em prédio anexo a este. Apraz-me receber, abraçar e saudar a todos de forma viva e calorosa.

Senhoras e senhores, não me canso de afirmar e de reafirmar que não há Magistratura independente e preparada sem constante capacitação.

A Emenda Constitucional n.º 45/04, como se recorda, corroborou essa premissa ao instituir a Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados do Trabalho para funcionar junto ao Tribunal Superior do Trabalho. Daí se segue que, como sabemos, a aprovação em concurso público de provas e títulos para ingresso na Magistratura constitui apenas o pórtico de uma longa jornada de permanente estudo e contínua capacitação para a outorga da prestação jurisdicional, cada vez com mais qualidade e presteza.

O preparo dos candidatos ao desenvolvimento das atividades atinentes à Judicatura, atestado pelo concurso, dá início à fase de formação inicial dos Juízes novíços que têm sua parcela nacional desenvolvida aqui mesmo na Enamat, como sabemos, com duração de cinco semanas. A partir daí, os Juízes são e sempre serão exortados à formação contínua, à capacitação permanente, se preferirem, para cada vez mais e melhor prestarem o serviço público de distribuição de justiça essencial em um Estado Democrático de Direito.

A realização deste Congresso, senhoras e senhores, insere-se no esforço da Enamat para dar cumprimento à missão constitucional que lhe foi confiada. Se o escopo e o dever primacial da Enamat é propiciar a formação permanente ao Magistrado do Trabalho, forçoso convir que não poderíamos eleger para estudos e debates tema de maior importância e atualidade que as questões sobre responsabilidade civil. A bem da verdade, a relevância do tema é conhecida de há muito na Justiça do Trabalho. Sabemos que a relação de emprego sempre foi um campo fértil em que viceja o dano, seja patrimonial, seja moral, seja estético. Isso se prende sobretudo a uma característica do contrato de emprego que todos bem conhecemos. É um contrato de trato sucessivo, cujas prestações fundamentais renovam-se continuamente com o decurso do tempo. Claro está que essa característica favorece a ocorrência de dano, particularmente material e moral, seja o dano causado pelo empregador

ao empregado, seja o dano causado pelo empregado ao empregador. Some-se a isso o entendimento assente em doutrina e jurisprudência de que o empregado não se despoja de quaisquer das garantias e atributos da personalidade e de sua cidadania, como qualquer pessoa natural, a despeito de eventualmente vestir o uniforme de trabalho. Evidentemente, o empregado, também cidadão, ostenta antes e sempre os direitos atinentes à individualidade e à personalidade, dentre os quais sobrepõe a garantia de respeito à dignidade, proclamada pelo art. 1.º, inciso III, da Constituição.

De outro lado, as questões sobre responsabilidade civil no Direito do Trabalho, como sabemos, passaram a revestir-se de relevância ainda maior na esfera trabalhista a partir da Emenda Constitucional n.º 45, de 2004, em que se reconheceu, como ninguém ignora, a competência material da Justiça do Trabalho para equacionar as lides entre empregado e empregador sobre indenização por dano moral, ou material ou estético advindos de acidente de trabalho ou de doença profissional a ele equiparado.

Não surpreende hoje o fato objetivo de haver em quase todas as ações trabalhistas, como sabemos, um pedido de indenização fundado na responsabilidade civil, seja de empregador, mais comumente, seja de empregado, mais raramente. Todos enfrentamos hoje, diuturnamente, nos três graus de jurisdição da Justiça do Trabalho brasileira, lides que envolvem a identificação dos limites de responsabilidade civil dos sujeitos da relação de emprego. No exercício da judicatura trabalhista, todos nos defrontamos, todos os dias, com questões instigantes de responsabilidade civil, tudo a exigir uma reflexão mais aguda e aprofundada.

Questões tais como: qual o conceito de atividade de risco para efeito da responsabilidade civil objetiva do art. 927, parágrafo único, do Código Civil? Apura-se, à luz da natureza do ofício ou atividade do empregado, atividade econômica da empresa? Qual o moderno conceito de dano moral? Ele identifica-se com o sofrimento espiritual da vítima, com a necessária presença de sofrimento espiritual da vítima? Essa associação entre dano moral e sofrimento psíquico para efeito de caracterização da lesão moral é adequada, é correta, persiste tecnicamente na doutrina contemporânea? É dano moral a depressão advinda da despedida sem justa causa ou o sofrimento advindo do desemprego, como já se decidiu? A

reversão judicial de justa causa por suposto ato de improbidade atribuído ao empregado e não provado em juízo caracteriza automaticamente lesão moral passível de indenização? A exigência de certidão negativa de antecedentes criminais, como critério de admissão no emprego, ou de manutenção do emprego caracteriza lesão moral, ainda que a certidão seja positiva? A infração a uma obrigação trabalhista, ainda que grave, como a de pagar salário, traduz dano moral? O acesso a ocupações específicas pode subordinar-se a determinados caracteres físicos dos postulantes sem tipificar dano moral por discriminação? A exigência de boa aparência física de uma candidata ao cargo de comissária de uma companhia aérea traduz uma discriminação justa não tipificadora de lesão moral? Em termos de dogmática, além do dano moral e do material, podemos falar em novas categorias autônomas de dano, a exemplo do dano psíquico, sexual e à pessoa, mais genericamente? O fortuito interno também é excludente de causalidade, pois de responsabilidade civil? Em caso de responsabilidade civil patronal por acidente de trabalho, justifica-se o acolhimento da pensão do art. 950 do Código Civil, em caráter vitalício, uma vez constatada a incapacidade laboral permanente? Ou não se justifica acolher em caráter vitalício, mas tampouco limitar, até determinada faixa etária, porque a pensão é condicional devida ser e enquanto perdurar a incapacidade laboral permanente e pode sobrevir a recuperação da vítima?

Eis aí, Professor Fachin, apenas à guisa de ilustração, algumas de muitas milhares de questões tormentosas e atormentadoras com que nos defrontamos rotineiramente no exercício da judicatura trabalhista. Como lhe dizia ontem, as nossas pautas, nos Tribunais e nas Varas, estão repletas de temas dessa natureza. De sorte que a centralidade de temas desse jaez, entre miríades de outros, passaram a ostentar também para a Justiça do Trabalho. Mais que estimular essa centralidade exige-se do Magistrado do Trabalho conhecimento e reconhecimento profundo das regras, conceitos e institutos contemporâneos da responsabilidade civil.

Precisamente essa vastíssima casuística da responsabilidade civil, no campo do Direito do Trabalho, com uma jurisprudência, Professor Fachin, que, muitas vezes, hoje, não é convergente, é paralela, sobre os mesmos temas, à jurisprudência do nosso egrégio Superior Tribunal de Justiça. Pois bem, tudo isso nos animou e mesmo nos impeliu a

promover este Congresso, a fim de analisar e debater as distintas facetas do complexo e fascinante tema da responsabilidade civil, mediante uma visão contemporânea do instituto. Senhoras e Senhores, decerto, grande será o proveito na capacitação dos Magistrados, das intervenções, da investigação e dos debates.

Renovo meus agradecimentos aos Professores e auguro que o Congresso corresponda às expectativas de todos os participantes, como faz crer o curriculum de todos os palestrantes e conferencistas convidados.

Nesta oportunidade, como já anunciado, prestigia-nos e honra-nos com sua presença, cultura jurídica e afabilidade pessoal o eminente Professor Luiz Edson Fachin que proferirá a conferência de abertura deste Congresso, sobre o tema: Responsabilidade Civil Contemporânea. Rigorosamente - perdoem-me o lugar comum -, o Professor Fachin dispensa apresentação, tal a notoriedade do eminente Mestre. Todavia, como uma homenagem a S. Ex.^a, lembro os senhores de que S. Ex.^a é Professor Titular de Direito Civil na Faculdade de Direito, da Universidade Federal do Paraná. Também já lecionou em inúmeras outras faculdades e na Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Graduado em Direito pela Universidade Federal do Paraná, em 1980, obteve os títulos de Mestre e Doutor pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Concluiu o Pós-Doutorado no Ministério das Relações Exteriores do Canadá. S. Ex.^a foi Procurador do Estado do Paraná e atua como Advogado. O Professor Fachin busca conciliar a advocacia com o magistério, o que é muito difícil. S. Ex.^a integra a Academia Brasileira de Direito Civil; o Instituto dos Advogados Brasileiros; o Instituto dos Advogados do Paraná; e preside, atualmente, a Academia Paranaense de Letras Jurídicas, em que somos confrades para meu particular desvanecimento. Ainda, pesquisador convidado do Max-Planck-Institut für Ausländisches und Privatrecht, de Hamburgo – Alemanha; Professor visitante do King's College London. Aliás, S. Ex.^a visita a Alemanha, com frequência, nos últimos três anos. Trata-se de visita em atividade de pesquisa no referido instituto, e vai voltar, daqui a uma semana, a Hannover, em nova atividade de pesquisa. Foi colaborador do Senado Federal na elaboração do Código Civil de 2002. Igualmente, oriundo e ex-colega da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, senhoras e senhores, permito-me prestar um testemunho desnecessário, mas que considero

pertinente. Sou testemunha, sim, da imensa admiração e respeito que o Professor Fachin granjeou no seio acadêmico, mercê de aulas memoráveis e envolventes, marcadas pela absoluta correção didática e admirável densidade de conteúdo. Dentre as diversas contribuições de S. Ex.^a, também importantíssimas para o enriquecimento da literatura jurídica brasileira, eu gostaria de destacar algumas obras: Os *Comentários ao Código Civil*, de 2002, na parte do Direito das Coisas; os *Comentários ao Código Civil Brasileiro*, no campo do Direito de Família; *a Teoria Crítica do Direito Civil*, de 2012; e, mais recentemente, uma contribuição importantíssima que S. Ex.^a deu na atualização de dois volumes do monumental *Tratado do Direito Privado*, de Pontes de Miranda, em que S. Ex.^a ficou responsável pela atualização dos capítulos referentes à posse e à propriedade. Merece especial realce, ainda, a tese apresentada para o concurso de Professor Titular de Direito Civil da Universidade Federal do Paraná, em 1999, com a qual o Professor Fachin conquistou o cargo, denominada *Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo*. Hoje, essa obra é referencial, clássica, no Direito brasileiro e constitui pedra angular sobre qualquer discussão acerca da dignidade da pessoa humana entre nós.

Enfim, senhoras e senhores, já falei em demasia. Sobretudo, quero ressaltar que nosso convidado é, sem favor algum, um civilista de escol que honra e dignifica as letras jurídicas e o magistério nacional. Alio a tudo isso, como é próprio das pessoas verdadeiramente grandes, a extrema afabilidade e humildade no trato. Para nós, é um imenso regozijo receber o Professor Fachin. Portanto, com prazer e honra, concedo a palavra a S. Ex.^a para a conferência de abertura deste Congresso. Esclareço que, ao final, S. Ex.^a, gentilmente, dispôs-se a responder perguntas dos participantes. Desse modo, as perguntas poderão ser encaminhadas por escrito à Mesa. Tem a palavra o Professor Fachin.

Conferência de abertura: Responsabilidade civil contemporânea no Brasil

Luiz Edson Fachin

Senhoras e senhores, prezado Ministro João Oreste Dalazen, a quem muito agradeço, não apenas o honroso convite, mas a afabilidade, a generosidade imensa das palavras, e também cumprimento a Ministra Kátia Magalhães Arruda.

Cumprimento todos os presentes, permitindo-me saudar a todos, em nome do meu amigo Ministro Luiz Philippe Vieira de Mello Filho.

Quero enaltecer a iniciativa e a oportunidade deste evento e lhes pedir licença para, inicialmente, fazer uma confissão de índole paroquial. Quando recebi o convite e vi a sigla “CFC”, imaginei de início que era um pedido de socorro que vinha em direção alviverde como eu de um time à beira do rebaixamento. Supus que o glorioso Coritiba Futebol Clube demandava ajuda. Esta impressão durou menos de uma fração de segundo, e se agrava com o conjunto das perguntas que o Ministro Dalazen de maneira acutíssima traz à colação nesta manhã. E conclui-la como reitero a conclusão, agora, de quem precisa tomar cuidado para não ir à zona de rebaixamento é o palestrante, tendo em vista, obviamente, a complexidade do tema que se coloca para a nossa reflexão.

É evidente que a questão atinente à responsabilidade civil é um desses motores, pilares que estão no centro do governo jurídico das relações sociais, de um modo geral, e interprivadas, de um modo especial. E, portanto, vencida esta confissão paroquial prévia e começando a adentrar nesta catedral temática, que é esta questão atinente aos limites e possibilidades da responsabilidade civil contemporânea, permito-me trazer à colação um dos desafios que está precisamente na metáfora do leito de Procusto.

Durante muito tempo, o Direito seguiu uma máxima, segundo a qual a sua função seguia uma determinada forma preestabelecida. Esse Direito concebido, aqui, quer como sinônimo de ordenamento jurídico ou de pensamento jurídico, quer como sinônimo de jurisprudência, este Direito moldou, nos séculos XVIII e XIX, o modo de ser e de estar que encontrou seu ícone na ideia de codificação. E a ideia, pois, não por acaso, o projeto e a consolidação – o esboço de Teixeira de Freitas tinha mais de quatro mil artigos - era que a forma-código desse aprioristicamente conta dos fatos sociais. E se os fatos sociais não se amoldassem a essa moldura não seriam exatamente fatos que interessariam direta e imediatamente ao Direito.

Esta ideia segundo a qual, portanto, a função do Direito segue a forma foi seguramente a aplicação mais direta e imediata da metáfora do leito de Procusto.

Como todos sabemos, na estrada - pelo menos na Mitologia, assim se infere -, entre Atenas e Elêusis, havia este, digamos, salteador, como dizem alguns livros da literatura mitológica, Procusto, que aprendia as vítimas e no seu leito de ferro as colocava deitadas e as que fossem menores que o leito, ele esticava para que elas alcançassem o tamanho do leito, e aquelas em que sobrava parte das mãos ou dos braços e das pernas, ele cortava, para que também se amoldassem ao leito. Esta ideia, portanto, de que a forma governa a substância é, na verdade, algo que se pode inferir desta pequena metáfora para dizer da complexidade contemporânea, onde a forma segue a função, não obviamente sem paradoxos, contradições e, evidentemente, controvérsias.

É por isso que pensar nesse tema, a rigor, é, antes de tudo, um desafio para uma atividade essencial da vida humana e da vida jurídica, em especial, que é interpretar, que integra obviamente o ato de julgar. Para dar conta desta nossa reflexão para a qual preciso de uns cinquenta e dois minutos e trinta e oito segundos - creio que será suficiente e lhes peço a paciência para isso -, procurarei dividir a exposição que ora segue em cinco seguimentos, fundamentalmente.

O primeiro trata de alguns pressupostos da responsabilidade civil. Eis que no nosso modo de ver, como este tema é um tema central no Direito, portanto, na jurisprudência, no pensamento jurídico, naquilo que chamamos de teoria e prática do Direito, parece-me que quem emerge sob a responsabilidade civil dando uma dada direção, esta direção está dada, antes, na visão que este intérprete tem não apenas do ordenamento jurídico em si, como também de uma visão de mundo. Portanto, tratarei desses pressupostos da responsabilidade civil. Em segundo lugar, como se configura contemporaneamente a responsabilidade civil, ou seja, esta travessia que se operou da estrutura do ato ilícito para o dano injusto. Em terceiro lugar, os problemas teórico-práticos que emergem desta travessia, ou seja, migramos de uma segurança jurídica formal, em que a função obedecia à forma, para uma forma que obedece à função e que, obviamente, problematiza e traduz-se em controvérsia e instabilidade no plano da aplicação e da compreensão do Direito. Trataremos, então, desses problemas. Em quarto lugar, tomarei a liberdade de indicar algumas propostas de enfrentamento desses problemas, algumas propostas de reflexão que procuram dar conta desta

ordem de ideias. E por último, parece-nos imprescindível que tratemos do papel do julgador no âmbito da responsabilidade civil. São esses cinco seguimentos, e permito-me principiar pelo primeiro, dizendo que, no âmbito dos pressupostos da responsabilidade civil, parece-nos que há o que poderíamos designar de seis giros paradigmáticos da responsabilidade, ou seja, seis alterações de fundo em torno do tema da responsabilidade.

A primeira dessas alterações é a travessia que se operou de uma preocupação conceitual com a responsabilidade civil para uma preocupação de natureza pragmática com a responsabilidade civil. Dito de outra forma: muito mais do que pensar-se como se pensava na configuração tradicional ou clássica do Direito, cuja preocupação central era definir os conceitos essenciais que, abstratamente e aprioristicamente, davam conta dos fatos da vida esse primeiro giro paradigmático vai da abstração à concretude. E nesta medida, a operação jurídica, menos agora, do que dar respostas prontas e acabadas que procuram explicitar de modo isento de dúvida o significado dos significantes que integram a teoria e a prática do Direito, agora, a preocupação é mais com o resultado jurídico-prático desta operação.

Em outras palavras, esta travessia que vai do conceito ao fato, da abstração à concretude, leva, inclusive, a mudanças até mesmo do ponto de vista didático-pedagógico. Hoje, ao início das aulas de Direito Civil, os Professores que estão iluminados por esse primeiro giro paradigmático, muito mais do que ensinar os elementos que compõem ontologicamente a relação jurídica, se preocupam em verificar do ponto de vista dos efeitos a presença que esses elementos têm na dimensão teórico-prática do Direito. Ou seja, mais importante do que definir o elemento “garantia”, por exemplo, na relação jurídica, é saber do ponto de vista prático o que este elemento de garantia responde do ponto de vista do conceito concreto do justo para o caso concreto, do conceito do Direito como resposta razoável e adequada aos conflitos sociais.

O segundo giro que está nos pressupostos dessa nossa ordem de ideias diz respeito ao papel do julgador.

Vale dizer: o ordenamento jurídico, tradicional ou clássico, portanto, que, no nosso entender, vai até meados do século XX, colocava como grande desafio da operação jurídica um raciocínio de índole lógica e dedutiva. Em outras palavras, nós nos habilitávamos aos pressupostos do silogismo lógico-dedutivo para encontrar a premissa maior, a premissa menor, e daí do ponto de vista lógico-formal extrair uma conclusão. Isso, de certo modo, respondia pela metodologia da subsunção. Portanto, nesta percepção tradicional ou clássica, que está deste primeiro lado da margem, a aplicação da interpretação jurídica era, a rigor e ao cabo, uma interpretação que correspondia ao aplicar ao fato um conjunto de sentidos aprioristicamente inseridos no ordenamento jurídico. A tarefa do intérprete, ao dar a solução concreta, não era construir a norma para o caso concreto, mas descobrir, através de uma operação lógica, o sentido de que, na proclamação legislativa, estava encartado naquela ordem de ideias.

Essa travessia que se opera, quer estejamos de acordo ou não, obviamente já se operou. Essa travessia, portanto, operada, vai encontrar contemporaneamente outro desafio, que, na metodologia interpretativa, designa-se metodologia tópico-sistemática, ou seja, compreendemos que, na verdade, a compreensão, por assim dizer do ordenamento jurídico, é uma dimensão complexa que se recheia de elementos tópicos, ou seja, de um conjunto de significantes. Nisso o Ministro João Oreste Dalazen, em suas diversas argutas questões, deu inúmeros exemplos de significantes, como, por exemplo, dano moral, atividade de risco.

Esses significantes demandam significados. Ao demandarem significados, esses significados são encontrados pela força construtiva dos fatos. Esses fatos mesmos, iluminados por uma complexidade quase repetível de circunstâncias concretas e cuja solução, para ser tópico-sistemática, precisa ser encontrada pelo intérprete julgador dentro do sistema jurídico por evidente, eis que aí está seguramente o nosso limite. Portanto, esse segundo giro também está nos pressupostos dessa ponta do *iceberg*, que a Justiça do Trabalho encontra hoje na responsabilidade civil. É que na base desse *iceberg* é de outro *iceberg* que se trata, não mais daquele construído à luz de uma racionalidade formal lógico-dedutiva, mas de um *iceberg* complexo, multifacetado e revestido de uma complexidade tal que demanda

concretamente uma nova consideração tópico-sistemática e de um julgador - quer queiram ou não; estejamos ou não de acordo – que se alça também como protagonista da construção da solução para o caso concreto. Isso significa, do ponto de vista prático, dizer que quem julga, obviamente, não faz lei, mas quem julga emite, pelo seu poder normativo, a solução para o caso concreto, encartada, obviamente, dentro do sistema jurídico.

O terceiro giro, que está no âmbito desses pressupostos, é a travessia daquilo que se chamou e que é de uma importância transcendental ampla, tanto quanto o céu da Amazônia em dia em que não há queimada e há uma boa visibilidade, ou seja, é o conceito de segurança jurídica formal. É um conceito importantíssimo que, na sua densa verticalização, gira, migra para um conceito que designamos de segurança jurídica substancial. Em outras palavras, a solução dada ao caso concreto almeja, e deve mesmo almejar, segurança jurídica, mas não uma segurança jurídica colocada no sentido clássico tradicional, que era uma segurança jurídica formal de obediência a uma dada forma preestabelecida, mas sim de uma busca dentro do sistema jurídico a um resultado justo e equidoso, que, mediante uma fundamentação racional e própria, despida de pré-compreensões o máximo quanto possível, dê àquele caso o significado que os significantes dos fatos sociais desafiam a interpretação e aplicação do direito.

Um quarto giro é o giro que se operou da responsabilidade à solidariedade. Só esse elemento obviamente seria tema para uma prosa mais alongada. Evidentemente, migramos da ideia de que o direito subjetivo corresponde a deveres jurídicos. Vale dizer que a liberdade limita o direito no sentido de entender que o direito subjetivo próprio é aquele que tem um dever correspondente e, portanto, nasce daí a ideia da responsabilidade. Aos poucos, percebe-se que essa responsabilidade não é apenas uma responsabilidade insular. Sem afastá-la, vai migrando para uma compreensão, como escreveu, não faz muito tempo, o Professor Fernández Sessarego, um grande nome do Direito Civil do Peru, para uma responsabilidade de natureza coexistencial. Nós, por mais vocação de Robinson Crusoe que tenhamos, não vivemos só. Mesmo na solidão, ela já é um exercício que o ermitão faz de exclusão do outro. Portanto, para se estar só, pressupõe-se que os outros ali

não estejam; os outros, não estando ali fisicamente, estão simbolicamente, porque, ao não estarem, estão, porque excluídos foram.

Isso significa que, no limite, a coexistencialidade é uma marca da nossa vivência em sociedade contemporânea. A ideia de responsabilidade migra da individualidade para a coexistencialidade, do dever jurídico individual para a solidariedade, mediante numerosos exemplos e dentre eles, obviamente, a crescente tendência de objetivação da própria responsabilidade.

O quinto giro, indicado numa obra magistral do grande pensador italiano Norberto Bobbio, é o giro da estrutura para a função, quiçá tenhamos, não só no pensamento jurídico, mas no pensamento das chamadas ciências humanas, por assim dizer, de um modo geral, a principal constatação que se operou e se reconheceu nomeadamente, em meados do século XX para cá, ou se quisermos colocar uma data, de 1948 para cá, quando a humanidade obviamente reescreveu boa parte dos seus pressupostos de convivência na comunidade internacional, coincidência nas relações interprivadas.

Este giro da estrutura para função é o que na verdade faz, no plano da teoria jurídica, deixarmos aquilo que tradicionalmente se designa de modernidade, sinônimo de uma compreensão clássica e tradicional do Direito, portanto, moderno é o pretérito, para a contemporaneidade, que no Brasil se instala de 1948 para cá. Aliás, se me permitem abrir uma nota de rodapé mental, no final dos anos quarenta do século passado, o primeiro texto chamando a atenção para a centralidade da Constituição foi de Clóvis Beviláqua. Portanto, é de muito antes da Constituição Federal de 1988.

A ideia desta mudança obviamente não deriva necessariamente de um diploma formal a que atribuamos o nome de Constituição. Ela deriva da constituição material da sociedade que, de um modo geral, deu-se especialmente depois da Declaração de 1948 para cá. Fechando essa notinha, a sexta e última dessas travessias que estou a lhes indicar é, na verdade, a travessia que se deu precisamente daquela concepção singular, de uma concepção quase monolítica que tínhamos também da sociedade, para uma compreensão aberta e plural da sociedade. Em outras palavras, hoje, mais difícil do que antes, é para um

professor de Direito Civil chegar ao terceiro ano da faculdade e dizer aos alunos que este ano iremos estudar o contrato. Contrato é... Talvez tenhamos de fazer como Pontes fazia. Com a linguagem telegráfica e sincopada, Pontes talvez dissesse que “contrato é”. Ou seja, encontrar aí um significado exauriente para o significante contrato corresponde, contemporaneamente, dizer que só há um sentido possível do que estamos a dizer, uma das marcas da sociedade contemporânea, quer queiramos ou não, porque a história nem sempre nos consulta. Aliás, quando nos consulta, às vezes, nem nos ouve. Enfim, tem o seu curso de acordo com as condições materiais de fatos e circunstâncias que não dependem necessariamente da nossa vontade.

Portanto, nesta ordem de ideias, vivemos numa sociedade hipercomplexa, em que de certo modo o princípio da não contradição aristotélico é arrostado por diversas vezes, mesmo no Direito, quando alguém já não mais sendo o que é pode ainda ser aquilo que deixou de ser. É o caso, por exemplo, de uma dívida de obrigação civil que se torna pela prescrição uma obrigação natural, em que o devedor não o é mais; devedor continua sendo, porque, se pagar, não pode pedir a restituição daquilo que pagou e que já não tinha mais a obrigação de pagar. Portanto, é uma espécie de uma zomba do princípio da não contradição, em que alguém não sendo o que mais não o é pode vir a ser mesmo não o sendo. Isso revela, por óbvio, a complexidade que vivemos no Direito e também na base das relações sociais, tais como elas hoje se apresentam.

Por isso, colocados esses seis giros, talvez caiba fazer a pergunta que um jurista belga - não faz muito tempo -, François Ost, fez num belíssimo artigo em que ele, no título do artigo, lançava uma interrogação, uma pergunta mesmo, e não uma daquelas questões retóricas que às vezes formulamos e que a pergunta, a rigor, já contém ela mesma a resposta. Normalmente, fazemos isso com os filhos, fazemos uma pergunta e ele já sabe qual é a resposta que o pai quer ouvir. Enfim, François Ost, fazendo uma pergunta verdadeira e própria nesse texto, indagava - e indaga a todos nós: “Qual jurisprudência, para qual sociedade?”

Em outras palavras, é claro, aqui, como sabemos, abrindo outra pequena nota de rodapé mental, o vocábulo jurisprudência, em numerosos países, tem um

sentido um pouco diverso do que temos no Brasil. Jurisprudência aqui não é apenas o conjunto reiterado e uniforme de uma dada orientação em um dado tema exposto por um tribunal como última palavra, jurisprudência, aqui, é mais do que isso, é sinônimo, a rigor, de racionalidade ou de pensamento jurídico. Então, qual a jurisprudência, qual o pensamento jurídico, para qual sociedade? Ou seja, o que ele está a pensar é sobre uma crise interessante que vivemos contemporaneamente em todos os países da família romano-germânico-ocidental. Isso não se dá apenas na Europa. Não obstante haja um oceano cultural entre nós, a Bélgica e os outros países europeus, esse oceano cultural não mitiga algumas constatações evidentes, que são as nossas raízes semelhantes do ponto de vista da formulação do pensamento jurídico. E como temos sistemas jurídicos do *Civil Law* semelhantes, não raro, enfrentamos crises também parecidas.

Ele indica duas crises interessantes que vivenciamos para responder essa pergunta. Uma, diz ele, é a crise interna, ou seja, a crise que se passa dentro do próprio Direito. Em outras palavras, é a crise da formação jurídica. Passamos alguns anos na faculdade, depois somos aprovados num concurso público e, aí, gentilmente, a escola dirigente nos chama para uma formação continuada. Portanto, todos nós temos o primeiro desafio de saber se a nossa formação e o nosso aperfeiçoamento continuado se dirigem para o exercício das funções, tendo em mira qual sociedade na qual estamos inseridos. Obviamente, como dissemos, não vivemos insularmente; essa coexistencialidade significa que, a cada despacho, a cada decisão ou a cada texto que a literatura jurídica publica, todos nós temos uma grande responsabilidade, porque todos nós, *lato sensu*, exercemos uma atividade educativa.

O juiz que bem decide educa os seus jurisdicionados, o autor que na doutrina bem escreve e não escreve apenas para preencher páginas em branco e vender manuais, que, ao invés de criarem ideias, apenas reproduzem conceitos, esse doutrinador também exerce a sua atividade educativa. Isso significa, portanto, que essa primeira crise interna, que é uma crise positiva, interroga-nos sobre a formação que estamos tendo do ponto de vista didático, pedagógico, dos cursos que frequentamos, da estrutura curricular e das carreiras jurídicas às quais nos destinamos.

A segunda crise, diz François Ost, é uma crise exógena, ou seja, todos nós que operamos com o Direito, sejamos integrantes do Poder Judiciário de uma maneira direta e imediata ou não, operamos num dado Estado, não apenas numa dada Sociedade, mas num Estado que, a rigor, é a moldura daquela dada Sociedade. Portanto, essa migração, pelo menos teórica que se fez nos países das famílias romano-germânico-ocidentais do assim denominado estado liberal para o estado social, trouxe - diz ele - uma salutar crise positiva para o papel do julgador. Ou seja, ao juiz agora se reclama remédio. Antes, o fornecimento desse tipo de medicamento se reclamava apenas direta e imediatamente ao Estado. Agora, o Estado também é o Estado-Juiz.

Aí, advém uma complexidade imensa para saber até que ponto vai a espacialidade da jurisdição, até que ponto vai a espacialidade das políticas públicas, que, no Estado social, nomeadamente, num Estado inadimplente, em muitos aspectos, é, evidentemente, o caso do Brasil, de um Estado que tem dado passos importantes, mas continua inadimplente em numerosos aspectos relevantes, é claro que o exercício da cidadania bate às portas do Poder Judiciário, gerando, evidentemente, uma demanda por uma nova engenharia jurídica para a qual nem mesmo estamos preparados para responder a esses conjuntos de fenômenos que a complexidade da sociedade apresenta.

Ora, não é à toa que, nesses últimos tempos, têm feito um sucesso tremendo entre nós obras e formulações teóricas na Teoria do Direito falando da recuperação mitológica de determinadas figuras para explicar o papel do juiz. A mais óbvia delas, uma mais conhecida, até mesmo em função da divulgação que houve no Brasil, foi a da figura do chamado Juiz-Hércules, a partir dos estudos de Ronald Dworkin, dizendo que, do juiz, exigem-se os doze trabalhos de Hércules. Poucos se perguntam efetivamente o que é que ao juiz se oferta para que ele faça os doze trabalhos de Hércules. Em outras palavras, essa recuperação mitológica, na verdade, enxerga apenas uma ponta relevantíssima desse problema, mas que não esgota. Outros falam do Juiz-Júpiter. Portanto, a mitologia acaba obviamente comparecendo. Se for para fazer evidentemente uma opção mitológica, ainda estou entre os clássicos mais dinossáuricos e fico com o Juiz-Hermes, ou seja, a hermenêutica ainda é, quiçá, o campo em que nós, dentro do ordenamento jurídico e nos seus limites e

possibilidades, tentamos navegar nesse mar revolto que é evidentemente o Direito contemporâneo.

Esse mar revolto faz lembrar *O Conto da Ilha Desconhecida*, do Saramago. Para quem leu, relembro que a historieta conta que alguém queria um barco para alcançar a ilha desconhecida, e o rei, depois de tantos pedidos, numa dada manhã, resolve atender e deferir. Na verdade, ele estava pedindo acesso à jurisdição. Aí, o Estado-Juiz, simbolicamente ali colocado por Saramago como o rei, certo dia, defere o pedido. Os que estavam no porto veem o barco saindo, perguntam para onde ele vai e observam que estava escrito *Ilha Desconhecida*. Portanto, ao invés de um paradeiro, antes de tudo, o destino é um método. É essa a grande travessia que na racionalidade da nossa formação jurídica se coloca contemporaneamente.

Navegar no mar revolto não é a qualquer custo e, se possível, rapidamente, “macdonaldizando” a solução jurídica para, em vinte e dois segundos, apresentar algo aparentemente apetitoso cujo valor nutritivo é próximo a zero, mas que presta contas a uma celeridade formal. Não é disso que se trata. Portanto, não se trata de alcançar a qualquer custo o outro lado da margem, trata-se de estabelecer, com segurança jurídica material, material porque tem compromisso com o resultado concreto da sua proclamação, um método dentro do sistema jurídico encontrando as soluções, portanto, intrassistematicamente e reconhecendo que esse sistema jurídico é submetido àquilo que o Professor Fernando Noronha, na sua tese de doutoramento na USP, usou uma expressão curiosa, dizendo que essas relações são submetidas a *input* e *output*, ou seja, num português mais castiço, diríamos entradas e saídas. Ou seja, há um diálogo permanente do sistema jurídico com o sistema social. Às vezes, é o Direito que avança para dar determinadas luzes que o conjunto das relações sociais ainda não apresentou – e aqui a importância no Direito Constitucional e no controle de constitucionalidade das tutelas contramajoritárias, porque um elemento essencial da democracia é evidentemente que o governo da maioria não esmague a minoria. Portanto, isso significa que às vezes o Direito tem esta posição mesmo de freio e, para isso, é preciso uma corte constitucional que diga a que veio e coloque esses limites e algumas possibilidades.

E, por outro lado, obviamente, nessa ordem de ideias, além dessas entradas e saídas, há também o diálogo que certamente constrói os limites em face dos quais o Direito deve responder a essas novas demandas sociais. Portanto, toda essa complexidade abre mão da força construtiva dos fatos no seu sentido formal, mas acolhe os fatos na sua dimensão substancial e isso foi objeto, como sabem, de um grande estudo traduzido no Brasil, chamado *Verdade e Método*, de um pensador alemão de nome Gadamer, como conhecem. E é daí que emerge o que ele chamou de círculo hermenêutico. Em outras palavras, a fixação de um determinado resultado leva em conta necessariamente esse diálogo entre o Direito e a sociedade. Quem diz o que diz, dizendo da maneira que diz, presta contas. Evidentemente, é o seu mundo exterior. E disso os destinatários integram, muitas vezes, até mesmo por uma predefinição, o sentido hermenêutico que se dá a um dado significante.

Por exemplo, definir o que é risco na responsabilidade civil compreende este diálogo para uma sociedade em desenvolvimento. Dizer-se, por exemplo, que é risco o risco do desenvolvimento. Se uma indústria farmacêutica responde pelos danos gerados com pacientes submetidos a um tratamento experimental, há risco no risco do desenvolvimento. Ou seja, essa ordem de ideias corresponde a dizer que tipo de sociedade nós queremos e quais são os limites e as possibilidades da chamada tecnociência.

Portanto, dito isso, e vencido com alguma mora o primeiro segmento dos cinco que eu queria lhes dizer, esses me parecem que são os pressupostos metodológicos para que cheguemos, por assim dizer, ao tema da responsabilidade civil propriamente dito. Não me alongarei. No tema dir-lhes-ei apenas uma das percepções que tenho sobre o que se chamaria de responsabilidade civil contemporânea. Do meu modo de ver, a responsabilidade civil contemporânea vem a ser o conjunto de instrumentos e meios de reparação e prevenção do dano injusto. Como percebem, não está aí mais a figura do ato ilícito nessa compreensão. O dano injusto pode pressupor uma ilicitude ou não. Portanto, estamos a falar de algo que, quiçá, precisa também tomar aqui em conta a velha e boa advertência de Max Weber que dizia que em dados temas precisamos tomar cuidado para não nos prendermos na ética da convicção e deixar de lado a ética da responsabilidade. Ou seja, o que estou lhes dizendo, muito mais do que ser a convicção do que tenho, embora seja esta, é

mais o reconhecimento que, independentemente da nossa vontade, tem-se operado na proclamação concreta da nossa jurisprudência, ainda que oscilante, da literatura jurídica, ainda que claudicante em alguns aspectos, e na nossa legislação que também, obviamente, pode ser paradoxal. É aquilo que o Professor Anderson Schreiber, que estará com os senhores aqui amanhã, designou de proteção dos interesses merecedores de tutela, ou seja, os destinatários de um dano injusto são os destinatários de uma proteção de interesses que merecem tutela. E esses interesses que merecem tutela e essa tutela, obviamente, pode ser encimada numa prevenção, ou seja, aqui há todo o caminho da precaução ou mesmo, obviamente, na reparação. É por isso que a responsabilidade civil, que é de longe o campo que nas relações interprivadas se mostra mais sensível à dinâmica da vida, e da vida em sociedade, apresenta a noção de dano como uma noção essencial para a configuração contemporânea da responsabilidade civil.

Nesse sentido, então, em relação ao tema, parece-nos que podemos indicar sumariamente três diretrizes que o conformam.

A primeira dessas diretrizes é, na verdade, um conjunto expressivo de presunções de causalidade. Portanto, uma superação da noção tradicional do nexo causal como corolário daqueles seis giros paradigmáticos a que me referi como pressupostos. Neste ponto temos como consequência também, digamos assim, uma repaginação, para usar uma palavra da moda que lemos nas revistas que estão na antessala do consultório do dentista. De quando em quando as pessoas se repaginam. E os institutos jurídicos também. Então, há certa repaginação do nexo de causalidade com o surgimento e desenvolvimento de presunções de causalidade e o desenvolvimento da imputação objetiva que em hipóteses excepcionais pode até mesmo prescindir do nexo formal de causalidade, queiramos ou não. Tanto a Justiça do Trabalho quanto a Justiça Comum - obviamente com “C” maiúsculo para que eles não se ofendam - têm apreciado essa matéria e isso tem repercutido no STJ. O julgamento recente daquela circunstância do shopping de São Paulo em que alguém entrou no cinema armado e acabou vitimando um conjunto de pessoas. E neste caso não está em questão a orientação que o Superior Tribunal de Justiça deu, mas está em questão que naquele caso já estava posta precisamente a superação ou não do nexo de causalidade para a imputação objetiva. Quem

entende que o desenvolvimento da imputação objetiva, à luz de um conjunto de outros pressupostos, pode prescindir, em certas circunstâncias, do nexos de causalidade, teria obviamente chancelado a responsabilidade da administradora do shopping naquele caso, ainda que não tenha sido essa a conclusão do Tribunal. Portanto, uma das primeiras diretrizes leva em conta essa ordem de ideias que, obviamente, digo-lhes desde logo, não exclui essas novas diretrizes, ou seja, esses desafios, certas interrupções do nexos de causalidade que continuam presentes, evidentemente. O caso fortuito é um exemplo dessas interrupções de nexos de causalidade. Evidente que há de se saber se essa interrupção do nexos de causalidade pode se dar por caso fortuito externo, que é a tendência majoritária. Por exemplo, o senhor está dentro de um ônibus e uma bala perdida lhe atinge. A companhia de transporte urbano responde ou não por isso? Esse é um problema que diz respeito a uma dessas eventuais interrupções por circunstância exógena. Mas o problema também se coloca, como bem disse numa das suas interrogações o Ministro Dalazen, em relação aos casos fortuito interno, por caso fortuito interno cujos limites e possibilidades aqui, no meu modo de ver, precisam ser iluminados por esse giro que vai do ato ilícito, ou seja, que já não coloca mais em discussão necessariamente dolo ou culpa e sim a atividade objetivamente desenvolvida pela empresa.

A segunda dessas diretrizes é a afirmação segundo a qual o dano à pessoa humana se objetiva em relação ao resultado. É por essas e outras que a Argentina se destaca, especialmente os professores da Universidade de Santa Fé, cuja Faculdade de Direito teve um protagonismo nessas teorias na obra do professor Jorge Mosset-Iturraspe e, mais recentemente, na obra do Professor Ricardo Luis Lorenzetti, que é nosso colega, Professor de Direito Civil. Depois, ele saiu de Santa Fé, foi para a UBA, hoje é o Presidente da Corte Constitucional Argentina e autor, aliás, do recente Código Civil Argentino que entrou em vigor há poucos dias. De modo que a esses professores se deve essa configuração do chamado “direito de danos”, que é uma expressão que lá tomou lugar da expressão responsabilidade civil, precisamente para colocar em foco a proteção da pessoa do ponto de vista do resultado, portanto, há uma dimensão funcional, não mais uma dimensão estrutural.

E, por último, a configuração desse tema parece-me que leva em conta algo que, na teoria jurídica, captando uma velha expressão do grande Jurista italiano

Tullio Ascarelli que estava lá no Direito Comercial, que era a noção de atividade. O Direito Privado, especificamente o Direito Civil, tomou esta dimensão para compreender que pensar contemporaneamente sobre atividade é muito mais relevante do que pensar sobre os negócios jurídicos de uma maneira estanque. Os senhores, que têm o sereno da vida forense maior do que o meu, sabem que, do ponto vista prático, quem contrata não contrata mais apenas o que contrata, quem contrata não contrata mais apenas com quem contrata, o contrato não inicia mais quando formalmente está datado, nem termina quando formalmente se extingue, ou seja, esboroaram-se esses quatro limites objetivos e subjetivos da contratação. Por quê? Porque, no lugar desse negócio jurídico de feição contratual, inseriu-se a noção de atividade. Alegria para uns e tristeza para outros. Obviamente, alegres ou chorando, precisamos enfrentar essa complexidade, porque isso não deriva da nossa percepção.

Na Alemanha – abrindo-se uma pequena nota de rodapé -, em 2002, como sabem, houve a reforma do Código Civil alemão. E o BGB, no item III do § 311, passou a constar como proclamação legislativa, nesse item, um pouco disso que estou a lhes dizer. Lá está dito que aquele que não tendo formalmente tomado parte de um dado contrato, mas restar provado que influenciou de maneira direta ou indireta e de modo substancial para que alguém contratasse, é considerado parte do negócio jurídico. Essa transpersonalização contratual leva em conta a noção de atividade, que é uma noção, portanto, que está a exigir uma atenção dogmática mais cuidadosa da nossa parte no âmbito do Direito Privado. Por isso, essa terceira ordem de ideias que estou a lhes falar diz respeito à formação das circunstâncias danosas. Assim, a formação das circunstâncias danosas leva em conta, evidentemente, certa reprogramação da obrigação de indenizar.

Pois bem, se o tema tem essa ordem de ideias, obviamente que nos defrontamos com vários problemas.

Permita-me citar alguns que tenho certeza de que, neste egrégio Tribunal, têm sido pauta, como os queridos amigos Ministros que nos acolhem aqui generosamente já nos disseram dois desses problemas que se situam, no nosso modo de ver, no meio do turbilhão desses pressupostos e dessa circunstância. Um deles, obviamente, é a responsabilidade objetiva pelo risco criado. Quais são seus limites e possibilidades no âmbito

da chamada infortunistica? A pauta de vossos julgamentos em matéria de acidente de trabalho, obviamente, tem reclamado atenção e tem arrostado as compreensões dessa tendência, não sem as orientações, obviamente, em sentidos diversos de imputar responsabilidade objetiva pelo risco criado em lugar da chamada responsabilidade subjetiva ou fundada na culpa. Essa tendência é uma tendência funcionalíssima. A tendência da responsabilidade fundada na culpa é uma tendência que mantém os pressupostos estruturais da responsabilidade civil clássica. Mas este é um dos problemas: definir qual é a natureza da responsabilidade civil em matéria de acidente de trabalho.

Outro tema e problema que também entendo aqui presente diz respeito aos fenômenos genericamente denominados por muitos de terceirização e as sequelas das responsabilidades que daí derivam, se ainda cumpre aplicar os pressupostos da *culpa in eligendo* e da *culpa in vigilando* e cancelar a orientação de décadas, obviamente, que tem sido colocada sobre o palco da responsabilidade subsidiária ou se essa subsidiariedade cede espaço para o que alguns têm sustentado de um imperativo quase que categórico da solidariedade, superando, portanto, a subsidiariedade entre o tomador do serviço e a empresa que, em seu nome, no seu interesse, contrata, digamos assim, terceiros para a prestação daquele serviço.

Se os Tribunais enfrentam problemas como esses, cuja complexidade é bem maior, como os senhores sabem melhor do que eu, esses problemas também se encontram na doutrina. Se examinarmos os manuais de responsabilidade civil, veremos ausência de alguns consensos mínimos. Há quem, num dos famosos livros de programa de responsabilidade civil entre nós, numa edição não muito distante, coloque precisamente a ideia, segundo a qual, diante da previsão da Constituição da República sobre o direito à indenização por danos material e moral, provenientes de infortúnio de trabalho, adote a teoria da responsabilidade subjetiva do empregador. Em outro livro, diz-se exatamente o oposto. Disse que a responsabilidade do empregador é justificada pela teoria do risco-proveito, ou seja, compreende, também, o risco da empresa e não mais o emprego da presunção de culpa, especialmente pela objetivação da responsabilidade contida no parágrafo

único do art. 927 do Código Civil e, acrescenta o autor, pela superação da citada Súmula n.º 341 (do STF).

Perceba-se, portanto, que, aqui, se há oscilações na jurisprudência, a literatura jurídica também não me parece oferecer muitas soluções; oferece, sim, problemas para pensar. E, obviamente, os senhores têm se deparado com isso cotidianamente. Essa oscilação que há é mais do que compreensível, porque, como diria o geógrafo, estamos no talvegue, em matéria de responsabilidade civil. Na travessia do rio, talvegue, como sabemos, é o momento mais profundo do rio, que, não raro, fica precisamente no meio. Escreveu Michel Serres uma passagem extraordinária, num livro denominado *O Terceiro Instruído* ou *Filosofia Mestiça*, como foi traduzido pela Companhia das Letras no Brasil. Dizia ele que, do ponto de vista metodológico, o nadador que está no meio do rio é, seguramente, aquele que enfrenta as águas mais turbulentas. Não é porque a correnteza ali é maior, é porque ele sabe que se ele sentir receio e quiser voltar à margem que ele partiu, a distância é exatamente igual do que se salvar para atingir a outra margem. Portanto, sob ele pesa uma interrogação, evidentemente, crucial. E é um pouco assim que nos encontramos neste tema.

Portanto, compreendendo este momento e essas vicissitudes, obviamente, também no plano do Legislativo, há oscilações que explicam esse universo de respostas que não são uniformes e, obviamente, são plurais. Se considerarmos o próprio Código Civil, veremos que o art. 186 ainda encartou o princípio magno da culpa. Lá está. E mais do que isso: o legislador de 2002 não só ali encartou a culpa, como incluiu a noção de abuso de direito correspondente ao conceito de ato ilícito e, portanto, gerador de responsabilidade mediante culpa. No mesmo Código, um pouco mais adiante, encontramos, numa outra quadrinha epistemológica de articulados, o parágrafo único do art. 927, que, evidentemente, separa-se anos-luz da responsabilidade dita objetiva. Aliás, proclama, concretamente, que, diante dos riscos que apresenta à atividade, o conjunto dos instrumentos de responsabilidade civil deve, por evidente, derivar de uma fixação que leva em conta aquilo que eu lhes disse antes, qual seja, o resultado danoso para a vítima, e não necessariamente prova de dolo ou de culpa.

Ora, se no mesmo Código temos possibilidades de encontrar respostas distintas, o que quero lhes dizer que é compreensível que, diante dessa oscilação legislativa, haja também respostas distintas. É claro, todavia, que o grande desafio é completar essa travessia, ou seja, completar no sentido de estabilizar a jurisprudência, harmonizar a doutrina e fazer, seguramente, uma interpretação conforme. Mas, em termos da interpretação conforme, as possibilidades da leitura à luz da Constituição, no caso específico, agravam-se, porque sabem os senhores mais do que eu das portas controvertidas que abrem o inciso XXVIII do art. 7.º da Constituição ao tratar da responsabilidade do empregador, inserindo novamente a presunção de dolo e de culpa.

Pois bem. Se esses são nossos problemas – e aqui chego à quarta e à penúltima parte do que eu queria lhes dizer –, que desenvolvimento e que reflexões podemos propor para enfrentar esses problemas? Já que falei de muitos espinhos, vamos falar ou de flores ou de espinhos ainda maiores, porque vou lhes propor algumas ideias à luz da janela. A partir do local, enxergo esse jardim de problemas e algumas, digamos, reflexões, quiçá possam contribuir para essa ordem de ideias.

Primeiro, parece-me que para enfrentar essas questões e essas oscilações, quiçá devamos ter presentes que vivemos, indisfarçavelmente, aquilo que na Alemanha o Professor Erik Jayme designou de diálogo de fontes. No Brasil, por numerosos juristas, essa expressão tem sido tratada e reproduzida. Um diálogo de fontes que, neste caso, do ponto de vista objetivo, pelo menos dialoga com três dimensões importantíssimas do pensamento jurídico da jurisprudência e do ordenamento: o Direito Constitucional, o Direito do Trabalho e o Direito Civil. No plano do Direito Constitucional são evidentes os limites e as controvérsias que nascem nomeadamente com a Emenda Constitucional n.º 45, e é claro, diante do teor exegético e literal do inciso XXVIII do art. 7.º. Isso obviamente vai ao Código, que é posterior à Constituição e que contém, no âmbito da responsabilidade extracontratual, o princípio magno da objetivação da responsabilidade e, seguramente, faz emergir - ora no Superior Tribunal de Justiça e, depois da emenda, especialmente neste egrégio Tribunal -, um conjunto de orientações, tendências e obviamente também controvérsias para saber nesse diálogo de fontes qual é dessas fontes que evidentemente poderá prevalecer. No nosso modo

de ver, a solução não cuida necessariamente de uma prevalência. Esta é a segunda reflexão. Se a primeira pressupuser um ideal de contas, a segunda é pressupor uma atividade nossa de caráter hermenêutico de harmonização dessas fontes.

Vale muito o pensamento do meu querido e estimado mestre, Professor Gustavo Tepedino, que os senhores ouvirão amanhã, no encerramento desse evento, que nos ajuda a iluminar esta ideia de uma centralidade da Constituição nas relações interprivadas. Permito-me dizer que, à luz dessa centralidade, essa harmonização, no nosso modo de ver, não pode ser feita apenas com o que chamamos de constitucionalização de primeiro grau. A constitucionalização de primeiro grau tem natureza formal. É, por assim dizer, afirmar que os conflitos interprivados estão submetidos ao texto literal da Constituição. Isto é relevantíssimo; mas se é necessário, não é todavia suficiente para se referir a uma parte da classificação aristotélica das condições. É claro que essa dimensão formal é necessária, porque ela compreende a base legislativa formal do nosso ordenamento. Mas essa dimensão formal da Constituição de primeiro grau não elimina outra que a ela se agrega em caráter complementar, desafiando a nossa harmonização hermenêutica do ordenamento jurídico, que é uma constitucionalização do ponto de vista formal ou de segundo grau.

Em outras palavras, também está na Constituição não apenas o conjunto das regras formalmente expressas, como na Constituição também está o conjunto de regras e princípios, ambos espécies do gênero “normas” que o intérprete legitimamente extrai da Constituição para, mediante uma fundamentação racional, decidir, à luz dos fatos, um dado caso concreto. Portanto, do ponto de vista substancial, a Constituição não depende necessariamente apenas de um instrumento formal. Tanto é assim que países há, inclusive aqui na América Latina, em que nova Constituição no sentido formal não tiveram e experimentam, com todas as suas sístoles e diástoles - como diria o cardiologista, todos seus altos e baixos - os fenômenos da constitucionalização. Evidenciando, portanto, que ter como teve o Brasil uma Constituição no seu sentido formal, é um elemento importantíssimo porque integra, como expressão positivada do Direito Constitucional, a base do ordenamento jurídico, mas Constituição também há no seu sentido substancial.

Os senhores, que obviamente julgadores são, sabem disso há dezenas de anos luz melhor do que eu, que a Constituição obviamente não é a proclamação literal dos fatos, precisamente porque ela precisa ser a solução substancial de um dado caso concreto. Daí por que, antes, lhes falei de um daqueles giros paradigmáticos do raciocínio da subsunção para o raciocínio tópico sistemático. Porque se eu colocar a Constituição como seu limite àquilo que formalmente a Constituição diz, evidentemente que estou fazendo seguramente uma aplicação e uma interpretação estrutural e lógico-subsuntiva. Ocorre, todavia, que a lei nasce e se desenvolve num dado contexto; e o seu texto pressupõe a compreensão desse contexto.

Abro uma nota em rodapé mental: enquanto com uma parte do cérebro eu articulo os doze minutos e quatorze segundos que ainda tenho, com a outra lhes cito um exemplo curioso em homenagem, aliás, ao Ministro Dalazen, nascido em Getúlio Vargas, no Rio Grande do Sul: Na época Vargas, uma Câmara Municipal, que ainda não era de Getúlio Vargas, no interior do Rio Grande do Sul, aprova uma lei municipal dizendo ser proibido entrar de camisa vermelha no recinto da Câmara – lei municipal. Os senhores devem imaginar - de 1937 a 1946 - a razão pela qual uma diretiva formal dessa natureza se colocava. Passado umas duas décadas, nesta mesma Câmara Municipal – já vivíamos a segunda era Vargas –, o Presidente Juscelino estava na eminência evidentemente de já assumir o Brasil e tomar outros caminhos, mas já com a democracia, pelo menos naquele período, consolidada. Num debate que houve nesta Câmara Municipal contendiam dois edis sobre o orçamento municipal – coisa que, como sabemos, raramente acontece, sempre há um consenso harmonioso, uma eficácia extraordinária e assim por diante – e um deles, que era neto do autor daquele projeto de lei, há algumas décadas, já não tendo mais argumentos para poder bater o seu adversário, diz: “Ademais, se já não lhe bastasse faltar razão, o senhor não pode permanecer no recinto; primeiro, porque o senhor não pode permanecer sem camisa, e com essa camisa o senhor não pode ficar, logo, o senhor precisa sair, porque há uma lei que impede que pessoas com camisa desta cor permaneçam no recinto da Câmara.” Esse é um exemplo relativamente singelo e que evidencia que as proclamações legislativas são uma espécie de cartas que mandamos para um ente querido. Espero que todos nós ainda

mantenhamos o hábito de escrever cartas e, se possível, à mão – as genitoras agradecem –, para colocar na carta um selo, um selo marcado no tempo.

As leis desafiam a nossa compreensão como intérpretes porque somos intérpretes do sentido do texto num dado contexto, sob pena de fazer uma aplicação daquelas que evidentemente podem não ter compromisso com o que Luis Recasens Siches chamou de o justo e piedoso para o caso concreto. O Professor Recasens Siches é um filósofo mexicano que já esteve muito em voga no Brasil – faço uma pequena sessão naftalina para recuperá-lo de nossa lembrança – e, na sua filosofia da lógica do razoável, citava o exemplo daquele guardião que, diante de uma fábrica, estava encarregado de permitir ou não a entrada de pessoas, como os senhores conhecem, da literatura jurídica; a seu lado havia uma tabuleta escrito: Proibida a entrada de cães. E lá estava o guardião cioso das suas funções. Portão fechado. Eis que chega – como sabem – um cidadão com um urso na coleira pedindo para entrar. Todos nós sabemos quantos ursos por dia, metaforicamente, encontramos e que não cabem na tabuleta. O desafio é precisamente saber: Mas esta regra - proibida a entrada de cães - foi escrita para quem? Por quê? Quando? Em que sistema? Ou seja, o guarda também vai se perguntar: o que se produz, aqui, onde trabalho, que cachorro não pode entrar e, eventualmente, urso, numa interpretação exegética e literal, entraria. Então o Professor Recasens Siches, obviamente, diz: “Enquanto o guardião pensa...” Portanto, ter tempo suficiente para refletir é imprescindível. Alguns, às vezes, dirigem-se a um guardião mais antigo, já mais experiente, e lhe pedem algum aconselhamento. Enquanto ele pensa, vem um cidadão que se tornou cego na idade adulta, não consegue se locomover e tem um pequeno cão que foi adestrado para lhe servir de guia, pedindo para entrar também. O guardião é tomado de perplexidade e, como não pode adotar a metodologia de Pôncio Pilatos, ou seja, lavar as mãos, ir para casa e sequer chamar a mãe, o princípio da indeclinabilidade da jurisdição impõe que ele tome dada decisão. Esse é outro singelo exemplo dessa dimensão substancial do texto dito constitucional.

Em outras palavras, o raciocínio da lógica subsuntiva de Recasens Siches, neste caso, permitiria que aquele portador de deficiência visual completa entrasse com o urso e não com o seu cão, porque a tabuleta diz ser proibida a entrada de cães. Não nos

parece muito sustentável essa equação, obviamente. Portanto, o exemplo, ainda que singelo, quiçá seja revelador desses desafios que se encontram nessa constitucionalização de segundo grau.

Há uma terceira e última constitucionalização que entendemos realçar o papel extraordinário do que chamamos Jurisprudência brasileira. Em outras palavras, o vocábulo “constitucionalização” é a ação de constituir e reconstituir permanentemente os significados dos significantes que integram a teoria e a prática do Direito. Já que estamos quase numa família trabalhista, permitam-me dar um exemplo de Direito de Família: quem de nós supunha há alguns anos... Nem eu, nas minhas aulas de Direito de Família, imaginava que, quando me tornasse Professor de Direito de Família, iria definitivamente entender o que é paternidade presumida. Agora, o embrião crioconservado do pai falecido pode ser implantado no útero materno depois da sua morte. Há quem diga, com alguma pilhéria, que o pai da criança que irá nascer, presumidamente, já é o falecido marido; portanto, ele é o pai presumido ou presuntivo, como dizem alguns. Assim, esses paradoxos... A mudança do sentido desse significante altera a compreensão do que chamamos de Direito Constitucional a revelação da paternidade. Aparece ao lado outro professor, dizendo: “Não, paternidade é uma coisa e ascendente genético é outra.” Se assim se dá no Direito de Família, no direito das nossas relações interprivadas, isso é constante. Qual é conceito jurídico que temos de posse? A resposta correta, por mais paradoxal que pareça: depende... Se tomarmos as Súmulas n.^{os} 239 e 84 do STJ, o conceito será um. Se considerarmos os arts. 1.225 e seguintes do Código Civil, o conceito será de outro. Qual prevalecerá? Deve-se sentar, pensar, harmonizar e encontrar uma resposta que seja justa e adequada, dentro do sistema jurídico, à luz das circunstâncias do fato concreto. Portanto, essa constitucionalização de terceiro grau, no nosso modo de ver, que reflete a chamada “tríplice constitucionalização” do Direito contemporâneo e se aplica não apenas ao Direito Privado, mas também ao Direito Público... Se falarmos sobre a fiscalidade, essa reflexão também integra enormes franjas do Direito Tributário. É uma tríplice constitucionalização, que encontra nesse terceiro degrau a ação de constituir e reconstituir permanentemente os significados dos significantes que integram o discurso jurídico. É evidente que isso traz um grau superior, contemporaneamente, ao grau que a modernidade trazia em matéria de instabilidade. Certamente traz um grau superior de

complexidade. Mas, quer queiramos ou não, estamos no presente e é o presente que nos desafia. Esse presente plural e complexo demanda, quiçá, respostas também plurais e obviamente complexas.

Portanto, diálogo de fontes em primeiro lugar; a tríplice constitucionalização em segundo lugar; em terceiro lugar, chegamos, então, a alguma proposta mais concreta dos problemas a que antes me referi. Tenho para mim que o Texto Constitucional, em sentido formal, abre possibilidades, mas não estabelece limites. Isso corresponde, no meu modo de ver, a cancelar prioritariamente a tendência da objetivação da responsabilidade em torno da ideia do risco. Todas as demais circunstâncias que daí derivam colocam em segundo plano, ao meu sentimento, a chamada responsabilidade subjetiva. É uma opção de índole funcional, diante da dimensão estrutural que a responsabilidade civil tem e que, em numerosos casos, obviamente, faz-se presente. Por isso, dessa conclusão algumas ilações são possíveis.

Ainda temos um sistema dual em matéria de responsabilidade civil. A tendência crescente - no meu modo de ver, justificada - da chamada objetivação da responsabilidade não elimina, nem de longe, a responsabilidade fundada na culpa e no dolo. Mais do que isso: não só não elimina, mas também, em determinados casos, a culpa exclusiva da vítima pode ser um elemento de interrupção do nexo de causalidade. Portanto, é preciso reconhecer que não estamos diante de um sistema que tenha completamente superado o outro, mas há uma dualidade de sistemas. No nosso modo de ver, não há contradição entre o Código e a Constituição; tomada a Constituição nessa tríplice dimensão de que falamos. Também a nosso ver, outra ilação possível é que as garantias que se dirigem às vítimas, de modo geral, correspondem a um estatuto mínimo de garantias.

Portanto, o giro prioritário do ato ilícito para o dano injusto coloca numa posição essencial a vítima. Das teorias clássicas sobre a responsabilidade civil, evidentemente, de algum modo ou de outro, essas teorias procuram responder essa complexidade e dar alguma solução a essas perplexidades que podem ser geradas com a ambivalência de dispositivos formais, inclusive do ponto de vista da lei. Das três teorias fundamentais que os senhores obviamente vão revisar hoje e amanhã, sabemos os limites e

as possibilidades da chamada teoria da equivalência dos antecedentes. Trata-se de uma teoria de natureza causal e, obviamente, estruturalista, que dá às condições antecedentes à responsabilidade - a todas elas - o mesmo peso.

Do ponto de vista prático, é uma teoria de pouco uso hoje, tendo em vista precisamente as dificuldades para se cobrir o chamado justo ao caso concreto, pela equivalência de um peso ponderado simétrico das condições anteriores. Ao lado dela, surgiu e se desenvolve, de uma maneira robusta e apropriada, a chamada teoria da causalidade adequada, entendendo-se adequação como uma causa idônea a produzir determinado resultado, que, a seu turno, também sofre as críticas da chamada prognose póstuma. Isso porque, é sempre uma teoria que faz. Pedro Nava, em *Bau de Ossos*, fala um pouco dessa experiência. São os holofotes, que, em vez de olharem para frente, iluminam bastante o que aconteceu. Essa prognose póstuma é sempre um raciocínio retrospectivo. A rigor, para fixar esses pressupostos, certamente há dificuldades de reconstrução.

Por último, à luz do art. 403 do Código Civil, a chamada teoria do dano direto e imediato, considerando, portanto, apta a produzir o dano aquela causa que, de modo direto e imediato, tenha sido iluminada pelo critério da necessidade. Tudo isso não afasta, como disse e repito, os chamados elementos de interrupção do nexos de causalidade. Valho-me do texto escrito pela Professora Gisela Sampaio, na obra organizada pelo Professor Gustavo Tepedino, pelo Ministro Luiz Philippe Vieira de Mello Filho e pelas Professoras Ana Frazão e Gabriela Neves Delgado, *Diálogos entre o Direito do Trabalho e o Direito Civil*. À pág. 520, a Professora Gisela Sampaio escreveu o seguinte: “(...) O julgador deve examinar todo o *iter* causal, a fim de verificar se há alguma causa estranha, interferindo nessa cadeia, para provocar a sua interrupção. Essa causa estranha pode consistir num fato exclusivo de terceiro, da própria vítima ou mesmo” - em determinadas hipóteses - num caso fortuito ou de força maior (...) O fato” - diz a Professora - “de os acidentes de trabalho serem regidos por uma responsabilidade” - tendencialmente - “objetiva não afasta a necessidade de se examinar o nexos de causalidade, elemento comum a todas as espécies de responsabilidade civil (...)”.

Senhoras e senhores, *tempus fugit*, e é preciso, portanto, concluir.

Dito isso que lhes afirmei, parece-nos que as próximas décadas, para a nossa e para as próximas gerações, há um desafio de reconstrução de toda essa noção de casualidade. Isso pressupõe, quiçá, um debate importante sobre a denominada formação das circunstâncias danosas e, por via de consequência, dos elementos que integram novas modalidades de imputação, para além da imputação objetiva também a imputação subjetiva, em alguns casos, superando o próprionexo de causalidade. Se isso é difícil, permito-me citar aos senhores um exemplo histórico. Nos Estados Unidos do começo do século XIX, quando não se falava ainda em controle de constitucionalidade, a Suprema Corte, no famosíssimo julgamento *Marbury versus Madison*, à luz de um caso concreto, inaugurou o que, décadas e séculos mais tarde, ainda reverenciamos como o nascimento do controle concentrado de constitucionalidade, revelando, portanto, o papel central que tem a jurisprudência. Um extrato daquele julgamento de 1803, diz aqueles que aplicam uma disposição aos casos particulares devem necessariamente expor e interpretar essa disposição. Se duas normas conflitam entre si, as Cortes devem decidir quanto à validade de cada uma. Assim também é quando uma lei esteja em conflito com a Constituição. Se tanto a lei quanto a Constituição incidem sobre um caso particular, a Corte deve decidir sobre o caso confirmando a lei e desconsiderando a Constituição; ou confirmando a Constituição e desconsiderando a lei. O importante é que a Corte deve examinar qual das disposições conflitantes regula o caso. E é isso que compõe a essência da função judicial. Citei esse exemplo e cito-o em homenagem ao Ministro Celso de Mello, grande julgador do Supremo Tribunal Federal, a quem tenho imenso respeito. Na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 187, proposta pelo Ministério Público Federal, S. Ex.^a, também nessa ordem de ideias, diz que a interpretação da lei e da Constituição não pode esvaziar o *télos* constitucional, ou seja, a *ratio* da própria Constituição, e citava Dworkin, que antes mencionei. Transcreve S. Ex.^a que: “(...) o Estado insulta os seus cidadãos e nega a eles responsabilidade moral, quando decreta que não se pode confiar neles para ouvir opiniões que possam persuadi-los a adotar convicções perigosas ou ofensivas (...)”. Ou seja, ao fim e ao cabo, em todo esse debate e essas vicissitudes, dirigimo-nos fundamentalmente aos intérpretes e aos julgadores que, ao aplicar, são os intérpretes por excelência desses conflitos e dessas possibilidades. Quiçá, como se haure da Fábula de Esopo: “Ninguém é tão grande que não possa aprender, nem tão pequeno que não possa ensinar”. A

postura dialógica, de diálogo construtivo, de uma construção que considera o que nos é diverso e assim por diante, vai certamente dar esses papéis que, ao fim e ao cabo, no nosso modo ver, constituem os três grandes desafios do juiz contemporâneo iluminado pela tríplice constitucionalização que mencionei: a vedação ao retrocesso aos chamados mandados de otimização e aos imperativos de tutela como inscritos na obra do Professor José Joaquim Gomes Canotilho.

Em conclusão, acredito que o nosso desafio é superar uma máxima que se disse e com muita razão em homenagem a um grande homem que foi também Ministro do Supremo Tribunal Federal, Carlos Maximiliano, na sua hermenêutica. Em um dos axiomas, ele reproduz a afirmação de que *in claris cessat interpretatio*. Não mais, porque a rigor toda a proclamação de um texto normativo demanda interpretação; todo segmento legislativo colocado à nossa compreensão demanda interpretação, ainda que seja para dizer que a clareza do texto impõe nele mesmo seus limites. Reconhecer que um texto é claro suficientemente e que não precisa de interpretação já é um ato de interpretar, até porque viver, antes de tudo, é interpretação.

Ao pensar no desafio que me aguardava temendo aquele rebaixamento – Deus ajude a mim e ao Coxa para que isso não ocorra – aguçado pelas questões tormentosas que o Ministro Dalazen introduz aqui ao início, certamente percebemos que, ao preparar o que imaginei que devia lhes dizer, interpretei o convite, e ao interpretar o convite já é uma atividade humana que, na sua incompletude e imperfectibilidade, alcança maior perfeição possível que é o de reconhecer-se imperfeito. E, na nossa finitude existencial, quiçá, compreendendo essas imperfectibilizações e incompletudes, assumirmos sempre mais o compromisso que todos assumimos com o fazer justiça para o caso concreto. Por isso, talvez, Ihering, em uma das suas obras tenha escrito: “Não é a vida que é o conceito essencial, porque os conceitos, antes de tudo, existem por causa da própria vida”.

Muito obrigado.

Ministro João Oreste Dalazen (Diretor da Enamat) – O Professor Fachin certamente não merece rebaixamento. Talvez o clube de preferência de S. Ex.^a mereça,

porque sou atleticano; então, faço essa torcida, mas, do ponto de vista pessoal, o Professor Fachin merece, sim, é ter assento no Supremo Tribunal Federal. É esse o vaticínio que faço e auguro para glória das nossas instituições. Está franqueada a possibilidade agora de perguntas dirigidas ao nosso eminente conferencista. Enquanto não chegam as perguntas, Fachin, permita-me que o trate assim?

Dr. Luiz Edson Fachin – Por favor.

Ministro João Oreste Dalazen – Vou espicaçar minha curiosidade e encarecer-lhe que faça uma breve abordagem sobre o balanço que você faz após transcorridos mais de dez anos de vigência do Código Civil. Qual é o balanço que você faz do disciplinamento normativo do Código Civil de 2002 no que tange à responsabilidade civil? Você já fez algumas incursões, percebeu-se muito claramente, notadamente a crítica do conceito de ato ilícito, mas pergunto, em especial, em particular, sobre a omissão que mais sobressai desse disciplinamento normativo do Código Civil de 2002. Por exemplo, será que no que diz respeito a critérios objetivos para a questão tormentosa e atormentadora da fixação, do arbitramento do valor da indenização, será que o Código Civil não poderia ter contemplado critérios mínimos, objetivos, que pudessem pautar melhor o Juiz nesse momento crucial do julgamento? Em suma, é isso.

Dr. Luiz Edson Fachin – Ministro Dalazen, esse tema remete a algumas premissas que vou procurar sintetizar para dar o meu sentimento sobre ele. A primeira delas é: a rigor, um código não nasce código; ele se faz na interpretação que lhe é destinada; portanto, compreender o que está no código pressupõe também compreender a prática que, de dez anos para cá, o código tem feito emergir. Em meu sentimento, a prática, não obstante algumas oscilações, tem sido merecedora de maiores elogios do que o texto em si. Acho que todos nos dedicamos, e aqui, sim, faço valer outra frase que está no livro que citei do saudoso Ministro Carlos Maximiliano, que dizia que a primeira tarefa do intérprete não é destruir o dispositivo, mas reconstruí-lo e salvá-lo, no sentido de dar-lhe sentido dentro do sistema jurídico. O que se passou no Brasil de janeiro de 2003 - ou mesmo já na *vacatio legis* para cá - foi uma atividade intensa na produção na literatura jurídica, e também na jurisprudência, no meu modo de ver, bastante elogiável. Acho que houve uma grande

contribuição para imprimir sentido e dar senso material e substancial a uma proclamação formal. Mas há no Código elementos evidentemente merecedores de grandes elogios, como, por exemplo, o parágrafo único do art. 2.035. Não obstante ele esteja quase escondido, por assim dizer, quase no depósito do Código Civil, junto ao conjunto de circunstância, lá está esse parágrafo único que diz que nenhuma convenção prevalecerá se ofender a preceitos de ordem pública previstos nesse Código, tais como a função social do contrato. Não obstante a abrangência e a ambivalência da expressão “função social do contrato”, o Código, nesse dispositivo em especial, antena-se com uma nova percepção do conceito de validade, que é muito mais próxima à ideia de eficácia do que o conceito estrutural de validade, que era o conceito dos séculos XVIII e XIX. E, nesse ponto, merece, no nosso modo de ver, todos os elogios. Agora, por que, em determinados temas, como, por exemplo, a quantificação dos danos, o Código não teria avançado - ainda que, no art. 186, tenha reconhecido algo que já era corrente, mesmo na legislação esparsa e na jurisprudência, que é a indenizabilidade do dano moral, que foi quase que uma tarefa de arrombar portas abertas, mas, de qualquer modo, lá inserido -? Aqui será preciso, talvez, pelo menos, de onde vejo, fazermos uma recuperação histórica. A primeira comissão, nomeada pelo Professor Miguel Reale, no início dos anos 70, era uma comissão destinada a uma atualização do Código, sem alteração da sua estrutura. Não nos esqueçamos de que o primeiro trabalho foi apresentado em 1973 - talvez uma parte dos novos Magistrados aqui presentes ainda era um projeto de vida -, revisto em 1975, foi à Câmara em 1975, tomou o número 634 e lá dormitou até 1997; aprovado, foi ao Senado. Por circunstâncias que a vida política do Brasil sugere, e que aqui não cabe verter, o Senado o colocou na pauta e designou um excepcional Relator, o Senador Josaphat Marinho. Evidentemente, daí para frente, todos conhecemos um pouco a história e por que o Código acaba entrando em vigor. Ou seja, um projeto, que era um projeto de atualização, tornou-se, na verdade, um projeto de um novo Código Civil. Portanto, se lermos os trabalhos iniciais - o Ministério da Justiça tem todos esses trabalhos publicados -, nas atas iniciais, percebe-se claramente que havia um senso de realidade na Comissão presidida Professor Miguel Reale e composta pelo Desembargador Herbert Chamon, Ministro Moreira Alves, o saudoso Professor Clóvis do Couto e Silva, Torquato Castro, Sylvio Marcondes, entre outros; a ideia era fazer uma atualização, mantendo a estrutura. Desse modo, a proposição originária do

Código não era, de fato, enfrentar esses problemas, porque se tratava apenas de uma atualização. Com o passar do tempo, entra em vigor um novo Código que é, a rigor, um filho de duas épocas: um filho de uma época em que esse sistema sequer se colocava, portanto, a rigor, o Código é filho, por assim dizer, de uma racionalidade do século XIX, mas entra em vigor no século XXI. Para lembrar a famosa frase de Kantorowicz, é um pouco de *Os dois corpos do rei*: há um corpo terreno, próximo daquilo que o Código poderia ofertar, mas há outro corpo, que está a demandar desafios muito mais ampliados, dentre eles, este: como o magistrado quantifica o dano moral em que o legislador reconhece obviamente a sua reparabilidade? Trata-se do dano moral à pessoa natural. E quanto ao dano moral dito dano institucional à empresa ou à pessoa jurídica, que também há e também é digno de tutela? Como o quantificamos? Se ele não tem nenhuma expressão na materialidade, ou seja, não há prejuízo... Porque não se trata de prejuízo. Reparar dano moral não tem nada a ver com *pretium doloris*; é de outra dimensão que se cogita efetivamente. E, sobre toda essa percepção, vemos que alguns países, como, por exemplo, a Bélgica, tendem a adotar uma quantificação tarifada: atropelamento de bicicleta que machuca o braço esquerdo, tantos francos belgas - à época da tarifação, não havia ainda o Euro, recordo-me disso à época em que lá estive fazendo algum estudo -; se machucar os dois braços, mais tantos francos belgas. E assim por diante. Ora, o problema é que, do ponto de vista prático, isso também não constitui um limite ao Juízo. O que se suscitava - e era isso o que dizia o Professor François Rigaud - produzia alguma baliza para mensurar o juízo de equidade que o julgador fazia ao caso concreto. Nós, em alguns casos, marchamos para a indenização tarifada - em acidente aéreo -, mas a jurisprudência tem dito que aquele é um limite mínimo, digamos assim, porque, a depender das circunstâncias, evidentemente, isso pode, de fato, ser agravado. Portanto, ao tormentoso problema da omissão, da quantificação e de critérios objetivos do Código Civil, historicamente, é compreensível que o Código não tenha dado conta disso, porque, a rigor, não estava nos seus propósitos. O desafio que emerge atualmente é o de construir eventualmente soluções que são jurisprudenciais. Quando o Superior Tribunal de Justiça começou a esboçar uma indicação de quantificação, a comunidade jurídica se colocou em pé de guerra, porque isso corresponderia a molduras, segundo as quais, antes de revelar a fotografia, o cidadão compra a moldura, e o que não cabe na fotografia não entra no conceito

jurídico de moldura, ou seja, não seria dano moral reparável aquele que não se enquadrasse naquela quantificação específica. O que se percebe é que a jurisprudência acabou efetivamente refluindo. Mas essa é uma questão em aberto. Se há um privilégio no tormento, posso dizer que não é um tormento só nosso. Mesmo nos países do sistema do *common law*, há outro complicador que são os danos morais punitivos, que é uma figura jurídica que entre nós ainda não é um convidado que sentou à sala - ele já entrou, nós o conhecemos, já tomou o primeiro copo d'água, mas não o convidamos para sentar -, é uma figura jurídica que está se aproximando da nossa vizinhança; e se trata de outra complexificação, que é estabelecer uma possibilidade de punição mesmo quando não há materialidade do dano. Em outras palavras, o problema vai se agravar.

Ministro João Oreste Dalazen – Muito obrigado. Temos questões apresentadas pelos nossos colegas Juízes do Trabalho. O Dr. Oswaldo Mesquita, da 1.^a Região, Rio de Janeiro, pergunta o seguinte: “Professor Fachin, a partir de uma leitura metagramatical, como contemporizar o exercício constitucional da culpa...” - a caligrafia está dificultando um pouco a leitura. A pergunta é a seguinte se entendi bem: como conciliar o art. 7.^o, inciso XXVIII, que trata da responsabilidade civil subjetiva em caso de acidente de trabalho, com a ideia de responsabilidade civil objetiva, que aqui e acolá se reconhece, nos termos do art. 927 do Código Civil? Foi o que extraí da pergunta. Parece-me que é esse o sentido.

Dr. Luiz Edson Fachin – Dr. Oswaldo, como o senhor pode ver, viver é interpretar, e tivemos uma interpretação genuína da sua questão. Achei que o Ministro iria mitigar um pouco o problema no qual o senhor me coloca. Mas, brincadeira à parte, eu dir-lhe-ia, muito objetivamente - para não fugir à pergunta e não usar nenhum *habeas corpus* preventivo, nem fazer considerações de preliminares - o seguinte: no meu modo de ver, em primeiro lugar, o inciso XXVIII do art. 7.^o não diz “exclusivamente”. Logo, gramaticalmente, o que ali está não exclui a objetivação. E, nesse ponto, portanto, valendo-me, obviamente... O senhor fala em metagramatical; isso comporta um conjunto de pressupostos da compreensão do ordenamento jurídico, como o senhor bem sabe, o que nos permite, então, na não presença dessa exclusão, entender que o que se fixa ali - e esse é o segundo ponto - é uma

responsabilidade que, na presença do dolo ou culpa, sempre ocorrerá necessariamente, mas não exclusivamente. Isso significa que a objetivação da responsabilidade não conflita com a presença de dolo ou culpa que, se presente, impõe responsabilidade, e, se ausente, não a exclui, porque o comando constitucional, gramaticalmente não se utilizou da expressão “exclusivamente” nas hipóteses de dolo ou culpa.

Ministro João Oreste Dalazen – É a jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho e do Superior Tribunal de Justiça, inclusive com base no art. 7.º, *caput*, que não exclui outros direitos que possam advir da lei ordinária, como é o caso do art. 927, parágrafo único. Há outra pergunta, professor, que é a do Dr. André, da 23.ª Região: “O senhor compreende o sistema de responsabilidade civil objetiva como um gênero dentro do qual contém espécies como responsabilidade ambiental, por acidente de transporte, responsabilidade inclusive entre outras? Aqui, professor, vou me render à dificuldade de exegese. Mas o juiz não pode deixar de exercer a jurisdição. Então, vamos à parte final: “A parte inicial do parágrafo único do art. 927 seria a cláusula de recepção desses microsistemas de responsabilidade objetiva, ainda que previstos em legislação especial fora do Código Civil”?”

O Sr. Luiz Edson Fachin – Dr. André, se bem entendi, dir-lhe-ia o seguinte: a responsabilidade, dita objetiva, é no fundo uma expressão guarda-chuva que, na zoologia jurídica, abriga evidentemente muitos animaizinhos que compõem esse universo. Mas é preciso compreender, na minha percepção, que alguns dos pressupostos daquilo que podemos chamar de responsabilidade objetiva não são parificados para todos os fenômenos. O senhor mencionou, por exemplo, a reponsabilidade ambiental. A responsabilidade no Direito Ambiental, por exemplo, pela emissão de fluentes ou atmosféricos ou de lixívia num curso d’água, nesse sentido, objetiva-se pela ausência da perquirição de culpa. Mas o modo da sua composição, os legitimados ativos, obviamente atendem a outros pressupostos que na responsabilidade que se dá, por exemplo, em relação às empresas de transporte urbano, que também, de algum modo, objetiva-se pela atividade que desenvolve e pelo risco que é inerente a essa atividade. Portanto, guardadas essas diferenciações, é possível talvez dizer que a expressão hoje cobre um gênero da responsabilidade, independentemente de culpa, que me

parece ser uma expressão que significa a desnecessidade de, no caso concreto, verificar se o agente ao qual se imputa a responsabilidade agiu com culpa ou não. Por quê? Porque, nesse caso, o juízo de imputação, que forma o nexo causal, prescinde desse juízo de subjetividade, quer de uma prova quer eventualmente da exclusão dessa prova. Esses diplomas legais, no meu modo de ver, compõem, sim, microsistemas. Obviamente há aqui entre nós, do Direito Civil contemporâneo, algumas divergências. Estou entre aqueles que entendem que as leis esparsas correspondem a esse conjunto de microsistemas que são harmonizados por uma principiologia axiológica de índole constitucional que tem assento, sim, no meu entender, nisso que o senhor mencionou na abertura do parágrafo único do art. 927 e ali está recepcionado. Portanto, essa harmonização é dada por uma principiologia axiológica de índole constitucional e é nessa perspectiva que vejo como esses microsistemas são harmonizados. Evidentemente, eles precisam ser harmonizados, no meu modo de ver, por essa dimensão, ainda que axiológica e principiológica, dentro dos limites que o sistema jurídico oferece, e o limite é a Constituição, porque também não podemos fazer da Constituição o que quisermos. Não somos legisladores. Podemos interpretá-la, contextualizá-la, mas a Constituição também tem um limite. Aqui há uma diferença muito clara entre a espacialidade da política pública e do precedente normativo legislativo e da espacialidade do precedente normativo judicial, que é normativo, mas que obviamente não tem feitiço legislativo.

Ministro João Oreste Dalazen – A última indagação, Professor Fachin, é do Dr. Cláudio Santos, do TRT da 19.^a Região: “Qual é a sua opinião sobre a não cumulatividade da indenização reparatória por danos acidentários, com o benefício previdenciário decorrente do mesmo evento acidentário na perspectiva da responsabilidade objetiva”?

Dr. Luiz Edson Fachin – Dr. Cláudio Santos, permita-me a pequena blague. É preciso chamar os santos para ajudar nessa pergunta. Até onde conheço a jurisprudência, o senhor toca numa questão, digamos assim, nevrálgica, que tem perpassado obviamente esses debates e a presença ou não dessa cumulativamente. Eu apenas diria que, na ordem de valores que subscrevo, entendo razoáveis e sustentáveis os argumentos que advogam pela não cumulatividade, mas tenho dificuldade em subscrever essa exclusão,

precisamente por conta dessa ideia do giro que mencionei, do dano injusto, do ato ilícito para a proteção do dano injusto e do dano à vítima. Digo-lhe isso observando um pouco a tendência da responsabilidade civil em vários países. A África do Sul tem uma legislação recentíssima de responsabilidade civil e, cada vez mais, há uma diluição dos filtros da responsabilidade civil e cada vez mais as questões atinentes aos seguros, especialmente a dimensão securitária obrigatória se torna presente para que, ao fim e ao cabo, se responsável não houver, a vítima não resulte sem proteção e sem reparação. Assim também há alguns anos na Nova Zelândia. De modo que, nessa ordem de ideias, a percepção que tenho é de certa elasticidade, até onde compreendo a sua pergunta e até onde o meu parco conhecimento da matéria a alcança.

Ministro João Oreste Dalazen – Muito bem. Professor Fachin, somente nos cabe expressar a V. Ex.^a os nossos mais profundos e sinceros agradecimentos pela magnífica e memorável conferência pronunciada na abertura deste evento, e também, não menos importante, pela fidalguia sempre muito presente na sua atuação e pela solicitude com que aquiesceu ao nosso convite para nos prestigiar. Nós lhe somos eternamente gratos, professor. Infelizmente, o tempo conspirou contra todos nós, porque gostaríamos de continuar ouvindo as suas sábias reflexões por muito mais tempo. Tenho certeza disso. Que fique registrado o nosso profundo reconhecimento, o nosso profundo agradecimento. Foi uma honra tê-lo conosco, efetivamente. Muito obrigado.

Atividades do dia 10 de novembro - à tarde

O Sr. Ministro João Oreste Dalazen – Senhoras e senhores, nesta etapa do nosso evento, temos o prazer de receber o Dr. Cláudio Luiz Bueno de Godoy, o Dr. José Affonso Dallegrave Neto e, dentro de breves momentos, igualmente o Ministro Paulo de Tarso Vieira Sanseverino. Esta etapa contempla a realização de três palestras, a começar pela palestra do Dr. Cláudio Luiz Bueno de Godoy, que é Juiz de Direito vinculado ao Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Mestre e Doutor em Direito Civil pela pontifícia Universidade Católica de São Paulo. S. Ex.^a atua como Professor associado ao Departamento de Direito Civil da Faculdade de Direito de São Paulo – USP, leciona nos cursos de pós-graduação da Universidade Mackenzie e da Fundação Getúlio Vargas e já foi membro do Conselho Nacional de Justiça igualmente. De modo que tenho a alegria de conceder a palavra ao Dr. Cláudio Luiz Bueno de Godoy, que emitirá um pronunciamento sobre a evolução da responsabilidade civil. Tem a palavra o Dr. Cláudio Luiz.

A evolução da responsabilidade civil

Cláudio Luiz Bueno de Godoy

Em primeiro lugar, quero agradecer enormemente o convite que me foi formulado. Faço isso na pessoa do ilustre Ministro Dalazen. Cumprimento todos - revejo aqui antigos amigos - e digo que tenho sempre enorme prazer em participar de eventos na Justiça do Trabalho. Lembro-me desde 2002, com a edição do novo Código Civil, de um evento que me impressionou muito em São Paulo e que reunia mais de mil juízes trabalhistas voltados ao estudo dessa matéria hoje tão relevante à Justiça do Trabalho, quanto à Justiça Comum, que é a responsabilidade civil. De modo que é um imenso prazer poder participar deste curso. Cumprimento também o Dr. João. É um prazer dividir essa mesa com ele.

O tema da responsabilidade civil é sempre um tema em evolução. Então, quando se fala da evolução da responsabilidade civil, que é o que intitula a nossa conversa, na verdade, fala-se de um tema que não acaba, porque a responsabilidade civil constantemente se renova. Se fosse possível retratar em quadros esse processo evolutivo, eu diria que hoje perpassa um segundo momento da evolução moderna da responsabilidade civil,

em que a tônica ou a grande característica talvez seja a multiplicação dos nexos de imputação da referida responsabilidade.

Em outras e claras palavras, o critério de que se vale o legislador para escolher quem vai indenizar - aquilo que recebe o nome de nexo de imputação - era um papel desempenhado quase que exclusivamente pela culpa no sistema romano-germânico tradicional e que, no fundo, representava uma escolha ideológica do sistema do Código Civil, em nosso caso, de 1916. Basta lembrar que o Código Civil de 1916 nunca foi um código do século XX - todos sabemos. O Código Civil de 1916 foi projetado no último ano do século XIX. Clóvis Beviláqua foi contratado no começo do ano e, até o final do ano de 1899, apresentou o projeto do Código Civil com base em outros projetos que, ao longo do século, particularmente a segunda metade, vinham sendo apresentados, especialmente um do Coelho Rodrigues. Ali qual era exatamente o sistema de organização jurídica da responsabilidade civil? Aí está a primeira mudança.

Esse sistema - vamos chamar tradicional - de responsabilidade civil tinha três características fundamentais, básicas: em primeiro lugar, é uma responsabilidade eminentemente individualizada, ou seja, não se tinha ainda, como hoje se tem, a ideia de uma responsabilidade civil coletivizada, de uma responsabilidade civil socializada, o que se revela hoje pelo aparecimento de novas figuras danosas, como são os danos coletivos; em segundo lugar, uma responsabilidade civil fundada na ideia de culpa, ou seja, o legislador escolhia alguém responsável pela indenização por ter agido com culpa. Logo, o nexo de imputação era um papel, como eu disse, quase que exclusivamente desempenhado pela culpa; em terceiro lugar, a terceira fundamental característica era uma responsabilidade eminentemente patrimonializada, ou seja, a ideia era recompor, pela clássica teoria da diferença, o patrimônio desfalcado em virtude da atuação de alguém culpado que, portanto, em virtude disso, seria responsável pela indenização.

O primeiro passo desse processo evolutivo moderno da responsabilidade civil, na verdade, deu-se com a mudança desse paradigma, ou seja, essas características da responsabilidade civil se renovaram de algum modo. E o que fundamentalmente determinou essa renovação? Eu diria que dois fatos mundiais, no mundo

ocidental, se se preferir, são bem datados. O primeiro deles, no final do século XIX, é a Revolução Industrial. Daí a fortíssima influência das relações laborais no desenvolvimento da renovação da responsabilidade civil, porque a Revolução Industrial trouxe como produto mais evidente uma universalização do dano em virtude dos acidentes. Passou-se a falar na Europa, com a Revolução Industrial e, claro, com o uso da máquina, da chamada “era dos acidentes”. Esses acidentes têm a característica fundamental de serem anônimos. Portanto, no desenvolvimento de um mecanismo de responsabilidade civil que dê resposta à necessidade de preservação da indenidade das pessoas, a culpa não conseguia desempenhar mais, ou passou a não conseguir desempenhar mais, um papel pelo menos único de nexos de imputação, ou seja, foi preciso pensar em outro nexos de imputação.

É interessante notar que - faço aqui um parêntese, já que estou na Casa da Justiça do Trabalho - isso se deu com o desenvolvimento de dois estudos. É que costumeiramente se atribuem a dois Autores franceses, Josserrand e Sallèles, mas que na verdade são dois estudos de dois suíços que se voltavam ao mesmo fato. Qual? Acidente de um trabalhador operando a máquina. Ali se viu a dificuldade de, com base na culpa, conceder-se uma resposta ressarcitória indenizatória e, portanto, a necessidade de um renovado modelo de responsabilidade civil. Portanto, esse foi o primeiro fato determinante.

O segundo, já um pouco mais adiante, é a Segunda Guerra – eu diria as duas Guerras, mas fundamentalmente a Segunda Guerra -, cujo produto mais triste e candente foi a subalternização, a reificação, a coisificação da pessoa humana; daí, não portanto à toa, todas as Constituições do pós-guerra terem elevado ao nível fundante do ordenamento jurídico à dignidade da pessoa humana, a começar pela impropriamente chamada Constituição Alemã, que, na verdade, foi uma lei imposta, portanto, a Lei Fundamental Alemã. Isso, no campo da responsabilidade civil, como eu disse, colocou em xeque aquelas três características fundamentais, de tal sorte que, então, passou-se a pensar em um modelo renovado de responsabilidade civil com outras três características fundamentais: em primeiro lugar, não mais uma responsabilidade civil apenas individualizada, mas uma responsabilidade civil socializada, coletivizada. Daí os fundos indenizatórios de maneira geral, sejam eles públicos, como no exemplo dos acidentes, sejam no campo privado, como

no exemplo comum dos seguros; em segundo lugar, uma responsabilidade civil não apenas baseada em culpa como o enquanto critério de atribuição da obrigação de indenizar. Daí o papel do risco, que, para alguns em um lugar e para outros juntos, trataremos disso. Com a culpa, passa também a ser um critério de que se vale o legislador para identificar o responsável. Aliás, é exatamente este propósito: nesse renovado sistema não se procura mais necessariamente, ou pelo menos exclusivamente, um culpado para indenizar, e sim um responsável, o que é algo diverso; em terceiro lugar, não mais apenas uma responsabilidade civil patrimonializada, mas uma responsabilidade civil, eu diria, personalizada, em que, portanto, sobressaem não apenas figuras danosas conhecidas do ponto de vista econômico-patrimonial, como também danos extrapatrimoniais, danos pessoais. E de novo, a Justiça do Trabalho - conversamos com o Ministro Luiz Philippe anteriormente - é um exemplo bastante claro desses danos pessoais.

Traçado esse paralelo, a primeira pergunta que se coloca acerca desses modelos é se um substitui o outro. E a segunda pergunta que se coloca é se, na verdade, esse processo evolutivo parou, se é esse o retrato do estado da arte.

Em primeiro lugar eu diria que não se concebe um sistema operativo que abstraia, exclua a figura da culpa. Primeira observação - a meu ver, fundamental e explico por que: a culpa, pelo menos, deveria ter um papel profilático e educativo no sistema. Se a culpa, grosso modo, é um erro de conduta, no proceder, a preocupação fundamental deveria pelo menos ser a de não agir com culpa. Segundo, há casos de responsabilidade objetiva em que se garante ao responsável o direito de regresso, e, no direito de regresso, não será raro, muito pelo contrário, é bastante comum que se discuta o quê? Culpa - primeira observação fundamental; segundo, não se conhecem, salvo um que já se renova, sistemas de responsabilidade civil que sejam exclusivamente socializados.

Em outras palavras, pelo menos no Brasil, não se tem demonstrado eficaz um sistema ressarcitório que seja só coletivizado. Talvez o seguro obrigatório seja um exemplo bastante eloquente disso, mesmo com a atualização dos valores, e é um sistema de ressarcimento por um fundo absolutamente coletivizado, socializado; quem é vítima de acidente automobilístico não se contenta com aqueles valores irrisórios para composição dos

seus danos pessoais, e, por isso, proliferam, pululam as ações de complementação indenitária do ponto de vista comum. Porventura, o único País, pelo menos de que se tem conhecimento, em que o sistema seja essencialmente coletivizado seja a Nova Zelândia que, na verdade, isso já se renova. Portanto, não me parece que seja possível trabalhar com um sistema unitário, só o risco, abandonando-se a culpa, talvez o que seja moderno, muito embora não seja contemporâneo.

E aí já adianto a minha segunda resposta ou a resposta à minha segunda pergunta. Na verdade, o que parece mais razoável é um sistema binário em que culpa e risco caminhem juntos, de acordo com a escolha que o legislador faz em função daquela hipótese concreta que ele quer disciplinar do ponto de vista da responsabilidade civil. Não foi à toa, que essa matéria significou o título de uma tese de cátedra na Universidade de São Paulo, no Largo de São Francisco, da década de 30, do século passado, que é um livro, agora reeditado, *Da culpa ao risco*, do Professor Alvinio Lima. Portanto, já é um sinal claro de que talvez a responsabilidade civil tenha andado mais, e andou.

Andou mais em que sentido, em minha opinião?

Em primeiro lugar, andou mais, porque hoje se multiplicam os critérios de atribuição da obrigação de indenizar. Ou seja, culpa e risco não são mais os únicos critérios de atribuição da obrigação de indenizar. Há outros tantos, de acordo com a escolha do legislador: segurança, vigilância, aliás, algo também bastante afeto à Justiça do Trabalho. Portanto, eu diria que o que é contemporâneo, em matéria de responsabilidade civil, em primeiro lugar, a multiplicidade dos critérios de atribuição da obrigação de indenizar. Nesse sentido, o Código Civil andou, em relação ao anterior, mas pouco. É preciso não esquecer que o Código Civil atual foi projetado na década de 70, e editado em 2002 para vigorar em 2003. Portanto, o Código Civil trabalhou ainda com um sistema, pelo menos na regra geral, binário da responsabilidade civil, que é a ideia do art. 927. O art. 927 contempla no seu *caput* uma cláusula geral de responsabilidade subjetiva e no seu parágrafo uma cláusula geral de responsabilidade objetiva, afora hipóteses casuísticas de responsabilidade objetiva que já antes existiam no sistema: responsabilidade civil do estado, por dano ambiental, por efusos e dejetos. Aliás, desde o Direito romano, há responsabilidade civil dos pais por ato dos filhos.

Enfim, hipóteses em geral de responsabilidade civil indireta, o patrão por ato do empregado, o empregador por ato do empregado. Desse modo, o Código Civil atual - o que não deixou de representar um avanço -, estabeleceu uma cláusula geral de responsabilidade civil objetiva, que é a segunda parte do parágrafo único do art. 927, que dispõe o seguinte: “Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa (...) quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem”. Há ainda hoje, do ponto de vista positivo, portanto à luz do Código Civil, um desafio da doutrina e da jurisprudência, que absolutamente não está completo, muito longe disso, aliás, que é de definir um conteúdo para essa cláusula geral.

Arrisco-me a dizer que, em primeiro lugar, é uma atividade que não precisa ser necessariamente lucrativa, no que tenho ficado vencido. Portanto, caso típico de boa-fé objetiva, aviso antes. Não me parece que a lei tenha feito essa exigência. Em segundo lugar, uma responsabilidade civil por uma atividade normalmente desempenhada. O que significa uma atividade normalmente desempenhada, a meu ver? Primeiro, uma atividade que é lícita. É mais um caso no sistema de responsabilidade civil pelo lícito. O que, contudo, não representa qualquer espécie de novidade, se pensarmos naquelas hipóteses de legítima defesa, estado de necessidade, em que se vulnera bem jurídico de terceiro, que não é o responsável pela situação de agressão ou de estado de necessidade. Segundo lugar, uma atividade normalmente desempenhada, em minha opinião, é sem defeito, portanto, o nexo de imputação da responsabilidade pelo risco da atividade do Código Civil não se confunde com o nexo de imputação do Código de Defesa do Consumidor, em que se exige, apesar de ser responsabilidade objetiva, defeito.

Mesmo assim, resta a seguinte pergunta: se o quadro é esse, qualquer um que exerça uma atividade, por sua natureza, pode eventualmente ser responsabilizado objetivamente? Não, por quê? Porque não basta a criação de qualquer risco, desde que, como dizia o poeta: “viver é um risco”; viver é arriscado, é perigoso. Então, que risco é esse? Insisto, que, se fosse qualquer risco, não precisaria ter dito o legislador que quem exerce uma atividade responde objetivamente por ela. Toda atividade, na exata medida, é uma sequência coordenada de atos voltados ao escopo final naturalmente atrai uma potencialidade

lesiva maior. Esse risco, parece-me, é diferenciado, é especial; é um risco maior, que se afere de acordo com que critérios? Primeiro, legais – a Justiça do Trabalho é outro exemplo disso. Quantas são as atividades legalmente consideradas de maior risco? Segundo critério técnico-científico. De um lado estatístico; há algumas atividades... Por exemplo, a de mineração, é estatístico. O índice de acidentes é muito maior. Terceiro critério, ainda científico, prova. Alguém dirá, é possível que não haja lei, nenhum critério estatístico, que é científico, e, do ponto de vista pericial, não se consegue determinar um risco maior. Quarto critério, máximas de experiência - está expresso no Código de Processo Civil. Não preciso de grande, eu diria, comprovação técnica para dizer que algumas atividades geram um risco muito maior. Citei uma, poderia citar outras tantas: fabricação de material explosivo, manipulação de material químico, e assim por diante. Embora esses modelos sejam muito fáceis, até, por exemplo, atividades bancárias, algumas; transporte de valores, no caso, até por lei também. Há um desafio que é preencher o exato conteúdo do art. 927, parágrafo único, e verificar a que hipóteses ele se aplica.

Com bastante alegria, vejo que, hoje, no TST, consagra-se uma hipótese de responsabilidade objetiva pelo risco, para uma situação do direito laboral, que era bastante discutida especialmente depois da vigência do Código Civil, que é o inciso XXVIII do art. 7.º. Ainda há pouco, conversávamos, o Ministro Luiz Philippe, eu e os demais professores, se o empregador explora uma atividade de especial risco, demonstrada essa característica da atividade, pelos meios de prova comuns, e, em virtude do seu exercício, alguém se acidenta, qual a diferença do acidentado ser empregado ou ser um visitante da empresa? É a dicção expressa do inciso XXVIII do art. 7.º, mas é preciso compreender *in rebus* a Constituição Federal.

O inciso XXVIII, sabem os senhores muito mais do que eu, foi um passo no processo evolutivo longo, em que o empregador só respondia por dolo, depois só por dolo ou culpa grave, que é o dolo. Equipara-se para, finalmente, chegar-se neste processo evolutivo à determinação constitucional de que ele responde, em caso de dolo, a qualquer culpa, portanto, independentemente do grau de culpa. O que fez o Código Civil foi dar um passo além, sem, a meu ver, olvidar que há normas de Direito Constitucional que são

materialmente constitucionais e outras são instrumentalmente constitucionais. Não vejo nenhuma incompatibilidade, muito pelo contrário. Vejo que, hoje, o TST caminha, parece-me, nesse sentido. Agora, há ainda muito por explorar. Vou me permitir dar só mais um exemplo. Eventos multitudinários podem envolver, claro que ao pressuposto de que aquela atividade não precise ser lucrativa, organizações religiosas, sindicatos etc. Organização de evento multitudinário gera um risco especial. Aliás, não é por outro motivo que o estatuto do torcedor sanciona, com a responsabilidade objetiva, quem organiza os eventos. Esses eventos que reúnem milhões de pessoas? Claro, desde que sejam habituais; não pode ser um evento esporádico. Isso se compreende na alusão do Código Civil à necessidade de que a atividade seja habitualmente desempenhada. Mas pergunto: Não haveria espaço para aplicação do art. 927, parágrafo único? Há muito por desenvolver nessa matéria. Depois, se houver tempo e interesse, podemos voltar a esse tema.

Eu queria terminar, respeitando o horário que me foi destinado, também mencionando duas outras características da responsabilidade civil contemporânea, que, de algum modo, apresentam matéria que depois será particularmente tratada. É hábito tratar da função primária da responsabilidade civil como se ela fosse a única, que é ainda uma função evidente que a responsabilidade civil tem, que é a de reparação. Agora, a pergunta é: no momento em que se altera o modelo da responsabilidade civil, não haverá outras funções a admitir na matéria da responsabilidade civil? O propósito agora é só ainda o de garantir a recomposição de um patrimônio desfalcado pelo cometimento do ilícito, tanto mais se nem só o ilícito gera a responsabilidade civil que, além disso, ocupa-se com a indenidade da pessoa humana. À luz desse exato pressuposto, hoje se reconhecem mais duas funções: a responsabilidade civil, além daquela reparatória. São duas funções que não se confundem, mas que frequentemente têm sido confundidas.

A função dissuasória ou preventiva de um lado, e a função punitiva de outro. Não quero invadir tema, que será mais bem tratado depois, mas quero fazer apenas duas ressalvas. A primeira, mesmo do ponto de vista, já não fosse ontológica e essencial, mas pragmático da fixação da indenização, a função dissuasória e a punitiva, em minha opinião - por isso mesmo criticável -, não se confundem. Tanto mais porque a visão do operador, do

Juiz, numa e noutra função, é diferente. A função preventiva coloca ou impõe ao operador uma visão prospectiva, mesmo na fixação da indenização. É preciso achar um valor que previna. Portanto, olha-se para o futuro. Ao passo que, na função punitiva, a visão é retrospectiva, olha-se para o passado. No nosso sistema atual, a fixação de uma única indenização em que todos esses critérios se baralham e não se identificam, geram insegurança. Perda, eu diria, de essência técnica. É preciso que se identifiquem na operação de fixação de indenização o que, a rigor, são diferenças, insisto, ontológicas, essenciais, de função, de finalidade. Portanto, qual seria o ideal do ponto de vista técnico? Claro, admitidas essas duas outras funções, o que ainda leva a problemas operacionais ou positivos que serão certamente tratados. A ideia de uma indenização fracionada em patamares identificados de acordo com a sua respectiva pertinência, o que permita uma discussão plena de cada valor e, eventualmente, destinação dos valores que sejam diversos. Essa destinação dos valores além do reparatório, hoje constitui um problema muito sério da responsabilidade civil.

A última observação que quero fazer ainda diz respeito a essas outras duas funções muito debatidas. Amanhã - vi pelo excelente programa - virá a Professora Maria Celina, que é uma crítica dessa ideia de uma função punitiva da responsabilidade civil. Portanto, algo que não se deve dar de barato, uma discussão absolutamente atual. Essas renovadas funções da responsabilidade civil põe em xeque um fenômeno muito importante hoje no Direito, para o qual não se dá a devida importância como em outros sistemas se reconhecem. O Sistema Francês é um deles. Hoje se discute muito aquilo que, no Direito Francês, chama-se de ilícito lucrativo. Ou seja, quando se compreende e se admite a responsabilidade civil como uma função que não seja meramente reparatória, ela passa a ocupar um papel importante que é o de dar resposta a essas situações chamadas de ilícito lucrativo, em que se reconhece que o cometimento do ilícito custa mais barato do que implementar medidas que evitem o resultado danoso. Isso é científico do ponto de vista econômico. Há estudos sobre isso. A GV do Rio tem. É muito mais barato e é interessante notar que alguns passos já vão sendo dados. A responsabilidade civil, dizia um professor carioca, Moacyr Porto, é um terreno escorregadio em que se vão dando alguns passos, às vezes pela jurisprudência, e a doutrina segue, às vezes, o inverso. Mas há algumas hipóteses claras da jurisprudência brasileira em que, às vezes, sem se dar a exata conta disso, já se fixa

uma indenização como resposta ao ilícito lucrativo. Por exemplo, no campo do Direito Autoral ou da Propriedade Industrial, é muito comum que, em caso de contrafação, a indenização compreenda não apenas só aquilo que seria pago pelo licenciamento, pela autorização de utilização da obra, no caso do Direito Autoral, ou do produto ou da marca, no caso da propriedade industrial, por quê? Porque esta seria a resposta ou o mecanismo natural quando a utilização fosse lícita. A jurisprudência dos Tribunais, de maneira geral e de maneira unificadora, a jurisprudência do STJ, decuplica a indenização, dizendo pagar o que, na verdade, já seria cobrado pelo licenciamento lícito para o caso do cometimento do ilícito é um fomento ao ilícito lucrativo. Isso põe em xeque essas novas funções fundamentais da responsabilidade civil e que, certamente, serão tratadas com muito maior qualidade, depois, nas palestras dos Professores Nelson e Eugenio. De modo que, atendo-me ao tempo que me foi atribuído, eu gostaria de renovar, em primeiro lugar, o meu agradecimento e renovar, de verdade, o imenso prazer que tenho sempre de comparecer a eventos da Justiça do Trabalho.

Muito obrigado.

O Sr. Ministro João Oreste Dalazen – Nós é que somos gratos ao Dr. Claudio Luiz Bueno de Godoy pela rica e claríssima exposição. Teremos o prazer, agora, de ouvir o Dr. José Affonso Dallegrave Neto, que é Mestre em Direito e Doutor em Direito pela Universidade Federal do Paraná. Atualmente, é professor convidado de diversas instituições de ensino, bem como da Escola Judicial do Tribunal Regional do Trabalho da 9.^a Região. É Advogado militante - participou comigo de incontáveis audiências -, sempre com uma postura muito firme, muito técnica e habilidosa. Confiamos ao professor Dallegrave um tema bastante restrito: responsabilidade civil e Direito do Trabalho. V. S.^a tem a palavra.

Responsabilidade civil e Direito do Trabalho

José Affonso Dallegrave Neto

Antes da projeção no telão, eu queria saudar o Ministro Dalazen e dizer a S. Ex.^a que a inspiração para a minha tese de doutorado sobre responsabilidade civil no Direito do Trabalho foi um artigo de S. Ex.^a - acho que nunca contei isso - que comentava o

art. 462 da CLT e dava algumas lições de responsabilidade civil, dano, nexos e culpa. Dali veio a inspiração para, depois, aprofundar-me nesse tema. Quero saudar o Ministro Dalazen e agradecer o convite. Saúdo também o Sr. Cláudio de Godoy, que me antecedeu, e esta plateia seleta, que vem compartilhar e debater um tema tão importante, que é a responsabilidade civil no Direito do Trabalho. Sem maiores delongas, é importante olharmos este tema no atual contexto pós-moderno.

Vivemos, hoje, numa sociedade digitalizada. Tudo é feito no toque do teclado. Pagamos contas, fazemos amigos, deletamos amigos insistentes num toque de teclado. Tudo é digital. Os homens gostam muito de ficar com o controle remoto em frente à TV, digitando tudo que é possível. A nossa sociedade é também dita pelos filósofos como uma sociedade consumista e atomizada. O nosso sonho de consumo é ficar numa espécie de bolha, com uma parafernália, onde temos ar climatizado e tela da Internet. Ali, individualmente - por isso a sociedade é chamada atomizada -, podemos escolher o que vamos fazer em razão do nosso entretenimento. É uma sociedade vaidosa e essa é uma marca. É preciso estar bem na foto do *Instagram*, do *Facebook*. É preciso estar sempre bem, com a cara certa no momento certo. É uma sociedade pós-moderna que apresenta verdades relativas e, nesse sentido, cai em dogmas, em princípios universais e tudo se relativiza. Hoje não existe mais uma verdade absoluta, mas verdades de determinadas tribos urbanas, de determinados nichos. Ouso dizer que, às vezes, o que é uma verdade para uma determinada tribo urbana não é uma verdade para a outra.

As verdades se relativizaram neste contexto pós-moderno. É uma sociedade diversificada. Ela tem orgulho dessa pluralidade, mas, ao mesmo tempo, há um paradoxo, porque nunca vimos tanta intolerância diante das diferenças. O movimento de xenofobia não ocorre só na Europa, mas em todo o mundo. É uma sociedade extremamente obstinada pela velocidade. Temos pressa. Não temos paciência sequer de ouvir pessoas que falam devagar. Não temos paciência com Internet lenta. Não temos paciência com o trânsito. No meio de tudo isso vem o valor competitividade. Essa é uma das marcas da sociedade. Vejam que os marqueteiros, para gerarem novas demandas e novos consumos, conseguiram inverter a ordem de valores. Hoje temos certa dificuldade em dizer que amamos nossos filhos,

mas falamos com muito orgulho que amamos tudo isso quando estamos diante de um *big mac* ou amamos carros nos postos Ipiranga. Essa é uma marca da sociedade de hoje. No meio de tudo isso há conflitos de interesses. É uma sociedade competitiva. Desde pequenas as crianças são ensinadas que têm de ser as melhores, o número um. Se você não for o *number one*, de nada adianta. Medalha de prata ou medalha de bronze de nada adianta. Verificam-se tantos *bullings* nas escolas e assédio moral nas fábricas e nos escritórios. O fenômeno é o mesmo: a exclusão daqueles que nos incomodam. É uma sociedade competitiva.

Quando passamos isso para as relações de trabalho, temos, de um lado, uma produtividade da empresa - e os empresários mundiais hoje são obstinados por uma produção no menor tempo possível - e, do outro lado, a dignidade desse trabalhador que contratou a sua mão de obra. No meio disso existe o que chamamos de gestão pelo medo, que ameaça, que leva à síndrome de *burnout*, ao esgotamento total, à combustão desse empregado, que tem metas e resultados para cumprir. Assédio moral. Gosto da ementa do Dr. Júlio Bebber, quando diz: “As condições de trabalho estão mudando, de modo a ficar mais duras. É preciso fazer mais e melhor. Daí por que alguns patrões, (...) sem escrúpulos, empregam a pressão psicológica constante e o tratamento descortês com o objetivo de aumentar seus lucros (...) Esse meio de gestão (...) conduz, geralmente, à síndrome de *burnout*, que se situa em uma zona muito próxima do assédio moral”.

Recentemente assisti ao filme “O Lobo de Wall Street”. Talvez alguns tenham assistido. Vi uma cena em que ficou bem claro um pouco dessa política agressiva de resultados e de metas. Na cena o chefe impõe: “Se você quer ser rico, se você quer sair do rótulo de derrotado, você precisa vender mais”. Vamos ver um pouco desse filme, que editei para vocês. Se possível, pode colocá-lo para mim. Editei dois minutos e meio ou menos do que isso da fala do chefe motivando - aos olhos desses gestores isso é motivacional - a sua equipe em uma clara situação de abuso.

(Projeta-se parte do filme “O Lobo de Wall Street”.)

Este vídeo quem me mandou foi um cliente. Diz ele que o chefe dele passa esse vídeo uma vez por mês e faz todo mundo levantar e repetir as palavras “na

pobreza não há nobreza”. Às vezes, achamos que isso só acontece em filmes de Hollywood. Vivemos uma realidade, hoje, que exagera um pouco nessa obstinação por produtividade. Como fica esse tema dentro do sistema jurídico? Norberto Bobbio diz que esse “(...) sistema é uma totalidade ordenada (...); conjunto de (...)” elementos “(...) onde uma certa ordem”. Quando falamos em sistemas jurídicos, sempre vem à mente a unidade e a ordem, ou seja, elementos imbricados. Assim é que a melhor interpretação é a sistêmica ou sistematizada. No positivismo científico do século XIX, a interpretação era gramatical. Não se conseguia imaginar lacunas na lei. Ou a norma estava dentro do sistema ou ela não existia.

Hoje, é o sistema jurídico do tipo aberto, onde tudo se desemboca num quadro axiológico, proeminente, que está na Constituição Federal. A melhor interpretação é a sistêmica, e o olhar do julgador deve ser sistêmico. Assim, quando está diante de um dano moral, ele tem de enxergar o instituto da responsabilidade civil e, subjacente a ele, o valor da dignidade da pessoa humana, princípio que consta no art. 1.º, inciso III.

Já dizia o Ministro Celso de Mello que “A interpretação mais prestante da ordem jurídica (...) é a interpretação sistêmica (...)”. Só posso descobrir os sentidos e os segredos de um dispositivo constitucional ou infraconstitucional se eu puder encaixá-lo dentro desse sistema jurídico, que desemboca nos princípios e nos valores da Carta da República. Quais são esses quatro principais princípios constitucionais que ecoam na responsabilidade civil? A dignidade e a inviolabilidade da pessoa humana. Esse é um valor em que, às vezes, quando algum advogado de reclamante coloca em sua petição inicial, há juiz que já franze a testa e diz: “Lá vem o advogado falar em dignidade da pessoa humana. Não aguento mais isso”.

Na verdade, é um princípio caro, que está no art. 1.º da nossa Carta Constitucional. É o ponto de chegada e o ponto de partida de toda a ordem jurídica: a dignidade e a inviolabilidade dessa pessoa humana, a função social da empresa como corolário da função social da propriedade, o meio ambiente hígido, inclusive o meio ambiente de trabalho - é dever da empresa manter um meio ambiente de trabalho hígido; quando não o faz, recai na culpa *in vigilando* ou culpa *in eligendo* -, direito à saúde, redução

de riscos, responsabilidade da empresa, além de custear os benefícios previdenciários por simples culpa.

Como bem falou o palestrante que me antecedeu, antes da Constituição Federal, para responsabilizar, precisávamos de dolo ou culpa grave. A Constituição Federal avança, ao inserir o inciso XVIII, quando faz menção apenas por simples dolo ou culpa. Vale dizer, culpa grave, leve ou levíssima já é suficiente para responsabilizar o empregador. Nesse sentido, o sistema jurídico tem a função de fazer toda uma adequação axiológica e principiológica da ordem jurídica. Quando estamos interpretando uma norma coletiva, quando estamos interpretando a CLT, temos de fazer essa adequação. Gosto de comparar o sistema jurídico ao sistema solar. Os planetas que orbitam em torno do sol são os mesmos microssistemas jurídicos (Direito do Trabalho, Direito Previdenciário, Processo Civil e Processo Penal) que orbitam em torno das luzes dessa Constituição Federal.

Esses microssistemas se comunicam. Vejam que esse congresso é interdisciplinar. Traz juristas do Direito Civil e pensadores da responsabilidade civil, que transcendem a órbita das relações de trabalho. Em que medida esses microssistemas previdenciário e civil se comunicam com o microssistema trabalhista? Ora, temos o velho art. 8.^a, parágrafo único, da CLT, que diz que posso invocar o direito comum “(...) naquilo em que não for incompatível com os princípios fundamentais (...)” do Direito do Trabalho. Nesse sentido, gosto desse aresto da Ministra Maria Cristina Peduzzi quando diz: “A aplicação do Instituto da responsabilidade civil no Direito Trabalho distingue-se de sua congênere do Direito Civil (...)”. É porque, no Direito do Trabalho, ele nasce e se desenvolve com o objetivo de reequilibrar a posição de desigualdade inerente à relação de emprego. Trago um exemplo dessa comunicação: o nexa técnico epidemiológico, que é uma criação para a Lei n.º 8.213/91, a criação de uma presunção relativa de doença ocupacional. Cada vez que o CID daquela doença cruzar com a CNAE – Classificação Nacional das Atividades Econômicas, se der nexa estatístico, já haverá uma presunção de que aquela doença é do tipo ocupacional. Assim, por exemplo, a tendinite, CID M-65, ao cruzar com a CNAE 6311 – digitação de dados –, haverá nexa técnico epidemiológico.

Ora, isso é um conceito do Direito Previdenciário, mas que migra para o Direito do Trabalho. E nessa perspectiva, quando vem aos autos a informação de que aquela doença tem nexos técnico epidemiológico naquela atividade, o Juiz do Trabalho, ainda que seja um conceito do Direito Previdenciário, deve levar em conta isso como uma presunção *juris tantum*, e no silêncio deve prevalecer isso como verdade relativa. Vejam que surgem novas perspectivas, e aqui separo rapidamente uma nova perspectiva do dano, do ato ilícito e do nexos causal.

No dano, temos danos novos. Um dano novo que se exsurge é o dano ao projeto de vida. Vejam que hoje já se fala no dano existencial, que é quando esse empregado se frustra no seu projeto de vida, na sua dimensão social, familiar, deixa de gozar férias por dez, doze anos e se vê tolhido na sua manifestação de vontade, na sua expressão social e familiar. Aqui há um dano ao projeto de vida também chamado de dano existencial. Nessa nova perspectiva do dano, o juiz deve levar em conta um novo paradigma, que já foi colocado aqui pelo meu antecessor. O novo paradigma da responsabilidade civil, hoje, não é onde está a culpa ou onde está o culpado, mas alguém tem de reparar esta vítima. O novo paradigma, chamado de reparação integral - *restitutio in integrum* -, está no art. 944 do Código Civil. Trago uma ementa do Ministro Luiz Philippe Vieira de Mello Filho - que está na plateia - que deixa bem claro que o TST está atento a isso. Trago também um aresto do Ministro Carlos Velloso.

O novo paradigma da responsabilidade civil não é onde está a culpa, mas que alguém tem de reparar essa vítima. E nesse sentido existe uma função social da empresa. Aí, vem aquela pergunta: posso dispensar um empregado doente? Alguns vão me dizer: “Só se essa doença tiver nexos com a execução do trabalho, uma doença do tipo ocupacional, porque atrai a dicção do art. 118 da Lei n.º 8.213/91”. Sim, mas se não tiver nenhuma relação, se não for uma doença ocupacional, e ele estiver em tratamento, posso descartar esse empregado e jogar fora? Depende do paradigma. Se o seu paradigma for a função social da empresa, a função social do contrato, está no art. 421 do Código Civil.

Vivemos um modo capitalista no qual todos podem montar uma empresa e obter lucros, não há limite para os lucros. O sistema capitalista brasileiro é aberto, é

a livre iniciativa, mas, a partir do momento em que tenho o bônus do lucro, tenho o ônus, e quando se fala em acidente, é ônus. É ônus da empresa suportar o empregado que está acometido de doença, e nessa perspectiva tenho de esperar para poder mandá-lo embora. É a perspectiva do bônus e do ônus. Nova perspectiva do dano moral. O dano moral sempre foi entendido como uma ofensa a um direito geral de personalidade. Vejam essa ementa antiga do Ministro Sepúlveda Pertence: “(...) O dano moral exsurge do fato da autora ter que conviver com o defeito físico oriundo do acidente, sem possibilidade de recuperação, e impedida, igualmente, de desenvolver as costumeiras tarefas diárias (...)”.

Mas já há uma nova perspectiva. E pergunto aos senhores: há indenização só na lesão consumada, ou também pela simples exposição a condições inseguras ou degradantes? Vejam que o TST também está atento a essa questão. Trago uma ementa do Ministro Pedro Paulo Manus que fala daqueles empregados que trabalham com transporte de valores. Vejam que interessante. Diz o Ministro Pedro Paulo Manus que, ainda que não tenha sido registrada nenhuma ocorrência de assalto ou roubo, o transporte de valores pelo empregado nessas hipóteses, por si só, já é capaz de gerar sofrimento e desgaste emocional que resultam no dano moral indenizável. A nova perspectiva não é aguardar a lesão se consumir, mas é o estar submetido a condições inseguras, a condições degradantes. Imaginem alguém que transporta valores: o risco de assalto, taquicardia, medo, aflição. “Mas nunca foi assaltado, nunca aconteceu”. Sim, mas ele se submeteu durante cinco anos àquele nervosismo, àquela tensão diária de ter que carregar sem escolta policial, sem treinamento, altos valores diariamente até o banco, até o escritório. O simples fato de estar exposto a essa condição degradante, ou insegura, já gera dano moral nessa nova perspectiva. Nova perspectiva da culpa.

Onde reside a culpa acidentária? Vejam como a nossa CLT, de 1943, que completou 70 anos, era moderna. Arnaldo Süssekind já dizia que a culpa acidentária tem duas dimensões: descumprir normas de segurança, mas violar dever de cautela. Também incorre em culpa acidentária o empregador que deixa de instruir seus empregados e prevenir os danos. Assim, o juiz, quando está instruindo, não é só cumprir ou não cumprir a NR, mas o que a empresa fez para prevenir essa doença, o que a empresa fez

para prevenir esse dano. Nesse sentido, também muda a perspectiva da culpa. Na esfera acidentária, espera-se não uma conduta do homem médio. Gosto dessa ementa do Sebastião Geraldo, que é uma das maiores autoridades no assunto: “(...) a conduta exigida do empregador vai além daquela esperada do homem médio nos atos da vida civil (bonus pater famílias), uma vez que a empresa tem o dever legal de adotar as medidas preventivas cabíveis para afastar os riscos inerentes ao trabalho (...)”.

Vamos passar um vídeo de vinte segundos para mostrar que não há fatalidades. O que existe são tragédias anunciadas. Às vezes, observamos uma pessoa lavando um vidro no oitavo andar e pensamos que aquilo não vai dar certo isso. Diante de certas situações, já prevemos que vai acontecer uma tragédia. Vejam esse vídeo de uma mulher que foi pendurar um *banner*, mas ninguém estava segurando a escada. Esse vídeo faz parte até uma campanha que foi encampada pelo Tribunal Superior do Trabalho sobre prevenção de acidentes.

(Procede-se à apresentação do vídeo.)

Na realidade, falamos em acidente, imprevisto, mas temos de prevenir; há certas situações em que já vemos se tratar de uma tragédia anunciada. Aqui, já em tom de encerramento, a culpa como fator de redução. Se é verdade que o novo Código Civil de 2002 trouxe dois dispositivos que reduzem o valor da indenização quando o empregado for concorrente na culpa, a chamada culpa concorrente, art. 945, ou quando houver uma excessiva desproporção entre o dano e a gravidade da culpa, inaugura-se um novo paradigma da equidade, no sentido de que, dependendo do grau de culpa, podemos reduzir o valor da indenização; as indenizações tarifadas dos arts. 948, 949 e 950.

A grande questão que surge hoje nas sentenças trabalhistas é se a concausa também é um fator de redução da indenização.

Primeiramente, é importante lembrar que há uma lacuna legal: em nenhum momento, o art. 20, quando equiparou concausa a acidente de trabalho, autorizou a redução da indenização. Se há uma lacuna, podemos ir pelo paradigma da reparação integral

da (...) ou podemos ir pelo paradigma da equidade. No meu modo de ver – aqui adoto a doutrina do Desembargador Sebastião Geraldo de Oliveira, que estabelece graus possíveis: contribuição do trabalho baixa e contribuição extralaboral intensa. Nesse caso está autorizado o Juiz a, no máximo, reduzir 40% da indenização tarifada de lei. Se for média e média, 20%. Se a contribuição do trabalho na concausa foi intensa, e a contribuição extralaboral foi baixa, o Juiz está autorizado a reduzir apenas 10% do valor da indenização de que trata o art. 950 do Código Civil. Finalizo com uma nova perspectiva do nexos causal. Escolhi alguns pontos, porque essa matéria é muito ampla, e meu tema foi Direito do Trabalho e Responsabilidade Civil. Pincei algumas *facti species* do dano, da culpa e do nexos causal.

Termino com essa questão do nexos causal. O art. 403 do Código Civil é o único que fala de nexos causal, e a ideia original do legislador foi atrair a responsabilidade somente dos efeitos diretos e imediatos, mas a doutrina e a jurisprudência avançam para dizer que o Juiz, a fim de fixar o nexos causal, deve levar em conta a causa determinante ou necessária do dano. Gosto dessa ementa, que não é trabalhista, mas é muito elucidativa, que diz assim: A causa direta e imediata nem sempre será a mais próxima do dano. No caso de inúmeras circunstâncias, o Juiz deve observar qual a causa foi decisiva para a ocorrência do acontecimento.

Pergunto aos senhores: o nexos acidentário se mede por absoluta certeza ou por razoável probabilidade? Os senhores já notaram como a resposta dos peritos, geralmente, é mais ou menos assim: é provável que o trabalho tenha sido a causa da doença. Ele trabalha com juízos de probabilidade. É assim mesmo, porque a ciência médica não é ciência exata, e o julgador não pode esperar que o perito diga no laudo: com absoluta certeza, digo que há nexos causal entre a doença psicológica e a execução do trabalho. Não é ciência exata. Essa ementa deixa bem claro o que estou a dizer. A presença do nexos causal se mede por razoável probabilidade. A ciência médica não é exata; é o possível lógico e não o absolutamente certo que embasa a conclusão pela presença do nexos causal e concausal. Agostinho Alvim diz: “nem sempre há certeza absoluta de que certo fato foi o que produziu determinado dano. Basta um grau elevado de probabilidade”. Esta é uma questão acessa entre nós: as perícias. Fico feliz, porque o TST vem defendendo isso, e a Anamatra também. Está

na hora de termos quadros próprios para peritos na Justiça do Trabalho; temos de ter pessoas preparadas, com formação para isso, com remuneração compatível. Está mais do que na hora, porque senão fica o Juiz ali se esforçando para conseguir um perito, e, às vezes, o Juiz achando que aquele perito vai ajudar, e quando vai prolatar a sentença vê que não ajudou em nada e fica aflito. Precisamos hoje nos mover para, justamente, termos peritos em quadro próprio.

Eu queria terminar com esse último *slide* fazendo uma pergunta para os senhores: hoje se fala na indústria do dano moral. Não podemos transformar o Brasil na indústria do dano moral, como existe nos Estados Unidos. Existe uma jurisprudência muito conhecida que diz: “(...) O mero dissabor não pode ser alçado ao patamar do dano moral, mas somente a agressão que exacerba a naturalidade dos fatos (...)” é que se enquadra como dano moral. Não podemos esquecer que existe uma indústria da impunidade, existe uma indústria da exploração. Vivemos um contexto, hoje, em que existem poucas vagas de emprego. A revolução dos computadores subtraiu as vagas de emprego, e hoje os empregadores, muitas vezes, estão em uma situação mais acomodada, porque eles podem substituir essa mão de obra com muita facilidade, e o empregado acaba se submetendo a qualquer coisa, mas ou menos como: dê graças a Deus porque você tem carteira assinada; trabalhe e fique quietinho. Eu queria terminar falando em uma ementa que traduz um pouco o que penso a respeito desse tema. O aresto do TJ do Rio de Janeiro diz assim: “(...) Ao contrário do que afirmam os detentores do poder econômico (...) de que recrudescer e alarga a indústria do dano moral, a realidade é outra. É o despertar na consciência, na experiência e até mesmo no estímulo de doutrinadores e jurisconsultos sensíveis, o espírito de cidadania, de amor próprio, de autoestima, que há muito o povo brasileiro havia perdido e agora tenta, a duras penas, recuperar e a esses esforços, sem dúvida alguma, não pode o Judiciário ficar alheio. Não é indústria do dano moral. É indústria da defesa dos seus direitos, tentativa de, pelo menos, se atenuar a indústria da impunidade (...)”. Agradeço a atenção dos senhores.

Muito obrigado.

O Sr. Ministro João Oreste Dalazen – Nossos agradecimentos e cumprimentos ao Dr. José Affonso Dallegrave Neto pela interessante exposição de S. S.^a.

Temos o prazer e a honra de registrar a presença agora do Ministro Paulo de Tarso Vieira Sanseverino, do Superior Tribunal de Justiça. S. Ex.^a é Mestre em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Doutor em Direito por essa prestigiosa Universidade, igualmente. Foi Desembargador no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul e Diretor da Escola Superior da Magistratura daquele Estado. Foi também Professor de Direito Civil da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul e da Escola da Magistratura, igualmente, no Rio Grande do Sul. O Ministro Sanseverino é um extraordinário Professor e um excelente colaborador, de todos os momentos, da Enamat. Temos, portanto, uma especial alegria em tê-lo conosco nessa oportunidade para uma palestra sobre a questão tormentosa e atormentadora da quantificação da indenização por danos morais. Tem a palavra o Ministro Sanseverino.

Quantificação da indenização por danos morais

Paulo de Tarso Vieira Sanseverino

Obrigado. Boa tarde a todos. Inicialmente faço minha saudação ao Ministro João Oreste Dalazen, que é o Diretor da Enamat, e congratulo-me com S. Ex.^a por todos os trabalhos realizados nesta Escola, que é um modelo de escola judicial na formação dos Magistrados no âmbito trabalhista. Tomara que possamos ter uma Escola como esta para a formação inicial e continuada de todos os Magistrados brasileiros. Parabéns, de modo muito particular, pela realização deste Congresso sobre responsabilidade civil, abordando os mais diferentes tópicos acerca desse tema. Parabéns e a minha saudação especial. Saúdo também os demais integrantes da Mesa: o Dr. Cláudio Luiz Bueno de Godoy e o Dr. José Affonso Dallegrave Neto, que parabenizo pelas exposições. Uma saudação muito especial ao Ministro Luiz Philippe Vieira de Mello Filho, que se encontra no auditório, e também ao meu colega do Rio Grande do Sul, o Desembargador Eugênio Facchini Neto, que também é companheiro das discussões sobre responsabilidade civil.

O tema que me foi cometido é a quantificação da indenização por dano moral; a reparação do dano moral.

Como já foi abordada a questão relativa ao dano moral, muito brevemente relembro apenas que, na realidade, essa questão hoje é uma das mais controvertidas dentro da responsabilidade civil. É daquelas que interessa não apenas aos juristas, mas a toda a sociedade. É um daqueles temas que nós, muitas vezes, estamos discutindo em casa com a família, com os amigos, que não têm formação jurídica, e todos sabem um pouco, têm uma pré-compreensão a respeito do que seja dano moral. Na verdade, é um dos temas mais atuais da responsabilidade civil e a isso se deve todo o interesse que ele tem despertado. Tradicionalmente se trabalhava com um conceito negativo de dano moral; modernamente, tenta-se trabalhar e construir um conceito positivo, substantivo, de dano moral. Foi feita referência, faz-se a ligação com os direitos da personalidade. A professora Maria Celina Bodin de Moraes faz ligação com o princípio da dignidade da pessoa humana; enfim, é uma tentativa de se construir um conceito positivo.

Na verdade, essas dificuldades ensejadas pelo dano moral e todo o debate que existe em torno dele, têm uma razão histórica no Direito brasileiro, que foi a grande demora no Brasil de reconhecimento da indenizabilidade do dano moral no nosso sistema jurídico. Isso se deve, em boa parte, ao Supremo Tribunal Federal, que, até 1988, tinha uma grande resistência à indenizabilidade do dano moral fora dos casos previstos em lei. Naqueles casos em que havia a previsão em lei - no Código Civil havia; na Lei de Imprensa, de 1967, também -, o Supremo aceitava, mas, fora dos casos expressamente previstos em lei e, no mais grave dos atos ilícitos, que é o homicídio, não havia previsão de indenização por dano moral no Código Civil de 1916, e o Supremo não aceitava, resistia, com vários argumentos de ordem legal, de ordem ética, etc. Em 1988, a Constituição Federal, no art. 5.º, incisos V e X, consagra a indenizabilidade do dano moral. Esses dispositivos legais estão mais preocupados com os excessos praticados pelos meios de comunicação social.

De todo modo, a doutrina e a jurisprudência, que criticavam a posição restritiva do Supremo, recebem esses dispositivos constitucionais como sendo uma autêntica cláusula geral de dano moral, passando a haver um amplo reconhecimento de sua indenizabilidade. O Superior Tribunal de Justiça, que também foi criado pela Constituição Federal de 1988, instalado em 1989 e que este ano está completando 25 anos de

funcionamento, surge também como um Tribunal que faz um contraponto ao STF. O STF era um excelente Tribunal, mas tinha uma feição bastante conservadora. O STJ, desde o primeiro momento, procura ser um Tribunal mais progressista em relação à permeabilidade às novas teses jurídicas. Um dos exemplos é exatamente a Súmula n.º 37 do STJ, uma de suas primeiras súmulas e que procura resolver uma questão controvertida que havia em relação ao dano moral, que é a possibilidade de cumulação de danos materiais e morais oriundos do mesmo fato. A Súmula n.º 37, então, deixa clara essa possibilidade. Juntando-se a previsão constitucional e a súmula do STJ, passa a haver um amplo reconhecimento da indenizabilidade do dano moral no Direito brasileiro.

Sou Juiz desde 1986, acho que o Desembargador Eugênio Facchini é anterior a isso; de 1982, se não me engano. Na verdade, antes da Constituição de 1988, já encontrávamos pedidos de indenização por danos morais em vários processos, mas não era o mais comum. Por outro lado, após a Constituição de 1988, especialmente a partir da década de 90, é raro o processo em há alguma viabilidade e que não se postule também a indenização por dano moral. É claro que isso conduziu a alguns exageros. O Dr. Dallegrave chamou a atenção para a “indústria do dano moral”, que eventualmente é aventada com uma conotação negativa. Na verdade, como se colocou muito bem, temos de ter algum cuidado. O dano moral é um instituto extremamente nobre, extremamente importante. É uma conquista não apenas da comunidade jurídica, mas de toda a sociedade, e, por isso, temos que lutar exatamente por sua preservação nos mais diferentes aspectos.

Pois bem, a verdade é que em 2002 veio o novo Código Civil. O Código Civil deixa expressa a indenizabilidade do dano moral no art. 186. Há o conceito clássico de ato ilícito culposos e, a essa regra a respeito do ato ilícito culposos, ele acrescenta, na parte final, que o dano moral também é indenizável. Na verdade, dentro de todo esse contexto, a contribuição do Código Civil não foi das mais relevantes, já que havia antes uma ampla consagração doutrinária e jurisprudencial a respeito da indenizabilidade do dano moral. Entretanto, o Código Civil deu outras contribuições. A primeira contribuição que ele dá é ao conceito do dano moral, fazendo-se uma ligação entre essa regra e os direitos da personalidade, o que resulta na construção de um conceito substantivo de dano moral, que não

vou tratar com vocês hoje. O segundo aspecto para o qual ele contribui é uma regra escondida, o parágrafo único do art. 953, no qual se dá uma importante contribuição à fixação de critérios razoavelmente objetivos para a quantificação da indenização por dano moral. É exatamente sobre esse tema que vou trabalhar com os senhores, em duas grandes perspectivas: a princípio, muito brevemente, relembrando a natureza da indenização por dano moral e, depois, os critérios para a quantificação da indenização por dano moral. Inicialmente, abordo a natureza da indenização por dano moral. Na verdade, podemos identificar três grandes funções na indenização por dano moral: uma função satisfatória, ressarcitória; uma função punitiva; e uma função preventiva.

Quanto ao aspecto ressarcitório, é da própria essência da responsabilidade civil o ressarcimento, a reparação do dano. Quando analisamos a responsabilidade civil na perspectiva da vítima do ato ilícito, o que se busca é o seu ressarcimento, que, no caso do dano moral, como não existe uma equivalência plena entre a natureza da lesão sofrida pela vítima e a indenização pecuniária, será feito de forma bastante aproximativa visando a uma satisfação ou compensação.

A segunda função é a punitiva. Punição. Na verdade, eventualmente, a indenização por dano moral vai apresentar um cunho de pena privada. Então, quando analisamos pela perspectiva do ofensor, muitas vezes, vamos verificar que se busca na indenização por dano moral, não propriamente um ressarcimento da vítima, mas uma punição ao ofensor. Uma situação relativamente habitual na justiça comum é que, muitas vezes, a pessoa sofre uma ameaça, sofre uma ofensa por parte de alguém e então busca a Justiça Penal. Como são afrontas de menor potencial ofensivo, são delitos de menor potencial ofensivo, muitas vezes, simplesmente se resolve com cestas básicas ou penas alternativas. Porém, essa pessoa tem uma sensação de impunidade e acaba procurando o seu advogado, dizendo: “Quero que esse indivíduo sinta no bolso o que ele me fez, quero entrar contra ele com uma ação de indenização por dano moral. Não quero propriamente um ressarcimento para mim, quero uma punição para o ofensor.” Nesse caso, a pessoa está utilizando a ação de indenização por dano moral como uma autêntica pena privada. Então, vem a função punitiva, bem sintetizada em um acórdão do STJ, em 2005, da Ministra Eliana Calmon, no qual S. Ex.^a

diz exatamente isso que está na tela, sobre a dupla função da indenização: “(...) reparar o dano buscando minimizar a dor da vítima e punir o ofensor para que não volte a reincidir (...)”.

Uma terceira função, desdobrando-se da função punitiva, é a função preventiva, que, exatamente, seria aquele aspecto didático-pedagógico da indenização por dano moral e que tem extrema importância na Justiça do Trabalho quando se trata de reparação dos danos sofridos pelo empregado que passa por um acidente de trabalho. Trabalhei bastante tempo na 9.^a Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, antes da Emenda n.º 45, e lá se julgava a responsabilidade civil do empregador por acidente de trabalho. Era curioso que, na verdade, tínhamos duas competências delegadas: de um lado, a competência para a questão do acidente de trabalho em relação ao INSS; de outro, a responsabilidade do empregador pelo acidente de trabalho.

Muitas vezes, observamos a reiteração do mesmo tipo de ato ilícito praticado por empresas do mesmo setor. Lesões como redução auditiva induzida por ruído na siderurgia, que é muito forte no Sul, era um tipo de ato ilícito repetindo-se várias vezes. Então, no momento em que se vai quantificar indenização por dano moral, nesses casos, deve-se levar em conta, exatamente, estes aspectos: prevenir, evitar a reiteração daquele dano e estimular que o empregador tome medidas de precaução para evitar a reiteração daquela modalidade de ato ilícito. Então entra a função punitiva. Apenas relembro que essas três funções, especialmente as duas últimas, não se confundem com os *punitive damages*, a indenização punitiva que tem sua matriz na *common law*. Na verdade, na *common law*, a indenização punitiva vai aparecer como uma quantia em dinheiro imposta ao demandado com o objetivo de puni-lo e de prevenir a prática de novos atos semelhantes. Temos um belo exemplo da *punitive damages* nos filmes dos Estados Unidos. Na verdade, os americanos adoram filmes a respeito de tribunais e casos judiciais. Há um filme que acho exemplar na questão da *punitive damages*, que é o filme *Philadelphia*. Quem não viu, apenas lembrando, é um filme sobre um jovem advogado da Philadelphia que se integra em um escritório dos Estados Unidos, aqueles escritórios clássicos. Ele tem uma carreira promissora – o Tom Hanks –, mas é homossexual e contrai o vírus da *Aids* nos anos 80, quando havia preconceito em relação à doença. Ele não só contrai o vírus como começa a desenvolver a doença.

Quando os donos do escritório se dão conta disso, forjam uma situação de negligência no atendimento a um cliente importante daquele escritório, quase perdem um prazo decadencial, e, com isso, demitem-no. Ele resolve ingressar com uma ação judicial para demonstrar que o motivo da demissão não foi essa suposta negligência, mas o preconceito em relação à doença da qual era portador. No filme, como ele já estava doente, acaba contratando como seu advogado Denzel Washington, que era *ex adversa* dele em várias causas anteriores. O filme é maravilhoso, não vou contar tudo. De um lado, conta a história do processo; de outro lado, a evolução da doença. Há um fundo musical maravilhoso, com a música *Streets of Philadelphia*. O final do filme – é o ponto para o qual eu gostaria de chamar a atenção dos senhores – traz exatamente o aspecto referente à condenação. Ele ganha a ação, está no hospital, como paciente terminal, e o Denzel Washington chega para comunicar que foram vitoriosos no processo. E ele diz: dê-me os valores das indenizações. Por danos materiais, lucros cessantes, foram aproximadamente duzentos mil dólares; por danos morais, aproximadamente duzentos mil dólares; por *punitive damages*, aproximadamente dois milhões de dólares. Exatamente por toda a postura do escritório de advocacia, que forjou uma situação para demissão por justa causa e, principalmente, sustentou perante o Tribunal aquela situação de justa causa. Isso é muito grave para os americanos. É um atentado à própria Corte, por isso a fixação dos *punitive damages* pela Corte nesse valor expressivo.

A dificuldade que temos no Brasil é a falta de previsão legal, tenta-se incluir no princípio da reparação integral. Já tivemos previsão de *punitive damages* no Direito do Consumidor. No Código do Consumidor aprovado pelo Congresso havia a previsão dos *punitive damages*, mas esse dispositivo legal foi vetado pelo Presidente da República. Então, a dificuldade que temos de superar é exatamente esse aspecto relativo à legalidade, embora seja um instituto interessante. No Brasil temos encontrado, em algumas decisões – uma do Tribunal de São Paulo e algumas de juizados especiais, especialmente na região do Centro-Oeste –, uma tendência ao reconhecimento do dano social. Esse dano se assemelha aos *punitive damages* e foi desenvolvido no Brasil pelo saudoso professor Antonio Junqueira de Azevedo, um grande civilista de São Paulo, que, em um artigo, aponta como contraponto ao dano moral esses dissabores todos que eventualmente ocorrem na rotina social. O caso de São Paulo envolvia uma negativa de cobertura de plano de saúde. Uma

situação bem grave no caso concreto. Então, acrescentou-se à condenação uma indenização por dano social, em torno de um milhão de reais, em favor de um hospital filantrópico de São Paulo. Eventualmente, temos também encontrado no STJ alguns casos, dos juizados especiais de Goiás, especialmente, em relação a essas ações movidas contra bancos – os mais variados problemas. De todo modo, a dificuldade que se tem, realmente, é a de superar a questão do reconhecimento do instituto dos *punitive damages* no Brasil.

Vamos agora ao ponto central, que é a quantificação da indenização por dano moral no Direito brasileiro e a tentativa de se estabelecer alguns critérios para a quantificação. Apenas lembrando – eventualmente volta essa discussão –, já tivemos no Brasil a previsão de tarifação legal da indenização por dano moral.

O curioso é que o primeiro caso que havia era exatamente no Código Civil de 1916. Então, muitas vezes, diz-se que o Código Civil de 1916 não continha a previsão de indenização por dano moral. Não apenas continha, como os valores ficaram elevadíssimos. O art. 1.547 do Código Civil versava a respeito das ofensas contra a honra: calúnia, injúria e difamação. O seu parágrafo único dizia que, se o ofendido não puder provar prejuízo material, o valor da indenização vai corresponder ao dobro do máximo da multa criminal correspondente. O máximo da multa criminal correspondente passou a ser, a partir de 1984, cinco mil e quatrocentos salários mínimos. O dobro era dez mil e oitocentos salários mínimos por uma ofensa contra a honra. Imaginem um caso de homicídio, de paraplegia, de tetraplegia etc. O art. 1.550 versava sobre as ofensas contra a liberdade. Esses dispositivos, hoje, correspondem aos arts. 953 e 954 do Código Civil de 2002, mas houve uma alteração da redação, naturalmente, que em seguida comento.

De outro lado, havia a lei de imprensa, que estabelecia valores para as indenizações por dano moral praticados pelos veículos de comunicação social. O máximo era em torno de duzentos salários mínimos. A jurisprudência nunca teve simpatia pelo tarifamento indenizatório das indenizações por dano moral. No caso da Lei de Imprensa, por exemplo, o STJ editou a Súmula n.º 281, entendendo que esse tarifamento não era compatível com o sistema constitucional, a partir de 88, seguindo-se a ideia de reparação integral. Do mesmo modo, o próprio Supremo Tribunal Federal, em 2009, no julgamento da ADPF 130 -

Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental -, acabou reconhecendo também que a própria Lei de Imprensa não era compatível com a Constituição Federal de 88 e derogou toda ela. Com isso, essa hipótese de tarifamento legal acabou sendo afastada pela jurisprudência.

Do mesmo modo, aquela que era prevista pelo Código Civil de 1916 também foi rejeitada pela jurisprudência do STJ, ao entendimento de que não era compatível com a razoabilidade, e acabou sendo afastada. Dessa forma, continuamos tendo como principal critério para a quantificação da indenização por dano moral o arbitramento judicial. Neste ponto, o Código Civil de 2002, no art. 953, parágrafo único, dá uma colaboração muito importante e interessante para estabelecer critérios razoavelmente objetivos para a quantificação da indenização. O art. 953 é a regra correspondente, que trata das ofensas contra a honra. O parágrafo único do art. 953 manteve o início, no sentido de que, não sendo possível provar prejuízo material, o juiz arbitrará equitativamente a indenização, de acordo com as circunstâncias do caso. Então, em vez de pagar o dobro do máximo da multa criminal, o juiz vai fixar equitativamente a indenização, de acordo com as circunstâncias do caso.

Nessa hipótese, tenho uma regra orientadora da quantificação da indenização por dano moral, que também se aplica expressamente aos casos de ofensas contra a liberdade. Nos demais casos, analogicamente, podemos utilizar, na ausência de regra específica com essa finalidade, o arbitramento equitativo da indenização por dano moral pelo juiz. O que significa isso? Essa regra diz muito mais do que aparenta dizer num primeiro momento. Temos aquilo que, na linguagem de Karl Engisch, seria a concreção individualizadora, numa perspectiva exatamente da ideia de equidade que foi desenvolvida por Aristóteles na obra *Ética a Nicômaco*. Apenas lembrando brevemente, Aristóteles, na *Ética a Nicômaco* – que é um belo livro, sempre atual – faz uma distinção entre justiça legal e equidade. Ele diz o seguinte: na verdade, quando o legislador elabora uma lei, ele procura tratar igualmente todos os cidadãos de uma determinada sociedade. Ele não está preocupado com a situação individual de cada um, mas procura tratar de modo igual todos os cidadãos, como, aliás, o Congresso faz até hoje aqui no Brasil. Entretanto, ele diz que, eventualmente, a aplicação pura e simples dessa regra a determinadas situações pode-se mostrar profundamente

iníqua e injusta. Com isso, então, deve-se conferir poderes ao juiz para, em determinada situação, decidir do modo mais adequado ao caso concreto. Justiça do caso concreto. Isso é a equidade na ideia de Aristóteles, que ele diz que é semelhante à régua de chumbo dos arquitetos da Ilha de Lesbos, ou seja, a régua que se adapta às peculiaridades do terreno. Aristóteles trabalha exatamente com essa ideia de equidade como justiça do caso concreto. Apenas lembrando, as ideias de justiça e igualdade são dois valores que caminham de mãos dadas. Especialmente quem é professor sabe exatamente que se não tratar igualmente todos os alunos, eles vão dizer que o professor está sendo injusto. Tive um caso de um aluno que era cego, lá na PUC do Rio Grande do Sul. Excelente aluno que era cego e fazia todas as anotações em braile, assim como a prova, naturalmente. O problema é que se ele saísse da prova e voltasse para fazer a leitura em braile, ele poderia obter todo o gabarito por parte dos colegas. Então ele fazia a prova na secretaria da faculdade; a secretária fazia a leitura das questões para ele, que por sua vez ia ditando as respostas. Outro aluno, que não era cego, disse: “esse sistema dele é melhor; eu fico nervoso na prova e também gostaria de fazê-la na secretaria”. Isso poderia acontecer? Na verdade, a solução que se dava ao aluno cego era baseada na equidade, nas peculiaridades dele. Essa é a ideia de equidade, ou seja, uma solução mais justa e adequada para um determinado caso concreto.

A equidade, que foi um conceito que, ao longo do tempo, sofreu altos e baixos, foi rejeitada em alguns momentos em função do arbítrio judicial, foi resgatada depois, na segunda metade do século XX, e vai aparecer exatamente no nosso Código Civil em vários momentos, e aí acho que tem muito a influência do Professor Miguel Reale, que presidiu a comissão que elaborou o Código Civil de 2002, que, antes de ser um grande civilista, era um grande filósofo do direito. A equidade aparece exatamente aqui na regra do parágrafo único do art. 953. Arbitramento equitativo da indenização, atendendo às circunstâncias do caso. Que circunstâncias? A gravidade do fato em si, a culpa do ofensor, a culpa concorrente da vítima, a situação econômica das partes, especialmente a situação econômica do ofensor. Neste ponto, é importante a gravidade do fato em si. Mais grave ou menos grave. Este é um caso de excepcional gravidade: foi uma mãe que morreu num acidente de trabalho, deixando filhos pequenos, como uma criança em fase de amamentação; ou então o fato tem a gravidade normal, como uma ofensa feita no local de trabalho. Em

segundo lugar, culpa do ofensor. O ofensor agiu com dolo ou com culpa grave ou com culpa leve ou foi um caso de responsabilidade objetiva. Se não fosse a responsabilidade pelo risco, nem seria responsabilizado. Ou seja, aumentando ou diminuindo a indenização. Culpa eventual ou culpa concorrente da vítima e também a questão da situação econômica das partes envolvidas. Trata-se de uma grande empresa ou de um pequeno comerciante, variando então a situação.

Qualquer semelhança com o Direito Penal não é mera coincidência. Naquele ramo do Direito, eles também trabalham com o arbitramento da pena a ser imposta ao condenado: caso de homicídio, de ofensas contra a liberdade, de ofensas contra a honra e a transformação, então, numa pena restritiva de liberdade. Mas no Direito Penal eles têm uma pena máxima e uma pena mínima, que serve de parâmetro para o início da fixação da pena, o que não temos na responsabilidade civil. Talvez por isso, muitos juízes e tribunais passaram a estabelecer uma espécie de tarifamento judicial de acordo com o interesse lesado. Todos somos juízes aqui. Todo juiz tem como objetivo maior que a sua decisão seja justa. A justiça das decisões é o grande valor que orienta a nossa profissão. Todos nós, em uma época de grande volume de demandas judiciais, temos vários casos que são semelhantes, e queremos que casos semelhantes tenham soluções semelhantes – justiça e igualdade –, isonomia no tratamento de casos parecidos. Por isso, muitas vezes, se temos o mesmo tipo de caso na Justiça Comum, por exemplo, SPC – indenização por dano moral por inscrição indevida no SPC –, fazemos um modelo de decisão, que é replicado pelo estagiário. Ou seja, de acordo com o interesse lesado, estabelecemos um parâmetro de decisão que vai se repetindo em todos os casos.

Cuidado! Se criticamos o tarifamento legal, temos de ter cuidado com o tarifamento judicial, que também engessa. Na verdade, o arbitramento da indenização deve seguir a ideia de equidade. É exatamente por isso que acabei desenvolvendo um sistema – o motivo até do convite –, que é a questão do método bifásico, a reunião dos dois critérios. Quando fiz meu doutorado na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, sempre procurei conciliar a minha atividade acadêmica com a minha atividade jurisdicional, pegando, na academia, temas ligados à vida do juiz e temas que normalmente

não são enfrentados por quem não é juiz. E uma das preocupações é a questão da quantificação da indenização. Então, o tema da minha tese de doutorado foi a reparação integral do dano, analisando o art. 944 do Código Civil, e um dos aspectos foi a reparação dos danos extrapatrimoniais, a reparação dos danos morais.

Fazendo a pesquisa, localizei um precedente da Ministra Nancy Andrichi, do STJ, em que S. Ex.^a fazia a quantificação da indenização em dois momentos, em duas fases, semelhante ao sistema do Direito Penal. Achei interessante, desenvolvi e ampliei, na minha tese de doutorado, que depois se transformou no meu livro, publicado pela Editora Saraiva, sobre reparação do dano. A minha ideia é de que a quantificação da indenização deve ser feita em dois momentos, em duas fases; daí o método bifásico. Em um primeiro momento, faz-se a fixação de uma indenização básica de acordo com o interesse jurídico lesado. Aliás, é aquilo que todos fazemos quando procuramos ter um modelo de decisão para determinados casos. Então, de acordo com o interesse jurídico lesado, faz-se uma pesquisa na jurisprudência do meu Tribunal, de outros Tribunais, dos Tribunais Superiores, do Supremo Tribunal Federal, e se fixa um valor básico para a indenização por dano moral de acordo com o grupo de casos.

Agora, o que não se pode fazer – e aí a minha crítica – é parar nesse momento. Deve-se ir para um segundo momento, uma segunda etapa, que é a verificação do aspecto equitativo do arbitramento dessa indenização, valorizando as circunstâncias do caso. Arbitramento equitativo da indenização, valorização das circunstâncias do caso. Então, depois de feita a fixação da indenização básica, de acordo com as peculiaridades do fato em si, em um segundo momento, de acordo com as circunstâncias do caso, gravidade do caso, culpa do ofensor, culpa concorrente da vítima, situação econômica do ofensor, aí se parte para a quantificação definitiva da indenização.

Cheguei ao STJ em 2010. Em 2011, recebi um processo, que era exatamente um recurso especial, em que se discutia apenas a questão da indenização por dano moral. Tratava-se de um caso de homicídio, um atropelamento de uma senhora, ocorrido no Estado do Espírito Santo, em que foi reconhecida a culpa do atropelador, cuja indenização foi fixada em dez mil reais. O Tribunal confirmou. Os precedentes do STJ referentes a essa

questão variavam, na época, entre trezentos e quinhentos salários mínimos. Com isso, eu disse que era um caso... Reconheci o dissídio jurisprudencial, dei provimento ao recurso especial e desenvolvi toda essa ideia do método bifásico para a quantificação da indenização por dano moral; depois, reproduzi em outros casos. A peculiaridade desse caso é que houve uma irregularidade procedimental na origem, esqueceram que haviam denunciado a lide. Quando julguei o recurso especial e elevando a indenização, a irregularidade foi apontada. Eu até poderia ter superado, mas achei que o mais importante era o interesse da parte. Com isso, acabei, em embargos declaratórios, desconstituindo a decisão e determinando o retorno à origem. Lá, o Juiz reproduziu a minha decisão, o Tribunal manteve – até conversei com S. Ex.^a há pouco tempo, que disse para eu mandar a cópia da decisão; então, a minha decisão teve uma utilidade –, e acabou transitando em julgado. De todo modo, foi o primeiro momento em que trabalhei com essa ideia; depois, acabei reproduzindo em outros casos de indenização de homicídio e em outros casos de ofensas com menor potencial ofensivo, casos de danos morais de pequena monta por meio do SPC, do Serasa etc.

O importante é que se tenta estabelecer um critério razoavelmente objetivo para a quantificação da indenização por dano moral. O critério plenamente objetivo não é possível, já que vamos trabalhar sempre com grandezas diferentes, e sempre haverá um espaço para o arbitramento pelo juiz. Com isso, pelo menos se consegue estabelecer valores aproximados para situações semelhantes, sem nunca esquecer a necessidade de valorização das peculiaridades das circunstâncias do caso.

Já passei do meu tempo. Apenas relembro, houve uma discussão recente, no STJ, num caso de homicídio, em que se discutia se o valor deveria ser global, por núcleo familiar, no caso da indenização, ou se seria uma indenização individual por cada vítima, por ricochete. É uma discussão recente, acabou em 2014, que foi apreciada pela Corte Especial do STJ, já que se trata de uma matéria que interessa a pelo menos quatro Turmas do STJ, e se manteve o critério tradicional de que a indenização deve ser feita individualmente para cada pessoa. Não vou discutir, porque não há tempo. Mas apenas se manter... Agora, esse é um aspecto importante. No caso de homicídio, em que tenho várias vítimas por ricochete, vários familiares – a esposa, a viúva, a companheira, os filhos, os pais

da vítima –, a indenização é individual. Mas, como ela é fixada equitativamente, naturalmente, não posso perder de vista um montante global da indenização também, para evitar um valor exagerado para aquele montante indenizatório. Então, esse é um cuidado que se tem e que ficou expresso exatamente nesse julgamento da Corte Especial em que também lancei o meu voto, acompanhando o Relator, o Ministro Napoleão. Já encerrando, sei que ultrapassei o meu tempo, eu gostaria apenas de ressaltar a tendência da jurisprudência, hoje, a chegar a um ponto de equilíbrio nas principais questões relativas à indenização por dano moral.

Outro dia, discutíamos no STJ que temos ainda alguns temas em aberto. Por exemplo, a questão das *astreintes*, a questão dos lucros cessantes em que, eventualmente, os valores das condenações chegam a montantes milionários. Mas, na questão da indenização por dano moral, chegou-se a um ponto de razoável equilíbrio, na jurisprudência, e já não encontramos mais aqueles valores exagerados, milionários. Isso é importante porque, com isso, chegamos a um equilíbrio em um instituto que é extremamente nobre e que deve ser preservado por todos nós, já que ele é uma conquista não só da comunidade jurídica, mas de toda a sociedade e, por isso, a necessidade de lutarmos por ele.

Muito obrigado a todos pela atenção.

O Sr. Ministro João Oreste Dalazen – Expressamos os nossos cumprimentos ao Ministro Sanseverino; expressamos, igualmente, o nosso agradecimento a todos os palestrantes que prestaram excelente contributo para a realização deste evento. Infelizmente, não há oportunidade para debates nesta fase do nosso evento que, como se sabe, é bastante ambicioso. Portanto, não dispomos de tempo para tanto como gostaríamos. Agradeço, uma vez mais, a riquíssima participação dos três palestrantes. Estejam certos de que foi uma honra tê-los conosco, Dr. Dallegrove, Dr. Cláudio Luiz Bueno de Godoy e Ministro Sanseverino.

O Sr. Ministro João Oreste Dalazen – Em continuidade ao nosso congresso, teremos o prazer de ouvir agora o Desembargador Eugênio Facchini Neto, Desembargador do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. O eminente Desembargador Eugênio Facchini Neto, que nos honra com sua presença, compõe hoje o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. S. Ex.^a é formado em Direito e Estudos Sociais pela Universidade de Passo Fundo, obteve o título de mestre em Direito Civil pela Universidade de São Paulo e de doutor em Direito Comparado pela Universidade de Florença, Itália. Integrou diversos grupos de trabalho no Rio Grande do Sul e atualmente é professor da Faculdade de Direito da PUC do Rio Grande do Sul nos cursos de graduação, mestrado e doutorado, além de lecionar na Escola Superior da Magistratura, Ajuris, da qual foi Diretor no biênio 2004/2005. De modo que é com muita alegria e desvanecimento que recebemos o Desembargador Facchini, nesta ocasião, para abordar o tema Dano Existencial: Precificando Lágrimas? Tem a palavra S. Ex.^a.

Dano existencial: precificando lágrimas?

Eugênio Facchini Neto

Boa tarde a todos. Inicialmente, quero agradecer o honroso convite de estar aqui, formulado pelo Ministro Dalazen, o que é, para mim, um motivo de grande satisfação. Desafio importante é poder dialogar com os senhores e este diálogo se fará sob duas vertentes, porque sou professor. Então, é o professor dialogando com os magistrados e também um diálogo de um juiz estadual, já que sou um magistrado de carreira e atualmente componho a 9.^a Câmara Civil do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, que tem como matéria privativa a responsabilidade civil. Então, é algo que compõe parte da minha preocupação acadêmica, a responsabilidade civil. Também tenho esta visão prática da Justiça Estadual sobre esse fenômeno que, para nós, é o dia a dia. Repito: é uma satisfação e também um desafio fazer esse diálogo com os senhores que, de dez anos para cá, viram-se envolvidos com a temática da responsabilidade civil.

Pelo que sei, é um tema que atualmente vem agregado a quase todas as demandas que os senhores recebem. Antes de chegar propriamente ao tema, até para entender como ele surgiu, vou mencionar rapidamente. Não se preocupem, não vou

repercorrer o mesmo caminho do Ministro Sanseverino, mas vou pegar outro trajeto e chegar ao mesmo destino, a questão dos danos morais, já que esse tema dos danos existenciais, sobre o qual fui convidado a falar, tem muito a ver com o tema dos danos morais. Serei bastante breve, porque já foi dito pelo Ministro Sanseverino que há esta concepção tradicional, clássica, como queiram, que identificava no dano moral um conceito mais negativo, ou seja, dano moral seria tudo aquilo que não é dano material. Essa é a sua origem. Por óbvio que esse é um conceito muito superficial, é apenas algo que serve para aproximação ao conceito, mas, na verdade, ele não serve muito. Ele, depois, passou a ser associado a fenômenos mais psíquicos, internos, como dor, sofrimento, angústia, humilhação, fundamentalmente em razão de uma obra do Sr. René Savatier, de oitenta anos, que conceituava dano moral como sendo o que estava relacionado à presença desses sentimentos íntimos como dor, sofrimento, angústia e assim por diante. Há esta noção, este conceito guarda-chuva pelo qual dano moral é tudo o que não é dano material, patrimonial, e tudo o que eventualmente cause dor, angústia, etc. As mais diversas hipóteses ou situações passaram a ser tratadas no nosso Direito como sendo danos morais. E a casuística que menciono é exemplificada aqui.

Poderíamos rolar telas e telas identificando danos morais nesta acepção de que não é dano patrimonial e que, portanto, cai na outra única caixa do dano moral, extrapatrimonial ou imaterial. Então, desde situações sérias como o dano decorrente da dor pela morte do ente querido, a desonra decorrente de um desacato, até hipóteses bem mais simples, como um protesto feito indevidamente, um nome indevidamente cadastrado no rol de inadimplentes, e assim por diante. Ou seja, por essa noção, há hipóteses muito sérias como essa da dor pela morte de um ente querido, de um pai que perde um filho, por exemplo, ou a pessoa que, também em razão de uma lesão imputável a alguém, fica paraplégico e não pode mais gozar boa parte da vida, até situações bem banais, muito simples, sem tanta dignidade assim. E isso passou a preocupar, sim, não só a doutrina como também os juízes que perceberam que esse conceito, na verdade, é muito simplório.

Lá pelas tantas, uma noção um pouco mais restritiva foi sugerida. Trata-se da concepção do Professor José de Aguiar Dias, seguido por vários outros doutrinadores que buscavam identificar no dano moral não uma espécie de lesão a

determinados interesses, direitos ou situações, especificamente, mas, sim, a consequência para a vida da pessoa dessa lesão. Então, não interessa tanto saber qual é a lesão, se lesa algo imaterial ou um bem patrimonial. O que interessa, sim, é a repercussão que esse dano tem na vida da pessoa. E desta primeira divisão, um pouco mais aprofundada, surge essa ideia de que é, sim, perfeitamente possível identificarmos danos patrimoniais decorrentes de lesão a interesses ou situações imateriais.

Basta pensar no exemplo fácil da lesão estética causada a alguém que é modelo: uma modelo que sofre, em razão de uma agressão injusta de outrem, uma cicatriz deformante. Obviamente que o corpo da pessoa não é uma coisa e, portanto, não é um bem material. Todavia, a repercussão que isso tem na vida dessa modelo terá efeitos patrimoniais, sim, porque intuitivamente os seus contratos possivelmente serão rompidos ou haverá uma grande dificuldade de se conseguir novos contratos. Além, claro, dos danos puramente morais que ela sofreu, estéticos, e assim por diante. Por outro lado, também é perfeitamente possível identificarmos danos imateriais, a lesão de um objeto material, de bens materiais.

Os exemplos fáceis também são de alguém que encaminhe um álbum de fotografias para duplicar ou um filme de casamento para novamente masterizar, atualizar, limpar, e esse álbum ou filme é deteriorado, danificado, não se consegue recuperar o objeto em si. O suporte é material, mas, por óbvio, o dano que as pessoas sofrem é um dano imaterial, é um dano moral. Muito bem. O problema é que tanto a corrente clássica como essa ainda são criticáveis, porque não dão um conceito impositivo, como havia mencionado também o Ministro Sanseverino. Ou seja, elas continuam não me dizendo o que é, na verdade, dano moral. Não é um pecado. Apenas isso traz para nós, aplicadores, uma margem de discricionariedade enorme e, muitas vezes, sim, ao longo do tempo, podemos até descartar situações que não passaram pelo crivo, pelo teste da razoabilidade ou da racionalidade, mas, num segundo momento, sim, vão passar pela nossa subjetividade. “Acho que isso é dano moral.” “Não. Acho que isso não é dano moral.” Enfrento essa discussão quase que semanalmente nas sessões da nossa Câmara do Tribunal de Justiça.

Quando se invoca essa ideia do dano moral como sendo dano não material, a discussão é: “Não. Este caso é mero desconforto.” “Mas veja bem, isso já causa uma dor.” Fica nesse achismo. “Acho que”, “parece-me que”. E isso normalmente causa certa ojeriza, especialmente para a academia. A academia gosta das questões um pouco mais objetivas, ainda que navegando em um terreno bem complicado como esse do dano imaterial, onde não se pode aplicar a velha regra do sapateiro, *regola del calzolaio*, uma regra italiana, cunhada por Melchiorre Gioia, muito tempo atrás, cento e cinquenta anos atrás.

Bem, é a teoria da diferença. Não vou desviar o foco porque o tempo urge. Uma visão, essa sim, já mais avançada, mais moderna, afinada com os novos tempos, os tempos, digamos, da constitucionalização do Direito Civil, do Direito Privado como um todo, ou seja, a ideia de que não existem mais mundos, universos separados, universo da Constituição, universo do Direito Constitucional, do Direito Civil, do Direito Penal, do Direito do Trabalho, como se fossem mundos que não pudessem dialogar ou que não sofressem interferências um do outro. Não, sabemos que, hoje, todo o Direito infraconstitucional necessariamente tem de ser interpretado à luz da Lei Maior, à luz da Constituição. Então, isso faz diferença. E há toda uma corrente, que trabalha nessa área, como os senhores sabem, uns dos maiores expoentes dessas correntes estiveram ou estarão aqui nesse evento: o Professor Tepedino, a Professora Maria Celina, o Professor Fachin. Todos eles são, digamos, os corifeus desta corrente do Direito Civil Constitucional.

E, dentro dessa corrente, por exemplo, identifico dois, eu poderia identificar mais, sem dúvida alguma, que, digamos, fazem essa leitura constitucionalizada desse fenômeno, dizendo que, na verdade, no dano moral, há de se ter não a dor, o sofrimento, a angústia, genericamente, porque são sentimentos muito internos, muito subjetivos, não comprováveis. Mas, do ponto de vista objetivo, tem de haver ou a lesão a direitos fundamentais ou lesão a direitos da personalidade. Claro que há boa similaridade, ainda que não sejam conceitos idênticos, direitos fundamentais e direitos da personalidade, alguns direitos fundamentais são também direitos de personalidade, nem todos, e alguns direitos de personalidade, quase todos, são também direitos fundamentais.

Mas os conceitos não são sinônimos. A Professora Celina trabalha mais com a ideia de que aquilo que lesa o direito à dignidade da pessoa humana é dano moral. O Professor Paulo Netto Lôbo - estou citando os primeiros que trabalharam nessas linhas, depois houve vários que seguiram - dizia que não, tem de se lesar um direito de personalidade, que são vários, sabemos, e alguns estão positivados na própria Constituição, no art. 5.º, XX, como a honra, a imagem, a vida privada e a intimidade das pessoas. Mas, obviamente, existem vários outros, e há de se lesar, então, um desses direitos para que haja, portanto, dano moral. A Professora Maria Celina, todavia, admite como uma cláusula de abertura, uma válvula de escape, talvez, os chamados danos morais subjetivos, que seriam, então, aqueles que na expressão dela, originam dor, sofrimento, angústia, tristeza ou humilhação à vítima, mas com tal intensidade que se possa facilmente distingui-los dos aborrecimentos e dissabores do dia a dia, situações comuns a que todos se sujeitam, como aspectos normais da vida cotidiana.

Quando li esse conceito, lembrei-me de uma ocasião, há vários anos, quando minha filha mais velha, então adolescente, estava naquelas dúvidas existenciais, se estava ou não apaixonada pelo seu namorado. Ela veio falar comigo, não sabia se estava apaixonada ou não, e eu disse para ela: se estás em dúvida é porque tu não estás apaixonada, porque quando se está apaixonado, nenhuma dúvida existe. Então, é mais ou menos isso que uso para saber se estou diante de um dano moral subjetivo: se tenho dúvida, se aquilo superou o simples desconforto - essas situações da vida comum que afligem a todos nós no nosso cotidiano -, é porque realmente não há. Tem de ser aquilo que é evidente, se eu conversar com os senhores, todos vamos identificar naquilo uma situação grave, a ponto de, sim, caracterizar um dano moral.

No Direito Comparado, como se coloca essa questão?

Não há muito acordo no Direito Comparado. O tema que me foi proposto é do dano existencial. O dano existencial, tem, digamos, uma pátria de nascedouro, que é a Itália. Todavia, as situações que lá são conhecidas, denominadas, julgadas, com esse rótulo, também são conhecidas em outros países, inclusive no Brasil, ainda que sob outra denominação, ou dentro do rótulo ou da etiqueta de dano moral. Daí vemos que, muitas vezes,

sim, a questão parece quase uma guerra de etiquetas. Todos julgando da mesma forma, todos valorizando os mesmos aspectos, uns dizendo que é dano existencial, outros dizendo que é dano ao projeto de vida, outros dizendo que é *préjudice d'établissement*, outros dizendo que é dano moral. Ou seja, todos reconhecem o dano, todos indenizam o dano, ainda que por conceitos diferentes.

Então, rapidamente, nessa passagem pelo Direito Comparado, vamos verificar como essas questões colocam-se. Eu começaria dizendo que o dano moral puro ou subjetivo, como denominado na Itália, está presente, sim, em praticamente todas as experiências jurídicas. Os nomes estão demonstrando isto: *pain and suffering*, *dommage moral*, *schmerzen quält*. São situações conhecidas por todos, e as mesmas características, dor, sofrimento, angústia, humilhação, estão presentes. Todavia, em praticamente todas as experiências se requer essa parte final, desde que atinjam determinado patamar de relevância. Ou seja, ninguém quer indenizar os simples transtornos, os simples incômodos, danos mais simples, entendendo-se que, existe, sim, um dever social de solidariedade para com as vítimas, mas existe também, sim, sobre cada um de nós, um dever mínimo de tolerância em relação a incômodos que são inevitáveis na vida de relação, pois, pelo fato de convivemos, de sermos seres existencialmente coexistências, dessa coexistencialidade, naturalmente, inevitavelmente, surgem situações de desagrado, dessabor, chateação, mas não podemos sair colocando preço em cada um desses sentimentos. Então, há de se ter, sim, chegar a um patamar mínimo de significância jurídica, já que o Direito, e essa é a lição do Direito Comparado, não pretende indenizar tudo, todos os dessabores.

O Direito, especialmente a responsabilidade civil, não procura nos garantir a felicidade permanente e absoluta. Todavia, ao lado dessa noção geral de danos morais, nesse conceito que temos aqui, esse conceito relacionado à dor, ao sofrimento, etc., analisando-se o Direito Comparado, percebemos uma série de danos que têm um nome, que têm uma identidade, que têm um conceito, que a doutrina fornece alguns requisitos, ou seja, danos autônomos, separados da ideia de dano moral puro relacionado ao dolo. Por que isso é muito importante? Porque existem muitos danos que não envolvem o conceito de dor, de sofrimento, de angústia, de humilhação. Basta pensar na situação muito fácil do uso indevido

da imagem alheia. É uma imagem bonita, glamorosa, não tem nada a ver, não estava em uma situação ruim, não expôs a nenhuma situação vexatória, e a pessoa saiu muito bonita na foto. Qual é a dor, o sofrimento e angústia que essa pessoa sofreu em razão de alguém ter usado a sua imagem? Dor, sofrimento e angústia, não sofreu, mas há sim um dano no sentido de que alguém violou o meu direito fundamental à imagem. Está lá na Constituição, art. 5.º, inciso X. O direito à imagem, protegido também no Código Civil. O direito ao uso indevido do nome. A violação ao direito à identidade pessoal, que é um conceito trabalhado em outros países, especialmente na Itália. Cada um de nós, ao longo da nossa vida, construímos a nossa personalidade diariamente e vamos agregando alguns requisitos. As pessoas são conhecidas muito pelo seu passado, pela sua área de atuação, pelas suas posições ideológicas, filosóficas, jurídicas. Isso compõe a minha identidade. A identidade chamada dinâmica, não a identidade estática. Nome, imagem, endereço, CPF, isso é a minha estática. Mas a minha identidade como algo que evolui, algo que começa lá atrás e só terminar quando eu falecer, essa é a identidade dinâmica, que vou a cada dia acrescentando coisas, para o bem e para o mal. E quando alguém usa a minha pessoa e me liga a uma ideia com a qual não compactuo, isso lesa o meu direito, um direito fundamental de personalidade, sem que necessariamente me cause dor, aflição etc.

Muito rapidamente, para ilustrar isso, um caso famoso, julgado na Itália, há uns 40 anos mais ou menos, envolvia um famoso professor, Professor Veronesi, médico pesquisador, e sempre, antes da metade do século passado, estudava o fumo e os efeitos do tabagismo, e era um ferrenho adversário do fumo. Lá pela década de 70, quando surgiram alguns tipos de cigarro teoricamente menos prejudiciais, entrevistaram-no; ele era a referência italiana em matéria de fumo e tabagismo, males do tabagismo. E ele deu uma longa entrevista, criticando, dizendo que mesmo assim causava mal por isso, por isso e por isso. E depois, numa questão, à pág. 7, perguntaram especificamente: mas causa tão mal quanto? E ele relativizou: “É possível que isso tenha menos grau de nicotina, e, possivelmente, cause menos mal”. Essa foi a entrevista. No contexto todo, uma entrevista contrária. Nem esse cigarro se salva. Não é bom e não devem fumar. Alguns meses depois, ele é surpreendido com uma propaganda de uma empresa de cigarros, colocando a propaganda de cigarro, e embaixo: fume cigarro tal, o cigarro que até o Professor Veronesi recomenda. E daí pinçaram

uma frase de toda uma entrevista, que era um pouquinho mais favorável. Obviamente que não há nada de ruim, de vexatório ser a favor ou contra o cigarro. As pessoas não são boas ou ruins porque fumam ou deixam de fumar. Todavia, no caso dele, a personalidade científica dele estava ligada a uma luta antifumo desde sempre. E por esse fator foi ligado, digamos, a uma defesa do fumo. E ele entrou com uma ação e ganhou. E pela primeira vez se usou essa ideia, que não está positivado tampouco no Direito italiano, de um direito à identidade pessoal; ou seja, todos temos o direito a uma identidade pessoal. Tenho o direito a ser conhecido por aquilo que sou, pelos meus posicionamentos, pelas minhas ideias, e assim por diante. Quando isso é desvirtuado, sofro um dano, e um dano importante, mas que não tem nada a ver, repito, com dor, sofrimento, angústia etc. É outra coisa.

Então a vantagem desses danos é que a maioria deles dispensa a prova, a presença ou a presunção da presença da dor, sofrimento, angústia e assim por diante. Então danos à imagem, que alguns dividem entre imagem retrato ou imagem atributo. A imagem atributo seria até esse dano à identidade pessoal. O uso indevido do nome. Danos à intimidade e privacidade. O direito ao esquecimento, que, no ano passado, foi acolhido pela primeira vez pelo STJ. As pessoas têm o direito de deixar o seu passado no passado, e não carregar consigo, permanentemente, informação relacionada a fatos que aconteceram há muito tempo. Os primeiros casos envolveram ex-presidiários que cometeram crimes hediondos, que tiveram repercussão na mídia, que, depois de dez, quinze, vinte anos, ao estarem prestes a saírem do presídio, algum repórter resolveu editar a notícia novamente, chamando de novo holofotes sobre a pessoa. Então, invocou-se esse direito e se cunhou a ideia de um direito ao esquecimento. Hoje “esse é um dos temas mais dramáticos e importantes no mundo da virtualidade em que estamos emerso”. Na mundial não há passado, tudo é presente; foi lá, lá estará para todo o sempre. Então, a eternização do presente e conseqüentemente o problema que é para alguns de nós, que, eventualmente, numa vida inteira, pode ter cometido um ato de desvario ou de algo politicamente errado ou, realmente, muito errado, como foi a torcedora do meu time, uma gremista, há dois ou três meses, repercussão nacional, que chamou o goleiro do Santos de um nome pejorativo: “macaco”. Foi filmado e hoje está sendo processada criminalmente. Esse fato foi sério - seriíssimo -, e ela será devidamente responsabilizada. Até aí, tudo bem. Qual é o problema disso? O problema é

que qualquer pessoa que digitar o nome dessa moça, para o resto dos tempos, virá associado ao seu nome esse episódio. Ou seja, uma biografia inteira se resumirá naqueles três ou cinco segundos de desvario, sim - não vou minimamente defender o que ela fez -, todavia, este é o problema: fotos que são divulgadas de forma indevida, moças que mandam foto para o namorado, fotos sensuais; daí a pouco isso está na rede - problemas que enfrentamos lá. Então o mundo da rede é um mundo realmente problemático, por causa disto: não há passado, tudo é presente e tudo é um presente eterno.

Então o direito ao esquecimento é objeto, hoje, de discussões. Há uma decisão muito interessante da Corte de Justiça da União Europeia determinando ao Google da Espanha que não disponibilize *link* com determinada informação verídica, publicada no jornal em 1998, mas que permanecia ainda em 2010. Uma informação absolutamente banal: o fato de alguém que sofreu uma execução previdenciária e teve seus bens penhorados. O fato em si não tem nenhum problema; o problema é que, qualquer pessoa que digitasse o nome daquele cidadão, a primeira informação que a rede trazia era essa informação. Ou seja, essa pessoa tem uma vida normal, uma série de atividades, e a informação que o Google traz sobre ela reside exatamente nisso. E nesse mundo em que nós – quase que da superficialidade também - buscamos informações rápidas, num clique, e queremos ver apenas as três ou quatro primeiras entradas sobre a pessoa, há um algoritmo do Google que diz quais são as informações relevantes para cada um de nós, ou seja, a nossa personalidade está sendo definida por outros que não nós. Isso é um problema sério. O que o Google fez foi: a informação é verídica, permanece; mas o Google vai implantar um filtro de forma a excluir essa busca da biografia daquela pessoa. Então, se alguém quer realmente saber o que aconteceu há vinte anos, vai ao jornal, está no jornal ainda, não é? Só não disponha na rede, porque não há interesse público, e mera curiosidade nossa, ainda mais, mórbida, muitas vezes, não é direito subjetivo. Esse é um problema sério.

Danos biológicos, que já vamos mencionar; danos existenciais também, na sequência; danos à esfera sexual, que está ligado aos existenciais – veremos; danos ao projeto de vida, que os franceses também o chamam de *préjudice d'établissement*; danos à identidade pessoal, *laws of manners of life* ou *préjudice d'agrément*, que seriam as

perdas das amenidades da vida, que, apesar do nome, de que se torce o nariz, não é? Perdas das amenidades da vida? Mas tem, sim, uma dignidade bastante interessante. Se der tempo, depois, menciono alguma coisa. E outras situações, algumas delas os senhores conhecem, e muito, como a questão do *mobbing*, que são situações conhecidas com nomes, etiquetas, mas, mais importantes do que isto, com pressupostos, conceitos e características próprias. Por quê? Porque o que se quer é: quando alguém pede mais de um tipo de dano – isso até pode acontecer –, tem o ônus de demonstrar os seus requisitos, os seus pressupostos, os seus elementos, e não cair naquela situação extraordinariamente comum de: é dano moral, porque não é dano material. Então, no momento em que a pessoa apresenta e tem o ônus de demonstrar que está pedindo dano ao projeto de vida, esses são os requisitos. Se pede dano existencial, esses são os requisitos. Estão evidenciados, provados, muito bem, leva-os; se não estão, não. Todavia, não se trata de uma simples duplicação de valores. O que aparentemente leva alguns juristas a acharem que isso é uma loucura - e disso há crítica, sim... Mesmo naqueles países, há juristas que não concordam com essas etiquetas e preferem ficar apenas no dano moral, porque isso iria inflacionar o mundo da responsabilidade civil; “americanizar”, expressão frequente diante dos valores elevadíssimos que se usam nos Estados Unidos. Mas, repito – e o deixo bem claro –, quem defende isso está buscando, na verdade, exatamente o oposto, que é colocar um pouco mais de ordem, forçando a vítima a demonstrar quais os danos que efetivamente sofreu, e não rotular tudo como dano moral, jogando no nosso colo o arbitramento. Então, se alguém sofreu em razão de um ato ilícito - às vezes, é até ato lícito, mas sofreu danos injustos e indenizáveis –, há de demonstrar que tipos de danos são e, repito, os pressupostos desses elementos. Já mencionei essa reação; foi referida na primeira parte a reação contra essa inflação de tipos de danos. Isso também acarretou abuso. Foram cunhadas duas expressões, que costumam ser repetidas pelos estudiosos: “loteria dos danos”, *tort lottery*, do livro *The Damages Lottery*, do Professor inglês Atiyah, e outra, do Professor francês da Sorbonne Muriel Fabre-Magnan, “precificação das lágrimas”, que foi a inspiração para um artigo que escrevi.

Como recebi este convite para palestrar sobre danos existenciais, precificação das lágrimas, estou deduzindo que alguém tomou conhecimento desse desprezioso texto. A tendência a esse alargamento dos danos, a tudo se buscar uma

indenização, colocando preço nos sentimentos, nos desconfortos, não é, como eu disse, consenso - nem entre os juristas, tampouco entre outros estudiosos da área, digamos, de humanidades: psicanalistas, filósofos, e antropólogos. Eles identificam essa busca de indenização por todas essas situações como um regresso a tempos arcaicos, em que se pretendia encontrar uma causa e, conseqüentemente, o responsável para todas as nossas desgraças. Defendem eles, desse ponto de vista, que, na verdade, isso é um pouco infantil, porque angústias, dores e sofrimentos fazem parte da existência e sempre ajudam na formação do nosso caráter. Os exemplos da psicologia estão aí, no sentido de que pessoas que sempre foram superprotegidas normalmente acabam encontrando problemas na vida real, assim que os protetores, os pais, tiram-nas da redoma.

A vida não é tão simples assim. Todos enfrentamos problemas angustiantes e isso, segundo eles, seria o normal. Conseqüentemente, não poderíamos buscar na responsabilidade civil a ideia de que ela vai me assegurar o direito a ser feliz. Todavia, dito isso - nós, Juízes, estamos acostumados a esta dialética: a uma tese sempre vem uma antítese -, não é bem assim. Há essa corrente, também forte, especialmente de juristas, que defendem o seguinte: “Ora, vamos ver por outro lado. Se nós, cidadãos, seres humanos, temos determinados direitos e alguns desses direitos são tão importantes que a própria Constituição os enumera ou os protege de forma expressa ou implícita...” É a cláusula de abertura da Constituição, tudo aquilo que deriva de uma vida digna é protegido constitucionalmente. Se isso é verdade, se tenho esses direitos e eles são lesados, o Direito, portanto, tem de me garantir algum tipo de reparação. Preferencialmente *in natura*, neutralizando o dano, se possível. Quando isso realmente não for possível, então, sob a forma estilizada de uma indenização. Na verdade, de indenização nada tem, porque não se indenizam danos morais. Toma-se a raiz latina *in damnum*, sem dano. O dano existe, e o dano moral, depois do acontecido, raramente consegue desaparecer. Ele é, na verdade, compensado. O dinheiro serve como uma compensação estilizada, civilizada, pela violação desses direitos. Essa é a ideia. Esta mudança já foi pontuada por vários palestrantes hoje: do ato ilícito para o dano injusto, da ênfase sobre atividade do responsável para a situação da vítima. Não se trata tanto de punir alguém, mas, sim, de proteger os direitos da vítima.

Também já foi mencionado pelo Professor Fachin pela manhã, não só na Argentina, onde isso é muito comum, mas também na Espanha e na Itália, aos poucos se está migrando para a ideia de um direito da responsabilidade civil, cuja ênfase é no responsável, para um direito de danos. Ou seja, migra-se do responsável para a vítima e, assim, protegem-se com mais intensidade os danos, especialmente quando se trata de danos à pessoa e a tudo o que essa pessoa representa. Dentro desse enfoque, falando sobre danos existenciais, não há como antes só mencionar – ainda que rapidamente – a evolução dos danos biológicos, porque é por meio deles que surgem os danos existenciais na Itália.

Quanto aos danos biológicos, não havia previsão na Itália. Foram dois juízes italianos que, na década de 70, criaram a ideia de um dano biológico – o dano à saúde. A ideia era simples: o Direito Civil italiano contém duas disposições importantes a respeito dos danos; é a grande bifurcação. O art. 2.043 do Código Civil trata dos danos injustos, que sempre foram tidos como os danos patrimoniais. O art. 2.059 aborda os danos não patrimoniais. Há uma cláusula que diz que esses danos não patrimoniais só serão indenizados nos casos expressos previstos na lei. Entre parênteses, o art. 2059 faz remissão a um artigo do Código de Processo Civil e a outro do Código Penal, o qual diz que, quando o delito acarretar danos não patrimoniais, será também indenizado. Dentro dessa visão, sempre se teve presente que o dano moral só seria indenizado se causasse um dano material ou se fosse algo decorrente de ilícito penal, da prática de um delito. Nos casos em que não havia prática de delito, não se indenizavam os danos, mesmo aqueles à integridade física. O que fizeram esses juízes? Diante dessa timidez do código, interpretaram o art. 2043 à luz do art. 32 da Constituição Federal, que assegura como direito fundamental a todos os italianos o direito à saúde.

A conclusão foi mais ou menos essa: se a Constituição me garante, como direito fundamental – está expresso –, o direito à saúde e esse direito é violado por alguém que me causou lesões, ofendendo a minha integridade psicofísica, tem de haver alguma indenização, tem de haver alguma resposta, e criaram a ideia do dano à saúde que, depois, virou o dano biológico. Então, essa foi a origem inicial do dano existencial, surge como dano biológico. Só que, em seguida, isso chama a atenção da doutrina e se espalha na

jurisprudência. A própria jurisprudência, inclusive do Tribunal de Cassação e do Tribunal Constitucional, aceitam essa categoria, que é validada, mas o problema é que – aí se fazem muitas distinções, no aspecto estático e no aspecto dinâmico -, depois disso, começam os abusos, começam a identificar como dano biológico situações que, na verdade, nada tinham mais a ver com o dano biológico em si, mas, sim, com as consequências dos danos biológicos. Dessas consequências do dano biológico, o fato de a pessoa não poder mais trabalhar ou desenvolver alguma atividade, ou o fato de alguém ficar cuidando dessa pessoa, passou-se a equiparar esses outros danos aos danos biológicos. Isso aconteceu durante algum tempo, até que a doutrina – inicialmente, agora, a parte inicial foi da doutrina - resolveu diferenciar as situações: dano biológico é uma coisa e dano existencial é outra coisa.

Antes de chegarmos lá, é só mencionar que essa criação jurisprudencial, na década de 70, depois é chancelada pelo legislador e hoje é texto de lei. Hoje está consagrada no código de seguros, que é uma lei que trata do seguro na Itália, de 2005, a definição do dano biológico como sendo este: a lesão temporária ou permanente à integridade psicofísica da pessoa, constatada pericialmente, independentemente de isso acarretar ou não prejuízos laborais. Não interessa se vai poder ou não trabalhar, se diminui ou não a capacidade de trabalho. Isso não interessa. O dano biológico, entendido como a violação à integridade psicofísica, é sempre reparado.

É interessante mencionar - e isso já foi mencionado – que, neste aspecto, a jurisprudência italiana deu uma contribuição importante criando, por regiões, tabelas de indenização, e me parece que a mais utilizada e a mais interessante é aquela de Milão, que utiliza três fatores para indenização dos danos biológicos. Ela usa o grau de invalidez, a idade da vítima e um valor base fixado a partir das médias jurisprudenciais. O Ministro Sanseverino, há pouco, mencionou tabela, o método bifásico. Eles usam o método trifásico, pegam o grau de incapacidade, de 5% ou 10%, vai até 100%, e multiplicam – lá há coeficientes - pela idade da vítima. Se sofri uma lesão e fiquei incapaz, com cinco anos ou com oitenta e cinco anos, é óbvio que isso faz diferença. Depois também o valor base, então, sim, fixado a partir das médias jurisprudenciais.

Uma experiência muito importante é essa da *Judicial Studies Board*, da Inglaterra, que também faz a mesma coisa - tem um livro interessante publicando -, mapeava o corpo humano, pegava a jurisprudência e se verificava: perdeu o olho direito, o olho esquerdo, ambos os olhos, a orelha, a mão ou um pedaço maior. Constam os valores mínimos e máximos, a partir de critérios jurisprudenciais com orientações: O que levar o juiz a fixar mais perto do mínimo ou mais perto do máximo? Quais os fatores a serem levados em consideração? É extremamente interessante e dá uma boa objetivação, sem ser um número exato. Não existe fórmula matemática para se chegar ao número. Isso também existe no Canadá e na Argentina.

Rapidamente, o dano existencial surge na doutrina, não faz muito tempo, década de 90, dois doutrinadores da Universidade de Trieste, Paolo Cendon e Patrizia Ziviz, que resolveram colocar um pouco de ordem na questão dos danos biológicos e separar aquilo que não tinha mais nada a ver com violação à integridade psicofísica, mas que, mesmo assim, tinha consistência jurídica, valor suficiente para ser identificado como um dano autônomo, devendo ser indenizado. O conceito que eles dão seria este: são as consequências externas - isso é importante -, porque não é apenas como dano moral a dor interna. Então, sempre teria de haver consequências externas na vida da vítima, em razão da alteração para pior dos seus atos de vida e da forma de se relacionar com os outros, prejudicando sua realização pessoal e comprometendo a capacidade de gozar plenamente a vida etc. A Corte de Cassação italiana, em 2006, forneceu um conceito extremamente importante, diferenciando o dano existencial do dano biológico e do próprio dano moral, que é aquele dano meramente emotivo, interiorizado - esse é o dano moral -, e o dano existencial como sendo aquilo externo e que tem de ser demonstrado. Não é presumido. Um caso famoso que foi julgado em 2003 pela Corte de Cassação, que é o órgão de cúpula da Justiça italiana, que não distingue entre Justiça ordinária e Trabalhista, como se sabe, é uma Justiça só, e lá seria essa segunda hipótese: famílias que têm sua rotina gravemente afetada em razão de lesões seriíssimas causadas a pessoas da família. No caso, foi uma criança que nasceu com problemas horríveis, descerebrada, com problemas orgânicos mais intensos e condenada a viver de forma vegetativa, sem nenhuma hipótese de relacionamento; isso por erro médico. Que a criança tinha todos os direitos... Que a criança sofreu vários danos, tudo bem, não se questiona; que

os pais sofreram danos morais, dor, sofrimento, angústia, frustração, também não se discute. Mas, nesse caso, concederam-se também danos existenciais dizendo: “A dor é transitória, a dor vai passar, por mais profunda que seja. As pessoas humanas, pessoas normais, superam a dor, seja em semanas, meses ou anos, a vida vai continuar. Mas enquanto seu filho permanecer vivo, a sua rotina vai mudar e de forma drástica, porque alguém vai ter de ficar cuidando desse filho para o resto da vida”. Nunca mais o Giuseppe poderá chegar em casa e dizer: “Maria, vamos comer uma pizza na casa do Giovanni?” Não tem como, alguém tem de ficar cuidando dos filhos. Uma família simples, não tinha empregada, então como fazer? Situação excepcional, bate na porta do vizinho, mas não vai toda noite bater na porta do vizinho para ficar cuidando de seu filho, porque quer ir ao cinema. Então, isso foi algo nítido que mudou, e mudou drasticamente a vida da pessoa, daquele casal, para pior. Esse foi um dos primeiros casos de consenso de o que é verdadeiramente um dano existencial. Outro dano que se usa também como possível hipótese, que alguns, especialmente o Direito francês, utilizam como um prejuízo à parte, autônomo, é o dano à esfera sexual. Aqui, um detalhe: o dano existencial tem uma grande utilidade, especialmente quando se trata de dano reflexo ou por ricochete, quando não é a pessoa que sofreu. Vamos imaginar: um casal, jovem, se dão super bem, têm harmonia em tudo, inclusive, que bom, no plano da sensualidade. Vamos imaginar que o rapaz, o marido, venha a ser atropelado e, gravemente ferido, fica paraplégico. Intuitivamente, todos podemos perceber que boa parte de sua dimensão da sensualidade vai ficar prejudicada para quem está paralisado da cintura para baixo. Que ele tem direito a todos tipos de danos, não se discute, mas, e ela? Ela estava em casa, tranquila, não sofreu nenhum dano. Será que não? Será que ela não foi afetada, e seriamente, também nessa esfera da sensualidade? Ela pode, sim, querer viver essa dimensão como qualquer pessoa, mas ela quer viver essa dimensão com a única pessoa do mundo que lhe interessa, que é o seu marido, e ali a situação vai ficar complicada. Então, esse é um dano existencial. Mudou, mudou seriamente, gravemente, a sua vida para pior, em razão de um evento identificado como dano existencial. Algo que não é puramente emotivo, algo que muda a rotina, deixa-se de fazer certas coisas ou tem de se fazer diferente, e este, verdadeiramente, é o dano existencial. Não há dúvida de que também nesse caso houve um abuso - já estou caminhando para a conclusão -, porque, dali a pouco, se identificou como sendo dano existencial situações que não tinham a

mesma dignidade, como a noiva que quebrou um salto alto, entrando na igreja - constrangedor, sem dúvida nenhuma, mas não a ponto de ser dano moral -, ou pessoas que perderam o avião por *overbooking*, etc. Ou seja, diante de abusos como esses, a Corte de Cassação, na sua *Sezione Unite*, que é, digamos, o órgão máximo para a unificação da jurisprudência na Itália, deu um basta em novembro de 2009. Ali disseram: Não. Chega. Basta. Dano existencial não é um dano autônomo. Dano existencial pode ter uma importância descritiva, mas dano existencial só pode ser indenizado quando a situação fere um direito fundamental da pessoa, ou seja, uma leitura constitucionalizada do Código Civil. Em resumo, a partir dessa decisão, o que predomina na Itália, que é a pátria dos danos existenciais, é: somente cabem nesse rótulo de dano existencial situações que realmente ofendem, violam direitos fundamentais, constitucionalmente protegidos. Temos, sim, situações no Brasil que acolhem essa hipótese, como o caso do mestre- cervejeiro, julgado pelo Ministro Ruy Rosado, um dos casos mais famosos, ainda que não com esse nome. Em uma pesquisa que fiz - recebi ajuda do Rodrigo, Juiz do Trabalho -, em vários casos, muitos Tribunais Regionais do Trabalho adotam - inclusive o TST - essa nomenclatura de dano existencial. (Pausa.) Estou vendo que há pessoas preocupadas em tirar fotografias. Vou deixar na máquina, e depois, os senhores podem utilizar, ou solicitar o envio, não fiquem preocupados. Há vários acórdãos mencionando isso, a maioria referente a jornadas excessivas, férias - houve um caso, foram dez anos de trabalho, e as férias não foram concedidas -, então, há vários casos a esse respeito. A ponderação que faço é que, na verdade, não temos esses obstáculos que o Direito italiano tem; não teríamos por que limitar, porque não temos o art. 2.059 do Código Civil Italiano, que diz que dano moral é só nos casos previstos na lei penal. Não temos nada disso, seguimos o Direito francês a esse respeito, que também adota uma nomenclatura bastante diversificada a respeito de danos imateriais. Portanto, não teríamos por que ter as mesmas restrições e observar os mesmos parâmetros que afligem o Direito italiano. A proposta que faço, portanto, é esta, de abandonar um modelo simplório, que divide danos patrimoniais e danos morais, e adotar um modelo - que, para mim, é muito em preto e branco - mais colorido, mais multifacetado, com identificação, sim, de algumas espécies de danos autônomos, mas não para aumentar ainda mais, não para inflacionar ainda mais, mas para trazer um pouco de ordem, identificando quais são os requisitos, os elementos que cada espécie de dano tem.

Concluo lembrando, e me penitenciando, um colega meu que, quando se vê em uma situação como essa, tendo que falar de um tema muito vasto em pouco tempo, conta a história de um indivíduo que estava se vangloriando com um amigo, dizendo que havia feito um curso de leitura dinâmica, que foi estupendo, e que, depois disso, ele conseguiu ler *Guerra e Paz*, de Tolstói, em quarenta e cinco minutos, ao que o seu amigo disse: “Que coisa estupenda! Bah, eu já tentei várias vezes começar aquelas duas mil páginas, mas desistia na décima, na vigésima, é muito comprido. Mas me conta, então, do que se trata, porque sempre tive curiosidade”. E aquele que fez a leitura da obra em quarenta e cinco minutos disse: “Tem alguma coisa a ver com a Rússia”. Então, depois desse galope solto deste gaúcho, sobre um tema que exigiria muito mais pausas, vou entender se os senhores, ao final desta palestra, perguntarem: “do que foi mesmo que o Facchini falou? Tinha alguma coisa a ver com dano existencial.” Obrigado a todos.

O Sr. Ministro João Oreste Dalazen – Muito obrigado ao eminente Professor e Desembargador Facchini por sua rica palestra. Ouviremos, agora, sem maiores delongas, prazerosamente, o eminente Procurador de Justiça do Ministério Público de Minas Gerais, Dr. Nelson Rosenvald, que obteve os títulos de Mestre e Doutor em Direito Civil pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP e de Pós-Doutor em Direito Civil pela Universidade Roma Tre - Itália. Atualmente, é professor de Direito Civil no Complexo Damásio de Jesus, especializado na preparação de candidatos a concursos na área jurídica, e integra o Instituto Brasileiro de Direito de Família - IBDFAM. É com prazer que concedo a palavra ao Dr. Nelson Rosenvald.

Função punitiva da indenização por danos.

Nelson Rosenvald

Boa tarde a todos. Em primeiro lugar, quero agradecer a esta instituição, ao Tribunal Superior do Trabalho e Enamat, o convite gracioso. Ministro João Oreste Dalazen, muito obrigado pela possibilidade de conversar com um público de tão elevado nível. Sei que estamos no avançado da hora, 17h23. Tentarei, na medida do possível,

respeitar o meu tempo, mas o tema é muito interessante, muito instigante, e vou me segurar. Em segundo lugar, não poderia ser diferente: Professor Eugênio Facchini, fiquei muito feliz de compor esta mesa ao seu lado. Tenho uma admiração antiga e profunda pelo seu trabalho, e vi, agora, em sua exposição oral, que não poderia ter sido diferente. Parabéns.

Então, vamos adiante. Na verdade, fiz um esforço enorme para chegar cedo aqui. Eu tinha uma dúvida: será que os palestrantes que me antecederiam, em algum momento, tocariam, tangenciariam o meu tema? Tive a felicidade de perceber, tanto na palestra de abertura, do Professor Luiz Edson Fachin, como nas palestras do Professor Cláudio Godoy e do Ministro Sanseverino, que, de alguma maneira, eles provocaram o tema que eu trarei a partir de agora. Em algum instante da palestra - e os senhores estavam aqui -, eles falaram a respeito da pena civil. O Professor Fachin disse, até mesmo, que esse é um debate que deve realmente ser promovido porque a pena civil é como se fosse um convidado que estivesse entrando nesta sala, mas que ainda não foi permitido a ele se sentar nesta mesa. Lembro-me bem de como ele colocou essa expressão muito feliz. Então, eu trago esse convidado e espero que ele sente à mesa, porque é um tema de urgência, da última hora, desse Direito Civil. Certo é que, nos últimos vinte anos - os senhores viram aqui hoje -, avançamos demais em matéria de responsabilidade civil.

Eu poderia dizer, rapidamente, que foram três campos. A objetivação da responsabilidade civil foi o primeiro. A expansão dos danos, o segundo. Temos hoje temos um grupo enorme de interesses concretamente mercedores de tutela, o dano existencial é um exemplo vivo sobre isso. E o terceiro, a questão da causalidade. Hoje se fala muito das presunções de causalidade; como houve uma diluição do nexo causal. Esses três temas confirmam que a responsabilidade civil do século XXI é o tema que mais interessa aos civilistas. Acabou o momento em que a responsabilidade civil era um assunto marginal no Direito Privado. Não é mais. A responsabilidade civil, hoje, dentro do direito das obrigações, assume um grande protagonismo.

Mas há uma coisa que não me agrada. Muito se discute sobre responsabilidade civil, mas pouquíssimo se fala sobre as funções da responsabilidade civil, ou seja, para que serve a responsabilidade civil? Por mais que se indague isso, continuamos a

entender - estamos em 2014 - que a responsabilidade civil exerce meramente uma função reparatória. Parece que o tempo não andou, porque, se insisto nessa tese de que a responsabilidade civil possui uma função meramente reparatória, regresso dois mil anos no tempo, quando, em Roma, estabeleceu-se a *summa divisio* entre o Direito Civil e o Direito Penal. A razão dessa dicotomia básica entre o Direito Civil e o Direito Penal deu-se com base em uma palavra: o ato ilícito. Ou seja, como se combate o ilícito? A resposta do Direito Civil sempre foi reparação. Quer dizer, o Direito Civil – parece novo para os senhores, mas isso é antigo – ao exercer a função reparatória, apenas olha para a pessoa da vítima e indaga o que se fez, qual foi o fato praticado contra a infeliz pessoa da vítima.

O Direito Penal, não. A reação do Direito Penal diante de um ilícito nunca foi a reparação, mas a pena. E, na pena, a indagação muda. Não se pergunta quem é a vítima ou o que se fez, a pergunta é quem fez, quem é o ofensor, porque o objetivo do Direito Penal nunca foi o de reparar o dano. De duas uma: ou era o de punir o ofensor ou o de inibir, prevenir a prática de novos ilícitos por parte desse ofensor. Essa *summa divisio* estabelecida em Roma chegou ao Código Napoleônico de 1804, ou seja, a base da responsabilidade civil dos Códigos Civis ocidentais do séc. XIX até hoje tem essa divisão: o Direito Civil se incumbem da reparação; e o Direito Penal, da pena, diante do ilícito, como se essa matéria fosse imune a qualquer questionamento. Em 1872, cento e quarenta anos atrás praticamente, Ihering quando escreveu “A Luta pelo Direito”, questionou essa dicotomia entre o Direito Civil e o Direito Penal com base no ilícito e fez um exemplo – se me permitem, tenho de falar, porque é da maior atualidade - da maior atualidade numa época em que os conflitos eram Caio e Tício, conflitos meramente individuais.

O que disse o Ihering? Imaginem que um dos senhores saia desta palestra e, por uma infelicidade, estão caminhando na rua. Vem um meliante, leva a sua bolsa e sai correndo. Por uma inexplicável sorte, há um policial que sai ao encalce do ladrão, alcança-o, e, trazendo-o em sua direção, diz: Sr. Juiz do Trabalho, aqui está a sua bolsa. Todos os seus pertences encontram-se dentro? O senhor verifica, vasculha a sua bolsa, constata que está tudo lá dentro e diz: senhor policial, parabéns. Está tudo em minha bolsa. O que faço com esse meliante, Sr. Juiz? Ele responde: deixe o menino ir para casa, porque já

estou com tudo o que é meu, recuperei. Diz Ihering que esse exemplo, ou seja, de deixá-lo voltar para casa, é exatamente o que resume, à época, o instituto da responsabilidade civil, porque a responsabilidade civil – pasmem, mas é verdade – é axiologicamente neutra. Se esse ladrão raciocinar – vejam que interessante –, ele vai ver que, de cada dez furtos que comete nove dão certo; consuma o furto com a maior felicidade. Em um só, vai dar azar, o policial vai pegá-lo, mas a vítima é um ser humano bondoso como esse juiz. Ele diz que vai viver na felicidade, porque vale a pena reincidir, cometer novos furtos, porque a sua reprimenda nesse único caso foi o de devolver o que tirou. Fiquei no zero a zero.

Ihering diz que a responsabilidade civil era exatamente essa, porque de cada dez ilícitos praticados, apenas uma vítima ia à Justiça. Esse infeliz, que ia à Justiça, depois de uma longa luta pelo Direito, apenas recebia uma sentença reparatória de danos, na qual o valor que lhe era devolvido naquela sentença era justamente aquele que o ofensor lhe havia lesado. Ou seja, depois de uma longa luta pelo direito, não havia nenhum fator inibitório preventivo na responsabilidade civil. Verifico esse exemplo de Ihering e venho para hoje em dia, volto para a palestra do Ministro Sanseverino, que indaga: o que é hoje a responsabilidade civil? É um perfil bipolar. Ou seja, hoje, numa sentença de responsabilidade civil, o juiz divide a sentença em dois tópicos: dano patrimonial, que se divide em dano emergente, lucro cessante e perda de uma chance; e o dano moral, que consiste na compensação do dano moral, na reparação do dano moral. Nesse perfil bipolar de dano patrimonial mais dano moral, voltamos à mesma situação de neutralidade que Ihering trouxe há cento e quarenta anos, ou seja, a responsabilidade civil não traz nenhuma eficácia inibitória preventiva.

Os senhores ficarão assombrados com o que vou falar agora, mas é verdade. Nessa sentença de perfil bipolar - dano patrimonial mais dano moral - o Juiz de Direito está completamente proibido de discutir sobre a reprovabilidade da conduta do ofensor e a sua capacidade econômica. A reprovabilidade do comportamento do ofensor e a capacidade econômica são questões que não podem entrar numa sentença de responsabilidade civil, porque, na reparação de danos, o juiz só pode olhar para a vítima. Ele só pode perguntar quem foi a vítima e o que se fez contra ela. Ele está proibido de perguntar quem é o ofensor,

qual foi a gravidade da sua conduta e qual é a sua capacidade econômica, porque esses aspectos interessam unicamente ao Direito Penal, e não à reparação dos danos. Volto ao presente.

O Ministro Sanseverino teve a felicidade de trazer o exemplo de um filme recente, que muito nos comoveu, e trago outro filme, que marcou muito a minha história, mas não tão famoso quanto aquele. Existe um filme de 1998, do Coppola, *The rainmaker* – O homem que fazia chover –, baseado num conto do John Grisham, que é um grande autor de livros jurídicos; foi o primeiro filme do Matt Damon como ator famoso. Peço a atenção dos senhores, que vão falar: Brasil. A história é basicamente esta: uma família simples do interior dos Estados Unidos fez um seguro de saúde porque tinha receio de que, em algum momento, houvesse a necessidade de recorrer a gastos de internação, pois uma doença poderia atingir algum membro da família. Pois bem. Foi feito esse seguro de saúde com uma grande empresa, a *Great Benefit*. Dois anos mais tarde, o filho dessa família chamada Black desenvolveu um câncer gravíssimo. A família Black disse: “coitado do nosso filho, ele teve um câncer, porém, temos um plano de saúde; vamos recorrer à empresa”. Quando eles bateram à porta da empresa, a empresa simplesmente falou que não iria custear o tratamento de saúde do paciente. Indagada por que, a empresa disse que era simplesmente por que não iriam. A família tentou oito vezes obter o tratamento de saúde e, por oito vezes, o tratamento foi negado. Daí essa família contratou Matt Damon, um jovem advogado, para tentar trazer justiça para eles. Não vou contar o final do filme, porque não seria justo com os senhores. Mas o importante é: por que essa empresa seguradora fazia isso sistematicamente? Porque ela tinha uma calculadora que acenava para um cálculo de custo e benefício. A cada dez segurados, cujo tratamento ela recusava, nove – como dizia Ihering – simplesmente não faziam nada; lastimavam por que eles negaram o seguro. Apenas um ia à Justiça reivindicar os seus direitos. Depois de uma longa luta pelo direito, o que essa família conseguiu contra essa seguradora? No máximo o custeio do tratamento, o valor dos danos.

Em outras palavras, vale a pena lesar interesses existenciais da pessoa humana; vale a pena ofender nossos interesses concretamente merecedores de tutela, porque o Poder Judiciário não nos dá uma resposta em termos de proteção, prevenção e

inibição de danos. Trouxe esse exemplo dos Estados Unidos, mas vamos falar do Brasil. Srs. Juízes Trabalhistas, no ano passado, saiu uma estatística dos Juizados Especiais do Rio de Janeiro. De cada dez processos do Juizado Especial do Rio de Janeiro, sete são de reponsabilidade civil, 70% – dano patrimonial e dano moral. Dos clientes, ou seja, dos réus desses processos no Juizado Especial do Rio de Janeiro, sempre, 25% são as mesmas empresas. São sempre aqueles autores de danos sociais: empresas de seguro, empresas de telefonia, empresas de TV a cabo, bancos, empresas aéreas. Todas elas fazem a mesma coisa; acenam para esse cálculo de custo e benefício e sabem que, de cada dez processos, oito não terão resposta, em um haverá uma longa luta pelo direito, onde – repito – essa reparação será axiologicamente neutra; ela não representará nenhum potencial de desestímulo para esses causadores de danos. E muitos de nós – até me coloco nesses lugares –, às vezes, aceitamos qualquer acordo como se fosse uma grande felicidade. Qualquer acordo de três, cinco mil reais já achamos ótimo, porque alguém disse por aí que existe uma indústria do dano moral, e nos sentimos mal em ajuizar uma demanda contra essas empresas.

Assim, minha palestra começa propriamente a partir de agora – eu só trouxe o quadro de fundo. Ou seja, como reverter essa situação? Como rediscutir, a partir de agora, as funções da responsabilidade civil? Eu vos digo, senhores, a responsabilidade civil não tem apenas uma função reparatória; ela tem duas outras funções: uma precaucional, que não me interessa propriamente na tarde hoje, mas que é fantástica, daria um tema enorme para outro bate-bola, e existe também essa outra função, que é a função punitiva da responsabilidade civil.

Quero verticalizar esse tema e, a partir de agora, só falar sobre ele.

O que os senhores precisam, como juízes trabalhistas, para sentir confiança nesse tema, é de parâmetros objetivos. Os senhores querem segurança jurídica, os senhores querem saber exatamente se é possível aplicar, em sentenças trabalhistas, a pena civil, se temos um aparato, um arcabouço jurídico capaz de endossar essa tese no Direito brasileiro. Em outras palavras, não vim aqui para ser papagaio do sistema dos Estados Unidos, vim para saber se é possível trabalhar com a pena civil no Direito brasileiro. A primeira questão é: o que é a pena civil? Um conceito de pena civil, muito breve, seria o de

que a pena civil é uma sanção punitiva com uma finalidade preventiva de ilícitos. Para que possamos entender esse conceito, que é pequeno, em todo o seu potencial, em toda a sua magnitude, dois conceitos merecem certo debate. São conceitos, normalmente, desprezados por muitos civilistas.

O primeiro conceito: o que é sanção, já que estou dizendo que a pena civil é uma sanção punitiva? Sanção é uma técnica de controle social, ou melhor, é uma medida estabelecida pelo sistema para reforçar a observância da norma. Bobbio trabalha muito bem a ideia de sanção. O que acontece? Nós, civilistas, somos mal acostumados – vamos confessar. Nós sempre, quando pensamos em responsabilidade civil, pessoal da última fila, utilizamos as sanções sucessivas. O que são as sanções sucessivas? Acontece o ilícito, surge um dano, seja ele patrimonial ou moral, e, só quando há o dano, vem a reação do Direito Civil, ou seja, o Direito Civil tem o péssimo hábito de trabalhar apenas com o momento patológico da responsabilidade civil, que é o momento do dano: houve uma lesão a um interesse patrimonial, a um interesse existencial, aí, sim, surge a responsabilidade civil.

O grande problema dessa sanção sucessiva é que ela não tem potencialidade inibitória, ela não tem eficácia de dissuasão. Por que isso? Porque, se aconteceu o dano, se o estrago já foi feito, e a vítima recebe apenas um valor em pecúnia, uma indenização por um dano patrimonial ou uma compensação por um dano moral, qual é a capacidade desse valor pecuniário de inibir o ofensor a reincidir na prática daqueles atos ilícitos? A chance é mínima, porque o que se trocou foi a dignidade por um preço, por um valor, nos casos do dano moral. Ou seja, o que temos de fazer a partir de agora, colegas, é entender que o Direito Civil, além das sanções sucessivas, deve utilizar sanções de caráter preventivo.

Sempre foi assim no Direito Comparado e, por um desvio, começamos a aplicar sanções preventivas no Direito brasileiro. Não foi no Direito Civil, foi quando Marinoni trouxe o Direito italiano no processo civil por meio da tutela inibitória, das multas persuasivas, das multas periódicas. Realmente as *astreintes* funcionam como um grande exemplo de sanções preventivas de caráter inibitório, porque aquele causador do ilícito se sente, de certa maneira, desestimulado a reincidir. Assim como no processo civil há a

imposição de *astreintes*, de multas persuasivas de caráter periódico, os civilistas podem também aplicar sanções com essa natureza preventiva, inibitória, com a capacidade incrível de dissuadir futuros danos.

Qual é a grande vantagem da sanção preventiva em termos de responsabilidade civil? Se existe a sanção preventiva, antes de o agente praticar o ilícito, antes de ele pensar em cometer a conduta antijurídica, ele já sabe que há uma advertência do legislador; ele já sabe que há uma ameaça do legislador. Qual é a ameaça? “Veja, se o senhor praticar esse comportamento antijurídico, será severamente sancionado, independentemente” – olhem para mim – “de esse fato causar um dano ou não causar um dano. Independentemente de o resultado de seu ilícito ser um dano patrimonial ou ser um dano moral, só pelo fato de o senhor incidir no ilícito, já haverá aplicação de uma pena”. Ou seja, este é o primeiro ponto: é hora de apostarmos, como civilistas, nas sanções preventivas e não meramente nas sanções de caráter sucessivo.

E o segundo ponto, que acho o mais importante... Vejam o conceito que dei para os senhores: eu disse que pena civil é uma sanção punitiva com finalidade preventiva de ilícitos. Vejam bem, o que é um ato ilícito? Este é o segundo conceito: saúde fundamental. O que é um ato ilícito? O ato ilícito, seja no Brasil, no Direito italiano, ou em qualquer outro país ou na *Common Law*, é um comportamento antijurídico. Isso é ponto, é um comportamento contrário ao Direito. Seja no Direito Civil, seja no Direito Penal, o ilícito é um comportamento antijurídico. A única diferença é que no Direito Penal associa-se a antijuridicidade à tipicidade, assim como se faz no Direito Administrativo. No Direito Civil não, nele temos uma cláusula geral de ilicitude, mas a ideia do comportamento contrário ao direito, seja ele comissivo ou omissivo, é a base do ilícito. Sabem qual é o nosso problema? Agora vamos fazer aqui uma terapia em grupo. Farei uma pergunta aos senhores. Digam-me o nome de um mamífero marítimo. Todos os senhores só pensam na baleia. Nem falei nada e os senhores só pensam na baleia. Agora posso dizer? Existem cento e trinta mamíferos marítimos. Por que os senhores sempre pensam na baleia? Sabem por quê? Porque, quando os senhores pensam em ato ilícito, os senhores só pensam em responsabilidade civil. Como se o

ilícito, por si só, não fosse um modelo jurídico autônomo com outras eficácias que não se relacionam com a responsabilidade civil.

Deixem-me traduzir: qual é a relação entre ilícito e responsabilidade civil? O ilícito se relaciona com a responsabilidade civil a partir do momento em que o seu comportamento antijurídico produz um dano. Nesse momento em que ele produziu um dano, qual é a eficácia desse ilícito? É uma eficácia reparatória. Surge a responsabilidade civil com o objetivo de repor a vítima a uma situação anterior à lesão; resgatar a vítima para a situação de equilíbrio patrimonial que ela tinha antes do dano. Pois bem, essa é apenas uma eficácia do ato ilícito quando há a eclosão do dano, só que, como Pontes de Miranda ensinava há muitos anos, o ilícito tem várias outras eficácias, várias outras consequências, independentes da responsabilidade civil. Não é à toa que o ato ilícito está na parte geral do Código Civil como uma espécie de fato jurídico, art. 186/187, enquanto a responsabilidade civil está no livro das obrigações, arts. 927 e seguintes, como apenas uma das obrigações consequentes à prática de um ato ilícito. A topografia do Código Civil evidencia isso.

Então, indago aos senhores: se, por acaso, uma mãe pratica atos de alienação parental contra seu filho, ou seja, ela induz o jovem rebento a acreditar que seu pai é o capeta, independentemente dessa criança sofrer qualquer dano psíquico, o simples ato da alienação parental já é sancionado? Já. Ou seja, a lei que cuida da alienação parental já estipula, entre outras sanções, a destituição da autoridade parental. A destituição da autoridade parental é uma sanção, só que não é uma sanção reparatória, é uma sanção caducificante, ou seja, o ilícito da mãe não gerou uma eficácia em termos de reparação de danos, gerou uma eficácia em termos de perda de um direito potestativo dos pais, que seria este: autoridade parental.

Outro exemplo - porque isso é muito importante para que eu possa prosseguir -: se estipulo um negócio jurídico com um dos senhores, e nesse negócio jurídico há coação, dolo ou lesão, ou seja, há um defeito capaz de gerar a anulação desse negócio jurídico, caso um juiz trabalhista verifique que há um desses vícios invalidantes do negócio

jurídico, o dolo, a coação e a lesão são atos ilícitos? São; são comportamentos contrários ao direito. Mas a sanção estipulada pelos senhores na sentença foi a responsabilidade civil? Não.

A sanção foi a invalidade do negócio jurídico, ou seja, a desconstituição dos efeitos daquele ato com efeitos retroativos. Em outras palavras, houve o ilícito, mas a eficácia não foi reparatória, a eficácia foi invalidante. E onde quero chegar? Prezados, nada impede, então, que o nosso ordenamento jurídico estabeleça atos ilícitos, comportamentos contrários ao direito cuja eficácia não seja a reparação de um dano; a eficácia seja uma pena; a eficácia seja uma punição. Aí os senhores podem dizer: então, Nelson, isso é uma novidade. Não.

Vou dar dois exemplos: existem dez mil ilícitos no Código Civil que são sancionados com uma pena. Se, porventura, o senhor é um condômino extremamente simpático, mas o seu vizinho é um condômino antissocial, que provoca arruaças de madrugada, o que acontece com esse condômino se a convenção de condomínio tiver uma previsão para esses casos? Pelo art. 1.336 do Código Civil, esse condômino antissocial será condenado a uma pena de até cinco vezes o valor do condomínio. Ele praticou um ato ilícito? Sim. Qual foi a sanção que ele sofreu? Não foi responsabilidade civil; foi uma pena civil, ou seja, ele foi sancionado a uma pena, com uma eficácia punitiva, cuja principal medida propedêutica é de desincentivar esse condômino à reincidência.

Outro exemplo, porque quero entrar em meu tema: se, porventura, um dos senhores me deve cem mil reais, e a data do vencimento da obrigação é hoje, dia 10 de novembro, e não me pagam a obrigação hoje. Qual é a consequência automática do inadimplemento? Juros de mora. Juros de mora não é reparação de danos; é pena civil, é uma sanção punitiva, porque o senhor cometeu um ato ilícito. Qual foi o seu ato ilícito? O inadimplemento, o descumprimento da obrigação na data combinada. Cláusula penal. Quando se estipula uma cláusula penal em um contrato, ela nada mais é que uma punição pela prática de um ilícito. Qual o ilícito? O descumprimento de uma cláusula contratual. Chega. Os senhores já perceberam três coisas: a sanção é uma técnica de controle social e é uma medida estabelecida pelo sistema para reforçar a observância das normas; porém, estamos mal acostumados e só trabalhamos com sanções sucessivas.

Em segundo lugar, o ilícito é um comportamento antijurídico e não precisa ser sancionado apenas pela tradicional técnica da responsabilidade civil; ele pode ser sancionado pela via das penas. Perfeito. E onde entre a pena civil? Antes de falar dos critérios objetivos da pena civil, quero dizer-lhes três grandes vantagens de se aplicar a pena civil no Direito brasileiro. São três setores distintos onde a pena civil seria extremamente bem-vinda. Primeiro caso: eliminação do lucro ilícito. O Juiz Cláudio Godoy fez uma provocação aqui e deu essa pincelada. Não sei se os senhores se lembram, mas ele falou: “E o lucro ilícito?” Pois bem. Vejam um caso que recentemente aconteceu com a nossa atriz Sthefany Brito. Talvez os Senhores não a conheçam, mas conheciam seu primeiro marido, que era o jogador de futebol Pato. Ela era casada com Pato e largou sua carreira de atriz incipiente no Brasil, para se tornar esposa do jogador de futebol. Ela foi para a Itália, e creio que ficou casada com o Pato por dois anos, e eles tiveram um divórcio rumoroso. Por que rumoroso? Porque um jornal, daqueles de quinta categoria, da Itália, que existe em qualquer lugar do mundo, baseado apenas em fofocas, plantou uma notícia falsa, Professor Eugênio. Qual foi a notícia falsa? Que o motivo da ruptura do casal Pato e Sthefany seria o de que ela estava traindo o marido com um colega de time; não sei se o seu time era o Inter de Milão ou outro. Era o Milan? Mas o jornal dizia que a atriz estava traindo o marido com um jogador do mesmo time. A notícia era falsa. Se fosse no Brasil, o que a Sthefany poderia fazer em nosso estágio atual do Direito Civil? Ela poderia pedir uma reparação contra esse jornal pelo dano moral. A atriz ganharia uma reparação de aproximadamente vinte, cinquenta mil reais, muitos ainda iriam dizer que ela estava ganhando muito, que é a indústria do dano moral, e por aí vai, quando, na verdade, vinte ou cinquenta mil que ela recebesse a título de compensação por dano moral, não seria nada diante da lesão concreta a interesses existenciais que ela sofreu. Os senhores sabem o que aconteceu na Itália? Eu não acompanhei o que houve depois, no segundo grau, mas o Juiz de primeiro grau simplesmente fixou que aquele jornal seria condenado a reverter, em favor da Sthefany, todo o lucro com a publicação daquela notícia, ou seja, todo o lucro com a publicação daquele semanário seria revertido para a vítima.

Os senhores não concordam que aí, tranquilamente, há uma pena civil? Por quê? Não falo mais na reparação do dano sofrido pela vítima. Mudou o foco: o Juiz já olha para a pessoa do ofensor, mesurando a reprovabilidade do seu comportamento, o

profundo desprezo que ele teve pela pessoa da vítima, a reincidência contumaz na prática desses atos por parte desse periódico e avisando-o que não era tolerável que fizesse isso com outras pessoas. Essa é uma primeira forma, bem interessante, de aplicação da pena civil. É essa questão da discussão do lucro ilícito.

A segunda, da qual o Juiz Cláudio também falou de forma muito rápida, mas merece uma prospecção, é que, amigos e amigas, só a pena civil é capaz de tutelar, de forma eficiente, o direito de propriedade. Ele escolheu um exemplo, vou utilizar outro para não soar repetitivo. O exemplo que o Professor Cláudio Godoy utilizou, não sei se os senhores perceberam – porque foi muito rápido, como é de seu feitio –, foi o caso da Microsoft em que ela é titular da propriedade imaterial dos seus *softwares*. Noventa e nove em cada cem empresas no Brasil que utilizam o *software* dessa empresa fazem a famosa pirataria, contrafação. Por que elas fazem isso? Porque sabem que, se amanhã alguém descobrir que houve a contrafação, a falsificação do *software*, o máximo que ela terá de ser condenada a indenizar a Microsoft será de quanto? Do valor daquele *software*, porque isso se chama reparação de danos - como dizia Ihering – axiologicamente neutra. Então, se o *software* custa quinhentos e oitenta reais, qual foi o dano que a Microsoft sofreu? Quinhentos e oitenta reais? Então, a empresa que pirateou apenas devolveria os quinhentos e oitenta reais. Por que o STJ aplicou uma condenação com o valor multiplicado por dez vezes o valor do *software*? Porque com esse valor já não se está falando do dano e, sim, de uma pena civil. Aquele múltiplo é uma pena civil capaz de inibir o ofensor de forma a que amanhã, diante daquele valor elevado, ele se sinta desestimulado a praticar a reincidência, que ele perceba que custa muito caro ofender propriedade alheia.

Não sei se os senhores perceberam, mas quem sofre muito isso, recentemente, é a CBF. Constantemente a CBF tem os direitos de propriedade imaterial sob a marca da Seleção Brasileira, e o que acontece é que várias empresas falam: “Quanto será que custa fazer um contrato com a CBF para a cessão da marca da Seleção Brasileira”. Elas avaliam, acham que é muito caro contratar com a CBF. O que elas fazem? Utilizam, de forma ilícita, a marca da Seleção Brasileira. Por quê? O departamento jurídico soprou no ouvido dessas empresas que, se amanhã, a CBF ajuizar uma ação buscando a reparação de danos

patrimoniais e de danos morais discutíveis, já que se trata de pessoa jurídica, pela utilização daquela marca, no máximo essa vai ter de pagar o quê? Justamente o valor do contrato que ela deixou de fazer com a CBF, ou seja, vale a pena ofender a marca CBF, porque, se eu for pego no pulo, no flagrante, apenas terei de pagar aquilo que pagaria se o contrato tivesse sido realizado. Prezados, sabem como isso se chama no Direito italiano? Curto-circuito do contrato. Isso é muito grave. Por que curto-circuito do contrato? Porque, em um ambiente como o nosso, essa ideia - que ideia? - de grandes pessoas jurídicas de fugirem do contrato, porque elas optam pela eventual responsabilidade civil, é extremamente danosa para o princípio da segurança jurídica. Isso porque, a partir do momento em que os sujeitos de direito entendem que vale a pena, em um país como o Brasil, não praticar negócios jurídicos, não praticar atos lícitos, porque, sendo melhor a responsabilidade civil, porque ela, lá no STJ, é tímida, é axiologicamente neutra e não traz nenhum intuito inibitório, realmente a segurança jurídica é severamente ameaçada.

Então, esse é o segundo ponto, onde a pena civil é muito bem-vinda. Um terceiro ponto – acho-o fundamental - onde a pena civil seria um enorme de ganho de qualidade no Direito brasileiro é a proteção aos nossos direitos da personalidade. É a tutela às situações existenciais da pessoa humana, principalmente num ambiente como o nosso dominado pela responsabilidade objetiva. Permitam-me explicar. Eu conversava com o Ministro Luiz Philippe há algum tempo, e ele me trouxe um dado estarrecedor: tivemos setecentos e vinte e seis mil casos de acidentes de trabalho em 2013 ou em ano recente. A prevalecer o ponto de vista recente do STJ... Qual é o ponto de vista recente do STJ e, principalmente, do TST? Que a responsabilidade civil pelo acidente de trabalho é objetiva, ou seja, tanto faz como tanto fez, se a empresa que causou o acidente de trabalho agiu ilícita ou lícitamente, ela será responsabilizada.

Os senhores sabem qual é a tendência para o futuro? Uma grande empresa, uma empresa muito responsável – não vou declinar o nome, mas imaginem uma empresa muito responsável – vai falar: “A partir de agora, não vou mais gastar um centavo em prevenção contra acidente de trabalho. Sabe por quê? Se amanhã eu for condenado por um Juiz Trabalhista, terei de pagar o mesmo valor por danos que aquela outra empresa, que foi

displicente, desorganizada, que teve o demérito de praticar uma conduta covarde com seus empregados, porque, ao final, o valor é o mesmo, já que a responsabilidade é objetiva e a responsabilidade civil tem uma função meramente reparatória”. O que acontecerá nessa hora? Haverá uma explosão de lesões às nossas situações existenciais, concretamente merecedoras de tutela. Principalmente porque, como bem se disse, na Justiça do Trabalho, não tratamos de alguém que ficou na fila do banco por duas horas e ficou chateado; de alguém que perdeu um voo por *overbooking* e, em razão disso, perdeu um compromisso. Não; estamos tratando de uma legião de mortos, amputados e de pessoas incapacitadas permanentemente para o trabalho.

Então, a situação se torna mais séria ainda, ou seja, em razão de tudo isso que mencionei, agora vou para a parte principal do nosso problema. Quais seriam os pressupostos objetivos para se aplicar pena civil no Direito brasileiro? Onde a função punitiva se diferencia da tradicional função reparatória? Primeiro critério: grau de culpa, ou seja, quando um Juiz de Direito aplica uma pena civil, ele tem de olhar para a cara do ofensor e fazer três perguntas: “Qual foi a reprovabilidade do comportamento do ofensor? Ele teve um profundo desprezo pela sorte da vítima? Seu ato foi demeritório?”

Em outras palavras, é aquilo que o Professor Antônio Junqueira dizia, ou seja: houve um dano social no sentido de que aquele tipo de comportamento reprovável rebaixa nossa qualidade de vida e faz com que você, como Juiz do Trabalho, sintasse aviltado? Em outras palavras: esse comportamento foi reprovável? Além de esse comportamento ser reprovável, esse ofensor pratica esse tipo de conduta reiteradamente, ou seja, ele é reincidente? Por que isso é sumamente importante?

Pensem em um exemplo prosaico da vida. Os senhores, como Juízes do Trabalho, não exercerão mais essa função. Transferi os senhores para a Justiça Comum. Os senhores são juízes comuns.

No mesmo dia, os senhores julgarão dois casos. Primeiro, um sujeito, distraído ao volante do carro, porque estava mexendo no som do seu rádio, sem querer

atropela e mata uma criança. Uma distração que poderia acontecer com qualquer um de nós, ou seja, uma distração e, naquele instante, matou.

Segundo caso que vem à mesa dos senhores no mesmo dia: um sujeito, bêbado, reincidente em atropelamentos, praticando um racha, atropela e mata uma criança. Pergunto-lhes: onde será maior o valor da reparação por dano moral? Resposta: será igual. Igual porque, hoje, quando se fala de reparação por dano moral, repito Ihering: a compensação por dano moral é axiologicamente neutra. Por quê? Porque a única pergunta que o juiz faz quando aplica o dano moral é: qual foi a extensão do dano? Resposta: foi a morte nos dois casos. Segunda pergunta - o sistema binário que o Ministro Sanseverino utiliza -: quais eram as condições especiais da vítima? Ou seja, o máximo que pode variar de “a” para “b” são as condições peculiares da vítima. Está proibido o Juiz de Direito, nessa hora, se ele aplicar meramente a função reparatória, de perguntar: quem era esse atropelador? Ele estava bêbado? Estava participando de um racha? Ele era reincidente? Essas perguntas não entram na função reparatória. Muito pelo contrário. Estar-se-ia invadindo o sistema punitivo do Direito Penal, algo que é alheio ao Direito Civil. Portanto, já antecipo o que vou falar mais na frente, por mais que o magistrado seja profundamente bem intencionado, sob o ponto de vista dogmático, é completamente equivocado, ao se fixar dano moral, dizer: estou fixando o dano moral em valor alto em razão da conduta extremamente reprovável do ofensor. Não, isso não entra. Isso – desculpem a forma leiga de colocar – é uma “forçação de barra” dentro da técnica atual que lhes fornece a responsabilidade civil.

Então, vou avançar.

O primeiro critério é a gradação da culpa. Por que a gradação da culpa é importantíssima? Porque os senhores viram pelas palestras que me antecederam que para o Direito Civil, na função reparatória, tanto faz como tanto fez se o ofensor reagiu com culpa leve ou com dolo gravíssimo, porque o art. 944 do Código Civil diz que a indenização mede-se pela extensão do dano e não pelo grau da culpa. O grau da culpa do ofensor não interessa. Estou falando a linguagem do nosso Código Civil.

Segundo critério para aplicação da pena civil: a capacidade econômica do ofensor. Vou trazer outro exemplo singelo da vida dos senhores. Não vou citar nomes mais. Suponhamos que um dos senhores está na rua e aparece um carro na sua frente. Esse carro é uma Brasília amarela de um servente de obra. Essa Brasília amarela atropela o senhor, que vem a falecer. Essa é a situação um. Situação dois: quem atropelou o senhor e causou o seu homicídio foi Bill Gates, que estava aqui no Brasil, passou a *limousine*, estava vindo a trabalho e ele atropelou e causou o seu homicídio. O senhor prefere ser morto por quem? Vou dizer uma coisa: para o senhor tanto faz, porque o senhor morreu, mas a sua família preferiria que fosse pelo Bill Gates. Os senhores falam, Nelson, claro que pelo Bill Gates, porque minha família vai lucrar muito mais. Errado. Pela teoria tradicional da responsabilidade civil, pela função reparatória, tanto faz como tanto fez quem foi o causador do dano. Por quê? Porque na reparação dos danos apenas se indaga quem era a vítima e qual foi o dano por ela sofrido. Não se indaga quem era o ofensor e tão pouco qual era a sua capacidade econômica.

Pergunto-lhes: se se aplicar cinquenta mil reais de dano moral contra esse servente de obra, esse sujeito nunca mais na vida vai querer dirigir um carro. Por quê? Porque a reparação compensatória já foi suficiente para desincentivar a prática de futuros ilícitos. Contudo, o Bill Gates, se for condenado a reparar cinquenta mil reais, sabe o que ele vai dizer? “Vou voltar ao Brasil para atropelar uma advogada por dia”. Ou seja, para ele, aqueles cinquenta mil reais farão cócegas. Por quê? Qual é a eficácia inibitória, punitiva, de uma reparação de cinquenta mil reais contra quem tem uma capacidade econômica enorme de causar danos? Dei esse exemplo pueril de Bill Gates, mas imaginem grandes empresas que praticam, tal como *serial killers*, esses danos sociais rotineiramente. E elas sabem que um Tribunal não pode aplicar na reparação qualquer majoração com base em raciocínio sobre a sua capacidade econômica.

Então, vejam, os dois critérios fundamentais da pena civil no Brasil seriam: um, a culpa do ofensor, ou seja, a reprovabilidade do seu comportamento. Quanto mais reprovável for o seu comportamento, maior a necessidade e a intensidade da aplicação de uma pena civil. Segundo, a capacidade econômica do ofensor. Quanto maior a sua

capacidade econômica, mais ampla a necessidade de aplicação de uma pena. E neste momento paro, porque sei quais são as três objeções que os senhores fazem à incidência da pena civil no Brasil. Primeira objeção que todos os senhores fazem à incidência da pena civil: o excesso de penas. O que quer dizer excesso de penas? Os senhores veem esses filmes americanos. Houve um caso recente, tem dois anos, no Alabama - não me furto a contar -, que foi o seguinte: um sujeito comprou uma BMW, que era o sonho da vida dele. Quando chegou a BMW, ele circulou com seu carro novinho por três dias, cinco dias, não mais que uma semana, e foi mostrá-lo a um amigo que era mecânico. O amigo disse: “olha, seu tolo, você não viu, porque é um leigo, mas eu sou mecânico e posso dizer que esse seu carro foi batido e foi completamente rearrumado pela concessionária”. O sujeito disse: “não, não pode ser, esse carro é novo; você é doido; esse carro é novo. Mas vou correr atrás”. Sabe o que ele descobriu? Que o carro caiu da cegonha que o trouxe da fábrica da BMW até a concessionária do Alabama, teve danos, e a BMW, de forma bem deplorável, pegou o carro e deu uma guaribada, no popular, porque um leigo pensaria que o carro estava novo. O que o Tribunal do Alabama fez? Condenou a BMW a pagar cinquenta mil dólares pelos danos patrimoniais que ele sofreu - até aí, tudo bem - e oito milhões de dólares pelos *punitive damages*, como eles chamam nos Estados Unidos os danos punitivos, para dissuadir a BMW, no sentido pedagógico, preventivo, a nunca mais, no futuro, reiterar esses atos ilícitos, ou seja, essa decisão teve dois efeitos – parece aqueles documentários que vejo no *Discovery Channel* e que cabe muito bem para os senhores, Juízes e Magistrados –: o camaleão, ou seja, parece o juiz camaleão. Ele tem dois olhos. Um olho fita a presa e o outro olho fita os demais predadores. É assim que o camaleão faz. Ele segura a presa, mas olha se não há outros potenciais predadores no *habitat*. Por quê? Porque aquela decisão que condenou a oito milhões de dólares teve um efeito preventivo especial, porque a BMW, amanhã, se sentirá, de certa forma, dissuadida a não reiterar aqueles comportamentos antijurídicos, mas tem uma eficácia preventiva geral, porque as outras empresas fornecedoras de veículos, as concorrentes, amanhã também não praticarão esses atos deploráveis contra os seus consumidores.

Agora, os senhores dizem: Nelson, oito milhões de dólares para o sujeito é uma loteria, é um excesso de penas. Fiquem tranquilos, porque até mesmo nos

Estados Unidos se aplica a 14.^a Emenda, que é a emenda do devido processo legal, ou seja, *due process of law*, que é uma base que temos no Brasil de regra de proporcionalidade, e, com base nessa regra da proporcionalidade, o que a Suprema Corte americana tem feito nos últimos seis anos? Ela tem aplicado um múltiplo. Ela tem dito que o máximo da pena civil é quatro vezes mais que o valor da compensação de danos, ou seja, a compensação de danos não teria sido cinquenta mil dólares? Então, o máximo de *punitive damages* seria duzentos mil, para evitar que aquela condenação, amanhã, também seja uma forma de quebrar a pessoa jurídica, retirá-la do mercado. Essa impossibilidade, excesso de penas, não é apenas para evitar o cúmulo com o dano, com a reparação de danos, é para também evitar a cumulação com as penalidades aplicadas no Direito Administrativo. Ou seja, os senhores sabem que as agências reguladoras também podem aplicar as multas, a Agência Nacional de Consumo e outras? Às vezes elas já aplicaram essas penas. O Tribunal também terá de reduzir o valor dessas multas para evitar esse cúmulo excessivo de penas. Esse é um primeiro aspecto, extremamente salutar. Não se preocupem, porque o nosso STJ, hoje - que nem existe pena civil no Brasil -, os senhores bem sabem, já reduz danos morais quando são aplicados de forma extremamente excessiva.

Lá em Manaus, um sujeito, que é advogado, foi dar uma volta com uma mercedes pela rua, comprou naquele dia, foi se mostrar, o carro pifou. Não sei por que o Tribunal de Justiça do Amazonas fixou em dez milhões de reais os danos morais em favor daquele advogado. Quando o caso chegou ao STJ, esse valor foi reduzido para cinquenta mil reais, ou seja, esse controle já existe, esse controle com base na proporcionalidade já existe.

Qual é o segundo óbice que os senhores sempre colocam? O primeiro foi o excesso de penas, esse é fatídico; o segundo é enriquecimento sem causa. Os senhores dirão o seguinte: Nelson, mesmo que aquele rapaz que teve seu carro remendado pela BMW recebesse duzentos mil dólares, para os senhores, haveria um enriquecimento sem causa. Por quê? Porque ele estaria recebendo um valor que vai além do dano. O dano é “x”, esse valor do dano se direciona em favor da vítima, seja esse dano patrimonial ou moral. Nada daquilo que vá além do montante dos danos poderia ser direcionado em prol da pessoa da vítima, haveria um enriquecimento sem causa. Muito bem, vamos então para uma

reconvenção. Aliás, deixe-me fazer um pedido contraposto pela informalidade aqui: primeiro ponto, não é enriquecimento sem causa; é enriquecimento com causa. Enriquecimento sem causa é locupletamento ilícito. Isso é enriquecimento com causa, porque essa decisão partiu da mão dos senhores, dentro de um devido processo legal, onde houve contraditório, onde houve toda garantia da ampla defesa. Então, há causa. Duvidam? Quando um juiz fixa *astreintes*, para quem vai o valor das *astreintes*, que é uma pena civil de natureza processual? Vai para o Estado ou vai para a pessoa do autor da ação? Vai para a pessoa do autor da ação. Alguém aqui discute se há ou não enriquecimento sem causa? Pode ser até que exista essa discussão.

Eu sei que o projeto do CPC vem tratando dessa situação, mas é só um projeto. Por ora, o que nos interessa é que esses montantes são direcionados em favor da pessoa da vítima, enriquecimento com causa. Por que nos Estados Unidos eles não têm o menor pudor com relação a isso? É claro que vem então a formação puritana deles *versus* a nossa formação católica. A formação católica do brasileiro nunca tolerou muito bem a usura, nunca tolerou muito bem a possibilidade de alguma pessoa tirar vantagens econômicas, a não ser do seu próprio trabalho, a não ser do seu próprio suor, mas o que eu lhes digo é que esse enriquecimento – nunca esqueçam o que vou falar agora - é apenas um pequeno efeito colateral de um grande remédio. Qual foi o grande remédio? Punir exemplarmente, com razoabilidade, aquele que pratica atos ilícitos e demonstram uma conduta de desprezo e demérito pelas suas vítimas. Se, por acaso, houve essa sanção, aplicou-se uma pena civil, o fato de o ofensor receber aquela pena é apenas um pequeno efeito colateral de um grande remédio para tratarmos de males sociais da maior magnitude, o que não possível. Vou repetir, mas vou repetir com autoridade: o que não é possível é o que vejo hoje em 99% das sentenças.

O que vejo? Como não existe pena civil e o juiz fica, de certa forma, chateado, porque vê aquela conduta horrorosa do ofensor, ele faz assim: aplica o dano moral de quatrocentos mil reais contra o ofensor. Por quê? Pela extensão do dano - até aí vai bem -, pela alteração das condições econômicas da vítima, o antes e depois, o perfil bifásico – perfeito -, mas também como punição exemplar pela reprovabilidade do comportamento do

ofensor, pela sua grande capacidade econômica. Não pode. Sabem por quê? Porque existe uma contradição em termos. Por que existe uma contradição em termos? Porque, se os senhores fazem isso, não há – ouçam o que vou falar – como punir exemplarmente alguém sem enriquecer a vítima. Necessariamente, esse é o resultado. Se os senhores, realmente, de forma equivocada, de forma atécnica, querem continuar a utilizar eficácia punitiva dentro do dano moral, necessariamente essa sua condenação por dano moral já está trazendo enriquecimento, que digo que é um enriquecimento com causa, mas ela traz.

Nesse instante - e isso é extremamente importante -, os senhores falam: Nelson, qual é o segredo? Como aplico, como juiz trabalhista, uma pena civil sem que amanhã eu seja censurado pelo STJ como um juiz que atua arbitrariamente, como um juiz que utiliza do sentimento, discricionariamente, sem parâmetros objetivos, sem razoabilidade? Hoje vou, humildemente, aceitar a terceira crítica daqueles que não aceitam a pena civil no Brasil. Acho que o Ministro Sanseverino tangenciou esse momento. Qual é a terceira crítica? Só se pode aplicar pena civil no Brasil se houver previsão legal. É triste, mas é verdade. Por quê? Porque a pena civil, apesar de ser uma sanção formalmente civil, pois está sendo aplicada por um juiz cível, é uma sanção materialmente penal, ou seja, estou retirando o modelo jurídico, que é uma pena, do Direito Penal. Estou trazendo uma sanção de eficácia dissuasiva, preventiva, inibitória, e então, meus amigos, para que se aplique uma pena é necessário o quê? O princípio da anterioridade. Tem de haver tipicidade. Ou seja, antes de o senhor proferir a sentença como magistrado, tem que haver uma regra prévia, ou na CLT, ou no Código Civil, ou em outro Diploma, que diga que, se amanhã alguém age com reprovabilidade, o seu comportamento é um comportamento demeritório, e houver condição econômica, além da reparação por danos, haverá a aplicação de uma pena. Dois aspectos que merecem consideração: primeiro, por que tem de ter essa previsão legal? É uma questão de segurança jurídica em favor do próprio ofensor.

Pensem no Direito Penal. Imaginem que sou uma empresa, pratico um dano contra um trabalhador, há um acidente de trabalho, cai na mão de um juiz, e esse juiz aplica, além da indenização pelo dano patrimonial, da reparação pelo dano moral - tudo aqui pela teoria objetiva da responsabilidade civil, utilizando o *caput* do art. 7.º da Constituição,

utilizando o diálogo das fontes -, e além do dano patrimonial e do dano moral, aplica uma pena civil, porque essa empresa não gasta um centavo com as técnicas da medicina do trabalho, segurança do trabalho, mil e quinhentos empregados dessa empresa já sofreram lesões neste ano, se os senhores, como juízes, fizerem isso, estarão sendo juízes voluntaristas. Sinceramente digo-lhes que, tranquilamente, essa empresa conseguirá reverter amanhã, seja no TST seja lá no STJ, onde for, essa sentença. Por que ela conseguirá reverter? Por uma questão muito importante: a cláusula geral de licitude do Código Civil é uma norma vaga, imprecisa para que se apliquem danos que ainda não foram muito bem qualificados no Direito brasileiro, ou seja, defendo, Professor Facchini, que se possa aplicar o art. 186, a cláusula geral de responsabilidade civil, pela sua vagueza e imprecisão, para um Juiz dar uma sentença para fixar dano existencial, para fixar outros danos, mas a cláusula geral não pode ser utilizada para fixar pena; para sanção punitiva, não.

Darei dois exemplos de sanções punitivas que já existem no Brasil e estão previstas pela cláusula da reserva legal. Se por acaso um dos senhores recebe uma conta de luz amanhã no valor de vem mil reais, os senhores chamam um técnico, a conta é refeita e, na verdade, a conta de luz é de quinhentos reais e não é de mil reais. Se os senhores ingressam amanhã com uma ação contra a concessionária fornecedora de energia elétrica, que valor os senhores terão direito à devolução? A mil reais. Por que a mil reais, se na verdade só foram quinhentos reais cobrados a mais? Porque o art. 42, parágrafo único, do CPC tem uma pena civil. Qual é a pena civil? Vejam a advertência dele: senhor fornecedor de produtos e serviços, se você praticar uma conduta demeritória perante o consumidor, além de restituir aquilo que ele pagou a mais... O que é o restituir que ele pagou a mais? É a reparação do dano patrimonial. Haverá aplicação de uma pena civil. Qual é a pena civil? A restituição em dobro. Opa! O que acontece com alguém que é condenado por um Juiz na recente reforma processual a cem mil reais por um título executivo judicial, vem a fase sucessiva de cumprimento de sentença e ele, em quinze dias, não paga os cem mil reais? Há uma multa de 10%. Senhores e senhoras, essa multa de 10% é uma pena civil. Por quê? Porque ela é uma punição, uma sanção punitiva, expressamente estipulada pelo legislador reformista de 2009, no sentido de dizer: não pagou os cem mil reais nos quinze dias que lhes foram dados? Haverá uma pena no sentido de inibir outros sujeitos de direito a praticar essa mesma conduta, ou seja, a grande

questão aqui é simplesmente – os senhores me perdoem, porque essa fase para mim é fundamental – uma previsão legal.

E os senhores – estou terminando – só não vão cair para trás, porque estão sentados. Dano moral coletivo que tanto os senhores bem aplicam com relação a trabalho escravo. Maravilhoso esse trabalho do Ministério Público do Trabalho e a efetividade que depois é dada pelo Juiz do Trabalho. Vou contar uma novidade? Dano moral coletivo não é dano moral; é pena civil. Minha opinião clara também é associada ao ponto de vista atual ao Direito italiano: hoje, qual é discussão no STJ? Se o dano moral coletivo existe ou não. Aqueles que dizem que existe, explicam que existe dano moral coletivo, porque, quando se fala no dano moral, além dos nossos interesses individuais, existe também a possibilidade da determinação de interesses metaindividuais, que são interesses que perpassam à condição individual da pessoa, dizem respeito a nós e a um grupo indeterminado de pessoas. Outros que dizem que não existe dano moral coletivo afirmam: o dano moral tem de ser individual; ele diz respeito a um interesse individual concretamente merecedor de tutela.

Para mim, a discussão não está aí. Essa é uma falsa discussão. A verdadeira discussão é a seguinte: quando houve no Alasca o vazamento daquele cargueiro de petróleo, a Exxon foi condenada a pagar, primeiramente, dano patrimonial aos pescadores, aos proprietários de terrenos vizinhos, porque foram os danos econômicos que eles, efetivamente, sofreram. Isso é a reparação. Além desses danos econômicos, foi fixado o valor de quatro bilhões de dólares de danos punitivos. Isso é o dano moral coletivo na linguagem da pena civil, porque essa condenação a quatro bilhões de dólares não visa a ressarcir interesses existenciais de uma coletividade; não visa a reparar danos dos nossos filhos, das gerações futuras. Efetivamente, esses quatro bilhões de dólares servem como pena no sentido de desestimular esses potenciais agentes de praticarem essas condutas. Temos já no Brasil, pela Lei de Ação Civil Pública uma pena civil, que é o dano moral coletivo, que é utilizada que nem os americanos, só que eles utilizam com a *class action*, ou seja, quando existem os *mass tort*, ou seja, aqueles acidentes de massa.

Aqui podem também existir esses acidentes de massa, trabalho escravo, também danos em massa, coligamos a pena civil com a ação civil pública, porque aí

não há legitimidade do particular para pleitear esses direitos individuais, porque não são mais direitos individuais: são direitos coletivos, metaindividuais. O último ponto de hoje é: saiam do dano moral coletivo que para mim é uma verdadeira pena civil, mas onde não houve coragem do legislador de chamar de pena civil, porque ele estaria confessando que estaríamos aplicando no Brasil eficácia punitiva. Estamos aplicando eficácia punitiva no Direito brasileiro, porque há previsão legal. Muitos de vocês devem ter pensado: “Nelson, para evitar discussão no enriquecimento sem causa, por que você não admite a ideia de que o valor da reparação pelo dano patrimonial e pelo dano moral vai para a vítima, mas que o valor da pena civil o Juiz não fixa em favor da vítima, mas fixa em favor de entidades beneméritas, filantrópicas, ou seja, seria chamada a função social da responsabilidade civil, que se retira por analogia do parágrafo único do art. 883 do Código Civil?” Eu respondo-lhes: acho uma ótima ideia para evitar discussão de enriquecimento sem causa transferir o valor da pena para essas entidades beneficentes, ou seja, fixo contra a TAM por *overbooking* em cinco mil reais de dano patrimonial em favor da vítima Nelson, mas os cem mil reais de pena civil fixo em favor da entidade beneficente “x” de Brasília. Evita-se a discussão de enriquecimento sem causa. Por que essa sua belíssima sentença vai chegar ao STJ e vai cair? Vai cair. Por quê? Justamente por isso. Onde está a previsão legal?

Segundo lugar, além de onde está a previsão legal, como é que o Juiz pode aplica pena civil de ofício? Desculpe-me, mas Juiz não pode aplicar a pena civil de ofício. Ele pode aplicar cláusula geral como norma de ordem pública - parágrafo único do art. 2.035 do Código Civil a que o Professor Facchini se referiu hoje, mas não pode aplicar de ofício, ou seja, vejam a insegurança jurídica respeitante a isso, quanto mais aplicar uma pena civil de ofício e reverter em favor de uma entidade beneficente. Por quê? Desculpem-me, mas a coisa mais engraçada que já ouvi na vida de um Juiz de um Juizado Especial de Brasília – não vou dizer o nome dele - foi: “Nelson, apliquei contra a empresa “x” uma pena civil de ofício”. Eu disse: é mesmo? Teve recurso? Ele disse: “Nelson, a empresa ficou brava, recorreu, argumentando como que eu aplicava algo que nem existe na lei e ainda vem de ofício com esse efeito surpresa”. Respondi que chato esse recurso. E ele disse: “Pior, Nelson, foi que não houve só esse recurso”. Por que não? “Porque a vítima também recorreu.” Eu disse: por que a vítima recorreu? “Porque ela queria que o valor dessa pena civil ficasse para

ela”, ou seja, nem os próprios ofendidos têm o preparo para entender que, se porventura no Brasil amanhã houver previsão legal de uma pena civil, responsabilidade civil, o ideal é que o próprio legislador já diga que o valor dessa pena civil será direcionado em favor de entidades beneficentes. Como termino a palestra? Senhores, vou terminar a palestra, voltando ao início.

Qual foi o início? *Summa divisio*, Roma, dois mil anos atrás, Direito Civil aqui. Direito Penal aqui. Acabou essa *summa divisio*. Hoje – evoco meu colega baiano que já foi embora –, vivemos um verdadeiro sincretismo jurídico. Em que sentido? Quando se trabalha numa perspectiva unitária da Constituição Federal, acabou aquela época em que os senhores trabalhavam o Direito por setores como se houvesse um Direito Civil asséptico, completamente distante de um Direito Penal. Não. Hoje trabalhamos não por setores, mas por problemas concretos. Com base em problemas concretos, quem dos senhores gosta de Direito Penal? O que está acontecendo com o Direito Penal de 2014? Ele cada vez mais abandona a função meramente punitiva e busca, cada dia mais, qual a função? Reparatória. O que o Direito Penal está fazendo? Composição civil de danos, os juizados especiais civis transacionam. O que um Juiz Penal pode fazer na recente reforma no momento em que ele dá uma sentença penal? Ele pode fixar um mínimo indenizatório, ou seja, os penalistas já falaram: queremos olhar para a pessoa da vítima.

Chega do Direito Penal que apenas enxerga a pessoa do ofensor. Queremos mudar o nosso olhar. E o Direito Penal ainda disse mais, ou seja, que o Direito Penal está apelando para o Direito Penal mínimo, para o Direito Penal subsidiário, para o Direito Penal da *extrema ratio*, saúde, sabem por quê? Porque o Direito Penal é incapaz de lidar com esse tipo de ilícito. Qual ilícito? O ilícito contra o direitos da personalidade, o ilícito praticado contra empresas, o ilícito transindividual. O Direito Penal é incapaz de lidar com esses ilícitos, porque ele é extremamente formalista, ele é longo e, no final do processo, vai condenar alguém a uma cesta básica. Pessoa jurídica ser condenada pelo Direito Penal. Sabe o que o Direito Penal falou? Direito Civil, estou te jogando a bola. Aplica a eficácia punitiva, porque você está muito instrumentalizado a isso. Agora a bola está com o legislador, porque eu já coloquei o que eu queria. Então, muito obrigado pela paciência e felicidades.

O Sr. Ministro João Oreste Dalazen – Queremos expressar nosso profundo agradecimento ao Professor Néelson Rosenvald, expressar nossos cumprimentos pela esplêndida palestra, estender esses agradecimentos e esses cumprimentos igualmente ao eminente Professor e Desembargador Eugênio Facchini Neto. Foi uma alegria imensa, foram lições preciosas e V. Ex.^{as}, certamente, trouxeram-nos muitos questionamentos, muitas reflexões pertinentes, relevantes neste tema tão fascinante que é o da responsabilidade civil. Certamente, muitos sairão daqui com inúmeras interrogações, mas, sem dúvida, melhores do que aqui chegaram. Nossos agradecimentos uma vez mais. Foi um prazer, foi uma honra tê-los conosco; a participação de V. Ex.^{as} enriqueceu, sobretudo, este Congresso. Eu estimaria que tivéssemos a oportunidade, tão fascinante é o tema, para que se seguisse um debate, mas todos estamos muito cansados e já esgotamos nossa programação de há muito e teremos uma extensa atividade amanhã ao longo do dia. De modo que dou por encerrados os nossos trabalhos neste primeiro dia e os convido para retomarmos nossas atividades amanhã de manhã, a partir das 9h, pontualmente. Muito obrigado.

Atividades do dia 11/11 - manhã

O Sr. Ministro João Oreste Dalazen – Senhoras e senhores, muito bom dia. Meus cumprimentos à Professora Maria Celina Bodin de Moraes, aos ilustres participantes deste Congresso, aos Juízes do Trabalho, aos Desembargadores, aos Servidores, à Ministra Kátia Magalhães Arruda, que é a minha Vice-Diretora na Escola, à Professora Milena Donato Oliva, igualmente à Professora Caitlin Sampaio Mulholland, que também nos prestigia nesta oportunidade, e ao Ministro Vieira de Mello Filho, meu dileto colega de Tribunal Superior do Trabalho. Vamos, sem maiores delongas, retomar as nossas atividades deste Congresso nesta manhã em que temos a alegria de receber a Professora Maria Celina Bodin de Moraes, que é Doutora em Direito Civil pela Università degli studi di Camerino, na Itália. S. Ex.^a foi Diretora do Departamento de Direito e Coordenadora da Pós-graduação *lato sensu* em Direito Privado Patrimonial da PUC do Rio de Janeiro; e é Professora Titular de Direito Civil da Faculdade de Direito da UERJ a nossa eminente convidada. A Professora Maria Celina vai proferir conferência sobre o tema Danos à Pessoa. Concedo-lhe a palavra. Fique muito à vontade.

Danos à pessoa

Maria Celina Bodin de Moraes

Bom dia e muito obrigada. Agradeço ao Ministro Dalazen e cumprimento na pessoa de S. Ex.^a todos os presentes, a Vice-Diretora e meus colegas.

Venho falar sobre o dano à pessoa. Costumo dizer pessoa humana; é um vício de tanto ler o art. 1.º, inciso III, da Constituição, que fala da dignidade da pessoa humana. Então, falarei dos danos à pessoa humana. Tenho um livro sobre o assunto, mas tentei exatamente adaptar minhas ideias, considerando o que vem ocorrendo na Justiça do Trabalho.

Começo dizendo não só da minha honra, mas da minha alegria de ter essa oportunidade. Falar para Juízes e professores é uma oportunidade muito valiosa, porque é a troca entre a doutrina e a jurisprudência; aqueles que têm de enfrentar os

problemas do dia a dia, obrigatoriamente, e aqueles que se dedicam a pensar, estudar e refletir sobre esses assuntos tão difíceis da nossa realidade cotidiana. A responsabilidade civil é muito jovem, ao contrário de todos ou quase todos os demais institutos ou disciplinas do Direito Civil, que são bastante antigos. A responsabilidade civil tem pouco mais de cem anos. E é exatamente por isso que não se sabe sequer muito bem os conceitos de dano, nem de nexos de causalidade e nem de culpa. Ou seja, os três conceitos fundamentais da responsabilidade civil são discutíveis. Um deles é este que, aliás, considero ser o mais discutível: o conceito de dano. Eu gostaria de começar com uma palestra de um autor italiano chamado Francesco Busnelli sobre a responsabilidade civil. Explicando a história recente do direito da responsabilidade civil, ele diz que um riacho alimentado por uma antiga fonte atravessava um território seco, muito seco... E ele pensa em algo correspondente a um sistema agrário. Com as mudanças do mundo contemporâneo, esse mundo agrário para o mundo industrial, ou seja, de um mundo dos atos para o mundo das atividades, o fluxo d'água revelou-se insuficiente e foram chamados engenheiros – essa é a metáfora - que tiveram de trabalhar construindo diques e realizando todos os tipos de obra para utilizar melhor e distribuir a escassa água disponível. De repente, o antigo riacho aumenta de volume com a confluência de vários outros cursos d'água e com a descoberta de novas fontes. Então, agora é preciso chamar novamente os engenheiros, porém - eu diria que é a doutrina - para fazer obras de contenção que permitam evitar inundações. Esses são os nossos problemas. A responsabilidade civil passou da absoluta escassez ao completo excesso. A metáfora desse italiano é ainda mais adequada à Itália, porque a Itália só conhecia até recentemente duas hipóteses de dano, ambas muito restritas: o dano material, como prejuízo econômico, e o dano moral - eles chamam de dano moral subjetivo -, que tinha de ser necessariamente uma ação decorrente de crime, ou seja, uma ação tipificada. Assim prevê o art. 2.059 do Código Civil e outras poucas hipóteses estabelecidas em lei. Esse, aliás, é o sistema que ainda vigora na Alemanha. Hoje, na Itália, depois de dez anos de numerosas idas e vindas - na verdade trinta, mas dez em relação ao dano moral -, reconhecem-se cinco subcategorias de dano moral: a primeira é o dano biológico ou corporal. Esse foi o primeiro reconhecido, além dos outros dois. É uma comparação que não se deve fazer e, no entanto, é preciso pensar: nós chamamos de dano estético e pensamos do ponto de vista estético. Itália e Portugal falam em dano corporal, o que

considero bem mais adequado do que falar em dano estético; em segundo lugar, a segunda espécie é dano moral subjetivo, esse decorrente de crime; o terceiro é o dano não patrimonial taxativamente descrito em lei; o quarto é o dano existencial, como lesão que piora a qualidade de vida da vítima; e o quinto é o dano a outros valores constitucionais diferentes do dano existencial. A Itália sempre se mostrou muito mais atrasada do que nós quanto à matéria do dano moral. Então, usar a Itália não me parece ser uma boa ideia. No entanto, a origem do dano existencial é italiana. Hoje eu gostaria exatamente de fazer essa discussão em relação ao dano moral e ao dano existencial, indagando se são duas figuras diferentes de dano, que eventualmente poderão, então, ser cumuladas, ou se, na verdade, o dano moral abrangeria o dano existencial. O dano existencial, que vem sendo debatido, é uma figura que proveio da Itália, mas foi pensada por um jurista peruano, o Professor Carlos Fernández Sessarego. A figura foi aceita no Código Peruano de 1984. Ele vem pugnando pela inclusão especificamente dessa espécie de dano, e isso vem ocorrendo em algumas decisões dos Tribunais Regionais do Trabalho e em pelo menos três decisões de Turmas do Tribunal Superior do Trabalho. Então, esse dano existencial seria o dano – todos traduzem do espanhol - à realização do projeto de vida e como prejuízo à vida de relações. Em português, seria o prejuízo à vida social, à vida cotidiana social da pessoa. O exemplo que me traz aqui e que examinarei é o da decisão de uma das Turmas, que entendeu que a falta de férias durante pouco mais de nove anos configurou hipótese de dano existencial diferente do dano moral. Na Justiça do Trabalho, entende-se, e também nos Tribunais Superiores, que o dano moral é aquela figura de dor, tristeza, sofrimento e humilhação. Ou seja, ele é subjetivo. Daí, ser interessante ter essa nova figura de dano existencial, que é mais objetivo. Essa figura foi levada para a Itália exatamente para colmatar aquela coluna importante que mencionei; já que todos os danos morais eram decorrentes de crime e aumentar as hipóteses de dano num País cujo código determinava, no 2059, que os danos morais somente se fossem tipificados no Código Penal. Porém, essa origem estrangeira nos faz pensar em duas outras importações que, no meu entender, não foram muito bem sucedidas. A primeira é das indenizações punitivas que foram importadas dos Estados Unidos; e a segunda da cláusula do risco, também importada da Itália. Quanto às indenizações punitivas importamos apenas a ideia. Era tão difícil determinar o *quantum* da indenização de um dano moral subjetivo no sentido de dor,

tristeza, sofrimento e humilhação que os Juízes acharam por bem, também, com base na doutrina em que vou citar o Caio Mário, que o dano moral tinha esses dois papéis: de um lado compensar a vítima e de outro, punir o ofensor. Essa figura veio dos Estados Unidos, como se sabe, não da Common Law; porque, na Inglaterra, ela praticamente não é usada. Nos Estados Unidos ela é muito usada; durante os anos 80/90 ela foi usada de uma maneira extremamente exagerada. A indenização punitiva chegava a milhões de dólares, e independia completamente da indenização compensatória. Todos conhecem a história da velhinha que deixou cair café do McDonald's no próprio colo – é bom lembrar que esses casos nos Estados Unidos são decididos pelo júri –, e o McDonald's foi condenado a pagar a quantia de cerca de dois milhões de dólares. Tudo acabou num acordo, não foi essa quantia. Esses danos são decididos pelos juris; vão para os jornais, mas, no final das contas, eles são reformados pelos Tribunais, nos Estados Unidos. Chamo a atenção de que, nos Estados Unidos, há um pré-requisito muito importante para a indenização punitiva que é evidente: o dolo ou a culpa grave do ofensor. Aqui não há, sequer se menciona, esse requisito; tanto é que nas hipóteses de responsabilidade objetiva, também, o dano moral teria esse caráter punitivo e compensatório. Considerar que existe um caráter punitivo, sem que se estabeleça a razão pela qual a pessoa está sendo punida, é um contrassenso no meu modo de entender. Além disso, espero dizer daqui a pouco, o Direito brasileiro não autorizaria a figura da indenização punitiva. A segunda figura importada foi a cláusula do risco, do parágrafo único do art. 927; ela também foi importada da Itália, do art. 2.050 que determina o seguinte: “Aquele que causa dano a outrem no desenvolvimento de uma atividade perigosa, por sua natureza ou pela natureza dos meios adotados, será obrigado ao ressarcimento,” - até aqui foi o que usamos – “se não provar” - continua o código italiano - “ter adotado todos os meios idôneos a evitar o dano”. É uma hipótese de inversão de culpa. A responsabilidade civil italiana é essencialmente subjetiva; assim como, também, a inglesa e a americana. A importação de figuras, especialmente pelo nome de dano existencial, deixa rastros e preocupa, porque o sistema é completamente diferente. O sistema funciona de uma maneira completamente diferente, não é como nosso sistema que é cada vez mais objetivo, em que as indenizações... Qualquer pessoa pode pedir indenização, porque há a justiça gratuita. Deixamos de ter determinados filtros que tornam o sistema minimamente equilibrado. Isso é só para dizer da necessidade de ver o sistema como

um todo, e não só as figuras separadamente, ou seja, temos um ordenamento apenas, e essa é uma ressalva que faço em homenagem ao Professor Perningere que nunca deixa de dizer da complexidade do ordenamento, que é apenas e tão somente um, e não mais do que isso. Como tiramos o final do artigo, temos o ineditismo de ter uma cláusula geral de risco. No sistema, temos duas cláusulas gerais: uma de culpa e outra de risco. Isso não facilita o trabalho dos juízes. Neste caso, o dano existencial tem servido essencialmente para distinguir as hipóteses de dano moral como dor, mágoa, tristeza e humilhação, isto é o dano moral visto subjetivamente, que é considerado *in re ipsa*, como todos sabemos, daquelas hipóteses que gerariam um prejuízo mais amplo, e essas, alguns mencionam, demandariam prova. Aí estaria a grande diferença entre essas duas figuras. Citarei dois autores, Ana Helena Fischer e André Luiz Santos, que escreveram que o dano existencial no Direito do Trabalho representa uma alteração substancial, uma renúncia de forma involuntária às atividades cotidianas nas relações familiares, sociais, afetivas, culturais e abrangem todo acontecimento que incida negativamente sobre os afazeres da pessoa, passível de repercutir de forma permanente ou temporária sobre sua existência. O dano existencial engloba duas vertentes. A privação da vida social do empregado, nisso compreende-se o convívio familiar e a vertente relativa às metas, aos objetivos de importância vital para realização do projeto de vida. No âmbito do Direito do Trabalho, tal dano decorre de atitudes patronais que impossibilitem o empregado dessa convivência familiar e social, assim como também que o impeçam de dar continuidade aos seus projetos de vida e profissionais, como a continuação dos estudos e o aperfeiçoamento profissional que lhe tragam, portanto, também o desenvolvimento pessoal. Dentre essas práticas, a cobrança de trabalho em sobrejornada, assim como a não concessão do gozo de férias poderão, para alguns, originar o pagamento de dano existencial. Esse é exatamente o caso da decisão que foi confirmada pela 7.^a Turma do Tribunal Superior do Trabalho. Claramente, uma decisão dessas serve de grande incentivo. Falei do TST, mas várias são as Turmas dos Tribunais Regionais que adotam a figura do dano existencial. No Brasil, foi um jurista do Direito do Trabalho, Amaro Almeida, e a figura tem se restringido essencialmente ao Direito do Trabalho, ou seja, pelo menos ainda, ela não se expandiu para o Direito Civil. Isso serve de imenso incentivo, é mais um pedido a ser feito. Reiteradamente, outras decisões vêm dizer que essa sobrejornada tem de ser excessiva. Não basta a sobrejornada; não bastam

as horas extras normais que são pagas. É preciso que, realmente, o empregador, digamos assim, para usar uma expressão coloquial, “tire o couro” do empregado. Não considero que isso seja, pelo menos nas classes médias, o habitual. Acho que o obreiro é muito bem protegido, desde que não seja completamente ignorante, e que, eventualmente, viva em situações análogas a da escravidão, o que não é raro, infelizmente, no Brasil. Do outro lado, a maioria dos empregados têm respeitados os seus direitos por força da atuação da Justiça do Trabalho sempre presente e rápida, ao contrário da Justiça Comum. É mais uma razão pela qual eu gostaria de ver com cautela uma nova figura. Será que precisamos de uma nova figura? Há uma decisão de algum TRT assim: trinta mil por dano existencial e vinte mil por dano moral. Eu gostaria de lembrar que o *quantum* da indenização é ainda uma das coisas mais difíceis e um problema não resolvido. Encontrar uma nova figura de dano para – desculpem o verbo - chutar um valor é se movimentar dentro da irrealidade, da irracionalidade, e não da racionalidade. Acho que a busca tem de ser a da racionalidade. Aqui, atrapalhou o projeto de vida. Então, mais “x” ou quanto? Esse é um aspecto que eu gostaria muito de salientar, porque não adianta falarmos do conceito sem falar da quantificação. É preciso considerar ambas as coisas. Esse conceito faz sentido se eu puder chegar a um *quantum* que se relacione com ele, que diga respeito a ele. Senão, é muito melhor aumentar o dano moral. Eu gostaria agora de propor uma nova ideia sobre o dano moral, não aquela ideia de dano como dor, tristeza, sofrimento e humilhação, mas um conceito objetivo que talvez sirva para resolver esse problema do dano existencial, porque já é, em si, um conceito mais objetivo. Por que isso? Por que me interessei pelo dano moral? Vou tomar três minutos para contar uma decisão já antiga, mas que nem por isso deixa de ser emblemática, do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, analisando o caso de uma bela atriz. O Tribunal considerou, por unanimidade, quando havia grupo de câmaras, não ter havido dano moral porque a autora era uma moça bela. O desembargador relator, seguido pela unanimidade de seus pares, a ponderar sobre a existência ou não de danos morais pelo uso não consentido da imagem de uma atriz, concluiu que só mulheres feias poderiam sofrer com a exposição de sua imagem sem a sua autorização. Esse foi o meu movente. Vou ler um pequeno trecho do voto: Nas circunstâncias do caso concreto, não se percebe de que forma o uso não consentido da imagem da autora pode ter-lhe acarretado dor, tristeza, mágoa, sofrimento, vexame, humilhação. Pelo contrário,

a exibição do seu belo corpo, do qual ela com justificada razão certamente se orgulha, naturalmente lhe proporcionou muito alegria, júbilo, contentamento, satisfação, exaltação, felicidade. Só mulher feia pode se sentir humilhada, constrangida, vexada, em ver o seu corpo desnudo estampado em jornais ou em revistas. As bonitas, não. E continua: Fosse a autora uma mulher feia, gorda, cheia de estrias, de culote e de pelancas, a publicação de sua fotografia desnuda, ou quase, em um jornal de grande circulação, certamente acarretaria um grande vexame, muita humilhação, constrangimento enorme, sofrimento sem conta a justificar, aí, sim, o seu pedido de indenização do dano moral, a lhe servir de lenitivo para o mal sofrido. O que se pretende – na conclusão -, e só o que se pretende é demonstrar que não se concede indenização, compensação de moral se o fato em que se funda a pretensão não acarretou, para quem a pede, aquilo que é da sua natureza e essência: o sofrimento, o vexame, a humilhação, o constrangimento, a mágoa e a tristeza. Diante dessa decisão, falei: não pode ser assim, não é possível – unânime, no Rio de Janeiro – ou seja, tem alguma coisa muito errada. Então, pensei em qual conceito poderíamos ter. Alguma coisa que fosse além desses sentimentos. Até hoje vejo. Recentemente, no STJ, a Ministra Nancy Andrichi, que depois julgou esse caso, com certeza, ela sentiu muita raiva. E o outro Ministro disse que ela não sentiu raiva nenhuma. Do que estão falando? Como sabem? Nesse caso, o Juiz personifica o dano e a quantificação. Se ele sentiria, então, a pessoa sim; mas, se ele não sentiria, a pessoa também não sentiu. E a quantificação tem sido, infelizmente, no chute. Em alguns casos mais; em outros, menos. Em alguns casos já há uma ideia, mas, se eu pegar exemplo de negatificação de nome, vou deixar os senhores ainda mais perplexos, porque vai de trezentos a trinta mil reais. E não se considera a condição da vítima, considera-se, sim, como os senhores sabem, a condição econômica da vítima e do ofensor. Então, vejam o problema de considerar a condição econômica: a vítima não pode ser enriquecida injustificadamente, embora uma decisão judicial não seja um enriquecimento injustificado, no meu modo de entender. O que isso quer dizer é que ela não pode ficar rica. Ninguém fica rico com trinta mil. Por outro lado, tem de ser punição para o ofensor. Se o ofensor for rico, a vítima tirou a loteria. É um paradoxo. Se não se pode enriquecer de um lado e não se pode não castigar, punindo o outro, é melhor chutar. Realmente, eu também chutaria, porque chegar a alguma... É muito difícil. Então, primeiro vou falar do conceito, depois da quantificação. O dano moral assim visto está

no nível do senso comum. Não sei se os senhores concordam comigo, mas o senso comum ou o bom senso, dizia Descartes, é a coisa mais bem distribuída do mundo. Bom quando é nosso; senso comum, quando é das pessoas em geral. O bom senso é a coisa mais bem distribuída do mundo porque todo mundo está satisfeito com o seu, dizia Descartes. Ele funciona nesse nível do senso comum e é uma categoria jurídica. Ou seja, eis aí a importância de se objetivar essa categoria. Quando fui tentar elaborar algum conceito – e é uma dica para quem estuda –, ir ao Pontes de Miranda, não só naqueles sessenta volumes, mas naquelas mais de cem obras, dá sempre boas ideias, pelo menos acho que foi o meu caso. Pontes de Miranda é da corrente mais antiga, que diz que o dano moral é o dano que não é o patrimonial, é a corrente do dano moral por exclusão ou por negação, mas ele disse alguma coisa que fez diferença para mim. Ele disse: dano moral é o dano que atinge o patrimônio do ofendido. O dano não patrimonial é o quê? Só atingindo o devedor como ser humano, não lhe atinge o patrimônio. Então, peguei essa dica do atingindo o devedor como ser humano, atingindo, na verdade, a vítima, como ser humano. Qual é a essência da nossa humanidade? Da mesma maneira que aprendi outro dia que a essência do presente é a respiração, a essência da nossa humanidade é a dignidade humana. Somos todos dignos, ou seja, somos pessoas e não coisas. Enquanto as coisas podem ser substituídas por outras, porque tem preço; as pessoas, que não podem ser substituídas por outras, têm dignidade. Isso é, brevemente, a lição kantiana – Kant disse isso aplicadamente à ordem moral. Ele disse que o sujeito moral, o sujeito ético considera o outro como um sujeito igual a ele. Considera o outro, como sendo igual, merecedor do mesmo respeito à integridade psicofísica de que ele é titular. Além disso, reconhece no outro a vontade livre e a autodeterminação. Enfim, considera que cada um é parte do grupo social em relação ao qual tem a garantia de não vir a ser marginalizado. Esses postulados kantianos, na verdade, escondem quatro princípios jurídicos, que são os princípios da igualdade, sujeitos iguais a ele, merecedores da mesma integridade psicofísica; da integridade psicofísica, dotado de vontade livre; da liberdade e, parte do grupo social, da solidariedade. Considerei que esses quatro princípios formam o conceito de dignidade. Como são vários princípios, quatro, eles podem colidir. Aí é que é interessante. Na situação concreta, posso ter de um lado a liberdade e do outro, a solidariedade; de um lado a igualdade e do outro, a liberdade. Preciso examinar, no caso concreto, essa colisão e alcançar algum resultado. Qual é o resultado? Esse era o grande

problema. Alcançar o quê? Alcançar a própria dignidade, ou seja, aquilo que dentro do sistema mais se aproxima da dignidade para o nosso sistema jurídico. Vou dar um exemplo. Cheguei à conclusão de que é o melhor exemplo escolástico e é mais rápido. Atualmente acho que não é mais assim. Quando os tribunais confirmavam sentenças que estipulavam a indenização por danos morais em decorrência de rompimento imotivado do noivado, havia dano? Para quem acha que dano é dor, tristeza, sofrimento, humilhação, sem dúvida nenhuma, dano é monumentalmente grande. Todo mundo sabe ou, pelo menos, todas as mulheres sabem que ser largada no altar... É claro que o homem também sabe disso. Como, mais frequentemente, a hipótese é inversa, todas as pessoas sabem... O que acontece normalmente nos casos concretos? O noivo não tem pressa de casar, ao contrário da noiva, que tem muita pressa de casar. O noivo não tem pressa e pensa assim: “Para que vou casar agora? Posso deixar para daqui a seis meses, para o ano que vem. Vai ser um período mais adequado”. Ele pensa nisso. Para tomar coragem para dizer para a noiva... Ele pensa: “Acho que ela está preparando as coisas.” O noivo normalmente é desligado. A noiva está atarefada há três anos, tentando marcar igreja. Quando ela consegue, tem de ser naquele dia. O noivo, um mês antes, pensa: “Acho que agora não é uma boa hora para casar. Será que ainda dá para desmarcar?” Aí, ele leva mais ou menos uma semana para tomar coragem. Frequentemente, com três semanas de antecedência, os convites já foram distribuídos, e ele fala: “Acho que não quero casar agora”. Os tribunais, apiedados da situação dessas jovens sofredoras e desses casamentos desfeitos, entendiam que as noivas, as pessoas deveriam ser indenizadas. Se pensarmos nos dois polos, teremos de um lado o noivo e do outro, a noiva. Vamos olhar para a noiva. Integridade psicofísica. Ela sofre horrores. Então, a integridade psíquica dela foi muito atingida. E o noivo? Há algum princípio que proteja a decisão do noivo? O princípio da liberdade. O Código Civil protege tanto esse princípio que, em vários artigos, o Código menciona a vontade de casar, que tem de ser livre, tem de ser autônoma. Se o noivo, eventualmente, brincar – está no Código Civil – e, na hora do casamento, disser que não quer casar porque está brincando, não pode casar naquele mesmo dia. Tem de casar em outro dia. Pode ser até no dia seguinte. Não é uma brincadeira mesmo. É isso que o Código tenta dizer. Então, se tenho o princípio da liberdade extremamente protegido e tenho o princípio da integridade física e psíquica da noiva, acho que o que mais se aproxima da ideia de dignidade

do legislador no sistema é o princípio da liberdade. Portanto, o noivo pode acabar com o casamento e não pagar indenização por dano moral. Ele não vai se casar e também não deverá pagar indenização pelo dano moral, mas sim pelo dano material, que não se discute. Acho que é possível ver sempre nos dois polos e encontrar esses princípios. Outro exemplo, na relação paterno-filial, de um lado há a liberdade de o pai abandonar os filhos e, do outro lado, há a solidariedade familiar. Qual dos dois ordenamentos protege mais? Sem dúvida, a solidariedade familiar. Está na Constituição, no art. 229. Os pais têm o dever de cuidar, educar e sustentar os seus filhos. Não basta que o pai pague a pensão. É preciso que ele esteja presente ou que esteja presente uma figura substituta. Como o dano não deve ser punitivo, moralisticamente, não vou dizer que ele é um péssimo pai, que ele tem de ser punido e que o dinheiro tem de ir para o filho. Não. Só vou me preocupar no *quantum* com o dano sofrido pelo filho, única e exclusivamente. Isso facilita muito atingir um *quantum*. Evidentemente, em princípio, isso exclui extravio de bagagem, iogurte mofado, falta de luz por duas horas, a NET, tudo isso deixaria de ser dano moral e, no meu modo de entender, ainda bem que sim, porque muita gente tem ganhado a vida assim e acho que isso é um incentivo à malícia. O ordenamento não deve dar o seu aval a isso. Quanto à quantificação, o conceito seria lesão a qualquer dos corolários ou dos postulados integrantes da dignidade humana, qualquer coisa que possa ser reconduzido à liberdade, à igualdade, à solidariedade ou à integridade psicofísica, e aí o dano corporal. O dano sofrimento também entra, mas ele tem de ser ponderado. A integridade é psicofísica, mas ele vai ser ponderado com esses outros princípios. Acredito que o dano moral deve corresponder, nesse novo ambiente em que vivemos, à contrapartida do princípio da dignidade humana. É o reverso da moeda. Quando a dignidade é ofendida, é preciso reparar o dano sofrido injustamente. Quanto à quantificação, uma das coisas que mais se critica são as disparidades dos valores. Há um exemplo de que o mesmo Tribunal, no mesmo mês, evidentemente, em Câmaras diferentes, atribuiu cem salários mínimos pela perda de dois cachorrinhos, que ficaram sem oxigênio na carga do avião, e vinte salários mínimos pela perda de duas crianças de uma família pobre. Todos se chocam muito com as disparidades. No entanto, não acredito que o problema seja esse. O problema não é uniformizar as indenizações. Acho que é exatamente o contrário. Na responsabilidade civil, como já sabemos, cada caso precisa ser examinado cuidadosamente.

Acho interessante o fato de que, nos Tribunais Superiores, eles dizem: “O juiz foi quem teve a melhor capacidade de examinar aquele caso concreto”. Então, a tendência da manutenção tem sido bem grande, justamente porque é o juiz que pode avaliar melhor do que ninguém. Só se ele não avaliou determinada coisa, senão, ele avaliou as circunstâncias do caso concreto. Então, o ordenamento concede ao juiz, como sabemos, a mais ampla liberdade para arbitrar o valor da reparação dos danos extrapatrimoniais. Como regra, o livre arbitramento tem sido considerado aquele que menos problema traz e que mais segurança oferece, e o juiz estando atento a todas as peculiaridades do caso concreto. No entanto, é fácil para mim, é fácil dizer: o juiz é que deve fazer. E o juiz vai fazer o quê? Esse é o problema. Chega até juiz. Ele vai fazer o quê? Como o juiz deve proceder? O Superior Tribunal de Justiça fala dos critérios que devem ser usados, quais sejam: o bom senso, a razoabilidade, o cuidado, estar atento à doutrina e à jurisprudência, etc., condições econômicas do ofensor e da vítima, culpa do ofensor, gravidade do dano, basicamente esses. Já mencionei que a culpa do ofensor, a punição a ele traz mais problemas do que soluções. Acho que um é critério que deve ser abandonado. O princípio no Direito brasileiro é o da reparação integral. O Ministro Cláudio Mascarenhas Brandão, que me dá a alegria de estar aqui, teve uma decisão recente que me deixou muito feliz, porque considerou exatamente nesse mesmo sentido. Ou seja, que a indenização punitiva não é admitida no nosso ordenamento. São vários os autores que repetem insistentemente que não há nada, em nenhum lugar, que o legislador tenha mencionado, a indenização punitiva, a indenização a mais, além da compensação. Ao contrário, quando ele teve oportunidade, que foi no Código de Defesa do Consumidor, a norma foi vetada. No Código Civil, art. 944, logo depois do § 1.º, ele iria colocar o § 2.º, proposta do Relator e que já foi excluída. Ou seja, em nenhum lugar, o legislador adota a indenização punitiva. Portanto, como o princípio do art. 944 é a reparação, é o tamanho do dano, essa indenização punitiva seria a mais. Aí, chega-se até mesmo a dizer que seria um enriquecimento injusto por parte da vítima, porque esse valor a mais não teria fundamento jurídico. No meu modo de entender, não se trata de descobrir fórmulas, mas se trata de aplicar o princípio da reparação integral. O princípio da reparação integral está baseado em dois fundamentos, apenas dois fundamentos. O primeiro é a gravidade do dano. Qual foi o tamanho do dano que aquela pessoa sofreu, quanto ela perdeu, quanto ela deixou de ganhar,

quanto aquilo pode ter atingido aquela pessoa? É por isso que eu incluiria aí o dano existencial no dano moral. É exatamente essa a figura que seria do dano existencial, ela teria resolvido se se entende que, na quantificação do dano moral, esquecendo dor, tristeza sofrimento e humilhação, o que importa é a gravidade do dano. E se o dano for gravíssimo a ponto de atingir a vida social, a ponto de atingir o projeto de vida da pessoa, evidentemente, a indenização tem de ser maior. Esse é o primeiro aspecto. Acredito que a dimensão do dano deva ser cuidadosamente examinada. De outro lado, em vez das condições econômicas da vítima e do ofensor, as condições sociais, as condições pessoais da vítima, e não do ofensor. O ofensor, tenha ele mais culpa, menos culpa, tenha ele abandonado o filho, porque é um salafário ou porque não pôde estar com o filho, isso não muda o dano sofrido pelo filho. O filho não teve a figura paterna, seja por que razão for. Evidentemente, se a mãe impediu a aproximação do pai, já muda o ofensor, claro, pois o ofensor passa a ser a mãe e não o pai. Há um detalhe: se o pai não esteve presente e, no entanto, a mãe casou com uma pessoa que fez o papel de pai, ou se a criança teve um avô que fez esse papel, não há dano a ser indenizado, porque aquela criança não sofreu dano. Já perguntei isso a centenas de pessoas, e todas elas me dizem: “Tive pai” - engraçado isso -; “não foi o meu pai biológico, mas tive pai”. Quem não teve diz: “Não tive pai”. É muito curioso como a pessoa reconhece ter tido ou não ter tido pai, dada a importância do pai na vida de uma criança. Segundo Freud, nada é tão importante para uma criança quanto a presença do pai. Claro que essa pessoa deve ser indenizada. Deve ser indenizada quando? Quando ela for maior de idade, porque não posso dar à mãe a possibilidade de usar isso como uma vingança contra aquele sujeito, que, na verdade, abandonou-a, e não ao filho. E o filho só vai saber se ele teve ou não pai quando ele atingir a maioridade e não precisar mais da figura paterna. Então, todos esses são cuidados que precisamos tomar exatamente para que o Direito continue a servir como pacificador, e não para que o Direito sirva para gerar mais conflitos. Acho que essa é a única finalidade em que se deve pensar. Isso vai aumentar a litigiosidade? Vai aumentar o conflito? Então, não é uma boa solução. Isso vai pacificar? Então, é uma boa solução que se pode adotar. Então, vamos às condições pessoais da vítima. Aquela vítima, aquele filho, não sofreu dano. Então, não há nada que lhe deva ser indenizado. Se, no entanto, aquela vítima sofreu aquele dano, é preciso indenizar. A última coisa é que há um problema sério com relação à fundamentação das

decisões. A Constituição, no art. 93, inciso IX, determina - virou norma constitucional - que o juiz tem o dever de fundamentar as decisões, sob pena de nulidade. Será que ele não teria o dever de fundamentar o *quantum*? Eu trouxe um exemplo de uma decisão que faz isso magnificamente bem. Ou seja, temos um exemplo. Eu gostaria de ler rapidamente o que foi feito também há muito tempo em um Tribunal do Rio por um Desembargador. O caso também é um caso da *Revista Playboy*. Aquele outro caso também era da *Revista Playboy*. Quando Carlos Heitor Cony deu uma entrevista à *Revista Playboy* – aquelas entrevistas que são a razão de ser da compra da *Revista Playboy* –, o repórter falou: “Em mais de uma ocasião você se definiu como um alienado”. Ele responde: “Gosto muito de me considerar alienado (...)”. E ele continua dizendo uma coisa que não teve nada a ver com isso. Diz: “(...) Há pouco tempo fiz um artigo elogiando a Carmen Mayrink Veiga. É chato elogiar a Carmen Mayrink Veiga, mas elogiei (...)”. Não sei se todos conhecem esse nome. Carmen Mayrink Veiga é uma *socialite*, cujo tempo passou, mas que foi muito conhecida ao seu tempo. “(...) Estive na casa dela. É uma tristeza, um luxo de um mau gosto desgraçado. Uma perua. Mostrou os álbuns de fotografia, e todos os amigos estão na cadeia. ‘Esse deu desfalque na Suíça, coitadinho. Esse deu desfalque na Inglaterra, está preso (...)’”. Todos os amigos do marido dela estavam presos. “‘(...) todo dia eu rezo para ele sair da cadeia...’ O mundo de Carmen Mayrink Veiga é terrível! E todo mundo está chutando esse cachorro atropelado. Ela está doente, tem um problema chato na perna, sente dores, vive à base de cortisona, está enorme, monstruosa de feia. Mas, na hora da fotografia, bota aquele sorriso e ainda é uma perua. Arrivista social, alpinista social – tudo o que você quiser você joga em cima dela. Mas no momento em que a Carmen Mayrink Veiga está na desgraça, virou saco de pancada, eu me recuso a linchar (...)”. Fico triste de expor o Carlos Heitor Cony, mas foi o Carlos Heitor Cony, um grande escritor, que, eventualmente, tem opiniões sensacionais, mas, provavelmente, nessas entrevistas da *Revista Playboy*, foi mais conversa do que qualquer outra coisa – talvez tenha sido isso. Bem, o Juiz da primeira instância considerou: “Carlos Heitor Cony é o Carlos Heitor Cony; portanto, pode dizer o que quiser, o que pensa. Tem direito à livre opinião - senão é censura”. Ao chegar ao Tribunal – aqui faço questão de dizer -, o Desembargador Nagib Slaibi examinou o caso. Com relação ao conceito, explicitou onde tinha sido atingida a dignidade da pessoa e, no *quantum* - é aqui que quero chegar -, ele tomou

um caminho que me parece o melhor. O Desembargador disse: “Partindo-se da verba de cem salários mínimos – que é o paradigma para a reparação do dano moral decorrente da injusta anotação do nome do consumidor nos cadastros de inadimplentes (...)”. Naquela época eram cem salários mínimos. Hoje, o STJ chega a dar trezentos reais. O que significa isso? Exatamente o problema que o dano moral sofre. Quanto mais tudo é dano moral, nada é dano moral. E os valores só diminuem, ou seja, o valor da dignidade das pessoas só diminui. Por isso ele tem de ser tratado com cuidado e tem de ser raro para valer muito. Então, ele parte desse paradigma e considerou que o mínimo do Tribunal são cem salários mínimos. E continua: “(...) é a mesma majorada em face dos seguintes elementos colhidos nos autos: mais cem salários mínimos pela relevância de ser o entrevistado pessoa de reconhecido destaque social como Carlos Heitor Cony (...)”. Vejam a gravidade do dano: o dano é mais grave porque foi o Carlos Heitor Cony. “(...) outros cem salários mínimos porque a pessoa atingida é pessoa de notoriedade pública, no caso, Carmen Mayrink Veiga” - condição pessoal da vítima - “outros cem salários mínimos pela utilização de expressões como ‘perua’, ‘feia’ e ‘monstruosa’, de maior densidade de dano quando dirigida a pessoa do sexo feminino e da faixa etária da ofendida (...)”. Definitivamente, aqui ele poderia dado duzentos reais. “(...) outros cem salários mínimos pela importância que tem a revista *Playboy*” – gravidade do dano -, “editada pela recorrida, no contexto atual da comunicação social do País (...)”. Podemos concordar ou não, mas aqui há matéria para discutir, há alguma racionalidade em que se pode dizer: mais para isso, menos para aquilo. Se ele tivesse dito quinhentos salários mínimos, não poderíamos discutir nada. Não teria nada, nem uma matéria que poderíamos, inclusive, apelar, dizer que ele deu menos por causa disso e daquilo. Ou seja, essa me parece a melhor coisa a ser feita. Não é igualar as indenizações; ao contrário, é individualizar as indenizações, mas explicar o porquê dessa individualização. Isso é o que eu gostaria de compartilhar com os senhores. Agradeço muito a atenção.

O Sr. Ministro João Oreste Dalazen – Queremos nos congratular com a eminente Professora Maria Celina, por sua excelente conferência, transmitir nossos sinceros e profundos agradecimentos, por sua imensa colaboração para as nossas reflexões, e dizer que foi um prazer imenso tê-la conosco, uma honra imensa, vê-la compartilhando conosco de suas reflexões, de seu aprofundamento em torno desse tema tão instigante e

desafiador para todos nós a todo o momento.

Dando continuidade aos nossos trabalhos, teremos agora um painel sobre Responsabilidade e Nexo Causal. As nossas eminentes convidadas são as Professoras Milena Donato Oliva e Caitlin Sampaio Mulholland. Inicialmente vamos esclarecer que, após as exposições, será franqueada a possibilidade de perguntas dirigidas por escrito à Mesa. Encareço, desde logo, que, para o bom encaminhamento dos nossos trabalhos, eu estimaria que as perguntas fossem encaminhadas já ao longo das exposições, a fim de que pudéssemos ganhar tempo. A primeira intervenção será da Professora Milena Donato Oliva, que é Mestre e Doutora em Direito Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro, integra o corpo docente do Curso de Pós-Graduação em Direito Civil e Constitucional do Centro de Estudos e Pesquisas do Ensino do Direito – CEPED, órgão da Universidade Estadual do Rio de Janeiro, compõe as Comissões de Direito Imobiliário e de Direito Bancário da Ordem dos Advogados do Brasil – Seção do Rio de Janeiro e da Associação dos Advogados de São Paulo. É um prazer tê-la conosco, Professora Milena. V. S.^a tem a palavra.

Responsabilidade civil objetiva e risco empresarial

Milena Donato Oliva

Bom dia a todos. É uma grande honra estar aqui hoje. Eu gostaria de agradecer o honroso convite da Enamat, na pessoa do Ministro João Oreste Dalazen. É uma grande honra, Excelência. Gostaria de cumprimentar o Ministro Luiz Philippe, a Professora Ana Frazão e dizer que é um grande desafio falar aqui hoje, especialmente após a palestra da Professora Maria Celina, que nos brindou a todos com sua brilhante exposição. Admiro muito a Professora Celina. Será um desafio, Professora Celina, falar após a senhora. E também falar antes da Professora Caitlin Sampaio será um grande desafio para mim, mas vou tentar. Tratarei do tema da responsabilidade civil do empregador, que é um tema da ordem do dia. Todos os juízes, desembargadores e ministros enfrentam esse tema no dia a dia. Esse tema me fez retornar um pouco a evolução histórica da responsabilidade civil do empregador, porque, pela evolução histórica, conseguimos dimensionar como hoje o Direito

Comum, como hoje a responsabilidade civil vai ser aplicada ao empregador. Originariamente, a responsabilidade civil do empregador se sujeitava ao Código Civil de 1916, que trazia o sistema da responsabilidade civil subjetiva calcada na culpa. Só que esse paradigma da responsabilidade civil do Código de 1916, que era um paradigma essencialmente protetor da liberdade, entendia que mais grave do que não ressarcir a vítima era responsabilizar aquele que não concorreu com culpa para com o evento danoso. Vejam que é um paradigma essencialmente liberal, que visava a tutelar a liberdade, que deveria ser reprimida apenas quando ela fosse exercida de maneira culposa, de maneira ilícita. Esse era o paradigma do Código Civil de 1916, ao qual se submetia, nesse momento, a responsabilidade civil do empregador. Só que, com a evolução tecnológica a existência de danos se tornou cada vez mais frequente e inevitável. Muito embora se pudessem tomar todas as precauções, haveria danos que surgiriam. Nada obstante as cautelas que se adotassem, a despeito de atividade desenvolvida ser socialmente desejável, haveria danos. Não seria o caso de se acabar com a atividade, mas, por outro lado, a ocorrência de danos se associava a essa atividade, independentemente da diligência do empreendedor. O paradigma começa paulatinamente a ser, não direi substituído, mas ao paradigma da culpa começa a se somar outro paradigma segundo o qual a ideia de sanção pela falta cometida, ou seja, a ideia de ilícito, a ideia de culpa passa a ser substituída em algumas atividades pela noção de repartição de riscos. Ao paradigma da culpa começa a se somar o paradigma da responsabilidade objetiva para algumas atividades consideradas socialmente úteis, mas as quais se associavam a ocorrência de danos que ocorreriam independentemente das cautelas que se adotassem. O legislador especial, portanto, começa a intervir episodicamente em algumas atividades para dar conta dessa demanda social de não deixar a vítima sem ressarcimento quando aquele dano poderia ser atribuído a um risco da atividade. O primeiro decreto que marca, no que concerne ao Direito do Trabalho, esse novo paradigma da responsabilidade objetiva em algumas atividades é o Decreto n.º 3.724, de 1919. Esse decreto tratava de hipóteses específicas e restritas de responsabilização do empregador deflagradas de maneira objetiva, de tal sorte que o acidente de trabalho nesse momento tivesse uma feição extremamente restritiva. Mas, uma vez configurada a responsabilidade do empregador, seria objetiva, à luz desse decreto. Esse decreto tem uma importância histórica, porque era uma lei de transição, objetivava uma

composição de interesses. O que era essa composição de interesses? O empregado, se conseguisse comprovar a culpa do empregador no sistema anterior, seria plenamente ressarcido. Essa lei substituiu a responsabilidade subjetiva do Código Civil para os acidentes de trabalho restritivamente delimitados nesta lei. Quando se aplicava a indenização, ela tinha um teto, era uma indenização que não era plena, mas que seria aplicada de maneira objetiva. Então, foi concebida como uma lei transacional. O empregado ganha e perde. Ele perde, porque se conseguisse, à luz do Código de 1916, comprovar a culpa do empregador, não haveria a limitação da lei, mas ganha, porque vai ser ressarcido, ainda que tarifadamente, em hipóteses nas quais o direito do Código Civil não daria direito ao ressarcimento. Então, ele ganha e perde. Ganha, porque vai ser ressarcido em hipóteses nas quais o direito comum não asseguraria o ressarcimento. E perde, porque essa indenização tem um tabelamento, tem limites legais que não existiriam no ressarcimento fundado no Direito Comum do Código de 1916. Ele ganha e perde, portanto, e essa legislação é substitutiva do direito comum. O Código Civil de 1916 não se aplicaria toda vez que esse decreto fosse aplicado. Claro que, quanto ao acidente de trabalho, concebido de forma tão restritiva como nesse decreto, ainda havia amplo campo para aplicação do Código Civil de 1916, mas já começou um primeiro movimento de tirar do paradigma da culpa certas configurações de acidente associadas a certas atividades. A ideia, portanto, que inspira esse decreto é de repartição de riscos e, justamente por substituir a responsabilização do Direito Comum, incidia de maneira exclusiva. Não se podia cumular a indenização desse decreto com a indenização do Direito Comum. Dado o caráter social tão forte que motivou essa legislação, em 1934 veio um novo decreto que tinha basicamente dois escopos. Primeiramente, ele tornou expresso esse caráter substitutivo da legislação acidentária em relação ao Código Civil, toda vez que as hipóteses de incidência de acidentes de trabalho estivessem configuradas. Insisto que a configuração do acidente, nessa época, era muito restritiva, ao contrário do que é hoje. E ele também quis garantir o seguro ou o depósito do empregador, porque o receio do legislador, nesse momento, era que o empregador não tivesse condições de ressarcir o empregado se ele não tivesse feito um seguro ou um depósito. A ideia desse decreto era proteger o empregado das vicissitudes financeiras pelas quais pudesse passar o empregador, e que pudessem, portanto, comprometer o recebimento da indenização prevista nessas leis pelo empregado. Portanto,

esse decreto mantém o sistema de 1919, mas, preocupado em garantir a efetividade do pagamento do empregador ao empregado, exige ou o depósito ou o seguro como uma forma de garantir que esse pagamento ocorreria, uma vez verificado o infortúnio. Em seguida, surgiu o Decreto-Lei n.º 7.036/44, que definiu o acidente de trabalho de maneira mais abrangente. Então, a evolução histórica também atinge o próprio conceito de acidente de trabalho. Esse decreto manteve o tabelamento da indenização. A indenização era tabelada, havia hipóteses de cálculo. Ele manteve essa ideia. Ele manteve também a exigência dos seguros. Na verdade, ele regulamentou isso de outra maneira, exigindo que fossem seguros efetivamente contratados pelo empregador, não mais depósito. E houve uma primeira inovação. A primeira inovação desse decreto é que, agora, o regime do Direito Comum não seria sempre substituído. Em caso de dolo do empregador, seria possível cumular o ressarcimento. Cumular no sentido de haver outra ação de ressarcimento baseada no Direito Comum. Ou seja, até esse momento havia a legislação acidentária substituindo a responsabilidade civil calcada no Direito Comum. Nesse momento essa ideia começa a ser mitigada. Mitigada porque, em caso de dolo do empregador, se asseguraria ao empregado que ajuizasse a ação fundada no Direito Comum. Então, já há uma primeira mudança substancial no modelo acidentário. O Supremo Tribunal Federal, no Enunciado n.º 229 da sua súmula, em uma interpretação progressista, equiparou o dolo à culpa grave, de tal sorte que o regime especial da legislação acidentária não mais seria substitutivo da responsabilidade civil calcada no Direito Comum se o empregador agisse com dolo ou culpa grave. Nessa época, como se entendia? Como a legislação especial tinha por escopo a substituição da responsabilidade civil, como esse era o escopo da legislação especial, se o empregado ajuizasse uma ação calcada no Direito Comum as indenizações não seriam cumulativas, haveria a complementação. Por quê? Porque a ideia, nesse caso, é que o fato gerador basicamente é o mesmo, ele está vinculado àquele mesmo evento. E a legislação acidentária, que tinha esse escopo de compromisso, não poderia beneficiar o empregador que age com dolo ou culpa grave. Então, por isso, o limite, o teto máximo poderia ser afastado nesse momento. Eu gostaria de ressaltar muito esse ponto porque aqui a não cumulação é fundamental, porque o empregador é o devedor da reparação. Só que ele se beneficiaria de um regime especial que teria um teto. Esse teto é afastado em caso de dolo ou culpa grave, mas o devedor é o mesmo,

é o empregador. Havia decisões reiteradas nessa direção. Nesse modelo não faria sentido a cumulação das verbas indenizatórias, porque estou falando no mesmo agente, do mesmo devedor que se beneficiaria de um teto. Esse teto é afastado em caso de dolo ou culpa grave. A Lei n.º 5.316/67, juntamente com a Lei n.º 6.367, muda o modelo acidentário. E a mudança é muito importante. O modelo acidentário tinha como característica tornar o empregador o devedor da obrigação de indenizar. Ele era o devedor dessa obrigação e essa obrigação se sujeitava às exigências da lei que tinha um teto máximo que podia ser afastado em caso de dolo ou culpa grave. Após essa legislação, o empregador não mais é devedor, pela legislação acidentária, do dever de reparar ao empregado. Neste caso, o sistema da legislação acidentária se integra à Previdência e o empregador não mais deve ao empregado, à luz dessa legislação. Ele passa a dever à Previdência Social e a Previdência Social chama a si a responsabilidade social pelos infortúnios dos acidentes de trabalho. Neste ponto o paradigma mudou e essa mudança de paradigma é a que permanece ainda hoje, a legislação especial que nasceu como um regime substitutivo da responsabilidade civil, um regime substitutivo que tinha um teto. Essa legislação especial paulatinamente deixa de ser substitutiva da responsabilidade civil, porque deixa de regular a responsabilidade civil e passa a regular sob a ótica previdenciária, sob a ótica securitária. Ela começa regulando um instituto e desemboca em outro instituto, em outro paradigma, em outra lógica. Nesse novo modelo surgiu a grande discussão entre o Supremo e o STJ. O Supremo entendia que o Enunciado n.º 229 da sua súmula permaneceria em vigor. Já o STJ entendia que não. Por que o STJ entendia que não? A legislação acidentária, no começo, regulamentava a responsabilidade civil do empregador. Se, depois, ela deixa de regulamentar a responsabilidade civil do empregador e passa a regulamentar o aspecto previdenciário e securitário disso, voltamos à estaca original: a responsabilidade civil do empregador é regida pelo Código Civil. Se em 1919 a responsabilidade civil do empregador por acidente de trabalho não era mais regida pelo Código Civil, sistema esse que foi mitigado em 1946, agora esse sistema foi definitivamente suplantado quando a legislação especial passa a regulamentar o aspecto previdenciário e securitário. E voltamos para o Direito Comum. Notem que voltar para o Direito Comum não é um retrocesso, ao contrário, houve uma evolução muito grande em se cuidar do aspecto social e econômico dos acidentes de trabalho, mas a perspectiva mudou. Antes, o foco estava na relação

empregador/empregado. Agora, o foco da legislação especial está na Previdência, no aspecto previdenciário, e o foco empregador/empregado volta para o Direito Comum. Nesse sentido, as decisões começam a entender que há possibilidade de cumulação. E cumulação, agora, não apenas de ações judiciais, mas cumulação de indenização. Por que cumulação de indenização? Porque há dois modelos diferentes: há o modelo previdenciário, com os contribuintes próprios, com o empregador custeando também. Há esse modelo que tem um fato gerador próprio e uma lógica própria. Os moldes de um seguro de pessoas não se submetem a inúmeros princípios de seguro de dano. E há a lógica da responsabilidade civil, que é uma lógica diferente, outro sistema que vai incidir de maneira cumulativa, no caso. Incide de maneira cumulativa porque são modelos distintos de proteção do empregado e que vão incidir, portanto, em um caso de acidente de trabalho, uma vez configurados os pressupostos de cada modelo diferente. Dois exemplos de julgados. Portanto, a divergência fundamental entre o Supremo e o STJ era a questão de se o Direito Comum se aplicava sempre, ou se deveria se aplicar excepcionalmente em caso de culpa ou dolo. Este é só um resumo do que já foi dito. As premissas são: no primeiro momento o empregador era o devedor da obrigação de indenizar, prevista em lei especial. Essa lei especial tinha pressupostos rígidos e um tabelamento da indenização. Esse teto poderia ser afastado em caso de dolo ou culpa grave. Posteriormente, a regulamentação especial, que antes tinha foco na responsabilidade civil do empregador e que por isso o substituíam, passa a conferir um tratamento securitário que desemboca na Previdência Social. O empregador passa a ser devedor da Previdência. Ele não mais, na legislação acidentária, tem uma responsabilidade civil específica com o empregado. A legislação especial, nesse contexto, portanto, não tem mais força para substituir a responsabilidade civil do Direito Comum. Ela não se propõe mais a isso. Então, não há *bis in idem* na verdade, como não haveria *bis in idem* em qualquer seguro que contratássemos fora das relações trabalhistas. Não há um *bis in idem* porque as lógicas são distintas, o escopo é distinto e os modelos são distintos. Eles começam juntos, daí a substituição. E, em caso de dolo ou culpa, não se pode cumular, porque é o mesmo devedor, é a mesma obrigação. E agora tenho um modelo dúplice de proteção aos empregados em caso de acidente de trabalho. A única responsabilidade do empregador hoje, portanto, é a responsabilidade civil do Direito Comum. Não há responsabilidade especial do empregador hoje. A Constituição da República

de 1988 veio a consagrar esse modelo que começou antes dela. Por isso a interpretação, por isso que eu quis dar esse panorama histórico da evolução. A Constituição nasce nesse contexto, ela nasce no contexto em que o Direito Comum é o direito aplicável ao empregador e ele consagra, portanto, o seguro e a responsabilidade civil. A Lei n.º 8.213, em seu art. 121, deixa isso ainda mais claro ao dizer que o pagamento pela previdência não exclui a responsabilidade civil. Deixa isso ainda mais claro e é nesse contexto que vamos interpretar. Eu trouxe dois julgados que tratam disso. O primeiro julgado trata sobre a possibilidade de cumulação. Cumulação porque atenta para o paradigma distinto. Então, a pensão mensal não se confunde, em absoluto, com a reparação devida pelo empregador. A outra decisão também vai nessa linha. A grande dúvida que se coloca hoje é a seguinte. Se isso tudo é verdade; se não há mais um regime especial como outrora havia, se agora há um modelo previdenciário, um modelo securitário que não substitui de forma alguma a responsabilidade civil do Direito Comum; se a Constituição surge nessa perspectiva e consolida esse modelo; se isso tudo é verdade e se a Constituição, no *caput* do art. 7.º, estabelece que o rol desse artigo não estatui direitos do empregador – por exemplo, o empregador tem o direito constitucional a só responder em caso de dolo ou culpa –, mas sim, estabelece direitos mínimos do empregado, de ao menos ser ressarcido quando o empregador obrar com dolo ou culpa; se nós temos o *caput* devendo ser interpretado dessa maneira, como uma norma a favor do empregado; se a Constituição da República nasce nesse modelo dualista de proteção ao empregado, que é o ápice da proteção do empregado por acidente de trabalho no Direito brasileiro; se a Constituição nasce no contexto do Código Civil de 1916, que, como eu disse, era um contexto que só estabelecia o paradigma da culpa, da responsabilidade subjetiva, então a remissão do inciso XXVIII a dolo ou culpa não deve ser interpretada como a criação de um modelo especial, como se a Constituição tivesse criado uma especialização da responsabilidade do empregador no caso de acidente. Ela consagrou esse modelo dualista, remeteu ao Direito Comum, que falava em dolo ou culpa. É o art. 159 do Código Civil de 1916. Esse é o contexto da elaboração da Constituição, de tal sorte que o dolo ou a culpa, sendo interpretado tanto à luz do *caput* como da consagração desse modelo dúplice, significa remissão ao Direito Comum, e não a criação de um novo sistema que a Constituição teria inovado, desconsiderando toda a trajetória histórica até esse momento. Não se trata – o que quero

também deixar muito claro – de pensar o que é melhor para o empregado em modelos ou em leis avulsas e criar uma nova norma, atitude essa que hermeneuticamente seria bastante condenável. A ideia não é criarmos um estatuto para o empregado fazendo um *mix* de várias normas, a ideia é verificar a evolução da responsabilidade do empregador para responder à seguinte indagação: existe um sistema especial ou não? A resposta é não existe. A Constituição, quando promulgada, quis consolidar esse sistema dualista, e não criar um novo sistema específico para o empregado, para o empregador, que se consubstanciasse num direito do empregador de só ressarcir nesses casos. Nesse contexto, se o Direito Comum se aplica ao empregador nos casos de acidente de trabalho, se a legislação especial não mais é substitutiva da responsabilidade civil, se isso tudo é verdade, vamos ao Direito Comum e vamos verificar que, ao lado do paradigma da culpa, traduzido hoje no art. 186 do Código Civil, temos a cláusula geral do risco, que está no parágrafo único do art. 927. De tal sorte que a aplicação do art. 186 ou a aplicação do parágrafo único do art. 927 é matéria a ser valorada pelo juiz. O art. 927, parágrafo único, vai se aplicar, uma vez configurados os seus pressupostos. O art. 186 vai se verificar, uma vez configurados os seus pressupostos. Cabe ao Magistrado verificar, no caso concreto, os pressupostos de incidência de cada dispositivo para aplicar, mas não há de se excluir, aprioristicamente, o parágrafo único do art. 927, por se reputar que ele está na contramão do que a Constituição estabelece, quando ela remete o Direito Comum ao aludir a dolo ou culpa, porque essa era a responsabilidade do Direito Comum à época. Portanto, o art. 927 não é uma norma que contradiz o mandamento constitucional. Ao contrário, em respeito ao mandamento constitucional, que estabelece a norma mais favorável ao empregado e que se coaduna com toda essa evolução histórica, sempre que seus pressupostos de incidência se verificarem, o parágrafo único do art. 927 deve se aplicar. Esse entendimento foi expresso em dois enunciados: um da IV Jornada de Direito Civil de 2006 e outro da 1.^a Jornada de Direito Material e Processual na Justiça do Trabalho em 2007. São dois enunciados que vão nessa direção de aplicar a responsabilidade subjetiva ou objetiva, a depender da configuração das hipóteses de incidência de cada dispositivo legal, sem que haja, em abstrato, primazia de uma reparação ou de uma responsabilidade ou de um paradigma em relação ao outro, não havendo de se falar que o paradigma da culpa se sobrepõe ao paradigma da responsabilidade objetiva. Só para finalizar, eu trouxe alguns julgados tanto do TST como

do STJ que interpretam a Constituição da República nessa perspectiva de não excluir a responsabilidade civil do empregador à luz do Direito Comum, no qual se encontra o parágrafo único do art. 927. Nesse contexto, portanto, a possibilidade de cumulação entre um benefício previdenciário decorrente de um acidente, de um infortúnio, e a responsabilidade civil se justifica plenamente, porque são hipóteses distintas, são modelos distintos, cuja distinção ocorre num marco histórico de dissociação entre a Previdência Social e a responsabilidade do empregador. Esse julgado também é do TST e demonstra a aplicação do art. 927 em atividades de risco. Esse é outro julgado. Posso disponibilizar os *slides* depois; isso foi só para ilustrar. Marquei em negrito as hipóteses, as atividades que foram consideradas de risco para fins do parágrafo único do art. 927. Essa do STJ, da mesma maneira, entendendo que a Constituição não é um limite à aplicação da responsabilidade civil objetiva. Portanto, quero passar como mensagem que é uma grande honra estar aqui hoje, dizer que, para mim, é uma emoção muito grande – é muito difícil falar diante de um público tão seletivo, tão especializado. Quero só passar como mensagem, e talvez seja a mais importante, que não há uma proeminência do sistema da culpa em relação à responsabilidade civil objetiva, hoje, em que o Direito Comum é o aplicado ao empregador, e não mais uma legislação especial como outrora. Muito obrigada. Foi uma grande honra estar aqui hoje.

O Sr. Ministro João Oreste Dalazen – Muito grato à Professora Milena por sua clara exposição. Teremos o prazer de ouvir, agora, a Professora Caitlin, que vai abordar o tema a responsabilidade civil por presunção de causalidade. Professora Caitlin é Mestre e Doutora em Direito Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro, atua como advogada nas áreas de Direito do Consumidor, Societário e de Contratos, é Professora da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro e é também autora da obra “A Responsabilidade Civil por Presunção de Causalidade”. Professora Caitlin, a senhora tem a palavra.

A responsabilidade civil por presunção de causalidade

Caitlin Sampaio Mulholland

Bom dia a todos. É uma honra enorme estar presente no Tribunal Superior do Trabalho, um prazer poder falar para um público como este de hoje. Eu gostaria, imensamente, de agradecer ao Ministro João Dalazen pelo convite para participar deste congresso, saudar todos os presentes, Magistrados, e trazer, hoje, um pouco da minha experiência, da minha pesquisa nesse tema de responsabilidade civil, que espero que possa contribuir um pouco com o trabalho cotidiano, a prática cotidiana dos senhores. Entendo que o trabalho do Magistrado, na área de Direito do Trabalho, tem-se demonstrado, já há algum tempo, muito mais inovador e avançado do que na Justiça Comum. Verifico nos julgados, principalmente de primeira instância, que existe – não estou falando isso porque estou neste ambiente, é verdadeiramente o meu sentimento de pesquisadora – uma tendência de inovação nos julgados, que não é seguida na Justiça Comum. Então o tema que vou tratar hoje com os senhores, na minha palestra, eventualmente, para os senhores, para as senhoras, não é um tema que vai trazer uma grande inovação na prática dos senhores, porque, provavelmente, já aplicam a presunção de causalidade no dia a dia dos julgados de responsabilidade civil. Mas, quando trato nas minhas palestras de responsabilidade civil por presunção de causalidade, quando falo desse tema para Magistrados que julgam essas causas na Justiça Comum, eles me observam como se eu fosse uma extraterrestre, acham que sou uma pessoa, no mínimo, louca e que estou propondo algo de uma inovação quase revolucionária. Acredito que os senhores não terão essa impressão quando eu terminar a palestra de hoje, porque tenho certeza de que já aplicam essa teoria na prática dos senhores. Então, tendo dito isso, espero que possamos debater, espero que os senhores possam me trazer julgados para contribuir com a minha pesquisa. O meu *e-mail* está anotado nesse primeiro *slide*, vou depois distribuir, fazer chegar aos senhores essa apresentação, e os senhores poderão entrar em contato comigo quando quiserem. Então, a minha palestra é dividida em três partes. Na primeira parte, pretendo trazer aos senhores a posição – muito brevemente – atual da doutrina e da jurisprudência em relação ao nexo de causalidade ou, como diz a minha querida amiga, Gisela Sampaio da Cruz, hoje Guedes, casada, pois aderiu o nome do marido, no livro dela, “O Problema do Nexo Causal na Responsabilidade Civil”. Então, nessa primeira parte da palestra, vou tratar com os senhores

do problema do nexo de causalidade, qual é o grande problema da causalidade hoje em dia. Na segunda parte da palestra, pretendo trazer para os senhores o conceito de presunção de causalidade, afinal de contas, o que pretendo explorar, quando me refiro a uma presunção de causalidade, é o que é essa presunção e quais são as hipóteses ou situações a que me refiro quando falo de presunção de causalidade. E, por fim, na terceira parte, especificamente, trazer as hipóteses em que se pode presumir a causalidade por meio da teoria que desenvolvi. Então, é uma palestra muito sucinta, em que resumo basicamente uma tese exposta no livro que publiquei, chamado “A Responsabilidade Civil por Presunção de Causalidade”. O primeiro ponto que pretendo abordar é a posição atual da doutrina e jurisprudência. O que se percebe hoje em dia é que existe um movimento, tanto da doutrina quanto da jurisprudência, em dar maior atenção ao elemento nexo de causalidade. Como a Professora Maria Celina bem expôs na conferência de hoje de manhã, a disciplina responsabilidade civil é uma disciplina relativamente nova, e os três elementos, poderíamos aderir o risco, os quatro elementos da responsabilidade civil dano, culpa, risco, como fatores de atribuição de responsabilidade, e o nexo de causalidade são elementos que ainda buscam uma conceituação adequada por parte da doutrina. O nexo de causalidade mais ainda, pois, enquanto temos inúmeras obras doutrinárias que tratam o dano, tratam a culpa, tratam o risco, de uma maneira profunda, porque tem subsídio em obras, em doutrina estrangeira, por exemplo, e buscam essa pesquisa em doutrina estrangeira, são raras as obras não só no Brasil, mas também em outros ordenamentos que tratam a causalidade com a profundidade adequada. Portanto, a doutrina que necessita de fontes para pesquisa e para desenvolvimento de um tema vê-se ou se via, vamos dizer assim, com uma escassez de recursos para a realização de pesquisas. Então, podemos verificar que, de um tempo para cá, eu diria do final da década de 90 para cá, houve realmente uma virada de olhos, uma atenção devida dada a esse elemento da causalidade. E isso é muito curioso, porque, enquanto no Direito Penal a causalidade era e é um elemento absolutamente estudado, dissecado, com obras e obras escritas, no Direito Civil tínhamos essa escassez. O que posso recomendar aos senhores é o estudo de alguns autores no Brasil que escreveram sobre a causalidade. O primeiro livro que eu recomendaria aos senhores é o livro da Professora Gisela Sampaio da Cruz - sem o Guedes, porque foi antes do casamento dela -, que é o problema do nexo de causalidade. Antes do livro da Professora Gisela, temos artigos

escritos pelo Professor Gustavo Tepedino e pelo Professor - agora me falhou a memória - Gonçalves. Eles escreveram sobre nexos de causalidade na Revista Trimestral de Direito Civil. São artigos singelos, simples e que desenvolveram resumidamente o posicionamento da jurisprudência. O Professor Tepedino tem um artigo chamado Notas sobre o nexo de causalidade, em que resume brilhantemente o posicionamento da jurisprudência. (Pausa.) Desculpem-me. É do Fernando Galvão, se não me engano. Basicamente, ele resume o posicionamento da jurisprudência. Seriam esses os livros que, de uma forma mais atenta, trabalham com o tema da causalidade. A doutrina começou a ingressar mais na análise, no exame da causalidade, basicamente por conta de duas questões que acho primordiais. Primeiro pelo fato de que temos, a partir de 1990, principalmente, com o advento do Código de Defesa do Consumidor e com o advento da Lei dos Juizados Especiais, um incremento das hipóteses de responsabilidade civil objetiva. Na realidade, não foi um incremento das hipóteses de responsabilidade civil objetiva. Com a Constituição de 1988, art. 37, § 6.º, com o Código de Defesa do Consumidor e com a facilitação de acesso à Justiça com os Juizados Especiais, verificamos o aumento de demandas judiciais que têm como base e fundamento a responsabilidade calcada no risco. Com isso o tripé, vamos dizer assim, da responsabilidade civil vira um animal bípede. Quer dizer, tiramos a culpa como fundamento da responsabilidade objetiva e, portanto, o doutrinador e o magistrado viram os seus olhos, necessariamente, para a análise de dois elementos: a conduta e a causalidade, ou seja, a culpa sendo afastada da investigação, da obrigação de indenizar. Necessariamente o Magistrado e a doutrina são levados a uma investigação mais atenta do nexo de causalidade. Por quê? Na obrigação de indenizar, independentemente da culpa, o que vai efetivamente levar à imputação da indenização será a causalidade. Esse movimento da desculpabilização e do incremento das hipóteses de responsabilidade objetiva é que gera essa vontade, vamos dizer assim, da doutrina da jurisprudência de virar os olhos em busca da causalidade, de olhar com mais atenção a causalidade na responsabilidade civil. Qual a importância desse tema da causalidade? Obviamente, é uma importância vital. Às vezes, esquecemo-nos disso. A causalidade cumpre duas funções sem as quais não poderíamos falar em uma obrigação de indenizar. A primeira delas, a mais evidente, é a imputação da obrigação de indenizar. Geralmente, existe uma tendência em se confundir o tema da causalidade com o da

culpabilidade. Existe uma tendência em se investigar a culpabilidade para, a partir dela, atribuir-se a responsabilidade. Ou seja, presumindo-se a culpabilidade, atribui-se a responsabilidade com base na causalidade, quando, na realidade, a investigação deve ser feita de uma forma contrária. Quer dizer, investiga-se a causalidade para, verificando-se a existência da ligação de causa e efeito, verificar se a conduta, no caso de uma responsabilidade subjetiva, é culposa; sendo culposa, atribuir-se a responsabilidade. Primeiramente, investiga-se a causalidade para depois se investigar a culpabilidade, porque a função da causalidade é justamente a imputação da responsabilidade. Sem a causalidade, não se imputa a responsabilidade. Geralmente, temos a tendência inversa: quem é o culpado? Encontra-se o culpado para, depois, investigar-se a causalidade, quando a investigação é justamente a inversa: primeiramente, encontra-se a causalidade para depois verificar se naquela causalidade existe culpabilidade. A segunda função da causalidade do nexó é a delimitação dos danos indenizáveis. Isso me leva a um caso interessante, lembra-me um caso emblemático que foi citado por Domat, autor do Código Civil Francês, posteriormente reproduzido pelo Professor Sérgio Cavalieri em seu livro intitulado *Programa da Responsabilidade Civil*, que é o caso da “vaca doente”. Não sei se os senhores se recordam desse caso: um vendedor, sem conhecimento, vende a uma pessoa, ou comprador, uma vaca doente; obviamente, o comprador, adquirindo essa vaca doente, insere-a no seu rebanho, que é todo contaminado, vindo a morrer não só a vaca adquirida como todo o rebanho. O exemplo de Domat parava nesse ponto para se investigar a questão da causalidade e se saber o que poderia ser atribuído em termos de dano ao vendedor. Ou seja, o vendedor é responsável por indenizar todo o rebanho morto ou a responsabilidade dele seria simplesmente pela indenização da vaca doente? Essa é uma questão de causalidade. O Professor Sérgio Cavalieri Filho continua o exemplo dizendo: “Supondo que o fazendeiro, tendo todo o rebanho morto, venha a falir, porque ele não tinha condições de manter outro meio de subsistência”. Aí, continuo o exemplo: não tendo outro meio de subsistência, a mulher dele, mercenária, divorcia-se do fazendeiro, levando os seus três filhos com ela. O fazendeiro, muito deprimido, suicida-se. Os filhos, mercenarinhos, ingressam com uma ação de indenização contra o vendedor da vaca doente requerendo uma indenização por danos materiais e morais, e os morais incluem a dor – ainda bem que a Sr.^a Maria Celina não está presente -, e o sofrimento

pelo suicídio do pai. Pois bem, na investigação da causalidade, delimitamos os danos indenizáveis. O suicídio do pai pode ser atribuído à venda da vaca doente? Essa é uma função da investigação da causalidade. Quem responder que sim, espere até ao final da minha palestra. É evidente que não, mas existem julgados que dizem que sim. Portanto, é importante que a investigação da causalidade seja feita de maneira adequada, justamente porque o segundo problema que se tem na causalidade hoje é essa investigação à sistemática do nexa. A investigação à sistemática do nexa leva a decisões, que os senhores e as senhoras devem conhecer, absolutamente inadequadas. Existe uma decisão famosa no Superior Tribunal de Justiça em que o Relator, salvo engano, Ministro Ruy Rosado de Aguiar Júnior - fiquei bastante chocada pelo fato de que a decisão era da lavra do Ministro Ruy Rosado de Aguiar Júnior -, atribuiu a responsabilidade a uma transportadora por um erro médico. Basicamente, é isso. O caso foi o seguinte: um rapaz, motociclista, foi atropelado e sofreu danos decorrentes desse atropelamento. Ele foi internado no hospital, houve uma transação com a transportadora, a transação foi aceita, estava tudo bem. Esse rapaz sofreu uma cirurgia no hospital. A transportadora arcou com todos os custos da internação hospitalar, tudo perfeito e acabado. O rapaz saiu do hospital, continuou a sua vida normalmente, até que ele sentiu uma dor no abdômen, retornou ao hospital e sofreu uma segunda cirurgia. Na segunda cirurgia, descobre-se uma gaze que havia sido esquecida no seu pulmão durante a primeira cirurgia que ele sofreu em decorrência do atropelamento. A situação foi a seguinte: obviamente, ele sofreu a segunda cirurgia porque ele sofreu a primeira cirurgia porque foi atropelado. É claro. Isso se chama causalidade material. A questão é: existe a responsabilidade civil, portanto, jurídica – não estou falando moral nem religiosa -, existe a responsabilidade civil da transportadora pelo erro médico decorrente da primeira cirurgia? O Ministro Ruy Rosado da Aguiar Júnior, Relator do recurso especial, considerou que sim, teve voto vencido, mas foi por maioria. Essa é uma situação em que existe uma investigação assistemática do nexa. Existem, da mesma forma que existe essa decisão, outras inúmeras decisões em que há uma investigação assistemática do nexa. Portanto, existem problemas tanto na jurisprudência quanto na doutrina. Temos, portanto, três problemas atuais. Primeiro, o problema sério. Convivemos com uma Babel – chamei de Babel porque acho ser fácil de entendermos – e um exercício de adivinhação: o uso da intuição e do bom senso, como a própria Professora Maria Celina falou

mais cedo. Bom senso, todo mundo tem o seu e o acha lindo. Existe uma tendência enorme da jurisprudência em considerar que, se um dano se deu de uma determinada maneira, existe uma possibilidade – vejam que não estou falando de probabilidade – de que ele tenha se dado daquela forma porque o autor está me dizendo que se deu daquela forma. Então, estou adivinhando que a consequência danosa se deu por causa de uma determinada conduta ou atividade, sem que haja necessariamente a prova efetiva da causalidade. Segundo problema: existe uma falta de cientificidade na investigação do nexos. Isso se deve por quê? É uma questão, é um equívoco histórico, um equívoco histórico que, infelizmente, aos poucos, está sendo revertido pelo STJ. A causalidade que se pretende, a causalidade que se investiga é a causalidade jurídica, não é a causalidade material. Quando falamos de nexos de causalidade como elemento da responsabilidade civil, estamos nos referindo a um nexos de causalidade jurídica. Portanto, esse nexos de causalidade não é um elemento de fato, é um elemento de direito. Assim sendo, a Súmula n.º 7 do STJ não pode ser arguida. O STJ já vem entendendo dessa maneira - água mole em pedra em dura – e, portanto, tem admitido recursos para revisão de análise de causalidade, com a observação de que a causalidade concretamente não é uma investigação material dos fatos, mas sim uma investigação do direito. Para mim, ver isso acontecendo é muito emocionante, porque achei que nunca veria. É uma investigação de direito, e não investigação de fato. Esse equívoco histórico se deve por quê? Quando falamos em causalidade como elemento jurídico, o que está em jogo são as teorias de causalidade. Não estamos nos referindo à análise material que leva uma determinada conduta ao dano, a conduta à consequência danosa; estamos analisando a teoria jurídica adotada para, dentre as causas ou as condições possíveis que poderiam ter levado à consequência danosa, atribuir a uma daquelas condições a característica jurídica de causa do dano. Isso é muito diferente de considerar uma condição material como causa do dano. Por exemplo, no Direito norte-americano, no início do século XXI, em 2001, houve uma ação que foi julgada procedente - estou falando dos Estados Unidos, mas é um caso podemos considerar -, movida por uma mãe de um rapaz membro de uma gangue barra pesada de Nova York, que foi assassinado por uma gangue rival durante um conflito. Gangues rivais em conflito; o rapaz foi assassinado. A mãe ingressou com uma ação contra a indústria de armamento norte americana. Como assim? Sim, todas: Royer - não sei se estou falando o nome certo - Smith & Wesson. Enfim, pensem em

todas as indústrias de armamento, de armas de fogo – não sei, detesto arma de fogo – que desenvolvem atividade nos Estados Unidos. Ela ingressou contra todas, sob o argumento de que todas as indústrias armamentistas, que se encontram no Sul dos Estados Unidos - ela tinha um advogado maravilhoso - mais do que omitiam, agiam dolosamente ao inserir no mercado americano – daí ela usou a estatística, o que é fantástico - três vezes mais armamentos do que seria capaz o mercado interno norte-americano de absorver. Isso levava, como consequência, ao contrabando e à aquisição de armas pelo mercado do norte do país por um valor ínfimo. Então, um menino de quinze anos conseguia comprar uma daquelas armas prateadas e bonitas no mercado paralelo por cinco dólares. Isso porque existia oferta a balde e, portanto, qualquer um comprava arma. Resumo da ópera: mais uma vez, esses casos são julgados pelo Tribunal do Júri, gente como nós. Houve toda uma comoção e, ao mesmo tempo, tratava-se de gente como nós julgando um “marginal” morto por “outro marginal”. Existia também uma “comoção”. Esse caso foi julgado precedente, e as indústrias de armamentos foram condenadas a indenizar de acordo com a quota de mercado delas, ou seja, proporcionalmente com o que elas inseriam no mercado norte-americano de armamento. Essa é uma hipótese que, ao mesmo tempo, é de causalidade, de adoção da teoria da equivalência das condições. Ou seja, a arma contribuiu para a morte? Sim, mas quem matou foi quem atirou. Seria a mesma coisa, no meu modesto entender, de se atribuir responsabilidade para Volkswagen, porque fulano atropelou sicrano. Para mim, é o mesmo princípio: está-se adotando a teoria da equivalência das condições. É condição material? Sim. Só atrolei porque eu estava dirigindo um carro, senão, não teria atropelado. É condição jurídica? Não, não é. Isso é só para retratar que as teorias existem para que possamos indicar, dentre as condições, aquela que vai surgir, brotar, como causa jurídica. Essa questão do equívoco histórico facilita nossa vida quando vamos atribuir, retirar, da causalidade material, a causa jurídica; identificar, dentro da causalidade material, a causa jurídica. O terceiro problema atual é que se percebe, por conta desses dois problemas iniciais, o uso constante da presunção de causalidade em hipóteses de responsabilidade civil. O que significa essa percepção da presunção de causalidade? Em determinadas situações, o Magistrado - isso é dirigido especificamente ao Magistrado, porque é ele quem presume -, incapaz de verificar, com base nas provas não produzidas, ou seja, as provas não foram eficazmente produzidas, existem indícios, identifica

a possibilidade de adequadamente presumir a existência de uma relação de causa e efeito jurídico. Ele presume a existência de uma causalidade jurídica, atribuindo a obrigação de indenizar, sem que o autor, vítima do dano, tenha conseguido eficazmente realizar a prova daquela relação de causalidade. Isso tem sido feito em inúmeras situações em que se identifica uma vítima hipossuficiente. Por isso, estou falando para os senhores, Magistrados do Trabalho. Isso é comum em relações de consumo, trabalhistas, previdenciárias, ambientais, em que a vítima do dano se vê incapaz de realizar eficazmente a prova da causalidade. Ela consegue provar o dano, a existência de uma atividade, mas não consegue provar que aquela atividade causalmente se conecta a consequência danosa. Ela tem indícios, mas não consegue fazer a prova. O Magistrado presume a existência daquela causalidade e inverte o ônus, atribuindo ao obrigado a indenizar o ônus de fazer a prova inversa: “Prove que você não é o causador do dano”. Estão todos me olhando meio com uma expressão: “a gente já faz isso”. Graças a Deus, não sou tão revolucionária para os senhores. Qual é a teoria que se deve adotar nessa hipótese de presunção de causalidade? Fiz uma investigação - para os senhores perceberem o nível de loucura que me afeta -, em todos os Tribunais do Brasil; todos. Não consegui investigar em primeira instância, porque realmente seria loucura demais. Existiam aplicadas, pelo menos no nome - não necessariamente no fundamento, mas no nome -, dezessete teorias da causalidade. O fundamento não necessariamente era outro, mas dezessete nomes diferentes. Teoria da causalidade adequada, teoria da equivalência das condições, teoria da causa preponderante, teoria do dano direto imediato, teoria da imputação objetiva, dezessete nomes diferentes. Obviamente que podemos resumir esses dezessete nomes em três: equivalência das condições, dano direto imediato ou necessariedade da causa - que o Professor Tepedino prefere ou considera mais adequado - e a causalidade adequada. Equivalência, necessariedade e causalidade adequada. Para presumirmos a causalidade, temos de utilizar a teoria da causalidade adequada, porque é a teoria por meio da qual se faz uma análise em abstrato do nexo de causalidade, avaliando, na cadeia causal ou no evento danoso - considerando-se situações semelhantes àquela que se deu o dano -, se o dano se daria da mesma forma. Então, para presumir a causalidade, só posso utilizar a teoria da causalidade adequada, porque, se estou presumindo algo, estou inferindo que, em uma situação semelhante àquela que estou julgando, a consequência danosa se daria da mesma forma que se

deu naquela hipótese que está sob julgamento. Na teoria do dano direto imediato, por exemplo, a avaliação é concreta. Tenho de avaliar concretamente aquela hipótese danosa e verificar que, naquela hipótese danosa, naquela situação de dano específico, o dano se deu daquela forma e não necessariamente se daria daquela forma em outra situação. Na teoria do dano direto imediato, a avaliação do dano direto imediato se faz concretamente. E da equivalência das condições, é maravilhosa. É do Direito Penal, art. 13 do Código Penal. O resultado ou causa são todas as condições que levaram ao resultado. Mas, óbvio, no Direito Penal, temos um duplo filtro: primeiro, temos o dolo; e temos a ideia da participação. Lembram-se do partícipe? O segurança foi quem abriu a porta para o ladrão entrar. Ele responde pelo crime de furto. Tem de haver a teoria da equivalência das condições, porque ele não comete o ato típico de furtar, trazer para si objeto alheio móvel, mas contribuiu para o resultado danoso. Então, a teoria da equivalência das condições tem de existir no Direito Penal, senão o segurança vai responder por qual tipo de crime? Abrir porta? Acabei de ser interpelada, falo demais. Tendo sido interpelada, vou dizer rapidamente aos senhores a minha conclusão e verão como falo. O que significa presumir? Depois os senhores vão receber. O conceito de presunção todos os senhores conhecem. Presumir significa inferir algo como verdadeiro, a partir de indícios trazidos de outras fontes. Então, estou considerando como verdadeiro algo que não reconheço como verdadeiro, mas que posso inferir como verdadeiro com base em uma probabilidade. Então, qual é a minha proposta para os senhores e as senhoras? Para se presumir a causalidade, devemos considerar duas situações concretas. Primeiro, só se pode presumir causalidade quando se estiver diante de hipóteses de responsabilidade objetiva e de hipóteses de danos de massa, ou seja, estou falando com o público correto. O que significa isso? Quando estivermos diante de danos tipicamente associados a atividades desenvolvidas, ou seja, quando eu puder atribuir, identificar que um determinado dano é tipicamente resultado de uma determinada atividade, ainda que eu não possa efetivamente concluir que aquele dano é consequência daquela atividade, que não tenho a prova efetiva, posso presumir isso e vou atribuir a responsabilidade. Isso funciona só para as hipóteses de responsabilidade objetiva e para as hipóteses de dano de massa. Ministro Dalazen, posso ter mais um minuto só para concluir?

A Sr.^a Caitlin Sampaio Mulholland – Temos dois exemplos que eu trouxe para os senhores. Um deles é o exemplo julgado no Tribunal do Rio Grande do Sul, que se chama “carro dos caçadores”, um exemplo singelo de 1973, em que um carro alegórico de caçadores, em Bento Gonçalves, com várias pessoas vestidas de caçadores com armas de chumbinho, que soltavam pombas no ar e atiravam nas bombas. Imaginem, hoje, com a legislação ambiental que temos. Uma pessoa ficou cega. Podemos atribuir a responsabilidade para o grupo? Podemos. Por quê? Foi o que foi feito, porque presumidamente a pessoa ficou cega porque alguém daquele grupo, com o tiro de chumbinho, atingiu o olho daquela pessoa. É mais provável que isso tenha acontecido do que improvável. É mais provável isso ter ocorrido do que um desafeto do homem que ficou cego, em cima de um prédio, aguardando o momento para ter atirado. O segundo caso, é o do DES, que foi julgado nos Estados Unidos, referente a pílulas que foram utilizadas. É o caso semelhante ao de talidomida no nosso país. As mulheres tomavam o DES para impedir o aborto. A talidomida era para impedir o enjoo na gravidez, e o DES era para impedir o aborto. As filhas e os filhos de DES, quando atingiam a puberdade, desenvolviam um câncer na genitália e nos órgãos sexuais reprodutores. Pesquisa daqui, pesquisa dali, descobre-se que era um efeito colateral do DES. O que acontece? O DES era vendido, nos Estados Unidos, no balcão, como genérico. A pessoa não sabia se estava comprando de determinada indústria farmacêutica ou não. Quem respondeu? Todas as indústrias farmacêuticas que distribuíram DES durante um período de tempo, na década de 70, nos Estados Unidos. Como elas responderam? De acordo com sua cota de participação no mercado. Então, a Pfizer respondeu com 56%, a Eli Lilly respondeu com 14%, a Merck com 24% e assim sucessivamente. Isso foi realizado por meio de uma ação coletiva – danos de massa. Falei demais. Acho o assunto palpitante. Agradeço a paciência dos senhores e, mais uma vez, o Ministro Dalazen pela oportunidade de falar para esse grupo tão distinto. Muito obrigada.

O Sr. Ministro João Oreste Dalazen – Muito grato à Professora Caitlin por sua esclarecedora e inteligente palestra. Quero expressar os nossos cumprimentos à Professora Caitlin e à Professora Milena pela excelente contribuição que deram para o nosso Congresso. Quero também transmitir o nosso profundo agradecimento pela participação, pela

amabilidade e pelo sacrifício com que atenderam ao nosso convite. Foi um prazer tê-las conosco. Muito obrigado.

Atividades do dia 11 de novembro - tarde

Ministro João Oreste Dalazen – Muito boa tarde a todos. Minha saudação calorosa à Professora Ana Frazão e ao Professor Ipojucan. Vamos dar início à primeira palestra desta tarde, a ser proferida pelo Dr. Ipojucan Demétrius Vecchi, que se graduou em Direito pela Universidade de Passo Fundo e concluiu o mestrado em Direito na Universidade do Vale do Rio dos Sinos. Atualmente é Professor da Universidade de Passo Fundo e Advogado com experiência na área de Direito Privado. Tem vários livros publicados. Nesta oportunidade, o Professor Ipojucan abordará o tema “Segurança Empresarial: Controle Patronal x Dano Pessoal ao Trabalhador”. Dr. Ipojucan, o senhor tem a palavra por trinta minutos.

Segurança Empresarial: Controle Patronal x Dano Pessoal ao Trabalhador

Ipojucan Demétrius Vecchi

Boa tarde a todos. Em primeiro lugar, eu gostaria de agradecer o convite e saudar, em nome do Ministro João Oreste Dalazen, a Professora Ana Frazão e os demais presentes. Quero agradecer e fazer uma deferência especial ao Ministro Luiz Philippe, com o qual tenho participado em algumas outras obras que S. Ex.^a tem capitaneado, e, quebrando o protocolo, quero saudar um colega de faculdade e também Professor da Universidade de Passo Fundo, o Professor Rodrigo Goldschmidt, que é Juiz em Joaçaba. Pois bem. O tema da minha intervenção é segurança empresarial, controle patronal e danos pessoais aos trabalhadores. Nesta intervenção, farei uma breve abordagem sobre o tema tentando analisar se esses danos pessoais podem ser causados em razão do exercício do poder patronal com o fim de garantir a segurança empresarial. A abordagem será enfatizando razões histórico-sociais e fundamentos jurídicos do poder de controle patronal e os seus eventuais limites nos direitos fundamentais dos trabalhadores. Farei uma abordagem mais geral num primeiro momento, para, depois, entrar mais no tema. Entendo que é necessário recuperar as bases históricas e socioeconômicas, para que possamos entender a razão originária do poder de direção/comando como instrumento para a busca tanto da segurança empresarial como para as metas lucrativas. Analisando historicamente o fenômeno do controle sobre os

trabalhadores, ao contrário do que se pensa, Edgar de Decca defende o entendimento de que a reunião dos trabalhadores – num mesmo local –, na fábrica, não se deveu ao avanço tecnológico nem ao avanço das técnicas produtivas ou ao uso das máquinas, mas sim teve, por objetivo, o alargamento do controle e do poder do capitalista sobre o conjunto de trabalhadores, os quais, nos primórdios do modo de produção capitalista, ainda detinham os meios de produção e o conhecimento técnico. Com a transferência de poder dos trabalhadores para o capitalista, isso estabeleceu um regime de hierarquia e disciplina, submetendo, então, os trabalhadores à dinâmica produtiva imposta pelo capital. Uma das principais razões foi justamente o aumento do ritmo de trabalho e também a disciplina no trabalho: começar tal hora, terminar tal hora, fazer as refeições em tantos minutos e assim por diante. Portanto, para Edgar de Decca o sistema de fábrica foi ditado, em primeiro plano, por uma necessidade de disciplina organizativa e hierárquica, muito mais por isso do que por questões técnicas. Pois bem. Naquele momento histórico, entretanto, a aglomeração dos trabalhadores na fábrica, para discipliná-los, tinha um efeito colateral. Qual era esse efeito colateral? A organização sindical. Esse efeito colateral, pela reunião dos trabalhadores no mesmo local, despertava a solidariedade e, portanto, antepunha ao capital uma resistência. Acontece que hoje essa questão do controle patronal sobre os trabalhadores continua essencial. Sob o ponto de vista do capital, o avanço tecnológico, com a telemática e a informática, possibilita, além da fragmentação da produção sem perda de controle efetivo, também que os trabalhadores possam ser controlados à distância. Ou seja, o controle permanece, e o efeito colateral acaba sendo afastado. Com isso, quero salientar que, na relação assimétrica originária que se dá entre capital e trabalho, no modo de produção do capital, é imprescindível a este exercer o controle sobre o trabalho. Mas, se o controle patronal sobre os trabalhadores é imprescindível, neste modo de produção, qual é o seu fundamento? Para que surgisse o modo de produção do capital foi necessário um encontro nada natural, mas socioeconômico e historicamente determinado. Marx afirma: “Para transformar dinheiro em capital tem o possuidor do dinheiro de encontrar o trabalhador livre no mercado de mercadorias, livre nos dois sentidos, o de dispor como pessoa livre de sua força de trabalho como sua mercadoria, e o de estar livre, inteiramente despojado de todas as coisas necessárias à materialização de sua força de trabalho, não tendo além desta outra mercadoria para vender”. É necessário compreender

esses condicionantes histórico-sociais do modo de produção do capital para entender também as razões da subordinação e dependência do trabalho em relação ao capital. Em razão disso, digo que o fundamento remoto do poder de controle, do poder de comando do capital sobre o trabalho está na divisão social do trabalho. Com efeito, de acordo com Marx, a separação dos trabalhadores dos meios de produção e a transformação desses meios em capital com essa separação faz com que exista a ruptura entre o caracol e a sua concha. O trabalhador depende agora de estar conectado ao capital para poder trabalhar. Chamo a atenção para isso porque pouco importa se o capitalista funcionante, o empregador patrão, o capitalista produtivo, aquele que se envolve diretamente na relação capital-trabalho, é ou não proprietário dos meios de produção, pois ele pode muito bem obter crédito, meios de produção e empréstimo sob a condição de dividir o mais valor com o proprietário. Importa, sim, que ele detém meios sociais de produção e assim comando sobre o trabalho. No sistema do capital, como diz Mézáros, existe uma subordinação estrutural do trabalho ao capital. A par desse fundamento remoto, cabe também averiguar o fundamento próximo, jurídico de subordinação do trabalho ao capital. E, nesse ponto, parece-me que a resposta não é a propriedade, porque o empregador sequer precisa ser o proprietário dos meios de produção. O fundamento jurídico próximo é o contrato do trabalho. É com o contrato de trabalho que, então, o empregador – até em virtude do art. 2.º da CLT – vai estabelecer o seu poder de comando em relação ao trabalho e, então, uma relação assimétrica, uma relação de poder entre capital e trabalho. Mas o que é o poder? Aqui é interessante e é necessário fazer uma leitura mais ampla de poder. Steinitz afirma que, numa sociedade capitalista, pode-se definir o poder como a capacidade que um sujeito tem de condicionar, restringir, eliminar a liberdade de outra pessoa em um determinado setor da vida, de fazer ela se comportar de forma diversa da que quer e de impor um comportamento não querido. Ora, relações de poder não se dão somente em face do Estado, mas também nas relações interindividuais, privadas. Foucault, em sua genealogia do poder, demonstrou a insuficiência da ciência política clássica que limitava a análise do poder ao poder de Estado. Foucault evidencia, então, uma relação de não sinonímia entre Estado e poder, demonstrando toda uma rede de relações de poder que não são absorvidas ou criadas pelo Estado, mas que subjazem nas relações sociais. E um dos principais exemplos desse poder é justamente o poder disciplinar que se exerce na esfera empresarial. Portanto, embora

o poder nunca tenha deixado de estar presente nas relações públicas e privadas, com as recentes mudanças econômicas e sociais, o poder privado se expandiu e acentuou sua capacidade de condicionar tanto condutas públicas como outras condutas privadas. Diante dessa constatação, em especial dessa relação de poder que se estabelece entre trabalhador e empregador, entram em foco os direitos fundamentais. No meu modo de entender, a pergunta que coloca em foco esses direitos é a seguinte: como proteger a pessoa humana frente ao poder, à violência, à arbitrariedade, à opressão? Em cada momento histórico, essa pergunta é respondida de forma diferente. Ao tratar do que chama de poderes selvagens, Ferrajoli salienta que o direito moderno é uma técnica de limitação do poder. Isso é importantíssimo. O direito moderno é uma técnica de limitação do poder, de todos os centros de poder, públicos e privados. Assim, a ampliação de proteção dos direitos fundamentais em todas as esferas da vida faz parte do projeto constitucional e do avanço da democracia. Cabe ao direito, então, com uma técnica de limitação do poder, e sendo os direitos fundamentais trunfos frente ao poder, buscar mecanismos efetivos que viabilizem a eficácia dos direitos fundamentais também em relações privadas, em especial às do emprego. Ora, o poder de comando do empregador, da forma como está regulado, de maneira tão flexível e aberta na legislação infraconstitucional, pode ser enquadrado dentro daquilo que Ferrajoli chama de legalidade violenta, ou seja, hipóteses em que a violência legal se desenvolve no bojo daquilo que denomina de mera legalidade. O autor postula, então, a necessidade de que os direitos fundamentais sejam um anteparo a esses poderes legais violentos, a esses poderes selvagens. Salienta que o grau de absolutismo numa sociedade está diretamente vinculado aos espaços onde esses poderes selvagens não estão regulados. Num regime constitucional, fundado na dignidade humana e nos direitos fundamentais, é impostergável o estabelecimento dos limites desse poder. Não é à toa, como afirma Abrantes, que foi justamente nas relações assimétricas, ainda nos idos de 1950, que a jurisprudência e doutrinas alemãs começaram a tratar da chamada *drittwirkung* - eficácia perante terceiros ou eficácia horizontal dos direitos fundamentais. E foi justamente num caso julgado em 3/12/54 que o Tribunal do Trabalho afirmou: a liberdade de expressão de um trabalhador, a sua liberdade individual, é garantida não somente quanto ao poder estatal, mas também, diretamente, nas relações entre os cidadãos. Como a relação de emprego se configura como uma relação de poder assimétrica, a

eficácia dos direitos fundamentais nessas relações deveria surgir como algo natural, justamente devido ao fato de que nela existe a desigual distribuição de poder econômico e social entre trabalhadores e empregadores. Essa doutrina, ou melhor, essas doutrinas são plenamente compatíveis com o nosso direito, tanto pelo art. 1.º, III, da Constituição, pela série de direitos fundamentais regulados na Constituição, pela eficácia imediata desses direitos fundamentais em relações... Mas também gostaria de salientar um acórdão do Supremo Tribunal Federal, no RE n.º 201.819-8, em que o Tribunal discute essa questão amplamente e determina a aplicação do devido processo legal para a punição de um associado no âmbito da associação - julgou que foi nula a punição aplicada sem o devido processo legal aplicado no âmbito da associação. Cabe advertir que, quando falo de poder de controle patronal e de danos pessoais aos empregados, estou discutindo os chamados “direitos fundamentais inespecíficos” - a doutrina espanhola os chama de “direitos fundamentais inespecíficos” -, ou seja, não aqueles direitos que são específicos dos trabalhadores, como os do art. 7.º da Constituição, mas, sim, direitos que são conferidos a todo e qualquer ser humano: intimidade, vida privada, direito à própria imagem, direito de expressão, liberdades políticas, de consciência, religiosa, o direito à honra. A aplicação desses direitos fundamentais nas relações de emprego é algo que já se tornou cotidiano em nossas cortes trabalhistas. Ocorre que muitas vezes essa questão não é debatida profundamente, no meu modo de ver, o que leva àquilo que considero um equívoco, o problema de que se parte não da presunção de liberdade e de ampla eficácia desses direitos fundamentais nessas relações - onde só são possíveis restrições que se mostrem legítimas, necessárias, razoáveis e adequadas -, mas de uma presunção de restrição. Parte-se da ideia, como eu disse, a meu ver, equivocada, de que esses direitos já entram podados no contrato de trabalho. Ora, o empregado não perde a condição de cidadão e de pessoa humana ao ingressar na relação de emprego, ele necessita, ali, não só receber salário, hora extra, adicional de insalubridade, mas também que a sua dignidade seja preservada. Portanto, diante dos fundamentos sólidos, somente diante de fundamentos sólidos, é que esses direitos podem ser limitados. Como paradigmas, vou citar duas decisões do Tribunal Constitucional Espanhol que discutem esse tema: as STCs 98/2000 e 196/2004, em razão das balizas, das argumentações que foram feitas sobre o tema. Na primeira delas, foi o caso em que havia um cassino, onde todas as imagens eram captadas por câmeras; a empresa, não

satisfeita com isso, queria também instalar microfones - toda conversa dos trabalhadores entre si e com os clientes também seriam gravadas; eles seriam filmados e gravados. Na segunda, foi o caso em que uma trabalhadora foi despedida por justa causa por ter sido flagrada num exame de urina rotineiro por ter consumido *cannabis sativa* fora do ambiente de trabalho. Vamos salientar o que o Tribunal assentou: não se pode considerar o contrato de trabalho como um título legitimador de recortes no exercício dos direitos fundamentais, que cabem ao trabalhador, como cidadão, que não perde essa condição ao se inserir no âmbito de uma organização privada, sendo inaceitáveis as manifestações de “feudalismo industrial”. Quanto ao “feudalismo industrial”, eu poderia usar como exemplo um caso julgado pelo TST, em que uma empresa considerava suas trabalhadoras a partir dos vinte e dois anos de idade como idosas. Esse foi um caso interessante que veio do Paraná. O direito à intimidade decorre da dignidade da pessoa humana, implicando a existência de um âmbito próprio e reservado frente à ação e conhecimento dos demais. Embora não absoluto, só pode ceder frente a outros bens constitucionalmente protegidos e para alcançar fins legítimos. Não se pode partir da premissa de que o ambiente laboral é um local em que não se possa legitimamente exercer o direito à intimidade. Não basta - e esse é um ponto fundamental - a mera utilidade para a empresa a fim de justificar a restrição a um direito fundamental, pois, para se mostrar legítima, ela deve se mostrar imprescindível para a tutela de interesses empresariais constitucionalmente legítimos. E, ainda, deve ser verificada a finalidade concreta da instalação de câmeras e de outros equipamentos de vigilância. Esses equipamentos localizados em locais como banheiros, locais de descanso, etc., são, a princípio, vedados. Mas, mesmo nos locais de trabalho, dependendo da situação, é possível arguir a violação à intimidade. Fico imaginando como seria dar aula para os meus alunos na Universidade de Passo Fundo sendo filmado e gravado ao mesmo tempo. Provavelmente, se as minhas aulas já são ruins, seriam bem piores. Na outra decisão, além dessas premissas, foram assentadas mais algumas. O uso de exames médicos na relação laboral não pode ser um instrumento empresarial para o controle dispositivo da saúde dos trabalhadores, e também não podem ser uma faculdade que se reconheça para verificar a capacidade profissional. Outra questão importante: não há a necessidade de intencionalidade para que a lesão a um direito fundamental possa produzir-se. O elemento intencional é irrelevante, ou seja, a responsabilidade é objetiva. E ainda: qualquer ato de livre determinação

que autorize a invasão a um direito fundamental, a princípio, só é permitido desde que, respeitados ainda outros critérios, o indivíduo seja devidamente informado e tenha um conhecimento informado sobre a referida cláusula. Pois bem. Em razão de tudo isso, parece-me que cabe advogar uma presunção de ampla aplicação desses direitos nas relações de emprego. Esses direitos só podem ser restringidos se observados os critérios de proporcionalidade, adequação e preservação do núcleo essencial dos direitos fundamentais. E, aqui, chego a um ponto que me parece chave. Diante de tudo isso, cabe indagar, portanto: a defesa patrimonial, a segurança da empresa ou a posição de uma cláusula contratual é suficiente para justificar uma restrição aos direitos fundamentais? As liberdades pessoais estão na mesma hierarquia das liberdades econômicas? A segurança patrimonial e a segurança empresarial são direitos fundamentais? Toda propriedade é um direito fundamental? A concordância do afetado afasta a ilicitude da limitação ao direito fundamental? Em primeiro lugar, vou tentar responder a essas perguntas sob a minha ótica. Ferrajoli diz o seguinte: as liberdades pessoais, como a consciência, a opinião e a expressão, não podem ser entendidas como sinônimos das liberdades econômica, contratual e de imprensa. Os direitos de liberdade nada têm a ver com o mercado, tanto que este pode prescindir daqueles. Os vários autoritarismos e fascismos provam isso. Não havia liberdade de expressão, mas havia mercado. As liberdades pessoais, não raro, entram em conflito não só com o Estado, mas também com o mercado, e são irrenunciáveis e indisponíveis. Em segundo lugar, a segurança patrimonial e empresarial, por si só, não constitui um direito fundamental. Aliás, José Carlos Vieira de Andrade salienta que a aplicação de direitos fundamentais para pessoas jurídicas deve ser tomada com extremo cuidado, porque o fundamento dos direitos fundamentais é a dignidade humana. Só pessoas humanas têm dignidade, não pessoas jurídicas, coletivas. Tanto é assim, que, no nosso Direito Civil - a versão civil dos direitos fundamentais são os direitos de personalidade -, o art. 52 do Código Civil diz expressamente que só se aplica no que couber, às pessoas jurídicas a proteção dos direitos da personalidade. O enunciado n.º 286 da 4.ª Jornada do Direito Civil da Justiça Federal chegou à seguinte conclusão: “286 – Art. 52. Os direitos da personalidade são direitos inerentes e essenciais à pessoa humana, decorrentes de sua dignidade, não sendo as pessoas jurídicas titulares de tais direitos.”. Por fim, a propriedade é um direito fundamental? Toda e qualquer propriedade? Comparato diz o

seguinte: “O reconhecimento constitucional da propriedade como direito humano liga-se, pois, essencialmente à sua função de proteção pessoal. Daí decorre, em estrita lógica, a conclusão – quase nunca sublinhada em doutrina – de que nem toda propriedade privada há de ser considerada direito fundamental e como tal protegida”. É preciso verificar, *in concreto*, “se se está ou não diante de uma situação de propriedade considerada como direito humano (...). Da mesma sorte, é da mais elementar evidência que a propriedade do bloco acionário, com que se exerce o controle de um grupo empresarial, não pode ser incluída na categoria dos direitos humanos”. A própria Constituição faz essa diferença. A propriedade de uma casa ou de uma pequena propriedade rural não pode ser penhorada; a propriedade de uma empresa pode ser penhorada. Ora, um direito fundamental pode ser penhorado? Um direito fundamental não é indisponível? Pois bem. Há, ainda, outro fundamento que poderia, então, servir para limitar os direitos fundamentais: o princípio da livre iniciativa econômica. Parece-me importante citar Nicolò Lipari, que diz o seguinte: a iniciativa econômica privada é livre - nossa Constituição também diz isso; em outras palavras, mas o diz -, mas existe um limite ao exercício da livre iniciativa econômica. Qual é esse limite? A livre iniciativa econômica não pode atuar em contraste com a utilidade social, ou seja, função social, ou de maneira que comporte um dano à segurança, à liberdade ou à dignidade humanas. Cabe aqui lembrar o caso do anão julgado por um tribunal francês, em que o anão estava abrindo mão da sua dignidade e o tribunal disse: a dignidade é de ordem pública; nem mesmo um anão pode abrir mão da sua dignidade. Diante disso, quero citar algumas situações. Existem decisões, nas quais percebemos o seguinte: conforme o grau de desenvolvimento social de uma sociedade, as discussões ficam até um pouco sofisticadas. Por exemplo, na Alemanha, houve um caso em que as trabalhadoras, aeromoças, ingressaram com uma ação contra a Lufthansa porque queriam usar minissaias. A empresa queria saias abaixo do joelho - acho que, no Brasil, seria o contrário, mas, na Alemanha, foi assim. O que aconteceu? O tribunal entendeu o seguinte: se cabia à empresa determinar o modelo e a cor do uniforme em seus traços gerais, a altura da saia, dentro do razoável, cabia às trabalhadoras. Na França, houve um caso também interessante, em que uma empregada da Renault foi despedida porque comprou um carro da Peugeot. O tribunal entendeu o seguinte: que a vida privada da empregada era um problema dela, que ela tinha o direito de comprar produtos e serviços que bem entendesse. Houve um

caso também interessante, julgado no Tribunal da 4.^a Região, do Rio Grande do Sul, da minha terra, que me parece paradigmático também. Foi a seguinte situação: era uma trabalhadora que trabalhava numa confeitaria-padaria, manipulava alimentos, e vinha sendo advertida, várias vezes, para que não usasse *piercing* - e, aí, o controle sobre a imagem do trabalhador. Ela se recusava a tirar o *piercing*, queria trabalhar com o adorno. A empresa a despediu por justa causa. O caso foi parar no Tribunal, que discutiu a questão. Só que, neste caso, vejam o seguinte: existe uma resolução da Anvisa - n.º 216/04 - que diz que quem manipula alimentos não pode usar maquiagem e nenhum tipo de adorno, porque isso pode contaminar o alimento. Portanto, a restrição a um direito fundamental, neste caso, não foi feita com base na propriedade ou no poder de comando, mas em razão da saúde e da segurança dos próprios consumidores. Temos outros casos que poderíamos discutir, como as idas ao banheiro, se há ou não a possibilidade de controlar idas ao banheiro, ou, ainda, a questão de revistas em bolsas. Sabemos que existe uma linha jurisprudencial que entende que, se as revistas forem generalizadas e impessoais, poderiam ser lícitas. Com o devido respeito, eu teria de fazer algumas perguntas sobre esse ponto, porque é importante, e noto que isso, às vezes, ocorre na doutrina e também na jurisprudência, ou seja, a confusão entre não discriminação e abuso. Igualdade no abuso não justifica. Temos de diferenciar a figura do abuso da figura da discriminação. Nem todo abuso é discriminatório. Existem abusos que são generalizados e aplicados de forma igual; ninguém pode reclamar, todo mundo está sendo abusado; isso não afasta o abuso, embora afaste a discriminação. Portanto, no meu modo de ver, violência generalizada não se torna legítima por ser aplicada de forma igual. Sempre, então, devemos, no meu modo de ver, partindo da presunção de que o indivíduo entra em uma relação de emprego como um sujeito dotado da mais ampla dignidade e de seus direitos fundamentais, onde for necessário, por razões de segurança, por razões de saúde, por razões até da função exercida... Basta lembrar aqui a situação dos motoristas. Hoje, a legislação - e, a meu ver, com razão - exige o teste alcoólico. É uma questão de preservação da saúde e da segurança dele, dos passageiros e dos demais. Sempre que se colocarem essas questões, um direito fundamental pode ser legitimamente restringido, mas, onde essas razões de fundo não se apresentarem, é evidente que o vilipêndio a esses valores pessoais ocasionará a possibilidade de danos, dos chamados danos pessoais. Em sentido amplo, danos pessoais são todos aqueles

que afetam justamente os valores ligados à própria pessoa do lesado, nos seus aspectos físicos, psíquico ou moral. Aqui nos importa muito mais os danos pessoais ditos puros, aqueles que não têm repercussões patrimoniais, que podem ser os danos corporais, ou biológicos, e, propriamente, os danos morais. Nas situações em que o poder patronal de controle se mostrar transbordante de seus limites, impostos pelos direitos fundamentais e também pelo princípio da boa-fé objetiva, o exercício desse poder caracteriza-se como abuso de direito - art. 187 do Código Civil -, e, como tal, gerando um tipo de responsabilidade específica, que é a responsabilidade objetiva. No entanto, para finalizar, quero salientar que nem sempre as condenações em danos são, talvez, a melhor saída para essas situações. É evidente que é necessário. Essas condenações podem ser exemplares para evitar esse tipo de dano, mas também me parece de extrema importância a utilização de mecanismos de prevenção e de mecanismos judiciais inibitórios, como poderiam ser as ações coletivas, movidas pelos sindicatos, para prevenir a ocorrência desses danos e, também, pelo Ministério Público do Trabalho, por meio das ações civis públicas. Aliás, aquele caso que relatei antes, da instalação de microfones, antes de serem instalados os microfones, os trabalhadores, por meio do sindicato, se opuseram à instalação, e o dano, no caso, sequer chegou a ocorrer porque, preventivamente, foi estancada a sua ocorrência. Pois bem, diante das limitações de tempo, espero ter conseguido abordar minimamente o tema. Agradeço novamente a atenção de todos, agradeço o convite e me coloco à disposição para eventuais questionamentos. Muito obrigado.

Ministro João Oreste Dalazen – Agradeço e cumprimento o Dr. Ipojucan pela intervenção de S. Ex.^a. Desde logo, anuncio a palavra da Professora Ana de Oliveira Frazão, que proferirá palestra sobre o tema Exclusão da Responsabilidade: Caso Fortuito Externo e Caso Fortuito Interno. A Professora Ana é Advogada e Professora Adjunta de Direito Privado na Universidade de Brasília – UnB, onde foi Diretora da Faculdade de Direito até recentemente. Integra o Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE, Mestre e Doutora em Direito Comercial pela PUC de São Paulo. Temos a presença da Professora Ana, que tem a palavra.

Exclusão da responsabilidade: caso fortuito interno e caso fortuito externo

Ana de Oliveira Frazão

Boa tarde a todos. Inicialmente eu gostaria de agradecer em nome do Ministro Dalazen o convite da Enamat. É realmente um prazer e uma honra estar aqui hoje, ainda mais diante de uma plateia tão seleta. Cumprimento também o Professor Ipojucan, os Ministros que estão aqui presentes Cláudio, Luiz Philippe, Pimenta, Augusto, Dora, Kátia. Cumprimento também especialmente os meus colegas e amigos Anderson Schreiber e Milena Donato Oliva. Realmente é um prazer muito grande estar com os senhores aqui, ainda mais para falar de um tema que considero tão importante e tão palpitante. Nesse aspecto, foi até bom poder falar depois das palestras do Professor Fachin e também da Professora Milena, porque, desde já, adianto que subscrevo aqui todos os pressupostos que foram tão bem traçados pelo Professor Fachin, assim como as conclusões que a Professora Milena já expôs a respeito da aplicação do art. 927, parágrafo único, às hipóteses de acidente de trabalho. Diante, portanto, desse contexto, esclareço que vou tentar, dentro do meu tempo, lidar essencialmente com três partes, digamos assim, dessa exposição. Na primeira delas, vou tentar abordar algumas questões gerais sobre o tema; na segunda, vou tentar desdobrar algumas questões relacionadas à responsabilidade objetiva e ao risco, que são fundamentais para que possamos fazer essa distinção entre Fortuito Interno e Fortuito Externo, e depois, dependendo também do tempo, eu me dedicaria a examinar alguns acórdãos do STJ e do TST a respeito dessa questão. Desde já, advirto que o tema é complexo, portanto, hoje o meu papel aqui é muito mais o de trazer reflexões e perguntas do que propriamente respostas. Inicialmente é importante se ter uma noção inicial de caso fortuito como uma excludente de responsabilidade, mais precisamente como excludente de nexo causal, e aqui o caso fortuito estaria ao lado da força maior e também do fato da vítima e do fato de terceiro. É claro que sempre houve uma grande discussão a respeito do que diferenciaria o caso fortuito da força maior. Eu, por exemplo, coloquei nesse *slide* um dos critérios diferenciadores, mas já esclareço aos senhores que a doutrina diverge bastante em torno dessa suposta diferença. Não é sem razão que essa discussão nunca teve maiores repercussões para o Direito brasileiro nem mesmo para o Direito estrangeiro. Fiz questão de transcrever o nosso atual art. 393, parágrafo único, que inclusive reproduz dispositivo do Código anterior, e que trata, portanto, caso

fortuito e força maior da mesma maneira, definindo-os, portanto, como fatos necessários, cujos efeitos não era possível evitar ou impedir. Aqui vem o que dá o realce ao tema na atualidade. A Professora Caitlin expôs muito bem que, a partir do momento que evoluímos de um modelo de responsabilidade subjetiva, em que temos um filtro importante, que é a culpa, para uma responsabilidade objetiva, em que não temos mais esse filtro, é compreensível, portanto, que passemos a dedicar uma atenção maior a outros pressupostos da responsabilidade. Daí por que a discussão a respeito de caso fortuito e de força maior potencializa-se em um contexto no qual não estamos nos preocupando mais com a culpa. Indo para uma noção também muito importante da nossa temática, há o nexo causal. A Professora Caitlin Sampaio já falou muito bem a respeito da importância do nexo causal sobre essa dupla função de identificar o responsável, portanto, é um juízo de imputação e também de delimitar o dano, mas todos sabemos dos inúmeros problemas e discussões que sempre permearam a reflexão jurídica em torno dessa questão. Na verdade, muitas vezes, os problemas decorreram de uma tentativa incorreta de se entender esse nexo causal a partir de uma perspectiva naturalística. A própria Professora Caitlin falou muito bem que, quando estamos falando de nexo causal, estamos falando essencialmente, portanto, de uma causalidade jurídica. Neste momento, tenho de interromper minha palestra para fazer um cumprimento muito especial ao Professor Gustavo Tepedino que acaba de chegar e que nos honra muito com a sua presença. Voltando à questão, as dificuldades, muitas vezes, de se tentar entender essa causalidade, a partir de uma perspectiva naturalística permearam, de certa forma, muito do pensamento jurídico ao longo do séc. XIX. É claro que essa noção de causalidade hoje é questionada até mesmo nas ciências naturais e isso tem reflexos também para o pensamento jurídico de forma que hoje, cada vez mais, busca-se verificar, compreender, o nexo causal a partir de uma perspectiva distinta desse juízo naturalístico mais simplista. A Professora Caitlin procurou demonstrar com muita proficiência hoje, pela manhã, esse tipo de análise. Portanto, procurei até concluir isso mostrando que, na verdade, a meu ver, a causalidade, do ponto de vista jurídico, acaba sendo um raciocínio muito mais de imputação do que propriamente de causalidade. Outra questão também importante para o desenvolvimento do nosso tema diz respeito ao risco. O risco, nesse sentido, é algo que, de fato, marca muito bem a transição entre a Idade Média e a Idade Moderna. O próprio surgimento da palavra acontece nesse

contexto, quando o homem se vê diante de uma nova realidade, principalmente diante de uma série de empreendimentos econômicos como as grandes navegações, por exemplo, e começa a perceber que muitos dos resultados de sua ação não decorrem propriamente do que se chamava, até então, de sorte ou fortuna. É claro que, a partir do momento em que o risco começa a ser uma realidade para o homem, ele começa também a ser um problema para a regulação jurídica. Como, então, controlar-se minimamente esse risco? Diante de atividades econômicas extremamente arriscadas. Como se propiciar algum tipo de incentivo para estimular as pessoas a correrem esse risco? Partindo da premissa de que esse é um risco benéfico para toda a sociedade. Então, vejam que, já nessa época, começa-se a pensar em algumas soluções jurídicas para se controlar esse risco. A comenda, como primeiro tipo societário na qual se admitiam sócios investidores - portanto sócios que não responderiam com seu patrimônio pessoal pelo resultado do empreendimento - é um exemplo claro desse tipo de tentativa. Vejam, é claro, fazendo um pulo para o Estado liberal, estamos então em um contexto no qual se procura restringir, reduzir ao máximo, o risco do empreendedor por diversas formas: modelos societários, com um *pacta sunt servanda* absoluto no campo dos contratos e também no âmbito da responsabilidade civil. Então, temos aí um modelo de responsabilidade fundado na culpa, um modelo que é, portanto, restritivo, e que, de certa forma, protege o empreendedor e não propriamente a vítima, até porque o ônus da prova, inclusive da culpa, cabe à vítima, como todos sabemos. Aqui vem a questão da empresa. Fiz questão de salientar nesse *slide* algumas discussões atuais sobre a empresa, até para que possamos ter uma ideia real do alcance, a meu ver, do art. 927, parágrafo único, do Código Civil, quando este prevê a responsabilidade objetiva “(...) quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem (...)”. Esse é precisamente o caso da atividade empresarial. Empresa é risco. Essa é uma das definições de empresa. O risco é, portanto, esse elemento objetivo que dá sentido à organização que inclusive justifica a remuneração do empresário. É claro que quando estamos diante de um risco empresarial. Há uma série de elementos, como por exemplo, a eficiência, a necessidade de prevenção de danos a terceiros e a qualidade de produtos que justificam que se imponha ao empresário, que se impute a ele os riscos da atividade. É, portanto, a assunção dos riscos da atividade que faz com que um empresário tente ser mais eficiente, prevenir danos, e,

de certa forma, investir na maior qualidade dos seus produtos e serviços. Vejam que, neste momento, a nossa discussão se une também a uma discussão que é extremamente importante em todas as áreas jurídicas que lidam com a empresa, que é exatamente a de tentar equacionar o poder e a responsabilidade; a ideia de que um poder exercido de forma ilimitada sempre pode ser mal exercido. Portanto, cabe à regulação jurídica tentar encontrar soluções para que, ao exercício do poder empresarial, corresponda a devida responsabilidade. Há vários ângulos pelos quais poderíamos analisar esse tipo de preocupação, mas certamente a responsabilidade pelo risco é um desses importantes ângulos. De certa forma, aqui se encerra a primeira parte da minha exposição, cujo objetivo, como eu disse, foi tentar salientar alguns dos conceitos principais, das noções principais sobre o tema. Agora eu gostaria de voltar um pouco à questão da própria construção dos modelos de responsabilidade objetiva, porque os acidentes de trabalho têm um grande protagonismo. É importante que possamos entender também o contexto em que esse novo modelo de responsabilidade foi pensado, para que possamos entender também o que é o risco e, em que medida, portanto, esse risco pode ser afastado pelo chamado caso fortuito. Aqui, portanto, já começamos a entrar um pouco nessa distinção entre o que chamamos de fortuito externo e fortuito interno. É claro - e isso já foi salientado em várias palestras anteriores - que essa responsabilidade fundada na culpa começa a se tornar insuficiente, principalmente na chamada era das máquinas. Vários acidentes em ferrovias, fábricas, começam a mostrar as dificuldades de um sistema que se baseia na culpa, que tem uma prova difícil de culpa, cujo ônus até cabe à vítima. Portanto, a grande questão que se colocava diante de algumas hipóteses, inclusive de acidente de trabalho, é: mesmo a culpa da vítima, que é uma excludente tradicional de responsabilidade subjetiva, é algo realmente justo, equitativo que possa afastar a responsabilidade do empresário? Será que não há outro modelo de responsabilidade em que a culpa da vítima possa ser vista sob outra perspectiva? Em que medida isso poderá ser contemplado por esse novo modelo de responsabilidade? É claro que, paralelamente a mudanças, que são essencialmente econômicas, houve também uma grande mudança jurídica – estamos falando do final do século XIX e começo do século XX –, uma transição, portanto, do estado liberal para o estado social, maior preocupação com a solidariedade, com a justiça distributiva, com a igualdade material. É claro que esses raciocínios todos são muito correlacionados à ideia de responsabilidade objetiva. A propósito,

não é sem razão que vários autores se referiam à responsabilidade subjetiva como responsabilidade por equidade. É interessante ressaltar isso porque, muitas vezes, somos condicionados a pensar na responsabilidade objetiva sempre a partir de uma definição de nexos causal. Aquela ideia de que temos o dano, o nexos causal, a conduta e a culpa, na responsabilidade objetiva, é claro, tiramos a culpa e ficamos com o restante. Muitas vezes, não analisamos, não consideramos esse fundamento importante de equidade que envolve a própria formação da teoria dessa responsabilidade. Em um resumo muito apressado, essa responsabilidade objetiva, fundada na equidade e não mais na culpa, não deixa de ser técnica de socialização de danos. Isso pode e normalmente é levado às últimas consequências. Ou seja, quando pensamos numa responsabilidade objetiva do empresário, essa responsabilidade, via de regra, impacta no aumento de custos, que, por sua vez, impacta no preço final de produtos e serviços, que, por sua vez, é pago pelos consumidores finais. Então, estamos falando, sim, em uma socialização plena sobre esses danos diante de uma sociedade cada vez mais complexa e, portanto, dependente de máquinas, de atividades econômicas que são arriscadas e com base em parâmetros redistributivos. Aqui achei importante trazer a obra de dois autores franceses que deram uma contribuição muito grande à responsabilidade objetiva e também à própria ideia de risco. São autores que trabalham a perspectiva do risco também a partir da ideia de fato da coisa, de certa forma, assemelhando essas duas hipóteses. O primeiro deles é Saleilles, cujo fundamento é essencialmente uma questão de justiça, ou seja, é justo que aquele que tem o proveito da coisa, da atividade-suporte, portanto, os riscos decorrentes dessa coisa ou dessa atividade. Com base nisso, de certa forma, justificar-se-ia esse novo modelo de responsabilidade, que tem como foco prioritário, nesse momento, a responsabilidade de patrões e também de empresários. Vejam que há uma questão interessante também. É a ideia de que esses autores já defendem um rompimento com aquela ideia de causalidade, pelo menos, aquela ideia de causalidade clássica tão comum na responsabilidade subjetiva. A ideia, portanto, é de que essa responsabilidade teria como fundamento a assunção voluntária do risco, inclusive dos proveitos desse risco. Portanto, a responsabilidade pelos danos seria tão somente a contrapartida pela assunção também dos proveitos do risco. Outro autor também muito importante nessa etapa é Josserand. É um autor que também converge, dialoga muito com o primeiro autor, mas que já procura utilizar a ideia

de risco em um sentido mais amplo, ou seja, não apenas se referindo mais ao risco profissional, ao risco proveito, mas também abarcando qualquer tipo de risco criado. Mais uma vez aqui, o fundamento da equidade é extremamente importante para justificar esse novo tipo de responsabilidade. Esse aspecto de voluntariedade de se assumir o risco é muito utilizado. Depois vamos ver até como uma forma de se distinguir o fortuito interno do fortuito externo. Vejam que, a partir do momento em que começamos a pensar na responsabilidade do empresário pelo risco, surge também a grande indagação: qual é o tipo desse risco? Como vamos delimitar esse risco? Qual é a extensão desse risco? Para esses autores, era muito importante afastar, a princípio, a chamada responsabilidade pelo risco da humanidade. Então, é a ideia de que se deve responder pelo risco criado, e não pelo risco da vida. Esse aspecto é muito importante porque impor a alguém um risco que não é por ele criado, sobre o qual ele não tem nenhum tipo de controle em relação ao qual ele não obtém nenhum tipo de proveito, e não pode fazer nenhum tipo de cálculo, pode ser um fator de desorganização da atividade empresarial e, sim, um grande desestímulo ao empreendimento. Então, o problema que se coloca, a partir de então, é exatamente o da justa medida. Como vamos delimitar esse risco? Fazer com que o empresário assuma o risco criado, o risco da sua atividade, mas distinguir esse risco criado do chamado risco da humanidade. Assim, temos uma primeira distinção feita por esses autores, entre o chamado caso fortuito e a força maior, mas hoje utilizamos essa distinção, muitas vezes nos referindo ao fortuito como fortuito interno e a força maior como fortuito externo diante de todas aquelas ambivalências e divergências existentes entre os próprios conceitos de força maior e caso fortuito. Então, o fortuito ou o fortuito interno seria exatamente aquele fato relacionado à coisa ou à atividade, portanto, inerente ao risco – exatamente por isso deve ser suportado por aquele que criou – e a força maior ou o chamado fortuito externo seria aquela atividade externa estranha ao risco. Então, os exemplos muitas vezes mencionados são os eventos naturais, guerra, os chamados fatos de Deus ou dos inimigos da rainha e, obviamente aqui, nessas hipóteses, poderíamos cogitar da excludente de responsabilidade. Há algumas consequências desse tipo de raciocínio. Aqui já começo tentar compartilhar com os senhores algumas das minhas angústias a respeito do tema. É claro que, quando estamos falando dessa responsabilidade pelo risco, estamos falando de algo que é profundamente influenciado pela ideia de solidariedade social e que se afasta dessa ideia

clássica de causalidade, salvo se entendermos a causalidade como vinculada ao risco e não mais ao dano. Não há mais que se cogitar, portanto, dessa relação direta entre a conduta e o dano, mas em que medida aquele dano pode ser atribuído ao risco da atividade. Vejam que há também um aspecto muito interessante relacionado a isso, pelo menos, sublinhado nessas primeiras delimitações desses dois autores. Os senhores sabem muito bem que em muitas das discussões relacionadas à justiça social, à redistribuição, um dos argumentos utilizados contra essas técnicas, normalmente pelos liberais ou libertários, é a ideia de que aquele que se onera em favor de outras pessoas estaria sendo utilizado como um meio, e não como um fim em si mesmo. Ou seja, ele estaria tendo a sua dignidade violada, mas a ideia desses autores franceses era exatamente a de mostrar que aqui ele não responde em razão de um mero fato, mas de um ato. O ato é exatamente a assunção voluntária do risco, é isso que humaniza o procedimento e legitima, portanto, a responsabilidade sobre esse tipo de enfoque. É claro que, feita essa primeira delimitação, alguns aspectos já podem ser esclarecidos a respeito disso, mas continuamos diante de um desafio que é consideravelmente grande. Como, então, entender esse risco? Que critérios podemos utilizar para diferenciar um fortuito interno de um fortuito externo? É claro que não foi a minha intenção aqui trazer todas as teorias de responsabilidade objetiva. Eu trouxe apenas algumas, porque cada uma delas, talvez, revele um aspecto importante do risco e possa nos ajudar nessa difícil tarefa de identificá-lo. Temos, por exemplo, a teoria do interesse ativo. Atribui-se o dano àquele que tem o benefício decorrente do empreendimento. Vejam que interessante, pois essa teoria dialoga com aspectos de justiça distributiva, mas também de lógica econômica, partindo da premissa de que aquele que assume o risco tem condições de calcular minimamente esse risco e também de controlá-lo, como, por exemplo, mediante o repasse do risco ao preço final dos produtos e serviços que ele oferta no mercado. A ideia de prevenção, ou seja, quando amplio a responsabilidade, crio estímulos para que danos sejam evitados, o que não acontece em um regime mais restritivo de responsabilidade, a ideia de equidade. Muitas vezes se questionava se até incapazes podem responder, por que não pensarmos em outras hipóteses de responsabilidade que não estejam calcadas na culpa? A ideia da repartição dos danos é uma ideia que tem por base uma forte concepção também de justiça social, ou seja, ônus decorrentes de uma atividade econômica devem ser suportados por todos aqueles que têm interesse na atividade que os causou ou

mesmo por toda coletividade. Há também a própria questão do perigo, aquele que criou o perigo é justo que ele responda por esse perigo. Normalmente essa teoria está muito correlacionada também com a teoria da garantia. É claro que essas teorias, como eu disse, não nos darão respostas fechadas, mas, pelo menos, tentam, dentro do possível, nos dar alguns nortes, algumas diretrizes para entendermos o risco. O que há de interessante nessa análise é que ela envolve, ao mesmo tempo, o que chamo de uma dimensão jurídica e filosófica, mas também uma dimensão econômica e pragmática, que é muito presente nesse tipo de raciocínio. A própria doutrina Italiana já mostra que risco é uma palavra com inúmeros significados. Então, teremos certa dificuldade, de fato, de encontrarmos definições perfeitas e fechadas para isso. Entretanto, podemos fazer algumas associações além dessas teorias. Existe uma relação muito clara entre risco e equidade. Como eu disse, quando raciocinamos sobre uma responsabilidade baseada no risco, provavelmente temos de repensar a ideia de causalidade clássica. Vamos ter um problema, porque muitas vezes a responsabilidade objetiva foi pensada pelo Direito Administrativo com um viés muito forte nessa causalidade; portanto, temos um ranço muito forte nesse sentido. Apesar de qualquer esforço que possamos fazer em relação a uma reflexão mais teórica a respeito do risco, vamos ter de reconhecer que essa análise será sempre casuística. Procurei até demonstrá-lo com o exemplo de condições meteorológicas - fortes tempestades -, a fim de mostrar que o mesmo fato que para muitas atividades pode ser considerado um fortuito externo, no caso da aviação civil, é tido como um fortuito interno. Ele faz parte do risco da atividade, e não vamos ter nenhuma dúvida de que toda a organização da atividade empresarial relacionada à aviação civil tem de levar em consideração esse fator. Por outro lado, se temos essa dimensão filosófica, jurídica, vamos também ter de enfrentar as questões econômicas e pragmáticas. A própria jurisprudência norte-americana tenta nos dar alguns nortes para entendermos o risco a partir da ideia de prevenção. Ou seja, quanto mais uma atividade estiver sob a esfera da possibilidade de prevenção do empresário, mais fácil será a minha conclusão no sentido de que, de fato, ela faz parte do risco daquela atividade. Capacidade de assunção de custos, possibilidade de que esses custos possam ser segurados; esses também são fatores importantes nessa análise, embora - é claro - não sejam os únicos. Essa análise, na verdade, é abrangente e nenhum desses parâmetros pode ser utilizado com exclusividade. Aspectos da importância de

fomento à atividade econômica. Como procurei mostrar na transparência anterior, desde que o risco se coloque como um problema para a regulação jurídica, ele também traz este grande desafio: qual é a adequada relação jurídica para que, de fato, possamos ter um sistema justo, em que o empresário responda pelo risco da sua atividade, mas não um sistema que seja excessivo e que, portanto, possa ter até a função de desestimular o investimento? Essa advertência é particularmente importante hoje, na atual fase que vivemos do capitalismo financeiro. Muitas vezes, o estímulo para o investimento financeiro ou especulativo é muito maior que o estímulo para o investimento produtivo. Então, é claro que, quando pensamos na delimitação desse risco, não podemos nos esquecer desses aspectos, que são tão importantes. Há também os fatores de gestão de risco, ou seja, a ideia de que o risco da atividade, de alguma forma, precisa ser suscetível de uma gestão pelo empresário, mesmo que seja por meio de seguros ou outras formas de gestão desse risco. Há a ideia de que riscos excessivamente altos, que sejam insuscetíveis de controle, ainda que um controle mínimo – jamais haverá um controle absoluto do risco –, podem, sim, ter essa complicada consequência de inviabilizar a atividade empresarial. Além disso, muitas vezes se procura delimitar esse impacto econômico do risco a partir de referências a estatística, a probabilidades, a estado da técnica e a custos de prevenção e previsão dos danos. A análise econômica do Direito vem trazendo algumas contribuições nesse sentido. Menciono o princípio do *cheapest cost avoider*, que é basicamente a ideia de se dizer que aquele que pode prevenir o dano a um custo menor, em princípio, deve ser responsabilizado por esse dano. É evidente que esse raciocínio é muito utilizado no âmbito da responsabilidade subjetiva, mas, de certa forma, pode também nos dar algum instrumental para pensarmos na delimitação do risco sob uma perspectiva até mais ampla. Chego a mencionar ao final desse *slide* a questão do tamanho da empresa. Alguns autores têm salientado recentemente que a responsabilidade pelo risco não onera tanto a macroempresa, porque ela tem condições de lidar com esse risco de uma maneira muito mais competente, de diluí-lo, de calculá-lo, de repassar esse risco para o preço final de produtos e serviços. São situações que nem sempre estão presentes na pequena empresa, ou seja, são autores que já procuram mostrar que talvez até a modulação e a compreensão desse risco devem acontecer, levando-se em consideração, sim, o tamanho da empresa e as condições em que a própria atividade está sendo exercida pelo empresário.

Vejam os senhores que, no contexto dessas discussões, surgem questões complicadíssimas. Muitas vezes, quando estamos pensando na adoção de medidas para evitar o dano, estaremos diante de uma situação quase de fronteira. Estamos falando propriamente de uma responsabilidade subjetiva - houve a violação ao dever de cuidado - ou de uma responsabilidade objetiva, porque falamos de risco? É muito interessante que muitos precedentes jurisprudenciais que tratam de responsabilidade objetiva e, portanto, do risco, mencionem sempre com muita intensidade o argumento de prevenção de danos. Muitas vezes, fazem-no até justificando o fortuito externo a partir, então, de uma série de medidas preventivas que foram tomadas, portanto, por aqueles empresários naqueles contextos. É claro que, nesse contexto, também há necessidade de que façamos uma reflexão mais aprofundada entre os casos de fortuito interno e de fortuito externo, partindo da premissa, então, de que o fortuito externo não afasta a responsabilidade. Cada vez mais, temos observado também um cuidado maior na delimitação do que seria o fortuito externo, com desdobramentos até sobre o ônus da prova. Por fim, a última advertência: quando se tenta fazer essa delimitação do risco, está-se realmente diante de uma tarefa muito complexa, porque envolve, muitas vezes, uma análise retrospectiva, ou seja, saber qual foi o risco criado, qual foi o risco assumido. Mas ela envolve também uma análise prospectiva, uma análise para o futuro. O Professor Faquin, ontem, falou sobre a questão do risco de desenvolvimento. É exatamente o caso, ou seja, em que medida, então, imputarmos à empresa um risco do desenvolvimento, algo que não poderia ser sabido, que não poderia ser do conhecimento daquela empresa, naquele momento, mesmo de acordo com o melhor estado da técnica e da ciência? Em que medida, então, imputar-lhe esse risco? De fato, isso não pode ser um desestímulo excessivo à atividade empresarial. Não estou nem entrando no mérito, isto é, se o risco de desenvolvimento deve ou não ser considerado parte do risco, mas apenas mostrando que necessariamente, nesse tipo de análise, muitas vezes vamos ter de nos deparar com essa questão prospectiva. Diante de tudo o que foi mencionado e considerando as especificidades do público, achei interessante ressaltar o caso dos acidentes de trabalho. Isso porque, vamos ter uma discussão muito própria acerca do que vem a ser o risco da empresa e que critérios podemos utilizar, então, para considerarmos determinados fatos como casos de fortuito interno ou fortuito externo. Vejam que, como eu disse, a ideia de que fato da vítima e fato de terceiros são excludentes de responsabilidade

funciona muito bem para a responsabilidade subjetiva, mas não necessariamente para uma responsabilidade fundada no risco. A própria ligação do desenvolvimento dessa teoria com o acidente de trabalho mostra isso. A responsabilidade objetiva foi pensada diversas vezes, principalmente nesses primeiros momentos, para hipóteses em que o dano foi causado pelo empregador, que, muitas vezes, não se utilizou de um procedimento de que deveria ter-se utilizado ao mexer em determinada máquina e, exatamente em razão disso, ocorreu o acidente. Mas a partir do momento em que pensamos no risco, a ideia fundamental a orientar o nosso raciocínio não é propriamente a de quem causou o acidente, e sim a quem cabe o risco pelo acidente. Ou seja, em que medida esse acidente pode ser conectado ou não à atividade do empresário; em que medida pode ser considerado ou não como um risco do empresário para ser, aí sim, uma hipótese de responsabilização dele. Isso é interessante - nem vou entrar na retrospectiva histórica do acidente de trabalho, pois a Professora Milena fez isso hoje brilhantemente. Vejam os senhores que aquela primeira lei mencionada pela Professora Milena, de 1919, quando trata da responsabilidade pelo acidente de trabalho, diz ser salvo força maior ou dolo da própria vítima ou de terceiros. Então, a culpa da vítima não aparece como excludente de responsabilidade, mas só o dolo. Isso porque, o dolo, sim, pode estar fora do risco da atividade; já a culpa, ela não necessariamente estaria. Vem uma questão interessante, porque envolve o diálogo entre o Direito do Trabalho e outras searas. Sabemos que, por exemplo, no Direito do consumidor, no Direito Administrativo, a culpa exclusiva da vítima é, sim, um excludente de responsabilidade, mesmo em modelos de responsabilidade objetiva. A questão a se colocar é a seguinte: isso se aplica também ao Direito do Trabalho? Há especificidades do Direito do Trabalho que nos poderiam levar a outro tipo de conclusão? Haveria, então, peculiaridades da relação de trabalho; por exemplo, a subordinação, a grande exposição ao risco da atividade, a proximidade, o monitoramento pelo empregador, enfim, que poderiam exigir esse tratamento diferenciado em relação a outros modelos de responsabilidade objetiva? É claro que não estou mencionando hipóteses, porque a riqueza da vida é muito grande para que, muitas vezes, o acidente decorra de uma culpa tão clara e grave do empregado que possamos considerar, diante daquelas circunstâncias do caso, que de fato aquilo afastou o risco da empresa. O que me preocupa é considerarmos a culpa exclusiva do empregado, ou mesmo de terceiro, excludente de responsabilidade por si só. Observem que

fato de terceiro não tem sido considerado excludente de responsabilidade pelo Superior Tribunal de Justiça em relação a uma série de hipóteses; acidentes de trânsito, por exemplo. Entende-se que, mesmo quando o acidente é causado por um terceiro, o transportador responde objetivamente; isso faz parte do risco da atividade dele. Se a atividade empresarial pressupõe essa interação com terceiros, aquilo faz parte, então, do risco daquela atividade específica. Não vai ser o fato de terceiro que poderá romper aquela ideia de risco inerente à atividade. Por outro lado, o Superior Tribunal de Justiça tem entendido que assaltos e outras violências no transporte afastam, sim, a responsabilidade objetiva da transportadora diante do consumidor, porque estaríamos diante de um fortuito externo. Isso, de certa forma, não tem acontecido com a jurisprudência trabalhista, ou seja, quando o motorista ou o cobrador, eventualmente, são vítimas de um tiro, de violência decorrente desses assaltos. A meu ver acertadamente, o Tribunal Superior do Trabalho tem entendido que, nesse caso, isso é fortuito interno, sim, da atividade, considerando-se principalmente as condições de violência que chegam a ser previsíveis no nosso País e que, de alguma forma, justificam até mesmo uma modificação nos próprios cálculos de risco por parte do empresário. Acho que fui muito otimista. Eu trouxe uma série de acórdãos para comentar com os senhores, mas como o tempo é exíguo, vou abordar dois deles, com todo o respeito, tão somente para podermos refletir um pouco, tentando concatenar alguns dos raciocínios que vimos ao longo desta exposição. O primeiro acórdão diz que o egrégio Tribunal Regional, soberano no exame do conjunto fático-probatório, reconheceu o direito da autora à compensação por danos morais, em razão do acidente de trabalho, por explosão durante a execução de serviço de solda. Segundo o Regional, não houve comprovação no processo de culpa exclusiva da vítima e não restou demonstrado que a reclamada adotou medidas preventivas de acidentes, como treinamento do empregado para o trabalho com solda e fornecimento de equipamentos de proteção individual. A pergunta é a seguinte: se tivesse havido culpa exclusiva da vítima, isso afastaria o risco da atividade numa situação como essa? E se a empresa, ao contrário do que aconteceu no caso concreto, tivesse tomado todas as medidas para o treinamento do seu empregado? De fato, a experiência que temos - a propósito, desde a época em que essa teoria começa a ser formulada - é a de que, por mais que possamos empreender esforços em torno de se evitarem danos, o risco não está sujeito a um controle absoluto. Então, mesmo que o empregador tome todos os

cuidados, pode ocorrer um número considerável de acidentes. A questão é esta: o fato de ele ter tomado essas medidas faz com que aquele dano não possa ser imputado à sua atividade? De certa forma, são reflexões que me preocupam. Para concluirmos rapidamente, há outro caso. Vou ler a ementa, que é particularmente interessante: “(...) Segue-se o entendimento doutrinário e jurisprudencial no sentido de que a culpa exclusiva da vítima afasta por completo qualquer responsabilidade do empregador. Trata-se, pois, de excludente de responsabilidade do empregador incidente tanto nas hipóteses de responsabilidade objetiva quanto de responsabilidade subjetiva. Portanto, na espécie, apesar de o perito judicial ter concluído que o infortúnio ocorreu devido às condições inseguras de trabalho, infere-se do contexto fático-probatório delineado no acórdão que o empregado foi ao mesmo tempo imprudente e negligente no desempenho de suas atividades laborais, decorrendo exclusivamente desse descuido o acidente de trabalho (...)”. Vejam os senhores: se estivermos trabalhando com uma noção de casualidade no sentido clássico, esse entendimento é perfeitamente defensável. Porém, se trabalharmos com a noção de risco, a pergunta que faço é se não poderíamos dar a esse mesmo fato uma interpretação diferente. Nem vou me referir à existência de uma perícia judicial, concluindo que o infortúnio ocorreu devido às condições inseguras de trabalho. O meu ponto é o seguinte: a imprudência ou a negligência do trabalhador, principalmente diante de atividades perigosas, que envolvem risco por si só, pode ser uma excludente de responsabilidade do empregador? Em que medida esse tipo de discussão não tem de ser pensado também a partir de uma perspectiva mais ampla, que procure considerar, portanto, o risco da atividade? Acho que já me alonguei demais. Eu gostaria de agradecer mais uma vez a oportunidade de estar aqui; obviamente, colocando-me à disposição para todas as dúvidas. Muito obrigada.

O Sr. Ministro João Oreste Dalazen – Os nossos cumprimentos à Professora Ana por sua feliz exposição, que conseguiu condensar num prazo curtíssimo um tema vasto, intrigante e complexo. Os nossos agradecimentos também ao Dr. Ipojuca, pela intervenção muito oportuna e interessante ao evento. Infelizmente, ao contrário do que gostaríamos, não poderemos promover um debate nesta fase do Congresso, porque ainda temos duas palestras nesta tarde. Desse modo, vou suspender os nossos trabalhos por quinze minutos, encarecendo aos senhores a observância desse intervalo.

O Sr. Ministro João Oreste Dalazen – Senhoras e senhores, como etapa final do nosso Congresso, teremos a oportunidade de ouvir inicialmente a palestra do eminente Procurador Anderson Schreiber, que é Procurador do Estado do Rio de Janeiro e Professor Adjunto de Direito Civil da Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ. O Professor Schreiber concluiu mestrado em Direito Civil na Universidade Estadual do Rio de Janeiro e doutorado em Direito Privado Comparado pela Università Degli Studi del Molise, Itália. Atualmente ocupa o cargo de Chefe da Assessoria Jurídica da Secretaria de Desenvolvimento Econômico, Energia, Indústria e Serviços do Estado do Rio de Janeiro. É autor de várias obras, dentre as quais destaco *Direitos da Personalidade e A Proibição de Comportamento Contraditório*. Professor Schreiber, é com imensa alegria que o recebemos. Sem maiores delongas, anuncio o seu pronunciamento.

Novos paradigmas da responsabilidade civil

Anderson Schreiber

Boa tarde a todos. Em primeiro lugar, agradeço o convite formulado pela Enamat e pelo TST para participar deste importante congresso sobre responsabilidade civil. Agradeço o carinho e a gentil hospitalidade que eu e todos os meus colegas recebemos no TST, na pessoa do Ministro Dalazen, muito cordial com todos nós. Quero agradecer também à Professora Ana Frazão e ao Ministro Luiz Philippe, que, ao lado do Professor Gustavo Tepedino, com quem tenho a honra de dividir a mesa, têm capitaneado um diálogo muito importante entre o Direito Civil, o Direito Comercial e o Direito do Trabalho. Para nós, do Direito Civil, essa retomada de diálogo com o Direito do Trabalho é muito importante. Lembro sempre de uma passagem de Orlando Gomes, que, escrevendo sobre Direito do Trabalho, pela primeira vez no Brasil, mencionou o princípio da boa-fé objetiva. Dessa maneira, a união entre Direito Civil e Direito do Trabalho é da tradição brasileira. Houve um espaço de tempo, em que o Direito do Trabalho e o Direito Civil se distanciaram um pouco. Os estudiosos do Direito do Trabalho olhavam o Direito Civil como uma disciplina muito liberal, submetida ao poder dos contratantes. De outro lado, os estudiosos do Direito Civil olhavam para o Direito do Trabalho como uma disciplina que desenvolvera sua própria lógica, sua própria unidade interna; talvez, pouco atenta a uma

construção sistemática, como é da tradição do Direito Civil. Então, esse reencontro é muito importante, porque o Direito Civil não é mais o Direito Civil liberal, o Direito Civil individualista, que foi por um determinado momento histórico. É um Direito Civil extremamente preocupado com o equilíbrio das prestações, com a proteção do contratante vulnerável, com a tutela da boa-fé objetiva, com a realização da função social do contrato e, de modo mais geral, com a realização a mais ampla possível dos valores constitucionais nas relações privadas. O Direito do Trabalho tem caminhado cada vez mais para dialogar com o Direito Civil, valendo-se de algumas construções técnicas que o Direito Civil desenvolveu e retomando uma ideia de sistema, da qual por muito tempo o Direito do Trabalho precisou se distanciar para defender determinado ponto de vista. Hoje, com o reencontro entre essas duas disciplinas, temos uma espécie de retomada desse diálogo. Isso - tenho certeza - é muito profícuo, tanto para os estudiosos do Direito Civil quanto para os estudiosos do Direito do Trabalho. O meu tema, especificamente, é o seguinte: novos paradigmas da responsabilidade civil; ele tem a vantagem de ser um pouco mais aberto. O que pretendo mostrar aos senhores, em síntese, é o quadro geral da transformação da responsabilidade civil brasileira. De alguma maneira vamos passar por alguns pontos que rapidamente já tenham surgido em outras palestras desse Congresso e prometo que quando chegarmos a esses pontos pulamos ou passamos rápido ou ainda que me avisem para que não fiquemos aqui falando das mesmas coisas, até porque estamos todos ansiosos para houver a conferência do Prof. Gustavo Tepedino. O primeiro ponto que gostaria de abordar com os senhores diz respeito à dogmática da responsabilidade civil, como foi construída no âmbito do Direito Civil. Ou seja, basicamente gostaria de abordar três etapas: de onde viemos, onde estamos hoje e para onde vamos ou para onde tudo indica que iremos. O primeiro ponto é de onde viemos: viemos de uma dogmática da responsabilidade civil, que era uma dogmática extremamente liberal, individualista, centrada em demandas puramente individuais, criada e construída num contexto pós-Revolução Francesa onde a liberdade era a regra e a responsabilidade era a exceção. Não à toa, a noção técnica fundamental da responsabilidade civil brasileira foi, por muito tempo – e todos o sabemos –, o ato ilícito, que possui três pressupostos: a culpa, o nexo causal e o dano. Era preciso haver a demonstração rigorosa desses pressupostos para obter a reparação. Até hoje chamamos isso nos nossos manuais de responsabilidade civil de

“pressupostos”. Lembro-me de ter lido com bastante entusiasmo a obra de um comparatista alemão chamado Zweigert em que ele diz para se tomar muito cuidado com a expressão “pressuposto”, pois “pressuposto” indica que algo está ali porque aquilo é cientificamente neutro; aquilo necessariamente está ali, quando, na verdade, toda construção jurídica é uma construção voltada a uma determinada finalidade e é preciso entender a finalidade, a função por trás dessa construção para entender qual é o papel desses pressupostos. Em especial em relação à responsabilidade civil, o Zweigert denominava o dano, a culpa e o nexo causal de filtros da reparação, pois ele dizia que o objetivo tradicional dessa construção é justamente evitar um grande número de ações de responsabilidade civil; é justamente evitar uma responsabilização excessiva na sociedade, é justamente manter a liberdade como regra para que se mantenham a livre-iniciativa e os livres empreendimentos, que na época pós-Revolução Francesa era exatamente a filosofia dominante dentro do direito, o liberalismo jurídico. Esse é o cenário de onde viemos. E onde estamos? Estamos em um momento em que esses filtros da reparação começam visivelmente a sofrer uma erosão na prática jurisprudencial. Muitos desses conceitos e subconceitos – e me refiro à culpa, do nexo causal e do dano e também dos subconceitos internos da responsabilidade civil – vêm sofrendo na prática judicial um contínuo alargamento, às vezes certa desconsideração. Já foi muito falado aqui sobre o nexo causal e a Professora Ana Frazão foi brilhante na sua exposição ao tratar do nexo de causalidade. Mas a verdade é que na jurisprudência é muito raro vermos acórdão que se detenha sobre o nexo de causalidade, que debatem a ideia de causalidade. Normalmente esse é quase um passo automático na jurisprudência. Identifica-se a infração, quando há responsabilidade subjetiva ou a criação do risco objetivo, e o nexo causalidade é quase saltado para que se chegue logo à discussão sobre o dano. É um tema muito pouco abordado ou é abordado de maneira geral, com pouco grau de detalhamento nas instâncias judiciais – refiro-me tanto à jurisdição civil quanto à trabalhista. Claro que evidentemente nos Tribunais Superiores normalmente há um pouco mais de discussão sobre isso. Mas quando se tem decisões de primeiro grau e dos Tribunais, é muito raro esse tipo de discussão. Esses filtros da reparação vêm sofrendo uma contínua erosão. Passando rapidamente pelos três pressupostos vê-se que, com relação à culpa, essa erosão é muito nítida, é uma marcha constante da responsabilidade objetiva, não apenas por meio de leis especiais que instituíram hipóteses

específicas de responsabilidade objetiva, mas, também, por códigos, como o Código de Defesa do Consumidor, a responsabilidade civil do Estado. O próprio Código Civil trouxe uma série de hipóteses de responsabilidade objetiva, incluindo a cláusula geral do art. 927, parágrafo único, que já foi abordado brilhantemente pela Professora Milena Donato, na parte da manhã. De maneira que há um contínuo avanço de responsabilidade objetiva a tal ponto que hoje, talvez, nos tribunais cíveis - se citarmos como exemplo os Juizados Especiais Cíveis - haja mais casos de responsabilidade objetiva do que responsabilidade subjetiva. Aquela ideia de que a subjetiva é a regra e a objetiva é a exceção está, aos poucos, perdendo a sua clareza. Antigamente se dizia que a responsabilidade objetiva era responsabilidade *ex lege*, deriva especificamente de uma previsão legal, e o hoje o art. 927, parágrafo único, é um bom exemplo de uma responsabilidade objetiva, *ope judicis*. Quem decide quais são as atividades regidas pela responsabilidade objetiva, claro, com base nos pressupostos do artigo - mas isso acontece sempre, inclusive na subjetiva - é o próprio juiz, não é mais o legislador, especificamente na sua atividade. É uma transformação muito profunda. Muitas das hipóteses que o Direito brasileiro tratava como hipóteses de responsabilidade subjetiva com culpa presumida, com inversão do ônus da prova, foram convertidas no novo Código Civil para hipótese de responsabilidade objetiva. A responsabilidade, por exemplo, pelo ato de outrem, arts. 932 e 933 do Código Civil - responsabilidade por (...). Todas essas responsabilidades, que eram consideradas responsabilidade subjetiva com culpa presumida, tornaram-se hipóteses de responsabilidade objetiva na literalidade do Código Civil. Mesmo nos países ainda muito presos à ideia de responsabilidade subjetiva - e eu cito aqui o ordenamento francês - as hipóteses de presunção de culpa têm se alargado de tal maneira que temos casos já em que pura responsabilidade objetiva, mesmo dentro do âmbito do que seria responsabilidade subjetiva. Esse é um caso emblemático, que é o caso do alpinista, um caso francês, em que o sujeito estava escalando com um amigo, o amigo ia acima dele na escalada, e o alpinista de cima deslocou uma pedra, e essa pedra atingiu o rosto do alpinista de baixo, que estava de capacete, mas atingiu o rosto do alpinista. A *Cour d'appel* de Paris, equivalente a um Tribunal de Justiça Estadual no Brasil, na jurisdição brasileira, entendeu que a hipótese era de responsabilidade subjetiva, por conta da teoria da guarda, com culpa presumida do alpinista de cima, porque ele era guardião da pedra e, portanto, responsável por todos os

danos que a pedra causasse. Esse acórdão, que parece absurdo, tinha nitidamente o intuito de obter a responsabilização. Ou seja, o alpinista debaixo é um mau caráter; ele promoveu ação contra o amigo que estava escalando com ele. Mas é que o amigo de cima tinha o seguro, e o alpinista debaixo queria a obtenção da condenação para poder acionar o seguro. Era quase uma ação entre amigos. Os senhores veem por aí que há um alargamento muito atécnico de noções tradicionais, como a teoria da guarda, para, às vezes, objetivar a responsabilidade que seria tradicionalmente subjetiva, mesmo nos casos em que a legislação assim a mantém. Se pensarmos nos casos de acidente de trânsito, por exemplo, no Brasil, quantas vezes vimos condenações de Juizados Especiais: “Bateu atrás, é responsável”. Chega a ser objetiva mesmo, porque não há sequer a discussão da inversão do ônus da prova, a possibilidade de provar a culpa. Há uma objetivação prática daquela responsabilidade, embora tecnicamente ela fosse hipótese de responsabilidade subjetiva, havendo ainda quem sustente – no caso de acidente de trânsito – a aplicação do art. 927, o que já entraria por outra porta, a responsabilidade objetiva. Enfim, a culpa vive certa diminuição de seu espaço no ordenamento brasileiro. Com isso, obviamente, todas as atenções se voltaram para o nexo de causalidade, que é o segundo pressuposto da responsabilização, que não estava tão em evidência nos casos de responsabilidade subjetiva, e nos casos de responsabilidade objetiva causa a grande discussão, porque normalmente o advogado do réu quer excluir a causalidade; o advogado do autor precisa demonstrar que a causalidade está presente. Então a discussão das ações de responsabilidade objetiva passa a gravitar em torno do nexo de causalidade. Há toda uma retomada acadêmica das teorias da causalidade, da discussão em torno dessas teorias. Há ricos trabalhos sendo produzidos nos programas de mestrado e doutorado no Brasil inteiro sobre nexo de causalidade. Os senhores assistiram, pela manhã, a palestra da Professora Caitlin; a Professora Gisela - não sei se esteve presente -, tem um livro ótimo: "O Problema do Nexo Causal na Responsabilidade Civil", sobre relação de causalidade. Enfim, existe uma retomada desse entusiasmo doutrinário em torno do nexo de causalidade. Mas se verificamos as decisões judiciais veremos que os Tribunais ainda não abraçaram esse debate; ainda não partem profundamente para a discussão. Nesse sentido, os Tribunais têm preferido certa flexibilização da causalidade, não adotam expressamente uma determinada teoria, às vezes dizem que estão adotando uma teoria, mas adotam outra, às vezes adotam duas

diferentes. O Professor Gustavo Tepedino tem um artigo brilhante, publicado na Revista Trimestral de Direito Civil, 2001, “Notas sobre o nexos de causalidade”, no qual S. Ex.^a examina justamente a distinção entre o uso nominal das teorias da causalidade e o que de fato está por trás da razão de decidir dos Tribunais. O nosso Supremo Tribunal Federal tem um caso famoso sobre causalidade, os senhores devem ter examinado aqui mais cedo, no qual o Tribunal, basicamente, utiliza duas teorias. Ele diz que, se a teoria for do dano direto e imediato o resultado é esse, se a teoria for a da causalidade adequada, o resultado também é esse, portanto, o resultado é esse. Ou seja, o próprio Supremo Tribunal Federal não se posiciona sobre qual a teoria da causalidade é adotada no Direito brasileiro. Isso é feito não por atecnia, evidentemente. Isso é feito com certo intuito de manter uma margem para alcançar um resultado que os Tribunais entendem justo. Então, de certa maneira, essa não opção por uma teoria, não deixa de ser uma atitude, deliberada em muitos casos, para manter alguma margem de discricionariedade na aferição dos casos de responsabilidade civil, mas ela evidentemente traz alguns riscos muito severos, sobretudo com relação à segurança, de certa maneira, mas também com relação à isonomia, à diferença de julgamento nos vários casos. Hoje em dia, no âmbito da responsabilidade civil, é muito difícil antecipar qual vai ser o resultado de um caso concreto. Qualquer um que seja Magistrado, qualquer um que seja Procurador, que seja Advogado, que atue de alguma maneira no processo judicial de responsabilidade civil, sabe que existe uma imprevisibilidade muito grande. Existe uma margem de insegurança muito grande. É muito difícil antecipar resultados. Eu conversava sobre isso com o Ministro Luiz Philippe e S. Ex.^a me dizia que isso dificulta inclusive as conciliações e as soluções extrajudiciais, porque já que existe mesmo certa confusão, que não se sabe ao certo qual é o entendimento que prevalecerá sobre aquele caso, como é que eu vou fazer um acordo? Como é que eu vou sentar e negociar um acordo se eu não sei exatamente qual é a chance de eu perder ou ganhar? Então, tudo isso dificulta muito a solução extrajudicial dos conflitos. Esse é um caso famoso, não sei se os senhores examinaram mais cedo. Examinaram ou não? (Pausa.) Se não passo adiante. É o caso do escorrega, do Superior Tribunal de Justiça – que tem a melhor vista de Brasília, de frente para o TST. O caso do escorrega é famoso porque envolve justamente um caso de alargamento do nexos de causalidade. É a história desse menino - tinha 21 anos, maior de idade - que foi com amigos

viajar para Serra Negra, interior de São Paulo, para comemorar a formatura na faculdade. Hospedaram-se em um hotel fazenda. Confraternizaram no quarto de um deles com algumas garrafas de uísque e depois foram brincar na piscina, onde havia um escorrega. Desse escorrega, o rapaz não desceu de cabeça, ele saltou do alto do escorrega para dentro da piscina. A piscina estava cheia, mas a profundidade não era suficiente para comportar um salto daquela altura. O rapaz bateu com a cabeça no fundo da piscina e ficou tetraplégico. Então, esse caso, que envolve evidentemente uma tragédia, foi sucedido por uma ação de responsabilidade civil que ele promoveu contra o hotel e contra a agência de turismo que indicou o hotel, com base no Código de Defesa do Consumidor, alegando responsabilidade solidária e o Tribunal de Justiça de São Paulo entendeu que a culpa era exclusivamente do hotel e da agência de turismo, ou seja, que nem de culpa concorrente poder-se-ia cogitar diante da ausência total de comunicação sobre a profundidade da piscina, que tinha seu acesso livre e apresentava iluminação precária. Essa foi a decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo. Isso, em qualquer sala de aula do Direito Civil, é fato exclusivo da vítima. Ele usou mal o instrumento, saltou do alto do escorrega, quando todo mundo sabe que isso não é possível, mas o Tribunal de Justiça de São Paulo entendeu que esse é um caso de responsabilidade da agência e do hotel. Ficamos pensando o que o hotel pode fazer para evitar esse dano, para prevenir esse dano. Fiquei imaginando piscinas cercadas de gaiolas, para que não saltem a grade da piscina, porque, evidentemente, se alguém salta do alto do escorrega, também salta uma grade de piscina. Enfim, são situações que nos fazem refletir sobre para aonde estamos indo com esse alargamento desses conceitos, e o que queremos atingir com o alargamento desses conceitos. Esse é evidentemente um caso que nos sensibiliza a todos, porque, efetivamente, é um drama para a vida daquele menino. Sabemos que a saúde pública do Brasil não é a melhor de todas, não é suficiente para garantir a ele uma vida digna, mas o nexo de causalidade ser usado para isso é um esticamento bastante excessivo. O Superior Tribunal de Justiça reformou a decisão para dizer que o caso era de culpa concorrente, ou seja, atribuiu 50% da responsabilidade ao hotel e à agência de turismo, condenados solidariamente. Era um pequeno hotel fazenda do interior de São Paulo. A agência de turismo era grande, atentando para o critério do tamanho das empresas, embora seja difícil inserir isso dentro da análise de casos concretos e evitar decisões casuísticas. No caso, a solidariedade foi

fundamental, porque, evidentemente, o hotel sequer teria, talvez, condições de arcar com essa indenização. Enfim, há várias teorias que os senhores já examinaram. A Professora Ana Frazão tratou muito bem da teoria do fortuito interno. A Professora Caitlin falou da presunção de causalidade. Foi falado também de causalidade estatística. Os senhores devem ter visto, na parte da manhã, causalidade alternativa, que é uma teoria muito em voga hoje – a teoria que sustenta quando consigo demonstrar que o dano deriva de um grupo de agentes, mas não consigo demonstrar de qual agente deriva. Então, a proposta da teoria da causalidade alternativa é a de que todos sejam condenados ou solidariamente ou proporcionalmente *pro rata*. As opiniões se dividem, mas é uma teoria que vem sendo muito invocada no âmbito de processos envolvendo responsabilidade trabalhista. Em muitos casos, envolvendo doenças profissionais que o sujeito adquire ao longo de uma vida, com vários empregadores, tem sido invocada a teoria da causalidade alternativa. Enfim, são teorias que vão sendo construídas, na verdade, sem uma tentativa de substituição das teorias tradicionais da causalidade, mas às margens dessas teorias para preencher um espaço no qual essas teorias não chegam. Normalmente é um espaço no qual a pessoa não tem como demonstrar cientificamente, com os meios de prova hoje disponíveis, quem foi o causador, mas sabe que houve alguma causa de algum lugar. Essas situações que antes eram resolvidas por meio da irresponsabilidade, ou seja, a não responsabilização, porque não havia demonstração do nexo de causalidade, novas e várias teorias vão tentando se ocupar desse espaço. O fato é que, na prática judicial, o nexo de causalidade tem sofrido essa erosão que a culpa sofreu, ou seja, o nexo de causalidade, hoje, não é um filtro tão eficiente da reparação. O que sobra é o dano. Os senhores vão pensar que pelo menos o dano tem de estar provado. A verdade é que talvez nem isso. Há muitos casos em que já se fala em presunção de dano. No âmbito da responsabilidade ambiental é muito comum se invocar presunção de dano. As construções tradicionais no Direito Civil são muito ligadas à teoria da diferença, dos alemães, que dizia que o dano acontecia quando havia uma diferença entre o patrimônio antes da lesão e o patrimônio depois da lesão. Essa é a teoria da diferença. Então, nesse contexto, evidentemente, o dano era uma prova aritmética. Então, era muito fácil verificar se houve dano ou não. A ideia do dano moral, do dano extrapatrimonial, noção já há muito consagrada, até em âmbito constitucional no Brasil, trouxe certa fluidez a essa prova, porque dentro do dano moral é muito mais difícil ter essa

certeza de que o dano está demonstrado ou não, que está presente ou não. Os senhores sabem que há duas concepções, basicamente, quanto ao dano moral: a subjetiva, que é a mais tradicional - dor, sofrimento, humilhação. Tem uma fluidez enorme. É basicamente conceituar o dano com base na repercussão emocional que a lesão provoca sobre a vítima. Isso gera casos extremamente constrangedores. Então, por exemplo, o jornal que lesa a honra de uma pessoa que está em coma. Houve dor, sofrimento e humilhação. Aquela pessoa está em coma, então não houve, não há dano moral? A mesma coisa, hoje, se reproduz... Os senhores devem ter visto aqui – perdoem-me a informalidade, pois sou uma pessoa muito informal –, o caso do Rafinha Bastos, humorista que fez uma piada com o filho da Wanessa Camargo, que propôs uma ação contra o humorista. O Tribunal de Justiça de São Paulo entendeu que não havia dano moral, porque a criança que foi objeto daquela piada ainda era um recém-nascido; portanto, não havia dano moral. Essa é uma concepção subjetivista. Não há dor, sofrimento ou humilhação, então não há dano moral. Não compreendeu a lesão, portanto não há dano moral. Trabalhamos com a repercussão emocional da lesão sobre a vítima. Isso gera casos muito famosos. Os senhores viram na parte da manhã, certamente, com a Professora Celina, o caso da Maitê Proença, que tirou fotos nua para a revista *Playboy*. Essas fotos foram publicadas num jornal de grande circulação. A atriz promoveu uma ação de indenização por dano moral. O Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro entendeu que só mulher feia pode se sentir humilhada – lembram? –, constrangida, vexada. Quem lê, às vezes não acredita na decisão, mas há a revista do tribunal em que ela foi publicada. Acredito que se escrever a palavra “culotes” no buscador do Tribunal de Justiça, vai ser essa a única decisão. Há uma passagem que acho muito interessante, que está no final – das passagens escatológicas não gosto –, de que gosto muito, em que o Desembargador diz: “Tratando-se, porém, de uma das mulheres mais lindas do Brasil (...)”. Quase que o Desembargador “está chegando” na Maitê Proença. Essa decisão é muito interessante, porque há uma concepção subjetiva do dano moral. Virou um caso muito emblemático. Digo a vocês, fazendo justiça ao nosso Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, que esse era um caso difícil, que estava no início da autonomia do direito de imagem como causa para responsabilidade civil, envolvia aspectos patrimoniais. Esse era um caso que não é assim tão simples quanto a decisão sugere que seja. Mas essa decisão acabou virando um símbolo dessa concepção emocional do dano moral. Em substituição a essa concepção, por

ser presumidamente mais segura, tem-se defendido uma concepção objetiva: dano moral é a lesão de um atributo da personalidade humana. Mas para ser totalmente transparente com os senhores, também há uma margem muito grande de insegurança nisso, porque é muito difícil definir qual é o atributo da personalidade humana que está sendo protegido. Ou seja, é muito difícil saber quais são as manifestações da personalidade que são juridicamente merecedoras de tutela. Esse que é o grande desafio dentro dessa concepção objetiva. Temos uma série de hipóteses de dano que hoje são discutidas: dano à identidade pessoal, quando atribuo a alguém uma característica que é estranha àquela pessoa. Vocês viram o caso do advogado que foi retratado numa matéria da Folha de São Paulo sobre a vizinhança *gay* em São Paulo? Trata-se de um caso famoso. O advogado promoveu uma ação contra o jornal, porque ele foi fotografado na frente de um café, abraçando um amigo, e a legenda da foto dizia: “Café tal, primeira parada para um flerte *gay*”. O advogado inicia a petição inicial com a seguinte frase: “O autor não é *gay*”. Esse foi um caso interessante, porque o STJ acabou condenando o veículo de comunicação a pagar duzentos e cinquenta mil de indenização – uma indenização alta para os padrões do STJ – ao advogado que foi retratado naquela foto. Ele conseguiu demonstrar que, na foto original, as mulheres respectivas dele e do amigo estavam na lateral da foto, que foi cortada para encaixar na imagem. Então, isso gerou uma indenização muito alta. Foi um caso interessante, porque o STJ se desdobrou para resolver. Começou sustentando que havia lesão à honra. Atribuir a alguém a qualidade de homossexual gera lesão à honra? Na verdade, esse é um caso típico de dano à identidade pessoal. Não é uma questão de honra, mas de atribuir a alguém uma característica que não lhe pertence. Pego um torcedor do Fluminense e digo que ele é torcedor do Vasco da Gama; nesse caso, vai ser dano à honra mesmo. Atribui-se a alguém uma qualidade que não lhe pertence. O dano à vida sexual tem sido muito examinado no âmbito da justiça do trabalho em casos de acidente do trabalho. Dano à continuidade genética nos casos em que há perda de material genético congelado. Dano de *mobbing*, o famoso assédio moral, inclusive na modalidade omissiva, bastante reconhecido pela Justiça do Trabalho no Brasil. Dano de *bullying*, de que se fala hoje, fazendo um paralelo com o *mobbing*. Dano de nascimento indesejado, dano de perda de tempo qualificado. Enfim, há uma série de novas hipóteses de dano que discutimos se está ou não dentro dos tais atributos essenciais da pessoa humana. Então, também aqui temos uma

margem grande de discricionariedade. Há um caso recente do STJ, os senhores devem ter visto também, envolvendo direito de não saber. Uma pessoa fez um exame de HPV e o laboratório fez, por equívoco, o exame de HIV e deu a notícia ao sujeito, autor da ação, de que ele era HIV positivo. Ele promoveu uma ação dizendo que tinha o direito de não saber daquele dado, porque ele não fez o exame de HIV. Especificamente, a ação, neste caso, até foi mal direcionada. Se fosse o direito de não saber daquela forma ou do modo como foi contado, seria talvez um pouco mais interessante, mas foi um caso amplamente debatido no STJ. Ou seja, que aspectos da personalidade são merecedores de tutela? Essa é uma grande discussão hoje. Então, também na concepção objetiva do dano moral, não há essa segurança, essa certeza que, às vezes, os defensores dessa concepção sustentam. Há uma margem bastante grande de imprevisibilidade no resultado da demanda. Também no dano patrimonial, em que antigamente só havia a teoria da diferença, cálculo aritmético, hoje temos danos por privação de uso de bens, o que é muito discutido e bastante aceito, em Portugal, por exemplo. Dano por perda da chance. Na Justiça do Trabalho, o Ministro Luiz Philippe me explicava, indica-se, às vezes, promoções que o empregado podia obter e não obteve porque foi demitido arbitrariamente. Então, existe aí uma enorme discussão. Caso do show do milhão, os senhores devem conhecer. Foi um caso famoso do STJ, envolvendo perda da chance, em que perguntaram a uma mulher, descrita no processo como uma mulher de raro conhecimento enciclopédico, qual era o percentual que a Constituição da República reservava aos povos indígenas; deram quatro opções a ela. Era a última pergunta para ela ganhar um milhão. Diante desse quadro, ela desistiu, saiu com os quinhentos mil a que tinha direito e promoveu uma ação explicando que a pergunta estava errada, porque a Constituição da República não reserva percentual nenhum do território. A Constituição diz que as terras atualmente ocupadas por povos indígenas passam a ser reservas indígenas. O STJ entendeu que houve a perda da chance de ganhar aquele valor e usou um critério matemático aproximado, dizendo que são quatro opções, então, são vinte e cinco por cento do valor. É interessante, porque esse caso ficou muito famoso no Brasil. É um caso em que a perda da chance foi usada para reduzir a codificação de uma indenização, ao contrário do que aconteceu nos outros países, em que os casos célebres são para abrir as portas do Judiciário para a perda da chance, já talvez indicando certa contraofensiva a isso, que é o cenário atual da responsabilidade objetiva, em

que temos uma ampliação de tutela, cada vez mais, novos interesses, que geram, portanto, uma vez lesionados, novos danos, que são levados ao Judiciário. É uma erosão dos filtros tradicionais, em que a culpa, o nexo causal e a prova do dano não são suficientes e deliberadamente não servem mais para conter essa ânsia de responsabilização. Isso gera um cenário que hoje é repetido por todo mundo, que é o cenário de superexpansão da responsabilidade civil. Expande-se um número cada vez maior de ações de responsabilidade civil. É um tema que domina os juizados especiais e que, de certa forma, amplia-se significativamente nas Cortes trabalhistas e expande-se por tantos outros campos em que, tradicionalmente, a responsabilidade civil era um instrumento muito estranho. Por exemplo, vemos hoje, cada vez mais, demandas de Direito de Família sendo resolvidas por responsabilidade civil, quando tradicionalmente o Direito de Família tinha lá seus remédios, seus próprios instrumentos. A responsabilidade civil é um instrumento muito imediato, muito sedutor. É natural, de certa maneira, que a classe advocatícia, especialmente, busque a responsabilidade civil como uma resposta para essas lesões. Então, o que tem acontecido é certo fetiche da responsabilidade civil: em vez de se pensar em outros instrumentos, em outros remédios para desenvolver funções, joga-se tudo dentro da responsabilidade civil e alargam-se esses conceitos tradicionais da responsabilidade civil, de modo que ela se torna o que um professor americano chamou de “*octortpus*”. Nos Estados Unidos, a responsabilidade civil é definida pelo nome de *tort* - os tortos, os errados, os equívocos, os ilícitos na tradição. E ele brinca chamando de “*octortpus*”, dizendo que é um polvo que vai estendendo seus tentáculos por uma série de setores em que ela tradicionalmente não entrava. E a pergunta que tem de ser feita, já chegando à parte final da minha exposição, é: o que devemos fazer? Estamos preparados para isso? Para onde estamos indo? E acho que talvez tenhamos de refletir sobre algumas correções de rumo. De modo geral, há, de um lado, quem alarga todas essas noções, vai inserindo uma série de situações novas dentro dessas noções, vai flexibilizando, vai esticando esses conceitos de modo que tudo caiba lá dentro, até o ponto em que esses conceitos não sirvam para mais nada, porque tudo entra naqueles conceitos, e eles passam a deixar de ter o papel que teriam tecnicamente. De outro lado, temos os que se contrapõem a isso também no extremo, batendo muito na expansão, dizendo que há uma industrialização do dano moral no Brasil, que há uma inundação do Judiciário. Começamos a

ver decisões do Poder Judiciário dizendo que não podemos acatar esse tipo de demanda porque isso inundaria o Poder Judiciário com casos semelhantes, o que, sinceramente, não é um argumento jurídico, é um argumento de política judiciária, talvez, mas não é um argumento jurídico. É muito difícil para um jurisdicionado entender isso como um argumento para que o seu caso não seja levado em consideração, não seja julgado da maneira que deve ser, ou seja, com justiça. Então, há certa polarização do debate entre os extremos, quando, na verdade, tínhamos de estar pensando em novos remédios. Vou fazer rapidamente algumas propostas, mas acho que a grande transformação que temos, o que chamamos com esse nome, talvez um pouco ambicioso, de novos paradigmas, na verdade é uma transformação da responsabilidade civil, que era tradicionalmente um instrumento patrimonial, exclusivamente patrimonial, e passou a tratar de interesses existenciais. As ações por dano moral são numerosíssimas. Ele era um instrumento exclusivamente para funcionar *a posteriori*, ou seja, para reparar o dano causado, e hoje, à falta de outro instrumento, a prevenção, que é uma função importantíssima do Direito de danos, de modo geral, vai sendo encaixada dentro das ações de responsabilidade civil, então, ele passa a ser também preventivo em certo aspecto. Ele era exclusivamente individual, contrapunha um autor a um réu dentro de uma ação individual, que tinha, claro, na ideologia liberal, justamente o intuito de atomizar aquela relação, de transformar aquele conflito em um micro conflito. Isso aconteceu muito em acidente de trânsito, que talvez seja o caso emblemático. Por muitos anos as pessoas pensavam assim: acidente de trânsito, bateu o carro, bateu no outro, matou o outro, desfigurou o outro, é uma ação de responsabilidade civil, resolve isso lá no Tribunal em uma ação de responsabilidade civil, quando esse era nitidamente um problema de política pública, era nitidamente um problema da sociedade como um todo. E tínhamos que pensar em instrumentos para prevenir esses acidentes, para diminuir o número de danos como um todo, e não simplesmente dizer: resolvam por meio da ação de responsabilidade civil, que significa que se individualiza o conflito; diz-se: há um autor e um réu, e eu – sociedade – estou simplesmente assistindo, testemunhando essa luta dessas pessoas. Então, hoje, cada vez mais há a ideia de que a responsabilidade civil deve ser um instrumento coletivo em certa medida. Há já uma série de instrumentos desenvolvidos para isso, ações coletivas, dano moral coletivo. A Justiça do Trabalho está repleta de casos de dano moral coletivo. Essa é uma

noção por demais discutida, que cada vez mais se afirma na prática, embora sempre com certos aspectos técnicos, que dariam outra palestra, mas que são importantes. E, por fim, ela é um instrumento que era tradicionalmente liberal, individualista, e passa a ser exigido da responsabilidade civil que seja um instrumento solidário; a responsabilidade por risco faz isso. Muitos têm falado cada vez mais de uma redistribuição, de uma justiça redistributiva quando fala em responsabilidade civil. E claro que isso tem de ser feito com critérios, tem de ser feito com parâmetros, sob pena de termos um “hobinhoodianismo” meio aleatório, em que ora dá, ora não dá, e isso gera uma insegurança muito grande, sobretudo uma falta de isonomia, uma falta de previsibilidade para estimular soluções de outro caminho. Eu queria, rapidamente, para encerrar, ver três propostas que entram nessa mudança de paradigmas e que têm sido cada vez mais objetos de debate. A primeira é a da despatrimonialização da reparação, ou seja, da utilização de formas não pecuniárias de reparação do dano, especialmente do dano moral, mas também do dano patrimonial. Ou seja, encontrar caminhos, sem embargo, sem prejuízo da indenização em dinheiro, que também promovam uma reparação concreta *in natura*, não pecuniária. Essa é uma proposta que se contrapõe, de certa maneira, a uma cultura mercantilista que foi muito desenvolvida dentro da responsabilidade civil. Reclamamos que as pessoas promovem ações com interesses mercenários, mas, na verdade, esse é um problema nosso, técnico, do Direito doutrinário, jurisprudencial, porque damos como única resposta a essas ações dinheiro. Se damos só dinheiro, é natural que as pessoas venham buscar dinheiro em certa medida, e pior, isso estimula a cultura de que quem tem dinheiro pode lesar. Isso está cada vez mais comum dentro dos juizados especiais, cíveis, onde, muitas vezes, o sujeito entra ofendido ou lesionado e sai duplamente ofendido. Defendi um caso de um sujeito que trabalhava no meu prédio. Entrei no juizado especial, e a Juíza disse: “Realmente, é um caso muito emblemático, ele foi realmente lesado, mas a proposta do réu é muito boa”. E eu disse: “Está havendo certa confusão aqui. Meu cliente foi ofendido, ele não vai sair duplamente ofendido com um estímulo exagerado a um acordo”. Acho isso muito difícil. O juizado especial, pela repetição, está-se transformando em certo balcão em que o sujeito chega ofendido, quer ouvir um pedido de desculpas, e o que ele ouve é: “É tanto, é pegar ou largar, quer”? E muitas vezes o Magistrado, assoberbado pelo trabalho, diz que é melhor aceitar, porque é difícil ganhar mais do que aquilo. Quer dizer, vira algo muito

negocial, que estimula uma cultura muito mercantilista. O sujeito sai dali duplamente frustrado: frustrado com a lesão originária, frustrado com certo funcionamento da Justiça. Essa cultura mercantilista é muito ruim. O dinheiro tem vários problemas, (...) o dinheiro é solução. Esse é um caso que acho muito emblemático, é um caso do Tribunal de Justiça de São Paulo, em que um sujeito, separado de sua mulher, estava sendo réu em uma ação de alimentos. Ele apresentou em uma empresa, para obter um financiamento, uma declaração de quanto ele ganhava. Obviamente, todo mundo, em todo pedido de financiamento, exagera um pouco no valor que ganha, para obter um financiamento maior. Foi isso que ele fez. A mulher conseguiu com uma amiga, que trabalhava na loja, essa declaração e apresentou-a na ação de alimentos, dizendo: “Olha como ele ganha mais do que ele diz que ganha, está aqui a declaração”. Foi um bafafá, “barata-voa danado”, como dizemos no Rio de Janeiro, e o sujeito, então, promoveu uma ação contra a empresa por quebra de sua privacidade, pela violação de sua privacidade. Ele deu aquele documento, que deveria ser tutelado, para um objetivo específico, que era o financiamento, ninguém deveria ter tido acesso àquele dado, muito menos a sua ex-mulher. E ele ganhou uma indenização. O que fez a ex-mulher? Promoveu uma revisional de alimentos, dizendo que com aquele dinheiro da indenização ele havia ganhado mais. O dinheiro, meus amigos, é um grande problema. Esse é só um exemplo de como o dinheiro estimula certos comportamentos difíceis de evitarmos. A retração, os meios não pecuniários de reparação têm efeitos muito benéficos, seja para quem sofreu a lesão, seja didaticamente; talvez seja o único meio de termos o tal efeito didático sem ser necessariamente punitivo, ou seja, sem atribuir um *quantum* indenizatório maior à indenização, o que traz outros problemas que vocês já devem ter examinado aqui. Isso tem sido muito usado, por exemplo, em questões envolvendo violação de direitos trabalhistas. Em muitos casos, há condenação do empregador não só ao pagamento da indenização, mas também a afixar no local de trabalho pedido de desculpa àquele empregado pelo tratamento ofensivo que sofreu, muitas vezes, na frente de todos os seus colegas. Então, aquele pedido de desculpas afixado ali tem um efeito muito maior em termos reparatórios do que o dinheiro que ele, eventualmente, receba no segredo de uma sala de audiência... Esse é outro caso, do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, em que uma pessoa ficou sem luz durante um mês em sua casa porque se recusou a pagar uma cobrança abusiva de uma concessionária de energia

elétrica. O Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, nessa decisão que está no *slide*, condenou a empresa a não só pagar uma indenização em dinheiro, mas também a enviar por um ano um pedido de desculpas na fatura daquele consumidor. Por um ano, ele recebeu um pedido de desculpas da empresa pela cobrança indevida. Então, são mecanismos que se encontram para reparar, de modo não pecuniário, o dano, o que, às vezes, tem um efeito muito maior. O segundo ponto, a segunda proposta é o estímulo à prevenção. Vou deixar apenas a notícia para os senhores, porque o tempo já está se esgotando. A responsabilidade objetiva normalmente é objeto dos maiores elogios. Ela promoveu uma transformação muito profunda no Brasil e no mundo, de fato, ao centrar a ideia de responsabilidade sobre o risco; foi muito importante, por exemplo, no Direito do Trabalho. Mas, hoje, vivemos certa crise - estudiosos europeus e americanos da responsabilidade objetiva já assinalam isso -, porque a responsabilidade objetiva tende a descartar a análise, a avaliação do comportamento do sujeito responsável. Isso, às vezes, gera uma sensação de que o sujeito será responsabilizado *no matter what*, como dizem os americanos, independentemente do que ele faça, ele será responsabilizado. E isso, em médio prazo, desestimula medidas que ele pode adotar para evitar o dano. Então, em muitos casos, a responsabilidade objetiva tem sido combinada. No Brasil, já há o exemplo no caso das responsabilidades civis por perfis falsos em redes sociais, que é o Marco Civil da Internet, embora com certas falhas já prevê a ideia de que o sujeito é responsável objetivamente, mas ele consegue excluir a responsabilidade se ele provar que adotou determinados comportamentos, ou seja, não é uma responsabilidade subjetiva, não é uma responsabilidade por culpa, mas é uma responsabilidade em que se tem certo grau de diminuição do *quantum* indenizatório ou até de afastamento, em alguns casos, se se provar que se adotou certas medidas. Por exemplo, no caso da responsabilidade por perfis falsos em redes sociais, se o sujeito demonstrar que tirou do ar imediatamente ao ser avisado daquele perfil falso, nos Estados Unidos ele tem a diminuição da responsabilidade e até, em alguns casos, o afastamento, ou seja, ele adotou a medida que era tecnicamente viável para estancar a produção do dano. Então, para estimular isso, construiu-se isso na jurisprudência, porque os provedores, tradicionalmente, diziam: já que há ação de responsabilidade civil, vou discutir lá e vou manter o conteúdo aqui. Isso é até bom para mim, porque vou para um acordo com um pouco mais de alavancagem, ou seja, ninguém tirava aqueles conteúdos do ar. Isso foi uma

experiência de certo sucesso nesse setor. Claro que cada setor é um setor, cada campo é um campo, e isso tem de ser visto com bastante cautela, mas essa é uma proposta que tem aí se difundido. Por fim, a questão da securitização dos riscos. Hoje, cada vez mais, a responsabilidade civil não é uma responsabilidade apenas, mas um direito de dano, e tem-se estudado muito a questão do seguro, que já é tradicional no Direito do Trabalho. O seguro promove essa mudança na responsabilidade civil de modo a sair do que a análise econômica chama de mecanismo de *loss shifting*, de transferência de perda, para um mecanismo de diluição de perda. Claro que os seguros têm de ser regulamentados, mas há exemplos de bastante sucesso no mundo, que já precisamos estudar e, talvez, o Direito do Trabalho seja o grande campo para fazer isso, porque já lhe é tradicional o uso do mecanismo securitário. São essas as mensagens que eu tinha para passar aos senhores. Desculpem-me todos pela demora; eu queria mesmo sentar aqui e ouvir; não falar, só ouvir meu professor de toda a vida, que é o Professor Gustavo Tepedino, mas fui obrigado a cumprir aqui meu dever, sob pena de responsabilização perante o TST. Muito obrigado a todos.

Ministro João Oreste Dalazen – Nossos cumprimentos, nossos agradecimentos ao Professor Anderson Schreiber por sua rica intervenção neste Congresso. Senhoras e senhores, temos a felicidade de contar com a presença do Professor Gustavo Tepedino para proferir a conferência de encerramento deste conclave. O Professor Tepedino, como todos sabem, é uma das maiores autoridades brasileiras da atualidade em Direito Civil. Professor Titular de Direito Civil, ex-Diretor da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ, cursou doutorado em Direito Civil na Universidade de Camerino, na Itália; atuou como Professor Visitante nas Universidades de Molise, na Itália, San Francisco, na Califórnia e Poitiers, na França. Foi Pesquisador Visitante do Instituto Max-Planck de Direito Privado Comparado e Internacional em Hamburgo, Alemanha. Foi também membro da Academia Internacional de Direito Comparado em Paris, França. Enfim, como todos sabem, o Professor Tepedino tem um currículo riquíssimo e vou poupá-los da leitura desse currículo para não os privar, de pronto, de ouvirmos o Professor Tepedino, que proferirá a conferência de encerramento sobre o tema “Perspectivas constitucionais da responsabilidade civil e sua incidência nas relações trabalhistas”. É com imenso prazer que concedo a palavra ao Professor Tepedino.

Perspectivas constitucionais da responsabilidade civil e sua incidência nas relações trabalhistas

Gustavo José Mendes Tepedino

Senhor presidente, caro amigo Ministro Dalazen, na pessoa de quem agradeço penhoradamente à ENAMAT pelo convite honroso e cumprimento a todos os presentes na figura desse casal amigo, Professora Ana Frazão e do Ministro Vieira de Mello, que me honram com sua amizade e com ideias sempre do diálogo entre Direito Civil e Direito do Trabalho. Eu quero dizer a emoção para mim enorme de falar ao lado do professor Schriber, que somente a percepção de Carnelucci poderia traduzir o sentimento de ver um discípulo superar o mestre, o que é uma alegria enorme. O professor Anderson, além de meu amigo – fico lembrando do passado de nossa amizade, desde que ele me apresentou ex-namorada e tantos outros momentos que nós vivemos, o que faz com que nossa amizade seja sólida.

A minha tarefa, embora honrosa, é muito espinhosa, como todos já imaginam. Porque foi uma série de palestras extraordinárias, temas tão bem equacionados, voltados para a responsabilidade civil e, de alguma maneira, em perspectiva constitucional. Então eu vou me limitar, nessa nossa última reflexão, a suscitar alguns aspectos, para contextualizar de alguma maneira o momento atual e os critérios de adoção de responsabilidade civil subjetiva ou objetiva, na definição do dever de reparar, a partir de uma pesquisa que fiz da jurisprudência do direito do trabalho e sobre os pontos que foram aqui abordados: palestras brilhantes da professora Ana Frazão e do professor Anderson Schriber; o texto da professora Milena Oliva – não pude assistir sua palestra, mas sou um leitor cativo da sua obra. Nesse contexto, retomo essa ideia da separação e da aproximação entre direito civil e direito do trabalho. Os movimentos sociais do século XIX, como todos sabemos, ao paulatinamente, criar o direito do trabalho, que se consolida no Brasil com a Justiça do Trabalho em 1939, com a CLT, o faz por princípios próprios, baseados na informalidade. E essa informalidade do direito do trabalho era uma maneira de justamente fazer frente e se opor ao formalismo excessivo do direito civil que, em nome da liberdade privada, impedia que, para além da *pacta sunt servanda*, se pudesse proteger os vulneráveis. A proteção de vulneráveis, portanto, só se podia dar, fora do direito civil e, mais do que isso, fora do próprio

direito. É significativo que o contrato realidade e toda a formulação do direito do trabalho se associe a formulações que se chamavam de relações de fato, porque jurídicas elas não eram. Porque jurídica seria uma relação formalista, na qual a obrigatoriedade dos pactos, superava, e a igualdade formal, superava a necessidade da proteção de vulneráveis.

E essa separação, ela então pode deixar de continuar criando dicotomia a partir da intervenção do Estado, de maneira geral no século XX, coroada pela Constituição de 1988, que, com seus princípios constitucionais – e aqui há um aspecto muito importante – transforma a ordem pública interna, que normalmente se dava no sentido de proteção do espaço público e algumas relações de direito público, nas quais o direito do trabalho começava a se inserir, para o âmbito interno dos espaços privados. É curioso observar como em nome da liberdade do direito civil, liberdade na família, na propriedade, no contrato, que todos nós presamos tanto, o direito privado permitiu violências simbólicas e reais de cláusulas abusivas nos contratos, no sentido de violência do homem contra a mulher e contra os filhos, na família; no sentido do trabalho escravo, que diz respeito diretamente do direito civil e ao direito do trabalho e, ainda hoje, infelizmente, é um drama em alguns estados da federação – e até no estado do Rio de Janeiro, de onde eu venho. Portanto, essa noção de ordem pública se altera, a partir de princípios como a dignidade humana, de solidariedade social, que trazem para os espaços privados de proteção, os mesmos valores de promoção da pessoa humana, que devem existir no espaço público, quando o direito constitucional pode se vangloriar das ações do direito de ir e vir, das ações de injunções e no sentido de mandado de segurança, de serem formados, de tantos outros mecanismos em que se assegura a cidadania.

Essa, portanto, aproximação do direito civil fez com que, em bora hora, o direito civil e o direito do trabalho se reaproximassem de fato na sua dogmática. E no que tange à responsabilidade civil especificamente, hoje, já se disse aqui, vivemos um sistema dualista. Um sistema dualista em que a responsabilidade subjetiva ainda existe – e é importante que ela exista. O professor Anderson Schriber chamou a atenção para um aspecto muitas vezes é esquecido, mas que a necessidade que o mau comportamento, o comportamento ilícito, aquele que está violando padrões aceitáveis na sociedade e que coloca em risco a vida de outras pessoas, deva ser, esse comportamento, de alguma maneira, punido,

porque são capazes de causar dano injusto. Ao lado da teoria da responsabilidade subjetiva está a responsabilidade objetiva, como todos aqui já vimos hoje, que, prevista hoje no 927, § único, do CC, mas inúmeros outros diplomas, como a relação de consumo, e que, de alguma maneira, consegue fazer com que o juiz tenha um papel criador desses padrões que geram danos indenizáveis e, de alguma maneira, danos sujeitos à responsabilidade objetiva.

Nesse quadro dualista, portanto, é preciso procurar, de alguma maneira, estabelecer critérios, porque nós estamos falando daquilo que se designa – e que vocês também assistiram hoje aqui – como “objetivação da responsabilidade civil”, não apenas no âmbito da “responsabilidade objetiva”, mas, também, no da “responsabilidade subjetiva”, através da culpa normativa. O fato de que a técnica da responsabilidade civil ter afastado a busca da intenção do agente, a culpa e o dolo no sentido de descobrir sua intenção ao praticar um ato, deslocando para o exame, pelo juiz, de padrões de comportamento exigíveis de cuidado, de prevenção, que deveria existir na sua conduta, cria uma objetivação também como critério de valoração da responsabilidade subjetiva. E, diante disso, e nesse sistema dualista, é preciso evitar, por mais que haja uma tentação grande, o que eu chamaria de “ideologização da alocação de riscos”. Porque, no fundo, do que nós estamos tratando, e a professora Ana Frazão tão bem apresentou tantos aspectos ligados ao risco, é de uma distribuição de riscos, de uma alocação de riscos. Seja por falta de cuidados ou por falta de comportamento esperado, no caso concreto, seja pelo proveito da atividade, ou pelo risco criado pela atividade da organização empresarial, nas diversas teoria, que procuram, de alguma maneira, fundamentar a responsabilidade objetiva.

E o perigo dessa ideologização da alocação de risco é, de alguma maneira, levar para o Judiciário um conflito político que, a rigor, começa fora do Judiciário. Estabelece-se fora do Judiciário. O exemplo que o professor Anderson Schriber deu em matéria do escorrega e do consumo é um exemplo muito candente no sentido de que, talvez, se a gente fosse juiz, ou se o professor Anderson Schriber fosse juiz, ele não agiria talvez muito diferente, se visse que aquela vítima não teria outra forma de proteção lá no interior do estado, se não fosse a responsabilidade objetiva. Então, há uma lamentável alteração da responsabilidade civil e do magistrado, que se vê diante da impotência do Estado com suas

polítics públicas e se vê forçado a dar soluções muitas vezes maniqueístas, para dramas que se repetem e que, a rigor, não deveriam desembocar ou desaguar no conflito entre autor e réu do Judiciário. Acredito que essa preocupação de fixação de critérios para alocação de riscos seja a preocupação central que nos dias de hoje nos move nessa reflexão acerca da responsabilidade, tanto em matéria civil, quanto em matéria trabalhista. NO que tange ao artívo 927, ele parecia o apanágio de todos os males. Muito simples! Viver é altamente arriscado, o poeta já disse. Há juízes aplicando à Lei de imprensa o artigo 927. Eu me recuso a entender que a liberdade de imprensa e expressão pode ser uma atividade de risco, porque no dia que eu considerar isso eu estarei questionando filosoficamente a própria democracia. Mas é claro que há danos que são perpetrados através da imprensa, mas, no entanto, não há necessidade de nos valermos da responsabilidade objetiva, se pudermos aferir a atividade profissional através de padrões de comportamentos exigíveis. É como no caso da empresa que, em hipótese, a responsabilidade é subjetiva, mas o Judiciário – a professora Ana Frazão fez uma pesquisa interessante e relatou para nós, e a minha pesquisa vai ao encontro desse mesmo entendimento – diuturnamente verifica se a empresa utiliza os mecanismos de prevenção e de cuidados que deveria ter com o trabalhador.

Essa reflexão nos faz, no caso da jurisprudência do direito civil, de hipóteses, por exemplo, no caso do dentista de Goiás, o menino Sérgio recebeu indenização de cinquenta mil reais de danos morais e cinquenta mil de danos estéticos, por causa de acidente com seu aparelho. Ele usou o aparelho sem a chavezinha de segurança e o aparelho voltou-se contra ele: ele perdeu um olho. De fato, a meu juízo, seria o caso de verificar se o dentista utilizou os cuidados adequados para uma criança de oito anos; mas aqui prevaleceu, no caso, o 927. Com todo respeito, meu objetivo não é criticar o 927, é mostrar que é risco a atividade? Sim, mas se toda a sociedade, nós todos entendermos que o 927 resolve o problema da vida urbana de uma maneira geral, nós teremos dificuldade, seja com os custos que isso representará para a própria vida empresarial a para a nossa vida privada, seja para o desestímulo para cuidados que pudessem, de alguma maneira, discernir aquele que é um comportamento esperado na atividade, do comportamento que, ao contrário, não é de se esperar, um comportamento reprovado socialmente.

Portanto, eu diria que, seja a teoria do risco-proveito, risco-benéfico, a professora Ana Frazão, brilhantemente fez a reflexão desde Sayelles, seja da perspectiva do risco-empresarial, risco-organizacional – para as pessoas que entendem que o impacto da organização empresarial, como o professor Junqueira Azevedo, de saudosa memória da USP dizia que o impacto da organização em si representa já um dano exasperado – seja a teoria do risco-criado, com suas origens lá em Josserrand, dependem, no caso do 927, de um risco considerado diferenciado e aí nós precisamos de estatísticas, de critérios para essa alocação de riscos, para, no caso das relações trabalhistas não é diferente.

Eu chamaria a atenção e procuraria ser breve, mas analisando alguns decisões que percebi na Justiça do Trabalho de maneira geral, menos no que tange ao acerto ou não – quem sou eu para fazer alguma crítica, sobretudo porque nem conheço os autos – mas para tentar identificar a responsabilidade objetiva ou subjetiva. Hipóteses que chegaram, diversas, aqui no tribunal de tratador de cavalos e tratador de ovelhas. São hipóteses que talvez se possa chegar ao mesmo resultado com a responsabilidade subjetiva ou objetiva. No caso do tratador de cavalo, que se tornou, por um acidente, caiu do cavalo, e se tornou tetraplégico. Então, temos uma hipótese em que foi considerado risco exasperado. O tratamento de cavalo. Mas notem, estamos alocando o risco para a fazenda, mesmo para um pequeno criador, considerando que o cavalo é um animal de seiscentos quilos, o que é um risco enorme. Andar a cavalo é um risco. O que nós precisamos saber é se, como padrão de julgamento, seria o caso de aplicar responsabilidade objetiva, ou seria o caso de considerar que a responsabilidade pode ser subjetiva, exigindo-se cuidados, que muitas vezes não são tomados, no sentido do capacete, no sentido de, hoje em dia se diz até em “doma racional” de cuidado com os cavalos. Ou seja, mas de qualquer maneira, são cavalos. São animais perigosos. Por outro lado, há casos da ovelha. O município de São Jrônimo do Sul, um proprietário rural foi condenado a indenizar uma trabalhadora – Cítia – por seis mil reais, que teve o rosto ferido por uma ovelha, quando se debruçava no estábulo, para contar animais. Aqui, mais uma vez, a responsabilidade do empregador, independente de culpa, porque os animais têm reações imprevisíveis. A minha dúvida é precisamente no sentido de estabelecimento de algum critério que possa estabelecer o risco criado, na medida em que, no fundo, é uma opção política do legislador do código civil. Nós alocarmos a responsabilidade e

os custos para o empregador, ou não. Eu tenho para mim que faz sentido no casos dos cavalos, mas no caso das ovelhas eu teria dúvidas. De minha parte, eu não imaginaria o 927, a não ser que, conhecendo os autos, eu viesse a verificar que ovelhas são animais extremamente perigosos no manejo. Pode ser que seja, acima do risco normal de atividade. Esse cuidado, acho que precisamos ter, no sentido de responsabilidade subjetiva não pensar que isso seja algo conservador, que não vai responsabilizar ninguém. Existem as excludentes possíveis, existem os filtros, existem as superações com presunções que aludiu o professor Schiber e existe a necessidade de cuidados, esses sim são deveres que devem ser imputados ao empregador, como forma de exigir um comportamento compatível com a atividade.

Caso de lesão que vem chegando muito à Justiça do Trabalho, imagino que vocês já tenham enfrentado, casos de lesão esportiva. Caso de lesão esportiva é dramático. Um jogador que se machuca, em se tratando de futebol, um profissional caríssimo, com um *business* de alto valor, de altos valores, tanto nos salários, quanto no giro de dinheiro, quer me parecer que a exigência no cuidados, no que tange a seguro, no que tange à proteção adequada do atleta, faça mais sentido pra mim do que uma responsabilidade objetiva por acidentes, a que são destinadas as pessoas. Imaginem o motociclismo, a Fórmula I, os esportes radicais. Pode-se dizer que neste caso não se trata de prática desportiva porque é um emprego. Sim, mas um emprego em que, evidentemente, há uma vulnerabilidade menor nesse sentido do que em outras relações de emprego. Então, tenho a impressão de que se pode chegar à proteção do atleta com cuidados.

E o próprio Tribunal Superior do Trabalho, em um acórdão que examinei, chama a atenção para o dever que deve ser atribuído nesses contratos em relação à parte desportiva: seguro de saúde, de acidentes pessoais vinculados a atividades esportivas de atletas. Prefiro este caminho de exigir cuidados, de ter uma prevenção adequada, evitando uma generalização do art. 927, que, a meu ver, não chega a ser mais progressista, porque admite excludentes, evidentemente, e, muitas vezes, a própria culpa da vítima - isso já foi dito aqui - não pode ser considerada um excludente, se ele está exposta a um risco. Melhor seria nos fixarmos nos cuidados com seguros e com proteção, que devem ser sempre exigidos.

Já foi mencionado aqui o caso do motorista de ônibus, alvo frequente de assaltos. O Superior Tribunal de Justiça, e, pelo visto, o Tribunal Superior do Trabalho, também, acabam evocando, a despeito de ser matéria fático-probatória, a situação concreta. Percebo isso e acho positivo, porque tudo depende um pouco da região, das circunstâncias concretas nas quais se dá o caso, para que, a partir daí, possa se considerar o risco, que, neste caso, é associado a cuidados que devem existir em regiões de maior risco ou de mais assaltos. No que tange ao transporte público, é preciso atribuir ao empregador cuidados maiores do que em outras esferas de atuação da mesma atividade. Isso deve acontecer de uma maneira geral, na responsabilidade civil, fora das relações de emprego. Penso que, em algumas hipóteses, não se incide propriamente no art. 927, digamos assim.

Em hipótese de rede de supermercado, em que a empregada pisa em um ralo destampado, aqui também o 927 é mencionado. No caso de um empregado normal de supermercado, prefiro examinar um dever que presumo existir do empregador, no que tange a não deixar um ralo destampado, como num clube, como em qualquer lugar, mesmo que não haja relação de trabalho. Aí teríamos uma dificuldade com o 927. O que percebo neste caso? Que, no fundo, a alocação de risco que fazemos na Justiça Cível, como na Trabalhista, é uma luta diária para tentar de alguma maneira agir com justiça, para tentar de alguma maneira diminuir sofrimentos. Mas se conseguirmos criar um sistema em que a responsabilidade subjetiva não seja intencional, não seja algo conservador, não seja algo para se provar nunca. Porque assim surgiu o acidente de trabalho e a objetivação na Justiça do Trabalho: diante da dificuldade do empregador de fazer alguma prova, a *probatio* diabólica acerca da inexistência de culpa por parte dele. E, talvez, hoje, como a dogmática da responsabilidade civil já tem afastado essa intencionalidade, seja-nos permitido estabelecer um padrão de comportamento, de cuidados indispensáveis, cuja falta já seria suficiente para determinar uma causalidade em relação ao dano.

Há outro caso de São Paulo, com máquinas de lavar: um hotel foi condenado a pagar indenização a funcionário que teve o seu antebraço amputado. Acho que quem lida com máquina de lavar está diante de um risco elevado, que tem de ser alocado ao empregador mesmo e a responsabilidade assim foi dada. A decisão faz referência ao fato de

ser um dano em acidente que decorre de um risco considerado acima da média. Nesse caso, a meu ver, poder-se-ia levar a uma responsabilidade objetiva. Chamo a atenção para a lógica da responsabilidade subjetiva, tema com relação ao qual, em algumas hipóteses, houve decisões no TST com discussões acaloradas. Uma delas, da qual o Ministro Dalazen participou, envolveu um carpinteiro, numa marcenaria ou carpintaria, que machucou um olho, se seria responsabilidade subjetiva.

Há um voto do Ministro Dalazen, com o qual concordo, dizendo que, por si só - se entendi mal o voto, V. Ex.^a me corrija -, o trabalho na marcenaria não apresentaria um risco exagerado, mas, nesse caso, são exigidos cuidados do empregador em termos de óculos, de fiscalização. Portanto, a responsabilidade subjetiva já seria suficiente para atribuição do dever de reparar. A responsabilidade subjetiva ainda se dá em algumas hipóteses de casos de motoristas de caminhão assaltado. Com o mesmo efeito, a responsabilidade é objetiva, pois caberia ao empregador, segundo decisão de uma Juíza do Trabalho de Brasília, tomar os devidos cuidados e prevenir o seu empregado. Então, sem recorrer à responsabilidade objetiva, por si só, gerou o resultado do dever de reparar. Em outras hipóteses, como, por exemplo, casos envolvendo motorista de caminhão, há o exame caso a caso para verificação de cuidados a serem tomados.

Tenho para mim que o regime dualista deve aplicado em cheio; que poderíamos, no caso de alocação de riscos, estabelecer que atividades que apresentam riscos exagerados deflagram a responsabilidade objetiva. Nos demais casos em que não há os pressupostos legais da responsabilidade objetiva, não devemos mais ser tímidos. Responsabilidade subjetiva significa exigir um padrão de comportamento que, independentemente da intenção e da verificação de uma prova difícil do fato concreto, possa ser atribuído à falta de prevenção ou de cuidados do empregador. Essa matéria torna-se interessante também no caso dos novos danos. A Justiça do Trabalho é repleta de novos danos: mudanças de horários de trabalho com frequência. Uma empresa foi condenada pelo Tribunal Regional do Trabalho da 22.^a Região, no Piauí, no que tange a dano moral, porque foi considerada um verdadeiro abuso do poder diretivo a mudança contínua do horário de

trabalho, criando dificuldades para a família. Penso que os senhores, que são Magistrados do Trabalho, é que terão condições de avaliar esses novos danos.

Retomo a preocupação do Professor Anderson no sentido de se criar critérios para se definir quais são os danos que, numa perspectiva que não seja subjetiva, que seja objetiva, nos permitam considerar um dano indenizável, porque sofremos danos com risco subjetivo todo o tempo por viver em sociedade. Em todo o tempo somos, de alguma maneira, oprimidos no trabalho, pelos vizinhos, no condomínio, na nossa vida no dia a dia. O importante seria ter um discernimento quanto aos novos danos. Tenho visto, na Justiça do Trabalho, que é um fato da realidade. Chegou ao TST o caso da candidata obesa, que foi reprovada na última prova, na entrevista, e provavelmente foi dito, foi expresso que era porque ela era obesa. É interessante a questão da humilhação, da dignidade dela que foi atingida; poderia provavelmente a candidata ser reprovada sem que houvesse vinculação com uma característica física dela. O ócio do trabalho que foi retomado. Um trabalhador estava em licença e não lhe foi dada atividade num primeiro momento de trabalho, e o TRT do Rio Grande do Sul condenou por danos morais.

O caso da promessa de emprego – e aí já acho que é um ponto mais delicado -, em que uma pessoa é demitida no primeiro dia de trabalho. Essa matéria não chegou ao TST, é do TRT do Rio Grande do Sul também. No primeiro dia, ela foi demitida. Então, não havia ainda o contrato, era o pré-contrato, porque a assinatura do contrato ocorreria naquele dia. A trabalhadora, Sr.^a Carla, ganhou três mil reais de indenização por danos morais por essa decepção. Mas notem que é uma enorme decepção. É preciso ver o caso concreto, examinar os autos, pois não os examinamos, mas tentar definir até que ponto a dignidade humana, *vis-à-vis* de certa liberdade de contratação no pré-emprego, permite que, sem atingir valores existenciais, seja um contrato desfeito. Se pensarmos no Direito de Família, o rompimento de noivado no dia do casamento é uma situação humilhante, mas, por outro lado, o sujeito não casou ainda. Não é possível já considerá-lo casado antes do casamento. Então, é claro que tudo depende, especialmente nas relações trabalhistas, dessa fase pré-contratual, do modo como a entrevista é feita, do respeito que se tem à pessoa

humana, e aí já poderíamos tentar fixar critérios e padrões mais objetivos e menos subjetivistas nessa valoração. E os casos de novos danos são numerosos.

Parece-me - e eu já gostaria propriamente de concluir - que é importante salientar que, de uma maneira geral, toda essa evolução da responsabilidade civil, por um lado, assegura cada vez mais uma preocupação maior com os danos, e menos com as intenções, e assegura uma ressarcibilidade maior, mas, por outro lado, ela exige, sobretudo diante da objetivação que ocorre inequivocamente na responsabilidade civil, um cuidado grande para a fixação de critérios em que devemos procurar alguma coerência, de tal maneira que o maniqueísmo, pelo qual somos levados a optar em determinados momentos, não leve a outras injustiças, à falta de segurança e à falta de responsabilidade mesmo por condutas que subjetivamente são reprovadas. Eu diria, portanto, que nosso momento é muito bom, um momento em que a Magistratura tem partido com grande coragem para esses novos desafios causados com os neoliberalismos e com a globalização, com violações indiretas de conquistas, ao longo da história, que marcaram o Direito do Trabalho, mas, por outro lado, é preciso que se leve em conta que a dogmática do Direito Civil é uma dogmática dualista e que os critérios não de ser observados para que possamos, de alguma maneira, ter um sistema compatível com os valores constitucionais. Muito obrigado.

Ministro João Oreste Dalazen – Queremos expressar o nosso profundo agradecimento ao Professor Tepedino e os nossos cumprimentos pela sua magnífica conferência de encerramento deste conclave. Não poderíamos ter um *grand finale* melhor, Professor Tepedino. De modo que receba os nossos cumprimentos e o nosso agradecimento profundo. Senhoras e senhores, depois de dois dias de atividades intensas, é tempo de encerrar. É do Eclesiastes: há tempo para tudo. Tempo para nascer e tempo para morrer, tempo para iniciar um Congresso e tempo para encerrar - infelizmente, eu diria - este Congresso, porque se há tema que suscita um debate inesgotável, interminável e fascinante, é precisamente esse da responsabilidade civil. Devo dizer aos senhores que há muito eu alentava o propósito de promover este congresso. Mercê da colaboração de muitos é que ele pôde ser realizado. Eu alentava esse propósito porque vivemos hoje - como foi aqui tantas vezes e com tanta autoridade ressaltado - uma fase de transição, como vimos, da evolução da

dogmática e da evolução da jurisprudência. A Justiça do Trabalho, como visto, tem um papel de destaque, é ela que aplica um Direito do Trabalho também *in fiere*, em constante transformação. Agora, com a responsabilidade de aplicar os institutos da responsabilidade civil, ela redobra essa responsabilidade. Estou certo de que todos teremos a necessária maturidade, como revelamos até aqui, para compreender esta fase de transição, para entender que os institutos da responsabilidade civil - como foi bem realçado em mais de uma oportunidade aqui - estão praticamente todos em xeque e que precisamos de muita ponderação, de muito juízo crítico, para não banalizar a responsabilidade civil e, ao mesmo tempo, também, para, quando for o caso, não malbaratar o valor das indenizações, de modo a que a indenização não cumpra, entre outras finalidades, a finalidade pedagógica de inibir novas práticas perniciosas para a sociedade. Devo dizer, Professor Tepedino e Professor Anderson, que o Tribunal Superior do Trabalho, felizmente, até aqui - naturalmente passível de críticas aqui e acolá, por uma ou outra decisão infeliz em tema de tanta complexidade, de tanta celeuma -, de um modo geral, busca aplicar com ponderação, com comedimento, esse sistema de dualidade que hoje vemos constatado. A responsabilidade civil objetiva do art. 927 tem sido reconhecida frequentemente, mesmo em caso de acidentes do trabalho e de doença profissional, não obstante o art. 7.º, XXVIII, porque compreendemos que o *caput* do art. 7.º assegura a que a lei ordinária outorgue vantagens ou direitos suplementares à proteção constitucional; de modo que isso tem sido uma tônica no Tribunal Superior do Trabalho. Mas, ainda assim, aqui e acolá, vemo-nos a braços com imensas dificuldades, como é natural em um assunto desta complexidade, desta envergadura. Esses dois dias foram, portanto, dias de imensa reflexão e de profundo aprendizado, quando menos para nos darmos conta do pouco que sabemos e do muito que precisamos aprender e apreender para contribuir na evolução desse novel instituto do Direito Civil, que agora tem tanta importância também para a Justiça do Trabalho. Ao finalizar, quero externar, em primeiro lugar, um profundo agradecimento, uma vez mais, a todos os professores e professoras que prestaram um excelente contributo para o êxito deste conclave. Sei que muitos aqui acorreram com enorme sacrifício pessoal e profissional, muitos dos quais retornando no próprio dia, como é o caso do meu eminente Professor Tepedino e do Professor Anderson; enfim, com imensas dificuldades aqui acorreram para prestigiar este evento e dar sua inestimável contribuição ao sucesso deste

congresso. Então, a todos os professores e professoras, expresso, em nome da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados do Trabalho, o penhor da nossa eterna gratidão, o nosso profundo reconhecimento. Uma palavra de carinho também ao meu amigo e colega Ministro Vieira de Mello Filho, que é um colaborador de todas as horas, de iniciativas tais como esta, e que, em todos os momentos, contribuiu para a organização e para o êxito deste evento. Uma palavra de carinho também para com os servidores da Enamat, incansáveis e diligentes na retaguarda, para que pudéssemos levar a cabo esse conclave. Por fim, uma palavra de agradecimento a todos os participantes, presenciais e à distância, pelo interesse, pela seriedade e pelo comprometimento com que participaram deste evento. Uma palavra também de agradecimento aos Ministros que prestigiaram este evento, o que muito nos desvaneceu. Agradeço a todos. Está encerrado o Congresso.